



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



# فضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الحادي والثلاثون • شوال ١٤٤٤هـ • أبريل ٢٠٢٣م

حكم تأخير استيفاء القصاص حتى  
بلوغ القصر

د. عبد الرحمن بن محمد آل سعيد

الجهالة والغرر في عقود الخيارات -  
دراسة تأصيلية تطبيقية

د. عبد الله بن راضي الشمري

الاكتفاء عن عقوبة الجلد التعزيرية  
بعقوبات أخرى - فقهاً ونظاماً

د. عبد العزيز بن سليمان الغسلان

حجية الدفاتر التجارية في نظام  
الإثبات

أ. د. أحمد بن عبد العزيز بن شبيب

تسبب الأحكام القضائية  
بالقواعد الفقهية - دراسة  
تأصيلية تطبيقية على بعض  
قضايا المحاكم التجارية

د. عبد العزيز بن عبد الله الحماد

إعانة الإخوان في الوصية بمثل  
نصيب وارث لو كان - دراسة وتحقيق

د. سلمان بن صالح الدخيل

مبدأ الأمن القانوني - دراسة  
تحليلية في ضوء الأنظمة  
والتطبيقات القضائية في  
القانون السعودي

هلا بنت عبد الله الجربوع

استيفاء القصاص في قتل الواحد  
للجماعة - دراسة فقهية مقارنة

د. فهد بن ناصر بن فراج الفريدي

# قضاء

## قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الحادي والثلاثون • شوال ١٤٤٤هـ • أبريل ٢٠٢٣م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

🐦 qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٤هـ (٢٠٢٣م)  
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

محامٍ

## ضوابط النشر في مجلة قضاء

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

## إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

### المرحلة الأولى:

الفحص المبدئي؛ فيُنظر في البحث من حيث: مطابقته ضوابط النشر في المجلة، وصلاحية 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 لمحكّم ثالث مرّجّح يقوم بتقييمه وتصويبه.  
- وفي حال كان رأي المحكّمين -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 فحصاً يجعله صالحاً للنشر، وإرسال نسخة للباحث لمراجعتها قبل نشرها وإبداء رأيه فيها.

## محتويات العدد

٦

كلمة التحرير

٩

الجهالة والغرر في عقود الخيارات - دراسة تأصيلية تطبيقية  
د. عبد الله بن راضي الشمري

٨٧

حجية الدفاتر التجارية في نظام الإثبات  
أ. د. أحمد بن عبد العزيز بن شبيب

١٥٢

إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان - دراسة وتحقيق  
د. سلمان بن صالح الدخيل

٢٧٥

استيفاء القصاص في قتل الواحد للجماعة - دراسة فقهية مقارنة  
د. فهد بن ناصر بن فراج الفريدي

٣٢٢

حكم تأخير استيفاء القصاص حتى بلوغ القصر  
د. عبد الرحمن بن محمد آل سعيد

٤٠١

الاكتفاء عن عقوبة الجلد التعزيرية بعقوبات أخرى - فقهاً ونظاماً  
د. عبد العزيز بن سليمان الغسلان

٤٥٣

تسبيب الأحكام القضائية بالقواعد الفقهية - دراسة تأصيلية تطبيقية  
على بعض قضايا المحاكم التجارية  
د. عبد العزيز بن عبد الله الحماد

٥٢١

مبدأ الأمن القانوني - دراسة تحليلية في ضوء الأنظمة والتطبيقات  
القضائية في القانون السعودي  
هلا بنت عبد الله الجربوع

## كلمة التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين،

وبعد:

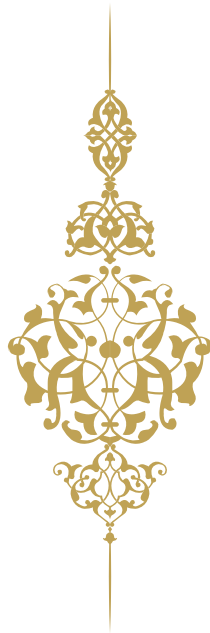
فتقدم لكم الجمعية العلمية القضائية السعودية العدد الحادي والثلاثين من مجلة قضاء والذي احتوى أبحاثاً محكمة نوعية؛ تناولت جوانب مالية، وتجارية، وجنائية، وقضائية، وتحقيق مخطوط، مع تطبيقات قضائية في عدد من الأبحاث ثري بعض جوانبها، وهذا التنوع في الأبحاث المنشورة يأتي تحقيقاً لفائدة أكبر شريحة من القراء المتخصصين في المجالات المختلفة.

وإننا إذ ننشر هذه الأبحاث الرصينة؛ لنؤكد أنها نتاج جهد الباحثين واجتهاداتهم العلمية والبحثية التي قد تحالف اجتهادات أخرى لباحثين آخرين؛ إذ إن ذلك هو طبيعة العمل البحثي المتجدد المبني على اختلاف المدارك واختلاف مناسبات الاجتهادات، وترحب المجلة بما يرددها من تعليقات، أو تنبيهات، بما يثري محتواها.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير

أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري







## الجهالة والغرر في عقود الخيارات دراسة تأصيلية تطبيقية

**د. عبد الله بن راضي الشمري**

أستاذ الفقه المشارك في قسم الفقه وأصوله  
في كلية الشريعة والقانون بجامعة حائل

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين،  
نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فإن من أفضل نعم الله على العبد أن يوفقه إلى طلب العلم ويسهل له  
سبل ذلك، وإن من أعظم أبواب طلب العلم علم الفقه؛ إذ الفقه في دين  
الله من أعظم ما يتقرب به إلى الله تعالى، تعلماً، وتعليماً، وكتابةً، ودعوةً، وقد  
أولاه العلماء كل اهتمامهم، وبذلوا فيه جهودهم من أجل بيان الأحكام،  
وتمييز الحلال من الحرام.

وإن من أجلّ مسائل الفقه: مسائل المعاملات المالية، فهي تمثل جزءاً  
كبيراً من الفقه، وحاجة الناس إليها ماسة جداً.

وإن من المسائل المهمة اليوم في المعاملات المالية المعاصرة؛ عقود الخيارات  
في الأسواق المالية، فمع هذا التطور السريع، والشائك للمعاملات، في  
عصر التقنية الإلكترونية على شكل غير مسبوق، والذي انتقلت معه العقود  
المالية إلى واقع جديد، ومتطور، ومعلوم أن العقود المالية المعاصرة هي عقود  
متطورة؛ نتيجة للتطور الهائل والمتسارع في الأنظمة المالية في العالم.

وهذا التطور جعل الناس يستحدثون عقوداً ومعاملات جديدة، إما  
من خلال تجميع بعضها مع بعض أو دمج بعضها مع بعض، أو من خلال  
الشروط التي تضيفي على العقد نوعاً من الجدة.

ومن المسائل المهمة اليوم في المعاملات المالية المعاصرة؛ عقود الخيارات؛ وهي نوع من العقود لم تكن معهودة عند الفقهاء المتقدمين، وإنما نشأت نتيجة لحاجات الناس وتنوعها، وحيث إن العقود التقليدية لا تفي بالغرض، ولا تقنع طموح المستثمرين في الأسواق المالية، أوجد الناس هذا النوع من العقود.

والإشكالات التي أثرت حول هذه العقود وجود الغرر والجهالة والمخاطرة فيها، وحيث إن الغرر والجهالة يعتبران من أصول المنهيات في المعاملات، ولذلك أفردتها العلماء بالكتابة والتأليف<sup>(١)</sup>.

فأردت بهذا البحث محاولة تطبيق ضابط الغرر والجهالة في هذه العقود، حيث إن هذه العقود انتشرت بين الناس، وأصبح كثير من الناس يتداولونها بشكل واسع، مما جعل من الواجب معرفة حقيقة هذه العقود، وحكم تداولها.

فهذا البحث هو محاولة علمية من أجل وضع التصور الفقهي لهذا النوع من هذه المعاملات من حيث وجود الجهالة والغرر فيها من عدمه.

### أهمية الدراسة:

١. جدة الموضوع، حيث يعتبر من النوازل والمستجدات الفقهية.

(١) ومن أشهر ما كتب في هذا الباب؛ الغرر وأثره في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، د. الصديق الضرير.

٢. بداية انتشار عقود الخيارات وحاجة الناس لمعرفة الأحكام الفقهية المتعلقة بها.

٣. أن قاعد الغرر والجهالة من أهم قواعد المعاملات المالية وركائزها.

٤. أن هذه الموضوع أصبح واقعاً في الاقتصاد العالمي ويمثل جزء كبيراً من العمليات المالية التي تتداول في الأسواق المالية.

#### أهداف الدراسة:

١. الرغبة في جمع المسائل الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع المهم والجديد.

٢. حاجة المكتبة الإسلامية لمثل هذه الدراسة.

٣. إيجاد العلاقة بين العقود التي ذكرها الفقهاء المتقدمين وعقود الخيارات.

٤. بيان حكم هذا النوع من العقود للناس، للإجابة عن كثرة تساؤلهم عن حكمها.

#### مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة البحث في الأمور التالية:

١. كون هذه المسألة من المسائل المستجدة في المعاملات المالية، والتي تحتاج إلى توصيف فقهي، من حيث حكم التعامل بها، وإزالة الغموض والإشكالات التي تحتملها.

٢. وجود الجهالة والغرر والمخاطرة الكبيرة في هذه العقود، والتي يحاول البحث بيان أي أنواع الجهالة والغرر الموجود؟ وهل ذلك مؤثر في حكمها؟
٣. هل تعتبر من العقود الصحيحة التي تكلم عنها الفقهاء قديماً وحديثاً؟ وبالتالي تزول عنها الجهالة والغرر ويمكن التعامل بها.
- فهذه الأسئلة هي التي سيحاول البحث الإجابة عنها.

### الدراسات السابقة:

هناك أكثر من دراسة تحدثت عن عقود المستقبلات ومنها عقود الخيارات، ومن تلك الدراسات:

الدراسة الأولى: الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. يوسف الشبيلي، وهي رسالة دكتوراه في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، طبعت عام ١٤٢٥هـ.

وهذه الدراسة تحدثت بشكل موسع عن عقود المستقبلات والتعريف بها، وبيان أنواعها، كذلك تحدثت هذه الدراسات عن عقود الخيارات، وقد توسع الباحث في تكييف عقود الخيارات، وذكر أقوال الفقهاء بشكل جيد وكان كلامه عن المستقبلات والخيارات في حدود (٤٦) صفحة، لكنه لم يتحدث عن وجود الغرر في عقود الخيارات إلا في حدود صفحتين فقط، ولم يبين ضابط الغرر المؤثر كما تحدث عنه بحثي هذا بشكل مفصّل.

الدراسة الثانية: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، للدكتور مبارك آل سليمان، رسالة الدكتوراه المقدمة لقسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض.

وهي من أجود الدراسات في هذا الباب وأجمعها، لكنها كالرسالة السابقة لم تتحدث عن الغرر من الجهة التأصيلية، وإنما ذكرت الغرر في الخيارات كدليل للمانعين.

الدراسة الثالثة: بيوع المشتقات في الأسواق المالية المعاصرة، للدكتور خالد بن عبد الرحمن المهنا، رسالة دكتوراه المقدمة لقسم الفقه في كلية الشريعة بالرياض.

وهذه الدراسات تحدثت بشكل موسع عن عقود المستقبلات والتعريف بها، وبيان أنواعها، كذلك تحدثت هذه الدراسات عن عقود الخيارات وأنواعها، ثم ذكر الباحث أقوال الفقهاء بشكل مفصّل، واستفدت منه كثيراً لكنه لم يتحدث عن ضابط الغرر المؤثر في المعاملات، كذلك لم يتحدث عن الغرر ووجوده في الخيارات إلا في حدود (٤) صفحات.

الدراسة الرابعة: كتاب بعنوان: المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعة أدواتها، للدكتور سمير عبد الحميد رضوان، وهو كتاب يركز على الجانب الاقتصادي في جله.

الدراسة الخامسة: المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الخميس، رسالة دكتوراه المقدمة لقسم الفقه في كلية الشريعة بالرياض.

وقد تحدث عن المسألة ضمن أحد المطالب، وبيّن أقوال الفقهاء في حكم عقود الخيارات، لكن كلامه عن الغرر كان بشكل مقتضب.

الدراسة السادسة: عقود التحوط من مخاطر تذبذب أسعار العملات، للدكتور طلال بن سليمان الدوسري، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقه في جامعة القصيم.

وقد تحدث الباحث بشكل موسع عن المشتقات المالية، وأطال في بيان أنواعها، وأقسامها، وتخريج عقود الخيارات، لكنه لم يتحدث عن وجود الغرر من عدمه في عقود الخيارات إلا في صفحة ونصف.

الدراسة السابعة: مجموعة بحوث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (٧٤/ ج ١/ ص: ٢٧٠).

لكن معظم هذه البحوث لم تُحرر ضابط الغرر، وجاء الكلام في بيان الغرر في عقود الخيارات بشكل يختلف عن ما ورد في بحثي هذا.

والخلاصة: أن هذه الدراسات السابقة لم تتحدث عن الجانب التأصيلي للغرر والجهالة أبداً، وهذا من أهم الفروق بين بحثي، إذ قمت بتحرير ضابط للغرر والجهالة المؤثرة في المعاملات المالية، وحاولت دراسة مدى

تحقق هذا الضابط في عقود الخيارات من عدمه بشكل مفصل كما هو موجود في البحث.

### منهجية الدراسة:

المنهج الاستقرائي لأقوال الفقهاء، والمنهج التحليلي.

ويقع البحث في تمهيد وثلاثة مباحث:

التمهيد: بيان حقيقة عقود الخيارات.

المبحث الأول: الدراسة التأصيلية:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الغرر.

المطلب الثاني: تعريف الجهالة.

المطلب الثالث: أنواع الغرر والجهالة.

المطلب الرابع: الفرق بين الغرر والجهالة.

المبحث الثاني: ضابط الغرر والجهالة المؤثر في المعاملات المالية.

المبحث الثالث: الجهالة والغرر في عقود الخيارات.

المبحث الرابع: البديل الشرعي لعقود الخيارات.



## التمهيد

### حقيقة عقود الخيارات

أولاً: حقيقة بيوع الخيارات في الأسواق:

عقود الخيارات هي أحد أنواع عقود المشتقات المالية، ومصطلح الخيارات يمثل الترجمة الشائعة للمصطلح الإنجليزي (Options)، عند عامة الباحثين، ويسميتها كثير من الباحثين المعاصرين في الفقه: بعقود الاختيار أو الاختيارات؛ لتمييزها عن الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup>، وهذا ما اختاره قرار مجمع الفقه الإسلامي في جدة.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي لموضوع الأسواق المالية في الدورة السادسة: «وقد اختارت اللجنة أن تستعمل الاختيارات بدلاً من الخيارات؛ لأن الخيارات معرفة لفظها مستعمل في الشريعة، فحتى لا تقع في لبس بين الألفاظ فهي الاختيارات»<sup>(٢)</sup>.

وقد عرّفت عقود الخيارات بعدة تعريفات منها:

١. «عقد يخول لحامله الحق لبيع أو شراء أوراق مالية، أو سلع معينة، بسعر معين طيلة فترة زمنية»<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، (ص: ١٠١٢)، عقود التحوط في الأسواق المالية، (ص: ٩٣).

(٢) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، (ص: ١٣٥).

(٣) الأدوات المالية التقليدية، د. محمد جراية، ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد (٧)، (١٥٣٨/٢).

٢. «حق شراء أو بيع سلعة ما، في تاريخ محدد، بسعر متفق عليه سلفاً»<sup>(١)</sup>.
٣. «عقد بعوض على حق مجرد، يخول صاحبه بيع شيء محدد، أو شراء بسعر معين، طيلة مدة معلومة، أو في تاريخ محدد، إما مباشرة، أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين»<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال التعريفات السابقة، يمكن التعبير عن عقود الخيارات بإيجاز بأنها: عقود تجري بين طرفين، أحدهما محرر الخيار ويسمى (بائع الخيار) والثاني (مشتري الخيار)، يقدم الطرف الأول فيها للطرف الثاني الالتزام من قبله ومنح الحق للطرف الثاني بشراء أو بيع شيء محدد في تاريخ محدد، كأن يكون ورقة مالية، بمقابل مبلغ مالي يسمى (قيمة الخيار) يقدمه الطرف الثاني للأول<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: نشأة عقود الخيارات<sup>(٤)</sup>:

كان أول سوق تباع وتشتري فيه هذه العقود في هولندا عام ١٦٣٤م، وفي مطلع القرن الثامن عشر الميلادي أنشئ في إنجلترا سوق للخيارات،

(١) الأسواق المالية، د. محمد القري، ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد (٧)، (١٦٠٤/٢).

(٢) الاختيارات للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد (٧)، (٢٧٩/١).

(٣) ينظر: عقود التحوط في الأسواق المالية، (ص: ٩٦).

(٤) ينظر: بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد (٧)، (١٥٣٨/٢)، عقود التحوط في الأسواق المالية (ص: ٩٨)، بيوع المشتقات المالية في الأسواق المالية، (ص: ٢٧٤).

ومع نشوب الحرب وانهار شركة بحر الجنوب (South Sea Company) لم تعد المشتقات مقبولة، وصارت غير نظامية حتى عادت بعد قرن.

وكان أول ظهور لعقود الخيارات في البورصات في بورصة لندن، غير أن المتاجرة بها بشكل منظم لم تبدأ إلا في عام ١٩٧٣م، من قبل بورصة شيكاغو، وكان ذلك في الأسهم.

وقد سبق التعامل في خيارات الشراء على خيارات البيع فيها، إذ لم تمارس فيها خيارات البيع إلا في عام ١٩٧٧م.

أما التعامل بخيارات العملات الأجنبية فقد تأخر عن ذلك التاريخ، وجرى أول مرة في بورصة فيلادلفيا عام ١٩٨٢م، وازداد نمو التعامل بها حتى أصبح حجم العمل اليومي بها يتجاوز (٤٠,٠٠٠) عقداً يومياً في بورصة فيلادلفيا وحدها، ويصل حجم التعامل بها حالياً في البورصات العالمية ما يقارب (٢٠٥) بليون دولار أمريكي يومياً.

ثالثاً: أنواع عقود الخيارات<sup>(١)</sup>:

تنقسم عقود الخيارات إلى أقسام متنوعة، لكن أبرز هذه الأقسام ما يلي:

(١) ينظر: بيوع المشتقات المالية في الأسواق المالية، (ص: ٢٩٧)، وقد أفدت منه في ذكر هذه الأنواع.

أولاً: الخيار البسيط:

وهو قسمان:

١. خيار شراء (Call Option): ويسمى خيار الاستدعاء:

وهو عقد على دفع مبلغ معين مقابل الحصول على حق شراء ورقة مالية معينة خلال فترة محددة وبالسعر المسمى في العقد، ويسمى هذا السعر سعر التنفيذ<sup>(١)</sup>.

٢. خيار البيع (Put Option) ويسمى خيار الطلب، أو خيار الدفع:

وهو عقد لبيع عدد من الأسهم أو الأوراق المالية بسعر محدد مسبقاً، وذلك خلال فترة من الزمن.

وهو عملية عكسية لخيار الشراء، فمشتري الخيار له الحق في بيع عدد من الأسهم إلى طرف ثانٍ بسعر محدد سلفاً<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: الخيار المركب (Complex Option):

ويسمى بالخيار المعقد، أو المزدوج، وهو مزيج من نوعين أو أكثر من الخيار البسيط، ولا يمكن حصر أنواعه المتجددة لأنه يتنوع أفقياً ورأسياً أي

(١) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية، (ص: ٦٠٨)، الخدمات الاستشارية في المصارف، (ص: ٣٠٦).

(٢) أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية، (ص: ٦٠٨)، الخدمات الاستشارية في المصارف، (ص: ٣٠٦).

بعدد العقود (اثنان، ثلاثة،...) وتنوع الخيار فيه (خيار شراء، خيار بيع)،  
ومن أشهر أنواعه المتداولة في الأسواق المالية ما يلي:

النوع الأول: عقد اختيار مزدوج لا يتغير فيه سعر الشراء عن البيع  
(Straddle).

النوع الثاني: عقد اختيار مزدوج يتغير فيه سعر الشراء عن البيع  
(Stangle).

النوع الثالث: عقد خيار بمضاعفة الكمية (Option to double)<sup>(١)</sup>.  
وكل هذه الأقسام السابقة لا بد أن تكون مغطاة أو غير مغطاة<sup>(٢)</sup>:

- فالخيارات المغطاة (Covered Options):

وهي التي يملك فيها البائع حق الخيار الأصل الذي تعلق به الخيار أثناء  
إجراء العقد، مما يكفي للوفاء بالتزامه إذا طُلب بالتنفيذ أو التسليم وفق  
العقد.

ولا يعني كونه مغطىً أن بائعه بعيد عن المخاطر، بل هو أقل خطراً إذا  
كان مالكاً للأصل<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: بيوع المشتقات المالية في الأسواق المالية المعاصرة، (ص: ٢٩٨).

(٢) ينظر: المشتقات المالية (١٩١)، المال والاستثمار في الأسواق المالية (٣٧٨).

(٣) ينظر: المشتقات المالية (١٩١)، المال والاستثمار في الأسواق المالية (٣٧٨).

- والخيارات غير المغطاة: (Uncovered Options or Naked Options):

وهي التي لا يملك فيها البائع لحق الخيار الأصل الذي تعلق به الخيار أثناء إجراء العقد، أو لم تكن لديه السيولة النقدية الكافية للوفاء بالتزاماته إذا ما كان العقد خيار بيع.

والخطورة هنا أعلى - بلا شك - من النوع السابق.

كما أن الخيار يعقد على أنواع متعددة فقد يكون على حق شراء أو بيع سلعة أو عملة أو ورقة مالية - قد تكون الورقة لسلع، أو عملات -، أو مؤشر أسعار<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: المرجعان السابقان، وإدارة المخاطر لمخير هندي (٣/ ١١). وينظر: بيوع المشتقات المالية في الأسواق المالية المعاصرة، (ص: ٢٩٨).

## المبحث الأول الدراسة التأصيلية

وفيه أربعة مطالب:

**المطلب الأول: تعريف الغرر:**

**أولاً: الغرر في اللغة:**

الخطر، والتغريب حمل النفس على الغرر.

يقال غرّر بنفسه وماله تغريباً عرضها للهلكة من غير أن يعرف، والاسم الغرر<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: الغرر اصطلاحاً:**

عُرّف بتعريفات متعددة، من أجمعها:

١. «ما كان مستور العاقبة»<sup>(٢)</sup>.

٢. وقال القرافي: «أصل الغرر: هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا»<sup>(٣)</sup>.

٣. وعرفه شيخ الإسلام ابن تيمية فقال: «الغرر: هو المجهول العاقبة»<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: مفردات ألفاظ القرآن للأصفهاني (ص: ٦٠٤)، لسان العرب لابن منظور (١٠/٤٢)، المصباح المنبر (ص: ١٦٩).

(٢) المسبوط (١٣/٦٨).

(٣) الفروق، للقرافي (٣/٢٦٥).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٢٢)، القواعد النورانية (ص: ١١٦).

٤. وقيل هو: «الخطر الذي يستوي فيه طرف الوجود والعدم»<sup>(١)</sup>، أي احتمال الكسب متساويان. وإلى هذا أشار ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ حين قال: «وقد يخسر أحياناً»؛ أي أن الاحتمال الغالب هو الربح، والاحتمال الأقل هو الخسارة<sup>(٢)</sup>.

ويتبين بعد عرض التعريفات السابقة أن للفقهاء اتجاهات مختلفة في تحديد مصطلح الغرر، وأقرب هذه الاتجاهات هو الاتجاه الذي يرى أن الغرر هو ما وقع التردد فيه في أصل وجوده كما يدخل المجهول فيه، وبهذا يكون أقرب تعريف للغرر «ما كان مستور العاقبة»؛ لأنه أجمع التعريفات للجزئيات الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثاني: تعريف الجهالة:

### أولاً: الجهالة لغة:

قال ابن فارس: «الجيم والهاء واللام أصلان: أحدهما: خلاف العلم، والآخر: الخفة وخلاف الطمأنينة. فالأول الجهل نقيض العلم، ويقال للمفازة التي لا علم بها: مجهل»<sup>(٤)</sup>. يقال جهل فلان جهلاً وجهالة، وتجاهل: أظهر الجهل أي أرى من نفسه الجهل وليس به.

والجهل نقيض العلم، والجهالة: أن تفعل فعلاً بغير العلم<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/٢٢)، المبسوط (١٣/١٩٤).

(٣) ينظر: الغرر في العقود وأثره في العقود، د. الصديق الضير (ص: ١١).

(٤) مقاييس اللغة (١/٢٥٠).

(٥) ينظر: الصحاح (٤/١٣٦٣)، لسان العرب (٣/٢٢٩).



## ثانياً: الجهالة اصطلاحاً:

عُرِّفت بعدة تعاريف:

١. عرفها القرافي بقوله: «ما علم حصوله وجهلت صفته»<sup>(١)</sup>.
٢. وقيل: «ما لا تسهل معرفتها»<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثالث: أنواع الغرر والجهالة:

يقول القرافي: «ثم الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة، ومتوسط اختلف فيه: هل يلحق بالأول أو الثاني؟ فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير ولا انحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة»<sup>(٣)</sup>.

والغرر المنهي عنه يعود لأمرين<sup>(٤)</sup>:

## الأمر الأول:

الجهل بأحد عوضي البيع؛ ويدخل فيه الجهل بذات المحل، مثل بيع شاة من قطع، والجهل بجنس المحل مثل بيع المرء ما في كفه، والجهل بنوع المحل مثل بيع حيوان لم يتبين هل هو بعير أو شاة، والجهل بصفة المحل مثل بيع الحَمَل، والجهل بمقدار المحل مثل بيع اللبن في الضرع.

(١) الفروق للقرافي (٣/ ٤٠٤).

(٢) إعانة الطالبين، (٣/ ١٨٠).

(٣) الفروق (٣/ ٢٦٥-٢٦٦).

(٤) ينظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الصديق الضير، (ص: ١٧٨)، فقه الهندسة المالية الإسلامية، د. مرضي العنزي، (ص: ٢٢٤).

## الأمر الثاني:

الشك في حصول أحد عوضي البيع؛ ويدخل فيه الجهل بالأجل، مثل بيع حبل الحبلية، وعدم القدرة على تسليم المحل، مثل بيع السمك في الماء، وبيع المعدوم، مثل بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

وكما أن الغرر ينقسم إلى أقسام ثلاثة فكذا الجهالة تنقسم إلى أقسام ثلاثة أقسام باعتبار تأثيرها<sup>(١)</sup>:

### الأول: الجهالة الفاحشة:

وهي الجهالة الكثيرة المفضية إلى النزاع، والمانعة من صحة العقد، بحيث إذا وجدت بطل العقد باتفاق؛ لأن من شروط صحة العقد أن يكون المعقود عليه معلوماً علماً يمنع الشقاق والمنازعة؛ ومن أمثلة هذا النوع: بيع حَبَل الحَبَلية<sup>(٢)</sup>، والملاقيح<sup>(٣)</sup>، والمضامين<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الفروق (٣/٢٦٥-٢٦٦)، وينظر: بدائع الصنائع (٥/١٣٩، ١٤٥، ١٧٦)، المنتقى (٥/٤١)، بداية المجتهد (٣/١٦٧)، الموافقات (٥/١١٧)، الحاوي الكبير (٥/٣٣٦، ٣٤٠)، المجموع (٩/٢٥٨)، المغني (٤/١٥٦، ١٥٧)، القواعد النورانية (ص: ١٢١)، زاد المعاد (٥/٧٢٥)، الجهالة الآيلة إلى العلم، رسالة دكتوراه، د. عبد الله الفضلي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٢) حَبَل الحَبَلية: ولد الجنين الذي في بطن الناقة. [ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، (١/٣٣٤)، المصباح المنير (١/١١٩)].

(٣) الملاقيح: جمع ملقوح، وهو ما في بطون النوق من الأجنة، [ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، (٤/٢٦٣)].

(٤) المضامين: جمع مضمون، وهو ما في أصلاب الفحول، [ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/١٠٢)].

## الثاني: الجهالة اليسيرة:

وهي الجهالة القليلة التي لا تؤدي إلى المنازعة، وهي مغتفرة إجمالاً، وتصح معها العقود؛ ومن أمثلة هذا النوع؛ بيع الدار مع جهالة أساساتها، والكرء على دخول الحمام مع اختلاف عادة الناس في استعمال الماء وطول اللبث.

## الثالث: الجهالة المتوسطة:

وهي ما كانت دون الفاحشة وفوق اليسيرة؛ كبيع الأعيان الغائبة، وما مأكوله في جوفه، والمغيبات في الأرض، وكالمساقاة والمزارعة، وغيرها كثير. وتنقسم الجهالة باعتبار ورودها إلى<sup>(١)</sup>:

الأول: جهالة الجنس، كقوله: بعتك سلعة بألف، أو شيئاً بألف.

الثاني: جهالة النوع، كقوله: بعتك سيارة بمائة ألف، أو تمراً بمائة ألف.

الثالث: جهالة الصفة، كقوله: بعتك سيارة من نوع (جمس) من غير أن يبين مواصفاتها من حيث القوة والموديل، ونحو ذلك من الأوصاف التي يختلف بها الثمن في عرف الناس.

الرابع: جهالة المقدار، كما لو باع سلعةً جزافاً، ككومة من بر أو تمر.

(١) ينظر: الفروق (٣/ ٢٦٥-٢٦٦)، وينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٩، ١٤٥، ١٧٦)، الموافقات (٥/ ١١٧)، الحاوي الكبير (٥/ ٣٣٦، ٣٤٠)، المجموع (٩/ ٢٥٨)، المغني (٤/ ١٥٦، ١٥٧)، القواعد النورانية (ص: ١٢١)، الجهالة الآيلة إلى العلم، رسالة دكتوراه، د. عبد الله الفضلي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

الخامس: جهالة الأجل، كما لو أجل تسليم المبيع، أو تسليم الثمن إلى زمن غير معلوم، كقدوم غائب، أو شفاء مريض، ونحو ذلك.

### المطلب الرابع: الفرق بين الغرر والجهالة:

لأهل العلم كلام طويل في مسألة الفرق بين الغرر والجهالة، والمتأمل لكلام الفقهاء في الغرر والجهالة يجد أن أكثر الفقهاء يتوسعون في استعمال مفردتي الجهالة والغرر، فيستعملون أحدهما مكان الآخر تجوزاً، وأكثر أهل العلم على هذا، فيرون أن الغرر والجهالة بمعنى واحد من كل وجه، بحيث يُستعمل أحدهما بمعنى الآخر<sup>(١)</sup>.

يقول القرافي في الفروق: «اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين، فيستعملون إحداها موضع الأخرى، وأصل الغرر هو الذي لا يُدرى هل يحصل أم لا، كالطير في الهواء، والسمك في الماء، وأما ما عُلم حصوله وجُهلّت صفتة فهو المجهول، كبيعه ما في كفه، فهو يحصل قطعاً، لكن لا يدري أي شيء هو»<sup>(٢)</sup>.

وذهب بعض أهل العلم إلى إن بينهما عموماً وخصوصاً مطلقين، فالغرر أعم من الجهالة مطلقاً، والجهالة أخص من الغرر، فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه، أما وجود الغرر بدون الجهالة، فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه، وهو غرر؛ لأنه لا يُدرى هل يحصل أم

(١) ينظر: المحلى (٧/٢٢٣).

(٢) ينظر: الفروق (٣/٢٦٥-٢٦٦).

لا، والجهالة بدون الغرر كسواء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت، مشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به، وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق<sup>(١)</sup>.

وهذا القول هو ظاهر تعريف كلام شيخ الإسلام ابن تيمية، وظاهر كلام القرافي في الفروق<sup>(٢)</sup>.

والظاهر أن التفريق بين الغرر والجهالة - خاصة عند التطبيق - من الصعوبة بمكان، وأن الغرر والجهالة بمعنى واحد بحيث يستعمل أحدهما بمعنى، وهذا ما سيظهر في الجانب التطبيقي في هذا البحث.

(١) الفروق (٣/ ٢٦٥-٢٦٦).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٥)، الفروق (٣/ ٢٦٥-٢٦٦).

## المبحث الثاني

### ضابط الغرر والجهالة المؤثر في المعاملات المالية

سبقت الإشارة إلى أن الجهالة والغرر أصل عظيم من أصول التحريم والفساد في المعاملات المالية، يرجع إليه كثير من صور المعاملات المحرمة، والأصل أن بيع الغرر باطل، إلا أنه لا يمكن إبطال كل غرر؛ لأن ذلك يؤدي إلى إغلاق باب البيع، فلا يكاد يخلو عقد من الغرر.

لذلك أجمع أهل العلم على اغتفار أنواع من الغرر والجهالات في جملة من المعاملات، بل جاء في النصوص الشرعية ما يفيد إباحة جملة من ذلك كما سيأتي بيانه<sup>(١)</sup>، وعليه فإن هذا النهي الوارد عن بيع الغرر لا يُراد به النهي عن مطلق الغرر والجهالة<sup>(٢)</sup>، بل إن من الجهالة والغرر ما لا يؤثر في العقود فيُغتفر، ومنها ما هو على العكس من ذلك فيكون مؤثراً فلا يُغتفر، وقد حكى ابن رشد اتفاق أهل العلم على ذلك<sup>(٣)</sup>.

(١) ومن ذلك حل بيع الثمار بعد بدو الصلاح في بعضها، ومشروعية عقد الإجارة، والسلم، وغير ذلك كثير من العقود والمعاملات التي لا تخلو من غرر وجهالات، وينظر: حاشية العطار (٧٢/٢).

(٢) جاء في حاشية العطار (٧٢/٢): «لما أفادت الأدلة صحة كثير من بيوع الغرر علمنا أن العلة فيها ليس مطلق الغرر بل الغرر الشديد»، وقال ابن بطال في شرحه لصحيح البخاري (٤٨٧/٦-٤٨٨): «سائر البيوع لا تخلو من شيء من الغرر، والسلامة فيها أكثر، ولو روعي في البيوع ما يجوز أن يحدث لم يصح بيع لأحد؛ لأجل خشية ما يحدث من عند الله تعالى».

(٣) ينظر: بداية المجتهد (١٢٧/٢).

يقول أبو المعالي الجويني: «ثم لا يجرم كل غرر؛ إذ ما من عقدٍ إلا ويتطرق إليه نوع من الغرر وإن خفي»<sup>(١)</sup>.

ويقول الشاطبي: «وكذلك أصل البيع ضروري، ومنع الغرر والجهالة مكمل، فلو اشترط نفي الغرر جملة لانحسم باب البيع»<sup>(٢)</sup>.

وكما انعقد إجماع الفقهاء على اغتفار أنواع من الغرر والجهالات في جملة من المعاملات فقد انعقد الإجماع على أن الغرر الكثير مؤثر في العقد، كما أجمع العلماء على أن يسير الغرر لا يؤثر.

فالفقهاء مجمعون على أن الغرر الكثير مؤثر، والقليل غير مؤثر، والخلاف بينهم، وموضع الإشكال عندهم في الغرر بين هذين القسمين.

يقول القرافي: «ثم الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة، ومتوسط اختلف فيه: هل يلحق بالأول أو الثاني؟ فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير، ولا نحطاه عن الكثير ألحق بالقليل، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة»<sup>(٣)</sup>.

وقال النووي: «أجمع المسلمون على جواز أشياء فيها غرر حقير، كبيع الجبة وإن لم ير حشوها»<sup>(٤)</sup>.

(١) نهاية المطلب (٥/٤٠٣).

(٢) الموافقات (٢/٢٦).

(٣) الفروق (٣/٢٦٥-٢٦٦).

(٤) شرح مسلم (٥/٤١٦).

وبهذا يتبين أن ثمة طرفان في هذا الباب لا نزاع فيها، ووسط جرى فيه الخلاف، وهو حقيق بأن يضبط، وهذا ما جعل الفقهاء يختلفون في الفروع الفقهية في باب المعاملات، واختلفوا في عقود كثير بين قائل بجوازها كون الغرر فيها من اليسير المُغتفر، ومانع لها لأن الغرر فيها فاحش<sup>(١)</sup>، وفي هذا يقول الشاطبي: «فكل مسألة وقع الخلاف فيها في باب الغرر فهي متوسطة بين الطرفين، آخذة بشبه من كل واحد منهما؛ فمن أجاز مال إلى جانب اليسارة، ومن منع مال إلى جانب الآخر»<sup>(٢)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في وضع ضابط للغرر:

١. فمنهم من يرى أن ضابط الغرر الكثير الفاحش هو: «ما كان غالباً على العقد حتى صار العقد يوصف به»<sup>(٣)</sup>.
٢. ومن الفقهاء من حاول ضبطه بكثرة الخصومة والنزاع، يقول الكاساني: «فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع»<sup>(٤)</sup>، وعليه فيمكن أن يقال: «إن كثرة الخصومات في عقد من العقود يمكن أن تكون علامة على أن الغرر الموجود فيه غير متسامح فيه شرعاً، فإن المتأمل

(١) ينظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الصديق الضير، (ص: ٣٣ و ٥٩٠) بتصرف.

(٢) ينظر: الموافقات (١١٧/٥).

(٣) ينظر: المنتقى (٤١/٥).

(٤) بدائع الصنائع (١٥٦/٥).



في بيع الثمار قبل بدو صلاحها، والمزارعة على نتاج أشياء معينة من الزرع والشجر، يدرك أن الشارع لم يَنْهَ عنها حتى كثرت الخصومات بسببها»<sup>(١)</sup>.

٣. ومنهم من ضبطه بقوله: «أن المعاوضة إذا ترددت نتيجتها بين حالتين: نتيجة صفرية يربح فيها أحد الطرفين على حساب الآخر، ونتيجة إيجابية ينتفع فيها كلا طرفي العقد، فإن العبرة في الحكم على العقد تتبع النتيجة الأرجح احتمالاً التي يقصدها الطرفان، فإن كانت النتيجة الإيجابية هي الأرجح، وهي مقصود الطرفين، كانت المعاملة جائزة، واحتمال النتيجة الصفرية من الغرر اليسير، وإن كانت احتمال النتيجة الصفرية هي الأرجح، فهذا غرر فاحش، فيكون العقد ممنوعاً»<sup>(٢)</sup>.

٤. وذهب بعض الباحثين إلى أن الضابط الذي يقلل الخلاف هنا هو وضع ضابط للغرر اليسير، فيكون هو الغرر غير المؤثر، وما عداه غرر مؤثر؛ فالأصل في الغرر أنه محرم وممنوع، وأن اليسير منه معفو عنه، فوضع ضابط للغرر اليسير ثم يكون الباقي على الأصل وهو المنع، يقلل من الخلاف؛ لأن الاستثناء قليل، وضبطه أسهل من ضبط الكثير.

وضابط الغرر اليسير المعفو عنه - بحسب رأي الباحث - هو: ما لا تتبعه همة أوساط الناس، وما عداه يبقى على أصل المنع، فإن شك في كونه يسيراً

(١) قاعدة الغرر، لعبد الله السكاكر، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الصادرة من جامعة الكويت، السنة ٢٢، العدد ٦٩، ١٤٢٨هـ، ص ١٧٣.

(٢) ينظر: قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، لسامي السويلم، (ص ٢٦٦).

فالأقرب المنع إبقاءً على الأصل، إلا أن يكون ثمة حاجة للغرر، ولا يمكن التحرز منه<sup>(١)</sup>.

وهذا القول حقيقة من أجود الضوابط التي ذكرت في ضابط الغرر، يعضد هذا ما جاء عند الحنابلة من أن اللقطة الجائز التقاطها دون تعريف تضبط: «بما لا تتبعه همة أوساط الناس»<sup>(٢)</sup>.

فالشريعة لما أجازت أخذ اللقطة التي لا تتبعها همة أوساط الناس دون تعريف دل ذلك على أن هذا هو القدر المتسامح فيه، والخلاف في تقدير ما لا تتبعه همة أوساط الناس قليل بين العلماء، فيصح أن يكون ضابط الغرر اليسير المعفو عنه هو: «ما لا تتبعه همة أوساط الناس»، وما عداه يبقى على أصل المنع، «فإن شك في كونه يسيراً فالأقرب المنع»<sup>(٣)</sup>.

وبعد: فإن كل هذه الضوابط على ما بذل فيها من جهد إلا إنها لا تخلو من مناقشة، ويبرِد عليها إشكالات كثيرة تجعل من جعلها ضابطاً عاماً للغرر المؤثر غير مُسلم<sup>(٤)</sup>، فهي لا تحسم النزاع الذي تثيره دائرة الوسط في الغرر في كثير من المسائل الخلافية قديماً وحديثاً، بل إن القائلين بهذه الضوابط حصل بينهم خلاف في بعض المسائل، مع قولهم بهذه الضوابط كلُّ فيما خلاص فيه، فمثلاً نجد أن القائلين بأن الضابط هو: «أن المعاوضة إذا ترددت نتيجتها

(١) ينظر: فقه الهندسة المالية الإسلامية، د. مرضي العنزي، (ص: ٢٢٠).

(٢) ينظر: كشاف القناع (٤/ ٢٠٩).

(٣) ينظر: حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٧٥ / ٥.

(٤) لم اذكر تلك المناقشات لأنها تطيل البحث، وقد تخرجه عن مقصوده، والأصل في البحوث المحكمة الاختصار.

بين حالين: «نتيجة صفرية» يربح أحد الطرفين على حساب الآخر، و«نتيجة إيجابية» ينتفع فيها كلا الطرفين، فمع أن هذا الضابط من أجود الضوابط إلا إنه لا يحسم الخلاف حتى بين القائلين به، فقد جرى بينهم نزاع في كثير من المسائل في هذا الباب، فالمانع يرجح احتمال النتيجة الصفرية، والمبيح يرجح النتيجة الإيجابية<sup>(١)</sup>.

وهذا الخلاف الدائر بين الفقهاء يبين أن وضع ضابط محدد للغرر الكثير، والغرر اليسير في وقت واحد أمر غير ميسور - كما يقول الدكتور الصديق الضرير -؛ لأننا مهما فعلنا فسنجد أنفسنا قد حددنا الطرفين، وتركنا الوسط من غير تحديد مما يؤدي إلى الاختلاف<sup>(٢)</sup>؛ ولحل هذا الإشكال يرى الدكتور الصديق الضرير سلوك أحد مسلكين:

### المسلك الأول:

أن تُترك معايير الغرر الكثير، والمتوسط، واليسير، مرنة تُفسَّر حسب الظروف، والأحوال، واختلاف العصور، والأنظار.

(١) ينظر: قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، لسامي السويلم، (ص: ٢٦٦)، مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي، (ص: ١٥٧-١٨٥)، عقود التمويل المستجدة، د. حامد ميرة، (ص: ٩٤)، فقه الهندسة المالية الإسلامية، د. مرضي العنزي، (ص: ٢٢٠)، الجهالة الآيلة إلى العلم وأثرها في المعاملات المالية، رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود، د. عبد الله الفضلي، (ص: ٥٩٢).

(٢) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الصديق الضرير، (ص: ٥٩٢).

## المسلك الثاني:

أن يوضع ضابط للغرر الكثير وحده؛ فيكون هو المؤثر، وكل ما عداه فلا تأثير له، وخير ضابط على ما يرى الدكتور هو الضابط السابق الذي وضعه بعض المالكية؛ وهو ما غلب على العقد حتى صار يوصف به<sup>(١)</sup>.

والذي يظهر أن من أقرب الأقوال في ضابط الغرر المؤثر هو ما خلص إليه الدكتور الصديق الضير؛ وهو:

أن الغرر المؤثر لا بد أن تتوفر فيه الشروط الآتية<sup>(٢)</sup>:

١. أن يكون في عقود المعاوضات المالية.

٢. أن يكون كثيرًا.

٣. أن يكون في العقود عليه أصالة.

٤. ألا تدعو للعقد حاجة.

وإذا اتفقنا أنه من العسير وضع حد فاصل بين الكثير الفاحش واليسير المغتفر في الغرر فإنه يتعين النظر في ضابط يكون تقريباً يساعد المجتهد في معرفة حكم المعاملة المالية المنظورة ويخرج بحكم يناسب الحال.

وإذا علمنا أن القلة والكثرة هنا، -وهي محل الخلاف بين الفقهاء، أو هي أكثر ما وقع فيه الخلاف-؛ أمر نسبي تتفاوت فيها الأذهان، وتختلف باختلاف الزمان والمكان، فيمكن إناطة الحكم في القلة والكثرة بتقدير أهل

(١) ينظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الصديق الضير، (ص: ٥٩٣).

(٢) ينظر: المصدر السابق.

العرف، فما عدوه كثيراً فهو الكثير، وما عدوه يسيراً فهو اليسير<sup>(١)</sup>، وهذا مع كونه يضبط الغرر الكثير واليسير فهو يعطي للفقهاء الإسلامي مرونة وتوسعة من شأنها مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر، مما يعطي للفقهاء الإسلامي متانة وقوة تستحق الإشادة كما يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري<sup>(٢)</sup>.

وتأسيساً على ما سبق فيمكن أن نضع ضابطاً للغرر والجهالة المؤثرين في العقود فيقال: «الغرر والجهالة المؤثرين هو ما كان منها فاحشاً في عقد معاوضة لازمة، وكان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع لاغتفاره حاجة شرعية معتبرة، وأن مرجع ضابط القلة والكثرة إلى أهل العرف»<sup>(٣)</sup>.

(١) أصل هذا الضابط ذكره الدكتور الضير في كتابه الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، (ص: ٥٨٢)، وزدت عليه ما ظهر لي من قيود.

(٢) ينظر: مصادر الحق، (٣/٥٦).

(٣) ينظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، (ص: ٥٨٢).

## المبحث الثالث الجهالة والغرر في عقود الخيارات

بعد عرض اتجاهات الفقهاء في بيان ضابط الغرر والجهالة، وبيان الضابط المختار فإننا نتساءل الآن هل هذا الضابط يمكن أن ينطبق على عقود الخيارات؛ أي بمعنى آخر: هل يقع الغرر والجهالة في عقود الخيارات؟ وإذا وجدا فهل هما مؤثران.

وعند التأمل في حقيقة عقود الخيارات فإننا نجد أن أنظار الباحثين والهيئات الشرعية مختلفة في حكم عقود الخيارات، والأقوال فيها ثلاثة:

### القول الأول: عدم جواز عقود الخيارات مطلقاً:

سواء كانت بسيطة أم مركبة، وسواء كانت شراء أم بيعاً، وإلى هذا ذهب جمهور العلماء المعاصرين<sup>(١)</sup>، وأكثر الهيئات الشرعية، كمجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي<sup>(٢)</sup>، وبه صدر قرار هيئة معايير المحاسبة والمراجعة

- (١) منهم: د. الصديق الضير، د. عبد الوهاب أبو سليمان، الشيخ محمد مختار السلامي، د. عطية فياض، د. محمد صبري هارون، د. سمير رضوان، د. مبارك آل سليمان، د. أحمد الخليل. [ينظر: مجموعة أبحاث الاختيارات في مجلة المجمع، العدد (٧)، (١/١)، ١٨٧، ١٨٥، ٢٧٠، ٢٦٥، ٣٠٨]، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه (ص: ٣١٨)، أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي (ص: ٤٤٣)، الأسهم والسندات وأحكامها (٢١٩)، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة (٢/١٠٥٢). [
- (٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، العدد (٧)، القرار رقم (٦٥).

للمؤسسات المالية الإسلامية<sup>(١)</sup>، وقرار الندوة السادسة لمجموعة البركة<sup>(٢)</sup>، وقرار الهيئة الشرعية في بنك البلاد<sup>(٣)</sup>.

### القول الثاني: التفصيل:

وهو جواز عقود الخيارات البسيطة دون المركبة بضوابط معينة، وإليه د. يوسف الشبلي<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم (٢٠)، ٥/٢/٢، ص: ٣٤٤.

(٢) ينظر: فتاوى دلة البركة، الفتوى رقم (٢٦).

(٣) قرارات الهيئة الشرعية في بنك البلاد، القرار رقم (٧٥) اتفاقية تداول الأسهم الدولية، موقع بنك البلاد عبر الرابط <https://www.bankalbilad.com/Documents> تاريخ الزيارة يوم الأحد ٢/١/١٤٤٤هـ.

(٤) ينظر: الخدمات الاستشارية في المصارف، (٢/٣٤٦). وقد ضبط الشبلي هذا القول بالضوابط التالية:

١. أن يكون الأصل محل العقد جائز التداول، وفقاً لضوابط حددها في بحثه.
٢. أن يكون حق الخيار حالاً، بمعنى أن يكون مدة الخيار تالية لشرائه مباشرة ولو امتدت لفترة طويلة.
٣. أن تكون الأسهم أو الأصول محل العقد مملوكة للملتزم بالبيع - وهو محرر الخيار في خيار الشراء، ومشتري الخيار في خيار البيع - من حين الشراء حتى التنفيذ.

### القول الثالث: يرى جواز هذه العقود مطلقاً:

سواء كانت بسيطة أم مركبة، وسواء كانت شراء أم بيعاً، وإلى هذا ذهب مجموعة من الباحثين<sup>(١)</sup>، وبعض الهيئات الشرعية<sup>(٢)</sup>.

#### الأدلة:

أدلة القول الأول (وهو القول بعدم الجواز):

الدليل الأول: أن عقد الخيارات عقد معاوضة يتضمن غرراً فاحشاً، وقد نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغرر<sup>(٣)</sup>، والنهي عن بيع الغرر - كما يقول النووي -: «أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة»<sup>(٤)</sup>. وانعقد الإجماع: على تحريم الغرر المؤثر في العقود المالية، ولذا أجمعوا على تحريم بعض البيوع؛ لما فيها من الغرر<sup>(٥)</sup>.

وقد أشارت بعض الدراسات إلى أن الغرر يمثل العنصر الغالب في المشتقات المالية<sup>(٦)</sup>، والبيع بهذه الصفة نوع من الميسر، ففيه أكل للمال

(١) منهم: د. وهبة الزحيلي، د. محمد الشريف، د. محمد القري، د. محمد الجندي [ينظر: نحو سوق مالية إسلامية، محمد علي القري، (ص ٢١-٢٢)، مجموعة أبحاث الاختيارات في مجلة المجمع، العدد (٧)، (١/١٨٧، ١٨٥، ٢٧٠، ٢٦٥، ٣٠٨)، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه (ص: ٣١٨)، بحوث فقهية معاصرة (ص: ٩٨)، معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية (ص: ١٦٢)].

(٢) ينظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية (٥/٣٨٧٩).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، برقم (٣٨٠٨) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) شرح النووي على مسلم (١٠/١٥٦).

(٥) الإجماع لابن المنذر (ص: ١٠٢).

(٦) ينظر: التحوط في التمويل الإسلامي، سامي السويلم المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة ٢٠٠٧.



بالباطل، وهو مفضٍ إلى الظلم والتباغض الذي جاءت الشريعة بمنعه من خلال تحريم كثير من البيوع المشتملة على الغرر<sup>(١)</sup>.  
ويظهر كونه غرراً من عدة أوجه:

الوجه الأول: أن حقيقة الغرر المحرّم: «معاوضة احتمالية نتيجتها انتفاع أحد الطرفين على حساب الآخر، فالشيء الذي يشك في حصوله أو تجهل حاله وصفاته المقصودة داخل في الغرر؛ لأن أحد المتعاقدين إما يغنم أو يغرّم فهو مخاطر كالرهان»<sup>(٢)</sup>، وهذا متحقق في عقود الخيارات؛ فخسارة بائع الخيار لا حدود لها، إذ قد ترتفع الأسعار إلى أكثر مما يتوقع، وقد تنخفض في خيار البيع بأقل بكثير من سعر التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

وهذا التذبذب الشديد في الأسعار في هذه العقود هو الذي يعمل عليه المتعاملون بها، فإذا انخفض السعر أقدم المجازفون على شراء الأسهم، وإذا انخفض أقدموا على البيع عبر هذه العقود من أجل الربح من فارق السعر، ولهذا فإذا نقص سعر التنفيذ عن القيمة السوقية فإنه يزيد سعر اختيار الشراء وينقص سعر اختيار البيع، وإذا زاد سعر التنفيذ عن القيمة السوقية فإنه يزيد سعر اختيار البيع وينقص سعر اختيار الشراء، فارتفاع سعر التنفيذ يؤدي إلى تضائل فرصة التنفيذ، وكلما تضائلت فرصة تنفيذه انخفضت

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/ ٣١٢).

(٢) ينظر: إرشاد أولي البصائر والألباب، لابن سعدي، (ص: ١٠١).

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/ ٣١٢).

درجة المخاطرة بالنسبة لبائع حق الاختيار، وكلما تضاءلت درجة المخاطرة تضاءل الثمن المدفوع مقابل المخاطرة، وهو ثمن الاختيار<sup>(١)</sup>. وهذا كله يدل على أن سعر الاختيار يتذبذب، تبعاً لسعر السلعة المباعة، والتي قد ترتفع ارتفاعاً فاحشاً فيربح في الاختيار ربحاً فاحشاً، وقد ينخفض فيخسر في الاختيار خسارة فادحة، وهذا هو عين الغرر والمقامرة المنهي عنها.

الوجه الثاني: أن من معاني الغرر: «ما كان مجهول العاقبة»، وهذا موجود في عقود الاختيار بالنسبة لمشتري حق الاختيار ومحمره على السواء؛ ذلك أن حق الاختيار وإن ملكه المشتري بالعقد إلا أن فائدته إنما تكون بممارسته، ومشتري الاختيار -بطبيعة الحال- لن يمارس إلا إذا تغيرت الأسعار في صالحه، وهذا التغير أمر مجهول قد يحصل فيربح، وقد لا يحصل فلا يستفيد من حق الاختيار ويخسر قيمة، فكان المعقود عليه مجهولاً ومتردداً في حصوله بين الوجود والعدم، وهذا هو معنى الغرر<sup>(٢)</sup>.

وكذا الشأن بالنسبة لمحمر الاختيار، فهو لا يعلم هل سيقدم مشتري الاختيار على ممارسة حقه في البيع أو الشراء أم لا؟ فإذا أقدم المشتري على ممارسة الاختيار فإنه لن يحصل له مقصوده من العقد، وقد لا يقدم فيحصل له مقصوده، وكل ذلك غرر.

- (١) ينظر: المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٢٨٥).
- (٢) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، (١٠٥٣/٢)، العقود المالية المركبة (ص: ٣٣٦)، المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٢٨٥)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٧).

وكذلك الحال في الخيار المركب فإن الغرر فيه من الغرر الفاحش؛ إذ لا غرر أعظم من كون المتعاقد حين العقد لا يدري أهو بائع أم مشتري<sup>(١)</sup>.

الوجه الثالث: أن العلم بالثمن شرط لصحة البيع، كالعلم بالمبيع، وشرط العلم بالثمن هو مذهب الحنفية<sup>(٢)</sup>، والمالكية<sup>(٣)</sup>، والصحيح من مذهب الشافعية<sup>(٤)</sup>، والمذهب عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>، وقد نص الفقهاء على عدم صحة أنواع من البيوع لجهالة الثمن كما في بيع الاسترسال<sup>(٦)</sup>، والبيع بما ينقطع به السعر<sup>(٧)</sup>، والبيع بالنسبة المئوية، أو ربط الثمن بمؤشرات البورصات العالمية<sup>(٨)</sup>.

- (١) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، (١٠٥٣/٢)، العقود المالية المركبة (ص: ٣٣٦)، المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٢٨٥)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٧).
- (٢) ينظر: المبسوط (١٨٩ / ٥).
- (٣) ينظر: مواهب الجليل (٢٧٦ / ٤).
- (٤) ينظر: المجموع (٤٠٤ / ٩).
- (٥) ينظر: المغني (١٧٩ / ٤)، الشرح الكبير (١١١ / ١٣٢).
- (٦) ينظر: المجموع (٤٠٤ / ٩).
- (٧) أي بما يقف عليه السعر في السوق. ينظر: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات (١٨ / ٢).
- (٨) المؤشر: «قيمة عددية متوسطة تقاس بها حصيلة التغيرات الموجبة والسالبة في أسعار أسهم الشركات الداخلة في المؤشر، ويستخدم للتعبير عن أداء السوق ككل أو قطاع منه إذا كانت العينة ممثلة لقطاع معين فقط». ينظر: مؤشر أسواق الأوراق المالية (ص: ٩٣)، الاستثمار في الأوراق المالية (ص: ٧٧)، المؤشرات المالية (دراسة فقهية)، د. عاصم أبا حسين، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، العدد (١١٢) رمضان - ذو الحجة ١٤٣٨هـ.

قال في المغني: «ولأن الثمن مجهول لأنه إنما يتبين بالتقسيم للثمن على القيمة، وذلك مجهول في الحال، فلم يصح البيع به، كما لو قال: بعتك هذه السلعة برقمها»<sup>(١)</sup>.

ويقول في الشرح الكبير: «يشترط أن يكون الثمن في البيع معلوماً عند المتعاقدين؛ لأنه أحد العوضين، فاشترط العلم به، كالأخر، وقياساً على رأس مال السلم. فإن باعه السلعة برقمها، وهما لا يعلمانه، أو أحدهما، لم يصح البيع؛ للجهالة فيه»<sup>(٢)</sup>.

قال في المبسوط: «وإذا اشترى الرجل عدل زطيّ<sup>(٣)</sup> أو جراب هروي<sup>(٤)</sup> بقيمته أو بحكمه فالبيع في هذا فاسد لا يجوز، لأنه اشترى بما لا يعرف»<sup>(٥)</sup>.  
والثمن المجهول أشبه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح البيع معه؛ للغرر المنهي عنه شرعاً.

(١) المغني (٤ / ١٧٩).

(٢) الشرح الكبير (١١ / ١٣٢).

(٣) في طلبه الطلبة (٢ / ١٢٤): «وَمِلْحَفَةٌ زُطِّيٌّ ... وَالزُّطِّيُّ مَنْسُوبٌ إِلَى الزُّطِّ وَالزُّطُّ هُمْ جَنْسُ كَالرُّومِ وَالْهِنْدِ وَالْحَبَشِ وَالتُّرْكِ...». وفي لسان العرب (٣ / ١٨٣٠): «الزُّطُّ جِيلٌ أَسْوَدٌ مِنَ السُّنْدِ إِلَيْهِمْ تُنسَبُ الثِّيَابُ الزُّطِّيَّةُ». وفي العدل قال ابن فارس: «العدلان: جملاً الدابة، سمياً بذلك لتساويهما»، مقاييس اللغة، مادة (عدل) (٤ / ٢٤٧).

(٤) الجراب بالكسر: وعاءٌ من إهاب الشاة لا يُوعى فيه إلا يابس ويُحفظ فيه الزاد ونحوه من الحب والدقيق ونحوهما، ومنه الجراب الهروي، والهروي نوع من الثياب منسوب إلى هراة، مدينة معروفة. ينظر: لسان العرب، مادة (جرب) (١ / ٥٨٣)، المغرب في ترتيب المغرب، مادة (هرو) (ص: ٥٠٣)، الأصل للشيباني (٣ / ٣١٠).

(٥) المبسوط (٥ / ٨٩).

والثمن في عقود الخيارات مجهول، وذلك أن كلا المتعاقدين يجهلان حال العقد الثمن الذي يتم البيع وينتهي إليه، فكل من العاقدين لا يعلمان حين التعاقد كم يبلغ قدر العوض، فمشتري الخيار لا يدري بكم يشتري الأسهم، لأن المستثمر هنا قد تصدق توقعاته خلال فترة الخيار فيشتري السهم بسعر التنفيذ، بل قد ينتظر حتى آخر يوم في مدة الخيار ليحقق عائد ربح أكثر، وإذا لم تصدق توقعاته فلن يمارس حقه في الشراء. وهذا يدل على جهالة الثمن الذي سيباع به الثمن.

ونوقش:

أن الجهالة هنا غير مؤثرة كونها جهالة آيلة إلى العلم، والعاقدان هنا وإن كان لا يعلمان سعر السلعة إلا إنهما تواضعا على جعل العوض حسب سعر التنفيذ، وهو عادل بينهما، وتؤول الجهالة إلى العلم القاطع للنزاع، ومعلوم أنه ليس كل جهالة تفسد العقد إذا دخلت عليه، وإنما ذلك محصور في الجهالة الفاحشة المؤثرة، والجهالة هنا يسيرة غير مؤثرة.

كذلك مقدار التغير في الأسعار - إن صح أن له أثراً في حجم الغرر بالنسبة لمحرر الخيار - فإن ذلك لا يصح بالنسبة لمشتري الخيار، ذلك أن خسارته محددة لا تتجاوز ثمن الخيار<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: العقود المالية المركبة (ص: ٣٣٦).

وأجيب عنه من ثلاثة أوجه:

أولاً: لا نسلم بكون الجهالة هنا يسيرة، وكيف تكون الجهالة غير مؤثرة والسعر متفاوت تفاوتاً كبيراً قد تكون الخسارة فيه فاحشة، وقد يكون الربح فاحشاً.

كذلك لا نسلم بأن تغير الأسعار بالنسبة لمحرر الخيار غير مؤثر، وذلك أن التغير أياً كان سيحمله على عدم ممارسة حقه في الخيار فيكون باذلاً للعوض وهو على خطر هل يحصل له مقابله أم لا، وهذا هو الغرر<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن الفقهاء الذين اشترطوا العلم بالثمن-والذي حُكي اتفاقاً- اشترطوا أن يكون العلم ينفي الجهالة الفاحشة والغرر المؤدي إلى الشقاق والظلم، والسعر هنا مضطرب اضطراباً شديداً لا يمكن أن يتحقق العلم معه بالثمن.

ثالثاً: أننا لا نسلم أن علم المتعاقدين بما يؤول إليه السعر في عقود الخيارات سيكون قاطعاً للنزاع، بل الغبن متحقق هنا، وتحسّر أحد المتعاقدين يشهد عليه الواقع، مما يدل على أن هذه العقود هي ضرب من ضروب المقامرة وإن رضي بها المتعاقدان<sup>(٢)</sup>.

الوجه الرابع: أن التعامل بعقود الخيارات هو تعامل عالي المخاطر، والشرع حينها نهى عن بيع الغرر إنما نهى عنه لما فيه من المخاطر التي تضر

(١) ينظر: العقود المالية المركبة (ص: ٣٣٦).

(٢) ينظر: الجهالة الآيلة إلى العلم، رسالة دكتوراه، د. عبد الله الفضلي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

بمصالح العباد في أموالهم، وصوناً للمالية عن الضياع في أحد العوضين أو في كليهما، لأن مقصوده تنمية الأموال، وهما محلان لذلك، فناقضا العقد فلذلك نهى عنها<sup>(١)</sup>.

وعقود الخيارات في حقيقتها تقوم على أساس المضاربة التي تهدف لتحقيق أرباح غير عادية من خلال تداولها بيعاً أو شراءً، مما يجعل بيئتها تشهد تذبذبات قوية غير مبررة ارتفاعاً وانخفاضاً، وهذا مخالف لمقصد الشريعة من أن تكون أثمان المبيعات محدودة مضبوطة لا ترتفع ولا تنخفض؛ بحيث يكون على حالة واحدة<sup>(٢)</sup>، إذ إن تفاوت الأثمان يفسد معاملات الناس، ويوقع في الخلاف والمشاحنة، ويوقع في الظلم وكل هذا جاءت الشريعة بمنعه وتحريمه<sup>(٣)</sup>.

ولهذا جاءت الشريعة بالنهي عن ربح ما لم يضمن كما في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يجل سلف ولا بيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك))<sup>(٤)</sup>، والمشتري للخيار يربح من سلعة

(١) الذخيرة للقرافي (٦/ ٢٤٤).

(٢) إعلام الموقعين (٢/ ١٣٧).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ١٣٧)، العقود المالية المركبة (ص: ٣٣٧)، وينظر: موقع: [www.dar-alifta.org](http://www.dar-alifta.org).

(٤) أخرجه أحمد، رقم (٦٦٧١)، أبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٤)، الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٤)، النسائي في المجتبى، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، رقم (٢١٨٨٩)، ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، (٦٠١).

ليست في ملكه ولا من ضمانه، والشريعة إنما نهت عن ذلك من أجل العدل بين العاقدين، وحتى لا يقع مشاحنة ونزاع بينهما لأن بائع الخيار «إذا رأى المشتري قد ربح فيه، وإن أقبضه إياه فإنما يقبضه على إغماض، وتأسف على فوات الربح، فنفسه متعلقة به لم تنقطع طمعها منه، وهذا معلوم بالمشاهدة»<sup>(١)</sup>.

ونوقش:

بأنه وإن سلمنا بوجود الغرر في عقود الخيارات إلا أننا لا نسلم بأن جميع عقود الخيارات تتضمن الغرر، فالغرر في الخيار المركب ظاهر وفاحش، أما في الخيارات البسيطة كخيار البيع المفرد، أو خيار الشراء المفرد، فإن الغرر غير موجود إذا نفذ المشتري حقه في الخيار، أما إذا لم ينفذ فإن الغرر محصور بمقدار ما دفعه كقيمة للخيار، وهو يسير ومُغتفر، لا سيما عند من يُجوز بيع العربون<sup>(٢)</sup>.

وأجيب من وجهين:

أولاً: هذا استدلال بمحل النزاع، فلا نزاع بيننا في وجود الغرر في هذه العقود، ولكن النزاع هل هذا الغرر يعتبر مؤثراً فيمنع من صحة العقد أم لا، فالمجيز يراه غرراً مغتفراً، والمانع يراه من الغرر الفاحش وهذا هو محل النزاع بين الفريقين.

(١) تهذيب السنن (٦ / ٢٤٤).

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي (٢ / ٣١٣).



ثانياً: أنه وإن كانت الجهالة هنا آيلة إلى العلم، إلا أنه لا يسلم بأن أيلولة الجهالة أو الغرر إلى العلم على وجه غير مودّ إلى الشقاق والنزاع كافٍ في كون الجهالة والغرر غير مؤثرين، وذلك أن الغرر والجهالة التي لا تؤثر في مثل هذه العقود هي أن تكون «أيلولة الغرر إلى العلم على وجه ليس فيه ربح لأحد العاقدين وخسارة للآخر المؤدي للشقاق والنزاع»<sup>(١)</sup>، وهذا متعذر في عقود الخيارات.

يقول ابن تيمية: «والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة لأنه أكل مال بالباطل... بيوع الغرر وإجارة الغرر؛ فإن أحد المتعاضين يأخذ شيئاً والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتها. وهذا المعنى منتفٍ في هذه المشاركات التي مبناها على المعادلة المحضبة التي ليس فيها ظلم ألبتة، لا في غرر، ولا في غير غرر. ومن تأمل هذا تبين له مأخذ هذه الأصول»<sup>(٢)</sup>.

والمقصود هنا إنه ليس كل جهالة آيلة إلى العلم غير مؤثرة، ومن تأمل عقود الغرر التي ورد بها النص، كبيع الحصاة والملازمة والمنازعة والمضامين والملاقيح وحبل الحبلية وغيرها، تجد أن هذه الصور كلها آيلة إلى العلم، ولكن على وجه فيه ظلم، بربح أحد العاقدين وخسارة الآخر، وهو معنى الغرر والقمار والميسر وأكل أموال الناس بالباطل؛ مما يؤدي -في الغالب- إلى الشقاق والنزاع<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: عقود التمويل المستجدة، د. حامد ميرة، (ص: ١٠٦).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩ / ٩٩).

(٣) ينظر: عقود التمويل المستجدة، د. حامد ميرة، (ص: ٩٤).

## الدليل الثاني:

أن العقد في عقود الخيارات دائر بين الغنم والغرم، والسلامة فيه نادرة إن لم تكن معدومة، فخسارة أحدهما تستلزم ربح الآخر، والعكس، وهذا هو القمار<sup>(١)</sup>، خاصة إذا قلنا إن كل عقد من عقود الغرر يتضمن معنى القمار ويأخذ حكمه، فكل قمار غرر.

يقول ابن تيمية: «فإن الذي نهى عنه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من العقود، منه ما يدخل في جنس الربا المحرم في القرآن، ومنه ما يدخل في جنس الميسر الذي هو القمار، وبيع الغرر هو من نوع القمار والميسر، فالأجرة والثلث إذا كانت غرراً مثل ما لم يوصف ولم ير ولم يعلم جنسه؛ كان ذلك غرراً وقماراً»<sup>(٢)</sup>.

ويقول الدكتور الصديق الضرير: «وكلمة قمار أو ميسر أخص من كلمة غرر، فالقمار والميسر غرر من غير شك، ولكن هناك عقود كثيرة فيها غرر لا يصح أن يقال عنها قمار...»<sup>(٣)</sup>.

يوضح هذا: أن المتعاملين بهذه العقود في حقيقة أمرهم يهدفون إلى تحقيق أرباح كبيرة تبلغ أضعاف الأموال المبذولة عبر المخاطرة والمقامرة في شراء أو بيع الخيارات، فهو في حقيقته مقامرة بالمال، فالربح فيها غير متيقن،

(١) ينظر: أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، (ص: ٤٤٣)، الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/ ٣١٣).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/ ١٢).

(٣) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الصديق الضرير، (ص: ٥٩٣).

وهذا بعينه هو الغرر المنهي عنه في الشريعة، فبيع الغرر إنما «نهي عنه لما فيه من الميسر والقمار»<sup>(١)</sup>، والمخاطرة في القمار مقطوعٌ بها ابتداءً، إذ لا يدري المتعامل بهذه العملات أيربح فيغنم أم يخسر فيغرم، فهو إما غانم أو غارم، وهذا أحد معان الغرر<sup>(٢)</sup>.

كذلك معنى القمار متحقق في عقود الخيار في الحالة التي تنتهي فيها الصفقة بالتسوية النقدية التي يكتفي فيها المتعاقدان بقبض فرق السعرين أو دفعهما، سواء أكان غرض المتعاقدين المضاربة على فروق الأسعار، أم كان غرضهما الاحتياط ضد تقلبات الأسعار، وذلك لتردد كل واحد منهما بين الغنم والغرم<sup>(٣)</sup>.

ومن المهم ذكر أن الوصول لهذه الأسعار ليست مجرد تخمينات، بل هي -في الغالب- نتيجة بحوث، وهذه الأبحاث وإن كانت ظنية إلا أنها تدل على أن المقصود عند المضاربين على هذه العقود هي: المضاربة على فروق الأسعار، وعدم الحاجة لتملك الأصل في عقود الخيارات جعل الناس تُقبل عليها طمعاً في الأرباح دون الحاجة لتملك الأصول باعتبار أن تملكها تجميد للمال<sup>(٤)</sup>.

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩ / ٤٩١).

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة (ص: ٣٣٩).

(٣) ينظر: العقود المالية المركبة (ص: ٣٣٩).

(٤) ينظر: بحث الأسواق المالية للقري، ضمن البحوث المنشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد (١ / ٢٦٤)، الأسواق والمؤسسات المالية (ص: ٦٧) نقلاً عن بيوع المشتقات في الأسواق المالية المعاصرة، د. خالد المهنا، (ص: ٢٨٧).

فحقيقة هذه العقود من وجهة نظر فقهية هي صورة من صور القمار، خاصة في صورتها المركبة.

يقول الدكتور محمد المختار السلامي: «وأقرب تصوير للتعامل في الخيارات، هو أنه توسع في صور القمار، واستنباط طرق جديدة، تمكن من الحصول على الكسب، أو تحمل الخسارة تبعاً للحظ المساعد أو الكاسد...»<sup>(١)</sup>.

وهذه الحقيقة صرّح بها الاقتصاديون الغربيون أنفسهم، يقول مائير كوهين -وهي من كبار علماء الاقتصاد في الغرب-: «إن عقد الخيار يشبه تذكرة اليانصيب؛ حيث المشتري يمكنه فقط أن يكسب، فإن البائع يجب أن يعوّض بالتسديد المسبق لثمن التذكرة»<sup>(٢)</sup>.

وعليه: فالمضارب بهذه العقود مقامر ومخاطر على انخفاض سعر هذه الخيارات، وهذا بدوره يعرض المضاربين للخطر والخسارة الفاحشة، وتزيد من المخاطر وتقلبات الأسواق، وإن كانت قد تحقق ربحاً لأحد المتعاملين. والمعوضة إذا ترددت نتيجتها بين حالتين: حالة يربح فيها أحد الطرفين على حساب الآخر، وهو المعروف لدى الاقتصاديين بالمبادلة أو المعوضة الصفيرية، وحالة إيجابية ينتفع فيها كلا الطرفين، وكانت الحالة المقصودة

(١) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الدولي بجدة، العدد (٧)، (١/٢٣٥).

(٢) ينظر: الأسواق والمؤسسات المالية الفرص والمخاطر، ماير كوهين، ترجمة عبد الحكيم الخزامي، (ص: ٣٤٩)، وعنه نقل د. عبد الرحمن الخميس في كتابه: المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٢٩٧).

هي الأولى - كما عقود الخيارات - أصبح العقد غير جائز؛ لأن هذا مما ينطبق عليه مسمى الغرر الكثير الفاحش<sup>(١)</sup>.

### الدليل الثالث:

أن عقود الخيارات جمعت أنواع الغرر: وهي الجهل، والخطر والقمار، وتعذر التسليم.

يقول القاضي عبد الوهاب رَحِمَهُ اللهُ: «يجمع بيع الغرر ثلاثة أوصاف: أحدها: تعذر التسليم غالباً، والثاني: الجهل، والثالث: الخطر والقمار»<sup>(٢)</sup>.

والمتأمل لعقود الخيارات خاصة العقود المركبة يجد أن أوصاف الغرر المذكورة متحققة فيها؛ فأما الجهل فسبق بيانه في الأوجه السابقة، وكذلك المقامرة، وأما تعذر التسليم فإن عقود الخيارات عقود صورية، ولا يريد تنفيذها غالباً، ولا يترتب عليها تملك ولا تمليك، فلا المشتري يملك المبيع ولا البائع يملك الثمن، فغالباً المحرر لا يملك الأصل، وبالتالي فهذه العقود مخالفة لمقتضى البيع.

وعليه فالصورية متحققة في هذه العقود، حيث إن غرض كثير من المتعاملين المجازفة على فروق الأسعار، ولهذا فإنه تتم تسويتها تسوية نقدية بقيام محرر الاختيار بدفع فرق السعر لحامله<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي (ص: ٢٦٦)، بتصرف.

(٢) التلقين (٢/ ٣٨٣).

(٣) ينظر: الخدمات الاستشارية في المصارف (٢/ ٣١٣)، الصورية في المعاوضات (ص: ٨٤٤).

والشريعة حينها منعت من بيع العاقد ما لا يملك كما في حديث حكيم بن حزام<sup>(١)</sup> كان ذلك منعاً للغرر والمقامرة، وذلك أن «البائع إذا باع ما ليس في ملكه، ولا قدرة على تسليمه، ليذهب ويحصله ويسلمه إلى المشتري، كان ذلك شبيهاً بالقمار والمخاطرة، من غير حاجة بهما إلى هذا العقد، ولا تتوقف مصلحتها عليه»<sup>(٢)</sup>.

كما أن البائع إذا باع شيئاً معيناً وليس في ملكه كان متردداً بين الحصول وعدمه فكان غرراً يشبه القمار فلذلك جاء النهي عنه<sup>(٣)</sup>. وكل هذا متحقق في عقود الخيارات.

#### الدليل الرابع:

أن حق الخيار ليس محلاً للعقد، لأنه ليس به مال متقوم شرعاً، فهو لا يقبل حكم العقد عند سائر الفقهاء<sup>(٤)</sup>.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: «إن عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية - هي عقود مستحدثة لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة. وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداءً فلا يجوز تداولها»<sup>(٥)</sup>.

(١) سبق تخريجه.

(٢) زاد المعاد (٥/٧١٨).

(٣) ينظر: زاد المعاد (٥/٧١٨).

(٤) ينظر: الخدمات الاستشارية في المصارف، (٢/٣٣١)، المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٢٨٥).

(٥) قرارات مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم (٦٣)، مجلة المجمع العدد (٧)، (١/٧١١).

## الدليل الخامس:

أن عقد الاختيار من بيع الدين بالدين المحرّم بالإجماع<sup>(١)</sup>.

ونوقش:

بأن هذا مُسَلَّم في بعض الأسواق المالية، فمثلاً عقود الخيارات في الأسواق المالية الأمريكية أقرب إلى قواعد الشريعة من عقود الخيارات في الأسواق المالية الأوروبية، لأن الثاني تقتضي صيغ العقود تأجيل البدلين، وهو المحرم لأنه من بيع الكالئ بالكالئ بخلاف الخيارات في الأسواق الأمريكية فحق الخيار يكون حالاً<sup>(٢)</sup>.

وأجيب:

أنه وإن وقع مثل هذا في بعض الأسواق المالية إلا إن الغالب على عقود الخيارات هو أنها تتم بتأجيل البدلين، ويندر أن يقوم حامل الخيار بتنفيذه قبل آخر يوم في صلاحيته حتى في الأسواق الأمريكية<sup>(٣)</sup>.

الدليل السادس:

أن عقود الخيارات في الأسواق المالية المعاصرة، هي عقود مركبة ومكونة من عقدين، أو أكثر، من عقود الخيارات، وهي عقود محرمة في الأصل، وعليه فتكون الخيارات مركبة من عقدين أو أكثر محرمة.

(١) ينظر: المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٢٨٥).

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/٣٤٦)، بتصرف.

(٣) ينظر: عقود التحوط في الأسواق المالية، (ص: ٩٣).

وهذا الاجتماع أو التركيب لا يفيد جواز العقد المركب بحال من الأحوال، وإنما يؤثر شدةً في التحريم، وذلك لزيادة الضرر والغرر<sup>(١)</sup>، وغيرها من المفاسد التي سبق تقريرها في أدلة قول المانعين.

أدلة القول الثاني (وهو القول بالتفصيل):

الدليل الأول:

أن عقود الخيارات عقود مستحدثة، لا يظهر فيها ما يتعارض مع أحكام الشريعة<sup>(٢)</sup>، والأصل في المعاملات الحل.

ونوقش:

بأن هذا استدلال بموضع النزاع؛ فالمانع لا يسلم بأن هذه العقود لا تتعارض مع أحكام الشريعة، وما سبق ذكره من أدلة المانعين من وقوع الغرر والقمار، والميسر، والمخاطرة يدل على معارضة هذه العقود لأحكام الشريعة.

وأجيب:

بأنه ليس كل عقد يراد منه دفع المخاطرة الموجودة في الأسواق يكون محرماً شرعاً، فإن عقد السلم يريد منه بئعه ضمان سعر محدد للسلعة وقت التسليم خشية نزول سعرها، ومشتري العقد في السلم يريد ضمان سعر يربح منه أو يريد ضمان السعر خشية ارتفاع الأسعار<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: العقود المالية المركبة، (ص: ٣٤٥).

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/٣٤٦).

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي (٢/٣١٤).



ورُدَّ:

لا نسلم بهذا، فالسلم فيه فائدة مشروعة للطرفين، ولا يلزم من خسارة أحدهما ربح الآخر كما في عقود الخيارات<sup>(١)</sup>.

الدليل الثاني:

أن الغرر والجهالة الموجودة في عقود الخيار البسيط ليست مؤثرة في العقد؛ لأن العاقدَيْن يُجريان العقد بسعر محدد وثابت ومعلوم، والسلعة مقدور على تسليمها، وكونها يصرفان النظر عما يؤول إليه سعر السلعة في السوق لا يجعل هذا العقد غرراً<sup>(٢)</sup>، لأن البيع هو بالسعر المتفق عليه وهو يؤول إلى العلم.

ونوقش:

بما سبق تقريره في أدلة القول الأول بعدم التسليم بأن الجهالة هنا غير مؤثرة، بل الجهالة هنا فاحشة.

الدليل الثالث:

القياس على البيع بسعر السوق، بل إن البيع في عقود الخيار البسيط على مقتضى قواعد الفقهاء أصح مما لو أجريا العقد بسعر السوق من غير تحديد.

(١) ينظر: بيوع المشتقات في الأسواق المالية المعاصرة، د. خالد المهنا، (ص: ٢٨٧).

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشيبلي (٢/ ٣١٤).

والقول بصحة البيع بسعر السوق هو قول الشافعية في وجه<sup>(١)</sup>، والإمام أحمد في رواية<sup>(٢)</sup>، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٣)</sup>، وابن القيم<sup>(٤)</sup>.  
ووجه جواز عقود الخيارات قياساً على البيع بسعر السوق مع أن الثمن وقت التعاقد فيه جهالة: أن هذه الجهالة آيلة إلى العلم على وجه لا يُفضي إلى الشقاق والنزاع، وذلك لاتفاق العاقدين على الرجوع على معيار محدد معلوم في نفسه، وهو سعر السوق، أو السعر الذي يتبايع به الناس، وعليه فإن تراضيها على هذا المعيار الذي يؤول بجهالة الثمن إلى العلم على وجه غير مود للشقاق والنزاع محقق لركن البيع وهو التراضي<sup>(٥)</sup>.

### ونوقش:

أن القياس هنا مردود من وجهين:

١. أن هذا قياس مع الفارق؛ لأن البيع بسعر السوق هو تعليق البيع على أمر قريب لا غرر فيه، وأما البيع في عقود الخيار فهو ربط الثمن بأمر مستقبلي متفاوت لا يُعلم كم يكون السعر حين تنفيذ العقد.

ويؤكد هذا الفهم الدكتور الصديق الضيرير رَحْمَةُ اللَّهِ بِقَوْلِهِ: «أما سعر السوق الذي أجاز بعض الفقهاء البيع به، ونوافقهم على جوازه، فإنما يعني

(١) وهو وجه ضعيف عند الشافعية، ينظر: المجموع (٩/٤٠٤)، نهاية المحتاج (٣/٤٠٥).

(٢) ينظر: الإنصاف (٤/٣٠٩).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٤/٣٠٩).

(٤) ينظر: بدائع الفوائد (٤/١٠٣).

(٥) ينظر: عقود التمويل المستجدة، د. حامد ميرة، (ص: ٩٤).

سعر السوق في وقت البيع فقط، ولا يشمل البيع بسعر السوق في المستقبل، فإن هذا لا تُجيزه قواعد الفقه الإسلامي، ولا أعلم أحداً أجازته»<sup>(١)</sup>.

٢. أنه قياس على أمر مختلف فيه فلا نُسلم به.

**أدلة القول الثالث (وهو القول بالجواز):**

**الدليل الأول:**

تخريج هذا العقد على خيار الشرط، فيرى أصحاب هذا القول أن عقد الخيارات نوع من خيار الشرط الذي أباحته الشريعة<sup>(٢)</sup>.

**ووجه ذلك:**

أنه كما يجوز استعمال خيار الشرط في مدة يتفق عليها البائع والمشتري، وليس هناك مدة معينة - كما عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>، وأبي يوسف من الحنفية<sup>(٤)</sup> - فإنه يجوز استعمال حق الخيار إذا كانت المدة معلومة، ومدة الخيار في هذه العمليات معلومة وهي الفترة ما بين وقت العقد إلى وقت أقرب تصفية<sup>(٥)</sup>.

**ونوقش:**

أنه لا يصح هذا التخريج لوجود الفروق بين العقدين؛ فعقد الخيار في الشريعة ليس عقداً مستقلاً، وهو تابع لعقد البيع وليس مستقلاً عنه،

(١) الغرر وأثره في العقود، (ص: ٢٤٤).

(٢) ينظر: الخدمات الاستشارية في المصارف، (٢/ ٣٣٢).

(٣) ينظر: المغني (٦/ ٣٩).

(٤) ينظر: فتح القدير (٥/ ٤٩٩).

(٥) ينظر: المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٣١٠).

وليس له ثمن، بخلاف عقد الخيارات في أسواق المال فهو عقد مستقل عن عقد البيع، فالصيغة تتضمن انفصال البيع عن الخيار، فيكون للخيار ثمن، وللسلعة أو السهم ثمن<sup>(١)</sup>.

### الدليل الثاني:

أن عقود الخيارات هي شبيهة ببيع العربون، فالخيار إذا كان للمشتري فهو بمنزلة بيع العربون، لأن خيار الشراء يُعطي مشتريه الحق في شراء عدد من الأسهم خلال فترة محددة، وقيمة الخيار التي دفعها مقدماً، كالعربون للبايع<sup>(٢)</sup>.

### ونوقش:

بأن لا نُسلم بهذا، فالفرق بين العقدين كثيرة، ففي بيع العربون البيع وقع على سلعة لا على الخيار، وإذا اختار المشتري إمضاه لا يكون للخيار مقابل؛ لأن العربون يُحتسب من ثمن السلعة، أما في عقد الخيارات فإن البيع يقع على الخيار نفسه، ويدفع المشتري العوض سواء اشترى أو لم يشتر، وليس في الفقه الإسلامي بيع عربون فيه خيار للبايع.

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/٣٣٢)، المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٣١٠).

(٢) ينظر: أحكام السوق المالية، د. الشريف، (ص: ١٣٠٨)، الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/٣٣٢).

فالعربون في الفقه جزء من ثمن المبيع، بخلاف عقود الخيارات المستحدثة فالعوض إنما هو مقابل ما يسمى بـ«بيع الحق في الخيار»<sup>(١)</sup>.

وأجيب:

بأن جواز بيع العربون يستفاد من صحة المعاوضة عن حق الخيار، وكون المعتاض بائعاً أو مشترياً لا أثر له في الحكم<sup>(٢)</sup>.

ورُدَّ:

بعدم التسليم بأن كون المعتاض بائعاً أو مشترياً لا أثر له في الحكم، بل له أثر في الحكم، وذلك لأن الحكمة من جواز بيع العربون -والله أعلم- هي: أن العربون عوض عن حبس السلعة، وهذه الحكمة غير موجودة عند المعتاض إذا كان هو المشتري، فالغرر في بيع العربون يكون من طرف واحد وهو المشتري، وذلك مقابل أنه منع البائع من بيع السلعة فترة وقام بتفويت مصلحة راجحة عليه، بخلاف كون الحق للبائع في الخيارات في الأسواق المالية؛ فإنه تأمين محض المقصد منه بيع الخطر وهو الغرر.

وهذه الحكمة يقرها المجيزون لعقود الخيارات أنفسهم<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الاختيارات للضرير، وبحث الأسواق المالية للقرني، ضمن البحوث المنشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد (١/ ٢٦٤)، العقود المالية المركبة، (ص: ٣٤٥).

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/ ٣٤٥).

(٣) ينظر: عقود التحوط في الأسواق المالية، (١٣٩)، بيوع المشتقات في الأسواق المالية المعاصرة، (ص: ٣١٥).

## الترجيح:

هذه المسألة في الحقيقة من المسائل المشككة والترجيح فيها يحتاج لمزيد نظر وتأمل والذي يظهر للباحث - والله أعلم - أن عقود الخيارات في وضعها الحالي ليست متوافقة مع الشريعة، ولذلك فالقول بالمنع هو الأقرب للأدلة التي ذكرها أصحاب هذا القول. يدل على ذلك:

١. أن الغرر والجهالة متحققان في هذه العقود كما سبق بيانه، فهي غير مأمونة العاقبة أثناء التعامل بها، وهي قائمة على المجازفة والمخاطرة المحضه، وتعريض المال للهلاك والتلف، وليس على التجارة المبنية على طلب الربح حتى وإن تحلف أحياناً.

٢. أن مقصود المتعاملين بها هي المقامرة على فروق السعر، والباعث الحقيقي لمستعمل هذه العقود هو طلب الربح دون تملك السلعة، حتى أن الدراسات تشير إلى أن نسبة العقود التي لا تسلم فيها ولا استلام في عقود الخيارات تصل ما نسبته (٩٨٪)<sup>(١)</sup>.

٣. مخالفة هذه العقود لمقاصد الشريعة، فمن أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية في اشتراط ملك السلعة في البيع، هو أن يكون البيع حقيقاً لا صورياً، لتداول السلع بين الناس وأن يربح بعضهم من بعض، وهذا يحقق العدل بين الناس في الأسواق المالية، «وتحقيق العدل بين المتعاقدين هو من

(١) ينظر: الموافقات (٢/٥٤٦).

أعظم وأهم مقاصد الشريعة في أحكام المعاملات، وعامة ما نهي عنه في الكتاب والسنة يعود إلى تحقيق العدل ومنع الظلم: دقه وجله»<sup>(١)</sup>، وهذا المقصد غير متحقق في عقود الخيارات فهي لا تفيد مُلكاً ولا تملكاً؛ كونها عقوداً صورية أقرب إلى الظلم منها إلى العدل.

٤. أن هذه العقود قائمة على الغرر والجهالة والتردد فيها واضح، وعقود البيع والشراء قائمة على الجزم وتعرف بأنها عقود باثة.

**تنبيه:**

هذا الحكم الذي توصل إليه الباحث في حكم عقود الخيارات يشمل جميع أنواع عقود الخيارات في السلع والأسهم والسندات، والعملات، بل هو في الأخير أشد تحريماً لاشتراط التقابض في بيع العملات بعضها ببعض، ولهذا لم أجد من أجاز عقود الخيارات في العملات.

(١) ينظر: الموافقات (٢/٥٤٦).

## المبحث الرابع البديل الشرعي لعقود الخيارات

لا خلاف بين الفقهاء على مبدأ تصحيح العقد، وأنه متى أمكن تصحيح العقد فإنه يجب المصير إليه.

يقول ابن قدامة: «العقد متى أمكن حمله على الصحة، كان أولى من إفساده»<sup>(١)</sup>.

ويقول ابن تيمية: «والأصل حمل العقود على الصحة، والحاجة داعية إلى ذلك»<sup>(٢)</sup>.

ولهذا فقد أرشد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بلائاً، إلى بيع التمر بدراهم، ثم يشتري بالدراهم تمراً آخر<sup>(٣)</sup>، فيتخلص من الربا.

والمطالع لكلام الفقهاء يجد أنهم رَحِمَهُمُ اللَّهُ حرصوا على تصحيح العقود؛ فاتفقوا على إمكانية تصحيح العقود الفاسدة وإن اختلفوا في ماهية تلك العقود.

ومن اهتم بهذا الجانب شيخ الإسلام ابن تيمية حيث ذكر جملة من العقود يمكن تصحيحها، ومن تلك العقود القريبة من عقود الخيارات أو يمكن أن تخرَّج عليها عقود الخيارات: البيع بضمن يؤول إلى العلم، فهو

(١) المغني (٧/٤٧٧).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/٤٦٦).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، رقم (٢٢٠١)، وأخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، رقم (١٥٩٣).



يذهب إلى أن البيع بدون ثمن يكون صحيحاً قياساً على النكاح بدون مهر فينصرف إلى مهر المثل، وفي البيع يكون بثمان المثل<sup>(١)</sup>.

وسواء قلنا بصحة قياس عقود الخيارات على البيع بما يؤول إلى العلم أم لا - وقد سبق مناقشة ذلك في أدلة الأقوال - إلا أن مبدأ تصحيح العقود مبدأ متفق عليه عند الفقهاء.

وعلى القول بعدم جواز عقود الخيارات بجميع أنواعها، ومع أن القول بالجواز مطلقاً فيه ضعف شديد ولا يتوافق مع نصوص الشرعية ولا حتى مع الأصل في المعاملات المالية، وغاية ما فيه هو محاولة قياس هذه العقود على بعض العقود المسماة والتي تبين من خلال المناقشة ضعف هذه القياس.

إلا إنه بالنظر إلى حجم عقود الخيارات في الأسواق المالية، وحاجة كثير من الناس لها كمصدر للمتاجرة، وأن القول بالتحريم قد يفوت عليهم مصالح كثيرة في هذه العقود، اتجه بعض الباحثين إلى محاولة تصحيح عقود الخيارات، وإيجاد البدائل الشرعية لهذه العقود.

ولا شك أن هذا سعي لتحقيق مقاصد الشرعية من رفع الحرج، والمحافظة على المال بالبعد عن الكسب الحرام، وتوظيف الأموال توظيفاً شرعياً، وبيان بأن هذه الشريعة، والفقهاء الإسلاميين صالح لكل زمان ومكان.

(١) نظرية العقد (١/١٦٤).

ولكن يجب أن نعلم أن تصحيح العقود من أدق المسائل الفقهية، وتحتاج لنظر دقيق، وفهم للعقود المالية، ومقاصد الشريعة من تلك العقود، وسلامة البديل من العلل المفسدة للعقد.

يقول ابن رجب عن وعورة مسلك تصحيح العقود: «هذا الموضوع قد اضطرب الناس فيه اضطراباً كثيراً»<sup>(١)</sup>.

ومن البدائل المقترحة لتصحيح عقود الخيارات:

أولاً: القول بالتفصيل:

والذي ذهب إليه الدكتور الشبيلي بالضوابط التي ذكرها الدكتور، وهو قول له حظ من النظر، ومتى طبقت تلك الضوابط فالأصل جواز تلك العقود.

ثانياً: البديل الذي اقترحه الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان:

حيث يرى: أن السبيل إلى تصحيح هذه العقود أن يكون القصد المهم والأساس في إنشائه، والرغبة في شراء السلعة الموصوفة... وأنه من أجل تفادي ما هو واقع بالفعل في الاختيارات من بيع الدين بالدين يتخذ أحد إجراءين:

أولاً: تعجيل الثمن والسلعة إن أمكن.

ثانياً: تعجيل أحدهما، وتأجيل الآخر وفق الشروط الشرعية الخاصة بكل واحد منهما لدى الموافقة على تأجيله من الطرفين.

(١) جامع العلوم والحكم (١/ ١٨١).

ويمكن معالجة عدم ملكية المعقود عليه في اختيار الشراء بتصحيح العقد في ضوء المذهب المالكي بعد أن يظل العقد موقوفاً، حتى يتم تملك البائع للسلعة تملكاً شرعياً صحيحاً، وحينها يصبح صحيحاً لازماً<sup>(١)</sup>.

وحقيقة فإن محاولة جعل عقود الخيارات متوافقة مع الشريعة يحتاج لشيء من التعسف كما يقوله بعض الباحثين<sup>(٢)</sup>، وهذا حق، فإن الأسواق المالية العالمية لا يؤمن القائمون بها بما يؤمن به علماء المصرفية الإسلامية، وبالتالي فمحاولة أسلمة هذه العقود من الصعوبة بمكان، ولكن يمكن أن تقوم المصارف الإسلامية وعبر نفوذها بوضع شروطها والضوابط التي تجعل العقد شرعياً، وهذا أمر نجحت فيه المصارف الإسلامية في كثير من المنتجات المالية.

والباحث وإن كان يميل إلى ما ذكره الباحثون الفضلاء من البدائل إلا إنه يقترح لتصحيح هذه العقود البدائل التالية، وهذه البدائل المقترحة لها أكثر من صورة بناء على الحال التي يتم فيها عقود الخيارات وهي على حالين:  
الحالة الأولى:

أن يكون العقد متجهاً إلى السلعة، والبديل في هذه الحالة على صورتين:

(١) ينظر: الاختيارات، بحث للدكتور أبو سليمان في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٧)، (٣٠٩/٢)، وينظر: المخاطرة في المعاملات المالية (ص: ٣١٩).

(٢) ينظر: الاختيارات، بحث للدكتور أبو سليمان في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٧)، (٣٠٩/٢)، وينظر: المخاطرة في المعاملات المالية (ص: ٣١٩).

الصورة الأولى: أن يكون محرر الخيار مالكا للسلعة، وفي هذه الصورة يمكن أن يكون البديل على النحو التالي: أن يبيع الشخص سلعة يملكها، وهذا متصور وواقع، فإن مُلك محرر الخيار للسلعة متصور، بل إن محرر الخيار قد يكون هو نفس الشركة المصدرة للأسهم محل العقد<sup>(١)</sup>.

ويترتب على هذه الصورة: أن يكون حق الخيار هنا تابعا لأصل العقد والذي وقع على السلعة وليس مستقلا، وبهذا يمكن أن نصحح بيع حق الخيار تخريجا على خيار الشرط، والذي يجوز استعماله في مدة معلومة يتفق عليها البائع والمشتري، وليس له مدة معينة - كما عند الحنابلة<sup>(٢)</sup>، وأبي يوسف من الحنفية<sup>(٣)</sup> -، وهذا متحقق في عقود الخيارات، فالمدة فيها معلومة ومحددة. وبهذا نخرج من إشكالية كون عقود الخيار في الأسواق المالية عقودا مستقلة عن السلع، ولها أثمانها المستقل عن السلع المالية، وهذه الإشكالية هي العلة التي جعلت القائلين بتحريم عقود الخيارات يمنعون من قياس عقود الخيارات على خيار الشرط.

الصورة الثانية: أن لا يكون محرر الخيار مالكا للسلعة، وهنا يمكن أن يكون البيع منعقدا على سلعة موصوفة في الذمة بوصف منضبط يصح السلم معه، والمتأمل إلى واقع عقود الخيارات يجد أنه يصدق عليه كونها موصوفا مؤجلا، مما لا يشترط لصحة بيعه تملك البائع له، والشبه بين عقد

(١) أسواق الأوراق المالية (ص: ٣٦٤)، الخدمات الاستثمارية في المصارف، (٢/ ٣١٥).

(٢) ينظر: المغني (٦/ ٣٩).

(٣) ينظر: فتح القدير (٥/ ٤٩٩).

الخيار والسَّلْم من حيث كونه بيع موصوف في الذمة ظاهر؛ حيث يشتركان في كون كل منهما عقداً مؤجلاً، كما يتحدان في بعض الشروط كوصف البيع وصفاً دقيقاً، وتحديد موعد التسليم لاحقاً ونحوها<sup>(١)</sup>.

وعليه: فيسلم المشتري مالاً معلوماً في سلعة موصوفة في الذمة يحدد جنسها، وضوابطها التي تنضبط به (أسهماً من شركة معينة)، فيكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل، ويكون الثمن مقبوضاً في مجلس العقد.

وإذا ثبت هذا فيصح عقد الخيارات على موصوف في الذمة مما يصح فيه السَّلْم، حتى ولو كان المعقود عليه أسهماً فيصح بناء على القول بصحة السَّلْم في الأسهم، وهو قول جمع من الباحثين<sup>(٢)</sup>.  
يبقى عندنا إشكالان:

أ. عدم ملك بائع الخيار للسلعة، وهذا يمكن تخريجه على السَّلْم الحال، وهو جائز عند الشافعية<sup>(٣)</sup>، أو يخرج على أنه بيع موصوف في الذمة إذا كان على غير وجه السَّلْم، وهو جائز عند الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة (ص: ٢٦٠).

(٢) ينظر: اقتراض الأسهم لمحمد السلامي، (ص: ٣١)، الأسهم والسندات وأحكامها للدكتور أحمد الخليل، (ص: ٢٢٩).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج (٤/ ١٨٨).

(٤) ينظر: تصحيح الفروع (٤/ ٢٣).

ب. بيع المشتري السلعة قبل قبضها، وهذا ممنوع في السلم بالاتفاق<sup>(١)</sup>، وهذا يمكن الخروج منه بأن يعقد المشتري مع غيره سَلماً موازياً فيكون بيعه للسلعة سَلماً موازياً<sup>(٢)</sup>.

ومتى قلنا بصحة هذا التخريج أصبح الخيار كما في الصورة الأولى تابعاً وليس مستقلاً، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً، ومعلوم أنه يشترط في الغرر حتى يكون محرماً للعقد أن يكون في المعقود عليه أصالة؛ وعليه فإذا كان الغرر فيما هو تابعٌ للمقصود بالعقد فإنه لا يؤثر في العقد، ويكون غرراً معفواً عنه<sup>(٣)</sup>.

كما أن الأخذ بهذا المقترح يساعدنا على تخفيف الغرر الحاصل في عقود الخيارات، وذلك أن من شروط السَلَم أن يكون المسلم فيه ديناً موصوفاً في الذمة، وأن المقصد من هذا الشرط: هو البعد عن الغرر، إذ من المحتمل أن يهلك الشيء المعين<sup>(٤)</sup>.

فإن قيل: أننا وإن سلمنا بصحة السَلَم في الأسهم فإن عقود الخيارات قد تكون على العملات، وهذا ممنوع لأنه يؤدي لبيع الدين بالدين، وهو ممنوع بالإجماع<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: المغني (٧/٤١٥).

(٢) ينظر: السلم الموازي وتطبيقاته المعاصرة، لنزيه حماد، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، (ص: ٤٤٣)، السلم وتطبيقاته المعاصرة (ص: ٢٩).

(٣) ينظر: عقود التمويل المستجدة (ص: ٨٨).

(٤) ينظر: السلم وتطبيقاته المعاصرة (ص: ٢٩).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٤١٩/٢٩).

## فالجواب عنه:

أننا لا نسلم بذلك، وإن سلمنا بذلك فإن محل العقد قد يكون أسهماً، وقد يكون عملات، وقد يكون سلعاً دولية، وهذه لها سوق خاصة، وهي مما يصح فيها السلم، ومنع السلم في عقود الخيارات إذا كانت أسهماً أو عملات لا يلزم منه عدم صحة العقد سلماً في غيرها<sup>(١)</sup>.

ومتى أخذنا بهذه الصورة تحقق لنا مصالح كبيرة، من تمكين المصارف الإسلامية الدخول في هذه العقود التمويلية الضخمة وسد العجز المالي الذي ربما تمر به، كذلك يُمكنها وعن طريق السلم الموازي في هذه العقود من تمويل صغار المنتجين والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج كرأس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم، ويكون هذا العقد نتيجة لعقد السلم الأول الذي تم في الأسواق المالية دون الربط بين العقدين<sup>(٢)</sup>.

(١) ولا يغيب عن الذهن أن من المسائل الداخلة في بيع السلم وما قد يندرج تحته من مسائل كمسألة:

١. بيع السلم على غير ما هو عليه.

٢. السلم الموازي.

٣. بيع السلم قبل قبضه.

وهذه المسائل لا تحرم هذا البديل، ويمكن الأخذ بقول من يجيزها من الفقهاء والباحثين.

(٢) ينظر: الهندسة المالية، (ص: ٣٣١).

## الحالة الثانية:

أن يكون العقد متجهاً إلى الخيار بشكل مستقل، وغالب البيوع الحاصلة في هذه العقود هي من هذا النوع، واتجاه العقد على أن يكون للخيار دون السلعة هو أحد أهم أسباب تحريم عقود الخيارات، كما مر معنا في عرض الأقوال عند بيان حكم هذه العقود، وللخروج من هذه الإشكالية يقترح الباحث من أجل تصحيح العقد، أن يكون العقد على إحدى الصورتين التاليتين:

**الصورة الأولى:** تخريج هذا العقد على خيار الشرط، أو بيع العربون، وهذا سبق ذكر وجهه، ومناقشته في أدلة أصحاب القول الثالث.

**الصورة الثانية:** جواز بيع حق الخيار في عقود الخيارات البسيطة قياساً على بيع الحقوق المجردة التي ذكرها الفقهاء، مثل حق المرور، وحق التعليم، وحق التسييل، وحق وضع الخشب على الجدار، وحق فتح الباب، ونحو ذلك<sup>(١)</sup>.

والخيار هنا حق مالي ثابت بالعرف المالي، وله قيمة عند أهل الأسواق المالية، فيجوز الاعتياض عنه بالمال استقلالاً.

وبيان أن حق الخيار في عقود الخيارات حق مالي من وجهين:

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف (٢/ ٣٣١).



## الوجه الأول:

أن للعُرف تأثيراً في اعتبار مالية الشيء من عدمه، ومما يدل على تأثير العرف في مالية الشيء أن الفقهاء منعوا من بيع ما ليس بمتقوم في العرف كالحشرات، ونحوها؛ لأنه لا ينتفع بها، ولكن متى أمكن الانتفاع بها جاز بيعها لأنها أصبحت مالاً متقوماً، ومن ذلك الحشرات التي ينتفع بها طبيياً، فإنه يجوز بيعها.

وإذا كان الأمر كذلك فإن عرف الأسواق المالية اليوم: أن الخيار أصبح مالاً متقوماً له ثمنه الذي يعترض به عند أهل السوق، والعُرف مؤثر في اعتبار الحقوق، ومن الحقوق الثابتة بالعرف: حق المرور بالطريق، وحق الشرب، ونحوهما<sup>(١)</sup>، ويدخل في هذا حق الخيار حيث صار له قيمة مادية في عرف التجار في الأسواق المالية، كما هي الحال في العلامات التجارية والتي أصبحت ذات قيمة مادية في عُرف التجار، «وشرع التجار يبيعون هذه الأسماء، ويشترونها بأثمان غالية وأموال طائلة»<sup>(٢)</sup>.

وإذا جاز بيع الحشرات والحيات -والتي هي ممنوعة في الأصل- لأنه يمكن الانتفاع بها، فبيع حق الخيار أولى.

يقول ابن قدامة: «أن كل مملوك أبيح الانتفاع به، يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع»<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: فقه البيوع على المذاهب الأربعة (١/٢٥٧).

(٢) فقه البيوع على المذاهب الأربعة (١/٢٦٥).

(٣) المغني (١/٣٥٩).

وحق الخيار يمكن الانتفاع به كسائر المنافع والحقوق، والأصل فيه الجواز.

وبناء على ما سبق:

فإنه يمكن وضع بعض الضوابط التي يكون العقد من خلالها صحيحاً، وهي:

١. أن يكون الخيار من النوع البسيط دون الخيار المركب؛ لوضوح الغرر الفاحش فيه.

٢. أن يكون البائع للخيار مالكا للسلعة، أو يكون بيع موصوف في الذمة تحقق فيه شروط السلم.

٣. أن يقع البيع على السلعة، ويكون الخيار تبعاً لها.

٤. أن يتم قبض السلعة من البائع قبضاً حقيقياً أو قبضاً حكماً.

٥. أن يكون البيع حقيقياً لا صورياً.

٦. أن لا تكون السلعة ذهباً أو فضة أو عملات.

ومتى تمت هذه الضوابط فإنه لا يظهر مانع من القول بالجواز، خاصة إذا ما علمنا أن الأصل في المعاملات الإباحة، والشريعة جاءت للتوسعة على الناس في المعاملات، ولهذا فإنه لا خلاف بين المذاهب الأربعة في أن بعض الشروط الفاسدة تبطل ويصح العقد، على خلاف في تعيين هذه الشروط<sup>(١)</sup>، وقد صحح الفقهاء بعض العقود التي حكموا بفسادها تغليبا لمصالح العباد، وكونها مغلبة على حكم التعبد<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: تصحيح العقود المالية الفاسدة، (ص: ١١٧).

(٢) ينظر: الموافقات (١/ ٤٥٤).

ومن تلك العقود التي صححها الفقهاء، البيع بالمعاطاة إذا وقع فهو باطل عند الشافعية، ومع ذلك لهم أقوال في محاولة تصحيحه<sup>(١)</sup>.

ومن ذلك تصحيح بيع الاستجرار<sup>(٢)</sup>، فهو بيع جارٍ مجرى الفاسد عند الحنابلة<sup>(٣)</sup> إلا أنهم قالوا بصحته؛ مراعاة لحاجة الناس، وقضاء حوائجهم<sup>(٤)</sup>.

ولم يكن بيع الاستجرار هو المستثنى وحده من أصول مانعة منه، بل ثمة عقود أخرى وُصفت بالوصف ذاته، استثنت من بعض الأصول المقررة تبعاً لحاجة الناس إليها، وخلافاً لقياس الأصل فيها<sup>(٥)</sup>؛ ومن تلك الصور القريبة لعقود الخيارات البيع بالرقم، أو البيع بدون ذكر الثمن، أو الاتفاق عليه، ومعلوم أن الجهالة مُفسدة للعقد عند عامة الفقهاء، بل نقل الإجماع على ذلك<sup>(٦)</sup>، ومع ذلك صحح هذه البيوع بعض الفقهاء كالحنفية إذا اتصل به القبض بالتعاطي مع الرضى؛ لحصول التراضي والمعاطاة<sup>(٧)</sup>.

فهذه البيوع إنما أُجيزت للحاجة، وعليه فإن إجازة عقود الخيارات بهذه الصورة هو مما جاءت به الشريعة، خاصة وأن المانع هنا هو الغرر، ومعلوم

(١) ينظر: المجموع (٩/ ١٦٤)، تصحيح العقود المالية الفاسدة، (ص: ١١٧).

(٢) بيع الاستجرار: «أخذ الأشياء مرة بعد مرة، وقد يكون بثمن مقدم قبل الأخذ». ينظر: رد المحتار (٧/ ٣٢)، شرح المنتهى للبهوتي (٣/ ٣٠٧)، عقود التمويل المستجدة، (ص: ٥٥٤).

(٣) ينظر: كشاف القناع (٤/ ١٠٨).

(٤) ينظر: تصحيح العقود المالية الفاسدة، (ص: ٢٣٥).

(٥) ينظر: نظرية الشرط الجزائي (ص: ٣٣٠).

(٦) ينظر: الاستذكار (٦/ ٤٣٣).

(٧) ينظر: البحر الرائق (٥/ ٣١٠).

أن الغرر يجوز للحاجة كما في مسألة بيع العرايا وغيرها من البيوع التي تجوز للحاجة.  
وختاماً:

فإن هذه الحلول والبدائل إنما هي محاولة لتصحيح عقود الخيارات، ولا يعني هذا أن تكون هذه البدائل موافقة للواقع أو يمكن تحقيقها في الأسواق المالية العالمية، وإنما هي محاولة من الباحث لتصحيح هذه العقود في واقعها الحالي، وليست إجارة لعقود الخيارات بصورتها التي تحدث في كثير من الأسواق المالية.

ومما يجب أن ينتبه له هنا: أن الإشكالات الواردة في عقود الخيارات لا يمكن أن تكون سبباً لرفض مثل هذه المقترحات بحجة عدم إمكانية تطبيقها على أرض الواقع، وذلك لأمرين:

### الأول:

أن الإشكالات الوارد على عقود الخيارات هي غير متعلقة بجوهر العقد من حيث صورته التي يمكن أن تكون صحيحة متى خلت من هذه الإشكالات، وإنما هي متعلقة بمقاصد المتعاقدين والتي يمكن أن تكون صحيحة، ويمكن أن تكون مبطلّة للعقد، ومعلوم أن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.

فالعقد من حيث جوهره وصورته قد يكون صحيحاً لكن مقاصد المتعاقدين تجعله باطلاً، وهذا باب واسع.

## الثاني:

أن كثيراً من العقود كانت في بدايتها ممنوعة، وحكم الفقهاء المعاصرون بطلانها؛ كعقد التأجير المنتهي بالتمليك، والصكوك، والتورق المصرفي المنظم، ونحوها، ولكن قام الفقهاء بدراسة تلك العقود، ووضعوا لها الضوابط التي يكون العقد معها صحيحاً، وصدرت بذلك الفتاوى والقرارات، ومع ذلك نرى أن الواقع يخالف تلك القرارات، فهل يمكن رد تلك البدائل الصحيحة بسبب مخالفة الواقع لها؟

كما أنه بإمكان المصارف الإسلامية، وعبر نفوذها، أن تحقق هذه البدائل بالصورة المقترحة على أرض الواقع، أو تعدل عليها، أو تطورها عبر هيئاتها الشرعية.

## الخاتمة

١. عقود الخيارات هي أحد أنواع عقود المشتقات المالية، ومصطلح الخيارات يمثل الترجمة الشائعة للمصطلح الإنجليزي (Options)، وهي عقد يخول لحامله الحق لبيع أو شراء أوراق مالية، أو سلع معينة، بسعر معين طيلة فترة زمنية.

٢. تنقسم عقود الخيارات إلى أقسام متنوعة، لكن أبرز هذه الأقسام ما

يلي:

**أولاً: الخيار البسيط:**

وهو قسمان:

١. خيار شراء.

٢. خيار البيع.

**ثانياً: الخيار المركب.**

والنوع الأول هو الذي وقع الخلاف فيه بين الفقهاء على أقوال، الأقرب منها المنع.

٣. أقرب تعريف للغرر هو: «ما كان مستور العاقبة»؛ لأنه أجمع التعريفات للجزئيات الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر، والجهالة هي: «ما علم حصوله وجهلت صفته».

٤. أكثر أهل العلم على أن الغرر والجهالة بمعنى واحد من كل وجه، بحيث يستعمل أحدهما بمعنى الآخر.
٥. انعقد الإجماع على أن الغرر الكثير مؤثر في العقد، كما أجمع العلماء على أن يسير الغرر لا يؤثر.
٦. ضابط الغرر والجهالة المؤثر في العقود: هو ما كان منها فاحشاً في عقد معاوضة لازمة، وكان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع لاغتفاره حاجة شرعية معتبرة، وأن مرجع ضابط القلة والكثرة إلى أهل العرف.
٧. تبين للباحث عدم جواز عقود الخيارات؛ لأن الغرر متحقق فيها من أوجه كثيرة ذكرها الباحث.

## فهرس المصادر والمراجع

١. الإجماع، لمحمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: فؤاد بن عبد المنعم أحمد، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٤١١هـ.
٢. أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، د. مبارك بن سليمان آل سليمان، دار كنوز إشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
٣. الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد الفراء، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٤. أحكام السوق المالية، د. محمد عبد الغفار الشريف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ.
٥. الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
٦. اختيارات شيخ الإسلام، مجموعة باحثين، دار كنوز إشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
٧. الاختيارات، د. الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ.
٨. الاختيارات، للشيخ محمد المختار الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ.
٩. الأدوات المالية التقليدية، د. محمد الحبيب جرابة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ.
١٠. إرشاد أولي البصائر والألباب، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.





١١. أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية، د. منير هندي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
١٢. أسباب التضخم في الأوراق النقدية، د. حياة عمر البرهماني، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
١٣. الإسلام والنقود، د. رفيق المصري، مركز النشر العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، الطبعة الثانية، ١٤١٠هـ-١٩٩١م.
١٤. الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.
١٥. الأسهم، الاختيارات، المستقبلات: أنواعها والمعاملات التي تجري فيها، د. محمد القري بن عيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ.
١٦. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤٠٧هـ.
١٧. البتكوين، ودورها في تمويل الحركات الإرهابية، حسن محمد، مقال منشور في مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، أغسطس ٢٠١٧م.
١٨. بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د. محمد عثمان شير، دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٨٨م.
١٩. بدائع الفوائد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
٢٠. البطاقات اللدائنية، د. محمد العصيمي، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٢١. التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري، الشهير بالمواق، المطبوع بهامش مواهب الجليل، مكتبة النجاح، ليبيا.

٢٢. تصحيح الفروع، لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: أبي الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٢٣. تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، د. هائل عبد الحفيظ، المعهد العالمي للفكر، القاهرة، ١٤١٨هـ-١٩٩٩م.
٢٤. تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، د. هائل عبد الحفيظ، المعهد العالمي للفكر، القاهرة، ١٤١٨هـ-١٩٩٩م.
٢٥. التلقين في الفقه المالكي، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق: محمد ثالث الغاني، قسم الدراسات العليا بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٥هـ.
٢٦. حاشية البجيرمي على الإقناع، للشيخ سليمان البجيرمي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧م.
٢٧. الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. يوسف بن عبد الله الشبلي، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
٢٨. الخُرشي على مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخُرشي، دار الفكر، بيروت.
٢٩. السوق المالية، د. وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ.
٣٠. شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
٣١. شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى بـ (الكاشف عن حقائق السنن)، لشرف الدين الحسين بن عبد الله الطيبي، تحقيق: د. عبد الحميد هندراوي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.



٣٢. الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح بن محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٣٣. صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن المغيرة الجعفي البخاري، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، دار بيت الأفكار الدولية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٣٤. صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، دار بيت الأفكار الدولية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٣٥. ضوابط ائمن وتطبيقاته في عقد البيع، سمير عبد النور جاب الله، دار كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.
٣٦. طلبة الطلبة، لعمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل النسفي، المطبعة العامرة، مكتبة المثني - ببغداد، الطبعة: ١٣١١هـ.
٣٧. عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، د. حامد ميرة، دار الميمان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.
٣٨. العقود المالية المركبة، د. عبد الله العمراني، دار كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٣٩. العقود المدينة الكبيرة البيع والتأمين والإيجار، د. خميس خضر، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٤م.
٤٠. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، د. الصديق محمد الأمين الصديق الضير، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

٤١. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، الطبعة الرابعة، ١٤٢٣هـ.
٤٢. الفروع، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٤٣. قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي، د. علي القره داغي، الناشر العرب، الطبعة الأولى، طبعة ١٤٢٢هـ.
٤٤. القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب، دار نور الصباح، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ-٢٠١١م.
٤٥. قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، د. سامي السويلم، دار كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
٤٦. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٤٧. المال والاستثمار في الأسواق المالية، د. فهد الحويماي، مطابع الهلال للأوفست، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.
٤٨. المبسوط، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ.
٤٩. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤١٦هـ.
٥٠. المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، د. عبد الرحمن بن عبد الله الخميس، دار كنوز إشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.



- ٥١ . مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم، مركز نهاء، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
- ٥٢ . المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعة أدواتها، د. سمير عبد الحميد رضوان، دار النشر للجامعات-مصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
- ٥٣ . المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان الديبان، الطبعة الثانية، ١٤٣٤هـ.
- ٥٤ . المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، عمان، الطبعة السادسة، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٧م.
- ٥٥ . المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامية، د. محمد شبير، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٣٤هـ.
- ٥٦ . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، ١٤٣١هـ.
- ٥٧ . معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
- ٥٨ . معجم مصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
- ٥٩ . معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
- ٦٠ . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.



٦١. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
٦٢. المفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد، المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد عيتاني، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٢هـ.
٦٣. مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، أ. د. محمود أحمد الشرفاوي، من ضمن بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون غرفة التجارة والصناعة دبي، ٢٠٠٣م.
٦٤. موت النقود، جويل كرتزمن، ترجمة د. محمد العصيمي، دار الميمان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
٦٥. موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، د. محيي الدين علم الدين، ١٩٩٣م.
٦٦. نظرية النقود في الفقه الإسلامي، د. ريان خليل توفيق، دار الفتح، عمان، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ-٢٠١٥م.
٦٧. الورق النقدي، عبد الله بن منيع، شركة الراجحي المصرفية، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

### المراجع الأجنبية والمواقع الإلكترونية:

١. موقع بنك البلاد عبر الرابط <https://www.bankalbilad.com/Documents> تاريخ الزيارة يوم الأحد ٢/١/١٤٤٤هـ.
٢. [https://www.youtube.com/watch?v=LFCO\\_qhANd4](https://www.youtube.com/watch?v=LFCO_qhANd4) تاريخ الزيارة يوم الأحد ٢/١/١٤٤٤هـ.



## حجية الدفاتر التجارية في نظام الإثبات

أ. د. أحمد بن عبد العزيز بن شبيب

الأستاذ بقسم السياسة الشرعية

في المعهد العالي للقضاء

بجامعة 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 كل من له اهتمام واطلاع بالمجال القضائي العدلي؛ ليدرك أهمية ومنزلة العناية بأدلة وطرق الإثبات؛ لحفظ الحقوق وتحقيق العدالة بين الخلق، وإن من الأنظمة التي أصدرها المنظم السعودي حديثاً: نظام الإثبات، والذي صدر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، وقد جاء النظام ببيان عدد من الجوانب الموضوعية والإجرائية في الإثبات، ومن تلك المسائل: ما يتعلق بحجية الدفاتر التجارية.

ولما لهذا النظام من الأهمية، ولما للدفاتر التجارية من مكانة في تعاملات التجار، ولحدثة صدور نظام الإثبات السعودي فقد رأيت بحث هذه المسألة مع بيان المستجدات النظامية في هذا.

ولعل مما يؤكد أهمية الموضوع أنه جاء النص عليه في نظام الإثبات، وكان قد تم الحديث عنه في المادتين (٩) و(٤٩١) الملغيتين من نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ، ثم في المادتين (التاسعة) و(العاشرة) من نظام الدفاتر التجارية الصادر بالمرسوم



الملكي رقم (م/ ٦١) وتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ<sup>(١)</sup>، وأخيراً ما ورد في مشروع نظام المعاملات التجارية<sup>(٢)</sup>، فكل هذا يدل على اهتمام المنظم السعودي بهذا الموضوع، وهو موضوع حجية الإثبات في الدفاتر التجارية؛ إذ تم النص عليه في الأنظمة القديمة والأنظمة الجديدة وكذا في مشروع الأنظمة المستقبلية.

علاوة على أن من أهم المزايا التي يذكرها الشراح للدفاتر التجارية وتنظيمها هي مسألة: بيان أهمية ودرجة الاحتجاج بها أمام الجهات القضائية وفصل النزاع<sup>(٣)</sup>.

### أهداف البحث:

١. الإضافة العلمية لأهل الاختصاص والمتعاملين مع فئة التجار بالوقوف على ما انتهى إليه المنظم السعودي في مسألة الاحتجاج بالدفاتر التجارية باختلاف صورها وتعدد الأطراف المتعاملين بها.

(١) انظر: شرح النظام التجاري السعودي، مساعد الجبيري، ص (١٠٨-١٠٩، ١١٧...)، المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص (٢٦٤، ٢٨٦...)، مبادئ القانون التجاري السعودي، د. محمد سويلم، ص (١١٥، ١١٧، ١٢٨-١٢٩)، مبادئ القانون التجاري السعودي، د. عدنان العمر وآخرون، ص (١٤٨، ١٦٢-١٦٣)، القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، ص (١١٨).

(٢) انظر: المواد (الرابعة والخمسين) وما بعدها، وقد نشر المشروع عبر منصة (استطلاع) التابعة للمركز الوطني للتنافسية.

(٣) انظر: شرح النظام التجاري السعودي، د. عدنان العمر ود. درويش درويش، ص (١٢٩، ١٤٣...)، القانون التجاري، د. نايف الشريف ود. زياد القرشي، ص (٨٣، ٨٧...)، القانون التجاري السعودي، د. رحاب داخلي، ص (١١٩-١٢٠، ١٣٠...).

٢. التأكيد على أهمية متابعة جديد الأنظمة، والاستقرار والجمع والربط بين الأنظمة المختلفة ومدى تأثيرها وتأثيرها فيما بينها، وأثر كل ذلك على التعاملات المالية والدعاوى القضائية.

٣. الجمع بين الدراسة الفقهية والنظامية في المسألة محل البحث.

### مشكلة البحث:

ورد ذكر الاحتجاج بالدفاتر التجارية في نظام الدفاتر التجارية، ثم في نظام الإثبات، ثم في مشروع نظام المعاملات التجارية، مما يدل على تجدد الأحكام والصور في هذا، ومن ثم كان من الأهمية بمكان تجلية الغموض الذي يكتنف بعض الصور المحتملة لحالات التعامل مع الاحتجاج بالدفاتر التجارية، وبيان مدى الإلزام بالاحتجاج بهذه الصورة أو تلك، خصوصاً مع تناول أكثر من نظام بل ومشروع نظام لهذه المسائل دون وجود بحث متخصص معاصر مواكب لجديد الأنظمة الحاكمة لها، رغم تأثيرها الكبير في مجال توثيق العقود وحفظ الحقوق، ومن ثم فهذا البحث يسعى للإجابة عن السؤال الآتي:

ما هي حالات الاحتجاج بالدفاتر التجارية؟ وما مدى حجيتها في نظام الإثبات السعودي؟

### الدراسات السابقة:

توجد هناك عدد من الدراسات السابقة حول موضوع حجية الدفاتر التجارية، أهمها:

١. الدفاتر التجارية ودورها في الإثبات في النظام السعودي والقانون المقارن، د. زينب سلامة، ١٩٩٢م.

٢. طرق الإثبات في القضاء التجاري وتطبيقاتها في المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية، د. أحمد العبودي، وهذه الدراسة هي رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، ١٤٣٣هـ.

٣. دور الدفاتر التجارية في الإثبات في النظام السعودي وفقاً لنظام الدفاتر التجارية ونظام المحاكم التجارية، د. يحيى الشريف.

إلا أن كل هذه الدراسات كانت قبل صدور نظام الإثبات، وعليه وبما أن نظام الإثبات السعودي حديث الصدور، وبما أن كل من كتب عن الدفاتر التجارية وحجيتها كان قبل صدور نظام الإثبات، وبما أن هذه الدراسة تعنى بدراسة حجية الدفاتر التجارية في ضوء نظام الإثبات السعودي؛ كان الجديد في هذه الدراسة هو بيان موقف المنظم السعودي من حجية الدفاتر التجارية في ضوء نظام الإثبات الصادر حديثاً بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ<sup>(١)</sup>.

### منهج البحث، وإجراءاته:

اعتمد الباحث في بحثه على المنهج العلمي المعتاد في البحوث الأكاديمية في الجوانب الشكلية، وانتهج المنهج الاستقرائي التحليلي للنص النظامي في الجوانب العلمية.

(١) وللباحث بحث آخر حول نظام الإثبات بعنوان/ المدخل إلى نظرية الإثبات في النظام السعودي، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، شوال ١٤٤٤هـ، المجلد (١٦)، العدد (٥)، ص (٢٥٦٠...).

## إجراءات البحث:

سأسير في كتابة هذا البحث - إن شاء الله - وفق الإجراءات الآتية:

١. الرجوع للمصادر الأصلية حال النقل والتوثيق.
٢. ذكر اسم المرجع ثم المؤلف ثم الجزء والصفحة في الحاشية، وأما ما يتعلق بتفاصيل بيانات المرجع فيكتفى بذكرها في فهرس المصادر والمراجع.
٣. البدء بالدراسة الفقهية ثم الدراسة النظامية.
٤. مراعاة الترتيب الزمني للمدارس الفقهية حال النقل عن المراجع الفقهية، (الحنفي، ثم المالكي، ثم الشافعي، ثم الحنبلي).
٥. التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.
٦. حال ذكر اسم لفظة (النظام) هكذا بدون إضافة، فالمقصود به هو نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦ / ٥ / ١٤٤٣ هـ.
٧. عرض أبرز النتائج في خاتمة البحث، مع ختمه بذكر التوصيات.

## خطة البحث:

جاء البحث في: مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة.

التمهيد: التعريف بعنوان البحث:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الدفاتر التجارية.



الفرع الثاني: أنواع الدفاتر التجارية.

الفرع الثالث: شروط الدفاتر التجارية.

المبحث الأول: حجية الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حجية الدفاتر التجارية بين التجار:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حجية الدفاتر التجارية للتاجر.

المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية على التاجر.

المبحث الثالث: حجية الدفاتر التجارية بين التاجر وغير التاجر.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حجية الدفاتر التجارية للتاجر.

المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية على التاجر.

المبحث الرابع: الامتناع عن تقديم الدفاتر التجارية أو الاطلاع عليها.

الخاتمة.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به،  
وأن يجعلنا مباركين أينما كنا.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## التمهيد التعريف بعنوان البحث

وفيه ثلاثة فروع:

**الفرع الأول: مفهوم الدفاتر التجارية:**

الدفاتر: جمع دفتر، وهو الكراسة<sup>(١)</sup>.

و((الفرق بين الكتاب والدفتر: أن الكتاب يفيد أنه مكتوب، ولا يفيد الدفتر ذلك، ألا ترى أنك تقول: «عندي دفتر بياض»، ولا تقول «عندي كتاب بياض».

الفرق بين الصحيفة والدفتر: أن الدفتر لا يكون إلا أوراقاً مجموعة، والصحيفة تكون ورقة واحدة، تقول «عندي صحيفة بياض»، فإذا قلت «صحف» أفدت أنها مكتوبة<sup>(٢)</sup>.

والتجارية: من التجارة، وهي تشمل تقليب المال لغرض الربح وما يتجر فيه<sup>(٣)</sup>.

واتخاذ الناس - وخصوصاً الأمراء والتجار - لهم دفاتر خاصة بالحساب معروف منذ القدم<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: المعجم الوسيط، ص (٢٩٨).

(٢) الفروق في اللغة، أبو هلال العسكري، ص (٥٣٠-٥٣١).

(٣) انظر: المعجم الوسيط، ص (٨٤).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام ابن تيمية، (٣٠ / ٥٢) (٣١ / ٣٢٦، ٣٢٧)، المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص (٢٦٣-٢٦٤).

والدفاتر التجارية: هي: «الدفاتر التي يقيد فيها التاجر الشؤون المتعلقة بنشاطه التجاري»<sup>(١)</sup>، فهي سجلات تشتمل على صفحات مرقمة ورقياً أو رقمياً يمسكها التاجر، يقيد فيها مختلف عملياته، ما له وما عليه، على الوجه الذي يتطلبه النظام<sup>(٢)</sup>.

وقد ورد تعريف الدفاتر التجارية في نظام ضريبة الدخل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٥/١/١٤٢٥هـ بأنها: «مجموعة الدفاتر التجارية التي يحتفظ بها المكلف، والتي يجب أن تسجل بها جميع المعاملات التجارية، والموصوفة بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/٦١) والتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري ذي الرقم (٦٩٩) والتاريخ ٢٩/٧/١٤١٠هـ، والمعدلة بالقرار الوزاري ذي الرقم (١١١٠) والتاريخ ٢٤/١٢/١٤١٠هـ، وأي تعديلات لاحقة له»<sup>(٣)</sup>.

والمقصود بها: السجلات المحاسبية التي يدون فيها التاجر أعماله المالية المتعلقة بتجارته؛ إذ ألزم نظام الدفاتر التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) وتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ التاجر بأن يمسك بالدفاتر التجارية

(٢٦٤).

(١) معجم القانون، ص(٤٢٦).

(٢) انظر: المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص(٢٦٣)، مبادئ القانون التجاري السعودي، د. عدنان العمر وآخرون، ص(١٤٧).

(٣) المادة (الأولى).

التي تستلزمها طبيعة عمله التجاري<sup>(١)</sup>، وأن يكون ذلك على وجه الدقة والبيان بما له من حقوق وما عليه من التزامات.

وهناك من ذكر تعريفين للدفاتر التجارية، تعريف باعتبار المعنى العام لها، وتعريف آخر باعتبار المعنى الخاص بها: «يمكن أن يقال إن الدفاتر التجارية بمعناها العام: الدفاتر التي يستخدمها التاجر لتقييد أعماله التجارية.

أما بمعناها الخاص فيمكن أن يقال في تعريفها بأنها: دفاتر معينة يفرض القانون التجاري على التجار مسكها، ويدون فيها ما لهم من الحقوق يومياً وما عليهم من الديون، ويثبت فيها جميع العمليات التجارية التي يباشرونها»<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن المنظم السعودي نص على بقاء هذه التسمية (الدفاتر التجارية) في نظام الإثبات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، بينما في نظام الشركات الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ استخدم مصطلح (السجلات

(١) أعفى النظام في مادته (الأولى) التاجر الذي لا يزيد رأس ماله عن مائة ألف ريال من الإلزام بمسك الدفاتر، وجاءت المادة (الثانية) من اللائحة التنفيذية بتأكيد هذا الأمر، وبيان معالجة حالة منازعة التاجر في أن رأس ماله لا يزيد على المائة ألف ريال. وجاء في المادة (الثانية والخمسين) من مشروع نظام المعاملات التجارية: «لوزارة التجارة أن تحدد -بناء على معايير تضعها- فئات التجار المستثنين من الاحتفاظ بنظام محاسبي، بمن فيهم الأفراد الذين يزاولون تجارة صغيرة لتأمين الحد الأدنى من المعيشة».

(٢) طرق الإثبات في القضاء التجاري وتطبيقاتها في المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية، د. أحمد العبودي، رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، ص (٤٠٠).



المحاسبية)<sup>(١)</sup>، وكذا ورد في مشروع نظام المعاملات التجارية<sup>(٢)</sup>، إذ جاء الباب السادس منه بعنوان: (السجلات المحاسبية)، وأورد أحكامها في المادة رقم (٤٩) وما بعدها، ثم جاء النص في آخر مادتين من مشروع النظام على الآتي:

«المادة التاسعة عشرة بعد الثلاثمائة:

يلغي هذا النظام نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥ / ١ / ١٣٥٠هـ، ونظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) وتاريخ ١١ / ١٠ / ١٣٨٣هـ، ونظام الدفاتر التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) وتاريخ ١٧ / ١٢ / ١٤٠٩هـ.

المادة العشرون بعد الثلاثمائة:

يصدر وزير التجارة لائحة السجلات المحاسبية خلال (مائة وثمانين) يوماً من تاريخ نشر هذا النظام، ويُعمل بها من تاريخ نفاذه».

مما يدل على أن التوجه لدى المنظم السعودي هو استخدام مصطلح (السجلات المحاسبية) في المستقبل بدلاً عن مصطلح (الدفاتر التجارية).

وفي ختام الحديث عن مفهوم الدفاتر التجارية لا بد من التنبيه إلى أنها تعد داخلة في مصطلح (المحرر)<sup>(٣)</sup>، وقد عدها النظام من أنواع المحررات (١) المادة (السابعة عشرة).

(٢) تم نشره للعموم عبر منصة (استطلاع) التابعة للمركز الوطني للتنافسية.

(٣) بعض القوانين والأنظمة أطلقت على الدليل الكتابي مصطلح (الورقة) أو (السند)، وبعضها أطلق عليه مصطلح (المحرر). انظر: شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه، د. عبد الرزاق يس، ص (٧٧).

العادية<sup>(١)</sup>؛ إذ نص عليها في المواد المدرجة في فصل «المحركات العادية» إلا أنه أعطاهما بعض الأحكام الخاصة بها، زيادة على الأحكام العامة الواردة على المحركات العادية وما يتعلق بالإثبات عن طريق الكتابة.

(١) ولعل من أهم الآثار المترتبة على التفرقة بين المحركات الرسمية والعادية، أن المحركات الرسمية حجة ما لم يثبت تزويرها، فيقبل فيها الادعاء بالتزوير فقط، أما المحركات العادية فتعد حجة - وفق الضوابط المنصوص عليها في النظام- ما لم ينكرها صراحة من نسبت إليه - بمعنى أنه يقبل فيها الإنكار- أو يدعي أنها مزورة. انظر: المادة (الخامسة والعشرين) وما بعدها من النظام، الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، (٣٤ / ٢)، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. قدي الشهراوي، ص(١٦٦...).

(٢) يذكر عامة وغالب شراح الأنظمة: الدفاتر التجارية ضمن المحركات العرفية (غير الرسمية) الغير معدة أصلاً للإثبات. انظر: شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه، د. عبد الرزاق يس، ص(١٢٤...)، النظرية العامة في الإثبات، د. سمير تناغو، ص(١١٠)، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. قدي الشهراوي، ص(١١٠، ١٥٠، ٢١٢، ٢٢٥...)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي، (٢ / ٤٨١...).

وفي المقابل فهناك من عدّها من قبيل المحركات العرفية المعدة للإثبات عادة. انظر: المستندات الكتابية وقوتها في الإثبات، عبد العزيز الدغيثر، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (٤٧)، رجب ١٤٣١هـ، ص(١٠٦).

## الفرع الثاني: أنواع الدفاتر التجارية:

عدد نظام الدفاتر التجارية ثلاثة أنواع ألزم التاجر بإسكانها<sup>(١)</sup>، وجعلها الحد الأدنى في ذلك، وأجاز له الزيادة على ذلك - وتعد حينها دفاتر مساعدة للدفاتر الإلزامية - والدفاتر الإلزامية هي<sup>(٢)</sup>:

١. دفتر اليومية الأصلي: وهو الدفتر الذي يقيد فيه التاجر جميع العمليات المالية التي يقوم بها، وكذلك مسحوباته الشخصية، ويتم هذا القيد يومياً بالتفصيل باستثناء المسحوبات الشخصية، فيجوز تقييدها إجمالاً شهراً بشهر.

٢. دفتر الجرد: وهو الدفتر الذي تقيد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنته المالية، بالإضافة إلى تقييد صورة من قائمة المركز المالي.

٣. دفتر الأستاذ العام: وهو الدفتر الذي تُرَحَّل إليه العمليات المالية ذات الطبيعة الواحدة من دفتر اليومية.

(١) وذلك في حال زاد رأس ماله عن مائة ألف ريال. انظر: المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية.

(٢) انظر: نظام الدفاتر التجارية، المواد: (١، ٣، ٤، ٥)، الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص (١٠٠-١٠٢)، مبادئ القانون التجاري السعودي، د. عدنان العمر وآخرون، ص (١٥٠...)، مبادئ القانون التجاري السعودي، د. محمد سويلم، ص (١١٨...).

وُنصَّ في اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية على أن هذه الدفاتر الإلزامية تكون حسب النماذج المرفقة<sup>(١)</sup>، ونماذجها المرفقة باللائحة جاءت وفق الأشكال الآتية:

نموذج لصحيفة من دفتر اليومية:

التاريخ	المرجع		رقم القيد	البيان	مدين	دائن
	المستند	صفحة الأستاذ			هـ/ريال	هـ/ريال

نموذج دفتر (أو قائمة) الجرد:

بيان المخزون السلعي بتاريخ .../.../... ١٤٠٠ هـ

الصف	رقمه	الكمية	وحدة القياس	سعر الوحدة	الجملة	أساس التسعير	إيضاحات

نموذج لصحيفة من دفتر الأستاذ العام:

التاريخ	المرجع		البيان	الرصيد	دائن	مدين
	اليومية	المستند		هـ: ريال	هـ: ريال	هـ: ريال

ولكل دفتر من هذه الدفاتر أحكامه وشروطه وتفصيله الخاصة به، خصوصاً ما إذا استعمل التاجر دفاتر أخرى مساعدة، وهي ما تعرف

(١) انظر: المادة (الثالثة) من اللائحة التنفيذية.

بالدفاتر غير الإلزامية - الاختيارية-، والتي يجوز للتاجر استعمالها، ولها قوتها النظامية متى ما استعملها وفق الضوابط النظامية<sup>(١)</sup>.

ومن الدفاتر غير الإلزامية - الاختيارية- التي اعتاد التجار استعمالها: دفتر التسوية، ودفتر الخزانة أو الصندوق، ودفتر المخزن، ودفتر الأوراق التجارية<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث: شروط الدفاتر التجارية:

جاء في نظام الدفاتر التجارية ولائحته التنفيذية ذكر شروط الدفاتر التجارية<sup>(٣)</sup>، وهي:

(١) يلاحظ أنه في مشروع نظام المعاملات التجارية لم يتم تحديد السجلات المحاسبية الإلزامية، وإنما أحال في تحديدها إلى لائحة السجلات المحاسبية، حيث جاء في الفقرة (٣) من المادة (٤٩): «٣- يكون تحديد أنواع السجلات المحاسبية الإلزامية -سواء أكانت ورقية أم رقمية- وطريقة تنظيمها، والمعاملات والأحداث المالية التي تسجل فيها، والمعايير والاشتراطات اللازم تحققها فيها، وفق لائحة السجلات المحاسبية والقرارات والتعليقات التي تصدرها وزارة التجارة».

(٢) للوقوف على تعريف كل دفتر. انظر: معجم القانون، ص (٤٢٦-٤٢٧).

(٣) انظر: نظام الدفاتر التجارية، المواد (١، ٢، ٧، ٨)، اللائحة التنفيذية، المواد (٣) بعد تعديلها، (٤، ٥، ٦، ٧).

١. أن تكون هذه الدفاتر منتظمة<sup>(١)</sup>، وأن تكتب باللغة العربية<sup>(٢)</sup>.
٢. أن تكون الدفاتر التجارية وفق النماذج التي تحددها وزارة التجارة، ويجوز تدوينها عن طريق الحاسب الآلي وفق القواعد التي نصت عليها المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية - بعد تعديلها<sup>(٣)</sup>.
٣. أن تكون صفحات هذه الدفاتر مرقمة، وأن تعتمد من الغرفة التجارية والصناعية الواقع في دائرتها محل نشاط التاجر.
٤. أن تكون خالية من أي فراغ أو كتابة في الهوامش أو كشط أو تحشير، وإلا فيتم تصحيح هذا الخطأ بقيد آخر في تاريخ اكتشافه.
٥. عدم استعمال الدفتر الجديد إلا بعد انتهاء صفحات الدفتر السابق، والتوقيع على الصفحة الأخيرة منه، وتقديم شهادة من المحاسب بذلك، أو تقديم الدفتر للموظف المختص بالغرفة التجارية والصناعية للتوقيع عليه.

(١) بعض الشراح يذكر الشروط الواردة هنا - بعد الشرط الأول - تحت عنوان (شروط انتظام الدفاتر التجارية). انظر: المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص (٢٧٨...)، والمقصود بانتظام الدفاتر هو: «حالة الدفاتر التي روعي في إمسائها القواعد الواجبة الاتباع». معجم القانون، ص (٤١٥).

(٢) جاء في مشروع نظام المعاملات التجارية: «المادة الخمسون: ١. يكون تنظيم السجلات المحاسبية باللغة العربية، ويجوز تنظيمها بلغة أخرى بالإضافة إلى اللغة العربية».

(٣) ويتنبه هنا إلى ما ورد في الباب الرابع (الدليل الرقمي) من نظام الإثبات، المادة (الثالثة والخمسون) وما بعدها.

وعلى التاجر أن يحتفظ بهذه الدفاتر والمراسلات والوثائق والمستندات المتعلقة بتجارته الصادرة منه والواردة إليه مدة عشر سنوات على الأقل<sup>(١)</sup>.



(١) جاء في أحد التطبيقات القضائية: «فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وتأمل مجريات القضية ومستنداتها، وما أدلى به طرفا النزاع في المرافعة، وبما أن الظاهر صحة الختم والمطبوعات المنسوبة للمدعى عليه، ويؤيد ذلك عدد من القرائن، منها: أن المدعى عليه لم يقدم مطبوعات وأختام مؤسسته عام ٢٠١٨م حين كانت باسم مؤسسة... مما أدى إلى تعذر التحقق من دعوى تزوير تلك المستندات، وتعلل بإتلافه للمستندات كل سنة، وهذا الأمر على ما فيه من تفريط وإهمال، والمفرط أولى بالخسارة، فإن فيه مخالفة لما ألزمت به مواد نظام الدفاتر التجارية التي نصت على احتفاظ التاجر بدفاتره التجارية مدة عشر سنوات على الأقل...». رقم القضية (٨٤٩) وتاريخ ٩/٥ /١٤٤٢هـ، منشورة في موقع (البوابة القضائية العلمية).

## المبحث الأول

### حجية الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي

بما أن الدفاتر التجارية تعد أحد طرق ووسائل الإثبات بالكتابة، وكان من الأهمية بمكان الإشارة إلى الموقف الفقهي عموماً من حجية الإثبات بالكتابة - والمقصود هنا الإثبات عن طريق ما يكتبه الإنسان لنفسه أو عليها<sup>(١)</sup> - جاء هذا المبحث لذكر الاتجاهات الفقهية في ذلك مع سرد جملة من النقول عنهم في مسألة الاعتداد بالإثبات القضائي عن طريق الكتابة.

وبالرجوع لمؤلفات المعاصرين حول مسألة الاحتجاج بالدفاتر التجارية نجد أنهم قد أحقوا أو خرّجوا مسألة الاحتجاج بالدفاتر التجارية على عدد من الفروع والصور التي دوّنها الفقهاء في مصنفاتهم، ومن أبرز تلك الصور: الاحتجاج بالوصية المكتوبة<sup>(٢)</sup>، والاحتجاج بما كتبه الإنسان على نفسه والشهادة على الخط<sup>(٣)</sup>، والاحتجاج بدفاتر البياعين والصرافين

(١) عرف الدكتور/ صالح الهليل كتابة الدين بأنها: «التسجيل الحرفي له في كتاب بهدف الحفاظ عليه من الضياع نتيجة الجحود أو النسيان». توثيق الديون في الفقه الإسلامي، ص (٢٩٧)، كما عرف المستندات الخطية بأنها: «كل كتابة من شأنها إثبات حق أو نفيه بشكل صريح. ولفظ المستندات يرادفه لفظ: الحجج الخطية، أو الأدلة الكتابية، أو المحررات، فكل هذه الألفاظ أسماء لمسمى واحد». المرجع السابق، ص (٣٤٥).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص (٢٩٦)، المغني، ابن قدامة، (٨ / ٤٧٠ - ٤٧٢)، المبدع، ابن مفلح، (٨ / ٢٢٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص (١٨٣، ٢١٠، ٢٩٤ - ٢٩٥)، غمز عيون البصائر، الحموي، (٢ / ٣٠٦، ... ٣٠٩) (٣ / ٤٤٩...)، الذخيرة، القرافي، (١٠ / ٣٩ - ٤٠، ... ١٥٦)، الأحكام السلطانية، الماوردي، ص (١٥٩ - ١٦٠)، نهاية المطلب، الجويني، (١٨ / ٤٩٥، ... ٦٢٢)، الأحكام السلطانية، أبو يعلى، ص (٢٠٥ - ٢٠٦)، المغني، (١٤ / ١٣١ - ١٣٢، ١٣٨ - ١٤١)، الطرق الحكمية، ابن القيم، (٢ / ٥٤٤...).



والسماسة<sup>(١)</sup>، ولعل الصورتين الأخيرتين هي الأقرب لتخريج مسألة الاحتجاج بالدفاتر التجارية عليها.

وبالنظر في مجموع هذه الصور والأقوال الفقهية حولها يمكن إجمال الخلاف الفقهي في مسألة الاحتجاج بالكتابة إلى أربعة أقوال<sup>(٢)</sup>:

**القول الأول:** عدم الاحتجاج بالكتابة مطلقاً لاحتمال التزوير والغلط والكذب فيما تم تدوينه.

**القول الثاني:** الاحتجاج بالكتابة إذا تم الإشهاد عليها؛ لأنه بالشهادة تطمئن النفوس لصحة ما هو مدون في المكتوب.

(١) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص (١٩٤)، الأحكام السلطانية، الماوردي، ص (١٦٠-١٦١)، الأحكام السلطانية، أبو يعلى، ص (٢٠٦-٢٠٧).

(٢) انظر: توثيق الديون على المذاهب الفقهية الأربعة، محمد تقي العثماني، ص (٢٢...)، توثيق الديون في الفقه الإسلامي، د. صالح الهليل، ص (٣٣١...، ٣٤٦...)، المستندات الكتابية وقوتها في الإثبات، عبد العزيز الدغيش، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (٤٧)، رجب / ١٤٣١هـ، ص (١٠٣...)، طرق الإثبات في القضاء التجاري وتطبيقاتها في المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية، د. أحمد العبودي، رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، ص (٤١٦...)، طرائق الحكم المتفق عليها والمختلف فيها في الشريعة الإسلامية، د. سعيد الزهراني، ص (٢٤٨...، ٢٧٤...)، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، (٢ / ١١٣...، ١١٩...)، مفيد القضاة في أصول المحاكمات على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، أحمد بن بدران، ص (٥٧٧...).

وبناء على الخلاف الفقهي في أصل مسألة الاحتجاج بالأوراق العادية في إثبات الحقوق المالية وجد الاختلاف بين القضاة في السابق في هذا. انظر: اختلاف الأحكام القضائية، د. أحمد البدراني، ص (٥٠٢-٥٠٣).

القول الثالث: الاحتجاج بالكتابة فيما يدونه الإنسان على نفسه، دون ما يدعيه لنفسه؛ لأن الكتابة تعد من باب الإقرار، والأصل صحة إقرار الإنسان على نفسه، وأما سبب القول بالمنع من الأخذ بالكتابة إذا كانت من قبيل ما يدعيه الإنسان لنفسه، فلأنه إذا لم يقبل قول وزعم الإنسان الأمر لنفسه فعدم قبول كتابته لنفسه من باب أولى.

القول الرابع: الاحتجاج بالكتابة مطلقاً حال سلامتها من المعارض المماثل في القوة، والأمن من وقوع التزوير والتدليس، ويمكن القول بأن هذا هو ما عليه جمهور المتأخرين.

ولكل قول أدلته وحججه التي استند إليها، إلا أنها جميعاً ليست صريحة الدلالة في المقصود.

والذي يظهر أن سبب الخلاف بين الفقهاء في هذا الباب - مع كثرة تفريعاتهم وذكرهم لفروع ومسائل متعددة في باب الثبوت عن طريق الكتابة - والقول بالاحتجاج بالكتابة من عدمها، هو الاطمئنان في وجود وحصول الثقة بصحة المكتوب من عدمه، مع إمكانية إثبات نسبة المكتوب لكاتبه من عدمه، ومن ثم فهنا احتمال التزوير في المكتوب، كما يوجد احتمال التدليس والتلبس في نسبة مكتوب إلى غير من كتبه.

ومن ثم غلب جانب فساد أهل الزمان وكثرة الفجور رأى عدم صحة الاحتجاج بالكتابة في الإثبات، ومن غلب جانب إمكانية تجنب هذه المخاوف بحسب ما يستجد في كل زمان من وسائل وطرق، ومن ذلك الأخذ بما جرى عليه عرف أهل ذلك الزمان أو تلك الصنعة مع توافر

وسائل التحقق من صحة المكتوب ونسبته إلى كاتبه رأى صحة الاحتجاج بالمكتوب.

قال علاء الدين الطرابلسي الحنفي رَحِمَهُ اللهُ: ((مسألة: ذكر أبو الليث في نوازله: لو ادعى على آخر مالا وأخرج بذلك خطأ بخط يده على إقراره بذلك المال، فأنكر المدعى عليه أنه خطه، فاستكتب فكتب فكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنها خط كاتب واحد، قال أئمة بخارى: إنه حجة يُقضى بهذا.

ونقل أصحاب المحيط عن محمد أنه نص أن ذلك لا يكون حجة؛ لأن هذا لا يكون أعلى حالاً مما لو أقر فقال: «هذا خطي وأنا كتبت، غير أنه ليس له علي هذا المال»، كان القول قوله ولا شيء عليه...

مسألة: وأئمة بلخ رَحِمَهُمُ اللهُ قالوا في يادكار - أي: دفتر - الباعة: إذا كان فيه مكتوباً بخط البياع فهي لازمة عليه؛ لأنه لا يكتب في يادكاره إلا ما كان له على الناس وما للناس عليه، فعلى هذا إذا قال البياع: «وجدتُ في يادكاري أن لفلان علي ألف درهم» كان إقراراً، ذكره السرخسي.

وخط الصراف والسمسار حجة أيضاً كما ذكرنا.

وقيل: كان الصدر برهان الأئمة يفتي هكذا في خط الصراف أنه حجة<sup>(١)</sup>.

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، (٢/ ١٦٧-١٦٩).

وقال ابن عابدين رَحْمَةُ اللَّهِ: «ثم اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيده بعض المتأخرين، وهو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه؛ فإنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به، فكيف إذا كتبه... ويجب تقييده أيضاً بما إذا كان دفتره محفوظاً عنده»<sup>(١)</sup>.

وقال ابن فرحون المالكي رَحْمَةُ اللَّهِ: ((فرع: وإن قال: «لفلان عندي أو قبلي كذا وكذا» - بخط يده - قضى عليه؛ لأنه خرج مخرج الإقرار بالحقوق. وإن كتب: «لفلان على فلان..». إلى آخر الوثيقة، وشهادته فيها، لم تجز إلا بينة سواه؛ لأنه أخرجها مخرج الوثائق، وجرى مجرى الحقوق، ولم تجز الشهادة فيها على خطه، وهو تفسير جيد، وهي مسألة فيها اختلاف))<sup>(٢)</sup>.

وقال أيضاً: «فرع: إذا ادعى رجل على رجل بهال فجحده، فأخرج المدعي صحيفة مكتوباً فيها خط المدعى عليه وإقراره بما ادعى عليه، وزعم المدعي أنها بخط المدعى عليه، فأنكر المدعى عليه ذلك، وليس بينهما بينة، فطلب المدعي أن يُجبر المدعى عليه على أن يكتب بحضور العدول، ويقابلوا ما كتبه بما أظهره المدعي، فأفتى أبو الحسن اللخمي بأنه يُجبر على ذلك، وعلى أن يطوّل فيما يكتب تطويلاً لا يمكن معه أن يستعمل خطأ غير خطه.

(١) حاشية رد المحتار، ابن عابدين، (٥ / ٤٣٧)، وانظر: المرجع نفسه، (٥ / ٦٠٠-٦٠١)، الفتاوى الهندية، (٤ / ١٦٧)، مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم (١٦٠٨)، ص (٧٨٥)، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، (٤ / ١٥٩-١٦١)، الذخيرة، القرافي، (١٠ / ٣٩-٤٠، ١٥٦...)، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، محمد عليش، (٢ / ٢٦٥).

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، (٢ / ٢٧٩).

وأفتى عبد الحميد الصائغ بأن ذلك لا يلزمه؛ إذ لا يلزمه إحضار بينة تشهد عليه.

وفرق اللخمي بينهما، بأن المدعى عليه يقطع بتكذيب البينة التي تشهد عليه، فلا يلزمه أن يسعى في أمر يُقطع ببطلانه. وأما خطه فإنه صادر عنه بإقراره، والعدول يقابلون ما يكتبه الآن بما أحضره المدعي، ويشهدون بموافقة له أو مخالفته.

ورجح أكثر الشيوخ ما أفتى به اللخمي<sup>(١)</sup>.

وقال ابن حجر رَحِمَهُ اللهُ: «وجملة ما تضمنته هذه الترجمة<sup>(٢)</sup> بآثارها ثلاثة أحكام:

الشهادة على الخط، وكتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الإقرار بما في الكتاب.

وظاهر صنيع البخاري جواز جميع ذلك<sup>(٣)</sup>.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ عندما سئل عما يوجد في دفاتر الأمراء بخطهم أو خط نوابهم في دفاترهم بغير حجج تكتب ولا إشارات؟ «فأجاب: بأن كل ما وجد بخط الأمير أو أخبر به كاتبه أو لفظ وكيله في

(١) المرجع السابق، (٢/ ٢٨٠-٢٨١).

(٢) وهي: (باب الشهادة على الخط المختوم، وما يجوز من ذلك وما يضيق عليه، وكتاب الحاكم إلى عامله، والقاضي إلى القاضي). صحيح البخاري، ص (١٢٣٢).

(٣) فتح الباري، (١٣/ ١٤٤).

ذلك، مثل كاتبه واستاداره<sup>(١)</sup>، فإنه يجب العمل بذلك... ومع ذلك لا يحتاج أصحاب الحقوق إلى بيته، وتكليفهم البيته إضاعة للحقوق... لا سيما في المعاملات التي لم تجر العادة فيها بالإشهاد، فتكليف البيته في ذلك خروج عن العدل المعروف، والله أعلم<sup>(٢)</sup>.

وقد انتصر ابن القيم رَحْمَةُ اللَّهِ لِقَوْلِهِ بِجَوَازِ الْإِثْبَاتِ عَنْ طَرِيقِ الْكِتَابَةِ فِي:

«فصل: الطريق الثالث والعشرون<sup>(٣)</sup>: الحكم بالخط المجرد»<sup>(٤)</sup>.

والذي يظهر أن هذا الأمر وفق هذه الشروط والضوابط مع إتاحة المجال للخصم لإثبات عكس ما هو مدون في الدفاتر التجارية لا مانع منه في الشريعة الإسلامية؛ استحساناً، وإلزاماً بما تعارف التجار عليه، وأخذاً بما

(١) يقال فيه: الاستدّار، الاستادارية: وهي كلمة أصلها فارسي - وهو لقب يطلق على نوع من الموظفين العسكريين عند السلاطين - وتتكون من لفظتين: «استد» بمعنى: الأخذ، و«دار» بمعنى: الإمساك - وليست من لفظة «الدار» العربية، التي بمعنى الدار والمحلة المعروفة -، فجمعت اللفظتان «استادار» وأصبح المعنى: المتولي للأخذ والصرف؛ لأنه الموظف الذي يتولى الأخذ - أي جمع المال - وصرفه، وقيل: هو الذي يتولى شؤون مسكن السلطان أو الأمير. انظر: صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، أحمد الفزاري القلقشندي، (٥/٤٥٧) (٤/٢٠).

(٢) مجموع الفتاوى، (٣٠/٦٦-٦٧)، وانظر: المرجع السابق، (٣١/٣٢٦)، مختصر الفتاوى المصرية لشيخ الإسلام ابن تيمية، بدر الدين البعلي، (٢/١٥٩)، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، علاء الدين البعلي، ص (٢٥٦)، مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٦ هـ، (٣/١٠٦٤).

(٣) من الطرق التي يحكم بها الحاكم - أي القاضي - انظر: الطرق الحكمية، (١/٢٩٤).

(٤) المرجع السابق، (٢/٥٤٤).

جرى القضاء به، ولأن القصد هو حصول العلم بما دُوِّن في الدفاتر التجارية لمن هي منسوبة إليه، فإذا عرف ذلك وتيقن كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، إذ الخط دال على اللفظ، واللفظ دال على القصد والإرادة<sup>(١)</sup>.

وأما ما ذُكر من المحاذير المتصورة حال إعمال القول بحجية الدفاتر التجارية للتجار من التزوير والتدليس والكذب ونحو ذلك فيمكن تلافيها بالقيود والضوابط، خصوصاً وأن المجال مجال ترجيح بين المصالح والمفاسد، والعمل بالسياسة الشرعية والمقاصد المرعية<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: الطرق الحكمية، ابن القيم، (٢/ ٥٥٠).

(٢) انظر: توثيق الديون، د. صالح الهليل، ص(٣٤٩-٣٥٢)، أثر الكتابة في إثبات الحقوق، عبد العزيز الدغيش، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (٤٢)، ربيع الآخر ١٤٣٠هـ، ص(٢٥٧)، الإثبات في النظام السعودي، د. فيصل العساف، ص(٢١٤-٢١٥)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي، (١/ ٣١٤-٣١٥) (٢/ ٤٧٤...)، إجراءات البينة القضائية، عبد الله آل خنين، ص(٤٠٦...).

## المبحث الثاني حجية الدفاتر التجارية بين التجار

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: حجية الدفاتر التجارية للتاجر:

جاء تعريف التاجر في المادة (الأولى) من نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ بأنه: «من اشتغل بالمعاملات التجارية، واتخذها مهنة له».

كما جاء بيان المقصود بالتاجر هنا في المادة (الأولى) من اللائحة التنفيذية من نظام الدفاتر التجارية، ونصها: «يقصد بالتاجر في تطبيق نظام الدفاتر التجارية: التاجر الفرد، والشركة التي يكون غرضها الرئيس القيام بالأعمال التجارية»، وهذه المادة تفيد بأن العبرة في الشركات التجارية التي يطبق عليها هذا النظام هو بالنظر إلى نشاطها وغرضها وليس شكل الشركة<sup>(١)</sup>.

### وصورة المسألة:

أن يكون النزاع بين تاجرين، ويقدم التاجر دفاتره التجارية إلى المحكمة للاحتجاج بها فيها له.

وقد جاء النص النظامي في نظام الإثبات صريحاً في هذه الصورة بأنه: «تكون دفاتر التجار الإلزامية المنتظمة حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه»

(١) انظر: الشركات التجارية، د. خالد الرويس، ص(٢٢...).



التاجر. وتسقط هذه الحجية بإثبات عكس ما ورد فيها بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك دفاتر الخصم المنتظمة<sup>(١)</sup>.

وعليه فتعد دفاتر التاجر حجة له ضد خصمه التاجر في حال توافرت الشروط الآتية:

١. أن تكون هذه الدفاتر لتاجر في مقابلة خصمه التاجر، بمعنى أن يكون طرفا النزاع في الدعوى كليهما من التجار.

٢. أن تكون الدفاتر التجارية للتاجر المدعي منتظمة<sup>(٢)</sup>، وقد سبق ذكر شروط انتظام واعتبار الدفاتر التجارية<sup>(٣)</sup>.

٣. أن هذه الحجية خاصة بالدفاتر الإلزامية، لكن ليس معنى هذا عدم الالتفات للدفاتر الاختيارية، وإنما المقصود أن الدفاتر الإلزامية هي التي تلزم الدائرة القضائية بالاحتجاج بها، أما الدفاتر غير الإلزامية - الاختيارية - فلا يوجد ما يمنع من الاستئناس بما ورد فيها<sup>(٤)</sup>.

(١) الفقرة (٢) من المادة (الحادية والثلاثين).

(٢) انظر: قضاء النقض التجاري، د. أحمد حسني، ص (١٧-١٨، ٢٦-٢٧).

على أنه توجد حالة تعدد فيها الدفاتر التجارية الإلزامية حجة لصاحبها التاجر ولو لم تكن منتظمة، وهي: إذا استند الخصم إليها، ومن ثم فلا يجزأ الاحتجاج بما في هذه الدفاتر، وانظر بيان ذلك في المطلب التالي.

(٣) انظر: الفرع الثالث من التمهيد.

(٤) انظر: آخر ما ذكر في المطلب الأول من المبحث الثالث.

٤. ألا يقابل ما في هذه الدفاتر ما يثبت عكسها بأي طريق من طرق الإثبات الأخرى، بما في ذلك دفاتر الخصم الآخر المنتظمة<sup>(١)</sup>. ويرد ها هنا تساؤل وهو: هل يعد من قبيل الشروط: أن يتعلق النزاع بعمل تجاري؟<sup>(٢)</sup>.

اشتراط هذا الأمر قبل صدور نظام الإثبات كان وجيهاً؛ باعتبار أن الذي كان يحكم هذه المسألة هو ما ورد في نظام الدفاتر التجارية، وهو بلا شك نظام خاص بالتجار<sup>(٣)</sup>، أما بعد صدر نظام الإثبات - وهو الذي يحكم هذه المسألة الآن - فإن هذه المسألة وإن كانت خاصة بحجية الدفاتر التجارية إلا أنها تعد داخلة في الإطار العام الذي يحكمه نظام الإثبات، وهو حسب ما ورد في مادته (الأولى) بأنه: «تسري أحكام هذا النظام على المعاملات المدنية والتجارية»، ومن ثم فيؤخذ بعموم هذا اللفظ ما دام أنه لم يرد نص يخصصه، وعليه فتعد الدفاتر التجارية حجة بين التجار حتى ولو كانت في

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، د. سميحة القليوبي، (١/ ٢٥٢ - ٢٥٣).

(٢) وهذا هو المقرر في القانونين المصري واللبناني وغيرهما. انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، د. سميحة القليوبي، (١/ ٢٤٩ - ٢٥٢)، مبادئ القانون التجاري، د. عبد الرحمن قرمان، ص (٢٠١ - ٢٠٢، ٢٠٨)، الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، (١٢/ ٣٠٨...)، أساسيات القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص (١٤٧ - ١٤٩).

(٣) انظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص (١١١)، المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص (٢٩٠ - ٢٩١).

معاملة مدنية بينهم، وذلك ما لم يرد نص خاص في هذا في نظام المعاملات التجارية حال اعتماده<sup>(١)</sup>.

ولذا لما أراد المنظم السعودي تخصيص بعض الأحكام النظامية بالنزاعات والدعاوى التجارية نص على ذلك، إذ جاء فيه: «المادة السادسة والثلاثون:

١. للخصم في الدعاوى التجارية أن يطلب من خصمه تقديم محرر ذي صلة بالدعوى أو الاطلاع عليه...».

ويلاحظ أن الجديد هنا في نظام الإثبات هو الاعتداد بحجية هذه الدفاتر متى ما توافرت شروط الاحتجاج بها، إذ حينئذ تلزم الدائرة القضائية بالأخذ بما هو مدون في هذه الدفاتر بعكس ما كان عليه النص النظامي قديماً، وهو أن الأمر لا يعدو أن يكون قرينة، إذ لها استخلاص ما ترى استخلاصه منها، فالأمر في النهاية متروك للسلطة التقديرية للدائرة القضائية، ولم تكن الدفاتر حينها دليلاً كاملاً، ومن ثم فيجوز للقاضي أن يكمل هذا الدليل الناقص باليمين المتممة إلى أي من الطرفين، وعلى هذا درج شراح النظام<sup>(٢)</sup>.

(١) جاء في مشروع نظام المعاملات التجارية، في الفقرة (أ) من (٢) في المادة (الرابعة والخمسين) أنه:

«٢- تكون السجلات المحاسبية الإلزامية:

أ. حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر إذا كان النزاع متعلقاً بعمل تجاري وكانت السجلات منتظمة، وتسقط حجيتها بالدليل العكسي، ويجوز أن يؤخذ هذا الدليل من سجلات الخصم المنتظمة».

(٢) انظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، ص (١٠٩-١١١)، المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص (٢٨٦...)، القانون =

ومن ثم فليس للدائرة القضائية الآن سلطة في عدم الأخذ بما هو مدون في دفاتر التاجر ضد خصمه التاجر إذا انطبقت عليها الشروط السابق ذكرها<sup>(١)</sup>، وهذا يؤكد مدى وجوب اهتمام التجار بدفاترهم التجارية حالياً،

= التجاري السعودي، د. عبد الهادي الغامدي، ص (١٢٣-١٢٥)، مبادئ القانون التجاري السعودي، د. عدنان العمر وآخرون، ص (١٦٣)، شرح النظام التجاري السعودي، مساعد الجبيري، ص (١١٨-١١٩)، القانون التجاري السعودي، د. رحاب داخلي، ص (١٣٣-١٣٥)، الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، د. حسام الدين توفيق، ص (٤٨).

(١) في السابق - قبل صدور نظام الإثبات - كان الأمر في مثل هذه الحالة راجع للسلطة التقديرية للدائرة القضائية (انظر: المادة العاشرة من نظام الدفاتر التجارية)، وتعد قرينة من القرائن (انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، «١ / ٥٦٩-٥٧٠»)، على أنه قد جرى العمل القضائي على الاعتداد بالدفاتر التجارية إذا كانت سليمة ومتحققة فيها الشروط النظامية وخلت من المعارضة المعتبرة، سواء كان الاحتجاج لمصلحة التاجر أم عليه.

ومن ذلك ما جاء في أحد التطبيقات القضائية: «وحسب المتعارف عليه بين التجار أن دفاتر التاجر وقيوداته حجة له وعليه، والتجار ملزمون نظاماً وعرفاً بإثبات ما لهم وما عليهم في دفاترهم، كما أن العادة محكمة، ولما لم يتبين من دفاتر المدعى عليه ما ينقض ما جاء في التقرير المحاسبي...». مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨ / ١٤٢٣ هـ، (٢ / ٣١١).

وفي التطبيق القضائي الآخر: «ولما كان المدعي وكالة يطلب الحكم على المدعى عليه... وبما أن هذا المبلغ هو الذي حواه كشف الحساب الصادر من المدعى عليه... وتبين أنه يشتمل على قيود كافة الفواتير التي يدفع المدعى عليه بعدم استلامها... واستناداً إلى ما نص عليه نظام الدفاتر التجارية في مادته (٩) من أنه يفترض أن جميع القيود المدونة في دفاتر التاجر قد دونت بعلمه ورضاه ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك، وعلى ما استقر عليه القضاء من حجية القيود والحسابات التي يقيد بها التاجر في دفاتره... فإن الدائرة تنتهي إلى ثبوت مديونية المدعى عليه للمدعية بالمبلغ المطالب به...». رقم القضية (٢ / ٥٨٥٥ ق) وتاريخ ٨ / ٦ / ١٤٣٨ هـ، منشورة في موقع (البوابة القضائية العلمية).

ومدى اهتمام المنظم السعودي حديثاً أكثر وأكثر بالكتابة والشكلية حتى في الأمور التجارية، وما ذاك إلا لإرادة ضبط المعاملات المالية، وتقليل موارد النزاع بين الناس ما أمكن، وتسهيل الوصول إلى الحقيقة من قبل الدائرة القضائية.

وهذه المسألة تعد من المسائل المستثناة من قواعد الإثبات، إذ إن من القواعد المقررة في هذا الباب أنه: لا يجوز ولا يصح للإنسان أن يصنع دليلاً لنفسه، ومع ذلك فإن التاجر هنا هو من صنع هذا الدليل لنفسه، وهو ما دونه هو في دفاتره التجارية الخاصة به<sup>(١)</sup>، ورغم ذلك فقد نص النظام على صحة هذا الطريق للإثبات واعتباره حجة لصاحبه، دون الالتفات للقاعدة في هذا الباب؛ وسبب هذا الاستثناء والأخذ بهذا الرأي هو الالتفات للعرف التجاري بين التجار، ولذا فهذه الحجية خاصة بما بين التجار، ثم أيضاً لم يترك الباب هنا على مصراعيه، وإنما فُتح المجال للتاجر الخصم بأن يثبت عكس ما هو مثبت ومدون في هذه الدفاتر التجارية بأي طريق من طرق الإثبات،

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، (٢/ ٣٤-٣٥)، الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، (١٢/ ٢٢-٢٣)، النظرية العامة في الإثبات، د. سمير تناغو، ص(١٨٠)، الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، د. حسام الدين توفيق، ص(٤٨)، شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه، د. عبد الرزاق يس، ص(٣٢-٣٣)، الوجيز في قواعد الإثبات على ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. محمد سويلم، ص(٥٨-٥٩)، الواضح في شرح وسائل الإثبات، د. منذر القضاة، ص(٣٢-٣٤)، أحكام الإثبات، د. رضا المزغني، ص(١٠٦-١٠٧، ١١٠، ٢٠٩).

وفي هذا حفظاً لحقوق جميع الأطراف، وعدم إهمال تنظيم الدفاتر التجارية والنصوص النظامية والأعراف التجارية والسوابق القضائية في ذلك. ونختم هذا المطلب بأن يقال بأنه في حالة عدم تحقق الشروط هنا فليس معنى هذا عدم الاعتداد بالكلية بهذه الدفاتر، وإنما يترك الأمر حينها للسلطة التقديرية للدائرة القضائية لتقرير وتقدير ما تراه في ذلك كسائر الأدلة والحجج التي تقدم عليها.

### المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية على صاحبها التاجر:

والمقصود بهذا المطلب هو بيان درجة ومنزلة احتجاج التاجر على خصمه التاجر بما دونه خصمه في دفاتره التجارية الخاصة به.

وهنا نجد أنه قد نصت الفقرة (٣) من المادة (الحادية والثلاثين) من النظام على هذه المسألة، بأنه: «٣- تكون دفاتر التجار الإلزامية -متنظمة كانت أو غير متنظمة- حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر أو غير التاجر؛ وفي هذه الحالة تعد القيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر حجة له أيضاً».

ففي هذا النص بيّن النظام أن ما دونه التاجر في دفاتره التجارية الإلزامية الخاصة به تعد حجة عليه، وذلك بشرطين:

١. أن يستند إليها خصمه سواء أكان تاجراً أم غير تاجر، ما دام أن الخصم هو الذي استند إليها.
٢. وكانت من قبيل الدفاتر الإلزامية.

وذلك متجه باعتبار أن ما تم تدوينه في هذه الدفاتر إما أنه تم من قبل التاجر نفسه أو تحت إشرافه أو أنه في حكم ما يُقيد بعلمه<sup>(١)</sup>، إلا أنه في هذه الحالة ومن باب العدل والإنصاف ومن باب عدم تجزئة الإقرار<sup>(٢)</sup>؛ فإن القيود التي دونها التاجر في دفاتره وتكون في مصلحته فإنها تكون حجة له أيضاً، وعليه فيحتج بكل ما في الدفاتر سواء كانت على التاجر أم له<sup>(٣)</sup>.

ومن الملاحظ أن مما فارق القول بالاحتجاج بالدفاتر التجارية على التاجر عن الاحتجاج بها فيما له، الآتي:

(١) انظر: القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، ص(١١٩)، أساسيات القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص(١٤٤)، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. قدرى الشهاوي، ص(٢٣٢).

(٢) ما دونه التاجر في دفاتره يعد من قبيل الإقرار. جاء في أحد التطبيقات القضائية ما نصه: «وحيث قرر الطرفان الموافقة على ندب خبير محاسبي للقيام بمهام المحاسبة بين الطرفين، والتزما بتقديم كافة الدفاتر والسجلات والمستندات، وحيث إن الخبير المحاسبي... واستند في تقريره إلى ما قدمه المدعى عليه من دفاتر وسجلات وقيود وأسانيد، والتي سبق الإشارة إليها، وهذه النتيجة التي انتهى إليها المحاسب نتيجة سليمة كاشفة، وموضحة حقوق الطرفين، وصحة مديونية المدعى عليه للمدعي... إذ إن دفاتر التاجر حجة عليه، وما دون بها بمثابة إقرار منه...». مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨ / ١٤٢٣ هـ، (١٠ / ١٨-١٩)، وانظر: المبادئ والسوابق في القضاء التجاري، د. محمد البخيت، ص(٢٣١، ٥٧٤-٥٧٥)، مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام ابن تيمية، (٣١ / ٣٢٦).

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، (٢ / ٣٥)، الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، (١٢ / ٣٠٨...)، النظرية العامة في الإثبات، د. سمير تناغو، ص(١٧٩-١٨٠)، أحكام الإثبات، د. رضا المزغني، ص(١٠٨-١٠٩).

١. أن الاحتجاج بما في الدفاتر على التاجر يقتصر على حالة استناد خصم التاجر إليها.
٢. أن الاحتجاج بالدفاتر هنا يشمل الدفاتر الإلزامية المنتظمة وغير المنتظمة، فليس الأمر قاصراً على الدفاتر المنتظمة فقط.
٣. أن الاحتجاج بما في الدفاتر التجارية على التاجر ليس خاصاً بما إذا كان الطرف الآخر - المدعى عليه - تاجراً، وإنما يشمل الخصم التاجر وغير التاجر.

والجديد في هذا الباب عما كان عليه الأمر قبل صدور نظام الإثبات هو القول بالاحتجاج بما في الدفاتر التجارية الإلزامية على التاجر في حالة ما إذا استند الخصم إليها، وعدم ترك الأمر للسلطة التقديرية للدائرة القضائية، مع الاستمرار بما عليه العمل القضائي سابقاً والرأي الفقهي المعتبر من عدم تجزئة الإقرار.

إلا أنه يلاحظ مسألة مهمة هنا، وهو أن النص النظامي جاء عاماً في الاحتجاج بالقيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر في هذه الحالة مطلقاً، مع أن عدداً من الشراح - قبل صدور نظام الإثبات - نصوا على أن الأخذ بهذا المبدأ - وهو مبدأ عدم تجزئة الإقرار، والبعض يسميه بمبدأ وحدة وسيلة الإثبات - إنما يقال به هنا في حالة ما إذا كانت دفاتر التاجر الإلزامية منتظمة، أما إذا لم تكن منتظمة فيخضع الأمر حينها للسلطة التقديرية للدائرة القضائية فيما تراه حجة فتأخذ به، وما لا تراه كذلك فلا تأخذ به، وهو رأي سديد صحيح مسلم به؛ إذ لا يستقيم أن يُمكن المخطئ - بعدم الالتزام



بالواجبات النظامية- من الإضرار بالغير، فضلاً عن أن عدم انتظامها يقيم قرينة عدم صحة ما جاء فيها أو بعضه، وعدم الثقة بما دونه التاجر فيها، ولكي لا يؤدي ذلك أيضاً إلى إفادة المهمل من إهماله وتقصيره، «والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة غير منطقية: هي أن الدفاتر المنتظمة تصلح دليلاً ضد صاحبها عكس الدفاتر غير المنتظمة التي لا تصلح كدليل ضد التاجر؛ مما قد يترتب عليه تعمد التاجر الإهمال في تنظيم دفاتره»<sup>(١)</sup>، إضافة إلى أن هذا فيه جزاء على مسك الدفاتر بطريقة غير منتظمة<sup>(٢)</sup>.

(١) الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، د. سميحة القليوبي، (١/ ٢٥٧).  
 (٢) انظر: طرق الإثبات في القضاء التجاري وتطبيقاتها في المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية، د. أحمد العبودي، رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، ص (٤١٢-٤١٣، ٤١٩-٤٢٠)، مبادئ القانون التجاري السعودي، د. عدنان العمر وآخرون، ص (١٦٤-١٦٥)، شرح النظام التجاري السعودي، مساعد الجيري، ص (١١٩-١٢١)، القانون التجاري السعودي، د. رحاب داخلي، ص (١٣٦)، شرح النظام التجاري السعودي، د. عدنان العمر ود. درويش درويش، ص (١٤٣، ١٤٥).  
 وهذا ما لاحظته المنظم المصري؛ إذ اشترط لعدم تجزئة الإقرار في هذه الحالة - بأن يحتج بكل ما هو مدون في الدفاتر التجارية بما على التاجر وما له - أن تكون دفاتر التاجر منتظمة، أما إن كانت غير منتظمة فيترك الأمر حينها لتقدير القاضي، دون أن يتقيد بقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار. انظر: الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، د. سميحة القليوبي، (١/ ٢٥٥-٢٥٩)، مبادئ القانون التجاري، د. عبد الرحمن قرمان، ص (٢٠٦-٢٠٧)، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، د. محمد شتا أبو سعد، (١/ الكتاب الثاني/ ٨٩، ١٠٣-١٠٤، ١١١)، القانون المدني المصري «مجموعة الأعمال التحضيرية»، (٣/ ٣٨١...)، مادة (٣٩٧).  
 «وقد قيل أيضاً: أنه لا يصح لمن يتمسك بالدفاتر التجارية أن يجزئ ما فيها بالنسبة له ولو كانت غير منتظمة... وقيل: أن للقاضي أن لا يأخذ بما للتاجر ويأخذ بما عليه في حالة ما إذا كانت الدفاتر غير منتظمة. وكما قلت في الطبقات السابقة: إنني أميل إلى هذا الرأي». رسالة الإثبات، أحمد نشأت، (١/ ٤٧٣-٤٧٤).

على أنه لا بد من التنبيه والتأكيد هنا على أنه وبما أن الدفاتر التجارية عددها النظام من باب المحررات العادية - إذ أورد أحكامها في ثنايا الفصل الخاص بالحديث عن المحررات العادية - وبما أن هذا المطلب هو في حجية الدفاتر التجارية على التاجر فلا بد من مراعاة تحقق شرط صحة نسبة هذه المحررات إلى صاحبها<sup>(١)</sup>، ومن ثم فلتراعَ حالات الاحتجاج بالورقة العادية على من نسبت إليه، وذلك حسب النص النظامي:

«المادة التاسعة والعشرون:

١. يعد المحرر العادي صادراً ممن وقعه<sup>(٢)</sup> وحجة عليه؛ ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أو ينكر

(١) انظر: قواعد الإثبات في النظام القانوني السعودي والقانون المقارن، د. متولي المرسي ود. إيمان سليمان، ص (٩٧).

(٢) يلاحظ أن المنظم قصر الحكم هنا في هذه الفقرة على المحرر العادي المشتمل على التوقيع بمعناه العام، وهو غالباً يمثل المحررات العادية المعدة للإثبات، ومن ثم فلا يدخل هنا المحررات العادية غير المعدة للإثبات التي لم تشتمل على توقيع، وغالب المحررات العادية غير المعدة للإثبات لا تشتمل على توقيع، ومن ذلك الدفاتر التجارية. انظر: قواعد الإثبات في النظام القانوني السعودي والقانون المقارن، د. متولي المرسي ود. إيمان سليمان، ص (٩٤-٩٧)، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. قدرى الشهاوي، ص (١٥٠، ٢١٢، ٢٢٥)، الإثبات في المواد المدنية، د. عبد المنعم الصده، ص (١٠٦-١٠٧، ١٦٠)، على أن هناك رأياً آخر بأن المحررات إذا خلت من التوقيع فإنها لا تعد من قبيل المحررات العادية، وإنما تكون من قبيل مبدأ الثبوت بالكتابة. انظر: شرح نظام الإثبات السعودي الجديد، د. وسيم الأحمد، ص (١٨٦).

وهناك من فصل في هذه المسألة: «ومتى كانت هذه الدفاتر منتظمة استند إليها القاضي في توجيه اليمين؛ باعتبار أن ما ورد بها يعد مبدأ ثبوت بالكتابة. فإن لم تكن كذلك، امتنع على القاضي قبولها بهذا الوصف، إلا أن تستخلص منها مقومات القرينة، وفي =

ذلك خلفه أو ينفي علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.

٢. من احتج عليه بمحرر عادي وناقش موضوعه أمام المحكمة فلا يقبل منه أن ينكر بعد ذلك صحته، أو أن يتمسك بعدم علمه بأنه صدر ممن تلقى عنه الحق».

مع الأخذ في الاعتبار ما جاء به النظام من السلطة التقديرية للمحكمة بالإثبات عن طريق المحررات حال اشتغالها على عيوب مادية، وكذا إذا كان المحرر محل شك في صحته لدى الدائرة القضائية، بالإضافة إلى ما قد يرد على المحرر من الادعاء بالتزوير<sup>(١)</sup>، أو مخالفته أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام<sup>(٢)</sup>.

ثم نختم هذا المطلب بالنص النظامي الذي جاء في مشروع نظام المعاملات التجارية، وهو متوافق في الجملة مع النص النظامي الحالي في نظام الإثبات: «تكون السجلات المحاسبية الإلزامية:...

= هذه الحالة الأخيرة تسري الأحكام المتعلقة بالقرائن، من حيث وجوب استكمالها بأدلة أخرى، ومن حيث قبول الإثبات بمقتضاها». القانون المدني المصري «مجموعة الأعمال التحضيرية»، (٣/ ٣٨٣).

(١) انظر: المادة (الثامنة والثلاثين) وما بعدها.

(٢) انظر: قواعد الإثبات في النظام القانوني السعودي والقانون المقارن، د. متولي المرسي ود. إيمان سليمان، ص (٩١، ٩٩).

ب- حجة على صاحبها التاجر سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة،  
وتعد القيود التي في مصلحة صاحب السجل المحاسبي حجة له أيضاً إذا  
استند إليها خصمه»<sup>(١)</sup>.



(١) الفقرة (٢) من المادة (الرابعة والخمسين) من مشروع نظام المعاملات التجارية.

## المبحث الثالث

## حجية الدفاتر التجارية بين التاجر وغير التاجر

## وفيه مطلبان:

الحديث في هذا المبحث يمكن أن يطلق عليه: حجية الدفاتر التجارية في الدعاوى التجارية المختلطة، وهي التي يكون أحد طرفيها تاجر والطرف الآخر غير تاجر<sup>(١)</sup>، وكما تم تقسيم المبحث السابق إلى مطلبين فكذا يقال هنا.

## المطلب الأول: حجية الدفاتر التجارية للتاجر:

نصت الفقرة (١) من المادة (الحادية والثلاثين) من النظام على هذه الحالة، إذ جاء فيها:

«١- لا تكون دفاتر التجار حجة على غير التجار، ومع ذلك فإن البيانات المثبتة فيها تصلح أساساً يميز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لمن قوي جانبه من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود».

وبناء على هذا النص النظامي فإن الدفاتر التجارية لا ترتقي إلى رتبة الاكتفاء بالاحتجاج بها فقط لكي يحتج بها التاجر لنفسه إذا كان خصمه في الدعوى شخصاً غير تاجر، ومن ثم فلا تعد دليلاً كاملاً لصاحبها التاجر

(١) ينبه هنا إلى أن المقصود هو صفات أطراف الدعوى -تاجر مع غير تاجر-، وليس وصف العمل ذاته -الأعمال المختلطة، عمل تجاري من طرف ومدني من الطرف الآخر-. انظر: القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، ص (٨٩-٩٠)، المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص (١٩٠...).

على غير التاجر؛ وذلك لاختلاف المراكز القانونية بين التاجر وغيره، وكذا الالتزامات والواجبات النظامية لكل واحد، ولكي لا يستفيد الشخص من أدلة يصنعها لنفسه دون وجود ما يقابلها لدى خصمه، حتى يقال بفتح المجال للمقارنة بين الدليلين لدى الدائرة القضائية ناظرة الدعوى، ومع ذلك لم يطرح المنظم الأخذ بهذه الدفاتر بالكلية، وإنما جعلها دليلاً ناقصاً مفتقرة إلى ما يكملها - وهي اليمين المتممة - وفق ضوابط محددة، وهي:

١. أن يكون الموضوع الذي يراد إثباته عن طريق الدفاتر التجارية مما يُقبل فيه إثباته بطريق شهادة الشهود، وقد نص النظام على أن الأصل هو جواز الإثبات عن طريق شهادة الشهود، إلا أنه حدد حالات لا يقبل فيها الإثبات بطريق شهادة الشهود - وفي مقدمتها التصرفات التي تزيد قيمتها عن مائة ألف ريال، أو كانت غير محددة القيمة - والحالات المستثناة منها، ويلاحظ أنه في الحالات التي لم يقبل فيها الإثبات عن طريق شهادة الشهود ألزم أن يكون الإثبات فيها عن طريق الكتابة<sup>(١)</sup>.

٢. أن توجه اليمين المتممة إلى من قوي جانبه من المتخاصمين<sup>(٢)</sup>.

وقد عرّف نظام الإثبات اليمين المتممة بأنها: «اليمين المتممة: هي التي يؤديها المدعي لإتمام البينة، ولا يجوز ردها على المدعي عليه، وفقاً للأحكام

(١) انظر: المادة (٦٥) وما بعدها، والمواد (٦، ٥١، ٨٥).

(٢) وانظر: رسالة الإثبات، أحمد نشأت، (٢ / ١٦٠...)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي، (١ / ٣٦٦)، القانون المدني «المصري» «مجموعة الأعمال التحضيرية»، (٣ / ٣٥٩...)، أصول القانون «المدخل لدراسة القانون»، د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد أبو ستيت، ص (٤١٧).

الواردة في هذا الباب»<sup>(١)</sup>، ثم نص على أنه: «توجه المحكمة اليمين المتممة للمدعي إذا قدم دليلاً ناقصاً في الحقوق المالية، فإن حلف حُكم له، وإن نكل لم يعتد بدليله»<sup>(٢)</sup>، فإذا اليمين المتممة في النظام تطلب ممن يدعي أمراً ويقدم عليه دليلاً ناقصاً، فتطلب منه هذه اليمين؛ ليتمم دليله، فإن نكل لم يعتد بدليله الناقص.

على أن الأمر هنا في اللجوء إلى هذا الدليل بمجموعه، هو أمر جوازي وليس بملزم للدائرة القضائية، كما أن أمر توجيه اليمين المتممة لأحد الخصمين متروك للسلطة التقديرية لها أيضاً؛ إذ هي التي ترى وتقدر من هو صاحب الجانب الأقوى، ومن ثم ترى مناسبة توجيه اليمين المتممة إليه من عدمها<sup>(٣)</sup>.

وقد جاء مشروع نظام المعاملات التجارية بالتأكيد على هذه الأحكام، حيث جاء فيه:

«المادة الرابعة والخمسون:

١- لا تكون سجلات التجار المحاسبية حجة على غير التجار، ومع ذلك يجوز للمحكمة المختصة بناء على البيانات المثبتة فيها توجيه اليمين إلى أي من المتخاصمين»<sup>(٤)</sup>.

(١) الفقرة (٢) من المادة (الثانية والتسعين).

(٢) الفقرة (١) من المادة (الخامسة بعد المائة).

(٣) انظر: مبادئ القانون التجاري، د. عبد الرحمن قرمان، ص (٢١١)، أساسيات القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص (١٥٠).

(٤) منصة (استطلاع) التابعة للمركز الوطني للتنافسية.

ونختم هذا المطلب بالتأكد على أن هذه هي الحالة التي مايز فيها النظام بين الحالات التي أوردها في الاحتجاج بالدفاتر التجارية، من جهة أنه جعل الحكم هنا عاماً في الدفاتر التجارية، ومن ثم فيشمل جميع أنواع الدفاتر التجارية - الإلزامية وغير الإلزامية - بينما نلاحظ أنه في بقية الحالات كان يخص مسائل الاحتجاج بالاحتجاج بالدفاتر الإلزامية فقط.

وبمناسبة الإشارة إلى الدفاتر التجارية غير الإلزامية - الاختيارية - فإنه فيما يخص حجية الدفاتر التجارية غير الإلزامية نجد أنه لم ينص المنظم السعودي فيها بشيء على وجه الخصوص، ومن ثم فيقال وبما أن هذه الدفاتر تعد من قبيل المحررات العادية، وليس فيها نصوص خاصة، فإنها تعد داخلة في عموم حكم مسألة هذا المطلب؛ باعتبار أن النص هنا عام فيشملها الحكم؛ بمعنى أنها ليست حجة على غير التاجر، إلا أنه يجوز للمحكمة الاستئناس بها.

وأما في بقية الحالات فتكون الدفاتر التجارية غير الإلزامية داخلة في أحكام المحررات العادية، والدفاتر عموماً<sup>(١)</sup>، .....

(١) جاء في المادة (الثانية والثلاثين) من النظام: «لا تكون الدفاتر والأوراق الخاصة - ولو دونت رقمياً - حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

١. إذا أورد فيها صراحة أنه استوفى دينه.
٢. إذا أورد فيها صراحة أنه قصد بما دونه أن يقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته. وفي الحالتين إذا كان ما ورد من ذلك غير موقع ممن صدر عنه جاز له إثبات عكسه بكافة طرق الإثبات».

وسبب إيراد نص هذه المادة لأنه ربما يقال بدخول الدفاتر التجارية في نص هذه المادة إما باعتبارها داخلة في عموم لفظة (الدفاتر)، وإما باعتبارها تعد من قبيل الأوراق الشخصية الخاصة بالتاجر. انظر: المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص(٢٩٨).



..... والقرائن<sup>(١)</sup>، ومبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(٢)</sup>، وخاضعة لتطبيق القواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن<sup>(٣)</sup>.

على أنها تعد أعلى درجة من الدفاتر العادية والأوراق الشخصية، لكنها لا ترتقي لدرجة الدفاتر الإلزامية في الحجية، ومن ثم فهي لا تخرج عن وصفها بالمحرر العادي والدفتر الخاص، وفيها مبدأ الثبوت بالكتابة، وكل هذا في النهاية خاضع للسلطة التقديرية للمحكمة فيما تراه من الاحتجاج بما قُدم إليها من دفاتر.

ولذا نجد أن المنظم السعودي استخدم عدداً من المصطلحات التي أراد لكل مصطلح منها معناه الخاص به وأحكامه المقررة في ذلك، وهي:

- (١) انظر: المادتين (الرابعة والثمانين، والخامسة والثمانين) من النظام. وانظر: أساسيات القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص(١٤٨-١٤٩)، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. قدرى الشهاوي، ص(٢٣٢)، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، د. محمد شتا أبو سعد، (١/ الكتاب الثاني/ ١٠٧).
- «والقرائن: قرائن قانونية يقررها القانون بنص فيه، وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها وله حرية واسعة في تقديرها. والقرائن القانونية إما أن تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس، أو قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها. أما القرائن القضائية فكلها قابلة لإثبات العكس». نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. قدرى الشهاوي، ص(٩٣).
- (٢) انظر: المادة (٥١) من نظام الإثبات، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، د. محمد شتا أبو سعد، (١/ الكتاب الثاني/ ١٠٢).
- (٣) انظر: القانون المدني المصري «مجموعة الأعمال التحضيرية»، (٣/ ٣٨٤-٣٨٦).

المحركات الرسمية والعادية<sup>(١)</sup>، الدفاتر التجارية الإلزامية ويقابلها - وإن لم ينص عليها- الدفاتر غير الإلزامية<sup>(٢)</sup>، القرائن<sup>(٣)</sup>، مبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(٤)</sup>، الأدلة الرقمية الرسمية وغير الرسمية<sup>(٥)</sup>.

## المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية على التاجر:

الاحتجاج بما في الدفاتر التجارية على التاجر لم يفرق فيه المنظم السعودي في حال المدعي بين التاجر وغير التاجر؛ حيث جاء فيه: «تكون دفاتر التجار الإلزامية -منتظمة كانت أو غير منتظمة- حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر أو غير التاجر؛ وفي هذه الحالة تعد القيود التي في مصلحة صاحب الدفاتر حجة له أيضاً»<sup>(٦)</sup>، ومن ثم نلاحظ أن النص النظامي جاء هنا شاملاً لكل مدع، ما دام أن المسألة هنا متجهة إلى الاحتجاج بالدفاتر التجارية الإلزامية على صاحبها التاجر، وعليه فيقال هنا مثل ما قيل في المطلب الثاني من المبحث الأول؛ إذ الحكم في الصورتين واحد، فلا حاجة لتكراره هنا.

(١) انظر: المادة (الخامسة والعشرين) وما بعدها.

(٢) انظر: المواد (٣١، ٣٢، ٣٦، ٢/٢١٥) وما بعدها.

(٣) انظر: المواد (٨٤، ٨٥، ٢/٣٦).

(٤) انظر: المادتين (٥١، ٦٨/١).

(٥) انظر: المادة (٥٣) وما بعدها من نظام الإثبات، والمادة (٣) بعد التعديل من اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية، والمتعلقة بتدوين البيانات الخاصة بالدفاتر التجارية عن طريق الحاسب الآلي، والمادة (٤٩) وما بعدها من مشروع نظام المعاملات التجارية.

(٦) الفقرة (٣) من المادة (الحادية والثلاثين) من النظام.

وهنا ينبه إلى أن فصل النزاع في مثل هذه الصورة المقصودة في هذا المطلب، ومن ثم النظر في حجية الدفاتر التجارية، يتصور أن يكون من اختصاص المحاكم العامة، كما لو كان المدعي مدنياً والمدعى عليه تاجراً، والنزاع في عقد تجاري، وقيمة المطالبة الأصلية في الدعوى خمسمائة ألف ريال فأقل<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: الفقرة (٢) من المادة (السادسة عشرة) من نظام المحاكم التجارية مع المادة (الحادية والثلاثين) من اللائحة التنفيذية، الاختصاص القيمي في نظام المحاكم التجارية، د. أحمد بن شبيب، بحث منشور في مجلة قضاء، العدد (٢٨)، محرم ١٤٤٤هـ، ص(٤٠٢...).

## المبحث الرابع الامتناع عن تقديم الدفاتر التجارية أو الاطلاع عليها

أورد المنظم مصطلحين لا بد من التنبه إلى الفرق بينهما، وهما تقديم الدفاتر، والاطلاع عليها<sup>(١)(٢)</sup>.

والمقصود بتقديم الدفاتر هو: «وضع الدفاتر التجارية تحت تصرف المحكمة»<sup>(٣)</sup>.

أما الاطلاع على الدفاتر فالمقصود به هو: «وضع الدفاتر التجارية تحت تصرف خصم التاجر؛ كي يطلع عليها»<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: الفقرة (٤) من المادة (الحادية والثلاثين)، والفقرة (١) من المادة (الرابعة والثلاثين)، والفقرة (٢) من المادة (الخامسة والثلاثين)، والمادة (السادسة والثلاثين).  
(٢) استعمال مصطلحي: (التقديم) و(الاطلاع) هو ما درج عليه عامة الشراح، إلا أن الدكتور/ مصطفى كمال طه فضل تسمية (التقديم) بـ(الاطلاع الجزئي)، وتسمية (الاطلاع) بـ(الاطلاع الكلي أو الشامل). انظر: أساسيات القانون التجاري، ص(١٥٣).

(٣) المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص(٢٩٧)، وانظر: الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، د. سميحة القليوبي، (١/ ٢٤٢-٢٤٣)، القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، ص(١٢٠)، شرح النظام التجاري السعودي، مساعد الجبيري، ص(١٢١-١٢٢).

(٤) المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص(٣٠٠)، وانظر: الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، د. سميحة القليوبي، (١/ ٢٤٣-٢٤٥)، القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، ص(١٢٠)، شرح النظام التجاري السعودي، مساعد الجبيري، ص(١٢٢).



ومن ثم فالتقديم هو لاطلاع المحكمة على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تُعيّنه لذلك، وتستخلص منها ما تراه في ذلك، أما الاطلاع فهو تسليم الدفاتر للخصم أو تمكينه من الاطلاع عليها بنفسه؛ للبحث فيها عما يؤيد صحة دعواه<sup>(١)</sup>.

وقد جاء النص النظامي فيما يتعلق بأثر الامتناع عن تقديم الدفاتر التجارية أو عدم التمكين من الاطلاع عليها في مسألة الحجية بأنه: «إذا استند أحد الخصمين التاجر إلى دفاتر خصمه، وسلّم مقدماً بما ورد فيها، وامتنع الخصم دون مسوّغ عن إبراز دفاتره أو التمكين من الاطلاع عليها؛ جاز للمحكمة توجيه اليمين المتممة لمن استند إلى الدفاتر على صحة دعواه»<sup>(٢)</sup>.

وبناء عليه نجد أن المنظم رأى أن هذه الحالة وفق الضوابط المحددة تعد من قبيل ما هو في حكم الدليل الناقص؛ باعتبار أن المدعي -والذي توجهت له اليمين المتممة هنا- لم يقدم دليلاً حقيقياً، وإنما هو استند إلى دفتر خصمه، وامتنع الخصم من إبراز دفاتره أو التمكين من الاطلاع عليها دون مسوّغ، فاعتبر المنظم المدعي حينها في حكم من قدم دليلاً ناقصاً؛ ولذا جوّز للمحكمة هنا أن توجه إليه طلب اليمين المتممة<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: مبادئ القانون التجاري، د. عبد الرحمن قرمان، ص (٢٠٢-٢٠٣)، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، د. محمد شتا أبو سعد، (١/ الكتاب الثاني/ ٩٦...).

(٢) الفقرة (٤) من المادة (الحادية والثلاثين) من نظام الإثبات.

(٣) إذ اليمين المتممة توجهها المحكمة لمن قدم دليلاً ناقصاً في الحقوق المالية. انظر: المادة (الخامسة بعد المائة) من نظام الإثبات.

ومن ثم يمكن القول بأن الامتناع عن تقديم الدفاتر التجارية أو التمكين من الاطلاع عليها يعد دليلاً ناقصاً، وعليه فيجوز للمحكمة توجيه اليمين المتممة لمن استند إلى دفاتر خصمه التاجر على صحة دعواه؛ إذا توافرت الشروط الآتية:

١. أن تكون المنازعة بين تاجرين.
٢. أن يستند المدعي إلى دفاتر خصمه على صحة دعواه.
٣. أن يسلم المدعي مقدماً بما ورد في دفاتر خصمه.
٤. أن يمتنع الخصم دون مسوغ<sup>(١)</sup> عن إبراز دفاتره أو التمكين من الاطلاع عليها<sup>(٢)</sup>.

(١) يلاحظ أن نظام الدفاتر التجارية في مادته (الثامنة) ألزم التاجر وورثته بالاحتفاظ بالدفاتر المنصوص عليها في النظام مدة عشر سنوات على الأقل، ومع ذلك فتبقى للدفاتر التجارية حجيتها بعد مرور هذه المدة بشرط بقائها والاحتفاظ بها بالصورة الموافقة للنظام، على أن انقضاء هذه المدة يفيد قرينة إتلاف التاجر لدفاتره التجارية، وبالتالي عدم التزامه بتقديمها للمحكمة حال طلبها منه، إلا أن هذه تعد قرينة يجوز إثبات عكسها. انظر: القانون التجاري السعودي، د. عبد الهادي الغامدي، ص (١٢٠)، المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، ص (٢٨٢-٢٨٣).

(٢) ومن التطبيقات القضائية -السابقة- في الامتناع عن التقديم: «إن تلك الدائرة قد طلبت من المدعى عليه تقديم مستنداته للخبير المحاسبي، فأجاب بأنه لا يوجد لديه أي مستندات، وقد نصت المادة العاشرة من نظام الدفاتر التجارية...، لذا كان يتعين على المدعى عليه تقديم ما لديه من مستندات عندما طلبتها الدائرة لفحص موضوع النزاع... ولأن الدائرة قد طلبت من المدعى أداء يمين الاستظهار على استحقاقه للمبلغ الذي انتهى إليه الخبير المحاسبي فأداها...». مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٣، (٥/ ٢٢٣١-٢٢٣٢).

وهذا الأمر يعد استثناء من قاعدة من قواعد الإثبات، وهي: أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه<sup>(١)</sup>، «وترجع العلة في هذا الاستثناء إلى الثقة التي يتمتع بها التاجر، مما يدعو خصمه في كثير من الحالات إلى الاعتماد على ما يدونه في دفاتره، فلا يهتم بإثبات التعامل معه كتابة»<sup>(٢)</sup>، فيلاحظ هنا أنه تم الاستثناء من هذه القاعدة وفق ضوابط محددة، ومن ثم فإن واجب الخصم هو المعاونة في الوصول إلى الحقيقة، وعدم تعطيل سبل الوصول إليها، ما لم يوجد مانع نظامي كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة<sup>(٣)</sup>.

ومن التطبيقات القضائية -السابقة- في الامتناع عن التمكين من الاطلاع: «منطوق الحكم: حكمت الدائرة بإلزام... أن يزود... بالقوائم المالية من تاريخ بدء الشراكة في ١ / ١٠ / ١٤٣٨هـ إلى تاريخ إقامة الدعوى في ١٨ / ٧ / ١٤٤٢هـ، وإلزام... بتمكين... من الاطلاع على كشوفات الحسابات البنكية للشركة محل العقد، وجميع أوامر الصرف... والدفاتر التجارية...». رقم القضية (٤٢٩٣) وتاريخ ٢٦ / ١٠ / ١٤٤٢هـ. منشورة في موقع (البوابة القضائية العلمية).

(١) ومن الاستثناءات هنا أيضاً والتي تعد خروجاً عن قواعد الإثبات العامة: «أن دفاتر التاجر لم تزد على أن تكون محررات -سندات- عادية خالية من توقيعه، وهي في أغلب الأحيان لم تكتب بخطه، والمحررات العادية لا تكون حجة على صاحبها إلا إذا كانت موقعة من قبله، فإن كانت محررة بخط يده فتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، يجب تعزيزها بالشهادات والقرائن، هذا من جهة...». الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، د. محمد شتا أبو سعد، (١/ الكتاب الثاني/ ١٠٢).

(٢) أساسيات القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص (١٥٢).

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، (٢/ ٣٥...)، الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، (١٢/ ٢٣-٢٤، ٢٧٤...، ٢٨١...، ٣١٧، ٣٢٢)، النظرية العامة في الإثبات، د. سمير تناغو، ص (١٧٩)، رسالة الإثبات، أحمد نشأت، (١/ ٤٧٥...)، الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، د. حسام الدين توفيق، ص (٤٨-٤٩)، الوجيز في قواعد الإثبات على ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودية، د. محمد سويلم، ص (٦١-٦٢).

وتتميّماً للفائدة، يحسن التنويه ها هنا إلى عدد من المسائل ذات العلاقة، وهي:

**المسألة الأولى:** إذا امتنع الخصم عن تقديم محررات غير الدفاتر التجارية في دعوى تجارية:

فإن الذي يحكم هذه المسألة في النظام هو ما جاء في الفقرة (٢) من المادة (السادسة والثلاثين)، ونصها:

«المادة السادسة والثلاثون:

١. للخصم في الدعاوى التجارية أن يطلب من خصمه تقديم محرر ذي صلة بالدعوى أو الاطلاع عليه، وتأمّر المحكمة بذلك وفق الضوابط الآتية:  
أ- أن يكون المحرر محددًا بذاته أو نوعه.

ب- أن يكون للمحرر علاقة بالتعامل التجاري محل الدعوى، أو يؤدي إلى إظهار الحقيقة فيه.

ج- ألا يكون له طابع السرية بنص خاص أو اتفاق بين الخصوم؛ أو ألا يكون من شأن الاطلاع عليه انتهاك أي حق في السر التجاري أو أي حقوق متصلة به.

٢. إذا امتنع الخصم عن تقديم ما أمرت المحكمة بتقديمه إلى خصمه وفق أحكام الفقرة (١) من هذه المادة؛ فللمحكمة أن تعد امتناعه قرينة».

وعليه فيتنبه هنا إلى أن الامتناع عن تقديم هذه المحررات وفق الضوابط المذكورة قد عدّه المنظم من قبيل القرائن، بخلاف الامتناع عن تقديم الدفاتر



التجارية فقد عدّها المنظم من قبيل الأدلة الناقصة؛ ولذا تم توجيه اليمين المتممة للمدعي هناك.

### المسألة الثانية: إذا امتنع الخصم عن تقديم محررات في دعوى غير تجارية:

فإن الذي يحكم هذه المسألة في النظام هو ما جاء في الفقرة (٢) من المادة (الخامسة والثلاثين)، ونصها:

«٢. إذا امتنع الخصم عن تقديم المحرر المطلوب بعد إمهاله مرة واحدة، عدت صورة المحرر التي قدمها الطالب صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن قد قدم صورة من المحرر؛ فللمحكمة الأخذ بقول الطالب فيما يتعلق بشكل المحرر ومضمونه».

ففي هذه الحالة أطلق المنظم السلطة التقديرية للمحكمة فيما تراه في ذلك.

### المسألة الثالثة: إذا امتنع الخصم عن تقديم الدفاتر التجارية غير الإلزامية -الاختيارية-:

هذه المسألة متوقفة على الرأي النظامي في تصنيف الدفاتر التجارية غير الإلزامية في نظام الإثبات؟<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، د. محمد شتا أبو سعد، (١/ الكتاب الثاني/ ١٠٧-١٠٨)، أساسيات القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، ص (١٤٨-١٤٩).

هل تعد داخلة في عموم لفظة (الدفاتر) الواردة في الفقرة (٤) من المادة (الحادية والثلاثين)، أم لا؟<sup>(١)</sup>.  
فإن قيل بأنها داخلة في هذا العموم فيطبق عليها التفصيل الوارد في هذا المبحث.

أما إن قيل بأن النص النظامي وإن كان عاماً إلا أن المقصود به هي الدفاتر التجارية الإلزامية فقط بدليل أنها هي التي نص النظام على الاحتجاج بها فقط وذكر أحكامها كما في الفقرتين (٢، ٣) السابقتين للفقرة الواردة فيها حكم الامتناع عن تقديم هذه الدفاتر - الفقرة (٤) - من المادة (الحادية والثلاثين)، في حين أن المنظم لم يُشر إلى موقفه من الاحتجاج بالدفاتر غير الإلزامية، ومن ثم فلا تدخل هذه الدفاتر في العموم الوارد في الفقرة (٤).  
ومما يؤيد عدم دخول الدفاتر التجارية غير الإلزامية - الاختيارية - في عموم الفقرة (٤) بأن يقال: بأنه إن كان النظام لم ينص على الاحتجاج بالدفاتر التجارية الاختيارية، فعدم دخول حالة الامتناع عن تقديمها في الاحتجاج من باب أولى.

وعلى هذا فإن كان ذلك كذلك، فيقال بأنه في هذه الحالة: يُنظر في نوع النزاع الذي تم طلب تقديم هذه الدفاتر التجارية غير الإلزامية فيه:

(١) ونصها: «إذا استند أحد الخصمين التاجر إلى دفاتر خصمه، وسلّم مقدماً بما ورد فيها، وامتنع الخصم دون مسوّغ عن إبراز دفاتره أو التمكين من الاطلاع عليها؛ جاز للمحكمة توجيه اليمين المتممة لمن استند إلى الدفاتر على صحة دعواه».

- أ- فإن كان في نزاع تجاري، فيطبق على هذه الحالة ما ورد في الفقرة (٢) من المادة (السادسة والثلاثين) - المسألة الأولى-.
- ب- وإن كان في نزاع غير تجاري، فيطبق عليها ما ورد في الفقرة (٢) من المادة (الخامسة والثلاثين) - المسألة الثانية-<sup>(١)</sup>.

(١) فائدة:

ذهب القضاء المصري إلى أن لمحكمة الموضوع الحق في عدم إجابة طلب تقديم الدفاتر التجارية، ومن ثم فالأمر جوازي بالنسبة للمحكمة، إن شاءت أجبته إلى طلبه، وإن شاءت لم تجبه لذلك، ولا يعد هذا فيه مخالفة للقانون. انظر: قضاء النقض التجاري، د. أحمد حسني، ص(١٦-١٧)، الإثبات في المواد المدنية، د. عبد المنعم الصده، ص(١٨٠).

## الخاتمة

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، الحمد لله والشكر لله على نعمه وإفضاله، وأسأله شكر نعمه والمزيد من فضله. ثم إنني أذكر في ختام البحث أبرز ما توصلت إليه من نتائج، وهي:

١. المراد بالدفاتر التجارية: السجلات المحاسبية التي يدون فيها التاجر أعماله المالية المتعلقة بتجارته، فهي سجلات تشتمل على صفحات مرقمة ورقياً أو رقمياً يمسكها التاجر، يقيد فيها مختلف عملياته، ما له وما عليه، على الوجه الذي يتطلبه النظام.

٢. أولى المنظم السعودي الدفاتر التجارية ومسألة الاحتجاج بها عنايةً بارزة، ابتداءً بما ورد في نظام المحكمة التجارية، ثم نظام الدفاتر التجارية، مروراً بنظام الإثبات الصادر حديثاً، وما جاء مؤخراً في مشروع نظام المعاملات التجارية.

٣. اختلفت اتجاهات الفقهاء المتقدمين حول حجية الإثبات عن طريق الكتابة، والذي عليه عامة المتأخرين: هو القول بالجواز حال سلامة المکتوب من المعارض المماثل في القوة، والأمن من وقوع التزوير والتدليس.

٤. تعد دفاتر التاجر حجة له ضد خصمه التاجر في حال توافرت الشروط الآتية:

أ- أن تكون هذه الدفاتر لتاجر في مقابلة خصمه التاجر، بمعنى أن يكون طرفا النزاع في الدعوى كلاهما من التجار.

ب- أن تكون الدفاتر التجارية للتاجر المدعي منتظمة.

ت- أن هذه الحجية خاصة بالدفاتر الإلزامية.

ث- ألا يقابل ما في هذه الدفاتر ما يثبت عكسها بأي طريق من طرق الإثبات الأخرى، بما في ذلك دفاتر الخصم الآخر المنتظمة.

٥. الأقرب حالياً أنه لا يعد من قبيل شروط احتجاج التاجر بدفاتره التجارية ضد خصمه التاجر: أن يكون النزاع متعلقاً بعمل تجاري، إذ إن الذي يحكمها هو نظام الإثبات، وهو حسب ما ورد في مادته الأولى بأنه: «تسري أحكام هذا النظام على المعاملات المدنية والتجارية»، ومن ثم فيؤخذ بعموم هذا اللفظ ما دام أنه لم يرد نص يخصصه، وعليه فتعد الدفاتر التجارية حجة بين التجار ولو كانت في معاملة مدنية بينهم، وذلك ما لم يرد نص خاص في هذا في نظام المعاملات التجارية حال اعتماده.

٦. ما دونه التاجر في دفاتره التجارية الإلزامية الخاصة به تعد حجة عليه، وذلك بشرطين:

أ- أن يستند إليها خصمه سواء أكان تاجراً أم غير تاجر، ما دام أن الخصم هو الذي استند إليها.

ب- وكانت من قبيل الدفاتر الإلزامية.

٧. مما فارق القول بالاحتجاج بالدفاتر التجارية على التاجر عن الاحتجاج بها فيما له، الآتي:

أ- أن الاحتجاج بما في الدفاتر على التاجر يقتصر على حالة استناد خصم التاجر إليها.

ب- أن الاحتجاج بالدفاتر على التاجر يشمل الدفاتر الإلزامية المنتظمة وغير المنتظمة، فليس الأمر قاصراً على الدفاتر المنتظمة فقط.

ت- أن الاحتجاج بها في الدفاتر التجارية على التاجر ليس خاصاً بها إذا كان الطرف الآخر -المدعى عليه- تاجراً، وإنما يشمل الخصم التاجر وغير التاجر.

٨. لا تعد دفاتر التجار حجة على غير التجار، ومع ذلك فإن المنظم السعودي لم يطرح الأخذ بهذه الدفاتر بالكلية، وإنما جَوَّز للمحكمة أن تأخذ بها كدليل ناقص مفتقر إلى ما يكمله -وهي اليمين المتممة- وفق ضوابط محددة، وهي:

أ- أن يكون الموضوع الذي يراد إثباته عن طريق الدفاتر التجارية مما يُقبل فيه إثباته بطريق شهادة الشهود، وفي هذا نص النظام على أن الأصل هو جواز الإثبات عن طريق شهادة الشهود، إلا أنه حدد حالات لا يقبل فيها الإثبات بطريق شهادة الشهود -وفي مقدمتها التصرفات التي تزيد قيمتها عن مائة ألف ريال، أو كانت غير محددة القيمة- والحالات المستثناة منها، ويلاحظ أنه في الحالات التي لم يُقبل فيها الإثبات عن طريق شهادة الشهود أُلزم أن يكون الإثبات فيها عن طريق الكتابة.

ب- أن توجه اليمين المتممة إلى من قوي جانبه من المتخاصمين.

٩. لم يفرق المنظم السعودي في حال المدعى بين التاجر وغير التاجر في مسألة الاحتجاج بها في الدفاتر التجارية على التاجر؛ ولذا جاء النص

النظامي شاملاً لكل مدع، ما دام أن المسألة هنا متجهة إلى الاحتجاج بالدفاتر التجارية الإلزامية على صاحبها التاجر، ومن ثم فتعد دفاتر التجار الإلزامية -متنظمة كانت أو غير متنظمة- حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر أو غير التاجر.

١٠. في حال الاحتجاج بالدفاتر التجارية على التاجر نفسه، فإنه في هذه الحالة ومن باب العدل والإنصاف ومن باب عدم تجزئة الإقرار؛ فإن القيود التي دونها التاجر في دفاتره وتكون في مصلحته فإنها تكون حجة له أيضاً، وعليه فيحتج بكل ما في الدفاتر سواء كانت على التاجر أم له، على أن الأخذ بهذا المبدأ -وهو مبدأ عدم تجزئة الإقرار، والبعض يسميه بمبدأ وحدة وسيلة الإثبات- إنما يقال به هنا في حالة ما إذا كانت دفاتر التاجر الإلزامية متنظمة، أما إذا لم تكن متنظمة فالمتجه أنه يخضع الأمر حينها للسلطة التقديرية للدائرة القضائية، فما تراه حجة فتأخذ به، وما لا تراه كذلك فلا تأخذ به.

١١. لم ينص المنظم السعودي فيما يخص حجية الدفاتر التجارية غير الإلزامية -الاختيارية- فيها بشيء على وجه الخصوص، إلا أنه أورد لفظة (الدفاتر) على وجه العموم في ثلاثة مواضع:

أ- عند حديثه عن الاحتجاج بالدفاتر التجارية على غير التجار، وأن الدفاتر حينها لا تكون حجة، لكن ومع ذلك فلا يمنع من أن تأخذ بها المحكمة كدليل ناقص، يتمم عن طريق اليمين لمن قوي جانبه.

ب- وعند حديثه عن أثر امتناع التاجر عن إبراز دفاتره أو التمكين من الاطلاع عليها.

ت- وعند حديثه عن الاحتجاج بالدفاتر والأوراق الشخصية. والذي يظهر هو دخول الدفاتر التجارية غير الإلزامية في عموم الموضوع الأول، وعدم دخوله في الموضوعين الآخرين.

وأما في بقية الحالات فتكون الدفاتر التجارية غير الإلزامية داخله في أحكام المحررات العادية، والدفاتر عموماً، والقرائن، ومبدأ الثبوت بالكتابة، وخاضعة لتطبيق القواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن.

على أنها تعد أعلى درجة من الدفاتر العادية والأوراق الشخصية لكنها لا ترتقي لدرجة الدفاتر الإلزامية في الحجية، ومن ثم فهي لا تخرج عن وصفها بالمحرر العادي والدفتر الخاص وفيها مبدأ الثبوت بالكتابة، وكل هذا في النهاية خاضع للسلطة التقديرية للمحكمة فيما تراه من الاحتجاج بما قدم إليها من دفاتر.

١٢. عد النظام الامتناع عن إبراز الدفاتر التجارية أو التمكين من الاطلاع عليها دليلاً ناقصاً، وعليه فيجوز للمحكمة توجيه اليمين المتممة لمن استند إلى الدفاتر على صحة دعواه؛ إذا توافرت الشروط الآتية:

أ- أن تكون المنازعة بين تاجرين.

ب- أن يستند المدعي إلى دفاتر خصمه على صحة دعواه.

ت- أن يسلم المدعي مقدماً بما ورد في دفاتر خصمه.



ث- أن يمتنع الخصم دون مسوغ عن إبراز دفاتره أو التمكين من الاطلاع عليها.

### التوصيات:

١. أن يحدد المنظم الموقف من الاحتجاج بالدفاتر التجارية غير الإلزامية، وهل تعد دليلاً ناقصاً أم قرينة أم مبدأً ثبوت بالكتابة أم محرراً عادياً؟
  ٢. النص على تحديد الموقف النظامي من مسألة عدم تجزئة الإقرار فيما إذا كانت دفاتر التاجر غير منتظمة، وألا يترك النص النظامي عاماً في هذا.
- هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد.

عليه وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة وأتم التسليم.

## فهرس المصادر والمراجع

١. الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، د. حسام الدين توفيق، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.
٢. الإثبات في المواد المدنية، د. عبد المنعم الصده، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٤م.
٣. الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، د. محمد شتا أبو سعد، دار الفكر العربي، ١٤١٨هـ.
٤. الإثبات في النظام السعودي، د. فيصل العساف، دار الشقري، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.
٥. أثر الكتابة في إثبات الحقوق، عبد العزيز الدغيش، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (٤٢)، ربيع الآخر ١٤٣٠هـ.
٦. إجراءات البينة القضائية في الشهادة والكتابة واليمين، عبد الله آل خنين، دار الحضارة، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
٧. أحكام الإثبات، د. رضا المزغني، معهد الإدارة العامة، ١٤٠٥هـ.
٨. الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء، تحقيق: عبد الرحمن المالكي وحامد العمري ولافي الصاعدي، دار الأوراق، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٩. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الماوردي، تحقيق: خالد العلمي، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
١٠. الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، علاء الدين البعلي، تحقيق: د. أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
١١. الاختصاص القيمي في نظام المحاكم التجارية، د. أحمد بن شبيب، بحث منشور في مجلة قضاء، العدد (٢٨)، محرم ١٤٤٤هـ.



١٢. اختلاف الأحكام القضائية، د. أحمد البدراني، دار الفضيحة، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
١٣. أساسيات القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠١٢م.
١٤. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين ابن نجيم، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
١٥. أصول القانون «المدخل لدراسة القانون»، د. عبد الرزاق السنهوري ود. أحمد أبو ستيت، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٣٨م.
١٦. البوابة القضائية العلمية، موقع على الشبكة العنكبوتية تابع لوزارة العدل.
١٧. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، تحقيق: د. عثمان ضميرية، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.
١٨. توثيق الديون على المذاهب الفقهية الأربعة، محمد تقي العثماني، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤٤٢هـ.
١٩. توثيق الديون في الفقه الإسلامي، د. صالح الهليل، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٢٠. حاشية رد المحتار، ابن عابدين، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣٨٦هـ.
٢١. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ.
٢٢. الذخيرة، القرافي، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٢٣. رسالة الإثبات، أحمد نشأت، مكتبة العلم للجميع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
٢٤. شرح النظام التجاري السعودي، د. عدنان العمر ود. درويش درويش، دار الثقافة، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.

٢٥. شرح النظام التجاري السعودي، مساعد الجبيري، الطبعة الثانية، ١٤٣٨هـ.
٢٦. شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه، د. عبد الرزاق يس، أكاديمية شرطة دبي، طبعة ٢٠٠٦م.
٢٧. شرح نظام الإثبات السعودي الجديد، د. وسيم الأحمد، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، ١٤٤٣هـ.
٢٨. الشركات التجارية، د. خالد الرويس، دار الشقري، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٢٩. صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، أحمد الفزاري الفلقشندي، المطبعة الأميرية، ١٣٣٣هـ.
٣٠. صحيح البخاري، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ.
٣١. طرائق الحكم المتفق عليها والمختلف فيها في الشريعة الإسلامية، د. سعيد الزهراني، دار النصيحة، الطبعة الخامسة، ١٤٣٥هـ.
٣٢. طرق الإثبات في القضاء التجاري وتطبيقاتها في المحاكم التجارية في المملكة العربية السعودية، د. أحمد العبودي، رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، ١٤٣٣هـ.
٣٣. الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ابن القيم، تحقيق: نايف الحمد، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٣٤. غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، أحمد الحموي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
٣٥. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، جماعة من علماء الهند، دار الفكر.
٣٦. فتح الباري، ابن حجر، اعتنى به: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية.



٣٧. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، محمد عليش، المكتبة التجارية الكبرى، مطبعة مصطفى محمد.
٣٨. الفروق في اللغة، أبو هلال العسكري، تحقيق: جمال مدغمش، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٣٩. القانون التجاري، د. نايف الشريف ود. زياد القرشي، دار حافظ، الطبعة السادسة، ١٤٣٥هـ.
٤٠. القانون التجاري السعودي، د. رحاب داخلي، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.
٤١. القانون التجاري السعودي، د. عبد الهادي الغامدي، الطبعة الثالثة، ١٤٤٠هـ.
٤٢. القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، تحديث وتنقيح: د. أحمد الخبتي، الطبعة السادسة، ١٤٤٣هـ.
٤٣. القانون المدني المصري «مجموعة الأعمال التحضيرية»، الحكومة المصرية، مطبعة أحمد مخيمر.
٤٤. قضاء النقض التجاري، د. أحمد حسني، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
٤٥. قواعد الإثبات في النظام القانوني السعودي والقانون المقارن، د. متولي المرسي ود. إيهان سليمان، دار الإجازة، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.
٤٦. الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، عبد الله آل خنين، مكتبة الرشد، الطبعة السابعة، ١٤٤١هـ.
٤٧. مبادئ القانون التجاري، د. عبد الرحمن قرمان، دار الإجازة، الطبعة الثالثة، ١٤٤٢هـ.
٤٨. مبادئ القانون التجاري السعودي، د. عدنان العمر ود. خالد عبد التواب، ود. نزار الحمروني، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.

- ٤٩ . مبادئ القانون التجاري السعودي، د. محمد سويلم، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.
- ٥٠ . المبادئ والسوابق في القضاء التجاري من عام ١٤٠٨ إلى عام ١٤٣٨هـ، د. محمد البخيت، دار الصميعي، الطبعة الأولى، ١٤٤٣هـ.
- ٥١ . المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن مفلح، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤٢١هـ.
- ٥٢ . مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: أحمد كوندوز، منشورات وقف الدراسات العثمانية، ٢٠٢٢م.
- ٥٣ . مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن ومحمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ.
- ٥٤ . مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٣هـ، ديوان المظالم، ١٤٣٧هـ.
- ٥٥ . مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٣٦هـ، ديوان المظالم، ١٤٣٨هـ.
- ٥٦ . مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية للأعوام ١٤٠٨-١٤٢٣هـ، ديوان المظالم، ١٤٣٦هـ.
- ٥٧ . مختصر الفتاوى المصرية لشيخ الإسلام ابن تيمية، بدر الدين البعلي، تحقيق: محمد الشوافي، دار ابن رجب، الطبعة الثالثة، ١٤٢١هـ.
- ٥٨ . المدخل إلى النظام التجاري السعودي، د. زهير كريم ود. أحمد مخلوف، معهد الإدارة العامة، ١٤٤١هـ.
- ٥٩ . المستندات الكتابية وقوتها في الإثبات، عبد العزيز الدغيشر، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (٤٧)، رجب ١٤٣١هـ.
- ٦٠ . مشروع نظام المعاملات التجارية، منشور عبر منصة «استطلاع» التابعة للمركز الوطني للتنافسية.

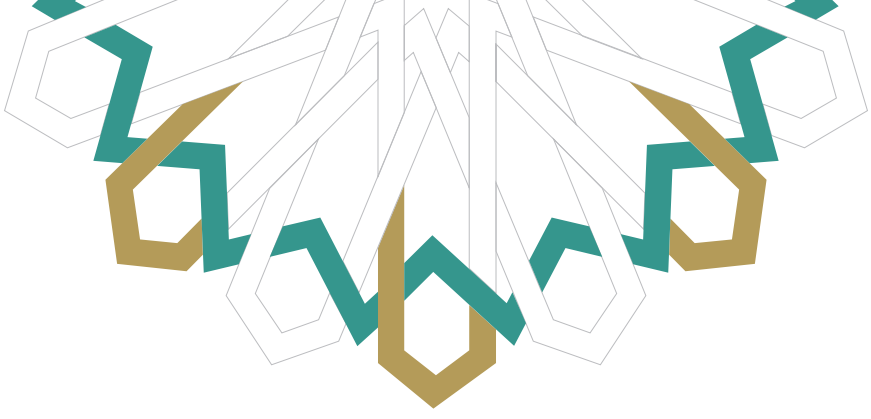


٦١. معجم القانون، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ١٤٢٠هـ.
٦٢. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الخامسة، ١٤٣٢هـ.
٦٣. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين الطرابلسي، تحقيق: د. عثمان ضميرية، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.
٦٤. المغني، عبد الله بن قدامة، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
٦٥. مفيد القضاة في أصول المحاكمات على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، أحمد بن بدران، دار الفضيلة، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
٦٦. نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.
٦٧. نظام الدفاتر التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦١) وتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ، ولائحته التنفيذية.
٦٨. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ.
٦٩. 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.
٧٠. نظام المحكمة التجارية، الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ.
٧١. نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. قدرى الشهاوي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
٧٢. النظرية العامة في الإثبات، د. سمير تناغو، منشأة المعارف، ١٩٩٩م.

٧٣. نهاية المطب في دراية المذهب، الجويني، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٧٤. الواضح في شرح وسائل الإثبات، د. منذر القضاة، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
٧٥. الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، صادر للمنشورات الحقوقية، الطبعة السادسة.
٧٦. الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، الطبعة السادسة، ١٤١٦هـ.
٧٧. الوجيز في قواعد الإثبات على ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. محمد سويلم، دار النشر الدولي، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.
٧٨. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي، دار البيان، ١٤٢٨هـ.
٧٩. الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، د. سميحة القليوبي، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، ٢٠١٥م.
٨٠. الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، تحديث وتنقيح: أحمد المراغي، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.







## إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان

تأليف: العلامة أحمد بن عبد الله السّانة السلمي الأصابيّ الزبيديّ الشافعيّ  
المتوفى سنة: ١٢٢٢هـ  
دراسة وتحقيق

**د. سلمان بن صالح الدخيل**

الأستاذ المشارك بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

## المقدمة

المقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾<sup>(٢)</sup>.

أما بعد<sup>(٣)</sup>:

فمن دقائق مسائل الوصايا والموارث أن تقرر الوصية بمثل نصيب وارث، فيوصى لشخص بمثل نصيب وارث محدد، ومن المعلوم تقديم الوصية على الإرث في ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة، لكن تقديرها بنصيب الوارث يجعل حسابها مقترناً بحساب الفريضة، والوصية تنقص

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٠٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ١.

(٣) هذه خطبة الحاجة كما في حديث عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: عَلِمْنَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خُطْبَةَ الْحَاجَةِ: ((الحمد لله نحمده ونستعينه))، وقد صححه الشيخ الألباني، انظر: سنن أبي داود للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث، دار السلام، الرياض، ط ١، ١٤٢٠هـ، ص ٣٠٦ [كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح] حديث رقم: ٢١١٨، ص ٣٦٨.

نصيب الورثة جميعاً سواء من يرث بالفرض أو التعصيب، فلو أوصى مؤرثٌ لشخص بمثل نصيب ابن وترك زوجة وابنين. فمن غير الوصية تصح من ستة عشر؛ للزوجة الثمن سهمان، والباقي لابنين لكل ابن سبعة، ومع الوصية يعطى الموصى له مثل نصيب ابن وهو سبعة سهام، تُضاف إلى المصحّ فتصح المسألة بالوصية من ثلاثة وعشرين، للزوجة سهمان، ويقسم المتبقي على الابنين والموصى له<sup>(١)</sup>.

وقد اطلعت على رسالة مخطوطة بعنوان «إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان»، ومؤلفها العلامة أحمد بن عبد الله السَّانَة السُّلَمِي الأُصَابِي الزَّبيدي الشافعي المتوفى بعد سنة: ١١١٦هـ، أو في سنة ١١٢٢هـ، فألفتها من الرسائل الفريدة المتخصصة المفيدة في هذه المسائل، فرأيت الإسهام في الفائدة بتحقيقها وإخراجها للمختصين، لما فيها من فوائد جمة، ومعلومات قيمة، وطرق للحساب عديدة.

### أهمية المخطوط وأسباب اختياره:

تتحقق أهمية الموضوع، وأسباب اختياره فيما يأتي:

١- أنه لم يسبق تحقيق هذا المخطوط النفيس، وذلك بعد البحث وسؤال المختصين.

(١) وهذا على مذهب الجمهور، وانظر الخلاف في الوصية بالنصيب هل يزداد على مسألة الورثة مثل سهم الوارث المشبه به؟ أو يعطى من أصل المسألة غير مزيد عليه شي قبل اعتبار الوصية؟ في فتح القريب للشنشوري ٢/ ٢٩.

٢- جلالة مصنفه، وعلو قدره، حيث كان من الفقهاء المبرزين في المذهب الشافعي في بلاد اليمن، فكان مفتياً لمدينة زبيد ونواحيها، وهي التي خرّجت العلماء وطلاب العلم.

٣- أنه يتعلق بموضوع مشترك بين أبواب الوصايا والموارث، وهو مسألة الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، والمؤلف فقيه فريقي ضابط للحساب وقد أكثر من الأمثلة، مما جعله حاوياً لفوائد ثرية، ومعلومات قيمة، وطرق للحساب عديدة.

٤- المشاركة في إخراج كتب التراث الإسلامي في مجال الفقه، خصوصاً أنه لم يسبق لي عمل في التحقيق.

### الدراسات السابقة:

بعد البحث والاطلاع في فهارس المكتبات، وفي الشبكة العنكبوتية، وسؤال المختصين والمهتمين في الكتب وعلم المخطوطات لم أقف على من قام بتحقيق هذا المخطوط النفيس، ولا من ألف في موضوعه استقلالاً، وإنما هي بحوث ضمن كتب الفقه الموسعة، أو كتب الفرائض المتخصصة، جمعها هذا الكتاب وألف بينها.

### تقسيمات البحث:

يشتمل البحث على مقدمة، وقسمين.

المقدمة، وفيها: أهمية المخطوط وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، وتقسيمات البحث، ومنهجه.



## القسم الأول: القسم الدراسي:

في التعريف بالمؤلف وبالكتاب، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بمؤلف الكتاب:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: اسمه، ونسبه، وولادته، ونشأته.

المطلب الثاني: عقيدته، ومذهبه الفقهي.

المطلب الثالث: شيوخه، وتلامذته.

المطلب الرابع: مصنفاه.

المطلب الخامس: ثناء العلماء عليه.

المطلب السادس: وفاته.

المبحث الثاني: التعريف بكتاب: إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب

وارث لو كان:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اسم الكتاب، ونسبته إلى المؤلف.

المطلب الثاني: وصف النسخ المخطوطة للكتاب.

المطلب الثالث: بيان منهج المؤلف في هذا الكتاب، ومصادره.

المطلب الرابع: ذكر محاسن الكتاب، والمآخذ عليه.

القسم الثاني: النص محققاً.

المنهج المتبع في التحقيق:

وهو على النحو الآتي:

أولاً: إخراج نص الكتاب على أقرب صورة وضعها عليه المؤلف، وذلك باتباع الآتي:

أ- اعتمدت نسخة مكتبة الشيخ أحمد محمد عبد الجليل الغزي، وناسخها: علي بن محمد بطاح الأهدل (أصلاً) وقابلت النسخ الأخرى بها.

ب- أحافظ على نص النسخة الأصلية ما لم يتبين أن هناك خطأ واضحاً لا تستقيم العبارة معه، أو أن ما في النسخ الأخرى هو الصحيح؛ فأصوبه من النسخ الأخرى وأجعله بين حاصرتين [هكذا]، مع إثبات عبارة الأصل في الهامش، وأما ما وضعته بين قوسين هكذا ( ) فهو نص النسخة الأصلية، لكن فيه إشارة لعبارات وردت في النسخ الأخرى وأثبتها في الهامش.

ج- في حال اجتماع النسخ على خطأ أجتهد في تصويبه في الهامش مع بيان المستند في ذلك، وإثبات ما ورد في النسخ في الصلب.

د- أثبت ما سقط من الحروف أو الكلمات من الأصل في الصلب بين حاصرتين [هكذا] مع الإشارة إلى ذلك في الهامش.

هـ- لا أشير إلى الفروق بين النسخ في عبارات الدعاء بالرحمة والمغفرة لأحد من العلماء، كقوله: نفع الله به، ورحمه الله تعالى، ونحوها.

- و- إصلاح ما قد يظهر في النص من تحريف، أو تصحيف، أو أخطاء نحوية، أو لغوية، مع الإشارة إلى ذلك في الهامش.
- ز- أعجمت ما أهمله النساخ من الكلمات، دون الإشارة إلى ذلك.
- ح- ضبطت بالشكل ما يحتاج إلى ضبط من الألفاظ.
- ط- رسمت الكتاب بالرسم الإملائي الحديث، دون الإشارة إلى ذلك.
- ثانياً: عزوت الآيات إلى سورها مرقومة.
- ثالثاً: لم يذكر في المخطوط حديث ولا أثر، لكن خرّجت الأحاديث التي أوردتها في التحقيق.
- رابعاً: شرحت المفردات اللغوية، والفقهية، والأصولية، والحديثية الغريبة التي وردت.
- خامساً: ترجمت للأعلام غير المشهورين وذلك بإيراد ترجمة قصيرة، تتضمن اسم العَلَم، وكنيته، ومذهبه، وبعض كتبه، ووفاته.
- سادساً: وضعت فهرساً للمصادر والمراجع، وفهرساً للموضوعات.
- والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وصلى الله على نبينا محمد.



## القسم الأول: القسم الدراسي في التعريف بالمؤلف وبالكتاب

وفيه مبحثان:

### المبحث الأول

### التعريف بمؤلف الكتاب

وفيه خمسة مطالب:

**المطلب الأول: اسمه، ونسبه، وولادته، ونشأته<sup>(١)</sup>:**

اسمه، ونسبه:

العلامة، المحقق، الفقيه، المحدث، مفتي زبيد، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الله السَّانَةُ السَّلْمِي الأَصَابِي الزَّبِيدِي الشَّافِعِي، وهو من قرية السَّانَةَ<sup>(٢)</sup>، من مَخْلَاف نَقْد<sup>(٣)</sup>، .....

(١) ينظر: ملحق البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ٣٧/٢، الأعلام للزركلي ١٦٢/١، الإكليل ٣٧-٣٨/٢٠٢، ونص على كنيته، ومعجم المؤلفين ١/٢٨٩.

(٢) السَّانَةُ، هو: حصن في جبل وصاب العالي من أعمال زبيد باليمن، ينظر: معجم البلدان ١٧٩/٣، مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، ٢/٦٨٥.

(٣) مَخْلَاف نَقْد: أحد مخاليف وصاب العالي التسعة ويتكون من عدة عزل، وفيه حصن السَّانَةَ، ينظر: مخاليف وعزل وصاب العالي، عبر شبكة:

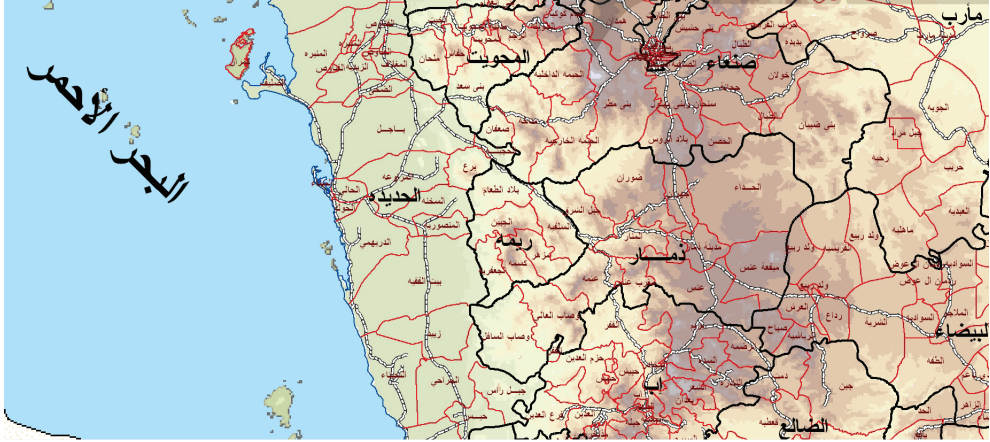
[https://wosab1.blogspot.com/2009/12/blog-post\\_18.html](https://wosab1.blogspot.com/2009/12/blog-post_18.html)

والمخلاف: الطرف والناحية، وتستعمل عند أهل اليمن بمعنى الرستاق أو الكُور عند غيرهم؛ وهي: القرى المجتمعة، انظر تهذيب اللغة ٧/١٧٥، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ص ١٩٩، وتاج العروس ٢٣/٢٥٥.



..... إحدى قرى بلاد وُصاب العالي<sup>(١)</sup>، ويقال الأصابي، وكلاهما

نسبة إلى جبل يحاذي زَبِيد<sup>(٢)</sup>.



## خريطة (١): التقسيم الإداري للجمهورية اليمنية في جهات صاحب الترجمة

مولده:

مولده في وصاب العالي، وهي اليوم مديرية في محافظة ذمار، تتاخها وصاب السافل، جنوبها إلى الغرب المنحدر من الهضبة الجبلية لليمن،

= ونقذ كانت متميزة عن السانة فيما يظهر، فحصن السانة كان منيعاً عظيماً، ويمينه جبال فيها حصون تسمى: (نقذا)، انظر تاريخ وصاب، ص ١٢٤.

(١) وُصاب: اسم جبل يحاذي زبيد باليمن وفيه عدة بلاد وقرى وحصون، غربي وادي زبيد في تهامة، ويشمل وصاب عالي ووصاب أسفل، ينظر: طبقات فقهاء اليمن، ص: ٣٢٦، ومعجم البلدان ٣٧٨/٥، ونشر العرف ق ١٧٥/٢ بعد ترجمة المؤلف، وتاج العروس ٣٤٦/٤.

(٢) انظر تاج العروس ٣٤٦/٤، والأعلام للزركلي ١/١٦٢.

وتفصل وصاب العالي عن زبيد الواقعة اليوم في محافظة الحديدة، كما تبينه الخريطة (١)<sup>(١)</sup>.

وقد أورد محمد بن محمد زبارة الصنعاني مكان ولدته قائلاً: الشيخ الإمام مفتي زبيد أحمد بن عبد الله السّانة من قرى بلاد وصاب العالي الشافعي اليمني<sup>(٢)</sup>. وقد نصوا على أن السّانة حصن في جبل وصاب<sup>(٣)</sup>. ولم أقف على شيء فيه تاريخ مولده، لكنه ذكر دخوله زبيد غرة رمضان، سنة سبع وسبعين وألف، فأخذ بقراءة القرآن حتى أتمه في شوال، ثم درس التجويد<sup>(٤)</sup>، والعادة في تلك الآونة جرت بإرسال أصحاب العناية النابهين من أولادهم إلى الحواضر القريبة التي يسهل ترددهم منها وإليها، للتعلم والبداءة بالقرآن والتجويد وهم صغار، في حدود العاشرة أو تزيد قليلاً أو تنقص، فينبغي أن يكون ميلاده نحو منتصف العقد السادس بعد الألف الأولى (١٠٦٧هـ) تقريباً، وقد ذكروا أن من أقرانه من ولد قريباً من ذلك<sup>(٥)</sup>.

(١) انظرهما في الموقع الرسمي للمركز الوطني للمعلومات التابع لرئاسة الجمهورية اليمنية، على الرابط أدناه:

[https://yemen-nic.info/maps\\_download/map1.jpg](https://yemen-nic.info/maps_download/map1.jpg)

(٢) انظر نشر العرف لفضلاء اليمن بعد الألف، لابن زبارة ٣/ ١٥٥، والقسم الثاني من تقاريره المطبوع من قبل مركز الدراسات والبحوث اليمني بصنعاء ضمن المجلد الأول من معجم تراجم نبلاء اليمن ص ١٧٤، وأيضاً الإكليل العدد (٣٧-٣٨) يوليو-ديسمبر ٢٠١٠م، ص ٢٠٢.

(٣) تقدم قريباً.

(٤) انظر: الإكليل ص ٢٠٤، ونصه في الرسالة المحققة في الإكليل.

(٥) يأتي قريباً في ترجمة الشيخ يحيى بن عمر الأهدل.

## نشأته:

قدم زيد طالباً للعلم في شهر رمضان سنة: ١٠٧٧هـ، أخذ عن علماء الشافعية بزيد في الفقه والأصول والفروع والتفسير والحديث، وأمضى فيها نحواً من أربعين عاماً طالباً ومعلماً ومفتياً، وتولى أعمال أوقاف زيد، وكان يقوم إلى جانب هذا العمل بالإفتاء والتدريس، وخلال وجوده في زيد وسَّع جامعها -الجامع الكبير- بزيادة على ما كان عليه، فاعترض عليه عدد من العلماء، ومنهم: العلامة يحيى بن عمر بن مقبول الأهدل<sup>(١)</sup>، وسعى لهدم تلك الزيادة، فقام تلميذه ابن زياد الشَّرْعَبِيَّ<sup>(٢)</sup> بتأليف رسالة ينصر فيها رأي شيخه، وسماها: «الضوء اللامع في الرد على منكري زيادة الجامع»<sup>(٣)</sup>.

(١) الأهدل، هو: يحيى بن عمر بن مقبول الأهدل، كان إماماً عارفاً، أخذ القراءات السبع عن الشيخ عبد الله المزجاجي وقدمه أهل دهره على سائر أقرانه، وكان يحفظ معظم صحيح البخاري ومسلم، وله مصنفات منها: في فضل ذوي القربى، وأسئلة ترد عليه له تعليقات مطولة فيها، مولده بالدرِّيْهَمِي سنة ١٠٧٣هـ، وتوفي سنة: ١١٤٧هـ، ينظر: ملحق البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ٣٧/٢، ومعجم المؤلفين ٢٨٩/١، والنفس البياني ص: ٢٨، ٣٢، ومصادر الفكر الإسلامي في اليمن، للحبشي ص: ٦٠، وهجر العلم ومعاقله ص ٦٢٨.

(٢) الشرعبي، هو: محمد بن زياد الوَضَّاحِي الشَّرْعَبِيَّ الشافعي، مفتي زيد، وكان عارفاً بالحساب والفرائض، له مصنفات فيهما، من أهل شرع (من بلاد تعز، جنوبي صنعاء) له تصانيف، منها: تجريد المقال في حكم مشترك الأموال، والضوء اللامع في الرد على منكري زيادة الجامع، وفتح الرحمن في التاريخ والأدب، توفي سنة: ١١٣٥هـ، ينظر: الأعلام للزركلي ١٣٦/٦، ومعجم التراث الإسلامي ٢٧٤٣/٤، والنفس البياني ص: ٧٦، ومصادر الفكر الإسلامي في اليمن، للحبشي ٢٥٨، ٥٢٥-٥٢٦، ٥٨٧-٥٨٨.

(٣) مقدمة تحقيق تجريد المقال في حكم مشترك الأموال، للوضاحي، ص: ٤٥٥، وملحق البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ٣٨/٢.

## المطلب الثاني: مذهبه الفقهي:

كان رَحْمَةُ اللَّهِ على المذهب الشافعي الذي كان سائداً في بلده زبيد، بل أغلب مناطق اليمن آنذاك كذلك، كما أن دراسته على مشايخه، وتصنيفه كان في المذهب الشافعي، وعلى شافعيته نص بعض من ترجم له<sup>(١)</sup>، وذكر بعض مترجميه أنه تولى وقف زبيد<sup>(٢)</sup>، وعامة ولاته شافعية<sup>(٣)</sup>، وجريانه على طريقة الشافعية ظاهر في تأليفه<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الثالث: شيوخه، وتلامذته<sup>(٥)</sup>:

أما شيوخه، فالذي وقفت عليه منهم ما يأتي:

- (١) ينظر: ملحق البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ٢/٣٧-٣٨، الأعلام للزركلي ١/١٦٢، الإكليل نقلاً عن الإعلان بنعم الله، للسانة، ١٩٧/٣٧، ونشر العرف ٣/١٥٥.
- (٢) انظر: نفحات العنبر في تراجم أعيان وفضلاء اليمن في القرن الثاني عشر، لإبراهيم بن عبد الله الحسيني، ١/١٦٥.
- (٣) ينظر في ذلك: كتاب زبيد مساجدها ومدارسها العلمية في التاريخ للمؤرخ عبد الرحمن الحضرمي.
- (٤) كما في هذا الرسالة نقلاً عن أعلامهم في الغالب، وكذلك جريانه في الإعلان على طريقة الشافعية.
- (٥) ينظر: النفس اليماني، ص: ٧٦-٧٧، ونشر العرف ق ٢/١٧٤، والملحق التابع للبدر الطالع ٢/٣٧، ومصادر الفكر الإسلامي في اليمن، للحبشي، ص ٥٢٤، والإكليل، ٣٧/٢٠٢-٢٠٩، وقد وقع اسمه في نشر العرف: محمد باقي، وفي الملحق بالبدر عبد الله بن محمد، وهو الأشبه بما جاء في مصادر الفكر من وفاة محمد سنة ١٠٧٤هـ، أي قبل رحلة السانة للطلب في زبيد، لكن ما جاء في نشر العرف يشهد له ما في مخطوط جامعة الأشاعرة لعبد الرحمن الحضرمي، حسب ما نقل في الإكليل ص ٢٠٢، ولم أقف على المخطوط، ووقفت على مستند الحبشي في مصادر الفكر، وهي ترجمة محمد باقي في نزهة رياض الإجازة ص ١٩٦-٢١٠، وعبد الله هو أكبر أولاد الشيخ محمد باقي، وترجمته تقرب كونه المقصود دون ترجمة أبيه، ثم وجدته كذلك في نفع العنبر ١/١٦٤.

الأول: العلامة عبد الله بن محمد باقي المزجاجي، أخذ عنه في الفرائض والحساب والجبر والمقابلة والنحو والتصريف والبيان والحديث.  
الثاني: القاضي أحمد بن إسحاق جعمان المتوفى سنة: ١١١٠هـ.  
وأما تلامذته، فقد أخذ عنه جمع من طلاب العلم في زبيد ونواحيها، ومن أبرزهم:

الأول: كمال الدين، محمد بن زياد الوصّاحي الشَّرْعِي ثم الزَّبيدي اليميني الشافعي الفقيه مفتي زبيد في عصره، من مؤلفاته: تجريد المقال في حكم مشترك الأموال، والضوء اللامع في الرد على منكري زيادة الجامع.  
قال صاحب كتاب النفس اليماني عن ابن زياد: «أخذ جميع العلوم أو غالبها على مفتي زبيد الإمام المحقق أحمد السانة»<sup>(١)</sup>.

الثاني: القاضي طه بن عبد الله السادة الشافعي الجبلي المتوفى سنة: ١١٤١هـ، وقد استجاز منه بعض علومه.

بالإضافة إلى من نسخوا هذا المخطوط، فعامتهم من تلاميذه، وسوف يأتي ذكرهم والتعريف بمن عثرت على ترجمة له منهم في موضعه عند ذكر النسخ، من هذه الدراسة.

(١) النفس اليماني، ص: ٧٦-٧٧.

## المطلب الرابع: مصنفاته<sup>(١)</sup>:

للشيخ أحمد السّانة رَحِمَهُ اللهُ مؤلفات أخرى، غير هذا الكتاب وما وقفت على تسميته منها ما يأتي:

- ١- المفهم المنطق في علم المنطق.
- ٢- ترتيب الأهم مما حكي من طبقات السبكي.
- ٣- الرد على الصوفية، ورد في بعض المجاميع بعنوان: تعريف ذوي الاتّباع بتمويه وتحريف صاحب كتاب تشنيف الأسماع لأحكام الذكر والسماع.
- ٤- إبانة ما يدخل في رضاء الله ومقتته، من بيع الشيء نساً بأكثر من سعر وقته.
- ٥- غاية الأمل في جواب السائل عما يقع في دفن الأموات من الخلل.
- ٦- حسن الأمل فيما يفضل فيه القليل من العمل.
- ٧- الإعلان بنعم الله الوهاب الكريم المنان، وهو على منوال (عنوان الشرف الوافي) للمقري، فيه جملة علوم، قال فيه: «تضمن كتابي هذا والله الحمد أطرافاً من نحو عشرة علوم، ما عدا الفقه الذي هو المقصود»<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: معجم المؤلفين ١/ ٢٩٠، وهجر العلم ومعاقله ٢/ ١١٤٧، ومصادر الفكر الإسلامي، ٣٨١، ٤٢١، ٦٩٨، ٧٠٤، والإكليل نقلاً من كتاب الإعلان بنعم الله الوهاب الكريم المنان، للسّانة، ٢٠٢، ٢٠٣، وخزانة التراث ١٢٦٥٩٥، ٩٦٤١٠، ٨٣٨١٤، ٤٥٤٨٩.

(٢) نقلته عن مخطوط الإعلان آخر الترجيعة الرابعة في علم المنطق، اللوح ١٥١.



- ٨- فائدة تعلم علم النحو وأول من قام بتأليفه.
- ٩- رفع الحائل في علمي العروض والقوافي.
- ١٠- القدر الكافي في علم العروض والقوافي.
- ١١- إبانة ما يدخل في رضا الله ومقته.
- ١٢- الضوء اللامع في زيادة الجامع، وهو من أسباب زيادة الشر بينه وبين الشيخ يحيى الأهدل رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى.
- ١٣- النصر المفيد، والرد على الموضوع المسمى القول السديد، الخارج عن سبيل النجاة إلى السبيل المييد، بالاعتراض على الناظر في إصلاح جامع زبيد.
- ولا أستبعد أن يكون بعض ما تقدم تبعاً لها، أو تسمية أخرى للمصنف نفسه، فليحققه من يشتغل بتحقيق بعضها.
- وله رَحِمَهُ اللَّهُ تَأَلَّفَ في الهندسة والحساب منها:
- ١٤- منظومة بعنوان: المسرة والإراحة في علم المساحة، نظمها عام ١١٠٣هـ، وله شرح عليها عُنون له في بعض المجاميع بتسريح الأفهام في رياض المسرة والإراحة، لطالبي علم المساحة، وعنونها بعضهم: بشرح الأفهام المراحة، في رياض المسرة والإراحة، لطالبي علم المساحة.
- ١٥- ترويح ذوي الإمعان والمحاولة، في علم الجبر والمقابلة.
- ١٦- طرفة الطلاب بعلم الحساب.

١٧- سمط لآلي البراهين المؤسسة، في علم الخطوط والسطوح والهندسة.

١٨- المنشور في أعمال الكسور.

### المطلب الخامس: ثناء العلماء عليه:

قال الشيخ العالم الفاضل عبد الرحمن سليمان ثابت المزجاجي: كان عالماً فقيهاً محباً للعلوم الشرعية الإسلامية وقد تولى الإفتاء والقضاء<sup>(١)</sup>.

وقال عنه أبو الزين عبد الخالق المزجاجي: «الفقيه المحقق المدقق، ذو التصانيف العديدة، والمؤلفات المجيدة، صفي الإسلام، أحمد السانة»<sup>(٢)</sup>.

وقال عبد الرحمن بن سليمان الأهدل: «مفتي زيد الإمام المحقق أحمد السانة»<sup>(٣)</sup>.

وقال تلميذه كمال الدين، محمد بن زياد الوصاحي الشرعي ثم الزبيدي في تقرير كتاب الإعلان للسانة: «وبعد فمن ما من الله تعالى علي به حضور إقراء شيخنا العلامة، ومعتمدنا الفهامة، مرجع أهل الزمان في الفتوى، ومهبط طلاب العلم للجدوى، شيخنا المحقق أحمد بن عبد الله السانة، لكتاب الإعلان...»<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الإكليل دراسة كتاب الإعلان بنعم الله، للسانة، ٣٧/ ٢٠٢.

(٢) في نزهة رياض الإجازة المستطابة بذكر مناقب المشايخ أهل الرواية والإصابة، له، ص ١٤١.

(٣) النفس البياني ص ٧٦-٧٧.

(٤) مخطوط الإعلان، اللوح (١٢٠) على الموقع أدناه نسخته:

[https://ia800201.us.archive.org/33/items/Maktotat\\_KSU\\_2/3187.pdf](https://ia800201.us.archive.org/33/items/Maktotat_KSU_2/3187.pdf)



وقال محمد بن زبارة: «الشيخ العلامة المحقق المدقق»<sup>(١)</sup>.

وقال في نفحات العنبر: «إمام التحقيق، وسلطان التدقيق، في الحساب والجبر والمقابلة، والنحو والصرف والبيان، والحديث، حتى صار إماماً محققاً في هذه العلوم»<sup>(٢)</sup>.

وثمة ثناء عليه من بعض النساخ مثبت في بعض مخطوطات كتابه هذا وغيره<sup>(٣)</sup>.

وظهور شخصيته العلمية الفذة جلي في تأليفه، ومنها كتابه الإعلان بنعم الله الواهب الكريم المنان والذي احتوى على جملة من فنون العلم.

### المطلب السادس: وفاته<sup>(٤)</sup>:

توفي في القرن الثاني عشر، واختلفوا في سنة وفاته فقيل: بعد سنة: ١١٠٥هـ، وقيل: ١١١٦هـ، وقيل: بعد ١١٧هـ، وقيل: بعد ١١١٨هـ، وقيل: ١١٣١هـ، وقيل: ١١٢٢هـ.

(١) تقاريط نشر العرف ق ١٧٤/٢، والملحق التابع للبدر الطالع ٣٧/٢.

(٢) نفح العنبر ١/١٦٤، ونقله في تقاريط نشر العرف ق ١٧٤/٢.

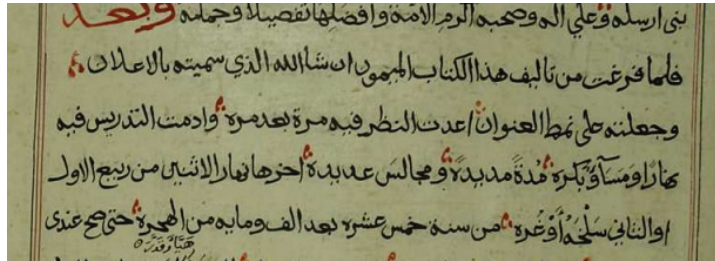
(٣) كقول النهاري في صفحة العنوان من نسخته، الرموز لها ب (ج) في هذه التحقيق: «تأليف الشيخ العلامة، الحبر البحر الفهامة، صفي الإسلام والدين، وبقية المجتهدين، وعمدة المفتين، وإمام المدرسين، أحمد بن عبد الله السلمي السانة»، وتأتي في موضعها عند إثبات صور المخطوطات. وكذلك ما يأتي في وفاته من قول ناسخ مخطوط الإعلان تلميذه عبد الرزاق الخولاني: «انتقل إلى رحمة الله تعالى المؤلف، سيدنا العلامة الوحيد في مصره بالعلم والعمل وإزالة المنكر، الفهامة أحمد بن عبد الله السانة».

(٤) ينظر: ملحق البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ٣٧/٢، الأعلام للزركلي ١/١٦٢، وخزانة التراث (٩٦٤١٠)، والإكليل عن الإعلان بنعم الله للسنة، = ٣٧/٢٠٢ - ٢٠٩، ومعجم المؤلفين ١/٢٨٩، النفس اليماني ص: ٧٧، حاشية

والذي تفيده المصادر أن الزيادة التي أحدثها في جامع زبيد كانت في سنة ١١١٦هـ، وذلك في نقل عامة من ذكرها، ثم غادرها في ذلك العام، فلا بد أن تكون وفاته بعد ذلك، أما عام ١١٣١هـ فلعل مستنده تحريف في تاريخ حادثة الزيادة في بناء الجامع، فقد جعلها بعضهم هذا العام<sup>(١)</sup>، وهو خطأ خلاف نقل العامة، وآخر كتبه تأريخاً فيما بلغنا الإعلان فيما يظهر، نقل بعضهم كحالة في معجمه أنه ألفه في ١١١٨هـ، والذي وقفت عليه في المخطوط ١١١٥هـ<sup>(٢)</sup>، وأخشى أن يكون قول من قال ١١٠٥هـ وكذلك ١١١٨هـ تصحيف من ذلك في الواحد والخمسة، فإنها مما قد يشتهه.

المحقق عبد الله محمد الحشبي، وهجر العلم ومعاقله ١١٤٦/٢، ومصادر الفكر الإسلامي ٣٨١، ٣٢١، ٦٩٨، ٧٠٤، ومقدمة تحقيق مواهب الديان، ص: ١٩-٢٢، ومقدمة تحقيق تجريد المقال في حكم مشترك الأموال، ص: ٤٥٥. وجاء في نسخة مخطوط البطاح - ويأتي ذكرها - في هامش قوله: «قال مؤلفها رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى: فرغ ساطر الأحرف من رقم هذه الكراسة المباركة إن شاء الله تعالى نهار الخميس، عقب نصف شهر رجب الحرام، من شهور سنة ست ومائة وألف»، ما نصه: «في نسخه سنة ألف ومائتين واثنين وعشرين»، ولكن هذا خطأ ظاهر، ولهذا أعرض عنه البطاح وصوبه إلى المثبت.

- (١) زبيد ومساجدها ص ٣٤، وانظر تحقيق محمد باذيب لكتاب تحفة الإخوان شرح فتح الرحمن للشيخ سالم الحضرمي ص ٢٧.
- (٢) جاء في المخطوط نصه على ذلك:

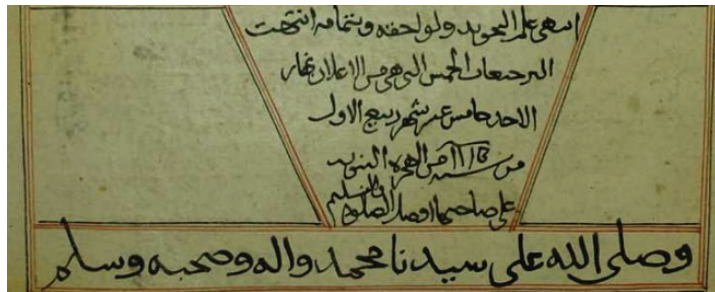


=

فالمحقق أنه عاش إلى ١١١٦هـ، وخرج من زبيد متأدياً، قد جعله بعضهم غرضاً، ثم انقطع خبره بعد ذلك عنا، ولم يصلنا تأليف له إثر ذلك<sup>(١)</sup>، وهذا يشعر بأنه ما عمّر بعد ذلك طويلاً، فقد كان منتجاً رَحْمَةً اللهُ، متفنناً، والمعتاد أن يكون لمثل من بلغ مبلغه في بلده طلاب، وأن لا ينقطع عن الفتوى والتأليف، فلعل وفاته قريباً من ذلك، وهذا مما يفسر قلة طلابه، وقصور تراجم من ترجم له في كثير من شؤون حياته، فلعل هذا معتمد جل من أرخ لوفاته عام ١١١٦هـ.

لكن ذكر بعض نساخ كتابه الإعلان ما نصه: «انتقل إلى رحمة الله تعالى المؤلف، سيدنا العلامة الوحيد في مصره بالعلم والعمل وإزالة المنكر، الفهامة أحمد بن عبد الله السانة، رحمه الله الأبرار، وأسكنه فسيح جناته، ثالث شهر صفر، ١١٢٢هـ، اثنين وعشرين ومائة بعد الألف من هجرة المصطفى، صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، في بلده بمخلاف أصاب، في المخلاف الذي يقال له نقد، في شرقي جبل السانة، وقبره ثم معروف مشهور، رحمه الله الأبرار،

= كما جاء إثباته رقماً آخره:



(١) كما قال الزركلي في الأعلام ١/ ١٦٢: «ولم يذكر المؤرخون خبراً عنه بعد ذلك».

ووقاه عذاب القبر والنار، وأسكنه جنات تجري من تحتها الأنهار»<sup>(١)</sup>. فإن ثبت هذا، فلعله شغل بمرض أو غيره، رَحِمَهُ اللهُ.

وقد عاش ما بقي من عمره في مسقط رأسه وصاب، وبها توفي كما ذكر في: «هجر معاقل العلم في اليمن» و«مصادر الفكر الإسلامي في اليمن»، ذكروا وفاته في بلاد نقد وهي من وصاب العالي بدمار إلى يومنا هذا، قالوا: بجوار جبل يقال له سانة حيث دفن ثمة، وعزلة السانة أو السنة، هي اليوم إحدى عزل مديرية وصاب العالي، انظر الشكل (١)، وتقدم أن السانة حصن، ويمينه جبل، فيعبر به عن هذا وهذا.

ولما تقدم -هنا وفي مولده- أحسب أن الشيخ مات كهلاً، قدم زبيد وعمره ما بين العاشرة والخامسة عشرة غالباً، وأمضى فيها نحواً من أربعين سنة، فلعله بلغ الخامسة والخمسين، رحمه الله وغفر له.

(١) انظر الإكليل، دراسة كتاب الإعلان، العدد ٣٧-٣٨ / ٢٠٤، ينقله عن المخطوط (ح) وناسخه الشيخ عبد الرزاق الخولاني.



شكل (١) عزلة السانة على قوقل إيرث حسب إحداثياتها في (ويكيديا)<sup>(١)</sup>

(١) انظر:

[https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D8%B2%D9%84%D8%A9\\_%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9\\_\(%D8%B0%D9%85%D8%A7%D8%B1\)](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B9%D8%B2%D9%84%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9_(%D8%B0%D9%85%D8%A7%D8%B1))

وتقسيم ذمار إجمالاً في موقع المركز الوطني اليمني للمعلومات:

<https://yemen-nic.info/gover/thamar/brife/>

## المبحث الثاني التعريف بكتاب: إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان وفيه أربعة مطالب:

### المطلب الأول: اسم الكتاب، ونسبته إلى المؤلف:

وقع في بعض المصادر: «إعانة الإخوان في توريث لو كان»<sup>(١)</sup>، والذي يظهر أن اسم الكتاب هو: «إعانة الإخوان في بيان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، التي تعرف بالإقعاد في كثير من البلاد»، ويعبر عنه اختصاراً فيقال: «إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان»، كما جاء في بعض مخطوطاته، ومؤلفه هو: أحمد بن عبد الله السَّانِي السُّلَمِي الأَصَابِي الزَّيْدِي الشَّافِعِي.

والكتاب ثابت النسبة إلى المؤلف، فقد أثبت اسم المؤلف والمخطوط على النسخ في الصفحة الأولى، وعند خاتمته، وهذا أو أن بيان ذلك:

١- جاء في نسخة مكتبة الشيخ أحمد محمد عبد الجليل الغزي الخاصة بمدينة زبيد رقم (١)، على غلافها ما نصه: «إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان»، وفي آخرها ما نصه: «قال مؤلفها رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: فرغ ساطر الأحرف من رقم هذه الكراسة، المباركة إن شاء الله تعالى، نهار الخميس عقب نصف شهر رجب الحرام، من شهور سنة ست مائة وألف

(١) ينظر: مصادر الفكر الإسلامي ص ٣٨١.

من هجرته صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وشرف وكرم ومجد وعظم. تمت إعانة الإخوان في بيان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، التي تعرف بالإقعاد في كثير من البلاد»، وهذا فيما يظهر من خط المؤلف، وإثره أضاف الناسخ: «عمل الشيخ العلامة: أحمد بن عبد الله السَّانَة السلمي الأصابي - رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى - أمين أمين».

وكان الفراغ من رقم هذه الكراسة المباركة، لعله تاسع عشر ربيع الآخر من سنة ١٣١١ ألف وثلاثمائة وأحد عشر من الهجرة المشرفة على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية، أمين بقلم الفقير إلى الله عَزَّ وَجَلَّ علي بن محمد بطاح الأهدل، فتح الله عليه وعلى إخوانه المتعلمين، بمنه وكرمه أمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وسلم تسليماً أمين».

٢- نسخة مكتبة الشيخ أحمد محمد عبد الجليل الغزي الخاصة بمدينة زَبِيد رقم (٢): حيث كتب على غلافها ما نصه: «إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان»، وفي آخرها من قول الناسخ ما نصه: «فرغ القلم من كتابة هذه النسخة المباركة الجليلة الفخيمة في ربيع الأول لأربعة عشر<sup>(١)</sup> ليلة خلت من سنة ١٣٢٢ هـ، بقلم الفقير إلى ربه الباري: محمد بن إسماعيل بن علي المحنبي الهتاري، فتح الله تعالى عليه فتوح العارفين أمين».

٣- نسخة مكتبة جمعة الماجد بمدينة دبي في الإمارات العربية المتحدة، ورقمها: (٤٢٠٩٤٧) حيث كتب على غلافها ما نصه: «كتاب إعانة الإخوان على عرفان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، التي تعرف بالإقعاد في كثير

(١) كذا في المخطوط، والوجه: لأربع عشرة ليلة.

من البلاد»، وفي آخرها من قول الناسخ ما نصه: «تمت إعانة الإخوان على عرفان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم تاريخ ٢٩ صفر ١٣١٩ هـ على يد محصلها لنفسه، فقيرٌ رحمة ربه علي بن أحمد النماري رزقه الله فهم ما فيها».

٤- نسخة في مجموع بمكتبة جمعة الماجد بمدينة دبي في الإمارات العربية المتحدة، ورقمه: (٤٢٢٣٤٩)، حيث كتب على غلافه عناوين المخطوطات الواردة في المجموع وعامته مطموس، وأوله فيه سقط، لكن جاء آخر النسخة ما نصه: «تمت إعانة الإخوان في بيان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان»، وفي نهاية المخطوط من قول الناسخ ما نصه: «استراح القلم نهار الأربعاء، عقب صلاة الظهر، لعله في أواخر شهر جمادي الأول سنة ١٣٣٠، بقلم محصله لنفسه، ولن شاء الله تعالى من بعده، قائد بن عبد الله بن سعيد، غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين»، ثم في الصفحة التالية مسائل أخرى لغير السانة.

### المطلب الثاني: وصف النسخ المخطوطة للكتاب:

بعد البحث والاطلاع في الفهارس، وفي الشبكة العنكبوتية، وسؤال أهل الاختصاص، توافر لدي من المخطوط أربع نسخ، وتفصيلها فيما يأتي:  
النسخة الأولى ورمزت لها بـ(أ): وقد جعلتها الأصل المعتمد:



وهي نسخة البطاح، واعتمدها لكون نسبها معروفاً صريحاً فهي نسخة عالم، هو الشيخ العلامة علي بن محمد الأهدل<sup>(١)</sup>، حررها على شيخه عبد القادر بن محمد الأهدل<sup>(٢)</sup>، عن خط المؤلف، انظر الصورة رقم (٣)، وقد راجعها بالقراءة، وكانت تقرأ عليه نيهاً وعشرين سنة، فقد رقمها كما ذكر عام ١٣١١هـ، وقرئت عليه قراءة تحقيق من قبل ولده سليمان، عام ١٣٣٣هـ، كما أثبت في هامش آخرها.

ثم هي نسخة لها نسخة تعززها وتحقق ما فيها أو تستدركه وهي الآتية بعدها، فهي أجود النسخ بياناً لكن سقط من أولها نحو ثلاث صفحات.

(١) هو أبو الحسن علي بن محمد بن أحمد البطاح الأهدل، مفتي زبيد، وصفه بالعلم والصلاح الكتاني لما لقيه بمكة عام ١٣٢٣هـ وتديج معه، أخذ عن الشيخ سعيد بن عبد الله سهيل الزبيدي، والشيخ أحمد بن محمد ناصر الزبيدي، والشيخ عبد القادر بن محمد الأهدل الزبيدي، وعنه أخذ الشيخ عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، ذكر في فهرس الفهارس عن روايته لأوائل ابن الديبع: نرويهما وكل ما له مسلسلا ببني الأهدل سادات زبيد وأئمتها عنه، ومن أخذ عنه أيضاً علي بن حسين العطاس، والشيخ حسين بن محمد بن عبد الله الوصابي الزبيدي، لم أقف على تاريخ مولده ولا وفاته، لكن النسخة قرئت عليه عام ١٣٣٣هـ، وكأنه كان مريضاً قبل ذلك فقد نقل عنه تلميذه مراراً ودعا له بالعافية وأن يُنفع ويمتدح به في النسخة (د)، هذا ولم أقف على ترجمة مفردة له لكن انظر ذكره في: فهرس الفهارس ١/ ٩٥، ١/ ٣٦٩، وتتمة الأعلام لمحمد خير رمضان ٣/ ٧٤.

(٢) هو عبد القادر بن محمد بن عبد الرحمن بن سليمان الأهدل، أخذ عن أبيه، وأخذ عنه البطاح صاحب نسختنا، له كشف النقاب عن ملححة الإعراب، وشرح لأدب البحث والمناظرة لطاش كبرى زاده، ومعين الإخوان في الكشف عن إعانة الإخوان، ذكر في مصادر الفكر أنه توفي ١٣٦٠هـ، فإن صح فإنه عمّر فيما يظهر، انظر: مصادر السابق، ومصادر الفكر الإسلامي في اليمن ص ٤٩٤.

وهي نسخة أصلية، محفوظة في مكتبة الشيخ أحمد محمد عبد الجليل الغزي الخاصة، بمدينة زبيد من بلاد اليمن، كتب عنوان المخطوط في أعلى الغلاف ونصه: «إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان» للحجة أحمد بن عبد الله السَّانَة السلمي الأصابي - رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى - ونفعنا بعلمه، آمين « وفي وسطها ما نصه: «إطلاق القضاة في الفقه المراد بهم: أبو حامد، والطبري، والرويان» وتحتة جدول لمسألة في الفرائض.

وفي آخرها ما نصه من قول الناسخ: «تمت إعانة الإخوان في بيان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان التي تعرف بالإقعاد في كثير من البلاد عمل الشيخ العلامة أحمد بن عبد الله السَّانَة السلمي الأصابي - رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى - آمين آمين، وكان الفراغ من رسم هذه الكراسة المباركة ليلة تاسع عشر ربيع الآخر من سنة ١٣١١هـ ألف وثلثمائة وأحد عشرة<sup>(١)</sup> من الهجرة المشرفة على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية آمين، بقلم الفقير إلى الله عَزَّ وَجَلَّ علي بن محمد بطاح الأهدل فتح الله عليه وعلى إخوانه المتعلمين بمنه وكرمه آمين.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وسلم تسليماً  
«آمين».

وهي نسخة كاملة كتبت بخط النسخ، وخطها جيد وواضح، حيث كتب النص بالمداد الأسود، وبعض الكلمات بالحمرة، وهي: (فصل، فرع،

(١) كذا، والوجه: إحدى عشرة.

رجل، امرأة، الفريضة، أوصى، وهذا، وقلت، اعلم، وأرقام الألواح) وفي  
النسخة عبارات جانبية كتبت بالمداد الأسود تدل على المقابلة والتصحيح.  
وتقع النسخة في اثني عشر لوحاً وكل لوح يتكون من وجهين (أ- ب)  
وكل وجه فيه ثلاثون سطراً بمتوسط عشر كلمات في السطر الواحد وجميعها  
مكتوب فيها عدا وجهين خاليين على النحو التالي: (11 × 2 × 30 × 10 =  
6600 كلمة تقريباً).

وقد كتبت هذه النسخة بخط مقروء، وقد جعلتها الأصل ورمزت لها  
بـ(أ) للأسباب التالية:

١- لأنها من أقدم النسخ تاريخياً فيما وقفت عليه، فقد نسخت عام  
١٣١١هـ.

٢- لكون نسبها معروفاً صريحاً فهي نسخة عالم، حررها على شيخه  
عبد القادر بن محمد الأهدل، عن خط المؤلف كما سبق، فهي أولى بالتقديم  
من غيرها.

٣- ولأنها نسخة كاملة ولها نسخة تعززها وتحقق ما فيها أو تستدركه  
وهي النسخة (د)، نص ناسخها على ما يفيد نسخه واستفادته من نسخة  
شيخه وتعليقاته كما في الصفحات (٣، ٢٩، ٩، ٨) من النسخة (د)، وكذلك  
يظهر أن النسخة التالية (ب) من فروعها، وناسخها ممن تتلمذ عليه أيضاً.

النسخة الثانية ورمزت لها بـ(ب): وهي نسخة أصلية، محفوظة في مكتبة  
الشيخ أحمد محمد عبد الجليل الغزي الخاصة، بمدينة زيد من بلاد اليمن،

كتب عنوان المخطوط في أعلى الغلاف ونصه: «إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان» تأليف: الشيخ العلامة الحجة أحمد بن عبد الله السّانة السّلمي الأصابي - رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى - ونفعنا بعلومه، آمين».

وفي الأسفل ما نصه: «اللهم صلي على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً».

وفي نهاية المخطوط ما نصه من قول الناسخ: «فرغ القلم من كتابة هذه النسخة المباركة الجليلة الفخيمة في ربيع الأول لأربعة عشر<sup>(١)</sup> ليلة خلت من سنة ١٣٢٢ هـ، بقلم الفقير إلى ربه الباري: محمد بن إسماعيل بن علي المحنبي الهتاري<sup>(٢)</sup>، فتح الله تعالى عليه فتوح العارفين آمين».

وهي نسخة كتبت بخط النسخ، وخطها جيد وواضح، حيث كتب النص بالمداد الأسود، وبعض الكلمات بالحمرة، وهي: «فصل في أعمال المسائل المتماثلة، وبعد، رجل، امرأة، فلو أوصت لربيها، أوصى، وهذا، فقلت، اعلم، المسألة، السائل، التي هي أقوى البواعث، وغيرها كثير...» وفي النسخة عبارات جانبية كتبت بالمداد الأسود تدل على المقابلة والتصحيح

(١) كذا، والوجه: لأربع عشرة.

(٢) هو الشيخ محمد بن إسماعيل المحنبي الهتاري، ولد بأعمال زبيد في عام ١٢٩١ هـ، وصف بالتحقيق في الفقه والنحو والصرف، والمعاني والبيان، وعلوم الحديث، من مؤلفاته اللؤلؤ المنصود على جواب أسئلة وردت من قرية الرقود، وإيضاح المبهم في قول العلامة الجلاد خذلي من النوعين رطلاً بدرهم، ورسالة في الرد على السيد سليمان بن محمد بن عبد الله الأهدل في لفظة (إناث)، وغيرها وفاته سنة ١٣٤٩ هـ رَحْمَةُ اللهِ. انظر ترجمته في: نشر الثناء الحسن، للوشلي (٣/ ١٩١-١٩٢)، عطية الله المجيد، للغزي (٣/ ٥٣٥ - ٥٣٨)، هجر العلم ومعاقله في اليمن (١/ ٢٥٥).

واسم ناسخها: محمد بن إسماعيل بن علي المحنبي الهتاري، وتاريخ نسخها كما هو منصوص في آخرها في ربيع الأول لأربعة عشر خلت من سنة: ١٣٢٢هـ.

وتقع النسخة من اثني عشر لوحاً وكل لوح يتكون من وجهين (أ- ب) وكل وجه فيه سبعة وعشرون سطراً بمتوسط إحدى عشرة كلمة في السطر الواحد وجميعها مكتوب فيها عدا وجه واحد وهي على النحو التالي: (٥، ١١ × ٢ × ٢٦ × ١١ = ٦٥٧٨ كلمة تقريباً).

النسخة الثالثة ورمزت لها بـ(ج): وهي نسخة أصلية، محفوظة في مركز جمعة الماجد بمدينة دبي في الإمارات العربية المتحدة، ورقمها: (٤٢٢٣٤٩)، ومصدرها: مكتبة عبد الرحمن بن عبد الله الحضرمي بزبيد من بلاد اليمن، ضمن مجموع كتب عنوانه في أعلى الغلاف ونصه: «كتاب إعانة الإخوان على عرفان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان التي تعرف بالإقعاد في كثير من البلاد، تأليف: الشيخ العلامة، الحبر البحر الفهامة، صفي الإسلام والدين، وبقية المجتهدين، وعمدة المفتين، وإمام المدرسين، أحمد بن عبد الله السلمي السَّانَة - رحمه الله رحمة الأبرار وأسكنه جنات تجري من تحتها الأنهار - ونفعنا به وبعلومه، أمين أمين».

وفي نهاية المخطوط ما نصه من قول الناسخ: «... اللهم أصلح منا ما فسد ووسع لنا كل ما هو ضيق منسد، واختم لنا بخير في كل عمل، لا إله إلا أنت إليك المشتكا<sup>(١)</sup> وعليك المتكل، ثم نتوسل إليك بخير خلقك (١) كذا، خلافاً لسائر النسخ.

آخرهم والأول سيد الأنبياء وإمام المرسلين وخاتم النبيين محمد بن عبد الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعلى آله وصحبه أجمعين وإلى سائر النبيين وكافة المؤمنين، تمت إعانة الإخوان على عرفان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم تاريخ ٢٩ صفر ١٣١٩ هـ على يد محلها لنفسه فقير إلى رحمة ربه علي بن أحمد النماري رزقه الله فهم ما فيها».

وهي نسخة كاملة، كتبت بخط النسخ، وخطها جيد وواضح، حيث كتب النص بالمداد الأسود، وبعض الكلمات بالحمرة، وهي: (وبعد، فصل، فرع، رجل، امرأة، تنبيه، اعلم، قال، فلما، فلو كان، فلو أوصت، أيها السائل، وبطريق الجبر والمقابلة، الخطأ، الدينار، الدرهم، أوصى، وبيان القسمة، خاتمة)، بالإضافة إلى خطوط حمراء فوق بعض الأحرف، ومربعات لبعض المسائل كما أن في النسخة عبارات جانبية كتبت بالمداد الأسود تدل على المقابلة والتصحيح، وهي من أعتق النسخ، بخط الشيخ علي بن أحمد النماري<sup>(١)</sup>، بتاريخ ٢٩ صفر ١٣١٩ هـ على يد محلها لنفسه فقير إلى رحمة ربه علي بن أحمد النماري رزقه الله فهم ما فيها، وهي نسخة تامة، بيد أنها لا تخلو من خلل أو سقط.

وتقع النسخة في عشرة ألواح وكل لوح يتكون من وجهين (أ، ب) وكل وجه فيه سبعة وعشرون سطراً بمتوسط ثلاث عشرة كلمة في السطر

(١) هكذا وقع اسمه في المخطوط ولم أقف له على ترجمة، ولا تعليقات تبين حاله.

الواحد وجميعها مكتوب فيها عدا وجه واحد وهي على النحو التالي:  
(٥، ٩×٢×٢٧×١٣= ٦٦٦٩ كلمة تقريباً).

النسخة الرابعة ورمزت لها بـ(د): وهي نسخة أصلية، محفوظة في مركز جمعة الماجد بمدينة دبي في الإمارات العربية المتحدة، ورقمها: (٤٢٠٩٤٧)، ومصدرها: مكتبة عبد الرحمن بن عبد الله الحضرمي بزبيد من بلاد اليمن، ضمن مجموع: (م/ح/٢-٥٨)، كتب على غلافها عناوين المخطوطات الواردة فيه، ويحتوي على اثني عشر عنواناً، ورقم المخطوط تقريباً حديثاً (٢٨-١) يوجد فراغ في أوله للرقمين (١-٢)، وفي نهاية المخطوط ما نصه من قول الناسخ: «والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه تسليماً كثيراً إلى يوم الدين أه».

وهي نسخة كاملة عدا الرقمين (١-٢)، كتبت بخط النسخ، وخطها جيد وواضح، حيث كتب النص بالمداد الأسود، وبعض الكلمات بالحمرة، وهي: «فصل في المسائل المتماثلة وجميع الفصول باللون الأحمر، فرع، رجل، امرأة، تنبيه، ويقسم، قال، فلما، فلو كان، فلو أوصت، وبطريق الجبر والمقابلة، الخطأ، الدينار، الدرهم، أوصى وغيرها كثيرة بالخط الأحمر...» بالإضافة إلى خطوط حمراء مربعة فوق بعض المسائل، كما أن في النسخة عبارات جانبية كتبت بالمداد الأسود تدل على المقابلة والتصحيح، اسم ناسخها: قائد بن عبد الله بن سعيد<sup>(١)</sup> - رَحِمَهُ اللهُ - منسوخة من نسخة شيخه (١) لم أقف له على ترجمة، لكن تعليقاته على حواشي النسخة تفيد أن له اشتغالا بالشيخ على بن محمد البطاح الأهدل صاحب النسخة الأولى، وكذلك غيره من مشايخ وقته، وأن له مشاركة وعناية.

البطاح، كما صرح به في بعض المخطوطة، وتقع النسخة من ستة عشر لوحاً وكل لوح يتكون من وجهين (أ- ب) وكل وجه فيه اثنان وعشرون سطراً بمتوسط عشر كلمات في السطر الواحد وجميعها مكتوب فيها عدا وجهين في بدايتها، وهي على النحو التالي: (١٥ × ٢ × ٢٢ × ١٠ = ٦٦٠٠ كلمة تقريباً).

### المطلب الثالث: بيان منهج المؤلف في هذا الكتاب:

هذا الكتاب جواب للطلاب، بعد كثرة الأسئلة والإلحاح من تلامذة الشيخ السانة عليه بالزيادة من الأمثلة، وتكثير الأجوبة من الصور المشتملة على مسألة الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، وكيفية حسابها، فذلك هو الباعث على رقم هذه الرسالة؛ فجعلها في كراسة نافعة، حيث قال: من جملة ذلك مسألة أجت عليها في سنة نيّفٍ وتسعين وألفٍ، وأُعيدت إليّ في سنة خمس ومائةٍ وألفٍ، يذكر المُعيد لها إليّ أنّه حصل الاختلاف فيها في جهة بلاد حَرَّاز<sup>(١)</sup>، وأن جماعة من الفقهاء لم يساعدوا إلى تصويب عملها، وادّعوا أنّ الصواب عملها بغير العمل الذي عملته على ما سأحكيه بعدُ في محلّها، فتصفحْتُها، وكتبتُ عليها ثانيةً، وبيّنتُ وجهَ تَعَيُّنِ ما عملته، وبيان خللِ ما عملوه، ونقل عبارة الفرضيين الذين يرجع إليهم في العزو، وبيان بعض ما يلزم على قول المعترضين، فأجبت إلى ذلك؛ لكثرة ما قد رأيت من عدم

(١) بلاد حَرَّاز: حراز - بالفتح وتخفيف الراء وآخره زاي - مدينة باليمن قرب زَبِيد تتبع جغرافياً محافظة صنعاء، تقع في الجنوب الغربي منها، بطن من حِمير، وتبلغ مساحتها حوالي ١٢٧٦ كيلومتراً مربعاً، وتتكون من ثلاث مديريات؛ وهي: مناخة، وصعفان، والحصن، وبها تعمل الأطباق الحرازية، ينظر: تاج العروس ١٥/١٠٠، ومعجم البلدان ٢/٢٣٤.



التنبيه على هذه النكته، بل تحققت من كثير من الفقهاء الذين يقتدى بهم أنهم إنما يفتون في الفرائض وما ألحق بها من أعمال الوصايا بما يظهر لهم بالرأي. وطريقته في ذلك: أن يذكر المسألة، ثم يبين نصيب الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، فتقسم على الجميع، مثل: رجل أوصى لبنت أخيه الشقيق بما كان لأبيها لو كان حياً، ومات عن: أخت لأب، وأم، وابن أخ لأب. فعمل فيها بما يأتي:

لو كان له أخ شقيق، وكانت الفريضة من ستة، للأم السدس سهم، وللشقيق الباقي خمسة، ولو لم يكن، وكانت الفريضة من ستة، للأم الثلث سهمان، وللأخت للأب النصف، ولابن الأخ للأب الباقي، وهو سهم، والفريضتان متماثلتان، فاكتف بإحدهما، واجعل للموصى لها خمسة أسهم زدها على الفريضة، فتصح من أحد عشر، للموصى لها خمسة، والسته بين الأم والأخت وابن الأخ إن أجازوا ما زاد عن الثلث وإن لم يجيزوا فاجعل لها ثلاثة فتصح من تسعة، والله أعلم.

#### المطلب الرابع: سبب تأليفه:

وسَّعه كما تقدم جوباً للطلاب، لكن الباعث لأصله كشف حكم ما يقع من خطأ في قسمة الوصية بمثل نصيب وارث في الحساب، وذلك في مسألة ما يسمى بالإقعاد<sup>(١)</sup>؛ من نحو إقامة أولاد الولد ابناً أو بنتاً مقام أبيهم أو

(١) الإقعاد: أفعد الرجل عن القيام: إذا لم يُطَق النهوض من عرج أو داء فهو مُقْعَد، والمرأة مقعدة، والفصحاء يستعملون الإقعاد إذا كان من قيام، ينظر: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم ٥٥٧٧/٨، فصل الخطاب في الزهد والرقائق والآداب، ٢/٢٢٣، والمعنى المتبادر إقعاد أولاد الولد في مقعد الولد في الإرث.

أهمهم في أخذ نصيبه من الإرث. وهذا الإقعاد متى كان بوصية لهم وهم محجوبون عن الإرث وكانت دون الثلث فهي وصية صحيحة ونافذة، وأما إن كانوا ورثة غير محجوبين أو زادت الوصية عن الثلث فلا بد من إذن الورثة وإجازتهم. وهذا هو ما عليه عامة العلماء على اختلاف بينهم ليس هذا محل تفصيلها. قال: «أنه متى مات لإنسان ابن أو بنت، وخلف أولاداً أقامهم مقام أبيهم، أو أمهم في الميراث، مع أعمامهم أو أخوالهم، واشتهر ذلك عند كثير من أهل البوادي، لا سيما الجبال، ويسمونه بالإقعاد، ومتى عمل على ما عمل المعترضون أخطأ العامل وضلّ، وأعطى كلاً منهم غير ما هو له، إما أكثر، أو أقل، وسيوضح لك مما سيأتي وبالله التوفيق». وهذه المسألة هي التي تسمى في كثير من الأنظمة بالوصية الواجبة.

فينبغي أن يتنبه إلى ما طرأ في هذه الأزمنة المتأخرة من فرض بعض الأنظمة ما يسمى بالوصية الواجبة في نحو ميراث الجد إذا توفي أحد أبنائه أو بناته في حياته ولهم ذرية ولم يوص الجد بشيء، فإنها تفرض لهم وصية وجوباً، ويعطون نصيب مورثهم ما لم يزد عن الثلث، إلا إن كان الجد قد أعطاهم هبة أو وصية قدر ما يجب لأصلهم لو كان حياً، فإن أعطاهم أقل وجبت لهم وصية بقدر ما يكملها، استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿كُنِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] (١).

(١) انظر قانون الوصية الواجبة (٧١) لسنة ١٣٦٥، والتعليق عليه في كتاب فقه السنة ٦٦٢/٣، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ١١٨/١، وقد أخذ به في عدد من الدول العربية كسوريا والمغرب وتونس، انظر موجز دائرة المعارف الإسلامية ٩٨٣٢/٣١، وللإستزادة انظر: بحث عبد الله محمد الشيخ في مجلة الفرائد في البحوث الإسلامية والعربية: ٤٢٤، ج ١/٥٧٦-٦٠٣.

## المطلب الخامس: ذكر محاسن الكتاب، والمآخذ عليه:

### أولاً: محاسن الكتاب:

يمكن إجمالها فيما يأتي:

- إجادة عرضه للمسألة، والإبداع في الترتيب، والتقسيم، وفهمه الدقيق للحساب، وحسن الصياغة مع جودة في الألفاظ، مع وضوحها.
- كثرة الأمثلة والتطبيقات، وهذا يحقق دربة تعطي ملكة تساعد على حل المسائل.
- تنوع طرق الحل والحساب، فمن لم يفهم طريقاً أدرك آخر، ومن أشكل عليه حل ساعده في تفهمه الآخر.
- الترابط الموضوعي لمادة الرسالة، والعناية بتصوير المسائل.
- التركيز على المسألة الواحدة والاحتمالات الواردة عليها لو كانت الوصية زائدة عن الثلث.
- العناية بتحرير المسألة تحريراً شافياً.
- وختاماً من محاسنه إفراده مسألة قلّ من يذكرها في غير الكتب المتخصصة، ولا شك أن إفرادها بالبحث عزيز، جدير برسالة مستقلة.

### ثانياً: المآخذ على الكتاب:

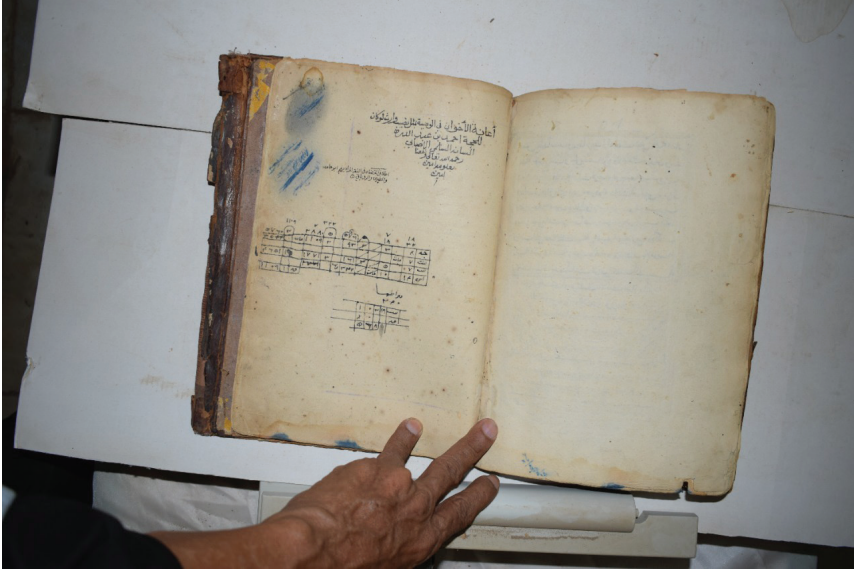
مما يؤخذ على الكتاب عسره على غير المختص، وذلك لكون موضوعه في نفسه يحتاج إلى ذهن قد ارتاض الحساب، ثم إن المؤلف بناه على المقرر

عنده في الغالب، وإن أثر خلاف لا يتعرض له بالبحث، ولهذا خلا عن الاستدلال، والترصيع بنصوص السنة، وبيان مآخذ الأصول. وهذا مما يُبقي على جدارة الموضوع ببحث مستقل موسع يصلح لرسالة علمية. والمقصود هو أن المؤلف صال وصال، وبحث وأمعن، وأبدع وأثخن، لكنه لم يقتل مسألة البحث!



## نماذج من المخطوط

الصورة (١) صفحة العنوان من النسخة الأصل (أ) (نسخة البطاح)



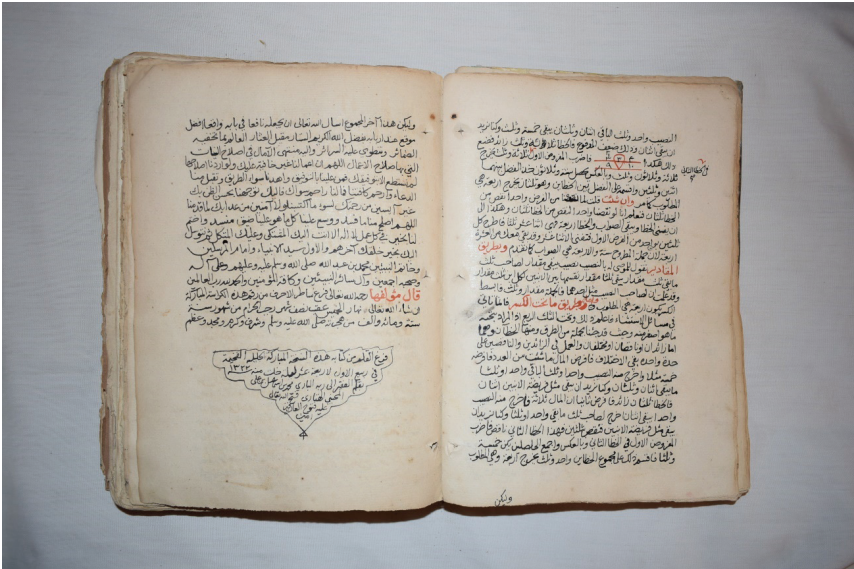
الصورة (٢) الأخيرة من الأصل وعليها القراءات



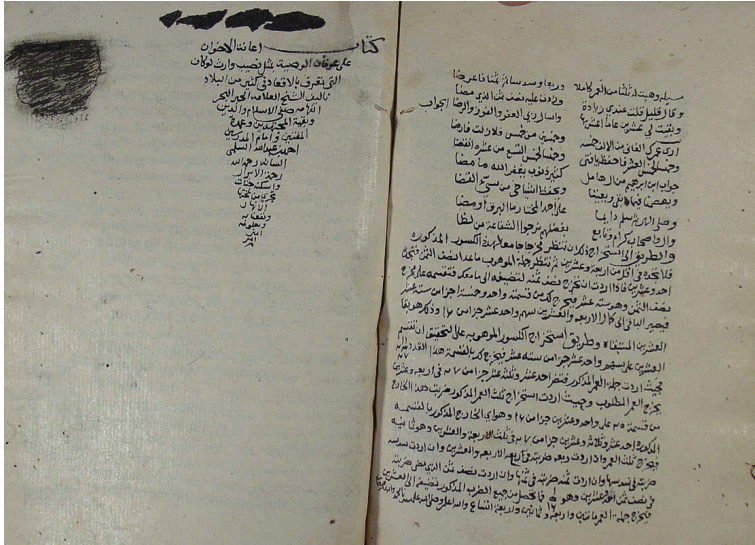
الصورة (٣) صفحة العنوان من النسخة (ب) (نسخة المحنبي الهتاري)



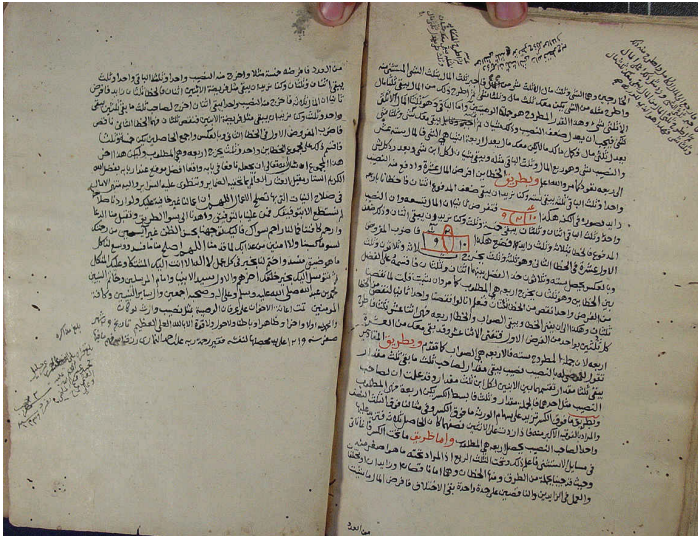
الصورة (٤) الأخيرة من نسخة (ب)



### الصورة (٥) العنوان للنسخة (ج) (نسخة النماري)



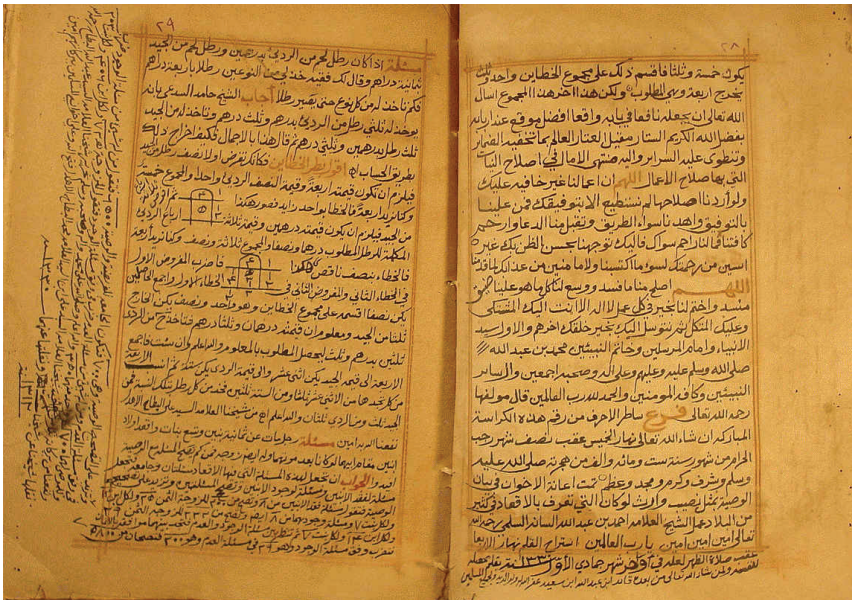
### الصورة (٦) الأخيرة من نسخة (ج)



الصورة (٧) الصورة الأولى من النسخة (د) للناسخ قايد بن عبد الله بن سعيد



الصورة (٨) الأخيرة من النسخة (د)





## القسم الثاني: النَّصُّ مُحَقَّقًا

بسم الله الرحمن الرحيم

إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان

للحجة<sup>(١)</sup> أحمد بن عبد الله السانه السلمي الأصابي - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - ونفعنا  
بعلومه آمين<sup>(٢)</sup>.

اللهم صل على سيدنا وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً<sup>(٣)</sup>.

[مقدمة المؤلف:]

[«بسم الله الرحمن الرحيم، وبه أستعين، وصلى الله على سيدنا محمد، وآله وصحبه وسلم، الحمد لله الذي كتب الإحسان، وندب إليه كل إنسان، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده، لا شريك له، الواحد الصمد الديان، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، المصطفى من عدنان، صلى الله وسلم»<sup>(٤)</sup> عليه وعلى آله وصحبه، نجوم الاهتداء، والسادة الأخيار، صلاة وسلاماً يدومان ما كرر

(١) في (ب): «تأليف الشيخ العلامة الحجة».

(٢) العنوان في (ج) ما نصه: «كتاب إعانة الإخوان على عرفان الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، التي تعرف بالإقعاد في كثير من البلاد، تأليف الشيخ العلامة الحبر البحر الفهامة صفي الإسلام والدين وبقية المجتهدين وعمدة المفتين وإمام المدرسين: أحمد بن عبد الله السلمي السانه الإصابي - رحمه الله رحمة الأبرار - وأسكنه جنات تجري من تحتها الأنهار ونفعنا به وبعلمه آمين»، ملاحظة: هذا الخلاف والسجع في الاسم ثني آخر النسخة، وسائر النسخ على ما أثبت أعلاه.

(٣) زيادة من (ج) وليست موجودة في بقية النسخ.

(٤) مثبت من (ج) والقدر بين الحاصرتين المربعتين سقط من (ب).

المَلَّوان وتعاقب الفَتَيان<sup>(١)</sup>، وبعد فلمَّا كَثُرَ<sup>(٢)</sup> عَلَيَّ بعض الإخوان السُّؤال في وضع شيء من الصور المشتملة على الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، لكثرة ما وُجد في عمل القُسام والمجبيين من الأوهام، من جملة ذلك مسألة أٌجبت عليها في سنة نَيْفٍ وتسعين وألفٍ، وأُعِيدت إِلَيَّ في سنة خمس ومائةٍ وألفٍ، يذكر المُعيد لها إِلَيَّ أَنَّهُ حصل الاختلاف فيها<sup>(٣)</sup> في جهة بلاد حَرَّاز<sup>(٤)</sup>، وأن جماعة من الفقهاء لم يساعدوا إلى تصويب عملها، وادَّعوا أَنَّ الصواب عمَلُها بغير العمل الذي عملته على ما سأحكيه بَعْدُ في محلِّها، فتصفححتها، وكتبت عليها ثانية<sup>(٥)</sup>، وبيَّنت وجه تَعَيُّن<sup>(٦)</sup> ما عملته، وبيان خلل ما عملوه، ونقل عبارة الفرضيين الذين يرجع إليهم في العزو، وبيان بعض ما يلزم

(١) في هامش (ج): «أي الليل والنهار الصبح والعشاء»، وانظر الصحاح ٦/٢٤٩٧، والمخصص ٤/١٤٩، ولسان العرب ١٥/٢٩١. أما الفتيان، فقد قال في شرح القاموس ٣٩/٢١١: «مثنى الفتى»، وذكر أنه مجاز، يريد: عن عدم البلى، وعبارتهم ليس فيه ذكر الصبح والعشاء فهذا كأنه أخص: جزءٌ من الليل وجزءٌ من النهار بينهما أجزاء.

(٢) في (ج): «أكثر».

(٣) في (ج): «حصل فيها الاختلاف».

(٤) بلاد حراز: حراز - بالفتح وتحفيف الراء وآخره زاي - مدينة باليمن قرب زبيد تتبع جغرافياً محافظة صنعاء، تقع في الجنوب الغربي منها، بطن من حِمْير، وتبلغ مساحتها حوالي ١٢٧٦ كيلومتراً مربعاً، وتتكون من ثلاث مديريات؛ وهي: مناخة، وصعقان، والحصن، وبها تعمل الأطباق الحرازية، ينظر: تاج العروس ١٥/١٠٠، ومعجم البلدان ٢/٢٣٤.

(٥) في (ج): «ثانياً».

(٦) في (ج): «تعيين».

على قول المعترضين، فلما تجلَّى ذلك للإخوان أَلَحَّ (١) عليَّ بعضهم في زيادة الأمثلة، وتكثير الأجوبة، وجعلها كُرَاسَةً نافعة، فأجبت إلى ذلك؛ لكثرة ما قد رأيت من عدم التنبيه على هذه النقطة، بل تحققتُ من كثير من الفقهاء الذين يقتدى بهم أنهم إنما يفتون في الفرائض وما أُلْحِقَ بها من أعمال الوصايا بما يظهر لهم بالرأي، وذلك أنهم يكتبون بمثل نصف الكافي للَصَّرْدِي (٢)، ولا يُعولون على ما زاد على باب التركات إلى آخره، ويقولون: إنَّ الحوادث المُحَوِّجَةَ إلى قراءة آخره نادرة؛ قليلة الوقوع.

فنظرت إلى هذه المسألة، فوجدتها كثيرة الحدوث: وهي: «(٣) أنه متى مات لإنسان ابن أو بنت، وخلف أولاداً أقامهم مقام أبيهم، أو أمهم في الميراث، مع أعمامهم أو (٤) أخوالهم، واشتهر ذلك عند كثير من أهل البوادي، لا سيما الجبال، ويسمونه بالإقعاد، ومتى عُملَ على ما عمِلَ المعترضون أخطأ

(١) في (ج): «تجلى للإخوان ذلك كله لَحَّ».

(٢) الصَّرْدِي، هو: إسحاق بن يوسف بن يعقوب بن إبراهيم الصَّرْدِي؛ نسبة إلى الصَّرْدَف، قرية شرقي الجند، وأصله من المعافر ثم سكن الصردف، وكان فقيهاً فاضلاً محققاً ذا فنون، صنف كتاباً في الفرائض ساه الكافي في الفرائض، وهو مطبوع وله أكثر من تحقيق، يدل على تميزه في ذلك، توفي سنة: ٥٠٠هـ، ينظر: قلادة النحر في وفيات أعيان الدهر ٣/ ٥٤٤ للطيب باخرمة، ومعجم البلدان للحموي ٣/ ٤٠١، والسلوك في طبقات العلماء والملوك ١/ ٢١٨، ١/ ٢٤٥ للكندي، وطبقات الشافعية ١/ ٢٦٣، لابن قاضي شهبة.

(٣) انتهى سقط النسخة (د)، وبقي سقط (أ)، والمعتمد إلى انتهاء سقط (أ) النسخة (د) المنسوخة عن الأصل، مع إثبات فروقات (ب)، و(ج) في الحاشية.

(٤) في (ب) «و»، وفي (ج)، و(د) كما أثبت، وهو الأليق.

العامل وضلّ، وأعطى كلاً منهم غير ما هو له، إما أكثر، أو أقل، وسيوضح لك مما سيأتي وبالله التوفيق.

وجعلت هذه المقدمة أربعة فصول<sup>(١)</sup>:

[١-] فصل: في عمل<sup>(٢)</sup> المسائل المتماثلة.

[مسألة (١-١)]:<sup>(٣)</sup>

رجل أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابن لو كان، ومات وخلف: أخوين شقيقين، وزوجة.

[عملها]:<sup>(٤)</sup>

فلو كان له ابن، لكانت الفريضة من ثمانية: للزوجة سهم، وله سبعة. ولو لم يكن له ابن، لكانت كذلك تصح من ثمانية: للزوجة سهمان، ولكل أخٍ ثلاثة.

(١) ثم وضع خاتمة اشتملت على جملة مسائل.

(٢) في (ب): «أعمال»، وفي (ج)، و(د): «عمل».

(٣) كل [مسألة ( - )]: بين الحاصرتين هكذا، فهي مقحمة من المحقق للتمييز، وعدد المسائل كما سوف يظهر من الترقيم أربع وثلاثون مسألة.

(٤) كل لفظة [عملها]: بين الحاصرتين هكذا، فهي مقحمة من المحقق للتمييز.

فالفريضان متماثلتان، فاكثف بواحدة<sup>(١)</sup>، وزد على الثانية سبعة، ويقسم المال من خمسة عشر، إن أجازت الزوجة والأخوان<sup>(٢)</sup>؛ للموصى له سبعة، وللزوجة سهمان، ولكل أخ ثلاثة.

(١) في (ج): «فاكثف بأحدهما»، والمعنى: فاكثف بإحدهما، وقد يسقطون الألف في خطهم.

(٢) في (ج) رسم هذا الجدول:

Handwritten table with Arabic text and numbers. The title is 'مع الأجزاء' (With the parts). The table has 4 rows and 3 columns. The numbers in the table are: Row 1: 15, 8, 8; Row 2: 3, 3, 3; Row 3: 2, 1, 2; Row 4: 7, 7, 7. The text 'ج' is written above the table.

تقريب ما ظهر منه:

١٥	٨	٨	
٣		٣	خ شق
٣		٣	خ شق
٢	١	ج	٢ جة
٧	٧	ابن	

فإن ردوا جميعاً<sup>(١)</sup>، كانت الفريضة من ثلاثة: للوصية سهم، وللورثة سهمان منكسران<sup>(٢)</sup> على فريضتهم، وهي ثمانية، توافقها بالنصف، فردها إلى أربعة، واضرب الأربعة في ثلاثة باثني عشر، للموصى له سهم في أربعة بأربعة، تبقى<sup>(٣)</sup> ثمانية مقسومة بينهم، على ما مر، وأخرت الكلام على ما عملوه، إلى المسألة التي أجابوا عليها، لئلا يشوش على المبتدئ.

تنبيه: التقييد بأجنبي يخرج الوارث، فالوصية له باطلة، إلا أن يجيزها جميع الورثة، ولا يشارك أهل الثلث إلا بالإجازة من جميع الورثة أيضاً<sup>(٤)</sup>.

(١) في (ج) رسم هذا الجدول:

١٢	٣	خ شق
٣	٢	خ شق
٤	١	موصى له
٢		جدة

تقريب ما ظهر منه:

١٢	٣	
٣		خ شق
٣	٢	خ شق
٤	١	موصى له
٢		جدة

وكتب تحته: «فانكسر اثنان على ثمانية، توافق بنصف ونصف، وتصح من ١٢ لكل أخ ٣ وللموصى له ٤ وللزوجة» اثنان.

(٢) في (ج): «اثنان منكسرة على فريضتهم»، وفي (ب) و(د).

(٣) في (ج): «يبقى»، والمثبت من (ب) و(د).

(٤) في هامش النسخة (ب): قوله إلا أن يجيزها جميع الورثة، هذا مردود بل لو أجاز البعض صح في حصته كما حرره السيد العلامة عبد القادر بن محمد الأهدل في معين =

[مسألة (١-٢):]

رجل أوصى لبنت أخيه الشقيق بما كان لأبيها لو كان حياً، ومات عن:  
أخت لأب، وأم<sup>(١)</sup>، وابن أخ لأب.

[عملها:]

فلو كان له أخ شقيق، لكانت الفريضة من ستة، للأم السدس سهم، وللشقيق الباقي خمسة، ولو لم يكن، لكانت الفريضة من ستة، للأم الثلث سهمان، وللأخت للأب النصف، ولابن الأخ للأب الباقي، وهو سهم، والفريضتان متماثلتان، فاكتف بإحدهما، واجعل للموصى لها خمسة أسهم زدها على الفريضة، فتصح من أحد عشر، للموصى لها<sup>(٢)</sup> خمسة، والستة بين الأم والأخت وابن الأخ، على ما ذكرنا آخرأً، والله أعلم.

= الإخوان في الكشف عن إعانة الإخوان فراجعها، فقد نقلناها تلو هذه الرسالة في هذه الكراريس. (كاتبه). وفي هامش (د): «قوله: (إلا بالإجازة من جميع الورثة)، مفهومه أنه لو أجاز بعضهم ورد بعضهم أنها تبطل من أصلها وصرح به في فتوى له، وهو غلط منه رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، مخالف لمنقول المذهب، وقد استوعبنا الكلام عليه في كراسة لطيفة هـ شيخنا اهـ شيخنا العلامة السيد علي البطاح، نقلها من خط شيخه العلامة السيد عبد القادر اهـ».

(١) في (ج): «وعن أم»، والمثبت من الآخرين (ب) و(د)، وفي (ب) جعل فوق الأم: «أي: عن أم».

(٢) في (ب): «له» وهو غلط.

وهذا إذا أجازوا جميعاً الوصية<sup>(١)</sup>، فإن لم يجيزوا كانت من تسعة، للموصى لها الثلث، ولهم الستة، والله أعلم.

[مسألة (١-٣):]

رجل أوصى لابن أخيه الشقيق بما كان لأبيه منه لو كان حياً، ومات عن بنتٍ، وأخ لأب.

[عملها:]

فلو كان حياً، كانت الفريضة من اثنين: للبنت سهم، وللأخ للأب والأم سهم<sup>(٢)</sup>، ولو لم يكن حياً لكانت من اثنين أيضاً: للبنت سهم، وللأخ للأب (١) في (ج) رسم هذا الجدول:

١١	٦	٦	٦
٣	١	٣	٣
٢		٢	٢
١		١	١
٥	٥	٥	٥

تقريب ما ظهر منه:

١١	٦	٦	٦
٣	١	٣	٣
٢		٢	٢
١		١	١
٥	٥	٥	٥

وكتب تحته: «هذا إذا أجازوا، فإن ردوا كانت من تسعة، للموصى له الثلث ثلاثة، وللأم سهان، على قدر نصيبها من الأول، ولابن الأخ سهم، وللأخت للأب ثلاثة هـ».

(٢) هكذا في (د)؛ الأخ للأب والأم يعني: الشقيق، وفي (ج) جاءت العبارة: «اثنين: للبنت سهم، وللأخ للأب سهم، والأم سهم»، وفي (ب) كما في (د).



سهم، فاكتمف بإحدهما<sup>(١)</sup>، وزد عليها سهماً فتصح الفريضة والوصية من ثلاثة، ولا تحتاج إلى إجازة<sup>(٢)</sup>. للموصى له سهم، وللبنت سهم، وللأخ لأب سهم، والله أعلم<sup>(٣)</sup>.

[مسألة (١-٤):]

امرأة أو وصت لابن بنتها بمثل ما كان لأمه لو كانت حيّة، ثم ماتت عن زوج، وابن.

(١) رسمت في (ج): «باحدهما».

(٢) كتب في هامش (د) و(ب): «إذ هي بالثلث».

(٣) في (ج) رسم هذا الجدول:

سهم	سهم	سهم
١	١	١
١	١	١
١	١	١

في يد الفريضة الزائد للموصى له  
الموصى له سهم من الفريضة من الثلث

تقريب ما ظهر منه:

٣	٢	٢	٢
١	١	بت	١
١			١
			خ
			ب
١	١	بن	بن
		خ	خ
		شق	شق

وكتب تحته: «فزيد في الفريضة السهم الزائد للموصى له، وكانت الفريضة من ثلاثة».

[عملها:]

فلو كانت حيةً لكانت الفريضة من أربعة، للزوج الربع سهم، وللبنات سهم، وللأبن سهمان.

ولو كانت ميتة، لكانت من أربعة أيضاً: للزوج الربع<sup>(١)</sup> سهم، وللأبن الباقي، والفريضة من اثنتان، فزد على الأربعة سهماً للوصية<sup>(٢)</sup>، ولا تفتقر<sup>(٣)</sup> إلى إجازة؛ لأن الموصى به دون الثلث، فتصح الوصية والفريضة<sup>(٤)</sup> [٥] من خمسة: للموصى له سهم، وللزوج سهم، وللأبن ما بقي، وهو ثلاثة.

[مسألة (١-٥):]

فلو أوصت لربيها بمثل ما كان<sup>(٦)</sup> لأبيه لو كان حياً، وماتت عن زوج غير الزوج الأول، وابن، ولأجنبي بمثل نصيب بنتها لو كانت حية.

(١) سقطت من (ب)، وأثبتت في (ج) و(د).

(٢) في (ب): «على الوصية»، والمثبت من (ج) و(د).

(٣) في (د): «ولا يفتقر»، والمثبت من الآخرين وهو أولى.

(٤) في (د): «الفريضة والوصية»، والمثبت من (ب) و(ج) والمعنى واحد.

(٥) انتهى السقط من (أ)، والمقارنة بعد ذلك باعتبار النسخ الثلاثة في مقابل (أ).

(٦) سقطت من (ج).

## [عملها:]

فالعَمَلُ فيها مثل ما مر<sup>(١)</sup> والوصية بمثل نصيب زوجها الأول باطلة؛ لأنها أوصت بمثل نصيب من لا يرثها<sup>(٢)</sup> لو كان حياً، لأن شرط الوصية بمثل نصيب الوارث: أن يكون غير ممنوع، وإلا<sup>(٣)</sup> بأن كان رقيقاً، أو غير وارث، لم تصح الوصية. قال الشَّنْشُورِي<sup>(٤)</sup> في شرح الترتيب ولا خلاف فيه<sup>(٥)</sup> انتهى.

## [٢-] فصل: في المسائل المتداخلة.

### [مسألة (٢-١):]

رجل أوصى لريبته بمثل نصيب أمها منه لو كانت حيّة، ومات عن: أم، وابنين، وبنت.

- (١) في هامش (أ): «أي في المسائل التي قبلها بل هي عينها».
- (٢) في (ج): «لا يرث منها»؛ وذلك بسبب زواجها، المقتضي زوال سبب إرث الزوج الأول منها لو كان حياً، فهو إما مطلق، أو فاسخ، أو مفسوخ. لكن لو أوصت بمثل ما كان لأبيه لو كان حياً وكانت خلية بعده، ولم يكن الأب ممنوعاً برق أو غيره، وكان الابن سابق للزوج المذكور، صحت الوصية وله الربع.
- (٣) كذا في النسخ. والمعنى: وإلا كان ممنوعاً وذلك بكونه رقيقاً أو غير وارث كقاتل أو كافر.
- (٤) الشنشوري، هو: عبد الله بن الشيخ بهاء الدين محمد بن الشيخ عبد الله الشنشوري المصري الشافعي، نسبة إلى شنشور قرية من قرى محافظة المنوفية بمصر، ولد سنة: ٩٣٥هـ، وكان خطيب الجامع الأزهر، وله كتاب: فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب، في علم الفرائض والمواريث، توفي سنة: ٩٩٩هـ، ينظر: تاج العروس ٢٤٩/١٢، ومعجم المؤلفين ١٢٨/٦، والأعلام ٢٧٣/٤، والإمام الشنشوري وجهوده في علم الفرائض للحسيني، وانظر بحث ضبط اسمه في الأعلام.
- (٥) في هامش (أ) و(د): «عبارته: قال المصنف -يعني سبط المارديني- ولم أر فيه خلافاً هـ، وجاء في فتح القريب المجيب بشرح كتاب الترتيب ٣٠/٢: «قال المصنف رَحِمَهُ اللهُ: ولم أر فيه خلافاً».

[عملها:]

فلو كانت حية كانت الفريضة من مائة وعشرين، ولو كانت ميتة كانت الفريضة من ستة، وهي داخلة في الأولى لأنها كنصف عشرين، فاكتم بها، وزد عليها خمسة عشر، تصح الفريضة والوصية من مائة وخمسة وثلاثين، للموصى لها خمسة عشر، بلا إجازة، وللأم عشرين سهماً<sup>(١)</sup>، وللبنت عشرين سهماً، ولكل ابن أربعون، وبين السهام والفريضة موافقة بالأخماس، فردّ الفريضة إلى خمسها سبعة وعشرين، وكل سهم إلى خمس، فتعود الوصية إلى ثلاثة، وللأم أربعة، وللبنت أربعة، ولكل ابن ثمانية، والله أعلم<sup>(٢)</sup>.

(١) سقطت «سهماً» من (ج).

(٢) في (ج) رسم هذا الجدول:

الأم	٤٤	٤٤	٦
ابن	٤٠	٤٠	٢
ابن	٤٠	٤٠	٢
بنت	٢٠	١٧	١
جدة	١٥	٣	٣

تقريب ما ظهر منه:

باختصار	١٣٥	٤٤	٤٤	٦
أم	٤	٢٠	٤	٤
بن	٨	٤٠		٢
بن	٨	٤٠		٢
بنت	٤	٢٠	١٧	١
جدة	٣	١٥	٣	٣

[مسألة (٢-٢):]

رجل أوصى لجدّه أبي أمه بمثل ما كان لأم الموصي لو كانت حية، ومات  
عن: جدة أمِّ أبٍ، وأخ شقيق<sup>(١)</sup>.

[عملها:]

فلو كانت أم الموصي حية لكانت الفريضة من ثلاثة أسهم، لها سهم،  
وللشقيق الباقي، وحيث كانت ميتة فالفريضة من ستة للجدة أم الأب  
السُّدس، وللشقيق الباقي، والأولى داخلة في الثانية؛ لأنها كنصفها، فكتف  
بها، وزد عليها سهمين، وهو الذي كان للأم تدفعها للموصى له، فتصح  
الفريضة والوصية من ثمانية: لأبي الأم السهمان<sup>(٢)</sup>، وللجدة السدس سهم،  
وللشقيق الباقي، ولا تتوقف الوصية في هذه المسألة على الإجازة<sup>(٣)</sup>؛ لأنها  
دون الثلث<sup>(٤)</sup>.

(١) في هامش (أ): «أي لجدّه بالأم».

(٢) في (ج): «سهمان» بدون تعريف.

(٣) في (ج) رسم هذا الجدول:

٦	٥	٤
١	٢	٣
٥	٢	٣
٢	١	٣

تقريب ما ظهر منه:

١	
٦	
١	جدة
٥	أخ شق
أم	أخ

(٤) في هامش (أ): «إذ هي بالربع».

[مسألة (٢-٣):]

امرأة أوصت لأجنبي بمثل نصيب بنتها لو كانت حية، ثم أوصت لبنت بنتها بمثل نصيب أمها لو كانت حية، وماتت عن أخوين لأب.

[عملها:]

فلو كانت حية كانت الفريضة من أربعة<sup>(١)</sup>: للبنت سهمان، ولكل أخ سهم. ولو كانت ميتة لكانت من سهمين، فالثانية<sup>(٢)</sup> داخلة في الأولى، والوصية الثانية ليست رجوعاً عن الأولى؛ لأنه لم يجر في اللفظ ما يقتضي رجوعها عن الوصية الأولى، هكذا في شرح الترتيب<sup>(٣)</sup> للشَّشُّورِيِّ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى، فيزاد للموصى لهما<sup>(٤)</sup> مثل الفريضة<sup>(٥)</sup>، فتصح الفريضة والوصية إذا أجاز الأخوان من ثمانية: للوصية الأولى اثنان، ولبنت البنت اثنان<sup>(٦)</sup>، ولكل أخ اثنان، وبين السهام والفريضة موافقة بالأنصاف<sup>(٧)</sup>، فتعود إلى أربعة، لكل واحد سهم،

(١) في هامش (أ): «أي تصحيحاً، وإلا فأصلها اثنان»، وفي (د): «أي تصحيحاً».

(٢) في (ج): «والثانية».

(٣) انظره: ١٧/٢، ومقصوده التنبيه على قسمة المال بين الموصى لهما، إذا أوصى به لاثنين دون أن يجري في اللفظ ما يفيد رجوعه عن الوصية للأول منهما، لا خصوص هذه المسألة.

(٤) في (ج): «لها».

(٥) في هامش (أ): «التي بتقدير حياتها وهي أربعة؛ لأنه ينظر ما للموصى له مع وجود الوارث المقدر، ويعطاه الموصى له، وذلك أن يعطى لكل واحد من الموصى لهما نصف وهو اثنان، ومجموع الوصيتين أربعة كالفريضة اهـ (كاتبه)».

(٦) في هامش الأصل: يعني الوصية الثانية.

(٧) سقطت من (ج).

وإن لم يميزاً<sup>(١)</sup> كانت من ستة للموصى لهما سهم سهم<sup>(٢)</sup>، ولكل أخ سهمان، والله أعلم.

[مسألة (٢-٤):]

رجل أوصى لبنت بنته بضعف ما كان لأمها لو كانت حية، ومات عن زوجة، وشقيق.

[عملها:]

فلو كانت حية، كانت الفريضة من ثمانية: للزوجة الثمن سهم، وللبنت النصف أربعة، وللشقيق الباقي<sup>(٣)</sup>، «ولو كانت ميتة كانت من أربعة للزوجة الربع، والباقي للشقيق»<sup>(٤)</sup>، والفريضتان متداخلتان، فاكتف بالزائدة وهي الثمانية، وزد مثلها، تكون الجامعة ستة عشر، لبنت البنت ثمانية، وهو ضعف ما كان لأمها، هذا إذا أجازوا<sup>(٥)</sup> كما تقدم، وتعود المسألة بالموافقة إلى النصف، وإن ردا<sup>(٦)</sup> الوصية كانت من اثني عشر<sup>(٧)</sup>، بزيادة مثل النصف على الثمانية،

(١) في (ج)، (د): «يميزوا»، وفي (أ) و(ب) كما أثبت.

(٢) من هامش (أ)، وفي سائر (ب) و(ج) من الأصل، وسقطت من (د): «سهم» الأخيرة.

(٣) في هامش (أ): «لعله سقط: ولو كانت ميتة كانت من أربعة للزوجة الربع سهم والباقي

للشقيق (صح) (وجد في نسخة صحيحة والله الحمد)».

(٤) من (د)، وسقطت من (ب) و(ج). ويوافقها ما في هامش (أ) المتقدم -وتقدم أنها منقولة عنه.

(٥) في هامش (أ): «أي الزوجة والشقيق».

(٦) هكذا في (أ) و(د) وهو الموافق للمسألة، وفي (ب) وقع: «رد»، وفي (ج): «ردوا».

(٧) في هامش (أ): «قوله من اثني عشر في هذا العمل خطأ صناعة، وطريق ذلك عند الرد تكون مسألة الوصية من ثلاثة، للموصى له الثلث سهم، والباقي اثنان منكسر على مسألة الورثة وهي أربعة، فتضرب وفق الأربعة، وهي اثنان، في أصل مسألة الرد، فتصح من ستة» (شيخنا).

للموصى لها أربعة، وللزوجة سهان، وللشقيق ستة، وبين السهام والجامعة موافقة بالنصف، فرد الفريضة الجامعة إلى ستة، وكل شيء إلى نصفه، والله أعلم.

[مسألة (٢-٥):]

امرأة أوصت لريبتها بمثل نصيب زوجها لو كان حياً، وماتت عن: أم وعم لأب.

[عملها:]

الفريضة لو كان حياً من ستة، وعند موته من ثلاثة، وهما متداخلتان، فيزداد على الستة مثل نصفها، تكون الجامعة من تسعة، للموصى له ثلاثة بلا إجازة، وللأم سهان، وللعم أربعة.

[المسألة الباعثة على كتابة هذه الرسالة:]

وهذا محل ذكر المسألة الواردة، التي هي أقوى البواعث<sup>(١)</sup>، بل هي الباعث على رقم هذه الأسطر، أحببت ذكرها بأحرفها، والجواب بحروفه إلى منتهاه، لما فيه من الاستدلال والتقرير.

(١) في (ب): «التي هي من أقوى البواعث»، ولعل المعنى المثبت أقرب، وهكذا بقية النسخ.



[مسألة (٢-٦):]

وهو عن رجل <sup>(١)</sup> هلك وخلف زوجتين، وابناً، وخمس بنات، وابن ابن، وأوصى لابن الابن بمثل نصيب أبيه لو كان حياً.

قال بعضهم: تقسم من عشرين سهماً، وقسمها بعضهم: من مائة وأربعة وأربعين، وبعضهم: من مائة واثنين وسبعين، فأبي الثلاثة يعمل به؟ وبماذا يرد غير المعمول به <sup>(٢)</sup>؟

[عملها:]

فقلت:

الحمد لله رب العالمين، حسبي الله، المعمول به في هذه المسألة هو الأخير، وهذه المسألة كثيرة الورود، دائمة الوقوع، عسرة المأخذ، خفية الخطأ، طالما تردد <sup>(٣)</sup> العمل فيها، والمذاكرة، وهي بالخفاء تعود، وها أنا أبين وجه المعمول به أولاً، وكيفية العمل، ثم أذكر مأخذ ذلك من نصوص الفرضيين المعتبرين، ثم أذكر رد المذكور من العملين الآخرين، وبعض ما يلزم عليهما وبالله التوفيق.

اعلم أيها السائل أرشدني الله وإياك للصواب، أن الوصية من حيث هي وصية <sup>(٤)</sup>، لا تكون إلا من رأس المال، ولهذا تفرض الفريضة ثم يزداد

(١) في (ج): «وهي رجل..»، وبقية النسخ على ما أثبت وإن كان الأفصح التأنيث هنا.

(٢) سقطت «به» من (ج).

(٣) في (ب): «يرد».

(٤) سقطت «وصية» من (ج).

عليها بعد التصحيح مثل نصيب المشبه به، وذلك لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، وهذه الفريضة أصلها من ثمانية: للزوجتين الثمن سهم منكسر عليهما، ويبقى سبعة منكسرة<sup>(١)</sup> على ابنين بزيادة المشبه به، وخمس بنات، ورؤوسهم<sup>(٢)</sup> تسعة، وجزء سهمها ثمانية عشر<sup>(٣)</sup>، تضرب في ثمانية<sup>(٤)</sup>، تصح الفريضة من مائة وأربعة وأربعين: للموصى [له<sup>(٥)</sup>] بمثل نصيبه ثمانية وعشرون، فيجعل لابنه ذلك القدر زائداً على الفريضة، ليدخل النقص على جميع الورثة، ولتكون من رأس المال، ولئلا يُعطى أكثر مما أوصى له به<sup>(٦)</sup>، كما سيأتي بيانه، فيكون المبلغ للوصية والإرث مائة واثنين وسبعين<sup>(٧)</sup>، للموصى له ما ذكر، وللورثة الموجودين ما بقي، وهو مائة وأربعة وأربعون<sup>(٨)</sup>، مقسوماً بينهم<sup>(٩)</sup> على فريضتهم، وهي

(١) في (أ) و(ب): «منكسر».

(٢) في (ب): «رؤوسهم» بدون واو العطف.

(٣) في هامش (أ): «حاصلة من ضرب عدد الزوجات في عدد البنين الموجودين والمقدر».

(٤) في هامش (أ): «أصل المسألة».

(٥) من (ب)، وليست في بقية النسخ، وكأنها زيادة توضيح.

(٦) في هامش (أ): «أي ثمانية وعشرون».

(٧) في هامش (ج): «بيان الأكثر الذي له من مائة واثنين وسبعين سبعة أجزاء، من ثلاثة وأربعين، وعلى ما أعطوه من عشرين له [الخمس] فإذا ركبت ذلك من مخرج جامع وهو ٢١٥، وجدت خمسة ٤٣، وسبعة أجزاء من ٤٣ خمسة وثلاثين، فالفرق ثمانية، فهذه أخذها الموصى له على عملهم من غير وجه؛ لأنهم أعطوه أكثر مما هو له والله أعلم، قاله المؤلف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى آمِينَ».

(٨) في هامش (أ): «مصحح المسألة مائة وأربعة وأربعون والمزاد ثمانية وعشرون».

(٩) في هامش (أ): «أي الباقي».

ستة عشر، يكون للزوجتين تسعة تسعة، والمجموع ثمن المال بعد الوصية، ولكل بنت ثمانية عشر، وهو مثل نصيب الزوجتين - كما هو معلوم لك - لو لم تكن وصية، وللابن ضعف ما للبنت الواحدة وهو ستة وثلاثون.

### [مسألة فرعية (٢-٧):]

ومأخذ هذا العمل من قول الإمام أبي عبد الله الحسين بن محمد الوئي<sup>(١)</sup> رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، في كافيهِ<sup>(٢)</sup>، في باب الوصية بمثل نصيب وارث لو كان، قال رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «فإن ترك أربع بنين، وأوصى بمثل نصيب بنت لو كانت حية. فللموصى له عشر المال في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، والشافعي، وأهل البصرة، ومحمد بن الحسن، والحسن بن زياد، وتصح الفريضة من

(١) هو: أبو عبد الله، الحسين بن محمد القرشي إمام الفرضيين الضرير الحاسب الوئي، نسبة إلى ون: بلدة بقمهستان، سمع أصحاب أبي علي الصفار، وعنه الخطيب التبريزي، وقد صنّف في الفرائض تصانيف حسنة، انتهى إليه علم الفرائض في زمانه، وكانت له يد في علوم آخر، قتل ببغداد شهيداً في فتنة البساسيري، سنة: ٤٥٠ هـ، ينظر: تاريخ الإسلام ٧٤٤ / ٩، والإكمال ٤٠٣ / ٣، والأنساب ٦١٨ / ٥، وتاج العروس ٢٦٦ / ٣٦.

(٢) كتابه: (الكافي في الفرائض)، مذكور في مؤلفاته، ديوان الإسلام ٣٧٥ / ٤، وسير أعلام النبلاء ١٧٠ / ١١، وطبقات الشافعية ١٨٢ / ٢، ولم أقف عليه مطبوعاً بهذا العنوان له، لكن حقق كتاب الفرائض لأبي عبد الله الوئي في سلسلة رسائل جامعية، بجامعة الإمام، وقد أخرجه محققاً الدكتور عبد العزيز الزيد باسم: (أصول الموارث)، عن طريق دار البيان عام ١٤٢٨-٢٠٠٧ م، ولم أجد هذا النقل فيه، ولا في الرسائل العلمية، مع ملاحظتي اقتضاب أبواب الوصايا في الكتاب، وختمه بها، فلا أدري هل هو كتاب آخر له؟ أو سقطت من المحقق بقية؟ فليحرر هذا.

أربعين: لأن الفريضة للبت<sup>(١)</sup> من تسعة، وقبلها من أربعة، فأربعة في تسعة ستة وثلاثين، ثم يزداد عليها نصيب البنت أربعة، لتكون أربعين؛ للموصى له أربعة، ويفضل ستة وثلاثون بين البنين الأربعة<sup>(٢)</sup> من<sup>(٣)</sup> تسعة تسعة. ولو كانت البنت معهم أصابها من الستة والثلاثين أربعة، مثل نصيب الموصى له بنصيبها» انتهى.

وهنا كذلك إلا أن المائة والأربعة والأربعين، منقسمة على فريضتهم بتقدير عدم الوصية، [لدخول فريضة عدم الوصية<sup>(٤)</sup> في فريضة الوصية]<sup>(٥)</sup>، لأنها كتسعها<sup>(٦)</sup>، ولو كان الابن المذكور حياً، لكان له ثمانية وعشرون، مثل ما أعطي ابنه الموصى له بمثل نصيبه، ولو لم تكن منقسمة لضربنا فريضتهم في مائة وأربعة وأربعين، كما ضرب الوثيُّ الأربعة في التسعة.

وقال الشنشوري في شرح الترتيب<sup>(٧)</sup>، نقلا عن الروضة<sup>(٨)</sup>: فرع: أوصى وله ابن بمثل نصيب ابن ثان لو كان، أو أوصى وله ابنان بمثل نصيب ابن

(١) في هامش (أ): «قوله: (للبت)؛ أي: الجامعة للبت المقدر وجودها. وقوله: (قبلها)؛ أي: قبل تقدير وجودها».

(٢) في (ج): «الأربعة البنين».

(٣) ليست في (أ) و(ج)، وهي مثبتة في (ب) و(د).

(٤) في هامش (أ): «التي هي ستة عشرة».

(٥) جعلت في (ب) في الهامش وصحح عليها. وهي في بقية النسخ من الأصل.

(٦) في (د): «قوله: (لأنها كتسعها)؛ يعني: بعد الموافقة بين سهام الورثة، ومسألة عدم الوصية وهي ١١٢ ترجع إلى سبعة ١٦، ونرجع كل نصيب إلى سبعة فالسنة عشر راجع المسألة كتسع مسألة الوصية كما لا يخفى والله أعلم».

(٧) انظره ٣٢ / ٢ من طبعة التقدم العلمي عام ١٣٤٥ هـ.

(٨) الروضة: يعني روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي رَحِمَهُ اللهُ، انظره ٢٠٩ / ٦، من طبعة المكتب العلمي، بيروت، الثانية، ١٤٠٥.

ثالث لو كان، فالوصية في الأولى بالثلث، وفي الثانية بالربع، وقال الأستاذ أبو إسحاق<sup>(١)</sup>: في الأولى بالنصف، وفي الثانية بالثلث، والصحيح الأول. انتهى.

وعليه عمل الوثيِّ رحمهم<sup>(٢)</sup> الله تعالى، وأما عملها من عشرين؛ أي: ولا قائل به، بل هي حينئذ مسألة أخرى غير المسؤول عنها، بأن تزيد على فريضتهم بتقدير عدم الوصية أربعة، فتبلغ ما ذكر، فإنها مثل نصيب الابن الموجود، لا مثل نصيب الابن الميت لو كان حياً، وهي أكثر من المقدار<sup>(٣)</sup> الموصى به، ففي هذا العمل زيادة للموصى له على وصيته من أنصباء الورثة الموجودين، كما لا يخفى على من له صناعة بهذا الفن.

(١) هو: أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهرا ن الإسفراييني الأصولي، المتكلم، الشافعي، الملقب بركن الدين، أحد الأعلام المجتهدين في عصره، كان طراز ناحية المشرق، فضلاً عن نيسابور وناحيته، ثم كان من المجتهدين في العبادة، المبالغين في الورع توفي بنيسابور يوم عاشوراء سنة: ٤١٨ هـ، ينظر ترجمته في الأنساب ١/ ١٨١، وطبقات الشافعية ١/ ٣١٢، وسير أعلام النبلاء ١٧/ ٣٥٣، وتاريخ الإسلام ٩/ ٢٩١.

(٢) في (ج): «رحمه».

(٣) في هامش (أ) و(د): «قوله وهي أكثر من المقدار بيان الأكثر الذي من مائة باثنين وسبعين (٧/٤٣) سبعة أجزاء من ثلاثة وأربعين، وعلى ما أعطوه من عشرين له الخمس (٥/١)، فإذا ركبت ذلك مع مخرج جامع وهو مئتان وخمسة عشر، وأخذت خمسة ثلاثة وأربعون وسبعة أجزاء من ثلاثة وأربعين، خمسة وثلاثين، فالفضل ثمانية، فهذه أخذها الموصى له على عملهم من غير وصية؛ لأنهم أعطوه أكثر مما له. اهـ». ثم في نسخة (أ) حرر: «من خط شيخنا السيد عبد القادر عن خط المؤلف رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى ونفعنا بهم أمين»، وفي (د) حرر: «من خط شيخنا السيد العلامة علي بن محمد البطاح، من خط شيخه السيد عبد القادر، من خط المؤلف رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى».

وأما إذا فرض<sup>(١)</sup> الابن الموصى بمثل نصيبه مع الورثة الموجودين، وجعلت من مائة وأربعة وأربعين، ومن هذا<sup>(٢)</sup> توصل عند الأستاذ أبي إسحاق فيما يظهر، ثم تصحح بعد، ويلزم من هذا ترك تنميط العمل بالزيادة والقسمة على ما ذكرناه<sup>(٣)</sup>، وتخصيص الوصية بأنها من نصيب البنين لا من الرأس ولا يقول به أحد فيما يظهر<sup>(٤)</sup>، لا أبو إسحاق ولا غيره، وكونها لا من الرأس الذي هو محل الوصية، متضمن لوصية ثانية للزوجتين بتكميل الثمن؛ أي: لا ينقص عليهما منه شيء، وهذه لو ذكرها الموصي وصيةً لو ارث

(١) في هامش (أ) و(د): «قوله أما إذا فرض إلخ انظر جواب إذا! ولعل الواو في قوله: (ويلزم)، تحريف عن الفاء؛ أي: فيلزم إلخ تأمل وراجع (كاتبه)».

(٢) في هامش (أ) و(د): «قوله: (ومن هذا)؛ أي: العدد المائة والأربعة والأربعين، [وقوله: (توصل)؛ أي: مسألة الورثة مع المشبه [نصيبه إليهم]، وقوله: (ثم تصحح بعد)؛ أي: لأن أبا إسحاق يأخذ أولاً للموصى بمثل نصيبه ثمانية وعشرين، من رأس المال، فيجعله لابنه، والباقي وهو ١١٦، يقسمه بين الورثة الموجودين، ولا تُمن له صحيح، فاضرب مخرج الثمن في ١٤٤ يحصل ١١٥٢، فللموصى له ٢٢٤، وللبن ٢٣٢، ولكل بنت ١١٦، وللزوجة كذلك ١١٦، ثم نجد موافقة بين المسألة والسهم بالنصف، فارجع المسألة إلى نصفها ٥٧٦، ونصيب الموصى له [إلى] ١١٢، ونصيب الابن إلى ١١٦، ونصيب الزوجة وكل بنت إلى ٥٨، والله أعلم (كاتبه)» ما بين الحاصرتين [هكذا]، من (د)، ولم يذكر: (كاتبه)، وكتب: «من خط شيخنا السيد علي البطاح، عافاه الله ونفعنا به أمين».

قلت يظهر من هذا، وما تقدم أن نسخة (د) منسوخة عن نسخة الأصل (أ) المعتمد وهو بخط الشيخ علي بن محمد بطاح الأهدل كما في آخر المخطوط، ولهذا اعتمدها أصلاً في مقدار ما فقد من الأصل ووجد في (د).

(٣) في (ب): «ذكرنا».

(٤) «فيما يظهر»، استدركت في هامش (ب).

تفتقر<sup>(١)</sup> إلى الإجازة مطلقاً، قلت أو كثرت، فكيف ولم يُوص بها! فقد بان موافقة المعمول به للنصوص، وعدم موافقة العاملين المذكورين لها، ولو ذكرنا ما يلزم عليهما من [الخطأ المتفاوت]<sup>(٢)</sup> قلّة وكثرة<sup>(٣)</sup> بحسب اختلاف الصور، بحسب ما يظهر بالفكرة لأطلنا القول طويلاً مُمِلّاً، وخير الكلام ما قلّ ودلّ، وحسبي الله [ونعم الوكيل]<sup>(٤)</sup> وكفى، والله أعلم، انتهى الجواب. أقول<sup>(٥)</sup> قد ذكرت من الصور المتقدمة، ما يظهر به للناظر المدقق للنظر عظيم الخطر، وتركت<sup>(٦)</sup> التصريح، باللوازم المشار إليها، إعداماً لها، وإهمالاً للخلل المحذور إن تبعت أحوالها، فيكفي المتنبّه ما ذكر، وحسبي الله.

### [٣-] فصل: في المسائل المتوافقة.

#### [مسألة (١-٣):]

رجل أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابن لو كان له ابن، ومات عن: زوجة، وخمس بنات، وأم، وأخوين شقيقين.

(١) في (د): «يفتقر».

(٢) في (ب) و(ج): «التفاوت»، وفي هامش (أ) وضع عند (من التفاوت) إشارة، وجعلها في الهامش: (من الخطأ المتفاوت)، وهكذا في (د).

(٣) في (ج): «أو كثرة».

(٤) في (ب) وبقية النسخ لم تثبت فيها.

(٥) في (ب): «وأقول».

(٦) في (ب): «وترك».

## [عملها:]

فالفريضة لو كان له ابن من أربعة وعشرين، وتصح من مائة وثمانية وستين<sup>(١)</sup>، وحيث لا ابن هي من أربعة وعشرين وتصح من مائتين وأربعين<sup>(٢)</sup>، وبينهما موافقة بثلث ثمن، وثلث ثمن فاضرب ثلث ثمن<sup>(٣)</sup> أحدهما<sup>(٤)</sup> في جميع الأخرى، يصحان من ألف وستمائة وثمانين، إذا قسم ذلك على الزوجة والأم والخمس البنات، وفرض الابن معهم، كان له ثلاثمائة وأربعون<sup>(٥)</sup>، ولكل بنت مائة وسبعون<sup>(٦)</sup>، وللزوجة مئتان وعشرة، وللأم مئتان وثمانون، وعلى [تقدير عدم]<sup>(٧)</sup> الابن الذي هو الواقع، [للزوجة]<sup>(٨)</sup>

(١) في هامش (أ) و(د): «قوله: من مائة وثمانية وستين؛ أي: [لأنكسار الباقي بعد فرض الزوجة والأم على رؤوس البنات والابن، وذلك سبعة في أربعة وعشرين يحصل ما ذكره [شيخنا]]»، وما بين الحاصرتين [هكذا] من (د).

(٢) في هامش (أ) و(د): «قوله: (وتصح من مائتين) .. إلخ [وذلك لأنكسار الثلثين على البنات، وهن خمس، والباقي على الأخوين وهما متباينان، فجزء السهم عشرة، حاصل من ضرب الإخوة في البنات، ثم هي في أربعة وعشرين، فيحصل ما ذكره [شيخنا]]»، وما بين الحاصرتين [هكذا] من (د).

(٣) في هامش (أ) و(د): «قوله ثلث ثمن أحدهما، وذلك سبعة من الأولى وعشرة من الثانية [اهـ]».

(٤) في (ب): «إحدهما»، وفي هامش الأصل: «يعني مئتان وعشرة».

(٥) في هامش (أ) و(د): «وذلك سبعي الباقي بعد فرض الزوجة والأم [اهـ]».

(٦) في هامش (أ) و(د): «وذلك سبع الباقي بعد الفرضين [اهـ شيخنا]]»، وما بين الحاصرتين من (د).

(٧) في (ب): «عدم تقدير».

(٨) سقطت من (ج).



ما ذكر<sup>(١)</sup>، وللأم كذلك<sup>(٢)</sup> ولكل بنت مئتان وأربعة وعشرون، ولكل أخ خمسة وثلاثون، فزد على التصحيح ثلاثمائة وأربعين، تكون الجامعة للوصية والفريضة ألفين وعشرين<sup>(٣)</sup> سهماً، ولا تفتقر إلى إجازة؛ لأن الموصى به دون الثلث، والله أعلم<sup>(٤)</sup>.

- (١) في هامش (أ): «يعني مائتان وعشرة هـ».  
 (٢) في هامش (أ): «يعني مئتان وثمانين».  
 (٣) في (ج): «وعشرون».  
 (٤) في هامش (أ) و(د):

من (د)

من (أ)

٢٠٢٠	١٦٨٠	٢٤		
٢١٠	٢١٠	٢١٠	٣	٣
١١٣٠	١١٢٠	٨٥٠	١٦	١٧
		٣٤٠	٠	
٢٨٠	٢٨٠	٢٨٠	٤	٤
٧٠	٧٠		١	
٣٤٠				

٢٠٢٠	١٦٨٠	٢٤		
٢١٠	٢١٠	٢١٠	٣	٣
١١٣٠	١١٢٠	٨٥٠	١٦	١٧
		٣٤٠	٠	
٢٨٠	٢٨٠	٢٨٠	٤	٤
٧٠	٧٠		١	
٣٤٠				

تقريب ما ظهر منها:

٢٠٢٠	١٦٨٠	٢٤		
٢١٠	٢١٠	٢١٠	٣	٣
١١٣٠	١١٢٠	٨٥٠	١٦	١٧
		٣٤٠	٠	
٢٨٠	٢٨٠	٢٨٠	٤	٤
٧٠	٧٠		١	
٣٤٠				

وكتب أسفلهما: «فتقدير وجود الابن تصح من مائة وثمانية وستين، وتقدير عدمه من مائتين وأربعين، وبينهما توافق بثلث الثمن، كما قال الشيخ، فالجامعة ألف وستائة =

[مسألة (٢-٣):]

رجل أوصى لربيته بمثل نصيب بنت لو كانت [حية]<sup>(١)</sup>، ومات عن: ابنين، وزوجة.

[عملها:]

الفريضة بتقدير البنت من ثمانية، وتصح من أربعين، وعلى عدمها من ثمانية، وتصح من ستة عشر، والفريضتان متوافقتان بالثمن، فاضرب ثمن إحداهما<sup>(٢)</sup> في جميع الأخرى تصحان من ثمانين، وكان يخص البنت من ذلك أربعة عشر، فتزاد على الثمانين، فتصح الجامعة للوصية والفريضة من أربعة وتسعين، للموصى لها أربعة عشر، وللزوجة ثمن الثمانين عشرة، وتبقى سبعون، لكل ابن خمسة وثلاثون، والله أعلم وأحكم.

[مسألة (٣-٣):]

امرأة أوصت لبنتي بنتيها بما كان لأميها، وماتت عن: زوج، وأبوين.

= وثمانون، فتزيد على ذلك ما يخص الابن بتقدير وجوده، وهو ثلاثمائة وأربعون، تكون الجامعة ألفين وعشرين كما قال المؤلف، وتراها في الجدول والله أعلم. [اه  
خط شيخنا العلامة علي بن محمد البطاح عافاه الله ونفعنا من بركاته انتهى]، وما بين  
الحاصرتين [هكذا] من (د).

(١) من (د)، وكأنها زيادة توضيح.

(٢) في (ب)، و(ج): «أحدهما».

## [عملها:]

فبتقدير حياتهما: الفريضة من خمسة عشر<sup>(١)</sup>، للبتين ثمانية، وللزوج ثلاثة [أسهم]<sup>(٢)</sup>، وللأبوين أربعة، وبتقدير عدمهما من ستة<sup>(٣)</sup>: للزوج النصف، وللأبوين ثلاثة أسهم، للأم سهم، وللأب سهمان، والفريضتان متوافقتان بالثلث، فاضرب ثلث إحداهما<sup>(٤)</sup> في كامل الأخرى، بثلاثين، فهي تنقسم على الحالين، فلو كانت البنتان موجودتين<sup>(٥)</sup>، لكان لكل واحدة ثمانية، وللزوج ستة، وللأبوين ثمانية، فتزيد على الثلاثين ستة عشر، وتدفع لكل واحدة من الموصى لهما ثمانية، وهو الذي كان لأمه<sup>(٦)</sup>، يبقى ثلاثون، للزوج منها خمسة عشر، وللأم خمسة، وللأب عشرة، والله أعلم.

(١) في هامش (أ): «أي بالعول».

(٢) من (ج).

(٣) في هامش (أ) و(د): «وهي إحدى الغراوين [أه من خطه]»، وما بين الحاصرتين [هكذا] من (د).

قلت: مسألة الغراوين من ألقاب العمريتين، سميتا بذلك لأن الأم غرت فيها بإعطائها الثلث لفظاً لا معنى، وقيل لشهرتها، فعلى الأول بفتح الغين وعلى الثاني بضمها، وهي ترث فيها ثلث الباقي، وذلك في زوج وأبوين، أصلها من ستة؛ لأن للزوج ثلاثة، وللأم سهم، هو ثلث الباقي، وهو سدس جميع المال وما بقي، وهو الثلث للأب، فيأخذ مثلها، كما لو انفرد. انظر لوامع الدرر في هتك أستار المختصر ١٤/٥٨٢، وشرح الزرقاني على المختصر ٨/٣٦٧، وجواهر الدرر ٨/٣٢٣.

(٤) في (ج): «أحدهما».

(٥) في (ج): «موجودتان».

(٦) هكذا في جميع النسخ، وله وجه في اللغة.

[مسألة (٣-٤):]

امراة أوصت لابني بنتها<sup>(١)</sup> بما كان لأمهها، وماتت عن: زوج، وأم، وأخوين لأم، وشقيقة.

[عملها:]

الفريضة بتقدير وجود البنت من اثني عشر: لها ستة، وللزوج الربع ثلاثة، وللأم السدس اثنان، وللأخت الشقيقة الباقي سهم. والفريضة بين الورثة الموجودين من ستة وتعول إلى تسعة: للزوج ثلاثة، وللأم سهم، وللأخوين للأم سهمان، وللشقيقة ثلاثة. والفريضتان متوافقتان<sup>(٢)</sup> بالأثلاث، فاضرب ثلث إحداهما في كامل الأخرى، بستة وثلاثين، فلو كانت البنت موجودة، لكان لها ثمانية عشر، فتزاد على الستة والثلاثين، فتكون الجامعة أربعة وخمسين، لكل واحد من الموصي لهما تسعة، ويبقى ستة وثلاثون، للزوج اثنا عشر<sup>(٣)</sup>، وللأم أربعة<sup>(٤)</sup>، وللأخوين للأم ثمانية<sup>(٥)</sup>، وللشقيقة اثنا عشر، فقد أخذ الموصي لهما ما كان لأمهها لو كانت موجودة، ولا تحتاج إلى إجازة؛ لأنه ثلث لا زيادة فيه، والله أعلم.

(١) في (أ) كأنه كسر لا نقط، وفي (ب) و(ج) كما أثبت في الأصل. وفي (د): «بنتها».

(٢) في (د): «متوافقتا».

(٣) في هامش (أ): «وذلك النصف عائلاً».

(٤) في هامش (أ): «وهي السدس عائلاً».

(٥) في هامش (أ): «وهي الثلث عائلاً».

#### [٤-] فصل: في المسائل المتباينة.

من ذلك:

[مسألة (٤-١):]

رجل أوصى لبنت بنت ابنه، بمثل ما كان لأبي أمها لو كان حياً، ومات عن: بنت، وعصبة.

[عملها:]

فالفريضة من اثنتين: للبنت النصف، وللعصبة الباقي، وإذا قدرت المشبه به معهم، كانت الفريضة من ثلاثة: للبنت سهم، وللابن سهمان، وإذا ضربت ثلاثة في اثنين، كانت الفريضتان من ستة، فهي تنقسم على الفريضتين، يخص الابن لو كان [معها]<sup>(١)</sup> أربعة أسهم، فزدها على الستة، [تكون الجامعة عشرة]<sup>(٢)</sup>، لبنت بنت الابن بالوصية أربعة، و[هو]<sup>(٣)</sup> القدر الذي كان يأخذه أبو أمها إرثاً تأخذه هي بالوصية<sup>(٤)</sup>، وللبنت ثلاثة، وللعصبة ثلاثة، وهذا إذا أجازت البنت والعصبة، فإن ردا<sup>(٥)</sup> أو رد أحدهما، فلا بد أن تفرض فريضة أخرى للرد، وهي ثلاثة؛ للموصى لها سهم، وللبنت سهم، وللعصبة سهم، فإن رد أحدهما فقط، فقابل بين فريضة الرد، وفريضة

(١) من (ب)، وليست في بقية النسخ.

(٢) في (ج): «يكون عشرة».

(٣) سقطت من (د).

(٤) في هامش (ب): «فريضة الرد».

(٥) في هامش (أ): «أي البنت والعصبة». وفي (ب) و(ج): «فإن ردا» بالجمع.

الإجازة<sup>(١)</sup>، فهما متباينتان، فاضرب إحدهما<sup>(٢)</sup> في الأخرى، تصح الجامعة من ثلاثين سهماً، فإذا كان الراد هو العصبه، فاضرب له من فريضة الرد سهماً، في عشرة فريضة الإجازة، بعشرة، فذلك نصيبه، واضرب للموصى لها من فريضة الرد سهماً، في فريضة الإجازة عشرة، بعشرة، ولو أجازا<sup>(٣)</sup> لها لكان لها من فريضة الإجازة أربعة، في فريضة الرد ثلاثة، باثني عشر، فالتفاوت بين القدرين اثنان، تطلبها من كل واحد سهماً، فادفع للبنت تسعة، والعاشر أجازت به، فزده على ما بيد الموصى لها، يكون [لها]<sup>(٤)</sup> أحد عشر، وقد تم العمل على الإجازة المطلقة، والرد المطلق، والتبعض، فصار على هذا للراد عشرة، وللمجيز تسعة، وللموصى لها أحد عشر.

#### [مسألة (٤-٢):]

ولو أوصى لابني ابنه، بما كان لأبيهما، ومات عن: ابن، وبنت.

#### [عملها:]

ففريضة الموجودين من ثلاثة: لها سهم، وله سهمان. ومع ضم المشبه به إليهم من خمسة: للابنين سهمان سهمان<sup>(٥)</sup>، وللبنت سهم، فهما متباينتان<sup>(٦)</sup>

(١) في هامش (أ): «قوله وفريضة الإجازة؛ أي: التي هي من عشرة كما تقدم».

(٢) في (ج): «أحدهما».

(٣) في (ب) و(ج): «فإن أجاز».

(٤) سقط من (ج).

(٥) من هامش (أ) وعليها تصحيح، وسقطت من سائر النسخ.

(٦) في هامش (أ): «قوله: (فهما متباينتان)؛ أي: مسألة الموجودين فقط، ومسألتهما مع ضم المشبه به إليهم».

فاضرب إحداهما في الأخرى، بخمسة عشر، إذا قسمت بين الموجودين كان لابن عشرة، وللبنت خمسة، ولو كان الابن الميت معهم، لكان له ستة، فزدها على الخمسة عشر، تكون الجامعة إحدى وعشرين، والستة دون الثلث، فلا تحتاج إلى إجازة، والستة منقسمة بين الابنين الموصى لهما ثلاثة ثلاثة، والله أعلم.

[مسألة (٤-٣):]

رجل أقام ابني بنته مقام أمهما في الإرث منه، ثم مات عن: ثلاثة بنين.

[عملها:]

ففريضة الموجودين من<sup>(١)</sup> ثلاثة، والفريضة لو كانت معهم من سبعة، وثلاثة في سبعة بواحد<sup>(٢)</sup> وعشرين، لكل واحد من الثلاثة سبعة [سبعة]<sup>(٣)</sup>، ولو كانت معهم لكان لها ثلاثة، فتزاد على الواحد<sup>(٤)</sup> والعشرين، تكون الجامعة من أربعة وعشرين، ولا تفتقر هذه إلى الإجازة، ولكن الثلاثة منكسرة على ابني البنت، فتضرب الاثني في الأربعة والعشرين، بثمانية وأربعين، لكل واحد سهامه مضروبة في اثنين، فلكل ابن أربعة عشر باثنين وأربعين، ولابني البنت ثلاثة في اثنين بستة، لكل واحد ثلاثة.

(١) من (ب) وسقطت في البقية.

(٢) في (ج): «بأحد».

(٣) سقطت من (ج).

(٤) في (ج): «الأحد».

[مسألة (٤-٤):]

رجل أوصى لأولاد بنت ابنه، وهم: ابن، وبتنان، بما كان لأبي أمهم لو كان حيا، ولأجنبي بثلث ماله، ومات عن: بنت، وعم لأب.

[عملها:]

فالفريضة بين الوارثين من اثنين، وبين الابن لو كان حيا والبنت من ثلاثة.

فتضرب إحداهما في الأخرى بستة، فللبنت ثلاثة، وللعم ثلاثة، ولو كان الابن حيا لكان له<sup>(١)</sup> أربعة، فزدها على الستة، تكون عشرة، واجعل لصاحب الثلث مثل نصف العشرة خمسة، تكون الجامعة من خمسة عشر، والأربعة الموصى بها لأولاد بنت الابن منكسرة عليهم، ورؤوسهم ثلاثة، لوجوب التسوية<sup>(٢)</sup> بينهم، ولا يُفْضَلُ الذكر على الأنثى كالإرث<sup>(٣)</sup>، وتصح من خمسة وأربعين، هذا على الإجازة، فإن ردا<sup>(٤)</sup> جميعاً جعلت الفريضة من ثلاثة؛ لأن فريضة الرد<sup>(٥)</sup> أبداً لا تكون إلا من ثلاثة<sup>(٦)</sup>، للموصى لهم سهم

(١) في (ب): «ها».

(٢) في (ج): «السوية».

(٣) في هامش (ب): «قف! لا يُفْضَلُ الذكر في الوصية على الأنثى».

(٤) في هامش (أ): «أي البنت والعم».

(٥) في (ب): «الراد».

(٦) في (ج): «ثلاثة»، وقد درجت هذه النسخة على حذف ألف المد في مواضع.



منكسر عليهم، وسهامهم المقسوم عليها سبعة وعشرون<sup>(١)</sup> فاضربها<sup>(٢)</sup> في فريضة الرد، تصح من أحد وثمانين، للبنت سبعة وعشرون، وللعلم كذلك، وللموصى لهم سهم في سبعة وعشرين، بسبعة وعشرين، لصاحب الثلث خمسة عشر، ولأولاد بنت الابن اثنا عشر، لكل واحد أربعة، فإن أجازت البنت لبنت بنت أخيها، وردت ما عدا<sup>(٣)</sup> ذلك، وأجاز العم للابن، ورد من عداه<sup>(٤)</sup>، فالفريضتان<sup>(٥)</sup> متوافقتان بالتسع، فاضرب تسع إحداهما في كامل الأخرى<sup>(٦)</sup>، يصحان من أربعمائة وخمسة، يكون لصاحب الثلث [خمسة عشر في خمسة]<sup>(٧)</sup> بخمسة وسبعين، لأنه لم يجز له أحد، وللبنت سبعة وعشرون من فريضة الرد، في وفق فريضة الإجازة<sup>(٨)</sup> بمائة وخمسة وثلاثين، ولو أجازت

(١) في هامش (أ): «قوله: (سبعة وعشرون)؛ أي: التي هي للموصى لهم من الخمسة والأربعين الجامعة، لأولاد البنت منها اثنا عشر، ولصاحب الثلث خمسة عشر، ومجموع ذلك ما ذكر».

(٢) في هامش (أ): «وقوله: (فاضربها)؛ أي: لأنها بمنزلة الرؤوس».

(٣) في هامش (أ): «قوله: (وردت ما عدا ذلك)؛ أي: ردت الابن والبنت الأخرى وصاحب الثلث».

(٤) في هامش (أ): «أي البنتين وصاحب الثلث».

(٥) في هامش (أ): «قوله: (الفريضتان)؛ يعني: فريضة الإجازة الخمسة والأربعين، وفريضة الرد الأحد والثمانين، فتسع الأولى خمسة، والثانية تسعة».

(٦) في هامش (أ): «إما تسعة في خمسة وأربعين، أو خمسة في واحد وثمانين».

(٧) في (ب): «خمسة عشر في خمسة عشر»، وهو غلط، وفي نسخة الماجد (١): «خمسة في خمسة عشر».

(٨) في هامش (أ): «وهو خمسة».

لكان لها تسعة<sup>(١)</sup> في تسعة، بأحد وثمانين، وللعلم مثلها<sup>(٢)</sup>، ولأولاد بنت الابن اثنا عشر<sup>(٣)</sup>، لكل واحد أربعة مضروبة في تسعة بستة وثلاثين، وقد صار مع كل واحد أربعة من<sup>(٤)</sup> فريضة الرد، في وفق فريضة الإجازة خمسة وعشرين<sup>(٥)</sup>، وبقي له [سنة]<sup>(٦)</sup> عشر، يُطلب نصفها من المجيز<sup>(٧)</sup> له، وهو ثمانية، يصير له ثمانية وعشرون، ولمن أجاز له العم ثمانية وعشرون، ولمن<sup>(٨)</sup> لم يجز له أحد عشرون<sup>(٩)</sup>، فإذا أنقصت ثمانية ثمانية، من نصيبي البنت والعم،

(١) في هامش (أ): «من مسألة الإجازة، في تسعة وفق مسألة الرد».

(٢) في هامش (أ): «أي: سبعة وعشرون من فريضة الرد، في وفق فريضة الإجازة، بهائة وخمسة وثلاثين، ولو أجاز لكان له تسعة في تسعة بأحد وثمانين».

(٣) في هامش (أ): «أي من مسألة الإجازة، وقوله: (مضروبة في تسعة)؛ أي: وفق مسألة الرد».

(٤) في (ب): «في»، والمثبت من البقية.

(٥) في (ب): «وعشرين».

(٦) في (د): «عشر»، والصواب ما في باقي النسخ، والضمير في قوله: «له» يعود على ولد بنت ابنه؛ الابن والبنتان جميعاً. أو هو أوسع من ذلك يريد الموصى له مطلقاً.

(٧) في (ب): «المجيزة»، وهو محتمل، والمثبت من بقية النسخ، وهو الأليق بسياق بقية الكلام فقد قال: «من المجيز له» ولم يقل: «لها»، والمجيزة إنما أجازت لها، وكذلك الضمير في نصفها، عائد على الستة عشر التي هي للولد جميعاً على ما تقدم، أو الموصى له عموماً. فالمجيز هنا خرج مخرج العموم، والمراد به البنت التي أجازت لإحدى بنتي ابنة أخيها، فالمثبت تعبير بالعام المتناول للموصى لهم جميعاً، لكنه منطبق على المجيزة وإحدى بنتي الابن وهي المجازة من البنت.

(٨) في هامش (أ): علامة تشير إلى الجملة «ولمن لم يجز له أحد عشرون»، وفي هامشها: «أي التي هي لصاحب الثلث».

(٩) في هامش (ب): «ولمن لم يجز له أحد وعشرون»، وفي (ج) ضرب على واو وعشرون، وليست الواو في (أ) ولا في (د).

بقي لكل منها مائة وسبعة وعشرون، [فإذا جمعت خمسة وسبعين، إلى ما هو لبنت مائة وسبعة وعشرين]<sup>(١)</sup>، والحاصل إلى ما هو لبنت [بنت]<sup>(٢)</sup> الابن ثمانية وعشرين، والحاصل إلى ما هو لأختها المحرومة عشرين، والحاصل إلى ما هو [لأخيها]<sup>(٣)</sup> المجاز [له من العم]<sup>(٤)</sup> ثمانية وعشرين، والحاصل إلى ما هو للعم مائة وسبعة وعشرين، بلغ المجموع أربعمائة وخمسة، وهو التصحيح.

### [مسألة (٤-٥):]

رجل له ربيبة من زوجة، وريبتان من أخرى، وريبان وربيبة من ثالثة، فأوصى للأولى بما كان لأمها، وللثنتين بما كان لأمها، وللثلاث<sup>(٥)</sup> بما كان لأمهم، ومات عن: أختين لأبوين، وأم، وأخوين لأم.

### [عملها:]

ففريضة الورثة من ستة، وتعول إلى سبعة، وهي<sup>(٦)</sup> إذا فرضت الزوجات معهم من سبعة عشر بالعول، وهما متباينتان، فاضرب إحدهما في الأخرى،

(١) سقطت من (ج).

(٢) سقطت من (ب)، و(ج).

(٣) في (ج): «لأختها» وهو غلط.

(٤) هكذا في (أ) و(د)، وسقطت الجملة من (ب)، وفي (ج): «لها» بدلاً من له رعاية لما نبه عليه في الحاشية قبل هذه.

(٥) في هامش (أ): «قوله: (وللثلاث)؛ يعني: الريبان والربيبة»، ووقع في (ب)، ونسخة الماجد (ج): «وللثلاثة».

(٦) في هامش (أ): «قوله: (وهي)؛ أي: الفريضة».

بمائة وتسعة عشر<sup>(١)</sup> للأم سهم<sup>(٢)</sup> في سبعة عشر بسبعة عشر، وللأخوين للأم أربعة وثلاثون، وللشقيقتين ثمانية وستون<sup>(٣)</sup>، ولو كن الزوجات معهم، لكان لهن ثلاثة من سبعة عشر في سبعة بأحد وعشرين، بينهما سبعة سبعة، إذا زدت أحداً<sup>(٤)</sup> وعشرين على مائة وتسعة عشر، بلغ مائة وأربعين، ولا تفتقر هذه الوصية إلى إجازة، ولو كان لذا الموصي زوجة، لم تبطل الوصايا كلها، فلو كان [له]<sup>(٥)</sup> زوجتان بطلت الوصية الثالثة؛ لأنها الآخرة، ولو كان له ثلاث بطلت الثانية والثالثة، ولو كان<sup>(٦)</sup> له أربع بطلت الوصايا الثلاث، وكانت القسمة بين الورثة من سبعة عشر، ولو لم يكن له زوجة وقت الوصية، فنكح أربعاً معاً بطلت الوصايا المذكورة [كلها]<sup>(٧)</sup>، لأنه متضمن للرجوع<sup>(٨)</sup> عن الوصية، ولو نكح واحدة لم تبطل<sup>(٩)</sup> منهن شيء، فإذا نكح ثانية بطلت

(١) في (ب): «بمائة وتسعة وعشرين»، وهو غلط.

(٢) في هامش (أ): «قوله: (للأم سهم)؛ أي: من السبعة فريضة الورثة، وقوله: (في سبعة عشر)، وهي مسألة الورثة، مع ضم الزوجات معهم».

(٣) في هامش (أ): «حاصله من ضرب أربعة في سبعة عشر».

(٤) «أحداً» من (ب)، و(ج)، وفي الأصل و(د): «أحدي»، على طريقة بعض النساخ في الإبدال بل الألف للإطلاق والمقصورة.

(٥) سقطت من (ج).

(٦) في (ب): «كانت»، والبقية على ما أثبت.

(٧) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في البقية.

(٨) في هامش (أ): «قوله: (لأنه متضمن)؛ أي: النكاح، وفي نسخة: (لأنها متضمنة)؛ أي: الزوجات».

(٩) في (ج): «يبطل»، وهي مشتبهة في (ب).

الوصية الثالثة، فإذا<sup>(١)</sup> نكح ثالثة<sup>(٢)</sup> بطلت الوصية الثانية، فإذا نكح رابعة بطلت الوصية الأولى، وهذا البطلان طارئ، والأول مقارن للوصية؛ لأنه شبه بمن لا يرث، وقد تقدم مثل هذا، والمكرر كما قيل أحلى<sup>(٣)</sup>.

### [تمام عمل حساب المسألة]

رجعنا إلى تمام عمل [حساب]<sup>(٤)</sup> المسألة<sup>(٥)</sup> فنقول سبعة منكسرة على اثنين، وسبعة منكسرة على ثلاثة، و[لا]<sup>(٦)</sup> يفضل ذكر على أنثى، فاضرب أحدهما<sup>(٧)</sup> في الآخر بستة، والستة في مائة وأربعين، يصح من ثمانمائة وأربعين، واضرب لكل سهمه في ستة، يصير للأُم سبعة عشر في ستة بمائة واثنين، وللأخوين من الأم مائتان وأربعة<sup>(٨)</sup>، وللأختين من الأبوين أربعمائة وثمانية<sup>(٩)</sup>، وللرؤية المنفردة سبعة في ستة باثنين وأربعين، وللربيتين كذلك

(١) في (ج): «فإن»، والمثبت من البقية.

(٢) في (ب): «ثانية»، كذا لم يقل ثالثة والمعنى ثالثة.

(٣) في هامش (أ): «نقل عن المؤلف أن المكرر نوع من الحلوى والسكر، سمي مكرراً لتكرر طبخه، وهو المراد بقول بعضهم، قلت: البخاري يكرر إلخ (من خط شيخنا)».

(٤) سقطت من (ب).

(٥) مسألة الوصية وهي ربيبة من زوجة، وربيتان من أخرى، وربيان وربيبة من ثالثة، ولكل منهم نصيب أمهاتهم لو كن. قال: [ولو كن الزوجات معهم لكان لهن ثلاثة من سبعة عشر في سبعة بأحد وعشرين بينهن سبعة سبعة].

(٦) سقطت من (د)، وهي ثابتة في بقية النسخ بما فيها أصل البطاح الذي نسخت منه (د).

(٧) في (ج): «إحدهما»، وفي هامش (أ): «أي: الاثنين والثالثة».

(٨) في هامش (أ): «حاصلة من ضرب أربعة وثلاثين التي لهما في ستة».

(٩) في هامش (أ): «حاصلة من ضرب ثمانية وستين في ستة».

لكل واحدة أحد وعشرون، وللرَبِيِّين<sup>(١)</sup> والرَبِيبَةِ كذلك لكل واحد أربعة [عشر]<sup>(٢)</sup>، والله أعلم.

### [: فرع في مناقشة ما عمله المخالفون في المسألة:]

فرع: اعلم أن العمل الذي اعتمده، وقالوا في صورة السؤال الوارد الذي مر جوابه، [و]<sup>(٣)</sup> أنهم جعلوا الجواب من عشرين، إنما يتمشى لو أوصى بمثل نصيب ابن موجود، فلو أوصى وله ابنان، بمثل نصيب ابن منهما، كانت من ثلاثة: للموصى له سهم، فلو قال: أوصيت لابن ابني، أو لفلان الأجنبي<sup>(٤)</sup>، فإن ابن ابني بمثل ما كان لأبيه أو قال أقمته مقام أبيه، أو جعلت له سهم أبيه، ففي هذه يكون له الربع على ما مر عن الجمهور، فلو قال أوصيت له؛ يعني: الأجنبي، أو ابن الابن، بمثل نصيب ابني؛ أي: الحي، واستثنى عليه ثلث المال، فهذه المسألة قد وقعت [قديمًا]<sup>(٥)</sup>، فنقل

(١) في (ج)، و(ب): «وللرَبِيِّين»، والمثبت من (أ) و(د)، وهو الأولى.

(٢) سقطت من (د)، وهي مثبتة في باقي النسخ.

(٣) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في باقي النسخ.

(٤) في هامش (ب): «قف! لو قال: أوصيت لابن ابني، أو لفلان الأجنبي؛ فإن ابن ابني أجنبي، لمثل ما كان لأبيه، أو قال: أقمته مقام أبيه، أو جعلت له سهم أبيه، ففي هذه يكون له الربع».

(٥) سقطت من (ج).

تاج الدين السبكي<sup>(١)</sup> في الطبقات الكبرى<sup>(٢)</sup>، أن أبا العباس ابن سريج<sup>(٣)</sup> (٤)

(١) هو: أبو نصر، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام تاج الدين بن تقي الدين السبكي، ولد سنة ٧٢٧هـ، من أئمة الشافعية، سمع بمصر من جماعة ثم قدم دمشق مع والده وقرأ على الحافظ المزني ولازم الذهبي وتخرج به وطلب بنفسه، وأجازه ابن النقيب بالإفتاء والتدريس وهو ابن ثمان عشرة سنة واشتغل بالقضاء وولي الخطابة ثم عزل، توفي سنة: ٧٧١هـ، ينظر: طبقات الفقهاء ١/ ٢٧٥، ومعجم المحدثين ١/ ١٥٢، والوفاء بالوفيات ١٩/ ٢١٠، وطبقات الشافعية ٣/ ١٠٤.

(٢) انظر: طبقات الشافعية الكبرى للتاج السبكي ٣/ ٣٢، بتحقيق الطناحي والحلو، طبعة دار هجر الثانية، ١٤١٣.

(٣) هو: أبو العباس، أحمد بن سريج البغدادي، القاضي الشافعية، ولد سنة: بضع وأربعين ومائتين، وسمع في الحداثة، ولحق أصحاب سفيان بن عيينة، ووكيع. وحدث عنه: أبو القاسم الطبراني وغيره، تفقه على أبي القاسم الأنطاقي، وأخذ عنه خلق، وعنه انتشر مذهب الشافعية، شرح المذهب ولخصه، وصنف التصانيف، ورد على المخالفين للنصوص، توفي في جمادى الأولى من السنة، وله سبع وخمسون سنة وستة أشهر، ينظر سير أعلام النبلاء ١٤/ ٢٠١، وتاريخ الإسلام ٧/ ٩٩، وسلم الوصول إلى طبقات الفحول ١/ ١٨٧.

(٤) في هامش (أ): «قوله: (ابن سريج)؛ بالسین المهملة والجيم، وقوله: (المسألة محال)؛ أي: استحالت الوصية كما عبر بذلك (كلمة غير واضحة رسمها: الخبري) في نظير المسألة، وقوله: (لأنه استثنى ثلث المال)؛ أي: والموصى به ثلث، وقوله: (فسقط)؛ أي: ما أوصى به، وقد نقل السبكي في الكشف وشرحه، عن محمد بن الحسن في زيادته، أبو الليث السمرقندي في شرح الزيادات، أن الاستثناء المستغرق يبطل الوصية، قال: لكنه عندهم مقيد بأن يكون الاستثناء المستغرق بغير لفظ المستثنى منه، قال: كأن أوصى بنصف ماله، إلا مثل نصيب ابنه، فيصح الاستثناء، وتبطل الوصية، فإن كان بلفظه، كأن قال وله ابن واحد: أوصيت له بنصيب ابني إلا نصيب ابني، بطل الاستثناء وصحت الوصية، قال: ذكره الزيلعي في شرح الكنز، والشيخ كمال الدين في شرح الهداية، عن محمد بن الحسن، وكذلك أبو الليث السمرقندي في شرح الزيادات، ولم يتفوا فيه خلافاً عندهم انتهى».

استدرك فيها على محمد بن الحسن<sup>(١)</sup>، فقال: محمد بن الحسن: المسألة محال؛ لأنه استثنى ثلث المال، فسقط، وقال [أبو]<sup>(٢)</sup> العباس: ليست بمحال<sup>(٣)</sup>، بل تصح من تسعة لأحد ابنيه أربعة، وللثاني مثله، وللموصى له سهم، فلو أعطى مثل أحد الابنين أربعة، واستثنى عليه منها ثلث المال ثلاثة، فكأنه قال: وللموصى له أربعة إلا ثلاثة، قال التاج: وهذا حسن بالغ، وسواه غلط. قال: وإنما استفاد ذلك من كلام الشافعي فيما يحسب في مسألة إن كان في كمي دراهم<sup>(٤)</sup> أكثر من ثلاثة، وفي كمه أربعة فقد سلك أبو العباس

(١) هو: أبو عبد الله، محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، فقيه العراق، صاحب أبي حنيفة، أصله من قرية بدمشق يقال لها حرستا، وُلد ببواسط، ونشأ بالكوفة، أخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه، وتم الفقه على القاضي أبي يوسف، ولي القضاء للرشد بعد أبي يوسف، من مؤلفاته: الجامع الكبير، الجامع الصغير، السير الكبير، وغيرها، توفي سنة: ١٨٩هـ، ينظر: الجواهر المضية ٢/٤٢، سير أعلام النبلاء ٩/١٣٤، وتاج التراجم ٢٣٨/١، والفوائد البهية، ص: ١٦٣.

(٢) في (ج): «أبوه».

(٣) في هامش (أ): «قوله: (ليست بمحال)؛ أي: ليست مسألة الوصية بمحال، لأن الاستثناء لم يستغرق فيها، فتصح في واحد من تسعة كما بينه. ومن هنا علم اتفاق أبي العباس ومحمد ابن الحسن على بطلان الوصية في المثال الآتي في كلامه للاستغراق، فصحت حكاية الاتفاق من السانة، وقول التاج: (وقد يقال.. إلخ، إبداء احتمال منه، بناه على أن الاستثناء المستغرق باطل، فلا ينافي أن المذهب صحة الاستثناء المستغرق، وبطلان الوصية، كما هو موضح في كشف الغوامض وشرحه، حرره من خط شيخنا السيد عبد القادر رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى».

(٤) في هامش (أ): «قوله: (إن كان في كمي.. إلخ، عبارة الطبقات في ترجمة محمد بن أبي عبد الله البوشنجي وأهل الطبقة الثانية: نقل أبو عبد الله، أن الربيع ذكر أن رجلاً سأل الشافعي عن حادث، قال: إن كان في كمي دراهم أكثر من ثلاثة، فعبدني حر، وكان فيه أربعة أنه لا يعتق؛ لأنه استثنى من جملة ما في يده دراهم، وهو جمع درهم، لا يكون دراهم أهـ بحروفه من خط شيخنا». وانظر الخبر في مناقب الشافعي أيضاً للبيهقي ٦١/٢.



ما سلكه الشافعي في تلك، ووجهه أن أبا العباس جعل إلا ثلث المال قيداً في مثل النصيب؛ [يعني: (١)] مثل النصيب خارجاً منه ثلث الأصل، كما جعل الشافعي دراهم قيداً في الزائد على الثلاثة قال: وقد يقال (٢): هو استثناء مستغرق، فكأنه استثنى ثلثاً من [ثلث] (٣)، فيبطل الاستثناء، وتصح الوصية، [فتكون] (٤) من ثلاثة لكل واحد سهم. انتهى المنقول باللفظ وبعضه بالمعنى.

فلو كان له ثلاثة بنين، في هذه الصورة لبطلت الوصية لاستغراقها بالاستثناء اتفاقاً (٥)؛ لأن شرط المستثنى (٦) أن يكون تحت الكسر المنسوب من عدد البنين، مثل أن يكونوا ثلاثة فيستثنى ربعاً، أو أربعة فيستثنى خمساً وهكذا.

(١) سقطت من (ج).

(٢) في هامش (أ): «قوله: (وقد يقال)؛ أي: من حيث البحث، وإن كان المذهب خلافه».

(٣) في (ج): «من المال»، والبقية على ما أثبت وهو الصواب.

(٤) سقطت من (ج) وهي مثبته في البقية.

(٥) في هامش (أ): «وعبارة التاج: وأما قول أبي العباس أن المسألة تصح من تسعة فظاهر، وقد يقال: هو استثناء مستغرق؛ وكأنه استثنى ثلثاً من ثلث، فتصح من ثلاثة: لكل واحد سهم اهد بحر وفه، وهذا ظاهر من كلامه أن الاستثناء المستغرق باطل، والوصية صحيحة، فتفريع السانة عليه بقوله: (فلو كان.. إلخ، وحكمه بالاتفاق لابن السبكي وأبي العباس عند الاستغراق وهم منه، وغفلة عن كلامهما، لا يطابقه، وإن كان المعتمد أن الاستثناء المستغرق يبطل الوصية كما هو محرر في شرح الترتيب عن أئمة المذهب، لكن كلام الطبقات يخالف المعتمد عنهم (نقلته من خط شيخنا رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى)».

(٦) في هامش (أ): «قوله: (لأن شرط المستثنى)؛ أي: الذي لا يبطل الوصية ولا يؤدي إلى استحالتها، كتبه شيخنا السيد عبد القادر رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى».

## [ طرق عمل المسائل: ]

ثم أحببت أن أذكر طريق عملها، فقلت: وطريق عمل هذه ونظائرها، بطريق الحساب: أن تفرض فريضة الابنين [اثنين]<sup>(١)</sup>، وتزيد المثل، وتضرب الحاصل في المخرج المستثنى، وهو ثلاثة، تصح من تسعة، وزد بسط الكسر، وهو واحد على ثلاثة، [تكن]<sup>(٢)</sup> أربعة، هي النصيب، فادفع لكل ابن أربعة، وأسقط من الأربعة ثلث التسعة، [يبقى له واحد]<sup>(٣)</sup>.

وبطريق [الدينار والدرهم]<sup>(٤)</sup>: افرض المال ديناراً وستة دراهم، فادفع لصاحب المثل الدينار، واستثن عليه ثلث المال، ثلث دينار ودرهمين، يصير له ثلثا دينار إلا درهمين، فزد الدرهمين وثلث الدينار على الستة، تكون<sup>(٥)</sup> للابنين ثمانية دراهم وثلث دينار، ونحن نريد لهما دينارين، فثلث دينار بثلث دينار، بقي دينار وثلثا دينار في مقابل ثمانية دراهم<sup>(٦)</sup>، يعدل الدينار الواحد أربعة دراهم وأربعة أخماس درهم، فإذا علمت صرف الدينار، علمت جملة المال، فزد الأربعة وأربعة أخماس، على الستة، تبلغ عشرة وأربع أخماس،

(١) سقطت من (ج) وهي مثبتة في البقية.

(٢) سقطت من (د)، وهي مثبتة في البقية.

(٣) سقطت من (ب) وهي مثبتة في البقية.

(٤) في (ج): «وبطريق الدرهم والدينار»، والمثبت من البقية.

(٥) في (ب) و(ج): «يكون»، والأخرين كما أثبت.

(٦) في هامش (أ): «قوله: (في مقابل ثمانية دراهم)، وهذه من الضرب الثاني من الضروب الستة الجبرية، وهو أموال تعدل عدداً، فإذا قسمت الثمانية على الدينار وثلثيه، خرج ما ذكره المؤلف: أربعة وأربعة أخماس».

والثلث ثلاثة دراهم، وثلاثة أخماس إذا أسقطت<sup>(١)</sup> ذلك من صرف الدينار بقي واحد وخمس فأسقطهما من الرأس<sup>(٢)</sup>، واقسم الباقي<sup>(٣)</sup> بين الابنين، يكون لكل ابن أربعة وأربعة أخماس، وهي صرف الدينار، وقد صار للموصى له بما ذكر ديناراً إلا ثلث المال، فإذا بسطت الفريضة<sup>(٤)</sup> والسهم من جنس الكسر، بلغت أربعة وخمسين، وتوافقت بالأسداس<sup>(٥)</sup> ورجعت إلى تسعة، كالعامل الأول.

(١) في هامش (أ): «(ولم أتبين موضعه) وبطريق ما فوق الكسر فوق الثلث النصف فزد أولاً على الفريضة سهماً مثل النصيب ثم زد على المجتمع مثل نصفه يحصل أربعة ونصف فالأربعة هي الفريضة، والنصف هو الوصية، فإذا بسطت (كلمة غير واضحة لعلها: وزدت) أنصافاً صحّت من تسعة (كلمة غير واضحة لعلها: كما قال) المؤلف والله أعلم (كاتبه).

وبطريق ما تحت الكسر زد على الفريضة سهماً مثل النصيب وأسقط من المجتمع وهو ثلاثة رבעه لأنه تحت الثلث يفضل اثنان وربع فالاثنان هي الفريضة، والربع هو الوصية، فابسط الكل أربعاً تصح من تسعة، والله أعلم. هـ (كاتبه).

(٢) في هامش (أ): «قوله: (من الرأس)؛ يعني: العشرة والأربعة الأخماس المارة آنفاً، التي هي جملة المال».

(٣) في هامش (أ): «قوله: (واقسم الباقي)، وهو تسعة وثلاثة أخماس».

(٤) في هامش (أ): «قوله: (فإذا بسطت الفريضة.. إلخ، أي بأن تضرب العشرة في خمسة، وتجمع إلى الحاصل الكسر، وهو أربعة أخماس، تبلغ (كلمة تشبه مئة) وتضرب لكل ابن أربعة في خمسة، وتجمع إلى الحاصل الأربعة الأخماس، يكون أربعة وعشرين، وتضرب للموصى له واحداً في خمسة، وتجمع إليها الخمس، يكون ستة»

(٥) في هامش (أ): «قوله: (وتوافقت بالأسداس)؛ فسدس المسألة تسعة، وسدس حصة كل ابن أربعة، وحصة الموصى له واحد، ومجموع ذلك تسعة».

[مسائل الخاتمة:]

[٥-] خاتمة:

وقد عَنَّ لي لما بلغت إلى هنا، أن أتحف [الطالب]<sup>(١)</sup> بما سنح على خاطري من التصوير غير ملتزم لو كان، بل جئت بها لزيادة الفائدة، وللعمل بشيء من الطرق الحسابية، تشويقاً إلى كتبها المستعملة، وطلب المحتاج إليه من حيث يجد مطلوبه، وجميع ما عَنَّ له وبالله التوفيق.

[مسألة (٥-١):]

رجل أوصى لأجنبي بمثل نصيب [ابن]<sup>(٢)</sup> لو كان، إلا مثل نصيب بنت لو كانت، ومات عن: ابن، وبنت.

[عملها:]

فالفريضة بين الموجودين من ثلاثة، وبينها وبين المقدرين من ستة<sup>(٣)</sup>، فتعطي الأجنبي سهمين، [وذلك]<sup>(٤)</sup> مثل نصيب [ابن]<sup>(٥)</sup> لو كان، إلا سهم، وهو نصيب [البنت]<sup>(٦)</sup> لو كانت، فتكون الجامعة للوصية والفريضة

(١) في (د): «على الطالب».

(٢) سقطت من (ب)، وتام الكلام يدل عليها، وهي مثبتة في بقية النسخ.

(٣) في هامش (أ): «قوله: (من ستة)؛ أي لأن عدد رؤوسهم ستة ابنين وبتين».

(٤) في (د) «وذلك من ثلاثة»، وكأنه دخل عليه ما تقدم.

(٥) في (ب): «الابن».

(٦) في (ج): «بنت».

من سبعة: للموصى له سهم، وللبنت سهان، وللابن أربعة، ولا تفتقر إلى إجازة<sup>(١)</sup>.

### [مسألة (٥-٢):]

فلو قال في وصيته مع ذلك: وأوصيت لآخر بمثل نصيب الابن<sup>(٢)</sup>، إلا مثل نصيب البنت.

### [عملها:]

فإن العمل فيها على ما مر، إلا أنك تعطي هذا الموصى له سهمين، فيكون قد أوصى له بأربعة إلا اثنين، فتكون الجامعة تسعة، و[من]<sup>(٣)</sup> هذه المسألة يعرف التفاوت بين العملين<sup>(٤)</sup> في الجواب المار، [وكم]<sup>(٥)</sup> الفرق بين القولين<sup>(٦)</sup>.

### [مسألة (٥-٣):]

رجل أوصى بمثل نصيب ابن لو كان، وبمثل نصيب بنت لو كانت، ومات عن: بنت، وعصبة.

(١) في هامش (أ): «إذ هي بالسبع».

(٢) في هامش (أ): «قوله: (بمثل نصيب الابن)؛ أي: الموجود، وقوله: (إلا مثل نصيب البنت)؛ أي: الموجودة».

(٣) سقطت من (ج).

(٤) في هامش (أ): «أي: في قدر ما يعطاه مثل نصيب الموجود، وما يعطاه مثل نصيب لو كان».

(٥) في (ب): «وكبر».

(٦) في هامش (أ): «فالأول له تسعان، والثاني تسع».

## [عملها:]

فالفريضة للبنت والعصبة من اثنين، وبضم المقدَّرينِ معهما من أربعة<sup>(١)</sup>، فللموصى له<sup>(٢)</sup> ثلاثة زائدة على الأربعة، تصح الفريضة والوصية من سبعة، فلو قال: ولآخر بما بقي من نصف المال بعد الوصية المذكورة، فقد علمت أنك زدت للموصى له بالمثلين ثلاثة أسهم على الأربعة، فوجب الآن أن تزيد سهماً على الثلاثة لتكون الوصية أربعة على الأربعة، فتكون الجامعة ثمانية: للموصى له بالمثلين ثلاثة، وللموصى له بتمام النصف سهم، ويبقى نصف المال مقسوماً بين الورثة نصفين: للبنت سهمان، وللعصبة سهمان، ولا بد من الإجازة؛ لأن الوصايا المذكورة زائدة على الثلث، فإن لم يميز<sup>(٣)</sup> كانت الفريضة من ثلاثة: للموصى [لها]<sup>(٤)</sup> سهم منكسر عليهما، على أربعة<sup>(٥)</sup>، فاضرب أربعة في ثلاثة باثني عشر، للموصى لها أربعة، [للموصى]<sup>(٦)</sup> له بمثل النصيبين ثلاثة، وللموصى له بما بقي من النصف سهم، وللبنت أربعة، وللعصبة أربعة، فإن أجازت البنت للأول، والعصبة للثاني، فيين الفريضتين موافقة بالربع، فاضرب ربع الثمانية، في جميع الاثني عشر، أو بالعكس، تكون الجامعة أربعة وعشرين، للموصى له بالمثلين من فريضة

(١) في هامش (أ): «للبن المقدر سهمان، وللبنتين: المقدرة والموجودة اثنان».

(٢) في هامش (أ): «أي: بمثل نصيب الابن والبنت لو كانا».

(٣) في هامش (أ): «أي: البنت والعصبة»، ووقع في (ج): «يجز».

(٤) في (ب): «لها»، والوجه لها، وهو المثبت في باقي النسخ.

(٥) في هامش (أ): «عدد سهامهم».

(٦) في (ب): «وللموصى»، بالواو، ووقعت مضروباً عليها في (ج)، وهي غير مثبتة في النسختين الآخرين.

الإجازة ثلاثة، في وفق فريضة الرد [ثلاثة]<sup>(١)</sup> بتسعة، وله من فريضة الرد ثلاثة في اثنين، وفق فريضة الإجازة ستة، فالفضل ثلاثة، يطلب من كل واحد؛ من البنت والعصبة نصف ذلك سهماً ونصفاً، وقد أجازت له البنت، فيكون له سبعة ونصف، وللثاني من فريضة الرد سهم في اثنين باثنين، ومن فريضة الإجازة سهم في ثلاثة [بثلاثة]<sup>(٢)</sup>، فالفضل بينهما سهم، فهو يطلبه من الوارثين نصفاً نصفاً، وقد أجاز له العصبة، فزد له [من سهم العصبة]<sup>(٣)</sup> نصف سهم، يكون له اثنان ونصف، ويبقى للبنت ستة ونصف، وللعصبة سبعة ونصف، وللموصى له بالنصيبين سبعة ونصف، وللموصى له بالباقي من النصف [اثنان]<sup>(٤)</sup> ونصف، فالمجموع أربعة وعشرون.

#### [مسألة (٥-٤):]

فلو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان، إلا ثمن جميع المال، ومات عن ابن.

- (١) سقطت من (ج)، و(ب)، وأثبتت في الآخرين.
- (٢) سقطت من (ج).
- (٣) سقطت من (ج).
- (٤) في (ج): «اثنين».

## [عملها:]

فالفريضة من سهمين بضم الابن، ومن ثلاثة بضم الوصية<sup>(١)</sup>، فاضربها في ثمانية، بأربع وعشرين، وضم البسط<sup>(٢)</sup> إلى المخرج، يكون تسعة، فاستثن<sup>(٣)</sup> منها<sup>(٤)</sup> ثمن المال<sup>(٥)</sup> ثلاثة، يبقى ستة<sup>(٦)</sup> هي التي للموصى له، وثمانية عشر<sup>(٧)</sup> لابن فلو كان [ابن] <sup>(٨)</sup> لكان لكل واحد تسعة، فقد صار للموصى له تسعة إلا ثمن<sup>(٩)</sup> جميع المال، وبين السهام والفريضة موافقة بالسدس، فرد الفريضة إلى سدسها أربعة، وسهام الموصى له إلى سدسها واحد، وسهام الابن إلى سدسها ثلاثة.

(١) في هامش (أ): «هي مقدار النصيب المشبه به».

(٢) في هامش (أ): «قوله: (وضم البسط)؛ أي: وهو الثمن واحد، (إلى المخرج)؛ أي: مخرج الثمن ثمانية».

(٣) في هامش (أ): «يعني اطرح منها» إلخ.

(٤) في هامش (أ): «أي التسعة».

(٥) في هامش (أ): «قوله: (ثمن المال)، وهو أربعة وعشرون».

(٦) في هامش (أ): «قوله: (يبقى ستة)؛ أي: من التسعة».

(٧) في هامش (أ): «كلام طمست معالم أكثره لعله: «أي الباقية من الأربعة والعشرين بعد إخراج الستة الموصى بها».

(٨) في (ب): «ابن»، وفي هامش (أ): «قوله: (فلو كان ابنين)؛ أي: فلو كان المقدر وجوده موجوداً في هذه المسألة، يصدّق عليه أنه أخذ مثل النصيب إلا ثمن المال».

(٩) في هامش (أ): «قوله: (إلا ثمن جميع المال)؛ فلو قال: إلا ثلاثة أثمان المال، لصحت أيضاً من أربعة وعشرين: للموصى له سهان، هما الوصية، ولكل ابن أحد عشر؛ لأنك إذا زدت على مقام الأثمان وهو ثمانية بسطها ثلاثة، حصل أحد عشر، هي النصيب، ثم إذا طرحت منه ثلاثة أثمان المال تسعة، بقي اثنان هما الوصية، ثم ترجع المسألة بالاختصار إلى نصفها اثني عشر».



[مسألة (٥-٥):]

ولو أوصى بمثل نصيب بنته، ومات عن ابنين، وبنت، ولآخر بثلاث ما بقي من الثلث بعد النصيب.

[عملها:]

ففريضة الابنين والبنت من خمسة، فزد عليها المثل يكون ستة، فاضربها في مخرج الوصية، الأخرى ثلاثة، بثمانية عشر، ثم اضرب نصيب صاحب المثل<sup>(١)</sup> في بسط الوصية بواحد، واطرحه من الثمانية عشر، يبقى سبعة عشر، هي ثلث المال<sup>(٢)</sup>، ثم عد واطرب النصيب في مخرج الوصية ثلاثة، ثم في ثلاثة لتكرّر ذكر الثلث، تبلغ تسعة، اطرح منه مثل ما طرحت من الثلث<sup>(٣)</sup> واحداً، يبقى ثمانية هي النصيب، فانزعه من الثلث، يبقى تسعة لصاحب ثلث ما بقي [ثلاثة]<sup>(٤)</sup>، يبقى ستة تزد على الثلثين<sup>(٥)</sup> تبلغ [بها]<sup>(٦)</sup> أربعين: للبنت ثمانية، ولكل ابن ستة عشر.

- (١) في هامش (أ): «قوله: (نصيب صاحب المثل)؛ أي: وهو واحد، وقوله: (في بسط الوصية)؛ أي: بثلاث ما يبقى من الثلاث وهو واحد أيضاً».
- (٢) في هامش (أ): «أي: فالتصحيح واحد وخمسون».
- (٣) في هامش (أ): «واحداً يبقى ثمانية، هي النصيب، فانزعه من الثلث».
- (٤) في (د): «ثلاثة»، ولا خلاف فقد درج على حذف ألف المد في مواضع.
- (٥) في هامش (أ): «قوله: (على الثلثين)؛ أي: التي قدرها أربعة وثلاثون، من الواحد والخمسين، مصحح المسألة».
- (٦) في (ب) جعل بها في الهامش وصحح عليها.

وإن شئت فخذ في الثلث ديناراً<sup>(١)</sup> وثلاثة دراهم، فادفع الدينار [بنصيب]<sup>(٢)</sup>، ولصاحب ثلث ما بقي درهماً، يبقى درهمان، زدهما على الثلثين، يكون معك ثمانية دراهم وديناران، فادفع للابن دينارين، يبقى معك ثمانية دراهم، هي صرف ثلاثة دنانير، دينارين للابن، ودينار لل بنت، يكون صرف الدينار [درهمين]<sup>(٣)</sup> وثلثان<sup>(٤)</sup>، فصار للموصى له بالنصيب درهمان وثلثان، ولصاحب ثلث ما بقي درهم، وجملة المال سبعة عشر درهماً، لكل ابن خمسة وثلث، ولل بنت درهمان وثلثان، وللموصى له [دينار]<sup>(٥)</sup>، صرفه درهمان وثلثان، ولصاحب ثلث ما بقي درهم، فهو ثلث الباقي بعد النصيب الموصى به من الثلث<sup>(٦)</sup>، ولو كانت بحالها إلا أنه جعل للآخر ثلاثة أرباع ما بقي من الثلث بعد النصيب، فاضرب الفريضة مع المثل في مخرج الربع، يكن أربعة وعشرين، واطرح منه مضروب النصيب، في بسط وصية الآخر ثلاثة، يبقى أحد وعشرون، هي ثلث المال<sup>(٧)</sup>، واطرح من مضروب

(١) في هامش (أ): «قوله: (فخذ في الثلث ديناراً وثلاثة دراهم)؛ فيكون التصحيح تسعة دراهم، وثلاثة دنانير».

(٢) في هامش (أ): «بنصيب» وعليه «صح»، وفي الأصل وضع: «للنصيب» وهي كذلك في (ب)، و(د)، وفي نسخة (ج): «بنصيب ذكر».

(٣) في (ج): «درهمان».

(٤) كذا «وثلثان» بالألف، وفي هامش الأصل: «أي: لأنك إذا قسمت الدراهم الثمانية على الثلاثة دنانير، خرج ما ذكر».

(٥) استدركه في هامش (ب) وصحح عليهن وهو مثبت في باقي النسخ.

(٦) في هامش (أ): «لأن الثلث خمسة دراهم وثلثان، فإذا أخذ بالنصيب درهمان وثلثان، بقي ثلاثة دراهم، فثلثها درهم».

(٧) في هامش (أ): «أي: فيكون المال الكامل ثلاثة وستين كما سيأتي».

النصيب [في] <sup>(١)</sup> مخرج الثلث، ثم في مخرج الوصية مثل ما طرحت <sup>(٢)</sup> أولاً، يبقى تسعة هي النصيب، فانزعه من أحد وعشرين <sup>(٣)</sup>، يبقى اثنا عشر، صير للوصية [الأخرى] <sup>(٤)</sup> ثلاثة أرباعها تسعة، [تبقى] <sup>(٥)</sup> ثلاثة، زدها على الثلثين [تبلغ] <sup>(٦)</sup> خمسة وأربعين، بين الابنين والبت أخماساً، لها تسعة، ولكل ابن ثمانية عشر، وجميع المال ثلاثة وستون <sup>(٧)</sup>.

### [مسألة (٥-٦):]

ولو أوصى أن يكملوا لزوجته مثل نصيب أمه، ومات عن زوجة، وعن أم، وعم. ولأجنبي بثلث ماله.

### [عملها:]

فالفريضة من اثني عشر، للأم الثلث أربعة، وللزوجة الربع ثلاثة، وللعم خمسة، ثم تزيد للزوجة، سهماً فتصير الفريضة من ثلاثة عشر، ثم اجعل للموصى له بثلث المال مثل نصف الثلاثة عشر، ستة ونصفاً، تبلغ

(١) سقطت من (ب)، وهي مثبتة في الباقي.

(٢) في هامش (أ): «أي: وهو ثلاثة».

(٣) في هامش (أ): «التي هي الثلث».

(٤) سقطت من النسخة (ب).

(٥) ف (ج): «يبقى».

(٦) في (ج): «يلغ».

(٧) في هامش (أ): «وبين السهام والفريضة موافقة بالتسع، فرد الفريضة إلى تسعها سبعة، وسهام الموصى لهما إلى اثنين واحد واحد، وسهام البنت كذلك واحد، وكل من الابنين إلى اثنين».

تسعة عشر<sup>(١)</sup> ونصفاً، وتصح من تسعة وثلاثين، للموصى له ثلاثة عشر، وللأم ثمانية، وللزوجة كذلك، وللعمة عشرة، وهذا كله بشرط الإجازة، فإن رد الورثة الوصيتين بطلت وصية الزوجة فقط، لكونها وصية لو ارث<sup>(٢)</sup>، والذي يبطل عليها سهمان<sup>(٣)</sup> من الثمانية، يبقى لها ستة<sup>(٤)</sup>، ويبطل على الموصى له سهم، ويعود له اثنا عشر<sup>(٥)</sup>، فتوافق السهام كلها بالنصف، فترجع إلى ثمانية عشر، وإن شئت لما بطلت وصية الزوجة بالكمال<sup>(٦)</sup>، تقول: الفريضة من اثني عشر، وتزيد عليها للموصى له<sup>(٧)</sup> مثل نصفها، ليكون ثلث المال، فتصح الفريضة والوصية من ثمانية عشر.

وبطريق الخبر<sup>(٨)</sup> والمقابلة، بعد بطلان كمال الزوجة، تقول: للموصى له شيء، تزيده على الفريضة يكون اثني<sup>(٩)</sup> عشر وشيئاً، فتحفظه ثم تقول: إذا

(١) وقع في (ب): «سبعة»، وفي (د): «تسعة»! والوجه أن تكون تسعة عشر ونصفاً (٦،٥+١٣).

(٢) في هامش (أ): «أي: ولم يجزوها».

(٣) في هامش (أ): «التي كانت لها بالوصية».

(٤) في هامش (أ): «وهي الربع من الثلاثين أربعة وعشرين، لرجوع المسألة إلى ستة وثلاثين، لبطلان سهمين عليها وسهم عليه».

(٥) في هامش (أ): «قوله: (ويعود له اثنا عشر)؛ يعني: أن المسألة ترجع إلى ستة وثلاثين، لبطلان سهم عليه، وسهمين على الزوجة، فلذا قال: فتوافق إلخ».

(٦) في هامش (أ): «قوله: (بالكمال)؛ أي: كمال نصيبها مثل نصيب أمه».

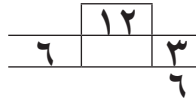
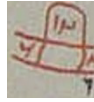
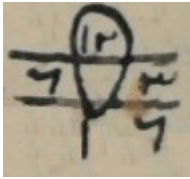
(٧) في هامش (أ): «أي: بالثلث».

(٨) في (د): «الخبر» تصحيف.

(٩) في (أ): «اثنا عشر وشيء»، وفي هامش (أ): «يكون اثني عشر وشيئاً»، وهكذا أثبتت في (د): «اثني عشر وشيئاً»، ووقع في النسخة (ب): «اثنا عشر وشيئاً»، وفي (ج): «اثني عشر وشيء»، ونصب شيء له وجه بتقدير الزيادة.

كانت الوصية بثلث المال شيئاً، لزم أن يكون جميع المال يعدل ثلاثة أشياء، فقابل بالثلاثة الأشياء المحفوظ<sup>(١)</sup>، فتسقط شيئاً من الثلاثة يبقى شيئان، وتسقط الشيء الذي مع الفريضة في مقابلة الشيء الذي طرحته من الثلاثة، فاقسم<sup>(٢)</sup> الاثني عشر على شيئين، يخرج ستة فهي الشيء، فزدها على الاثني عشر، يكون<sup>(٣)</sup> ثمانية عشر.

وبطريق الخطأ<sup>(٤)</sup>، تفرض أن الذي للموصي<sup>(٥)</sup> له ثلاثة، فيلزم أن يكون للورثة ضعف ذلك، فإذا هو ستة، وكنا نريد اثني عشر، فنقص [عنه]<sup>(٦)</sup> ستة، فتصور<sup>(٧)</sup> ذلك ميزاناً هكذا<sup>(٨)</sup>:



- (١) في هامش (أ): «قوله: (المحفوظ)؛ أي: وهو اثنا عشر وشيء».
- (٢) في هامش (أ): «قوله: (فاقسم الاثني عشر.. إلخ، وهذه من الضرب الثاني من الضروب الستة الجبرية».
- (٣) في (ج): «تكون».
- (٤) في (ب): «الخطأين»، وفي هامش (أ): «أي: الخطأ الفرد».
- (٥) في (ب) «للموصي»، بالياء.
- (٦) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في باقي النسخ.
- (٧) في النسخة (ب) و(ج): «فتصور»، والمثبت من الآخرين.
- (٨) الصور بالترتيب من اليسار: النسخة (ب)، ثم (أ)، ثم (ج)، ثم (د) في أقصى اليمين.

فتضرب الخطأ، في المفروض، بثمانية عشر، وتقسمه على اللازم من الفرض<sup>(١)</sup>، [وهو ستة]<sup>(٢)</sup>، يخرج ثلاثة، فتزيده على المفروض؛ لكون الخطأ ناقصاً، يبلغ ستة، وللورثة ضعفها اثنا عشر<sup>(٣)</sup>، وهو المطلوب.

[جواب استفتاء في مسألة:]

وسألني بعض الإخوان، زادني الله وإياهم فقهاً في الدين، أمين:

[مسألة (٥-٧):]

عن رجل أقعد ابن ابنه دون بنت ابنه، هل يجوز؟ وكيفية العمل من جملة ما أنا بصده؟

[عملها:]

فأجبت بقولي: نعم يجوز ذلك؛ لأنها وصية لغير وارث، والمسألة في الكتب الفقهية واضحة، منصوص عليها<sup>(٤)</sup>، وإنما غرضنا بهذه تصحيح العمل، فأقول: إذا مات المذكور عن ابن، وقد أوصى بما ذكر، ولآخر بمثل نصيب ابنه الموجود، فقد اجتمع في هذه وصية بمثل نصيب ابن لو كان، ووصية بمثل نصيب الابن<sup>(٥)</sup> الموجود، ففريضة الابن الموجود، والموصى

(١) في نسخة (ج): «الفريضة»، وسقط النقط من (ب).

(٢) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في البقية.

(٣) في (ج): «اثني».

(٤) ينظر في ذلك: المغني لابن قدامة ٦/٥٤، واختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية ص ١٨٥، وهو مذهب أكثر العلماء انظر المبدع في شرح المقنع ٥/١٩٩، والإنصاف للمرداوي ٦١/١٧.

(٥) في (ب): «الكائن»، والأولى ما في باقي النسخ فالكائن هو الموجود.

له بمثل ابن لو كان، من ثلاثة<sup>(١)</sup> فلا ابن الابن سهم، وللابن سهمان<sup>(٢)</sup>، ولمن أوصى<sup>(٣)</sup> له بمثل نصيب الابن الموجود سهمان، فتزاد على الثلاثة، فتصح من خمسة، للأول سهم، وللثاني سهمان، وللابن الموجود سهمان، هذا إذا أجاز الابن، فإن رد الجميع، ففريضة الرد من ثلاثة: للموصى لهما سهم منكسر على ثلاثة<sup>(٤)</sup>، فتصح من تسعة: للموصى له بمثل نصيب أبيه<sup>(٥)</sup> لو كان حياً سهم، وللموصى له بمثل نصيب الابن الموجود سهمان، وستة للابن<sup>(٦)</sup>، فإن أجاز [لواحد، كأن أجاز]<sup>(٧)</sup> لابن أخيه مثلاً، ضربت الفريضتين إحداهما في الأخرى، وصححتا من خمسة وأربعين، للمجاز له من فريضة الإجازة سهم في فريضة الرد، يكون له تسعة، وللموصى [له]<sup>(٨)</sup> الآخر<sup>(٩)</sup> من فريضة الرد اثنان في فريضة الإجازة خمسة بعشرة، ويبقى ستة وعشرون سهماً للابن.

- (١) في هامش (أ): «قوله: (من ثلاثة)؛ أي: لأنه ينظر ما للموصى له مع وجود الوارث المقدر، ويعطاه الموصى له بمثل نصيبه».
- (٢) في (ج): «اثنان»، والباقي على ما أثبت.
- (٣) في (أ): «أوصى» على البناء للمفعول، وفي باقي النسخ أغفل نقط الياء على جادة مطروقة في المخطوطات.
- (٤) في هامش (أ): «وهي التي بأيديهم من الإجازة».
- (٥) في (ج): «ابنه» والباقي على ما أثبت.
- (٦) في (د): «للا» وسقطة الباء والنون.
- (٧) سقطت من (ج)، وهي في البقية.
- (٨) سقطت من (ج)، وهي في البقية.
- (٩) في هامش (أ): «فإن أجاز للموصى الآخر، فللمجاز له اثنان من مسألة الإجازة في فريضة الرد، يكون له ثمانية عشر، ولابن أخيه واحد من فريضة الرد في فريضة الإجازة خمسة بخمسة، يبقى للابن اثنان وعشرون هـ (كاتبه)».

وبطريق الدينار والدرهم<sup>(١)</sup>، تأخذ في المال ديناراً ودرهماً، فيدفع<sup>(٢)</sup> لابن الابن ثلث دينار، وللموصى له الآخر ضعفه: ثلثي دينار، ونزيد للابن [مثله]<sup>(٣)</sup>: ثلثي دينار، ولم يبق معنا إلا درهم<sup>(٤)</sup>، فتجعل الدرهم صرف ثلثي الدينار، وقد كنا فرضنا جميع المال ديناراً ودرهماً، فأكمل ثلثي الدينار، تجد صرفه درهماً ونصفاً، فجميع المال درهماً ونصف، فابسط ذلك أنصافاً يكون<sup>(٥)</sup> خمسة مقسومة [كما مر]<sup>(٦)</sup>.

وبطريق الجبر: افرض لصاحب الوصية الأولى شيئاً، ولصاحب الوصية الثانية ضعفه شيئان<sup>(٧)</sup>، ويلزم أن يكون للابن مثله شيئان، وجملة الأشياء خمسة، فإذا قلت: مال يعدل خمسة أشياء، هي المال، فيقسم عليها.

(١) في هامش الأصل: «قوله: (بطريق الدينار.. إلخ؛ أي: على عدم الرد».

(٢) في (ج): «فتدفع»، والباقي على ما أثبت.

(٣) سقطت من (ج)، وهي في البقية.

(٤) في هامش (أ): «قوله: (ولم يبق معنا إلا درهم)؛ أي: والحال أنه لم يبق معنا إلا درهم بعد دفعنا لابن الابن ثلث دينار، وللموصى له الآخر ثلثي دينار، ونحن نريد للابن ثلثي دينار أيضاً، ولم يبق إلا درهم».

(٥) في (ج): «تكون».

(٦) سقطت من (ج)، وهي في البقية.

(٧) مرفوعة رسمت في (أ) و(د): «شيئان»، وفي (ب) و(ج): «شيئان»، ووجهه الرفع على الابتداء في الجملة المستأنفة: «ولصاحب.. شيئان»، ولو جعلت الواو عاطفة لكان الوجه شيئين.

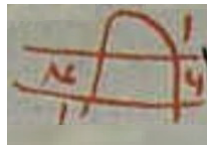
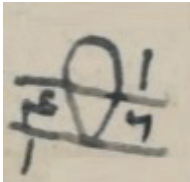


وبطريق الدينار على الرد: تأخذ في الثلث ديناراً ودرهمين، فيُدفع<sup>(١)</sup> الدينار لصاحب النصيب، ويبقى منه درهمان، تريد<sup>(٢)</sup> بهما دينارين لصاحب النصيب الآخر، فتجعل<sup>(٣)</sup> صرف الدينار درهماً، فجملة المال تسعة دراهم؛ لأنه ثلاثة دنائير وستة دراهم، وصرف الدينار درهم.

وبطريق الخطأين: تفرض المال خمسة، وتدفع لصاحب [المثل]<sup>(٤)</sup> سهماً، ولصاحب الوصية بمثل نصيب الموجود لزوماً ضعف ذلك، وللابن مثل هذا الأخير، فقد صح الفرض ولا خطأ، وتقسم من خمسة، فلو فرضت المال الذي تصح منه ستة، ودفعت لابن الابن سهماً،

وللثاني اثنين، وكنا نريد أن يبقى اثنان، فأخطأنا بواحد زائد، فارسمه

هكذا:



		١
٤		٦
١		

(١) في (ج): «فتدفع».

(٢) في (أ): «تريدهما» وصحح في الهامش: «تريد بهما»، وهو هكذا في (د)، المنسوخة عنها، وفي هامش (ب): «نريدهما»، وأثبت في أصلها: «نريد بها»، وفي (ج): «نريد بها».

(٣) في (ب): «فيجعل»، والبقية ما أثبت.

(٤) في (د): «الملل».

فافرضه ثانياً أربعة، وادفع لابن الابن سهماً، و[للموصى له كالأبن]<sup>(١)</sup> اثنين، يبقى سهم واحد، وكنا نريد أن يبقى اثنان، فالخطأ ناقص بواحد، فاضرب المفروض الأول، في الخطأ الثاني، وعكسه، واجمع الحاصلين، يكن عشرة، واجمع الخطأين، يكن اثنين، واقسم العشرة عليهما، يخرج خمسة هي الصواب، فاعمل بها ما مر.

[مسألة (٥-٨):]

رجل أوصى بمثل نصيب الأم لأجنبي، ولآخر بثلث ما يبقى بعد النصيب من المال، ومات عن: زوجة، وأم، وعم.

[عملها:]

فافرض الفريضة من اثني عشر: للأم أربعة، وللزوجة ثلاثة، وللعلم خمسة. وانظر إلى مخرج الوصية، وهو ثلاثة، فادفع منه البسط واحداً للموصى له بالثلث، يبقى من المخرج اثنان منكسرة على اثني عشر<sup>(٢)</sup> عشر، وبين الاثنين والاثني<sup>(٣)</sup> عشر موافقة بالنصف، فاضرب نصف الاثني<sup>(٤)</sup> عشر في جميع المخرج<sup>(٥)</sup> بثمانية عشر، للموصى له بالثلث ستة، يبقى اثنا عشر يقسم بين الورثة، ويزاد مثل نصيب الأم أربعة على الثمانية عشر للموصى له

(١) في (د): «الثاني» ن والمثبت من البقية.

(٢) في (ج): «اثنان».

(٣) في (ج): «والاثنان».

(٤) في (ج): «الاثنان».

(٥) في هامش (أ): «يعني: مخرج الوصية وهو ثلاثة».

بالنصيب، فتصح من اثنين وعشرين، ومعنى الوصية أن لفلان مثل نصيب الأم من رأس المال، ولفلان ثلث الباقي بعد النصيب، والوصيتان مفتقرتان إلى الإجازة، فإما أن يميز<sup>(١)</sup> الورثة كلهم<sup>(٢)</sup> أو بعضهم كذا وبعضهم كذا، أو يردوا الكل، فإن ردوا فالفريضة من ثلاثة، للموصى لهم<sup>(٣)</sup> سهم منكسر على عشرة، وإن شئت قلت على خمسة، لتوافق سهام الموصى لهما من مسألة الإجازة بالنصف: لصاحب النصيب سهمان، ولصاحب الثلث ثلاثة، وللورثة سهمان، توافق فريضتهم بالنصف، والخمسة والستة متباينان<sup>(٤)</sup>، فاضرب أحدهما في الآخر<sup>(٥)</sup> بثلاثين، ثم في الفريضة، وهي ثلاثة بتسعين، لصاحب النصيب اثنان في ستة باثني<sup>(٦)</sup> عشر، وللآخر ثلاثة في ستة بثمانية عشر<sup>(٧)</sup>، وللأم أربعة في خمسة بعشرين، وللزوجة ثلاثة في خمسة بخمسة

(١) في (ب): «تجيز»، وسائر النسخ على ما أثبت.

(٢) في أصل (أ) «كلها»، وصححها في هامشه: «كلهم»، وكذا في (د)، وفي (ب) و(ج): «كلها».

(٣) في (ج): «لها»، والمثبت من سائر النسخ، وعود ضمير الجمع على المثني وجه معروف في العربية.

(٤) في (ج) و(ب)، «متباينتان»، والمثبت من (أ) و(د).

(٥) في (ج): «الأخرى»، وسائر النسخ ما أثبت.

(٦) في (ج): «باثنا».

(٧) في (ب): «سته في ستة بثمانية عشر».

عشر، وللعلم خمسة في خمسة بخمسة وعشرين، وإجازة البعض [ورد البعض]<sup>(١)</sup>، مأخوذ مما تقدم<sup>(٢)</sup>.

- (١) سقطت من (د) وهي مثبتة في الباقي.  
(٢) في هامش (أ) بخط البطاح ما صورته:

		٩٩٠	٩٠	٢٢	
١٣٥	١٦٥	١٦٥	١٥	٣	أم
٢٢٠	١٨٠	٢٢٠	٢٠	٤	جدة
٢٧٥	٢٧٥	٢٢٥	٢٥	٥	عم
١٤٤	١٤٨	١٥٢	١٢	٤	وصية
٢١٦	٢٢٢	٢٢٨	١٨	٦	وصية

تقريب ما ظهر منها:

ح	د	جامعة	كلهم	أم	جدة	عم	وصية	بمثل نصيب	الأم	ثلث الباقي
١١	٤٥	٩٩٠	٩٠	٢٢						
٣	١٥	١٦٥	١٦٥	٣	١٣٥	١٦٥				
٤	٢٠	٢٢٠	٢٢٠	٤	٢٢٠	١٨٠				
٥	٢٥	٢٢٥	٢٢٥	٥	٢٧٥	٢٧٥				
٤	١٢	١٥٢	١٥٢	٤	١٤٤	١٤٨				
٦	١٨	٢٢٨	٢٢٨	٦	٢١٦	٢٢٢				

وكتب أسفلها: «هذا بيان إجازة العم لجميع الوصايا، ورد الباقي لها كما في الخانة الثالثة، وإجازة الزوجة الجميع، ورد الباقي الجميع في الخانة الرابعة، وإجازة الأم الجميع ورد الباقي الجميع في الخانة الخامسة، وقس على ذلك إذا أجاز بعضهم إحدى الوصيتين ورد الآخرون، أو أجازوا الأخرى والله أعلم».

وبطريق الدينار والدرهم، والدينار عبارة عن اسم مبهم، والدرهم عبارة عن قدر آخر يخالفه، ليؤخذ قدر أحدهما من الآخر، وليس المراد بهما الدينار والدرهم المشهورين عموماً، فنقول<sup>(١)</sup>: تأخذ في المال ديناراً، وتسعة دراهم، فتدفع الدينار لصاحب النصيب، وتدفع لصاحب ثلث ما بقي ثلاثة دراهم، بقي ستة دراهم، ونحن نريد بها للورثة ثلاثة دنائير، كما فرضنا لصاحب المثل بأربعته<sup>(٢)</sup> ديناراً، فالدينار درهمان، وقد كنا أخذنا أولاً ديناراً وتسعة دراهم، صار جميع المال أحد عشر درهماً، فابسط الدراهم [لينقسم]<sup>(٣)</sup> أنصافاً<sup>(٤)</sup> بين الورثة على فريضتهم، يبلغ<sup>(٥)</sup> اثنين وعشرين، فالدينار أربعة، والتسعة الدراهم [ثمانية عشر]<sup>(٦)</sup>، والجميع<sup>(٧)</sup> اثنان وعشرون، كما تقدم.

### [مسألة (٥-٩):]

امرأة أوصت لأجنبي بمثل نصيب زوجها لو كان، وماتت عن: ابن، وأوصت لأجنبي بمثل نصيب الابن، ولثالث بجميع مالها<sup>(٨)</sup>.

(١) في (ج): «فتقول».

(٢) في (ب): «بأربعة».

(٣) في (ج): «أيضاً لينقسم»، بإضافة أيضاً وليست في سائر النسخ.

(٤) في هامش (أ): «قوله: (أنصافاً)؛ لوقوع الانكسار في سهم الزوجة، لأن لها من الستة سهم ونصف (شيخنا)».

(٥) في (ج): «تبلغ».

(٦) في (ج): «بثمانية عشر»، وليست الباء في البقية.

(٧) في (ج): «فالجميع».

(٨) في متن (أ) «المال»، وصحح في الهامش: مالها، وكذلك في (د)، والبقية كما أثبت.

### [عملها:]

فإن أجاز الابن فلا شيء له، وكان المال بين الثلاثة، والظاهر أن للذي له جميع المال مثلها، وللذي له مثل نصيب الابن أربعة، وللذي له كنصيب الزوج سهم، وليس برجوع عن وصية المتقدمين كما قد مرّت الإشارة إليه، وإن ردّ الابن الوصايا جميعها<sup>(١)</sup>، وزع الثلث بينهم على عشرة أسهم، وللابن عشرون، وصحت من ثلاثين، ولا يخفى لو أجاز البعض ورد البعض لما تقدم في ذلك من البيان.

وبطريق الجبر تفرض لمن له جميع المال شيئاً وللآخرين شيئاً، ثم تقول لمن له كنصيب الزوج خمس شيء، وللآخر أربعة أخماس شيء، فلزم أن الشيء خمسة، فالشيئان عشرة، كما تقدم، فيقسم المال على ذلك، وهذا على الإجازة من الابن للجميع.

### [مسألة (١٠-٥):]

امرأة أوصت ولها ابن، لأجنبي بنصف ما لها، ولآخر بثلته، ولآخر بسدسه.

### [عملها:]

الفريضة من ستة: لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث اثنان، ولصاحب السدس واحد، ولا شيء للابن عند الإجازة، فإذا رد الوصية، جعلت الثلث مقسوماً كذلك، وللابن مثلاه، فتصح من ثمانية عشر.

(١) في (ج): «جميعاً».

[مسألة (٥-١١):]

امرأة [لها ابن] <sup>(١)</sup> أوصت، لأجنبي بهاها، ولآخر [بنصفه، ولآخر بربعه،  
ولآخر بسدسه، ولآخر] <sup>(٢)</sup> بنصف سدسه.

[عملها:]

فإن أجاز الابن فلا شيء له، ويقسم بينهم من أربعة وعشرين <sup>(٣)</sup>،  
لصاحب الوصية بالمال اثنا عشر، ولصاحب النصف ستة، ولصاحب الربع  
ثلاثة، ولصاحب السدس سهران، ولصاحب نصف السدس سهم، فالجملة  
أربعة وعشرون، وإن ردَّ الابن الوصية، قسم الثلث بينهم [كذلك] <sup>(٤)</sup>،  
وأعط <sup>(٥)</sup> [الابن] <sup>(٦)</sup> مثليه، فتصح الوصية والفريضة من اثنين وسبعين.

(١) سقطت من (د)، وهي في (أ)، و(ب)، وفي (ج): «امرأة أوصت ولها ابن».

(٢) سقطت من متن (ب) وكتب في الحاشية: «بربعه، ولآخر بسدسه، ولآخر»، والمثبت  
من البقية وهو الصواب.

(٣) في هامش (أ): «قوله: (ويقسم بينهم من أربعة وعشرين.. إلخ؛ يعني: أن أصلها  
اثنا عشر، مقام الكسور، وتعول إلى أربعة وعشرين؛ لأن مجموع الكسور من المخرج  
مع المخرج ما ذكر، وقوله: (ولصاحب الوصية بالمال اثنا عشر)؛ أي الذي هو جميع  
المخرج الجامع للوصايا الأخرى، وقوله: (ولصاحب النصف ستة)؛ أي نصف المخرج  
وهكذا».

(٤) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في البقية.

(٥) على الأمر في كل النسخ ما عدا (ج): «وأعطى».

(٦) سقطت من (ج).

[مسألة (٥-١٢):]

ولو أوصت بمثل نصيب ابنها ولآخر بمثل [نصف نصيبه]<sup>(١)</sup>، ولآخر بمثل [ثلثه]<sup>(٢)</sup> ولآخر [بمثل ربه، ولآخر بمثل خمسة، ولآخر]<sup>(٣)</sup> بمثل سدسه.

فالمخرج الجامع ستون، ولصاحب المثل كذلك<sup>(٤)</sup>، ولمن ذكر بعده سبعة وثمانون<sup>(٥)</sup>، فالجملة مئتان وسبعة<sup>(٦)</sup> أسهم، هذا إذا أجاز الابن الوصايا كلها، فإن ردّها فالثالث مقسوم بين أهل الوصايا على مائة وسبعة وأربعين، وللابن ضعف ذلك مئتان وأربعة وتسعون، فالجمعة للوصايا والفريضة أربعمئة وأحد وأربعون سهماً، [فإن]<sup>(٧)</sup> أجاز البعض وردّ البعض، عملت على ما سبق.

(١) في (ب): «نصفه»، والمثبت من البقية.

(٢) في (ب): «خمسه»، والمثبت من البقية وهو الصواب.

(٣) سقطت من (ب)، وهي مثبتة في البقية.

(٤) في هامش (أ): «قوله: (ولصاحب المثل كذلك)، الأولى الإتيان بالفاء تفريراً».

(٥) في هامش (أ): «قوله: (ولمن ذكر بعده سبعة وثمانون)؛ أي: لأن لصاحب النصف ثلاثين، وذلك نصف المخرج الجامع الذي هو ستون، ولصاحب الثلث عشرين، ولصاحب الربع خمسة عشر، ولصاحب الخمس اثني عشر، ولصاحب السدس عشرة، ومجموع ذلك ما ذكره المؤلف، ولصاحب مثل النصيب ستون، فالجملة مائة وسبعة وأربعون، فقوله: (فالجملة مئتان وسبعة أسهم)، لعله تحريف من النسخ كما هو ظاهر، ويرشد إليه قوله: (فإن رد فالثالث مقسوم.. إلخ)».

(٦) كذا في النسخ الأربعة وانظر السابق، وكتب في هامش (أ): «مائة وسبعة وأربعون».

(٧) في (ج): «فإذا»، والمثبت من البقية.



[مسألة (٥-١٣):]

مسألة في مثال [من] <sup>(١)</sup> الميراث [بالتقدير] <sup>(٢)</sup> المشتمل على الوصية المذكورة:

رجل أوصى بمثل نصيب ابن لو كان، ومات عن ولد صغير [خثنى] <sup>(٣)</sup>.

[عملها:]

فريضة <sup>(٤)</sup> الابن المشبه به والخثنى من اثنين <sup>(٥)</sup>، [فإذا] <sup>(٦)</sup> كان الولد الخثنى ذكراً فهي له، وإذا كان معه ابن آخر <sup>(٧)</sup>، فله [منهما سهم] <sup>(٨)</sup>، فيزداد عليهما سهم، لتكون الوصية من رأس المال، هذا على رأي الجمهور المار ذكره، فتكون من ثلاثة، وإذا قدرت أنوثته، فهي مع عدم الابن أيضاً من اثنين، وعلى تقديره من ثلاثة، فتكون من ستة، للبنث ثلاثة أسهم، وللعصبة ثلاثة أسهم، ولو قسمت الستة على الخثنى بتقدير أنوثته، وعلى ابن لو كان، لكان له أربعة، فزد الأربعة على الستة، تبلغ عشرة، تدفع للموصى له أربعة،

(١) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في سائر النسخ.

(٢) سقطت من (ب)، وهي مثبتة في سائر النسخ.

(٣) في (ب): «وخثنى» وهو غلط.

(٤) في (ج): «فريضة»، والمثبت في الباقي.

(٥) في هامش (ج): «أي: بتقدير ذكوره».

(٦) في (ب): «فإن».

(٧) في هامش (أ): «قوله: (إذا كان معه ابن آخر.. إلخ، يعني: الابن المقدر المشبه بنصيبه،

لا ابن موجود غير المقدر، بدليل قوله: (فيزداد عليهما سهم.. إلخ».

(٨) في (ب): «سهمان»، والمثبت من البقية.

وللخنثى ثلاثة، وللعصبة ثلاثة، وتكون الجامعة [لهما]<sup>(١)</sup> من ثلاثين، فبتقدير الذكورة للابن عشرون، وللموصى له عشرة، وبتقدير الأنوثة للموصى له اثنا عشر<sup>(٢)</sup>، ويبقى ثمانية عشر، تقسم بين الخنثى والعصبة نصفين.

وبتقدير الأنوثة تفتقر الوصية إلى الإجازة، فإن ردَّ الخنثى الوصية، فرضت للرد مسألة أخرى من ثلاثة: للموصى له سهم، وللبنت؛ أي: الخنثى سهم، وللعصبة سهم، وهي داخلة في فريضة الإجازة فتكون<sup>(٣)</sup> له عشرة، وللخنثى بتقدير الأنوثة والردَّ عشرة، وللعصبة عشرة، وهذا واضح، وبالله التوفيق.

وبيان القسمة في الحال والموقوف، وكيفية العمل في المآل:

فأما في الحال فتدفع لكل منهم الأقل، فإذا نظرت للخنثى، وجدت له بتقدير الأنوثة مع الإجازة تسعة، ومع الرد عشرة، فتدفع إليه تسعة؛ لأنها الأقل، وإذا نظرت إلى العصبة، وجدته بتقدير ذكورة الخنثى محروماً، وبتقدير الأنوثة يرث مع الإجازة تسعة، ومع الرد عشرة، فلا تدفع إليه شيئاً، ويكون للموصى له عشرة بتقدير الأنوثة والردَّ، ومع الإجازة اثني عشر، فتدفع إليه عشرة، والمؤقف أحد عشر سهماً<sup>(٤)</sup>.

(١) في (ج): «لها»، والمثبت من البقية.

(٢) في (ج): بالمقصورة خلافاً لسائر النسخ.

(٣) في (ب) و(ج): «فيكون».

(٤) في هامش الأصل بخط البطاح ما صورته:

وأما في المال: فإن بنت ذكورة الخنثى فله جميع الموقوف، وإن بنت أنوثته فقد أخذ حقه، وأعطيت العصبة تسعة، و[تزيد]<sup>(١)</sup> للموصى له سهمين، هذا إذا أجازت الخنثى والعصبة، فإذا [ردا]<sup>(٢)</sup> الوصية، فالموصى له قد استوفى حقه، وزدت الخنثى سهماً، وجعلت للعصبة عشرة.

فإذا أردت الازدياد من هذا النوع، فعليك بالمبسوطات، والله الموفق.

تقريب ما ظهر منها:

	ذر	حاث	ذرد	ثرد	جامعة	حا	ث	ذ	
	٣٠	٣٠	٣٠	٣	٣	٣٠	٣٠	١٠	٣
ابن خنثى	٩	٢٠	١٠	٢	١	٩	٢٠	٣	٢
وصية بمثل نصيب ابن لو كان	١٠	١٠	١٠	١	١	١٢	١٠	٤	١
عصبة		١٠		١	٩		٣		

وبجانب الجدول من جهة اليسار في أعلاه: بيان القسمة في الحال. وفي أسفله: موقوف/ ١١.

وما بالأحمر غير بين محتمل أو فيه نقص.

(١) في (د): «يزيد»، والمثبت من الباقي.

(٢) في (ب) و(ج): «رد»، والمثبت من الآخرين.

[في ذكر شيء من الدوريات ومعنى الدوريات وعملها بطرق شتى:]

فرع في ذكر شيء من الدوريات:

[مسألة (٥-١٤):<sup>(١)</sup>]

أوصى بمثل نصيب ابن<sup>(٢)</sup>، والآخر بثلث ما يبقى من المال بعد النصيب، ومات عن: ابنين.

[عملها:]

ومعنى الدوران: معرفة ثلث ما يبقى، متوقفة على معرفة النصيب، ومعرفة النصيب [تتوقف]<sup>(٣)</sup> على معرفة الجزء؛ أي ثلث الباقي في المثال، ففريضة الابنين: اثنان، والمخرج: ثلاثة، فاضرب الاثنين في ثلاثة بستة، واطرح من المخرج بسطه، يبقى اثنان، زدتهما على الستة، وهما النصيب، فادفعه لصاحب المثل، ولصاحب ثلث ما يبقى اثنان، وبقي أربعة بين الابنين نصفين، وتعود الفريضة والوصية إلى أربعة بالتوافق: لصاحب النصيب سهم، ولصاحب ثلث ما بقي سهم، ولكل ابن سهم.

(١) وهذه آخر المسائل فتحصلت من أقسام الرسالة أربع وثلاثون مسألة: (٥ + ٧ + ٤ + ٥ + ١٣).

(٢) في هامش (أ): «قوله: (بمثل نصيب ابن)؛ أي: موجود، أما إذا كان بمثل نصيب ابن لو كان، فتكون فريضة الابنين مع ضم المقدر إليهم من ثلاثة، ومخرج الوصية ثلاثة، فاضرب الفريضة ثلاثة، في مخرج الوصية، يحصل تسعة، ثم اطرح من المخرج بسطه، يبقى اثنان، هما النصيب، زدتهما على التسعة، يكون لصاحب النصيب اثنان، ولصاحب ثلث ما يبقى ثلاثة، ولكل ابن ثلاثة، والله أعلم (كاتبه)».

(٣) في (ب): «متوقفة»، والمثبت من البقية.

وبطريق الدينار والدرهم: خذ في المال ديناراً وثلاثة دراهم، فادفع الدينار بنصيب، ولصاحب ثلث ما [بقي]<sup>(١)</sup> درهم، ويبقى درهماً، [تريد]<sup>(٢)</sup> بهما دينارين، فصرف الدينار درهم، وقد كنا أخذنا في المال ديناراً وثلاثة دراهم، فبان أن المال كله أربعة دراهم، النصيب درهم، وثلث ما بقي [درهم]<sup>(٣)</sup>، ولكل ابن درهم.

وبطريق الجبر والمقابلة: افرض النصيب شيئاً، واطرحه من المال، وقل: بقي مال إلا شيئاً، وخذ من الباقي ثلثه، وهو ثلث مال، إلا [ثلث]<sup>(٤)</sup> شيء، [فاجمع القدرين الخارجين، وهما: الشيء، وثلث مال إلا ثلث شيء]<sup>(٥)</sup> من المال، فاجبر ثلث المال بثلث الشيء المستثنى منه، واطرح مثله من الشيء، يكن معك ثلث مال [وثلثا]<sup>(٦)</sup> شيء<sup>(٧)</sup>، ثم اطرح ذلك من المال، يبقى ثلثا مال إلا ثلثي شيء، وهذا القدر المطروح هو جملة الوصيتين، وأما الباقي وهو ثلثا المال إلا ثلثي شيء، فيجب أن يعدل ضعف النصيب، فذلك

(١) في (ب): «يبقى».

(٢) في (أ) كأنها: «تريد» والمثبت من بقية النسخ وهو احتمال متوجه في رسم الأصل.

(٣) سقطت من (ب)، وهي في البقية.

(٤) سقطت من (د)، وهي مثبتة في البقية.

(٥) سقطت من متن (أ) وعلقت في الهامش، وهي مثبتة في سائر النسخ.

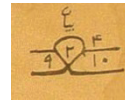
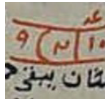
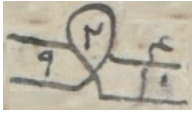
(٦) في (أ) و(د): «وثلثي»، والمثبت من الآخرين.

(٧) في هامش (ج): «وذلك أن ثلث الشيء زائد، فتطرح به من الشيء ثلثه، ثم تطرح ذلك من المال».

شيئان، ثم اجبر<sup>(١)</sup>، وقابل يبقى معك شيئان وثلثا شيء، يعدل ثلثي مال فكمّل مالك<sup>(٢)</sup> مالاً، يكن معك مال يعدل أربعة أشياء، هي الشيء، والمال ستة عشر، فالنصيب شيء، وهو ربع المال، وثلث الباقي مثله، ويبقى شيئان لكل ابن شيء، وبعد رد كل شيء إلى رُبعه، تعود كما مر من أربعة، والله أعلم.

### وبطريق الخطأين:

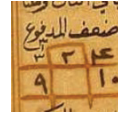
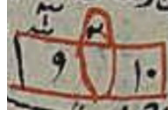
افرض المال عشرة، وادفع منه النصيب واحداً وثلث، الباقي ثلاثة، يبقى ستة، وكنا نريد أن يبقى ضعف المدفوع اثنان، فالخطأ بأربعة زائدة، فصوره في الكفة هكذا:



		٤
٩	٢	١٠
		٦

- (١) في هامش (أ): «بأن تزيل الاستثناء، وهو ثلثي شيء عن ثلثي المال، وتزيد مثل ذلك على الشئين».
- (٢) في هامش (أ): «قوله: (فكمّل مالك)؛ بأن تزيد على ثلثي المال مثل نصفه، ليكون مالاً كاملاً، وزد على الشئين وثلثي الشيء مثل نصفها، يحصل أربعة أشياء، كما قال المؤلف».

فتفرض ثانية أن المال تسعة، وأن النصيب واحد، وثلث الباقي اثنان وثلثان، يبقى خمسة وثلث، وكنا نريد أن يبقى اثنان، وذلك ضعف المدفوع، فالخطأ ثلاثة وثلث زائد، فضع ذلك هكذا:



٣		٤
٣	٢	
٩		١٠
		٦

فاضرب المفروض الأول [عشرة]<sup>(١)</sup> [في الخطأ الثاني]<sup>(٢)</sup> [وهو]<sup>(٣)</sup> ثلاثة وثلث، يخرج ثلاثة وثلثون وثلث، وبالعكس يحصل ستة وثلثون، خذ الفضل بينهما، [اثنان وثلثان]<sup>(٤)</sup>، [اقسمه]<sup>(٥)</sup> على الفضل بين الخطأين، وهو ثلثان يخرج أربعة، هي المطلوب كما مر.

(١) سقطت من (ب)، وهي في باقي النسخ.

(٢) جعلت في (ب) في الهامش.

(٣) سقطت من (ب)، وهي في باقي النسخ.

(٤) في (ب): «اثنين وثلثين» بدل من الفضل، وهو أولى وباقي النسخ ما أثبت.

(٥) في (ب): «واقسمه»، والمثبت من الباقي.

وإن شئت قلت: لما نقصنا من الفرض واحداً، نقص من الخطأ ثلثان، [فتعلم] <sup>(١)</sup> أنا لو نقصنا واحداً [ثانياً] <sup>(٢)</sup> لنقص من الخطأ ثلثان، وهكذا إلى أن يفنى الخطأ، ويبقى الصواب، والخطأ أربعة، فهي اثنا عشر ثلثاً، فاطرح كل ثلثين بواحد من الفرض الأول، فتفنى الاثنا عشر، وقد بقي معك من العشرة أربعة؛ لأن جملة المطروح ستة، [والأربعة] <sup>(٣)</sup> هي الصواب كما تقدم. وبطريق المقادير تقول: للموصى له بالنصيب نصيبٌ، يبقى مقدارٌ لصاحب ثلث ما بقي، [ثلث ما بقي] <sup>(٤)</sup>، ثلث مقدار، يبقى ثلثا مقدار، تقسمها بين الابنين، لكل ابن ثلث مقدار، وقد علمت أن لصاحب النصيب مثل أحدهما، فالجملة مقدار وثلث، فابسط الكسر، يكون أربعة هي المطلوب.

[وبطريق ما فوق الكسر: تزيد على سهام الورثة ما فوق الكسر، وفي مثالنا فوق الثلث النصف، والمراد بالفوقية الأكبر منه، فإذا زدت على الاثني نصفهما، كان الحاصل ثلاثة، فتزيد عليها واحداً لصاحب النصيب يحصل أربعة، هي المطلوب] <sup>(٥)</sup>.

(١) في (ب): «فتعلم» بالنون والمثبت من سائر النسخ.

(٢) سقطت من (ب)، وهي في باقي النسخ.

(٣) في (ج): «فالأربعة»، والمثبت من الباقي.

(٤) مثبتة في هامش (أ) وعليها تصحيح، وتعليق: «بتكرير ثلث ما بقي مرتين، ولا حاجة إليها»، وفي متن (د). وحذفت من (ب) و(ج).

(٥) سقطت من (ب)، وهي مثبتة في باقي النسخ.



وأما طريق ما تحت الكسر<sup>(١)</sup> فإنما تأتي في مسائل الاستثناء فاعلم ذلك.

وتحت الثلث الربع، إذ المراد بتحتة ما هو أصغر منه<sup>(٢)</sup>.

وحيث قد جئنا بجملة من الطرق ومنها الخطآن، وهما إما [ناقصان، أو زائدان]<sup>(٣)</sup>، أو مختلفان، والعمل في الزائدين والناقصين على حدة واحدة، بقي الاختلاف.

فافرض المال ما شئت من العدد، فافرضه خمسة مثلاً، وأخرج منه النصيب واحداً، و[ثلث]<sup>(٤)</sup> الباقي واحداً و[ثلثاً]<sup>(٥)</sup> [يبقى]<sup>(٦)</sup> اثنان وثلثان،

(١) في هامش (أ): «قوله: (وأما طريق ما تحت الكسر)؛ وهي أن تسقط من الفريضة بنسبة ما تحت الكسر المستثنى، وتزيد على الباقي مثل النصيب، فالزائد على الفريضة هو الوصية. وإن حصل كسر فابسط الكل من [جنسه] تصح من الحاصل، ففي ثلاثة بنين وأوصى لزيد بنصيب ابن إلا ربع الباقي بعد النصيب، أسقط من الفريضة خمسها، لأنه الذي تحت الربع، وزد على الباقي، وهو اثنان وخمسان سهماً، مثل النصيب، يجتمع ثلاثة وخمسان، فالوصية خمسان. وإذا بسطت الثلاثة وخمسين أخماساً حصل سبعة عشر، منها تصح والله أعلم (كاتبه)، فكأنه أخذ مثل النصيب الذي هو خمسة إلا ربع الباقي، بعد النصيب وهو ثلاثة من اثني عشر والله أعلم (كاتبه)» ما بين الحاصرتين [هكذا] غير متبينة في الرسم، وكاتبه الأولى مضروب عليها كما أثبتته هنا.

(٢) في هامش (أ): «فإن أوصى لزيد بنصيب أحدهم إلا خمس المال، فزد على الفريضة سهماً مثل نصيب ابن، وأسقط من الأربعة سدسها؛ لأنه تحت الخمس، يفضل ثلاثة وثلث، فالثلاثة هي الفريضة، والثلث هو الوصية، فابسط الكل أثلاثاً، تصح من عشرة، لكل ابن ثلاثة، ولزيد سهم، والله أعلم».

(٣) في (ب): «زائدان أو ناقصان»، والمثبت من البقية.

(٤) رسمت في (ج): «ثلثاً» ثم كأنه استدرکها بتسويد الثاء، والمثبت من البقية.

(٥) في (ج): «وثلث»، والمثبت من الباقي.

(٦) في (ب): «ما يبقى»، والمثبت من باقي النسخ.

وكنا نريد أن يبقى مثل فريضة الابنين اثنان، فالخطأ ثلثان زائد، فافرض ثانياً أن المال ثلاثة، فأخرج منه النصيب واحداً، يبقى اثنان، أخرج لصاحب ثلث ما بقي [ثلثين يبقى] <sup>(١)</sup> [واحد وثلث] <sup>(٢)</sup>، وكنا نريد أن يبقى مثل فريضة الاثنين، فنقص [بثلثين] <sup>(٣)</sup>، [فهما] <sup>(٤)</sup> الخطأ الثاني ناقص، فاضرب المفروض الأول، في الخطأ الثاني، وبالعكس، واجمع الحاصلين، [يكن] <sup>(٥)</sup> خمسة وثلثاً، فاقسم ذلك على مجموع الخطأين، واحد وثلث، يخرج أربعة، وهي المطلوب.

### [خاتمة]

وليكن هذا آخر [هذا] <sup>(٦)</sup> المجموع، أسأل الله تعالى أن يجعله نافعاً في بابه، واقعاً أفضل موقع عند أربابه، بفضل الله الكريم الستار، مقيل العثار، العالم بما تخفيه الضمائر، وتنطوي عليه السرائر، وإليه تنتهي الآمال في إصلاح النيات التي بها [صلاح] <sup>(٧)</sup> الأعمال.

اللهم إن أعمالنا غير خافية عليك، ولو أردنا إصلاحها لم نستطع إلا بتوفيقك، فمُنَّ علينا بالتوفيق، واهدنا سواء الطريق، وتقبل منا الدعاء،

- (١) سقطت من (ب)، وهي مستدركة في هامش (أ)، ومثبتة في متن (د)، و(ج).
- (٢) في (ب): «واحدًا وثلثًا» لسقوط ما قبلها كما هو مبين أعلاه، وهكذا أثبتت في الأصل ثم ضرب على الألفين ولعله فطن إليه بعد أن استدرك في الهامش السقط، وجاءت على الصواب في (د)، و(ج).
- (٣) في (ج): «ثلثان»، والمثبت من البقية.
- (٤) في (ب): «فهذا».
- (٥) في (أ) و(د): «يكون» بالواو، والمثبت من الآخرين.
- (٦) سقطت من (ب)، وهي مثبتة في البقية.
- (٧) في (ج): «تصلح».

وارحم كافتنا، فما لنا راحم سواك، فأليك توجهنا بحسن الظن [بك] (١)، غير آيسين من رحمتك، لسوء ما اكتسبنا، ولا آمنين من عذابك لما قدمنا، اللهم أصلح منا ما فسد، ووسع [لنا] (٢) كل ما هو [علينا] (٣) ضيق منسد، واختم لنا بخير في كل عمل، لا إله إلا أنت، إليك المشتكى (٤) وعليك المتكل، ثم نتوسل إليك بخير خلقك (٥)، آخرهم، والأول سيد الأنبياء، وإمام المرسلين، وخاتم النبيين، محمد بن عبد الله، صلى الله [وسلم عليه] (٦)، [وعليهم] (٧) وعلى آله وصحبه أجمعين، وآل سائر النبيين، وكافة المؤمنين، والحمد لله رب العالمين.

قال مؤلفها رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى: فرغ ساطر الأحرف، من رقم هذه الكراسة المباركة إن شاء الله تعالى، نهار الخميس، عقب نصف شهر رجب الحرام،

(١) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في البقية.

(٢) في (ب): «علينا»، والمثبت من بقية النسخ.

(٣) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في البقية.

(٤) في (ج): «المشتكا»، والمثبت من بقية النسخ.

(٥) المقرر أن التوسل بالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقع على وجه مشروع ووجه ممنوع، أما المشروع فهو التوسل بحبه وطاعته ومتابعته ونحو ذلك من الأعمال الصالحة، وأما الممنوع المحدث فهو التوسل بذاته أو السؤال بجاهه أو بشخصه، فإن ذلك من التذرع بما ليس للسائل فيه حق أو معنى يقتضي إجابته، وينظر: التوسل والوسيلة لابن تيمية ص ١٠٦، ص ١١٥، ص ٢٥١، ص ٢٦٣، ص ٣٠٩.

(٦) في (ج): «عليه وسلم»، والمثبت من البقية.

(٧) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في الباقي.

من شهور سنة [ست] (١) ومائة وألف من هجرته (٢) صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وشرف وكرم ومجد وعظم (٣).

[تمت إعانة الإخوان [في بيان] (٤) الوصية بمثل نصيب وارث لو كان] (٥)،  
[التي تعرف بالإقعاد في كثير من البلاد، عمل الشيخ العلامة أحمد بن  
عبد الله السانة السلمي رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى، آمين آمين آمين] (٦) [يارب العالمين] (٧)،  
[وكان الفراغ من رقم هذه الكُراسَة المباركة، لعله تاسع عشر ربيع الآخر  
من سنة ١٣١١هـ، من ألف وثلاثمئة وأحد عشر من الهجرة المشرفة، على  
صاحبها أفضل الصلاة، وأزكى التحية، آمين، بقلم الفقير إلى الله عزَّ وَجَلَّ،  
علي بن محمد بطاح الأهدل، فتح الله عليه وعلى إخوانه المتعلمين بمنه  
وكرمه، آمين، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين وسلم  
تسليماً آمين] (٨).

(١) في (ب): «سته»، والمثبت من الباقي.

(٢) في هامش (أ): «في نسخ: سنة ألف ومئتين واثنين وعشرين».

(٣) سقطت من (ج)، وهي مثبتة في الباقي.

(٤) في (ج): «على عرفان»، والمثبت من الباقي.

(٥) ليست في (ب)، وهي من باقي النسخ مع الفرق المين أعلاه في العنوان.

(٦) من (أ) و(د)، وليست في الآخرين وهو مما يحقق نسخ (د) عن (أ).

(٧) زيادة من (د)، ليست في غيرها.

(٨) هذه في (أ) وحده، وفي الهامش قراءتان جاء في الأولى: «بلغ قراءة هذه النسخ المباركة،  
في مجالس مبروكة إن شاء الله تعالى، آخرها نهار الخميس، لعله ١٤ شهر جمادى أول  
سنة ١٣١١هـ، كتبه الفقير إلى الله تعالى، علي بن محمد بطاح، فتح الله عليه، آمين».  
وفي الهامش أيضاً: «بلغ قراءة ثانياً نهار الأربعاء، شهر ربيع الثاني، سنة ١٣٢٢هـ، علي  
بن محمد».

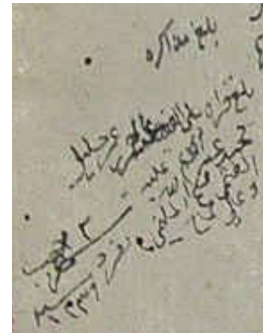
قال محققه: تم مراجعة تحقيقها في الساعة ١٦:١١ من ليلة الأربعاء ٢١ من شهر جمادى الأولى لعام ١٤٤٢ للهجرة النبوية الشريفة. رزقنا الله فهمها ونفع بها من قرأها.

وفي الهامش أيضاً: «بلغ قراءة تحقيق للولد المفضل سليمان بن علي البطاح، في مجالس مباركة، آخرها نهار السبت ٢٥ من شهر محرم الحرام، مفتاح عام ١٣٣٣ فتح الله عليه فتوح العارفين، وجعله من العلماء العاملين، بمنه وكرمه أمين، كتبه الفقير إلى الله تعالى: علي بن محمد البطاح، عفا الله عنه».

وفي (ب): «فرغ القلم من كتابة هذه النسخة المباركة الجليلة الفخيمة في ربيع الأول لأربعة عشر ليلة خلت منه، سنة ١٣٢٢هـ بقلم الفقير إلى ربه الباري: محمد بن إسماعيل بن علي المحنبي الهتاري، فتح الله تعالى عليه فتوح العارفين، آمين».

وفي (د): «استراح القلم نهار الأربعاء عقب صلاة الظهر لعله في أواخر شهر جمادى الأول، سنة ١٣٣٠هـ بقلم محصله لنفسه ولمن شاء الله من بعده، قائد بن عبد الله بن سعيد غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين»، وهي منسوخة عن نسخة الشيخ محمد بن علي البطاح كما تقدم.

وفي (ج): «الحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، تاريخ ٢٩ شهر صفر سنة ١٢١٩، على يد محصلها لنفسه فقير رحمة ربه علي أحمد النماري، رزقه الله فهم ما فيها»، وبهامشه: بلغ مذاكرة، ثم إثبات قراءة على اسم لم أتبينه سنة ١٢٣٠ في ٣ من شهر رجب. صورة ما لم أتبينه:



## ثبت أهم المراجع والمصادر

١. القرآن الكريم.
٢. إكمال تهذيب الكمال في أسماء الرجال، المؤلف: مغلطاي بن قليج بن عبد الله البكجري المصري الحكري الحنفي، أبو عبد الله، علاء الدين (المتوفى: ٧٦٢هـ)، المحقق: أبو عبد الرحمن عادل بن محمد، أبو محمد أسامة بن إبراهيم، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
٣. الإعلان بنعم الله الواهب الكريم المنان في الفقه عماد الإيمان بترجيحات في العروض والنحو والتصريف والمنطق وتجويد القرآن، لصفي الدين أحمد بن عبد الله السلمي الوصابي، الشهر (بالسنة) المتوفى سنة: ١١٢٢هـ - ١٧١٠م، تحقيق، محمد بن محمد العرشي، وعلي بن صالح الجمرة، وعبد الخالق حسين المغربي. الأعلام، تأليف: خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، ٢٠٠٢م.
٤. الأنساب، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعد (المتوفى: ٥٦٢هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني وغيره، الناشر: مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد، الطبعة الأولى، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م.
٥. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، تأليف: محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، دار المعرفة، بيروت-لبنان.
٦. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، المؤلف: أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، عني بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه: محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، الناشر: مطبعة دار السعادة بجوار محافظة مصر لصاحبها محمد إسماعيل، الطبعة الأولى، ١٣٢٤هـ، على نفقة أحمد ناجي الجمالي، ومحمد أمين الخانجي الكتبي وأخيه.



٧. الوافي بالوفيات، المؤلف: صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (المتوفى: ٧٦٤هـ)، المحقق: أحمد الأرناؤوط، تركي مصطفى، الناشر: دار إحياء التراث ببيروت، عام النشر: ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٨. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
٩. تاج التراجم، المؤلف: أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطلوبغا السوداني الجمالي الحنفي (المتوفى: ٨٧٩هـ)، المحقق: محمد خير رمضان يوسف، الناشر: دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
١٠. تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
١١. تجريد المقال في حكم مشترك الأموال، محمد بن زياد الوصاحي الشَّرْعِيّ الزَّيْدِي الشافعي المتوفى سنة ١١٣٥هـ، دراسة وتحقيق: د. عبد الإله بن أحمد الدويش، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، العدد (١١٥)، رمضان، شوال، ذو القعدة، ذو الحجة، ١٤٣٩هـ.
١٢. تحفة الإخوان شرح فتح الرحمن، تأليف: سالم بن عبد الرحمن باصهي الشبامي الحضرمي (ت ١٣٣٦هـ)، حققه وقد له وعلق عليه: محمد بن أبي بكر باذيب، دار الفتحة للدراسات والنشر.
١٣. ديوان الإسلام، المؤلف: شمس الدين أبو المعالي محمد بن عبد الرحمن بن الغزي (المتوفى: ١١٦٧هـ)، المحقق: سيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

- ١٤ . روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- ١٥ . سلم الوصول إلى طبقات الفحول، المؤلف: مصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني المعروف بـ «كاتب جلبي» وبـ «حاجي خليفة» (المتوفى ١٠٦٧هـ)، المحقق: محمود عبد القادر الأرناؤوط، إشراف وتقديم: أكمل الدين إحسان أوغلي، تدقيق: صالح سعداوي صالح، إعداد الفهارس: صلاح الدين أويغور، الناشر: مكتبة إرسیکا بإستانبول، عام النشر: ٢٠١٠م.
- ١٦ . سنن أبي داود، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥)، دار السلام، الرياض، ط ١، ١٤٢٠هـ.
- ١٧ . سير أعلام النبلاء، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ١٨ . شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المؤلف: نشوان بن سعيد الحميري اليمني (المتوفى: ٥٧٣هـ)، المحقق: حسين بن عبد الله العمري، مطهر بن علي الإرياني، يوسف محمد عبد الله، الناشر: دار الفكر المعاصر ببيروت، دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ١٩ . صحيح مسلم، تأليف: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المحقق: أحمد بن رفعت بن عثمان حلمي القره حصارى - محمد عزت بن عثمان الزعفران بوليوي - أبو نعمة الله محمد شكري بن حسن الأنقروي، الناشر: دار الطباعة العامرة - تركيا، عام النشر: ١٤٣٤هـ، عدد الأجزاء: ٨.

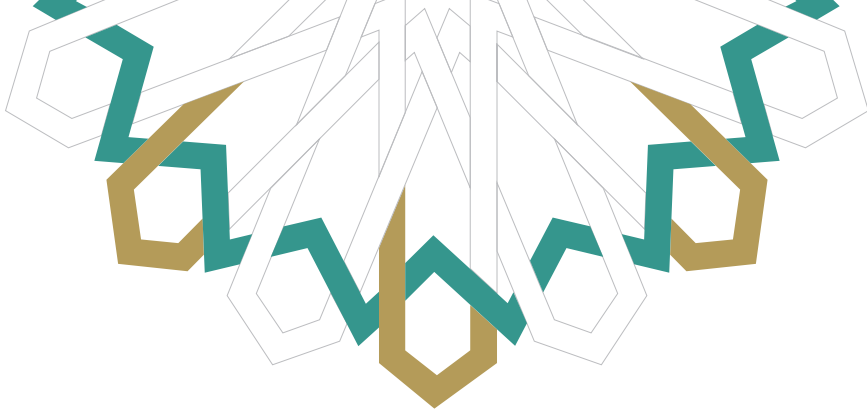




٢٠. طبقات الفقهاء الشافعية، المؤلف: عثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: ٦٤٣هـ)، المحقق: محيي الدين علي نجيب، الناشر: دار البشائر الإسلامية ببيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.
٢١. طبقات الفقهاء، المؤلف: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، هذبهُ: محمد بن مكرم ابن منظور (المتوفى: ٧١١هـ)، المحقق: إحسان عباس، الناشر: دار الرائد العربي ببيروت، الطبعة الأولى، ١٩٧٠م.
٢٢. فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب لأبي شجاع = القول المختار في شرح غاية الاختصار المؤلف: محمد بن قاسم بن محمد بن محمد، أبو عبد الله، شمس الدين الغزي، ويعرف بابن قاسم وبابن الغرابيلي (المتوفى: ٩١٨هـ)، بعناية: بسام عبد الوهاب الجابي، الناشر: الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.
٢٣. قلادة النحر في وفيات أعيان الدهر، المؤلف: أبو محمد الطيب بن عبد الله بن أحمد بن علي باخرمة الهجراني الحضرمي الشافعي (المتوفى: ٩٤٧هـ)، اعتنى به: أبو جمعة مكري، خالد زواري، الناشر: دار المنهاج بجدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٨م.
٢٤. مصادر الفكر الإسلامي في اليمن، تأليف: عبد الله بن محمد الحبشي، المجمع الثقافي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٤م، ثم عدلت وفق طبعة ١٤٣٤-٢٠١٣م.
٢٥. معجم البلدان، تأليف: ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (ت ٦٢٦هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٥م.
٢٦. ملحق البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، المؤلف: محمد بن محمد بن يحيى زيارة الحسيني اليمني الصنعاني (ت: ١٣٨١هـ) الناشر: دار المعرفة - بيروت.

٢٧. مواهب الديان شرح فتح الرحمن، تأليف: سعيد باعشن الدوعني الحضرمي (ت ١٢٧٠هـ)، دار المنهاج، جدة، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
٢٨. نزهة رياض الإجازة المستطابة، بذكر مناقب المشايخ أهل الرواية والإصابة، تأليف: أبو الزين عبد الخالق بن علي المزجاجي، بتحقيق: مصطفى الخطيب، وعبد الله محمد اليمني، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨-١٩٩٧م.
٢٩. نفحات العنبر في تراجم أعيان وفضلاء اليمن في القرن الثاني عشر، تأليف: إبراهيم بن عبد الله بن إسماعيل الحسيني، بتحقيق: عبد الله الحوثي، طبعة مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م.
٣٠. النفس اليماني والروح الروحاني في إجازة القضاة بني الشوكاني، تأليف: عبد الرحمن بن سليمان الأهدل (ت ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عبد الله بن محمد الحبشي، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
٣١. هجر العلم ومعاقله في اليمن، تأليف: القاضي إسماعيل بن علي الأكوغ، دار الفكر المعاصر-دار الفكر، بيروت-دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.





# استيفاء القصاص في قتل الواحد للجماعة

## دراسة فقهية مقارنة

**د. فهد بن ناصر بن فراج الفريدي**

الأستاذ المساعد في قسم الفقه وأصوله

كلية الشريعة والقانون-جامعة حائل

## المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيد الأنام، وعلى آله وأصحابه الكرام،  
ومن تبعهم بإحسان، وبعد:

فقد شرع الله لعباده ما يحفظ عليهم أنفسهم، ويمنع الآخرين من  
الاعتداء عليهم: فحرّم القتل بغير حق، وتوعد صاحبه بالعذاب العظيم:  
قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾<sup>(١)</sup>، وقال: ﴿وَمَنْ  
يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فِجْرًاؤُهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ  
وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾<sup>(٢)</sup>، وقال سبحانه: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي  
إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ  
النَّاسَ جَمِيعًا﴾<sup>(٣)</sup>، وقال عزّ وجلّ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ  
الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾<sup>(٤)</sup>، وقال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي  
الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(٥)(٦)</sup>.

(١) الإسراء: ٣٣.

(٢) النساء: ٩٣.

(٣) المائدة: ٣٢.

(٤) البقرة: ١٧٨.

(٥) البقرة: ١٧٩.

(٦) قال ابن جرير الطبري رحمه الله في تفسير هذه الآية: «ولكم يا أولي العقول فيما فرضت  
عليكم، وأوجبت لبعضكم في النفوس والجراح والشجاج ما منع به بعضكم من قتل  
بعض، وأوجبت لبعضكم على بعض من القصاص في النفوس والجراح والشجاج  
ما منع به بعضكم من قتل بعض فحييتكم بذلك فكان لكم في حكمي بينكم حياة»،  
وساق عن قتادة رحمه الله قوله: «جعل الله هذا القصاص حياة ونكالا وعظة لأهل =

وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لَا يَحِلُّ دَمِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ إِلَّا إِلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ؛ إِلَّا بِأَحَدِي ثَلَاثَ: النَّفْسِ بِالنَّفْسِ، وَالشَّيْبِ الزَّانِي، وَالْمُفَارِقِ لِدِينِهِ التَّارِكِ لِلْجَمَاعَةِ))<sup>(١)</sup>، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فَإِنْ دَمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحَرَمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا إِلَى يَوْمٍ تَلْقَوْنَ رَبَّكُمْ))<sup>(٢)</sup>، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَكْبَرُ الْكِبَائِرِ: الْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ، وَقَتْلُ النَّفْسِ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ، وَقَوْلُ الزُّورِ، أَوْ قَال: وَشَهَادَةُ الزُّورِ))<sup>(٣)</sup>.

وأجمع المسلمون على حرمة قتل المسلم بغير حق<sup>(٤)</sup>.

= السفه والجهل من الناس، وكم من رجل قد هم بداهية لولا مخافة القصاص، لو وقع بها، ولكن الله حجز بالقصاص بعضهم عن بعض» تفسير الطبري (٣/ ١٢٠-١٢١). وقال السرخسي رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَفِيهِ مَعْنَيَانِ أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ حَيَاةٌ بِطَرِيقِ الزَّجْرِ؛ لِأَنَّ مَنْ قَصَدَ قَتْلَ عَدُوِّهِ فَإِذَا تَفَكَّرَ فِي عَاقِبَةِ أَمْرِهِ أَنَّهُ إِذَا قَتَلَهُ قُتِلَ بِهِ أَنْزَجَرَ عَنْ قَتْلِهِ فَكَانَ حَيَاةً لَهُمَا. وَالثَّانِي: أَنَّهُ حَيَاةٌ بِطَرِيقِ دَفْعِ سَبَبِ الْهَلَاكِ فَإِنَّ الْقَاتِلَ بَغَيْرِ حَقٍّ يَصِيرُ حَرْبًا عَلَى أَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ خَوْفًا عَلَى نَفْسِهِ مِنْهُمْ فَهُوَ يَقْصِدُ إِفْنَاءَهُمْ؛ لِإِزَالَةِ الْخَوْفِ عَنْ نَفْسِهِ، وَالشَّرْعُ مَكَّنَهُمْ مِنْ قَتْلِهِ قِصَاصًا لِدَفْعِ شَرِّهِ عَنْ أَنْفُسِهِمْ، وَإِحْيَاءِ الْحَيِّ فِي دَفْعِ سَبَبِ الْهَلَاكِ عَنْهُ». المبسوط (٦٠/ ٢٦).

- (١) البخاري، كتاب الديات، باب قوله: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ رقم (٦٤٨٤)، ومسلم في القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، رقم (١٦٧٦).
- (٢) البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، رقم (١٦٥٤)، ومسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم (١٦٧٩).
- (٣) البخاري، كتاب الديات، باب قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَحْيَائِهِمْ﴾ رقم (٦٨٧١)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، رقم (٨٨).
- (٤) الحاوي الكبير (٦/ ١٢)، مراتب الإجماع (ص ١٣٧)، المغني (١١/ ٤٤٣)، الذخيرة (٣/ ١٠). وانظر: الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر (٧/ ٣٤٣-٣٤٥).

ولكن من الناس من لا يستجيب لداعي الإيمان ولا لزواج رب العالمين؛ لضعف في عقيدته، أو في عقله، فيقوى عنده داعي ارتكاب الكبائر والمحرمات، فيحصل منه تَعَدُّ على الآخرين في أنفسهم أو أعراضهم أو أموالهم. فإذا حصل القتل العمد فإنه يشرع لولي الدم بالإجماع<sup>(١)</sup>؛ المطالبة بالقصاص من القاتل، إذا توفرت شروطه، فإذا قام شخص بقتل أكثر من شخص (الأفعال متعددة والجزاء واحد) فكيف يكون القصاص منه؟ هذا ما أردت بحثه، وجعلته بعنوان: (استيفاء القصاص في قتل الواحد للجماعة، دراسة فقهية مقارنة).

### أهمية البحث:

١. أنه يتعلق بأحد الضروريات الخمس من خلال معرفة حكم من أحكام القصاص في النفس.
٢. أنه يولي الاستدلال لأقوال الفقهاء عناية كبيرة، بتوضيح الغامض منها، مع التوسع في ذكر الأدلة، والمناقشات الواردة عليها.
٣. ذكر أسباب الاختلاف في المسألة، وذكر الثمرات المترتبة على الخلاف.
٤. الإسهام في إثراء هذا الموضوع من خلال ذكر بعض التطبيقات القضائية.

(١) المحلى (١٠/٤٠٨)، بداية المجتهد (٤/١٧٩)، المغني (١١/٤٥٧-٤٥٩).

## مشكلة البحث:

قد يقوم أحد الأشخاص بفعل لا شك في حرمة وشناعته، ألا وهو أن يقتل عدداً من الناس عمداً، وهذا يوجب عليه القصاص بلا خلاف، ولكن كيف يكون استيفاء القصاص منه؟

ويتفرع عن هذا السؤال عدد من الأسئلة:

١. من هو صاحب الحق من أولياء القتلى في استيفاء القصاص؟
٢. هل يقام القصاص على الجاني لأحد الأولياء، أو لجميعهم؟
٣. ما الواجب لبقية الأولياء إن أقيم القصاص لأحدهم؟
٤. ما الحكم لو طلب بعض أولياء القتلى القصاص، وبعضهم طلب الدية؟

٥. هل في المسألة خلاف بين الفقهاء؟ وهل له من آثار وثمرات؟ وما سبب هذا الاختلاف؟

## أهداف البحث:

١. معرفة من صاحب الحق من أولياء القتلى في المطالبة بالقصاص من الجاني عند تعدد المقتولين.
٢. إيضاح ما يستحقه بقية الأولياء إن طلب أحد أولياء القتلى -دون غيره من الأولياء- القصاص من الجاني؟

٣. معرفة أقوال العلماء في المسألة وأدلتهم، ومحاولة الوصول إلى الراجح منها.

٤. الوقوف على أسباب الاختلاف في المسألة.

٥. بيان الثمرات المترتبة على الاختلاف.

### الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى: تعدد الجريمة وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، للباحث: محمد بن عبد الله المحيميد. وهو بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير، من المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، عام ١٤٠٥هـ، في ١٥٠ صفحة.

وتحدث عن التعدد في الجرائم الموجبة للقصاص في ثلاثة مطالب، ويهمننا المطلب الأول: التعدد في جريمة القتل: في ٦ صفحات. وتناول الجانب النظري للموضوع: فبيّن محل النزاع، وأقوال العلماء (ذكر ثلاثة منها) مع ذكر الأدلة والمناقشة والترجيح، واستدل لكل قول بدليلين. وقد أحسن في النقل وعرض الأقوال والأدلة، وأجاد الباحث في العرض والاستدلال، وظهرت شخصيته في الترجيح والاستدلال له، ولكن ملاحظتي على ذلك، أنه ذكر الأدلة سرداً من غير فصل بينها أو ترتيب، وكذلك جاءت المناقشات جرياً على عادة الفقهاء السابقين - كالموفق ابن قدامة في المغني - . كما أنه لم يذكر مزيداً من الأقوال والأدلة في المسألة، ولم يذكر أسباب الاختلاف ولا ثمرات الاختلاف في المسألة. كما أنه اكتفى بذكر مرجع واحد لكل مذهب عند توثيق الأقوال وكذلك عند الاستدلال.



الدراسة الثانية: نظرية المساواة في القصاص بين الفرد والجماعة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، للدكتور: أبو السعود عبد العزيز موسى. وهذه الدراسة بحث محكم، منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية-جامعة قطر - العدد ١٣ - ١٩٩٥م، في ٥٥ صفحة.

وتناول الجانب النظري للموضوع: فتحدث عن قتل الواحد للجماعة عمداً - في ست صفحات - فيين محل النزاع، وأقوال العلماء (ذكر ثلاثة منها) مع أدلتهم، مع المناقشة والترجيح، وأجاد الباحث في العرض والاستدلال. وجاء ذلك على وجه الاختصار، حيث لم يذكر إلا دليلين لأصحاب القول الأول، وثلاثة لأصحاب القول الثاني، ودليلين للثالث. كما أن مناقشته للأدلة كانت عند الترجيح، وجاءت موجزة. كما أنه لم يذكر سبب الخلاف، ولا ثمراته المترتبة عليه. ولكن لم يكن توثيقه لقول المالكية من كتبهم، بل من مراجع معاصرة. كما أنه اكتفى بمرجع واحد لكل من الشافعية والحنابلة في التوثيق لأقوالهم وذكر أدلتهم.

الدراسة الثالثة: تعدد الجرائم وأثره في العقاب الجنائي في الفقه الإسلامي، وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، للباحث: علي بن سعيد القحطاني. وهو بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير، من المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب (جامعة الأمير نايف للعلوم الأمنية حالياً) - عام ١٤١٦هـ في ٣١١ صفحة.

وتناول البحث الموضوع من الجانب النظري والتطبيقي: فتناول الجانب النظري للمسألة تحت عنوان: تعدد الجريمة في القصاص في النفس عند

تعدد المقتولين في ٥ صفحات، ولا يختلف ما ذكره فيها عما جاء في الدراسة الأولى المذكورة هنا.

أما في الجانب التطبيقي، فقد ذكر ٣٢ قضية، وتناولها في مائة صفحة تقريباً، وحلّل مضمونها، وقد أحسن في ذلك وأجاد، وقسّمها إلى ثلاثة أقسام:

الأول: إذا ارتكب شخص عدداً من الجرائم ثم تم القبض عليه (كالحرابة والسحر والسرقه والخطف وشرب المسكر، وارتكاب الفواحش) وكانت عقوباتها مختلفة وحكم فيها بالقتل حداً أو تعزيراً.

والثاني: إذا ارتكب شخص عدداً من الجرائم ثم تم القبض عليه (كالرشوة والتزوير) وكانت عقوباتها مختلفة وحكم فيها بتداخل العقوبات وطبّق عليه العقوبة الأشد.

والثالث: إذا ارتكب شخص جريمة وكررها ثم تم القبض عليه (كالسرقه أو التزوير) وكانت عقوبتها واحدة وحكم فيها بتداخل العقوبات والاكتفاء بتطبيق عقوبة واحدة.

ولكن كل هذه القضايا كما يظهر للمتأمل كانت فيما يتعلق بالحدود أو التعزيرات، ولم تذكر قضية واحدة تتعلق بالقصاص أو بمحل البحث هنا.

كما أنه توجد دراسات فقهية تشترك مع موضوع البحث في كلمة: (استيفاء القصاص) الواردة في عنوان البحث، تناولت بيان مفهوم القصاص ومشروعيته، ومعنى استيفاء القصاص، ومن يتولّاه، وشروط



الاستيفاء، وولاية استيفاء القصاص إذا كان أولياء الدم جماعة، وكان المقتول واحداً. ولكن لم تتطرق أيُّ دراسة منها إلى المسألة محل البحث هنا. ومن هذه الدراسات:

- استيفاء القصاص في الشريعة الإسلامية، للباحث: طارق جميل محمود الهرش. وهي رسالة ماجستير - ١٩٩٣م - الجامعة الأردنية - كلية الدراسات العليا، في ٢١٧ صفحة.

- حكم استيفاء القصاص وكيفيته - دراسة فقهية مقارنة، للدكتور: يوسف نوري. وهو بحث محكم في مجلة كلية العلوم الإسلامية - جامعة بغداد - العدد ٥٣ - ١٤٣٩هـ، في ٤١ صفحة.

### الإضافة في هذا البحث:

١. ذكر أحد الأقوال في المسألة - وهو القول الثالث - حيث لم تشر إليه الدراسات السابقة.
٢. التوسع في الاستدلال مع المناقشة - حيث ذكرتُ للقول الأول ستة أدلة، وللثاني عشرة أدلة - كما قَسَّمتُ أدلة القولين الثاني والرابع على حسب الحالات المذكورة في كل قول.
٣. كثرة المراجع وتنوعها عند توثيق المسألة، وكذلك عند الاستدلال والمناقشة.
٤. بيان أسباب الاختلاف في المسألة.
٥. ذكر الثمرات المترتبة على الاختلاف.

## المنهج المتبع في البحث:

اقتضت طبيعة البحث أن يكون منهج البحث: المنهج الاستقرائي، ثم الوصفي فالاستنباطي والنقدي، حيث قمت بجمع المادة العلمية واستقراء النصوص الواردة في المسألة من مظانها المعتمدة، وذكرت صورة المسألة، وحررت محل النزاع فيها ببيان مواضع الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء من أصحاب المذاهب الفقهية المعتمدة، مع ذكر الأدلة والمناقشات وتوضيح ما أشكل من عبارات الفقهاء وأقيستهم، ثم المقارنة بين الأقوال للوصول إلى الراجح منها، مع بيان أسباب الترجيح، ومحاولة الوصول إلى أسباب الاختلاف، وثمراته المترتبة عليه.

## إجراءات البحث:

١. عزو الآيات المذكورة في البحث، بذكر اسم السورة ورقم الآية، مع كتابتها بالرسم العثماني.
٢. تخريج الأحاديث النبوية من مظانها الأصلية، فإن كان في الصحيحين أو أحدهما؛ اكتفيت به.
٣. بيان صورة المسألة، وتحرير محل النزاع فيها، ثم ذكر أقوال الفقهاء، مع أدلة كل قول، وما يرد عليها من اعتراضات ومناقشات، كل ذلك من خلال الرجوع إلى أمهات المصادر في كل مذهب من المذاهب الفقهية المعتمدة.

## تقسيمات الخطة:

تشتمل خطة البحث على: مقدمة، وتمهيد، وسبعة مطالب، وخاتمة. وتفصيلها على النحو التالي: المقدمة: وفيها الحديث عن أهمية البحث ومشكلته وأهدافه، والدراسات السابقة، والمنهج المتبع في البحث، ثم تقسيمات الخطة.

التمهيد: التعريف بمفردات البحث والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول: صورة المسألة، تحرير محل النزاع فيها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في المسألة.

المطلب الثالث: الأدلة، ووجوه الاستدلال، ومناقشتها.

المطلب الرابع: الترجيح.

المطلب الخامس: أسباب الاختلاف.

المطلب السادس: ثمرة الاختلاف.

الخاتمة: وفيها ذكر أهم النتائج والتوصيات.

## التمهيد

### التعريف بمفردات البحث والألفاظ ذات الصلة

أولاً: معنى استيفاء القصاص:

الاستيفاء لغة:

أصلها: وَفَى. واستوفى الشيء: أخذه كاملاً من غير نقص<sup>(١)</sup>. قال ابن فارس: «الواوُ وَالْفَاءُ وَالْحَرْفُ الْمُعْتَلُّ: كَلِمَةٌ تَدُلُّ عَلَى إِكْمَالٍ وَإِتْمَامٍ. مِنْهُ الْوَفَاءُ: إِتْمَامُ الْعَهْدِ وَإِكْمَالُ الشَّرْطِ،... وَتَوَفَيْتُ الشَّيْءَ وَاسْتَوْفَيْتَهُ؛ إِذَا أَخَذْتَهُ كُلَّهُ حَتَّى لَمْ تَتْرُكْ مِنْهُ شَيْئًا»<sup>(٢)</sup>.

ولا يخرج معنى الاستيفاء في الاصطلاح عن المعنى اللغوي له، فهو أخذ الحق كاملاً<sup>(٣)</sup>.

والقصاص في اللغة:

يطلق على عدة معان، فيطلق على القطع، يقال: قَصَصْتُ الشَّعْرَ: قَطَعْتَهُ. ويطلق على التتبع، يقال: قَصَصْتُ الْأَثْرَ: تَبَعْتُهُ. ومنه قوله: ﴿فَأَرْتَدَّا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصًا﴾<sup>(٤)</sup>، أي: رَجَعَا مِنَ الطَّرِيقِ الَّذِي سَلَكَاهُ يَقْصَانِ الْأَثْرَ. ويطلق أيضاً على المماثلة والمساواة: وهو أَنْ يُفْعَلَ بِالْجَانِي مِثْلُ فِعْلِهِ بِالْمَجْنِي عَلَيْهِ<sup>(٥)</sup>.

(١) تهذيب اللغة (١٥/٤١٩).

(٢) مقاييس اللغة (٦/١٢٩).

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية (٤/١٤٦).

(٤) الكهف: ٦٤.

(٥) مقاييس اللغة (٥/١١)، تهذيب اللغة (٨/٢١٠)، الصحاح (٣/١٠٥٢)، القاموس المحيط (ص ٦٢٧).

## وفي الاصطلاح:

قَتَلَ القاتل<sup>(١)</sup>، أو أن يُفعل بالجانبي كما فعل بالمجني عليه. ويُسمى: القَوْد<sup>(٢)</sup>. ومعنى استيفاء القصاص باعتبار الإضافة لا يخرج عن هذا

(١) وليس كل قتل يجب فيه القصاص، بل لابد من وجود شروط معينة: (١) أن يكون القتل عمداً، فلا قصاص في القتل الخطأ وشبه العمد بالإجماع. (٢) أن يكون القتل مباشرة. فإن كان تسبياً فلا قصاص عند الحنفية. (٣) أن يكون القاتل بالغاً عاقلاً. أما السكران فعليه القصاص إلا إن أكرهه على شرب المسكر أو شرب ما ظنّه دواءً أو ماءً فإذا هو مُسكرٌ فلا قودَ عليه. (٤) أن لا يكون والدًا للمقتول وإن نزل. وهذا عند الجمهور، خلافاً للملكية. (٥) أن يكون مختاراً. فلا قصاص عليه إن كان مكرهاً عند الحنفية. خلافاً للجمهور. (٦) أن يكون آدمياً معصوم الدم. فلا يكون مهدر الدم، فلو قتل مسلمٌ كافراً حربياً، أو مرتدّاً، أو مسلماً محصناً ثبت زناه فبادر بقتله قبل الحاكم؛ لم يضمنه بقصاص ولا دية، لكنه يعزّر. (٧) أن يكون مكافئاً ومساوياً للقاتل في الدين والحرية حال الجنائية، فلا يُقتل مسلم بكافر، ولا حر بعبد، ولا مكاتب بعبد. وهذا عند الجمهور، خلافاً للحنفية إذ لا تشترط المساواة عندهم فيما ذكر بين القاتل والمقتول. انظر: المبسوط (٢٦/٩٠-٩١، ١٢٤، ١٣١، ١٨١، ٢٣٩)، بدائع الصنائع (٧/٢٣٤-٢٣٩)، الدر المختار (٦/٥٣٢)، المعونة (٣/١٣٠٠-١٣٠١، ١٣٠٩، ١٣١١)، الكافي (٢/١٠٩٧)، بداية المجتهد (٤/١٧٩) مواهب الجليل (٦/٢٣٢-٢٣٣، ٢٣٦)، الذخيرة (١٢/٢٧٧)، شرح الخرشبي (٨/٤٩)، المهذب (٣/١٧٠-١٧١)، روضة الطالبين (١٢٣، ١٣٥-١٣٦، ١٤٨-١٥١)، تحفة المحتاج (٨/٣٧٨، ٣٩٧-٤٠٢)، المغني (١١/٤٥٦-٤٥٩، ٤٦٦، ٤٧١، ٤٧٣، ٤٨١، ٤٨٣)، كشاف القناع (٥/٥١٧، ٥٢١-٥٢٨).

(٢) طلبة الطلبة (ص ١٦٣)، المصباح المنير (٢/٥٠٥)، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى (٣/٧١٣). والقود: مأخوذ من قود الدابة التي تُقاد بحبل ونحوه، وكذلك الجاني يقاد بحبل ونحوه ليقتص منه أي ليقتل. انظر: لسان العرب (١١/١٩٢)، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص ٢٤١)، المغني (١١/٥٠٦). قال الأزهري: «والقصاصُ في الجراح مأخوذٌ من هذا إذا اقتصَّ له منه مجرَّحه مثل جرحه إياه أو قتله به» تهذيب اللغة (٨/٢١٠).

المعنى<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تعريف الجناية، وبيان أنواعها:

الجناية في اللغة:

مأخوذة من الجنى: وهو أخذ الثمرة من شجرها<sup>(٢)</sup>. والجناية: الذنب والجرم وما يفعلهُ الإنسان مما يُوجبُ عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة<sup>(٣)</sup>. قال القرافي: وأصلها-أي الجناية- من الجنى كأن من فعل أحدّها فقد استثمر أخلاقه كما تُجنى الثمرة من الشجرة<sup>(٤)</sup>.

وفي الاصطلاح:

تطلق الجناية عند الفقهاء على عدة إطلاقات<sup>(٥)</sup>: الأول: جناية البهيمّة. الثاني: جنایات الإحرام، (محظوراته). الثالث: كل فعل محرّم حلّ بمالٍ أو نفسٍ. كالغضب، والسَّرقة، والإتلاف. وعلى هذا الإطلاق -الثالث- سار كثير من فقهاء المالكية، حيث لم يجعلوا مدلول الجنایات مقصوراً على الاعتداء على بدن الآدمي، وإنما جعلوه شاملاً للاعتداء على النفس والمال والعقل والعرض، فأدخلوا ما اصطُح على تسميته بالحدود في لفظ

(١) طلبة الطلبة (ص ١٦٣)، المطلع على ألفاظ المنع (ص ٤٣٧).

(٢) مقاييس اللغة (١/ ٤٨٢)، تاج العروس (٣٧/ ٣٧٥).

(٣) القاموس المحيط (٤/ ٢١٢)، تاج العروس (٣٧/ ٣٧٤)، لسان العرب (١٤/ ١٥٤).

(٤) الذخيرة (١٢/ ٥).

(٥) بدائع الصنائع (٧/ ٢٣٣)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٢٧)، مواهب الجليل (٦/ ٢٧٧)،

روضة الطالبين (٩/ ١٢٢)، المغني (١١/ ٤٤٣)، الأحكام السلطانية، للماوردي (ص

٢٤٨).



الجنايات<sup>(١)</sup>، وتبعهم في هذا بعض الفقهاء، كماوردى -وهو من كبار فقهاء الشافعية-<sup>(٢)</sup>. أمّا أكثر الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة فقد جعلوا لفظ الجناية مقتصرًا على ما فيه تعدُّ على بدن الآدمي بالقتل (وهي الجناية على النفس)، أو الجرح أو قطع طرف أو كسر عظم (وهي الجناية على ما دون النفس)، والجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه (وهو الجنين بأن ضرب على بطن حامل فألقت جنينًا). وجعلوا الحديث عن التعدي على الأعراس في كتاب الحدود، وعن التعدي على الأموال إما في باب الغصب وإما في باب السرقة. أما التعدي على غير الآدمي فيتكلم عنه الفقهاء في أبواب الإلتلافات والضمان<sup>(٣)</sup>. ومن تعريفاتهم بهذا المعنى، ما ذكره البهوتي: «الجنايات: التّعدي على الأبدان بما يُوجب قِصاصًا أو غيرَهُ أي مالا أو كَفَّارَةً»<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: بداية المجتهد (٤/١٧٧)، مواهب الجليل (٦/٢٧٧)، الذخيرة (١٢/٥)، تبصرة الحكام (٢/٢٢٧)، شرح حدود ابن عرفة (ص ٤٨٩). مع الإشارة إلى أنهم يفرّقون كالجُمهور بين أحكام القصاص وأحكام الحدود انظر: المدونة، للإمام مالك (٤/٥٤٩)، الفروق، للقرافي (٤/٢٠٤-٢٠٥).

(٢) انظر: الأحكام السلطانية (ص ٣٢٢، ٣٢٥-٣٢٧).

(٣) بدائع الصنائع (٧/٢٣٣، ٢٩٦، ٣٢٥). تبين الحقائق (٦/٩٧)، البحر الرائق (٨/٣٢٦)، حاشية ابن عابدين (٦/٥٢٧)، روضة الطالبين (٩/١٢٢)، المغني (١١/٤٤٣).

(٤) كشف القناع (٥/٥٠٣).

### ثالثاً: تعريف القتل:

#### القتل لغة:

فِعْلٌ يَحْصُلُ بِهِ زُهُوقُ الرُّوحِ، يُقَالُ: قَتَلَهُ قَتْلًا: أَزْهَقَ رُوحَهُ وَأَمَاتَهُ<sup>(١)</sup>.  
ويأتي بمعنى: اللعن، ومنه قوله: ﴿قُتِلَ الْإِنْسَانُ مَا أَكْفَرَهُ﴾<sup>(٢)</sup>، وقوله:  
﴿قَتَلَهُمُ اللَّهُ أَنَّى يُؤَفَّكُونَ﴾<sup>(٣)</sup><sup>(٤)</sup>. وفي الاصطلاح: إتلاف النفس وإزهاقها  
وإماتتها بمفارقة الروح للبدن<sup>(٥)</sup>. قال ابن نجيم: «وَهُوَ فِعْلٌ مُضَافٌ إِلَى  
الْعِبَادِ تَزْوُلٌ بِهِ الْحَيَاةِ بِمُجَرَّدِ الْعَادَةِ»<sup>(٦)</sup>.

وهو باعتبار القصد وعدمه نوعان بالإجماع: قتل عمد، وقتل خطأ<sup>(٧)</sup>.  
واختلفوا في غيرها: فلم يذكر المالكية في المعتمد عندهم إلا هذين النوعين<sup>(٨)</sup>.

(١) مقاييس اللغة (٥ / ٥٦)، لسان العرب (١١ / ٥٤٧)، القاموس المحيط (ص ١٠٤٦)،  
تاج العروس (٣٠ / ٢٢٩).

(٢) عبس: ١٧.

(٣) التوبة: ٣٠.

(٤) القاموس المحيط (ص ١٠٤٦)، لسان العرب (١١ / ٥٤٩)، المفردات في غريب القرآن  
(ص ٦٥٥).

(٥) المصباح المنير (٢ / ٤٩٠)، كشف القناع (٥ / ٥٠٤).

(٦) البحر الرائق (٨ / ٣٢٦-٣٢٧).

(٧) الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر (٧ / ٣٥٨)، الإقناع في مسائل الإجماع، لابن  
القطان (٢ / ٢٧٥).

(٨) المعونة، للقاظمي عبد الوهاب (٣ / ١٣٠٦)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢ / ١٠٩٥-  
١٠٩٦)، بداية المجتهد (٢ / ٤٢٩).



وقال الجمهور: القتل ثلاثة أنواع: فزادوا: القتل شبه العمد<sup>(١)</sup>.  
 وقيل: أربعة أنواع: فزادوا: القتل الجاري مجرى الخطأ<sup>(٢)</sup>.  
 وقيل: خمسة فزادوا: القتل بالسبب<sup>(٣)</sup>.  
 فأما القتل العمد، فهو: أن يضربه بما يغلب على الظن موته به<sup>(٤)</sup>.  
 وأما القتل شبه العمد، فهو: أن يضربه بما لا يقتل غالباً<sup>(٥)</sup>.  
 وأما القتل الخطأ، فهو: ضرب الشخص بدون قصد، بأن يرمي صيداً أو  
 هدفاً، فيصيب معصوماً لم يقصده، أو يكون نائماً فينقلب على إنسان فيقتله  
 أو أن يرمي من يظنه حربياً فإذا هو مسلم<sup>(٦)</sup>.  
 وأما القتل الجاري مجرى الخطأ: نحو أن يَنْقَلِبَ نائمٌ على شَخْصٍ فيَقْتُلُهُ،  
 أو يَقَعَ عليه من عُلوٍ.

- (١) المبسوط، للسرخسي (٥٩/٢٦)، المعونة (١٣٠٦/٣)، تحفة المحتاج (٣٧٦/٨)،  
 المغني (٤٤٥/١١)، كشاف القناع (٥٠٤/٥).  
 (٢) بدائع الصنائع (٢٣٣/٧)، المغني (٤٤٥/١١)، المقنع (ص ٣٩٧).  
 (٣) المبسوط (٥٩/٢٦)، مختصر القدوري (١٤١/٣)، كنز الدقائق (٩٧/٦).  
 (٤) الكافي في فقه أهل المدينة (١٠٩٥/٢)، روضة الطالبين (١٢٣/٩-١٢٤)، كشاف  
 القناع (٥٠٥/٥).  
 خلافاً لأي حنيفة فإنه يرى أن القتل بالمثل ليس من العمد. بدائع الصنائع (٢٣٣/٧)،  
 حاشية ابن عابدين (٥٢٧/٦، ٥٢٨).  
 (٥) بدائع الصنائع (٢٣٣/٧)، روضة الطالبين (١٢٣/٩-١٢٤)، كشاف القناع  
 (٥١٢/٥).  
 (٦) المبسوط (٦٦/٢٦)، الذخيرة (٢٨٠/١٢)، روضة الطالبين (١٢٣/٩)، كشاف  
 القناع (٥١٣/٥).

وأما القتل بالسبب: فمثَّلوا له بحفر بئر على قارعة الطريق فوق فيها إنسان فمات، أو وضع سكين في طريق إنسان فيطأها أو يقع عليها فيموت. وكذا الشهادة على الشخص زوراً بما يوجب قتله<sup>(١)</sup>.



(١) المسبوط (٢٦ / ١٨١)، بدائع الصنائع (٧ / ٢٣٩)، المغني (١١ / ٤٤٥).

## المطلب الأول صورة المسألة، تحرير محل النزاع فيها

### صورة المسألة:

إذا قام شخص مكلف بقتل جماعة عمداً، في أوقات مختلفة: واحداً بعد واحد<sup>(١)</sup>، أو قتلهم في وقت واحد: كما لو ألقى عليهم حائطاً، أو ألقاهم في نار، أو غرقهم في سفينة، أو دهسهم بسيارته<sup>(٢)</sup>.

### تحرير محل النزاع:

أولاً: لا خلاف في حرمة وشناعة قتل النفس الواحدة بغير حق، قال الله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ

(١) وهو ما يطلق عليه في القانون: تعدد الجرائم، وهو أن يقوم الجاني بفعل عدة جرائم في وقت واحد أو متفرق دون صدور حكم نهائي في حقه في أحدها. ويمكن التعبير عنه بوحدة الفاعل وتعدد الأفعال.

انظر: تعدد الجرائم وأثره في العقاب الجنائي في الفقه الإسلامي، لعلي القحطاني، ص ١٧، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات الجزائية، لسامر العامري، ص ١٧-٢٠.

(٢) ومن خلال ذلك يتبين أنه لا يدخل في المسألة عدة صور، هي:

١. القتل الخطأ وشبه العمد؛ لأنه لا قصاص إلا في القتل العمد بلا خلاف بين العلماء.
٢. المحارب إذا قتل جماعة؛ لأن هذا من مسائل الحدود وليس من مسائل القصاص.
٣. إذا قام الجاني بقتل شخص ووجب عليه القصاص، ثم سقط عنه بعفو أو بدفع دية، ثم قام بقتل شخص آخر، لأنه يكون كمن قتل شخصاً واحداً.
٤. الجناية على جماعة بما دون النفس بقطع طرف أو جرح أو كسر ونحوه.

نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا<sup>(١)</sup>، فكيف بمن قتل أكثر من ذلك!

قال ابن جرير الطبري رَحِمَهُ اللهُ: «القول في تأويل قوله تعالى: ﴿أَتُرِيدُ أَنْ تَقْتُلَنِي كَمَا قَتَلْتَ نَفْسًا بِالْأَمْسِ<sup>ط</sup> إِنْ تُرِيدُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ جَبَّارًا فِي الْأَرْضِ وَمَا تُرِيدُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الْمُصْلِحِينَ<sup>١٩</sup>﴾...<sup>(٢)</sup>... فلما أراد موسى أن يبطش بالفرعوني الذي هو عدو له وللإسرائيلي، قال الإسرائيلي لموسى وظن أنه إياه يريد: ﴿أَتُرِيدُ أَنْ تَقْتُلَنِي كَمَا قَتَلْتَ نَفْسًا بِالْأَمْسِ<sup>ط</sup>...»

وقوله: ﴿إِنْ تُرِيدُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ جَبَّارًا فِي الْأَرْضِ﴾، يقول تعالى ذكره مخبراً عن قيل الإسرائيلي لموسى: ﴿إِنْ تُرِيدُ﴾: ما تريد إلا أن تكون جباراً في الأرض. وكان من فعل الجبابة: قتل النفوس ظلماً، بغير حق. وقيل: إنما قال ذلك لموسى الإسرائيلي لأنه كان عندهم: مَنْ قَتَلَ نَفْسَيْنِ مِنَ الْجَبَابِرَةِ. ذَكَرُ مَنْ قَالَ ذَلِكَ: حدثنا مجاهد بن موسى، قال: ثنا يزيد، قال: ثنا هشيم بن بشير، عن إسماعيل بن سالم عن الشَّعْبِيِّ، قَالَ: مِنْ قَتَلَ رَجُلَيْنِ فَهُوَ جَبَّارٌ؛ قَالَ: ثُمَّ قَرَأَ ﴿قَالَ يَمُوسَى أَتُرِيدُ أَنْ تَقْتُلَنِي كَمَا قَتَلْتَ نَفْسًا بِالْأَمْسِ<sup>ط</sup> إِنْ تُرِيدُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ جَبَّارًا فِي الْأَرْضِ وَمَا تُرِيدُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الْمُصْلِحِينَ<sup>١٩</sup>﴾<sup>(٣)</sup>.

وذكر القرافي رَحِمَهُ اللهُ أن الجرم المتعدد يناسبه جزاءات وعقوبات متعددة، حيث أوضح: «أَنَّ قَاعِدَةَ الشَّرْعِ تَفَاوُتُ الْعُقُوبَاتِ بِتَفَاوُتِ

(١) المائة: ٣٢.

(٢) القصص: ١٩.

(٣) تفسير الطبري (١٨/ ١٩٥-١٩٧).

الجَنَائِاتِ، فَغَاصِبُ دِرْهَمٍ لَيْسَ كَغَاصِبِ دِينَارٍ، وَقَاتِلُ وَاحِدٍ لَيْسَ كَقَاتِلِ عَشْرَةٍ؛ لِأَنَّهُ الْعَدْلُ فِي الْعَادَةِ. فَإِذَا تَوَعَّدَ اللَّهُ تَعَالَى قَاتِلَ الْوَاحِدِ بِالْغَضَبِ وَالْعَذَابِ الْعَظِيمِ وَغَيْرِ ذَلِكَ؛ اعْتَقَدْنَا مُضَاعَفَةَ ذَلِكَ فِي حَقِّ الْإِثْنَيْنِ فَكَيْفَ فِي الْعَشْرَةِ فَضْلاً عَنِ جَمِيعِ النَّاسِ»<sup>(١)</sup>.

ثانياً: اتفقوا على استحقات القاتل للقصاص إذا طلبه جميع أولياء القتلى أو أحدهم<sup>(٢)</sup>.

قال ابن القطان: «وأجمع المسلمون أن قتل القاتل، باجتماع الأولياء على قتله. وإن قتل الرجل نفراً»<sup>(٣)</sup>.

وقال: «اتفق الجميع على أن أولياء المقتول الأول إذا طلبوا القصاص ولم يحضر أولياء الآخرين كان لهم ذلك»<sup>(٤)</sup>.

ثالثاً: اختلفوا هل يقع هذا عن جميع القتلى أو عن من طلب وليه ذلك؟ وهل يجب على القاتل الدية لبقية الأولياء في تلك الحالة أو لا؟

(١) الذخيرة (١٢/٢٧٢).

(٢) تعدد الجريمة وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، لمحمد بن عبد الله المحميد، ص ٥٧. وانظر: نظرية المساواة في القصاص بين الفرد والجماعة، للدكتور: أبو السعود عبد العزيز موسى، ص ٣٨٣.

(٣) الإقناع في مسائل الإجماع (٢/٢٧٥).

(٤) المرجع السابق.

## المطلب الثاني أقوال العلماء في المسألة

### القول الأول:

إذا طلب الأولياء القصاص كلهم أو أحدهم، قُتل لهم جميعاً، ولا تجب الدية للباقيين. وإليه ذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، وقال به بعض الشافعية<sup>(٣)</sup>، وبعض الحنابلة<sup>(٤)</sup>.

(١) بدائع الصنائع (٧/٢٣٩)، المبسوط (٢٦/١٢٦)، تبيين الحقائق (٦/١١٥)، الدر المختار، وحاشية ابن عابدين (٦/٥٥٧).

(٢) الكافي (٢/١٠٩٩)، عقد الجواهر الثمينة (٣/١٠٩٧)، مواهب الجليل (٦/٢٥٦)، منح الجليل (٩/٥٣)، شرح الخرشي (٨/٣٠).

(٣) قال العمراني: «وهو قول بعض أصحابنا الخراسانيين» البيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/٣٩٢). وقال النووي: «وَفِي الْبَيَانِ وَجْهٌ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِالْجَمِيعِ. وَلَيْسَ بِشَيْءٍ» روضة الطالبين (٩/٢١٨). وانظر: كفاية النبيه (١٥/٤٧١). وحكي هذا الرأي عن الحلبيّ فيما إذا تمّالأ على القاتل أولياء القتلاء، وقتلوه جميعاً: أنه يكتفي به عن جميعهم، ولا رجوع لهم إلى الدية. انظر: المرجع السابق (١٥/٤٧٣-٤٧٤)، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٤/٣٣٨).

(٤) قال ابن مفلح: «ويخرج: يقتل بهم فقط؛ على رواية وجوب القود بقتل العمد» الفروع (٩/٤٠٧)، وانظر الإنصاف (٢٥/١٩٥). ونقل ابن رجب عن أبي الخطاب ذلك فقال: «وَذَكَرَ فِي الْإِتِّصَارِ فِي مَسْأَلَةٍ مَا إِذَا قُتِلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً عَمْدًا...، قَالَ: وَيَتَخَرَّجُ لَنَا كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ: يُقْتَلُ لِلْجَمِيعِ، وَلَيْسَ لَهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ، عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ: لَا يَثْبُتُ بِقَتْلِ الْعَمْدِ غَيْرُ الْقَوْدِ». انظر: ذيل طبقات الحنابلة، لابن رجب (١/٢٨٢-٢٨٣).



## القول الثاني:

يُقتل القاتل بواحد من القتلى، ولبقية الأولياء الدية. سواء كان طلب القصاص من جميع الأولياء أو من أحدهم. وإليه ذهب الشافعية<sup>(١)</sup>.

## القول الثالث:

يقتل الواحد بالجماعة، وتجب الدية لجميع أولياء القتلى، فتقسم بينهم، ويسقط منها مقابل ما حصلوا عليه من القود<sup>(٢)</sup>.

وهو قول عثمان البتي رَحِمَهُ اللهُ<sup>(٣)</sup>، وقول للشافعية<sup>(٤)</sup>، وخرجها بعض الحنابلة على بعض الفروع<sup>(٥)</sup>. وهو اختيار ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ<sup>(٦)</sup>.

(١) الأم (٢٣/٦)، الحاوي الكبير (١١٩/١٢)، روضة الطالبين (٢١٨/٩)، المهذب (١١٨/٣)، تحفة المحتاج (٤١٠/٨).

(٢) فلو قتل عشرة فإنه يُقتل بهم، وتجب لأولياء القتلى تسع ديات يقسمونها بينهم، فيكون لكل واحد منهم تسعة أعشار الدية، ويسقط من كل دية عشرة في مقابلة عشر القود. انظر: عيون المسائل، للقاضي عبد الوهاب (ص ٤٣١).

(٣) عيون المسائل، للقاضي عبد الوهاب (ص ٤٣١)، المجموع للنووي (٨/٤٣٥)، البيان للعمرائي (٣٩٣/١١).

(٤) قال النووي: «وَحَكَى الرَّوْيَانِيُّ وَجْهًا أَنَّهُ إِذَا وَقَعَتِ الْجَنَائِثُ مَعًا، قُتِلَ، أَوْ قُطِعَ بِهِمْ جَمِيعًا، وَيُرْجَعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْتَحِقِّينَ إِلَى حِصَّتِهِ مِنَ الدِّيَةِ، وَهَذَا شَاذٌ ضَعِيفٌ» روضة الطالبين (١٦٠/٩). وانظر: تبين الحقائق (١١٥/٦).

(٥) قال شمس الدين ابن مفلح: «قال: ويتوجه أن يجبر له باقي حقه بالدية» الفروع (٤٠٧/٩).

(٦) قال رَحِمَهُ اللهُ: «وَالَّذِي يَتَحَقَّقُ عِنْدِي أَنَّهُ يُقْتَلُ لِلْجَمِيعِ وَتُؤَخَذُ مِنْ مَالِهِ دِيَاتُ الْجَمِيعِ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ» ذيل طبقات الحنابلة، لابن رجب (٢٨٣/١).

### القول الرابع:

إن اتفق الأولياء على المطالبة بالقصاص قتل لهم جميعاً، ولا شيء لهم عليه في ماله. وإن اختار بعضهم القود وبعضهم الدية، فإنه يقتل لمن اختار القود، وتعطي الدية لمن اختارها. وإلى ذلك ذهب الحنابلة<sup>(١)</sup>.



(١) المغني (١١/٥٢٦)، المبدع، لبرهان الدين ابن مفلح (٧/٢٣٨)، الإنصاف (٢٥/١٩٥)، كشف القناع (٥/٥٤١).

## المطلب الثالث

## الأدلة، ووجوه الاستدلال، ومناقشتها

الفرع الأول: أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

القياس على قتل الجماعة بالواحد؛ لوجود التماثل بين الجماعة والواحد من كلا الطرفين؛ لأن المماثلة بين الشئيين إنما تكون من الجانبين، فإذا كان زيد أخاً لعمرو، فإن عمراً أخ لزيد. ولو لم يكن هناك تماثل؛ لما جاز قتل الجماعة بالواحد؛ لأن من شروط القصاص وجود التماثل. فالجماعة لو قُتِلوا واحداً قُتِلوا به، فكذلك إذا قَتَلَهُمْ واحدٌ قُتِلَ بهم. لأن كل واحد من أولياء القتلى - إذا طالبوا بالقصاص منه - قاتل للقاتل قصاصاً على وجه الكمال؛ كالجماعة إذا قتلوا واحداً اعتبر كل واحد منهم قاتلاً له على الكمال، لأن القتل لا يتجزأ، وما لا يتجزأ إذا أضيف يضاف كاملاً، فكان كل واحد من أولياء القتلى مستوفياً لحقه وكأنه ليس معه غيره، وبذلك لا حاجة إلى القضاء بالدية ولا إلى الترجيح بالسبق أو إلى الترجيح بالقرعة<sup>(١)</sup>.

(١) العناية شرح الهداية، للبارقي (١٠/٢٤٤)، البناية شرح الهداية، للعيني (١٠/٧٩)، التجريد للقدوري (١١/٥٥٧٣).

واعترض على هذا الدليل باعتراضين<sup>(١)</sup>:

### الاعتراض الأول:

لانسلم لكم وجود المماثلة، لأن الجماعة ليست كالواحد، فالواحد لا يماثل الجماعة. وقتلت الجماعة بالواحد لا للمماثلة، لإجماع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ عَلَى ذَلِكَ، وسدّاً لباب الفساد لئلا يؤدي الاشتراك في قتل الواحد، إلى إسقاط القصاص عن الجناة. ولأن القتل لا يتجزأ، فاعتبر كل واحد منهم قاتلاً له على وجه الكمال.

وعلى هذا: فالواحد إذا قتل جماعة، فقد انفراد فعله في كل واحد منهم عن فعله في الآخر. فلذلك وجب بكل فعل منه معنى منفرد.

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن: المماثلة بين الواحد والجماعة متحققة. قال الكاساني: «والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم؛ أن التماثل في باب القصاص إما أن يراعى في الفعل زجراً، وإما أن يراعى في الفئات بالفعل جبراً، وإما أن يراعى فيهما جميعاً، وكل ذلك موجود ههنا:

أما في الفعل زجراً فلأن الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر في فوات الحياة عادة، والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله، فكان الجزاء مثل الجناية.

(١) المبسوط (٢٦/١٢٦)، بدائع الصنائع (٧/٢٣٩)، التجريد (١١/٥٥٧٤)، المغني (١١/٥٢٧-٥٢٨).

وأما في الفأث جبراً فلأنه بقتله الجماعة ظلماً انعقد سبب هلاك ورثة القتلى؛ لأنهم يقصدون قتله طلباً للثأر وتشفياً للصدر فيقصد هو قتلهم دفعاً للهلاك عن نفسه فتقع المحاربة بين القبيلتين، ومتى قتل منهم قصاصاً سكنت الفتنة، واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم فتحصل الحياة لكل قتيل معنى ببقاء حياة ورثته بسبب القصاص، فيصير كأن القاتل دخر حياة كل قتيل تقديراً بدفع سبب الهلاك عن ورثته، فيتحقق الجبر بالقدر الممكن كما في قتل الواحد بالواحد، والجماعة بالواحد من غير تفاوت»<sup>(١)</sup>.

كما أجب عن قولهم: «أن القتل لا يتجزأ...»: بما ذكره القدوري، حيث قال: فكذلك نقول في مسألتنا إن خروج الروح لا يتبعص، فإذا حضروا وطالبوا فكأن النفس بكمها استوفيت لكل واحد منهم<sup>(٢)</sup>.

### الاعتراض الثاني:

أن القياس يقتضي عدم وجوب القصاص من صاحب المرتبة الأعلى إذا قتل الأدنى، لا العكس، حيث يقتص من الأدنى إذا قتل صاحب المرتبة الأعلى منه - كما في مسألتنا هذه. يدل لذلك: أن الابن والعبد (وهما الأدنى) يُقتلان بالأب والسيد (وهما في المرتبة الأعلى)، فكان على مقتضى ذلك أن يُقتل الأب والسيد إذا قتلا الابن والعبد، في حين أنهما لا يُقتلان بهما.

وأجب عن هذا الاعتراض: بأن هذا تأكيد لما ذكر في الدليل وتوجيهه؛ فالأدنى يماثل الأعلى، والأعلى يماثل الأدنى، فإذا كان في مسألتنا الأعلى

(١) بدائع الصنائع (٧/٢٣٩).

(٢) التجريد (١١/٥٥٧٤).

يستوفى بالأدنى فيؤخذ حقهم منه (فيقتل الواحد بالجماعة)، فلا بد أن يستوفى الأدنى بالأعلى (فتقتل الجماعة بالواحد)<sup>(١)</sup>. وأما عدم وجوب القصاص من الأب والسيد إذا قتل الابن والعبد فلوجود أدلة أخرى دلت على ذلك.

### الدليل الثاني:

أن القصاص إنما شرع لتحقيق الإحياء، وتحقيق الإحياء قد حصل بقتل القاتل فاكفني به فلا شيء لبقية الأولياء غير ذلك<sup>(٢)</sup>، أي أن مقصود القتل: التشفى والانتقام ولا فرق فيه بين الجزاء والعدوان، بل يتكامل لكل واحد، فأصبح كل واحد مستوفياً لحقه بكماله<sup>(٣)</sup>.

ونوقش: بأن الزجر لا يتحقق بهذا، بل إنه يزيد في عدوانه؛ لأنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد وأنه لا يزداد عليه بالقتل الثاني والثالث شيئاً؛ بادر إلى قتل من يريد قتله، وفعل ما يشتهي فعله، فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداءً<sup>(٤)</sup>.

وأجيب عنه: بأن صيانة النفس تكون بقتل القاتل، وقد فعلنا ذلك. فأما الدية فلم توضع للزجر عن القتل. وإنما هي قيمة المتلف، ولهذا يستوفى فيها في شبه العمد، ويعزر القاتل لنزجره عن القتل<sup>(٥)</sup>.

(١) المرجع السابق (١١/٥٥٧٣).

(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي (١٠/٢٤٦)، العناية شرح الهداية (١٠/٢٤٥).

(٣) المبسوط (٢٦/١٢٨).

(٤) الحاوي الكبير (١٢/١١٩)، المغني (١١/٥٢٩).

(٥) التجريد (١١/٥٥٧٤).

### الدليل الثالث:

القياس على العبد إذا قتل جماعة، وعلى المحارب إذا قتل في الحراة جماعة<sup>(١)</sup>.

واعترض على القياس على العبد: بأنه قياس مع الفارق لأمرين:

الأول: أن العبد الجاني إذا قُتل لأحد أولياء القتلى سقط القصاص، ولم يبق محل الدية لبقية الأولياء؛ لأنه لا مال للعبد. فيقابله في مسألتنا: إذا كان القاتل فقيراً فإنه يُقتل ولا شيء لبقية الأولياء<sup>(٢)</sup>.

الأمر الثاني: أن العبد إذا جنى على غيره عمداً تداخلت جنائياته كما تداخلت جنائيات خطئه<sup>(٣)</sup>.

وأجيب عن الأمر الأول بأنه: إذا كان عندنا لا حق في العمد إلا القود، فلا معنى للتفريق بوجود محل المال في أحد الموضعين وتعذره في الآخر حتى يثبت لهم أن هناك حقاً يطلب له محل. وقولهم: إن حق الباقي لم يسقط لكن فقد محله، غير صحيح؛ لأنه إذا لم يطلب به أولاً لا يجوز أن يطالب به في الثاني، فهذا معنى السقوط<sup>(٤)</sup>.

(١) المرجع السابق. وانظر: الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

(٢) التجريد (١١/٥٥٧٤).

(٣) المرجع السابق، الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

(٤) التجريد (١١/٥٥٧٤).

وأجيب عن الأمر الثاني بأنه: غير مسلم به، لأن جنایات العبد الخطأ لا تتداخل، بدليل أنه إذا اختار المولى الفداء وجب عليه لكل واحداً من أولياء القتلى ديةً كما يجب في جنایات الحر<sup>(١)</sup>.

وأما القياس على المحارب فاعترض عليه من وجهين:

### الوجه الأول:

عدم التسليم بالتداخل؛ فيتحتم قتله بالأول، ويؤخذ من ماله ديات الباقيين<sup>(٢)</sup>.

### الوجه الثاني:

لو سلم بالتداخل؛ فإنها تداخلت؛ لأنها صارت بانحتم قتله من حقوق الله تعالى، وحقوقه سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى تداخل<sup>(٣)</sup>.

وأجابت الحنفية عن الوجه الأول: بوجود التداخل في المحارب عدة مسائل، منها: «إِذَا قَتَلَ النَّفْسَ وَأَخَذَ الْمَالَ»، قَالَ مُحَمَّدٌ: يُقْتَلُ أَوْ يُضَلَبُ وَلَا يُقَطَّعُ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي الْمَشْهُورِ<sup>(٤)</sup>. وكذلك «إِنْ أَخَذَ مَا لَمْ تَمَّ جَرَحَ قُطِعَتْ يَدُهُ وَرَجُلُهُ وَبَطَلَتْ الْجَرَاحَاتُ»<sup>(٥)</sup>.

(١) المرجع السابق.

(٢) الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

(٣) المرجع السابق.

(٤) تبين الحقائق، (٣/٢٣٧)، الهداية مع فتح القدير (٥/٤٢٥-٤٢٦).

(٥) الهداية مع فتح القدير (٥/٤٢٧-٤٢٨)، تبين الحقائق (٣/٢٣٨).



وأجابوا عن الوجه الثاني: بأن حد القذف عند الشافعية حق للآدمي ويتداخل عند تكراره على المذوف، فكذلك يتداخل القصاص إذا قطعت يد رجل ثم مات؛ حيث إن القاتل يقتل ولا تقطع يده<sup>(١)</sup>.

### الدليل الرابع:

أن القصاص حد، وإذا ترادف على نفس واحدة وجب أن يتداخل بعضه في بعض، كحد الزنا، والقطع في السرقة<sup>(٢)</sup>.

ونوقش: بأن هذا غير مسلم به فالقياس عليه قياس مع الفارق، لأن القتل حق الآدمي، وهو مبني على المشاحة، بخلاف حقوق الله تعالى فهي مبنية على المسامحة<sup>(٣)</sup>.

وأجيب عنه: أن القصاص حق للآدمي ومع ذلك وقع فيه التداخل، فإذا قطعت يد رجل ثم مات؛ فإن القاتل يقتل ولا تقطع يده<sup>(٤)</sup>.

ويمكن أن يناقش الجواب: بأنه لا يسلم وجود التداخل، حيث قيل بالقطع ثم القتل لإمكانية تحقيق القصاص.

ولو سُلم بوجود التداخل فإنه القياس عليه قياس مع الفارق لأنه في محل واحد، ومسألتنا في جناية وقعت على أكثر من واحد.

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق (١١/٥٥٧٤)، الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

(٣) الحاوي الكبير (١٢/١٢٠).

(٤) التجريد (١١/٥٥٧٥).

### الدليل الخامس:

أن الأولياء اشتركوا في عين ضاقت عن حقوق جميعهم، فوجب أن يكونوا فيها أسوة الغرماء<sup>(١)</sup>.

ونوقش: بأنه لم يبق لغرماء المفلس عين يستوفون حقوقهم منها، فاستهموا في الموجود منها، ولو كان القاتل مفلساً لكان الأولياء معه بمثابةهم، وإذا فارق المفلس يساره وجد الأولياء سبيلاً إلى استيفاء حقوقهم، فتبين الفرق بين المسألتين<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني: أدلة القول الثاني:

#### القسم الأول من أدلتهم:

استدلوا على أن حق استيفاء القصاص إنما يكون لواحد من أولياء القتلى وليس لهم جميعاً، بستة أدلة:

#### الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾<sup>(٣)</sup>.

(١) الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

(٢) المرجع السابق (١٢/١٢٠).

(٣) المائة: ٤٥.

وجه الدلالة:

أن الآية أوجبت قتل النفس بالنفس، فمن جعل نفساً بأنفس فقد خالف ظاهر الآية<sup>(١)</sup>، إذ لا تماثل بين قتل واحد وبين قتلات، فلا يجوز أن تجعل النفس بمقابلة النفوس قصاصاً بالرأي<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يناقش وجه الدلالة:

بأن قتل القاتل إذا قتل أكثر من نفس لا يخالف الآية، بل هو موافق لها. ووجه ذلك أن مفهوم الموافقة الأولوي: أن من قتل نفساً بغير حق فقد استوجب القصاص، فكيف بمن قتل أكثر من نفس!

الدليل الثاني:

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾<sup>(٣)</sup>.

وجه الدلالة:

أن من قتل الواحد بجماعتهم؛ فقد أبطل سلطان كل واحد منهم<sup>(٤)</sup>.

(١) الحاوي الكبير (١٢/١١٩)، المهذب (٢/١٨٣).

(٢) المبسوط (٢٦/١٢٦).

(٣) الإسراء: ٣٣.

(٤) الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

### الدليل الثالث:

قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إِمَّا يُودَى، وَإِمَّا يُقَادُ))<sup>(١)</sup>.

### وجه الدلالة:

ظاهر الحديث أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية<sup>(٢)</sup>.

واعترض الحنفية على الاستدلال بالحديث بأن: الخبر يقتضي ثبوت الخيار بين الأمرين، فإذا قتله أخذ الأول، وإذا فات أحد الأمرين، تعين عليه الآخر<sup>(٣)</sup>.

### الدليل الرابع:

أن المماثلة مشروطة في باب القصاص، ولا مماثلة بين الواحد والجماعة، فلا يجوز أن يقتل الواحد بالجماعة على جهة الاكتفاء به، بل يقتل الواحد بالواحد، وتجب عليه الدية للباقيين<sup>(٤)</sup>.

واعترض أصحاب القول الأول على هذا الدليل: بما سبق ذكره في الدليل الأول من أدلتهم.

- (١) متفق عليه، البخاري، كتاب الديات، باب من قتل له قتيل، رقم (٦٨٨٠)، ومسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها، رقم (١٣٥٥).
- (٢) الحاوي الكبير (١٢/١١٩).
- (٣) التجريد (١١/٥٥٧٦).
- (٤) بدائع الصنائع (٧/٢٣٩)، المبسوط (٢٦/١٢٧).

وأجيب عنه: بما ذكر عند مناقشة أدلتهم هناك.

### الدليل الخامس:

القياس على عدم تداخل الجنايات إذا وقعت خطأ بالاتفاق، فلا تتداخل إذا كانت عمداً من باب أولى<sup>(١)</sup>.

ووجه الأولوية: أن جنایات العمد أغلظ من جنایات الخطأ، فلم يجز أن يكون موجب العمد أضعف من موجب الخطأ<sup>(٢)</sup>.

ونوقش: أن القياس مع الفارق، لأنه إذا كان القتل خطأ؛ فإن الجناية تجب في الدمة، والدمة تتسع لحقوق كثيرة<sup>(٣)</sup>.

### الدليل السادس:

القياس على عدم تداخل الجنايات إذا وقعت على الأطراف بالاتفاق، فوجب أن لا تتداخل في النفوس<sup>(٤)</sup>. فلو قطع يميني رجلين؛ فإنه لا يقطع بهما اكتفاء، بل يقطع بإحدهما، وعليه أرش الأخرى<sup>(٥)</sup>.

ونوقش: أن القياس هنا مع الفارق، لأن المماثلة معتبرة في الأطراف، فلم تقم اليد الواحدة مقام اليدين، فلا تقطع يداً بيد واحدة، لأن الطرف يتبعض في الاستيفاء، بخلاف استيفاء النفس فالمماثلة فيها غير معتبرة، لأن

(١) المغني (١١/٥٢٧)، الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

(٢) الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

(٣) المغني (١١/٥٢٧).

(٤) الحاوي الكبير (١٢/١١٩)، المهذب (٢/١٨٣)، المغني (١١/٥٢٧).

(٥) ذكره الكاساني في معرض استدلاله لقول الشافعي. بدائع الصنائع (٧/٢٣٩).

خروج الروح لا يتجزأ، فإذا اجتمعوا على القتل: كان كل واحد قد استوفى حقه على الانفراد، بدلالة المشترك في الأضحية. ولأن الجماعة تقتل بالواحد، كذلك يقتل الواحد بالجماعة<sup>(١)</sup>. ومعنى ذلك: أن هناك فرقا بين المسألتين: فالمماثلة في الأطراف شرط لاستيفاء القصاص لذا لا تقطع يدان في يد، وأما في النفس فلا تشترط فتقتل الجماعة بالواحد.

وأجيب: بعدم التسليم. قال البغوي: «وعند أبي حنيفة يقتل الواحد بالجماعة، ولا يجب شيء من الدية. ولو قطع رجلٌ يدي رجلين، قال: يقطع يده بهما، ولكل واحدٍ منهما ربع دية النفس، فنحن نقيس الطرف على النفس في أنه لا يُجمع في حق شخصٍ واحدٍ من القصاص والدية، ونقيس النفس على الطرف في أنه لا يجعل استيفاء المحل الواحد إيفاءً لحقيهما على الكمال»<sup>(٢)</sup>.

القسم الثاني من أدلتهم:

واستدلوا على وجوب الدية لبقية أولياء القتلى إذا استوفى القصاص لواحد من الأولياء، بأربعة أدلة:

الدليل الأول:

أن القصاص موضوع لإحياء النفوس، فلو قُتل الواحد بالجماعة بطلب أحد أولياء القتلى، ثم لا يجب على القاتل شيئا لبقية الأولياء؛ لكان فيه إغراء بقتل الجماعة، لأنه لا يلتزم بعد قتل الأول شيئا في جميع من قتل<sup>(٣)</sup>. لكن إذا

(١) التجريد (١١/٥٥٧٧)، تبين الحقائق، وحاشية الشلبي (٦/١١٥).

(٢) التهذيب في فقه الإمام الشافعي، للبغوي (٧/٢٩).

(٣) الحاوي الكبير (١٢/١١٩).

علم أنه سئلزم بالديات لباقي المقتولين؛ كَفَّ نفسه عن القتل حفاظاً على ماله لورثته<sup>(١)</sup>. وعليه: فإن إيجاب الدية على القاتل لبقية الأولياء فيه حفظ لحقوقهم، وزجر للقاتل، وحفظ للأنفس.

### الدليل الثاني:

أن لكل واحد حق استيفاء القصاص، فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل الحقوق، لأنها حقوق مقصودة للآدميين أمكن استيفاؤها، كالديون<sup>(٢)</sup>.

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن محل الديون الذمة وهي متسعة لحقوق كثيرة، أما محل القصاص فهي رقبة الجاني وهي تضيق فلا تسع جميع أصحاب الحقوق، فجاز أن يتداخل ما تعلق بها<sup>(٣)</sup>.

### الدليل الثالث:

القياس على ما لو قطع رجلٌ أيدي جماعةٍ، قُطع بالأول، وللباقيين الدية في ماله. فلا يجعل استيفاء المحل الواحد في النفس إيفاء لحق الجماعة على الكمال<sup>(٤)</sup>.

(١) نظرية المساواة في القصاص بين الفرد والجماعة، للدكتور: أبو السعود عبد العزيز موسى، ص ٣٨٩.

(٢) المرجع السابق، المغني (١١/٥٢٧).

(٣) التجريد (١١/٥٥٨٠)، المغني (١١/٥٢٧).

(٤) قال البغوي: «ونقيس النفس على الطرف في أنه لا يجعل استيفاء المحل الواحد إيفاءً لحقيهما على الكمال» التهذيب (٧/٢٩).

وناقش الحنفية هذا الدليل فقالوا: إن الحكم في الطرف مختلف عن الحكم في النفس. وبيانه من وجهين:  
الأول:

أنه «إِنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينِي رَجُلَيْنِ فَلَهُمَا قَطْعُ يَمِينِهِ وَنِصْفُ الدِّيَةِ... سِوَاءَ كَانَ الْقَطْعُ جُمْلَةً وَاحِدَةً أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ؛ لِأَنَّ الْمَسَاوَاةَ فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ تُوجِبُ الْمَسَاوَاةَ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ كَالْغَرِيمَيْنِ فِي التَّرَكَّةِ»<sup>(١)</sup>.

والوجه الثاني:

أن «الطَّرْفَ مُتَبَعٌ يُسَلِّكُ بِهِ مَسَلِّكَ الْأَمْوَالِ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا عَلَى اسْتِيفَائِهِ صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُسْتَوْفِيًا لِحُزِّ حَقِّهِ وَيَتَّقِلُ فِي الْبَاقِي إِلَى الْمَالِ، كَمَا لَوْ أَتَلَفَ عَلَيْهِمْ عَشْرَةٌ أَقْفَزَةً فَوَجَدُوا قَفِيزًا وَاحِدًا فَإِنَّهُمْ يَقْتَسِمُونَهُ وَيَتَّقِلُونَ فِي الْبَاقِي إِلَى الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَعٌ وَالْقِصَاصُ لَيْسَ بِمُتَبَعٍ، فَثَبَّتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَمَا فَظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ قَطْعِ الْيَدِ وَحَزِّ الرَّقِيبَةِ»<sup>(٢)</sup>.

الدليل الرابع:

أنه تعذر القود لبقية الأولياء، فانتقل حقهم إلى الدية، كما لو مات القاتل<sup>(٣)</sup>.

(١) تبين الحقائق (١١٦/٦).

(٢) حاشية الشلبي على تبين الحقائق (١١٥/٦).

(٣) المهذب (١٨٨/٣)، مغني المحتاج (٢٢/٤)، المبدع لابن مفلح (٢٣٩/٧).



وناقش الحنابلة ذلك بأن: هذا مسلّم به لو طالب بالقصاص أحد الأولياء، أو بادر بالقصاص منهم أحدهم. أما لو طالب جميع الأولياء بالقصاص فهذا غير متعذر. وسيأتي بيانه في أدلتهم.

### الفرع الثالث: أدلة القول الثالث:

#### الدليل الأول:

أن الموجود من القاتل عدة قتلات، ولم يتحقق في قتله إلا قتلة واحدة، فلا تماثل بين الفعل والعقوبة؛ لذا فإن في وجوب الدية لهم جبر لباقي حقهم<sup>(١)</sup>. ويمكن أن يناقش: بأن إزهاق الروح لا يتجزأ، فإما أن يكون عن بعض الأولياء، أو يكون عن الجميع. ثم إن الواجب لأولياء القتل إما القصاص وإما الدية، وفي جعل ذلك حق لهم مخالفة للنص.

#### الدليل الثاني:

القياس على ما لو قطع رجلٌ أيدي جماعة، فإنه يُقطع لهما، وتؤخذ دية اليد فتقسم بينهما. فلا يجعل استيفاء المحل الواحد في النفس إيفاء لحق الجماعة على الكمال<sup>(٢)</sup>.

(١) الهداية (١٠/٢٤٤)، تبين الحقائق (٦/١١٥).

(٢) ذكره ابن رجب في ذيل طبقات الحنابلة (١/٢٨٤).

### الدليل الثالث:

القياس على ما لو قطع رجلٌ يدَ آخر، وكان الجاني ناقص الأصابع، والمجني عليه كامل الأصابع، فإن للمجني عليه أن يقطع يد الجاني، ويأخذ دية الأصابع فيجتمع القصاص والدية ليكْمَلَ حَقُّهُ<sup>(١)</sup>.

### الدليل الرابع:

يمكن أن يستدل لهم: بأنه قد وُجِدَ القتلُ العمْدُ لجماعةٍ، فيستحق كل واحد من أولياء القتلى القصاصَ من القاتل، ولا يحصل ذلك من كل واحد منهم إلا بقتل واحد، فالنفس لا تتجزأ، فلم يستوف كل واحد منهم بالقتل إلا بعض حقه، فيستوفي الباقي من الدية<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن تناقش هذه الأدلة من الثاني إلى الرابع: بأن مفادها الجمع بين القصاص والدية، وهذا لا يصح في هذه المسألة: (قتل الواحد للجماعة)، لأنه يفضي إلى إيجاب القود والدية في النفس، والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد لم يرد الشرع به، ولا نظير له يقاس عليه<sup>(٣)</sup>. ثم هو قول -أي الجمع بين القصاص والدية- مخالف للإجماع. ذكر ذلك ابن حزم<sup>(٤)</sup>، وابن عبد البر<sup>(٥)</sup>، وابن القطان<sup>(٦)</sup>، والنووي<sup>(٧)</sup>، رَحِمَهُمُ اللهُ.

(١) ذكره ابن رجب في ذيل طبقات الحنابلة (١/٢٨٤).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٢٩٩)، المبسوط (٢٦/١٤٠).

(٣) المغني (١١/٥٢٨).

(٤) المحلى (١١/١٤٣).

(٥) الاستذكار (٨/١٦٩). ونقله عنه القرطبي في تفسيره (٢/٢٤٨).

(٦) الإقناع في مسائل الإجماع (٢/٢٧٥).

(٧) روضة الطالبين (٩/١٢٢).

## الفرع الرابع: أدلة القول الرابع:

أولاً:

احتجوا على وجوب الدية لبقية أولياء القتلى إذا استوفى القصاص لواحد من الأولياء: بما احتج به أصحاب القول الثاني في هذه الجزئية.

ثانياً:

احتجوا على أن لبعض الأولياء المطالبة بالقصاص وللباقيين المطالبة بالدية: بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من قتل له قتيل؛ فهو بخير النظرين: إما أن يودى، وإما أن يُقَاد))<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة:

ظَاهِرُهُ أَنَّ أَهْلَ كُلِّ قَتِيلٍ يَسْتَحِقُّونَ مَا اخْتَارُوهُ الْقَصَاصَ أَوْ الدِّيَةَ، فَإِذَا اتَّفَقُوا عَلَى طَلْبِ الْقَصَاصِ وَجَبَ لَهُمْ، وَإِنْ اخْتَارَ بَعْضُهُم الدِّيَةَ، وَجَبَتْ لَهُ بِظَاهِرِ الْحَبْرِ<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً:

احتجوا على أن لجميع الأولياء حق المطالبة بالقصاص من القاتل: بأنه محل تعلق به حقان، لا يتسع لها معاً، ورضي المستحقان به عنهما، فيكتفى به، فإذا رضي أصحابها بالقتل جاز، فيكتفى به لتعذر توزيع الجاني على الجنایات، كما لو قتل عبداً عبدين خطأ، فرضي سيد العبدین بأخذه بدلاً عنهما<sup>(٣)</sup>.

(١) سبق تحريجه.

(٢) المغني (١١/٥٢٧).

(٣) المرجع السابق، الكافي لابن قدامة (٣/٢٦٩)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٦/٩١).

غاية ما في الأمر أن الأولياء رضوا بما هو أقل من حقهم، وهذا أمر جائز لأن الحق لهم، إذ لهم العفو عنه فلا قصاص ولا دية، ولهم أخذ بعض الحق؛ قياساً على فرعين:

### الفرع الأول:

القياس على رضى صاحب اليد الصَّحِيحَةِ بالقصاص من صاحب اليد الشَّلَاءِ حيث لم توجد المماثلة في السلامة.

### الفرع الثاني:

القياس على رضى وَلِيِّ الحُرِّ المقتول بالقصاص من الجاني إذا كان عبداً، أو رضى وَلِيِّ المسلم المقتول بالقصاص من الجاني إذا كان كافراً<sup>(١)</sup>.  
ونوقش:

بأن القياس على رضى صاحب الحق بأقل من حقه على هذه المسألة غير صحيح؛ لأن اتفاق أولياء القتلى على طلب القصاص لا يُعَبَّرُ عن رضاهم بأقل من حقوقهم، وإنما كان لقصد التشفّي والانتقام خشية كل واحد منهم ألا يطلب القصاص غيره فيسقط القصاص عن الجاني<sup>(٢)</sup>.

(١) المغني (١١/٥٢٧)، كشف القناع (٥/٥٤١).

(٢) تعدد الجريمة وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، لمحمد بن عبد الله المحميد، ص ٦١.

## المطلب الرابع الترجيح

يظهر لي - والله أعلم - أن القول الرابع هو الراجح، لما يلي:

أولاً: أن هذا القول يسنده ظاهر السنة.

ثانياً: أن فيه الجمع بين الأقوال.

ثالثاً: أن الأصل تعدد الأحكام بتعدد الأسباب<sup>(١)</sup>، فلكل فعل جزاؤه، خاصة في حقوق العباد المبنية على المشاحة.

رابعاً: أن الجنايات التي وقعت متعددة، والمستحقون لموجباتها متعددون، ولا يوجد ما يمنع من إعطائهم حقوقهم الواجبة لهم بالقتل العمد، فالجهة بين الأولياء منفكة بدليل أن عفو بعض أولياء القتلى لا يعني سقوط القصاص عن القاتل؛ فالحق متعدد ويمكن تجزئته بعدد مستحقه.

خامساً: أن المساواة في سبب الاستحقاق - وهو القتل العمد - توجب المساواة في استحقاق القصاص من القاتل، ولا معتبر بالتقدم والتأخر، كالغريمين في التركة وإن كان ذين أحدهما أقدم<sup>(٢)</sup>.

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام (١/٢٥٢).

(٢) تبين الحقائق (٦/١١٦). تنبيه: العز بن عبد السلام والزيلعي رَحِمَهُمَا اللهُ، لا يقولان بهذا القول، ولكن لما رأيت أنه يمكن أن يكون ما ذكره سبباً من أسباب الترجيح؛ نقلت ذلك - توثيقاً للعبارات - مع التصرف اليسير في عبارة الزيلعي.

## المطلب الخامس أسباب الاختلاف

بالنظر إلى كلام الفقهاء والأدلة التي ذكروها يتبين أن الخلاف فيها يعود إلى الأسباب التالية:

### السبب الأول: اختلاف الفقهاء في موجب القتل العمد:

فمن يرى - وهم الحنفية والمالكية - أن قتل العمد، لا يوجب غير القود، وأن الدية لا تستحق إلا برضى الجاني، وأن القاتل إذا قتل أو مات فلا تجب عليه الدية؛ فإنهم يرون أن القصاص من القاتل يقع عن الجميع، ولو طلب بعضهم الدية.

أما من يرى - وهم الشافعية والحنابلة - أن قتل العمد يوجب أمرين: القود أو الدية؛ فإنهم فلا يوجبون وقوع القصاص عن الجميع إذا طلب بعضهم القصاص وبعضهم الدية. وأشار إلى هذا السبب القدوري. حيث قال: «وهذه مبنية على أصلنا أن موجب قتل العمد القصاص خاصة. فإذا قُتل؛ تعذر استيفاء الحق فسقط، وعندهم: موجب [القتل العمد] المال أو القصاص، فإذا قُتل سقط القصاص فبقي البدل الآخر، ومبنية على أصل آخر وهو: أن من وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص بغير عوض. وعنده تجب الدية، فقلته قصاصاً كموته»<sup>(١)</sup>.

(١) التجريد (١١/٥٥٧٢-٥٥٧٣).

وكذلك أشار إلى هذا السبب: القاضي عبد الوهاب المالكي<sup>(١)</sup>،  
والموردي<sup>(٢)</sup>، رَحِمَهُمَا اللهُ.

### السبب الثاني: اختلاف الفقهاء في وقوع التداخل في حقوق العباد:

فمن يرى أنها تتداخل - وهم أصحاب القول الأول - فإنه يرى تداخل  
حقوق الأولياء، وأن إقامة القصاص على القاتل ولو بطلب واحد من  
الأولياء؛ كافٍ في الاستيفاء، وأنها تقع عن الجميع، ولا حق لهم بعد ذلك.  
ومن يرى عدم تداخل حقوق الأولياء - وهم أصحاب القول الثاني  
والرابع - فإنه يرى أن إقامة القصاص بطلب من أحد الأولياء أنها تقع عن  
طلبها فقط، ولا يسقط ذلك حقوق بقية الأولياء في الدية.

### السبب الثالث: الاختلاف في تكييف مسألة: قاطع الطريق إذا قُتِل:

قال ابن الملقن: «قاعدة: هل المَغْلَبُ في قتل قاطع الطريق حق الله تعالى  
أو حق الآدمي؟ فيه قولان»<sup>(٣)</sup>، واختار أن فيه معنى القصاص ومعنى الحد،  
وذكر أنه يتفرع على الخلاف عدة مسائل، وذكر منها: «إذا قتل واحد جماعةً،  
فإن غَلَبْنَا حق الله تعالى؛ قُتِلَ بهم، ولا دية عليه. وإن غَلَبْنَا حق الآدمي قُتِلَ  
بالأول، ووجبت الدية للباقي»<sup>(٤)</sup>.

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٨١٩).

(٢) الحاوي الكبير (١٢/ ١١٩).

(٣) الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/ ٣١٨)، وانظر: القواعد للحصني (٣/ ٣٠٠).

(٤) الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/ ٣١٨)، وانظر: القواعد للحصني (٣/ ٣٠٠).

### السبب الرابع: سبب الاختلاف بين الشافعية والحنابلة:

يظهر لي - والله أعلم - أن الاختلاف بين الشافعية والحنابلة يعود إلى الخلاف في: هل طلب جميع الأولياء القصاص من القاتل يقع عن الجميع أم أن هذا متعذر؟

فالشافعية يرون أن طلب جميع الأولياء القصاص من القاتل متعذر؛ لأن محل الاستيفاء واحد. بينما يرى الحنابلة أن ذلك غير متعذر، ولا مانع من اشتراكهم في ذلك الحق إذا أرادوا.





## المطلب السادس ثمرة الاختلاف

يمكن بيان الآثار - ثمرة الخلاف - المترتبة على الخلاف في هذه المسألة، بما يلي:

١. إن اتفق الأولياء على المطالبة بالقصاص قتل لهم جميعاً، ولا شيء لهم عليه في ماله. وهذا قول الحنفية والمالكية والحنابلة. ولهم الدية ويسقط منها مقابل ما حصلوا من القود في قول عثمان البتي. أما الشافعية فإنهم يرون وقوع القصاص عن واحد ولبقية الأولياء الدية.
٢. إن اختار أحد الأولياء القود واختار البقية الدية، فإنه يقتل لمن اختار القود، وتعطي الدية لمن اختارها. عند الشافعية والحنابلة. ويقع القصاص عن الجميع، ولا شيء لبقية الأولياء عند الحنفية والمالكية.
٣. إن عفا أولياء الجميع إلى الديات، فلهم ذلك، عند الشافعية والحنابلة، بينما يرى الحنفية والمالكية أنه لا بد من رضی الجاني في دفع الدية.
٤. عند الحنفية: إذا قُتِلَ واحدٌ جماعةً فحضرَ واحدٌ منهم؛ قُتِلَ له وسقط حُقُّ الباقين<sup>(١)</sup>، وعند الشافعية والحنابلة تجب الدية للباقيين<sup>(٢)</sup>.

(١) تبين الحقائق (٦/ ١١٥). واعترض صاحب تكملة فتح القدير على هذا فقال: «فَيَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ لِلْبَاقِينَ الْمَالُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، فَلْيَتَأَمَّلْ» (١٠/ ٢٤٦).

(٢) الحاوي الكبير (١٢/ ١٢١)، المغني (١١/ ٥٢٦-٥٢٨)، الكافي (٣/ ٢٦٩).

٥. لا فرق عند الحنفية والمالكية بين أن يقتلهم في وقت واحد، أو مرتين. وكذا عند الحنابلة إن طالبوا بالقصاص من غير أن يطلب أحدهم أن يقتص له على وجه الكمال.

وفرق الشافعية بين الحالتين، وكذلك الحنابلة إن طالب الأولياء بالقصاص وطلب أحد الأولياء القصاص له على وجه الكمال:

**الحالة الأولى:**

أن يقتلهم واحداً بعد واحد<sup>(١)</sup>؛ فحينئذ يُقتل بأولهم. لأنَّ حقه أسبق، ولأنَّ المحلَّ صار مُستَحَقًّا له بالقتل الأول. فلا يُخاطَب أولياء الباقيين إلا بعد عرض القصاص على الأول. فإنَّ طلبه اقتُصَّ له، وللباقيين الدية. وإن كان غائباً، أو صغيراً، أو مجنوناً؛ انتظر حتى يقدم الغائب ويبلغ الصبي ويفيق المجنون؛ لأن الحق له. فإن عفا أو أسقط حقه قُدِّم الثاني، وإن انتقل الحق إلى الثاني فعفا عن القصاص إلى الدية عُرِضَ القصاص على الثالث وهكذا، فإن استوفى القصاص فللبقية حقهم في الدية؛ لأن القود فاتهم، فانتقل حقهم إلى الدية، كما لو مات القاتل.

(١) قال الماوردي: «والاعتبار بالتقدم أن يُراعى وقت الموت لا وقت الجناية، فلو قطع يد زيد ثم قطع يد عمرو فمات عمرو ثم مات زيد؛ استحقَّ زيد القصاص في اليد دون عمرو، لأن قطع يده أسبق، واستحقَّ عمرو القصاص في النفس دون زيد، لأن موته أسبق. والله أعلم» الحاوي الكبير (١٢/١٢١). وانظر: مغني المحتاج (٥/٢٤٩). وقال ابن الرفعة: «وفي التهمة حكاية وجه: أنه يقتل بالمقطع يده؛ لأن القطع صار قتلاً» كفاية النبيه في شرح التنبيه، لابن الرفعة (١٥/٤٧٠).

## والحالة الثانية:

أن يقتلهم جميعاً في وقتٍ واحدٍ، أو أشكل الأول منهم، ولم يطلب أحدهم القصاص له على وجه الكمال: فَإِنْ سَلَّمُوا الْقَوْدَ لِأَحَدِهِمْ كَانَ أَحَقَّهُمْ بِهِ، وَلِلْباقين الدية. وَإِنْ تَشَاحُوا فِيهِ وَطَلَبَ كُلُّ وَاحِدٍ أَنْ يُقَادَ بِقَتِيلِهِ؛ فَيُفْرَعُ بَيْنَهُمْ؛ فَيَكُونُ حَقُّ الاستيفاء لمن خرجت له القرعة؛ لأن حقوقهم تساوت، فوجب المصير إلى القرعة، وللباقين الدية. وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وُلِيِّ أَنَّهُ الْأَوَّلُ، فَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ عَمَلٌ بِهَا، وَإِنْ لَمْ تَوْجَدْ بَيْنَهُ، فَإِنْ اعْتَرَفَ الْقَاتِلُ بِالْتَقَدُّمِ لِأَحَدِهِمْ فَهُوَ الْأَحَقُّ بِالْقصاص، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ بَيْنَهُمْ؛ وَيَخْتَصُّ بِالْقصاص مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقَرَعَةُ مِنْهُمْ<sup>(١)</sup>.

٦. ذكر بعض الشافعية أنه إذا قتل أجنبي هذا القاتل؛ فيه خلاف: «قال المتولي: فالمذهب أن الدية تؤخذ وتقسم بين الجميع، وهذا ما جزم به القاضي الحسين. وقيل: يختص بها ولي المقتول أولاً»<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*\*\*

تم بحمد الله

(١) الحاوي الكبير (١٢/١٢٠)، روضة الطالبين (٩/٢١٨-٢١٩)، كفاية النبيه (١٥/٤٧٠)، مغني المحتاج (٤/٢٢)، المغني (١١/٥٢٦-٥٢٨)، الكافي (٣/٢٦٩).

(٢) كفاية النبيه (١٥/٤٧٠).

## الخاتمة

### التائج:

- في ختام هذا البحث أذكر أبرز النتائج التي خرجت بها، وهي:
١. لا خلاف في استحقاق القاتل للقصاص، وإنما الخلاف في: من له الحق من أولياء المجني عليهم في القصاص من القاتل.
  ٢. الراجح من الأقوال: أنه إن اتفق أولياء القتلى على المطالبة بالقصاص قتل لهم جميعاً، ولا شيء لهم عليه في ماله. وإن اختار بعضهم القود وبعضهم الدية، فإنه يقتل لمن اختار القود، وتعطي الدية لمن اختارها. ويسند هذا القول ظاهر السنة، وفيه الجمع بين الأقوال.
  ٣. أنه لا يجمع بين القصاص والدية لشخص واحد في محل واحد.
  ٤. يرى الحنفية والمالكية أن قتل العمد يوجب القود فقط، وأن الدية لا تستحق إلا برضى الجاني.
  ٥. يرى الشافعية والحنابلة أن قتل العمد يوجب أمرين: القود أو الدية.
  ٦. يرى الحنفية والمالكية أن حقوق العباد تتداخل وعلى هذا فإن حقوق الأولياء تتداخل وأن إقامة القصاص على القاتل ولو بطلب واحد من الأولياء؛ كافٍ في الاستيفاء، فيقع عن الجميع، ولا حق لهم بعد ذلك على القاتل.

٧. يرى الشافعية والحنابلة عدم تداخل حقوق العباد وعليه فإن القصاص بطلبٍ من أحد الأولياء يقع عن طلبه فقط، ولا يُسقط ذلك حقوق بقية الأولياء في الدية.

٨. يرى الشافعية أن طلب جميع الأولياء للقصاص من القاتل متعذر، ويرى الحنابلة إمكانية.

### التوصيات:

أوصي أن يهتم الباحثون بفهرسة القضايا الجنائية التي نُظرت في المحاكم العامة، خاصة التي وقعت قبل استخدام الحاسب الآلي، وأن تكون الفهرسة موضوعية، ليتسنى للباحثين سهولة الوصول إلى أقضية أصحاب الفضيلة القضاة، والاستفادة منها في التطبيقات القضائية.

والله ولي التوفيق.

\*\*\*

## أهم المصادر والمراجع

١. الاستذكار، المؤلف: أبو عمر يوسف ابن عبد البر القرطبي. تحقيق: سالم عطا، ومحمد معوض. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
٢. الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، المؤلف: سراج الدين أبي حفص عمر بن علي الأنصاري المعروف بـ ابن الملقن، تحقيق ودراسة: مصطفى محمود الأزهرري. الناشر: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٣١هـ.
٣. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المؤلف: القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي. تحقيق: الحبيب بن طاهر. الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.
٤. الإقناع في مسائل الإجماع، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد الحميري (ابن القطان). تحقيق: حسن الصعيدي. الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.
٥. الأم، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. الناشر: دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ.
٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرّداوي. تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو. (مطبوع مع المقنع والشرح الكبير). الناشر: دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ.



٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد. الناشر: دار الحديث، القاهرة. بدون طبعة، ١٤٢٥هـ.
٩. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم. الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، بدون تاريخ.
١٠. البيان في مذهب الإمام الشافعي، المؤلف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني. المحقق: قاسم النوري. الناشر: دار المنهاج، جدة. الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
١١. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، مع حاشية: الشلبي. الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.
١٢. التجريد، المؤلف: أحمد بن محمد بن أحمد القدوري. تحقيق: د. محمد سراج، د. علي جمعة. الناشر: دار السلام، القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ.
١٣. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي. الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، بدون طبعة، ١٣٥٧هـ.
١٤. تهذيب اللغة، المؤلف: أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى الهروي. الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.
١٥. الحاوي الكبير، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي، الشهير بالماوردي. تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
١٦. جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، المؤلف: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري. تحقيق: الدكتور عبد الله التركي. الناشر: دار هجر للطباعة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

١٧. الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المؤلف: علاء الدين الحصكفي الحنفي. تحقيق: عبد المنعم إبراهيم. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.
١٨. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي. الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت. الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
١٩. الذيل على طبقات الحنابلة، المؤلف: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب. المحقق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين. الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ.
٢٠. رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، المؤلف: محمد أمين بن عمر ابن عابدين الدمشقي الحنفي. الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الثانية، ١٣٨٦هـ.
٢١. روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي. تحقيق: زهير الشاويش. الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢.
٢٢. الشرح الكبير على متن المقنع، المؤلف: شمس الدين عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة المقدسي. تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو (مطبوع مع المقنع والإنصاف). الناشر: دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٢٣. الشرح الكبير على مختصر خليل، المؤلف: أحمد الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي (محمد بن أحمد بن عرفة). الناشر: دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
٢٤. شرح الخرشي على مختصر خليل، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي. الناشر: دار الفكر للطباعة، بيروت.





٢٥. شرح الزركشي على مختصر الخرقى، المؤلف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي. الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ.
٢٦. صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه)، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري. تحقيق: محمد بن زهير الناصر. الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ.
٢٧. صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم)، المؤلف: أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٨. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس. تحقيق: د. محمد أبو الأجنان، وعبد الحفيظ منصور. الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ.
٢٩. عيون المسائل، المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي. تحقيق: علي بورويبة. الناشر: دار ابن حزم للطباعة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ.
٣٠. فتح القدير على الهداية، المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام الحنفي. الناشر: شركة مكتبة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الأولى، ١٣٨٩ هـ.
٣١. القاموس المحيط، المؤلف: الفيروزآبادي. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. بيروت، لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ.

٣٢. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المؤلف: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام  
الدمشقي. راجعه: طه سعد. الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، بدون  
طبعة، ١٤١٤هـ.
٣٣. الكافي في فقه الإمام أحمد، المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد  
ابن قدامة المقدسي. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ-  
١٩٩٤م.
٣٤. الكافي في فقه أهل المدينة، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر  
القرطبي. الناشر: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،  
١٤٣٢هـ.
٣٥. كشاف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي.  
راجعه وعلق عليه: هلال مصيلحي، ومصطفى هلال. الناشر: مكتبة النصر  
الحديثة بالرياض، ١٤٠٢هـ.
٣٦. لسان العرب، المؤلف: جمال الدين ابن منظور الأنصاري. الناشر: دار صادر،  
بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.
٣٧. المبدع في شرح المقنع، المؤلف: برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ابن  
مفلح. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.
٣٨. المبسوط، المؤلف: شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي. الناشر: دار المعرفة،  
بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ.
٣٩. المحلى بالآثار، المؤلف: أبو محمد علي ابن حزم. الناشر: دار الفكر، بيروت.
٤٠. المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، برواية سحنون. الناشر: دار الكتب  
العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٤١. مراتب الإجماع، المؤلف: أبو محمد علي ابن حزم. الناشر: دار الكتب العلمية،  
بيروت.



٤٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أحمد بن محمد الفيومي. الناشر: المكتبة العلمية، بيروت.
٤٣. المعونة على مذهب عالم المدينة، المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي. تحقيق: حميش عبد الحق. الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٤٤. المغني، المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي. تحقيق: د. عبد الله التركي، ود. عبد الفتاح الحلو. الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧هـ.
٤٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.
٤٦. مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكريا الرازي. تحقيق: عبد السلام هارون. الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
٤٧. المقنع، المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي. تحقيق: محمود الأرنؤوط، وياسين الخطيب. الناشر: مكتبة السوادى للتوزيع، جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
٤٨. المهذب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ.
٤٩. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين محمد بن محمد الطرابلسي، المعروف بالخطّاب. ضبطه: زكريا عميرات. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ.

## دراسات معاصرة حول الموضوع

١. تعدد الجريمة وأثره على العقوبة في الفقه الإسلامي، للباحث: محمد بن عبد الله المحميد. بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير، من المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٠٥هـ.
٢. نظرية المساواة في القصاص بين الفرد والجماعة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، للدكتور: أبو السعود عبد العزيز موسى. بحث محكم، منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد ١٣، ١٩٩٥م.
٣. تعدد الجرائم وأثره في العقاب الجنائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، للباحث: علي بن سعيد القحطاني. بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير، من المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، ١٤١٦هـ.
٤. تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات الجزائية، للباحث: سامر سعدون العامري، رسالة ماجستير لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، من جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠٠٥م.
٥. أثر تعدد الجرائم في تقدير العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، د. محمد العايب، بحث محكم، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، المجلد ١٧، العدد ٧، ٢٠١٧م.
٦. تعدد الجرائم وأثره في العقوبة في القانون الكويتي، د. فهد نشمي الرشيد، بحث محكم، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد ١٢، العدد ٣، ٢٠٢٢م.





## حكم تأخير استيفاء القصاص حتى بلوغ القصر

د. عبد الرحمن بن محمد بن محمد آل سعيد  
الأستاذ المساعد بقسم الفقه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

## المقدمة

الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه، 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 وسلّم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.  
أما بعد:

فإن من الجرائم العظيمة التي تجترحها النفوس الشريرة قتل النفس التي حرم الله عزّوجلّ بغير حق، ولما كان من اجترأ على إزهاق نفس بريئة وإتلافها بغير حق قد بلغت نفسه من الشر رتبة لا تستحق معه البقاء في الحياة، حكّم الله عزّوجلّ بقتل تلك النفس عقوبة لها، وجعل تلك العقوبة حقاً لورثة القتيل يقتصّون منه قتلَةً مماثلة لفعلته في الجملة؛ جزاءً وفاقاً.

غير أن من تخفيف الله تعالى على عباده أنه لم يجعل قتل القاتل حتماً لازماً لا مناص عنه؛ بل جعل من حق الورثة العدول عن القصاص إلى الدية، أو المصالحة عنه بعوض، أو العفو مجاناً؛ لأن الإنسان قد يُعتدى على عرضه أو نفسه أو ماله، فلا يمكنه دفع ذلك الاعتداء إلا بقتل المعتدي، ولا يكون له بينة يدفع بها عن نفسه القصاص، أو يحدث من القاتل توبة وندم وانكسار وخضوع، فتأف به نفوس الأولياء فتطيب عن قتله، فلذلك وغيره ترك الله عزّوجلّ للصلح والعفو باباً مفتوحاً يلج منه من رأى أن مصلحة العفو أعظم من مصلحة القصاص.

وأسند الشرع الحق في القصاص أو العدول عنه للورثة، وحيث إنه قد يكون بعض الورثة صبيًا لا يدرك المصلحة ولا يراعيها في الخيار، وقع التنازع بين أهل العلم رَحِمَهُمُ اللَّهُ في ذلك بين حبس القاتل حتى يبلغ ذلك الصبي ثم يطالب مع الورثة بالقصاص أو يعدل عنه إلى العفو أو الدية، وبين أن يكون أمر القصاص للبالغين من الورثة حال قتل مُورِّثهم دون القاصرين منهم، وهذه مسألة لا تخفى أهميتها؛ لأنه يُبنى عليها تعجيل القصاص قبل بلوغ الصبيان الذين قد يعفو بعضهم بعد البلوغ، فيكون قد تُعَجِّل في قتل نفس لو تُرِيث فيها لما قُتِلت، أو يُؤَخَّر القصاص مع حبس القاتل إلى بلوغ الصبيان فلا يعفو أحدٌ منهم فيقتص من القاتل بعد مدة طويلة من الحبس، فيكون قد جُمع له مع القتل عقوبة الحبس وعذابُ السنين، ولم يكن لها أن تقع لو تُعَجِّل في إقامة القصاص عليه، فلهذا نشأت فكرة بحث هذه المسألة، بالإضافة لأسباب أخرى منها:

١. عدم وجود نص قاطع في هذه المسألة، بل كل فريق يستند لفعل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أو لعمومات النصوص، واستنباطات المجتهدين وهي لا تسلم من مناقشات وإيرادات.

٢. تناثر كلام أهل العلم رَحِمَهُمُ اللَّهُ في هذه المسألة في كتب التفسير والحديث والفقه، فاحتيج لجمعه في موضع واحد.

٣. قوة الخلاف فيها، وكثرة الجدل والمناقشة.

٤. أهمية هذه المسألة في الواقع وكثرة وقوعها وتكررها، وتباين آراء القضاة فيها.

وبالبحث في الشبكة العالمية لم أجد من أفرد هذه المسألة بالبحث، ولا بالتصدي لجمع كلام أهل العلم فيها، وأدلتهم، ونقاشهم، سوى بعض الفتاوى التي تنتصر لقولٍ على حساب الآخر دون استقصاء لأدلة المخالف، ومناقشة أدلة الموافق، غير رسالة قديمة لأحد فقهاء اليمن في القرن الثاني عشر، وحقَّقها الدكتور سليمان بن صالح العقل، وهي: تحقيق التحرير بعدم تأخير القصاص إلى بلوغ الصغير لعبد الخالق المزجاني (ت: ١٢٠١هـ).

وكما يظهر من العنوان فإن هذه الرسالة هي للانتصار للقول بعدم تأخير القصاص، ولم يتطرق للقول بالتأخير إلا في معرض الرد.

ولكل ما سبق استعنت بالله تعالى، وشرعت في بحث هذه المسألة.

وقد قصرت بحثي في حكم استيفاء القصاص للصغير فقط، دون العفو أو المصالحة عليه؛ لأن البحث سيطول ويتشعب، وأسأل الله التوفيق للسداد، والعمل الصالح، والعلم النافع.

### منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج المتبع عند الباحثين، وسرت فيه وفق ما يلي:

١. عند ذكر المسألة المراد بحثها فإني أتبع ما يلي:

أ- تحرير محل النزاع في المسألة.

ب- ذكر الأقوال في المسألة مع ذكر قائلها.



ت- توثيق أقوال المذاهب من مصادرها المعتمدة في كل مذهب.

ث- ذكر أدلة كل فريق مع بيان وجه الدلالة إن احتيج إليها، وذكر ما يرد عليه مناقشات، وما يجاب به عليها إن وجدت.

ج- الترجيح بين الأقوال مع بيان أسبابه.

٢. كتابة الآيات بالرسم العثماني وعزوها لسورها.

٣. تخريج الأحاديث الواردة من مصادرها الأصلية، مع نقل كلام أهل الاختصاص في الحكم عليها، إن لم يكن الحديث في الصحيحين، أو أحدهما، واقتصرت في العزو على رقم الجزء والصفحة والحديث.

٤. ألحقته بفهرس للمصادر والمراجع.

٥. لم أترجم للأعلام طلباً للاختصار.

٦. لا أذكر اسم المؤلف عند العزو للكتب في الحاشية إلا عن تشابه أسماء الكتب دفعاً للالتباس.

### الخطة:

انتظم هذا البحث في مقدمة وتمهيد ومبحثين، على التفصيل التالي:

### المقدمة:

وفيها: أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث.

التمهيد:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستيفاء لغة واصطلاحًا.

المطلب الثاني: تعريف القصاص لغة واصطلاحًا.

المطلب الثالث: تعريف استيفاء القصاص.

المطلب الرابع: تعريف البلوغ لغة واصطلاحًا.

المطلب الخامس: تعريف القصر لغة واصطلاحًا.

المبحث الأول: حكم استيفاء القصاص إذا كان بين الورثة قاصر أو أكثر:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تحرير محل النزاع.

المطلب الثاني: الأقوال في المسألة.

المطلب الثالث: أدلة الأقوال في المسألة.

المطلب الرابع: الترجيح بين الأقوال.

المبحث الثاني: حكم استيفاء القصاص إذا كان كل الورثة قاصرين:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: بيان صورة المسألة.





المطلب الثاني: تحرير محل النزاع.

المطلب الثاني: لأقوال في المسألة.

المطلب الثالث: أدلة الأقوال في المسألة.

المطلب الرابع: الترجيح بين الأقوال.

## التمهيد

وفيه خمسة مطالب:

### المطلب الأول: تعريف الاستيفاء لغة واصطلاحًا:

أولاً: معنى الاستيفاء لغة:

الواو والفاء والحرف المعتل: كلمة تدل على إكمال وإتمام، يقولون: أوفيتك الشيء، إذا قضيته إياه وافيًا، وتوفيتُ الشيء واستوفيته إذا أخذته كله حتى لم تترك منه شيئاً<sup>(١)</sup>.

ثانياً: معنى الاستيفاء اصطلاحًا:

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فهو بمعنى طلب الحق من الغير، وأخذه منهم كاملاً<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني: تعريف القصاص لغة واصطلاحًا.

أولاً: القصاص لغة:

القَوْدُ. وقد أقصَّ الأميرُ فلانًا من فلان، إذا اقتَصَّ له منه فجرحه مثل جرحه، أو قتله قودًا<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر مادة (وفي) من: مقاييس اللغة (٦ / ١٢٩)، والقاموس المحيط (١٣٤٣)، وتاج العروس (٢١٨ / ٤٠).

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٤ / ١٤٦).

(٣) ينظر: الصحاح (٣ / ١٠٥٢)، ولسان العرب (٧ / ٧٣).

## ثانياً: القصاص اصطلاحاً:

استيفاء الحق لصاحبه ممن هو عليه<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثالث: تعريف استيفاء القصاص:

هو: أن يفعل المجني عليه أو وليه بالجاني مثل ما فعل، أو شبهه<sup>(٢)</sup>.  
وزاد في المطلع: «أو يأخذ عوضه»<sup>(٣)</sup>، وهذه الزيادة لا تناسب تعريف  
استيفاء القصاص، بل تناسب القصاص.

## المطلب الرابع: تعريف البلوغ لغة واصطلاحاً:

### أولاً: البلوغ لغة:

من بلغ، يقال: بلغت المكان بلوغاً: وصلت إليه، وبلغ الغلام: أدرك<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: البلوغ اصطلاحاً:

هو انتهاء الصغر، وبلوغ حد التكليف<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: الدر النقي (٣ / ٧١١).

(٢) ينظر: المبدع (٧ / ٢٢٣)، وكشاف القناع (١٣ / ٢٦٩).

(٣) ينظر: المطلع على ألفاظ المقتنع (ص ٤٣٧).

(٤) ينظر: مادة (بلغ) من: الصحاح (٤ / ١٣١٦)، وتاج العروس (٢٢ / ٤٤٥).

(٥) ينظر: المطلع (٥٨)، والدر النقي (٢ / ١٧٠).

## المطلب الخامس: تعريف القُصْر:

أولاً: القُصْر لغة:

جمع قاصر، من القَصْر، يقال: قصرتُ عن الشيء قُصُورًا: عجزتُ عنه ولم أبلغه<sup>(١)</sup>.

ثانياً: القُصْر اصطلاحاً:

يستعمل الفقهاء مصطلح القاصر مرادفاً لمصطلح الصبي: وهو من لم يبلغ سن التكليف<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: مادة (قصر) من: الصحاح (٧٩٤/٢)، ولسان العرب (٩٧/٥).

(٢) ينظر: البيان (٢٠٦/٦)، والكافي شرح البزدوي (٢١٦٩/٥).

## المبحث الأول

### حكم استيفاء القصاص إذا كان بين الورثة قاصر أو أكثر

وفيه أربعة مطالب:

#### المطلب الأول: تحرير محل النزاع في المسألة:

١. اتفق أهل العلم رَحْمَهُمُ اللَّهُ على أنه إذا كان كل الأولياء كبارًا فليس لبعضهم استيفاء القصاص دون بعض، ولو كان بعضهم غائبًا<sup>(١)</sup>.

٢. اختلف أهل العلم رَحْمَهُمُ اللَّهُ فيما إذا كان بعض أولياء الدم كبارًا وبعضهم صغارًا، هل يستوفى القصاص قبل بلوغ الصغار أو يُتَظَر بلوغهم؟ وقد درستُ هذه المسألة في هذا المطلب الثاني.

٣. اختلف أهل العلم رَحْمَهُمُ اللَّهُ كذلك فيما إذا كان كل أولياء الدم صغارًا، هل يستوفى القصاص قبل بلوغ الصغار أو يُتَظَر بلوغهم؟ وقد درستُ هذه المسألة في المبحث الثاني.

#### المطلب الثاني: الأقوال في المسألة:

اختلف أهل العلم رَحْمَهُمُ اللَّهُ فيما إذا كان بعض أولياء الدم كبارًا وبعضهم صغارًا على قولين:

(١) ينظر: الحاوي (١٢/١٠٢)، واختلاف الأئمة العلماء (٢/٢٢٥)، والبحر الرائق (٨/٣٦٤)، والمغني (١١/٥٧٦).

## القول الأول:

يجب تأخير استيفاء القصاص، ويُجس القاتل حتى يبلغ الصبي، وهذا القول هو المذهب عند الشافعية<sup>(١)</sup>، والحنابلة<sup>(٢)</sup>، وهو قول القاضي أبي يوسف<sup>(٣)</sup>، ومحمد بن الحسن<sup>(٤)</sup> من الحنفية، وابن الماجشون من المالكية<sup>(٥)</sup>، وهو قول عمر بن عبد العزيز<sup>(٦)</sup>، وابن شبرمة<sup>(٧)</sup>، وابن أبي ليلى<sup>(٨)</sup>، وإسحاق بن راهويه<sup>(٩)</sup>، وهو رأي سحنون من المالكية إذا كان الصبي قد قارب البلوغ وراهقه، وإن كان لا يبلغ مثله إلى سنين فيرى أن للكبير القتل كما يرى أصحاب القول الثاني<sup>(١٠)</sup>، وجرى العمل على انتظار بلوغ الصغير في المحاكم السعودية، فصدر به قرار الهيئة القضائية العليا رقم (١٣) وتاريخ

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٠٢).

(٢) ينظر: الإناصاف (٢٥/١٤٣).

(٣) ينظر: الأصل (٧/٨)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٢٨).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (٤٩٥)، والتجريد (١١/٥٥٥٧)، والاختيار لتعليل المختار (٥/٢٨).

(٥) ينظر: النوادر والزيادات (١٤/١١٨).

(٦) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥/٤٣٧).

(٧) ينظر: البناية شرح الهداية (١٣/٩٤).

(٨) ينظر: المغني (١١/٥٧٦).

(٩) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٥/١٣١)، ومعالم السنن (٤/٦)، والمعاني البديعة (٢/٣٥٦).

(١٠) ينظر: النوادر والزيادات (١٤/١١٨).



١٧/١/١٣٩٣هـ<sup>(١)</sup>، وقرار مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة رقم (٨٨) وتاريخ ٢٩/٣/١٣٩٦هـ<sup>(٢)</sup>، وقرار مجلس القضاء الأعلى بهيئته العامة رقم (٥٣/٢٢) وتاريخ ١٣/٨/١٤٢٢هـ<sup>(٣)</sup>، وقرار المحكمة العليا (٢/١/١٥٩) وتاريخ ٨/٨/١٤٣٦هـ<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ (٢٠١)، وينظر قرار رقم ٣٨١ وتاريخ ٢٥/١٠/١٣٩٤هـ (٢٠٢).

(٢) ينظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ (٢٠٣)، وينظر: قرار رقم (٤/٦/٩) وتاريخ ٧/١/١٤٠٦هـ، وقرار رقم (٦/٤٤) وتاريخ ٢/٣/١٤٠٨هـ، وقرار رقم (٢/١٥) وتاريخ ١٥/١/١٤١٠هـ، وقرار رقم (٢/٤٠) وتاريخ ٣٠/١/١٤١٢هـ، وقرار رقم (٣/٦١٨) وتاريخ ٢٥/١٠/١٤٢٣هـ، وقرار رقم (٤/٦٥٧) وتاريخ ٢٩/١٢/١٤٢٠هـ، وقرار رقم (٤/٦٧) وتاريخ ٢/٢/١٤٢٣هـ، وقرار رقم (٣/١١٧) وتاريخ ١١/٢/١٤٢١هـ، وقرار رقم (٣/٥٥٧) وتاريخ ١٤/١٠/١٤٢١هـ، وقرار رقم (٣/٢٦٤٣) وتاريخ ١٧/١٢/١٤٢١هـ، وقرار رقم (٦/٨٩٤) وتاريخ ١٨/١٢/١٤٢٤هـ، وقرار رقم (٤/١٣٤٨) وتاريخ ١٠/٩/١٤٢٨هـ.

(٣) ينظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ (٢٤٦).

(٤) ينظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ (٢٥٣)، وينظر: قرار رقم (٢/١/٢٩٦) وتاريخ ١٨/١١/١٤٣٢هـ.

## القول الثاني:

أنه يجوز للأولياء الكبار استيفاء القصص دون انتظار بلوغ الصغار، وهذا هو قول الحنفية<sup>(١)</sup> والمالكية<sup>(٢)</sup> ورواية عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>، وهو قول الليث، وحماد، والأوزاعي<sup>(٤)</sup>، وانتصر له ابن حزم<sup>(٥)</sup>، وزُوي عن محمد بن الحسن الرجوع إلى هذا القول<sup>(٦)</sup>.

## المطلب الثالث: أدلة الأقوال في المسألة:

### أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بأدلة من أهمها:

### الدليل الأول:

ما رواه أبو هريرة أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إِمَّا يُودَى، وَإِمَّا يُقَادُ))<sup>(٧)</sup>.

- (١) ينظر: الأصل (٧ / ٨)، والتجريد (١١ / ٥٥٥٧)، وبدائع الصنائع (٧ / ٢٤٣).
- (٢) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة (٤ / ٥٨٩)، والجامع لمسائل المدونة (٢٣ / ٨٤٨)، وعيون المسائل (٤٣٠).
- (٣) ينظر: المغني (١١ / ٥٧٦)، والإنصاف (٢٥ / ١٤٣).
- (٤) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٥ / ١٣٠)، والمعاني البديعة (٢ / ٣٥٦)، والمغني (١١ / ٥٧٦).
- (٥) ينظر: المحلى (١١ / ١٣١).
- (٦) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٣ / ٢٦١).
- (٧) أخرجه البخاري (٩ / ٥ / ٦٨٨٠)، ومسلم (٢ / ٩٨٨ / ١٣٥٥).

ووجه الدلالة منه:

أنه جعل الخيار لأهله جميعاً، فإذا كان أحدهم غائباً أو طفلاً لم يكن للباقي القصاص حتى يبلغ الطفل ويقدم الغائب؛ لأن من كان له خيار في أمر لم يجوز أن يُفتات عليه قبل أن يختار؛ لأن في ذلك إبطال خياره<sup>(١)</sup>.

ونوقش:

بأن هذا في الأهل الذين يصح أن يتخيروا القصاص والدية حال القتل، وهذا في البالغ، فأما الصغير فلا يصح أن يتخير<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يجاب عن هذا بجوابين:

الأول:

بأن هذا تخصيص للحديث بغير مخصص؛ لأن لفظة (مَنْ) اسم موصول وهي من صيغ العموم، فتشمل الصغار والكبار كما تشمل الذكور والإناث، وتخصيصها في هذا الحديث بالبالغين فقط من دون دليل هو قصر للدليل على بعض فروعه، فينبغي أن يبقى الحديث على عمومته حتى يرد ما يخصه.

(١) ينظر: معالم السنن (٤/ ٦)، وشرح السنة للبغوي (٧/ ٣٠٣)، والحاوي (١٢/ ١٠٢) والبيان (١١/ ٤٠٠).

(٢) ينظر: التجريد (١١/ ٥٥٦٥).

## الثاني:

أنه لا يُسَلَّم بأن الصبي لا خيار له، بل له الخيار، ولكنه مؤجل لحين بلوغه، وقد ذكر ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ أربعة أمور تدل على استحقاق الصبي للدم، فقال:

«أحدها: أنه لو كان منفردًا لاستحقه، ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفردًا، كولاية النكاح.

والثاني: أنه لو بلغ لاستحق، ولو لم يكن مستحقًا عند الموت لم يكن مستحقًا بعده، كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه.

والثالث: أنه لو صار الأمر إلى المال، لاستحق، ولو لم يكن مستحقًا للقصاص لما استحق بدله، كالأجنبي.

والرابع: أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته، ولو لم يكن حقًا لم يرثه، كسائر ما لم يستحقه»<sup>(١)</sup>.

## الدليل الثاني:

ما ورد أن معاوية رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حبس هذبة بن خشرم بن حبيش في قود حتى يبلغ ابن القتيل، وكان في عصر الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ولم يُنكر ذلك عليه، بل قد بذل الحسن، والحسين، وسعيد بن العاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ لابن القتيل سبع ديات، فلم يقبلها<sup>(٢)</sup>.

(١) المغني (١١/٥٧٦).

(٢) قال في إرواء الغليل: لم أره. (٧/٢٧٦/ح٢٢١٨). قلت: ذكره علماء الفقه واستشهدوا به، ينظر: المغني (١١/٥٧٧)، والمبدع (٧/٢٢٤)، ودقائق أولي النهى (٣/٢٧١).

ويمكن أن يناقش:

بأن هذه القصة لم يذكرها إلا أهل الأدب، ولم ترد في دواوين السنة والمصنفات والآثار، وهذا يجعلها في مقام الشك الذي يضعف معه الاحتجاج بها.

ويمكن أن يجاب عن ذلك من وجهين:

الأول:

أن هذه القصة تلقاها العلماء بالقبول واستشهدوا بها في مصنفاتهم الفقهية، فيدل على أن لها أصلاً.

الثاني:

أن عدم ورودها في دواوين السنة لا يعني عدم صحتها؛ لأن دواوين السنة والآثار عُنت بسنة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فحسب، وما زاد على ذلك من آثار الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وأخبارهم فإنه لم يُقصد منها الاستقصاء؛ لأنه متعذر أو أشبه بالمتعذر؛ لكثرة الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وتفرقهم في البلدان.

الدليل الثالث:

أن في تأخير استيفاء القصاص خطأ للقاتل بتأخير قتله، وخطأ للمستحق بإيصاله إلى حقه<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: المهذب (٣/ ١٩٠)، المبدع (٧/ ٢٢٤)، وكشاف القناع (١٣/ ٢٦٩).

ويمكن أن يناقش:

بأن تأخير القصص على القاتل فيه تغليظ للعقوبة عليه بالحبس سنوات طويلة.

ويمكن أن يجاب عن ذلك بجوابين:

الجواب الأول:

أن هذا التأخير فيه مصلحة له فإنه قد يُعفى عنه.

الجواب الثاني:

أنه على فرض أنه لم يُعف عنه فإن بقاء المسلم في الدنيا لا يزيده إلا خيراً، فيكون له فرصة للتوبة، والرجوع والاستغفار، والاستزادة من الأعمال الصالحة، وقد رأينا كثيراً ممن حبس في قود سنوات طويلة حفظ القرآن، وصلحت حاله، واستقامت أموره، ثم أقيم عليه القصص وهو على حال حسنة، وأعمال صالحة يُرجى له معها الخير والعفو.

الدليل الرابع:

يمكن أن يستدل على هذا القول بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾<sup>(١)</sup>.

(١) الإسراء: ٣٣.

## ووجه الدلالة:

أنه جعل القصاص للولي وهو شيء واحد لا يحتل التجزؤ، فإما أن يثبت كاملاً في حق كل واحد منهم أو لا يثبت لواحد منهم؛ أو يثبت لهم جميعاً دون تجزئة، فأما إثباته لكل واحد منهم، فلا يمكن؛ لأنه لا يمكن تعدد القصاص في محل واحد، ولا يمكن إسقاطه عن الجميع؛ لأن الآية أثبتت حق القصاص للولي، فلم يبق إلا أن يثبت لكل الأولياء مجتمعين عليه<sup>(١)</sup>.

## ونوقش:

بأن الأصل أن ما لا يتجزأ من الحقوق إذا ثبت لجماعة، وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كأن ليس معه غيره كولاية الإنكاح، وولاية الأمان<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يورد على هذا بأن الولي الكبير الغائب لا يجوز استيفاء القصاص قبل حضوره عند من يرى عدم انتظار الصغير.

## وأجيب عن هذا الإيراد:

بما أجيب به سابقاً من الفروق بين الغائب والصغير<sup>(٣)</sup>.

(١) أشار إلى هذا الدليل السرخسي في المبسوط (١٧٦/٢٦) في معرض مناقشته للأدلة في المسألة.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٤٢).

(٣) ينظر: الدليل التاسع وما أورد عليه.

### الدليل الخامس:

القياس على تأخير القصاص حتى يقدم الغائب فإنه لا يستوفى القصاص إلا بحضوره، فإذا ثبت ذلك في حقه ثبت ذلك في حق الصبي، ووجب ألا يفوت عليه بالاستيفاء<sup>(١)</sup>.

ونوقش هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق من وجهين:

#### الوجه الأول:

أن الغائب يختلف عن الصغير؛ لأن في استيفاء الحاضر شبهة عفو موجود؛ لجواز أن يكون الغائب عفاً، والحاضر لا يشعر به، وعفو الغائب صحيح سواء علم الحاضر بوجوده أو لم يعلم، ويحتمل أن يكون الغائب مات وورثه القاتل لسبب بينهما وإن كنا لا نعرفه، فلأجل الشبهة يمتنع الاستيفاء، وهذا المعنى لا يوجد عند صغر بعض الورثة؛ لأن الصغير ليس من أهل العفو وإنما يتوهم عفو بعد ما يبلغ، وشبهة عفوهم بتوهم اعتراضه لا تمتنع استيفاء القصاص<sup>(٢)</sup>.

#### الوجه الثاني:

أن الولي يأخذ للصغير، ولا يأخذ للغائب إلا بوكالة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: المغني (٥٧٦/١١)، والعزیز شرح الوجيز (٢٥٦ / ١٠).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٧٦ / ٢٦).

(٣) ينظر: الخراج للقاضي أبي يوسف (١٧٥).



### الدليل السادس:

أن الصبي قد يعفو حين يبلغ، فيكون جواز العفو شبهة، والحدود تُدرأ بالشبهات<sup>(١)</sup>.

ونوقش:

بأن الشبهة التي تدرأ بها الحدود هي المحققة في الحال، وليست الموهومة في المآل<sup>(٢)</sup>.

### الدليل السابع:

القياس على القود إذا تعين لجماعة راشدين فإنه لا يجوز أن ينفرد به بعضهم<sup>(٣)</sup>، فكذلك لا يجوز أن ينفرد الكبار بالقود دون الصغار؛ بجامع الاشتراك في حق القود.

### الدليل الثامن:

أن القصاص حق مشترك بين الكل، وإذا كان كذلك فأحد الشركاء لا ينفرد بالتصرف في محل مشترك بدون رضى شريكه؛ إظهاراً لعصمة المحل، وتحرزاً عن الضرر<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٦١ / ٢٦).

(٢) ينظر: تحقيق التحرير (٦٩٧).

(٣) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣)، وبحر المذهب (٩٤ / ١٢).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧ / ٢٤٢).

### الدليل التاسع:

القياس على الدية، فكما أنه لا يجوز أن ينفرد بها بعض الورثة دون بعض فكذلك لا يجوز أن ينفرد بالقود بعضهم دون بعض؛ لأن القود أحد بدلي النفس فلم يجز أن يستوفيه بعض الورثة كالدية<sup>(١)</sup>.

### الدليل العاشر:

أن كل من لم ينفرد باستيفاء الدية لم يجز أن ينفرد باستيفاء القود كالأجانب<sup>(٢)</sup>.

والفرق بين هذا الدليل والذي قبله: أن الدليل الذي قبله في القياس على الدية المشتركة بين الورثة، فكما أنه لا يجوز لأحدهم أن ينفرد بها فلا يجوز له أن ينفرد بالقصاص، وهذا الدليل في القياس على من لم ينفرد بالدية فلا يجوز له الانفراد بالقصاص، لأن من انفرد بالدية ولو كان صغيراً فإنه لا يفتات عليه في القصاص حتى يبلغ عند أكثر أهل العلم رَحْمَهُ اللهُ كما سيأتي في المسألة الثانية.

### الدليل الحادي عشر:

أن الواجب قصاص واحد؛ لأن المقتول نفس واحدة، فيجب بمقابلتها قصاص واحد ويكون ذلك واجباً للمقتول بمنزلة الدية<sup>(٣)</sup>، فينبغي أن

(١) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣)، والمغني (١١ / ٥٧٦)، وبحر المذهب (١٢ / ٩٤).

(٢) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣)، وبحر المذهب (١٢ / ٩٤).

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٦ / ١٧٤).

يشارك في المطالبة به جميع الأولياء كبيرهم وصغيرهم، وحاضرهم وغائبهم،  
وينتظر الصغير والغائب.

### أدلة أصحاب القول الثاني:

#### الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾<sup>(١)</sup>، والدلالة في الآية من ثلاثة أوجه:

#### الوجه الأول:

أنه جعل تسلط الولي على القاتل عقب فعله الشنيع؛ لأن الفاء تدل على  
التعقيب بدون مهلة<sup>(٢)</sup>.

#### ويمكن أن يناقش:

بأن المراد فقد ثبت لوليه الحق في القصاص، وليس القصاص مباشرة،  
بل لابد من توفر الشروط وانتفاء الموانع، ويدل على هذا قوله: ﴿سُلْطَانًا﴾،  
أي: حقًا للمطالبة بدم مورثه.

#### الوجه الثاني:

أنه ذكره بلفظ الواحد فدل على أنه يجوز للواحد من أولياء الدم أن  
يستوفي القصاص<sup>(٣)</sup>.

(١) الإسراء: ٣٣.

(٢) ينظر: تحقيق التحرير (٧١٢).

(٣) ينظر: تفسير الماتريدي (٤١/٧)، والحاوي (١٠٢/١٢).

ونوقش:

بأن الآية يمكن حملها على الولي إذا كان واحداً<sup>(١)</sup>، ويمكن أن تحمل على الجنس، وبالتالي فلا دلالة فيها على استئثار أحد الأولياء دون البقية.

ويمكن أن يجاب عنه:

بأنه لو استوفى أحد الأولياء القصاص من القاتل فإنه لا يضمن للباقيين شيئاً ولا للقاتل، ولو لم يكن جميع القصاص واجباً له لكان ضامناً باستيفائه<sup>(٢)</sup>.

ويمكن مناقشة هذا الجواب:

بأنه لو عفا أحد الأولياء فإنه يسقط القصاص في حق الكل، ولو كان الواجب لكل واحد منهم قصاصاً كاملاً لما تعذر الاستيفاء على أحدهم بعد عفو الآخر<sup>(٣)</sup>.

الوجه الثالث:

دل ظاهر الآية على أنه إذا كان الورثة صغاراً وكباراً أن للكبار أن يقتصوا قبل بلوغ الصغار؛ لأن كل واحد منهم ولي، والصغير ليس بولي ألا ترى أنه لا يجوز عفو<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٦ / ١٧٦).

(٣) ينظر: لمبسوط للسرخسي (٢٦ / ١٧٤).

(٤) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٣ / ٢٦٠-٢٦١).

ويمكن أن يناقش هذا الوجه:

بأنه لو كان الصغير ليس ولياً لما استحق من الدية شيئاً، ولكن استحقاقه للدية دليل على ولايته، ولكن لوجود مانع الصغر فيتأجل اختياره حتى يزول المانع.

الدليل الثاني:

ما رواه أبو هريرة أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إِمَّا يُودَى، وَإِمَّا يُقَادُ))<sup>(١)</sup>.

ووجه الدلالة من الحديث:

في قوله: ((مَنْ قَتَلَ لَهُ)) فاللام يفيد الاختصاص، وأهل الاختصاص بالقتيل مَنْ لهم التقدم عليه، وولاية أمره، ونصرته، وطلب ثأره، وإقامة الحجة على قاتله، بالبينة العادلة أو إقرار القاتل، وذلك الورثة الكاملون يختصون به من بين سائر القرابة أو الأمة، لا الورثة مطلقاً؛ لأن مطلق الاختصاص ينصرف إلى الفرد الكامل، وهم أهل القوة والكمال والنصرة، والصغار ونحوهم ضعفاء عاجزون لا يظهر اختصاصهم به إلا في الإرث دون القيام بحق المقتول ونصرته عاجلاً واستيفاء حقه<sup>(٢)</sup>.

ويمكن مناقشة هذا الدليل:

بأنه لو كان الأمر كذلك لكان ينبغي أن يكون الإمام هو ولي الدم في الحالات التي لا يكون للقتيل إلا ورثة صغار، وهذا لم يقل به إلا بعض

(١) سبق تحريجه.

(٢) ينظر: تحقيق التحرير (٧٢٠).

الحنفية رَحِمَهُمُ اللهُ، والجمهور رَحِمَهُمُ اللهُ على أنه ينتظر الصغير في مثل هذه الحالة كما سيأتي دراسة هذه المسألة في المبحث الثاني، فإذا كان الخطاب في هذه الحالة موجه لهذا الصغير حين يبلغ، فكذلك يكون هذا الخطاب له أيضًا إذا كان معه غيره، ويكون الخطاب موجهًا له حال بلوغه.

### الدليل الثالث:

ما ورد عن أنس: رَضِيَ اللهُ عَنْهُ «أَنَّ الرَّبِيعَ، وَهِيَ ابْنَةُ النَّضْرِ، كَسَرَتْ ثِيَابَ جَارِيَةٍ، فَطَلَبُوا الْأَرْضَ وَطَلَبُوا الْعَفْوَ فَأَبَوْا، فَاتَّوَا النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَهُمْ بِالْقِصَاصِ، فَقَالَ أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ: أَتُكْسَرُ ثِيَابُ الرَّبِيعِ يَا رَسُولَ اللهِ؟ لَا وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا تُكْسَرُ ثِيَابُهَا، فَقَالَ: ((يَا أَنَسُ، كِتَابُ اللهِ الْقِصَاصُ))، فَرَضِيَ الْقَوْمُ وَعَفَوْا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِنَّ مِنْ عِبَادِ اللهِ، مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللهِ لَأَبْرَهُ))»<sup>(١)</sup>.

### ووجه الدلالة من الحديث:

أن «الجارية» اسم لمن كانت دون البلوغ، وقد تطلق على البالغة مجازًا، والمراد هنا هو الحقيقة بدليل: أن الطلب كان لأوليائها<sup>(٢)</sup>، وطلب العفو وبذل الأرض كان التوجه فيه إلى أوليائها دونها، ولو كان لها حق في استيفاء القصاص أو العفو إلى الدية أو مجانًا دونهم أو معهم لأمرهم بانتظار بلوغها، لجواز عفوها؛ إذ لا عبرة بتخيرها واختيارها حالًا؛ لأنها قاصرة والقاصر

(١) رواه البخاري (٣/١٨٦/ح ٢٧٠٣)، ومسلم (٣/١٣٠٢/ح ١٦٧٥).

(٢) ويدل على أن المراد بها الجارية الشابة لا الأمة ما ورد في رواية الفزاري: «جارية من الأنصار». ينظر: فتح الباري لابن حجر (١٢/٢٢٤).

سفيه بنص الله تعالى في كتابه، هذا وهي المجني عليها، فكيف إذا كان المجني عليه إنما هو وارثها، فبالأولى أن لا يكون لها حق، فثبت وصح أن لا ولاية لمرفوع القلم أصلاً<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من ثلاثة أوجه:

### الأول:

بأنه لا يسلم بأن لفظة «جارية» هنا تدل على أنها كانت دون البلوغ؛ فقد ورد في بعض الروايات أنها امرأة<sup>(٢)</sup>، وهذا يعني أنها بالغة، ثم إطلاق لفظ «الجارية» على البالغة كثير كما ورد في قصة الإفك إطلاق لفظ «الجارية» على عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا<sup>(٣)</sup>، وهذا يدل على أن لفظ «الجارية» يطلق على الشابة بلغت أو لم تبلغ، وأما كون الطلب كان لأوليائها فيظهر من القصة جلياً أن المقاضاة كانت بين أولياء الجاريتين، وهذا ليس بغريب فإن الجارية يغلب عليها الحياء، وتبوح لأهلها بما لا تبوح به لغيرهم، وربما أنها فوّضت أهلها في اختيار الأصح لها.

(١) ينظر: تحقيق التحرير (٧٢٠-٧٢١).

(٢) ينظر: فتح الباري لابن حجر (١٢/٢٢٤).

(٣) في الصحيحين في قصة الإفك: «والذي بعثك بالحق إن رأيت عليها أمراً قط أغمصه عليها أكثر من أنها جارية حديثة السن تنام عن عجين أهلها فتأتي الداجن فتأكله». ينظر البخاري (٣/١٦٧ ح/٢٦٣٧)، ومسلم (٤/٢١٢٩ ح/٢٧٧٠).

### الثاني:

الذي يظهر من القصة أن الجارية المجني عليها كانت بالغة، لأن الرُّبِيع كانت بالغة، ومثل هذه الجنايات تحدث بين الأقران غالبًا، دون البالغين والأطفال.

### الثالث:

على التسليم بأنها كانت دون البلوغ فإن قياس ما دون النفس على النفس قياس مع الفارق فإن التبعة بقتل النفس وإزهاقها أكبر وأعظم مما دون النفس ككسر السن ونحوه.

### الدليل الرابع:

ما ورد عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجْرَيْنِ، قِيلَ: مَنْ فَعَلَ هَذَا بِكَ، أَفْلَانٌ، أَفْلَانٌ؟ حَتَّى سُمِّيَ الْيَهُودِيُّ، فَأَوْمَتْ بِرَأْسِهَا، فَأَخَذَ الْيَهُودِيُّ فَاَعْتَرَفَ، فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَضَّ رَأْسَهُ بَيْنَ حَجْرَيْنِ»<sup>(١)</sup>.

### ووجه الدلالة من الحديث:

أن هذه الجارية إن كانت بالغة فلم يخيرها صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولو كان الواجب مخيرًا لخيرها، ولما صار الحق لأوليائها لم يقل لهم: هل لها صغير أم لا؟ بل بادر إلى القصاص، والظاهر أنه بطلبهم إذا الحق لهم بعد موتها، اللهم إلا إن كان لا ولي فهو وليها صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكفى بفعلة حجة، وإن

(١) رواه البخاري (٣/١٢١/ح ٢٤١٣)، ومسلم (٣/١٣٠٠/ح ١٦٧٢).



كانت صغيرة فلم يخير أولياءها، ولا سأهم هل في ورثتها وأولياءها قاصر أم لا، والظاهر أنه قتله بدون توقف ولا طلب من أحد مبادرة، ويشبه أن يكون قتله حدًا لا قصاصًا، وتحقيق هذا يخرجنا عما نحن بصدده<sup>(١)</sup>.

ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين:

الأول:

ما ورد في معرض استدلالهم من أن القتل قد يكون حدًا لا قصاصًا، وهذا هو الأظهر لأن اليهودي كان له ذمة وقد نقض عهده بفعله ذلك، وقد نص الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ أن الذمي إذا تعدى على قتل مسلم فإنه ينتقض عهده ويحل دمه وماله<sup>(٢)</sup>.

الثاني:

أنه لم يسأل الجارية إذا كانت بالغة عن اختيارها لأن القصاص من القاتل هو حق للورثة وليس للمقتول، فإن حق المقتول محفوظ له إلى يوم القيامة، لأن القتل إذا حصل ترتب عليه ثلاثة حقوق: حق لله يفعل به ما يشاء، وحق للمقتول يأخذه يوم الحساب، وحق لأولياء الدم وهو القصاص.

الدليل الخامس:

أنه لم ينقل عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا أحد من خلفائه أنه كان يسأل عن المقتول هل له أولاد صغار أو لا، بل جرت العادة أن يدفع القاتل إلى من

(١) ينظر: تحقيق التحرير (٧٢١-٧٢٢).

(٢) ينظر: الروض المربع مع حاشية ابن قاسم (٤/٣٢٤).

يطالب بالقصاص منه، وقد دلَّ على ذلك حديث النسعة<sup>(١)</sup> وهو: حديث علقمة بن وائل، عن أبيه، قال: أتى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِرَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا، فَأَقَادَ وِليَّ الْمَقْتُولِ مِنْهُ، فأنطَلَقَ بِهِ وَفِي عُنُقِهِ نِسْعَةٌ يُجْرُّهَا، فَلَمَّا أَدْبَرَ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الْقَاتِلُ وَالْمَقْتُولُ فِي النَّارِ))، فَآتَى رَجُلٌ الرَّجُلَ، فَقَالَ لَهُ مَقَالَةَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَخَلَّى عَنْهُ قَالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَالِمٍ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِحَبِيبِ بْنِ أَبِي ثَابِتٍ فَقَالَ: حَدَّثَنِي ابْنُ أَشْوَعٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّمَا سَأَلَهُ أَنْ يَغْفُوَ عَنْهُ فَأَبَى<sup>(٢)</sup>.

فلم يرد في هذا الحديث أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سأل الرجل هل للمقتول ولد صغير أو لا، وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال.

ويمكن أن يناقش:

بأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يكن ليتمكن أحداً من قتل أحدٍ إلا بعد تشيئته من استحقاق ذلك القتل، وكونه لم يرد في النص عدم سؤاله عن وجود وارث صغير فهذا لا يدل على عدم وقوعه، فكما لم يرد في النص أنه سأل المدعي عن البينة، أو سمع الإقرار من المدعى عليه مع القطع بوقوع ذلك، وكما لم يرد في النص السؤال عن وجود ولي آخر للدم، فكذلك يقال في عدم ورود سؤاله عن وجود وارث صغير.

(١) النُّسْعَةُ بِالْكَسْرِ: سَيْرٌ مَضْفُورٌ، يُجْعَلُ زِمَامًا لِلْبَعِيرِ وَغَيْرِهِ. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٥ / ٤٨).

(٢) رواه مسلم (٣ / ١٣٠٨ / ح ١٦٨٠).

## الدليل السادس:

أن الاستيفاء هو المنقول عن الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ومن ذلك: أن الحسن بن علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قتل ابن ملجم وكان لعلي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أولادٌ صغاراً<sup>(١)</sup>، ولم ينتظر به حتى يبلغوا، ولم ينكر عليه الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ذلك<sup>(٢)</sup>.

ونوقش ذلك من عدة أوجه، أهمها ستة:

### الوجه الأول:

أنه قد كان في شركائه من البالغين من لم يستأذنه، لأن علياً رَضِيَ اللهُ عَنْهُ خَلَّفَ حين قُتِلَ على ما حكاه بعض أهل النقل ستة عشر ذكراً وست عشرة أنثى فيكون جوابهم عن ترك استئذانه للأكابر جوابنا في ترك وقوفه على بلوغ الأصاغر<sup>(٣)</sup>.

### وأجيب عنه:

بأنه لم يكن فيهم غائب إلا الحسن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، كان بالمدائن قد سار على مقدمته، فلما أصيب بعث خلفه فحضر، وتولى قتله مع ابن جعفر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ومثلاً به، والظاهر أنهم استأذنوا ولم يخالفوا الإجماع<sup>(٤)</sup>.

(١) ذكر ابن كثير رَحِمَهُ اللهُ أن العباس بن علي كان صغيراً لما قُتِلَ علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. ينظر: البداية والنهاية (١٢٨/١١).

(٢) ينظر: التجريد (٥٥٥٨/١١).

(٣) ينظر: الحاوي (١٢/١٠٣)، وبحر المذهب (٩٤/١٢).

(٤) ينظر: التجريد (٥٥٦٢-٥٥٦١ / ١١).

## الوجه الثاني:

أن ابن ملجم انحتم قتله لسعيه بالفساد، لأن من قتل إمام عدل فقد سعى في الأرض فساداً فصار محتوم القتل، لا يجوز العفو عنه فلا يلزم استئذان الورثة فيه<sup>(١)</sup>.

وأجيب عن هذا الوجه بعدة أجوبة:

### الجواب الأول:

أنه لا صحة له؛ لأنهم مجتهدون أدّاهم إلى ذلك آيات من كتاب الله وأحاديث صحيحة من كلامه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لم يعرفوا تأويلها ولا أحاطوا بما يدفع شبههم، فيرون أنهم ساعون في الأرض بالصلاح، وحمل الناس على الإيثار، الذي فيه النجاة من النار؛ لاعتقادهم أن مرتكب الكبيرة كافر<sup>(٢)</sup>، فيبقى أنه قاتلٌ ظالمٌ يجب القصاص منه، كما يجب من كل قاتل.

### الجواب الثاني:

أن الساعي بالفساد بقتل الإمام لا يقتل قصاصاً، وقد قُتل ابن ملجم قصاصاً؛ لأن علياً رَضِيَ اللهُ عَنْهُ اعتبر المماثلة بقوله: «فاضربه ضربة كما ضربني»<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣)، وبحر المذهب (١٢ / ٩٤)، والعدة شرح العمدة (٥٣٣).

(٢) ينظر: تحقيق التحرير (٧٢٧).

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٦ / ١٧٥).

### الجواب الثالث:

لو كان قتل لسعيه بالفساد لم يجز العفو، وقد دل على جواز العفو قول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ للحسن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِنْ شِئْتَ فَاعْفُ»<sup>(١)</sup>.

### الجواب الرابع:

أن الساعي في الأرض بالفساد يقتله الإمام، والحسن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قتله قبل أن يبايعه الناس<sup>(٢)</sup>.

### الوجه الثالث:

أن ابن ملجم استحلّ قتل علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فصار باستحلاله قتله كافراً، لأن من استحلّ قتل إمام عدل كان كافراً، فقتله الحسن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لكفره ولم يقتله قوداً<sup>(٣)</sup>.

ويدل على كفره ما رواه زيد بن أسلم، قال: حدثني أبو سنان الدؤلي: أنه عاد علياً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في شكوى له اشتكاها فقلت له: لقد تخوفنا عليك يا أمير المؤمنين. قال: لكنني والله ما تخوفت على نفسي منه؛ لأنني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصادق المصدوق يقول: ((إِنَّكَ سَتُضْرَبُ ضَرْبَةَ

(١) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٦٢).

(٢) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٦٢).

(٣) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣) النجم الوهاج (٨ / ٤١٦).

هاهنا وضربة هاهنا - وأشار إلى صدغيه - فيسيل دمها حتى تخضب لحيتك، ويكون صاحبها أشقاها كما كان عاقر الناقة أشقى ثمود))<sup>(١)</sup>.

وأجيب عن هذا الوجه بعدة أجوبة:

الجواب الأول:

بأن قتل إمام المسلمين وإن كان ذنباً عظيماً إلا أنه لا يصير به القاتل مرتدّاً، وإنما يكون مرتدّاً بقتله الأنبياء خاصة<sup>(٢)</sup>.

الجواب الثاني:

أن استحلاله كان بالتأويل فإنه كان من جملة أهل البغي، وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم<sup>(٣)</sup>.

الجواب الثالث:

أنه لو كان مرتدّاً لما أحرَّ علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قتله إلى بعد موته<sup>(٤)</sup>، بل بادر بقتله ردةً، ولكن لما أحرَّ قتله دلٌّ على أنه لم يُقتل ردةً.

(١) ينظر: المهذب (٦ / ٣١٤٩)، البدر المنير (٨ / ٥٦١)، والحديث أخرجه: الطبراني (١ / ١٠٦ / ح ١٧٣)، والحاكم في المستدرک (٣ / ١٢٢ / ح ٤٥٩٠)، والبيهقي في سننه الكبرى (١٦ / ٢٦٣ - ٢٦٤ / ح ١٦١٦٢)، قال في مجمع الزوائد (٩ / ١٣٧ / ح ١٤٧٨٠): إسناده حسن.

(٢) ينظر: المبسوط للرخسي (٢٦ / ١٧٥)، ويدل على كفر من قتل نبياً قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أشقى الناس من قتل نبياً أو قتله نبي))، وأدلة أخرى من القرآن والسنة، ليس هذا موضع بسطها.

(٣) ينظر: المبسوط للرخسي (٢٦ / ١٧٥).

(٤) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٥٩)، والمبسوط للرخسي (٢٦ / ١٧٥).

## الجواب الرابع:

أن علياً رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: «اقتله بضربة»، وهذا يدل على أنه ليس بكافر، وإنما يُقتل قصاصاً<sup>(١)</sup>.

## الوجه الرابع:

أنه يجوز أن يكون الحسن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عرف بالخبر السابق كفر ابن ملجم؛ لاعتقاده استباحة قتل علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فقتله بذلك<sup>(٢)</sup>، وقد يدل على هذا أنه لم يراع المماثلة في القتل، ولو كان قتله قصاصاً لراعى المماثلة، فقد رُوي أن الحسن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مثل به<sup>(٣)</sup>، فدل على أنه لم يقتله قصاصاً<sup>(٤)</sup>، ولذلك لم ينتظر بلوغ القصر، وإذا ورد الاحتمال على الدليل بطل به الاستدلال.

## ويمكن الجواب عن هذا الوجه:

بما ورد في أجوبة الوجه الذي قبله من أنه قتله قصاصاً لا كفراً، بالإضافة إلى أجوبة أخرى هي:

(١) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٥٩).

(٢) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣).

(٣) قال ابن كثير رَحِمَهُ اللهُ: «وقد قيل: إن عبد الله بن جعفر قطع يديه ورجليه وكحلت عيناه، وهو مع ذلك يقرأ سورة ﴿أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ﴾ [العلق: ١] إلى آخرها، ثم جاءوا ليقطعوا لسانه فجزع، وقال: إني أخشى أن تمر علي ساعة لا أذكر الله فيها. ثم قطعوا لسانه، ثم قتلوه، ثم حرقوه في قوصرة» انتهى من البداية والنهاية (١١ / ٢٣).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٦ / ١٧٥).

## الجواب الأول:

أن علياً رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قد نهى الحسن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن المثلة<sup>(١)</sup>، ففعل الحسن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لها قد خالف فيه رأي أبيه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إن كان عمداً، وقد ذكر بعض أهل العلم رَجْمَهُمُ اللهُ أنه لم يفعلها عمداً كما في الجواب التالي.

## الجواب الثاني:

بأن المثلة ما كانت عن قصد من الحسن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ولكنه لما رفع السيف؛ ليضربه أبقاه بيده فأصاب السيف أصابعه وبهذا لا يخرج من أن يكون قتله إياه استيفاء للقصاص<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يناقش هذا الجواب:

بأنه قد ورد عند أهل السير أنه قُطعت يدا ابن ملجم ورجلاه وكُحلت عيناه وقُطع لسانه ثم قُتل<sup>(٣)</sup>، وهذا تمثيل لا قصاص.

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة:

بأن هذه القصة وردت في كتب التاريخ وما ورد في كتب التاريخ ليس كله صحيحاً حتى يُبنى عليه أحكام فقهية.

(١) قال الطبري رَحِمَهُ اللهُ: قال -يعني علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ-: «يا بني عبد المطلب، لا ألفينكم تحوضون دماء المسلمين، تقولون: قتل أمير المؤمنين، قتل أمير المؤمنين! ألا لا يُقتلن إلا قاتلي، ينظر يا حسن، إن أنا مُت من ضربته هذه فاضربه ضربة بضربة، ولا تمثّل بالرجل؛ فإني سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((يقول: إياكم والمثلة، ولو أنها بالكلب العقور))». انتهى من تاريخ الطبري (٥ / ١٤٨).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٦ / ١٧٥).

(٣) ينظر مثلاً: البداية والنهاية (١١ / ١٢٨).



### الوجه الخامس:

أن الحسن بن علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا كان هو الإمام بعد علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فقد يكون قتله تعزيراً؛ لعظم جُرمه؛ قتلاً بالولاية العامة لا ولاية القصاص<sup>(١)</sup>.

وأجيب عن هذا الوجه:

بأنه قتله قبل أن يبايعه الناس<sup>(٢)</sup>، فانتفى أن يكون قتله بالولاية العامة.

### الوجه السادس:

أن عدم إنكار الصحابة عليه لأن جواز انفراد الكبير بالقتل يسوغ فيه الاجتهاد، فلذلك لم ينكروه<sup>(٣)</sup>.

وأجيب عن هذا الوجه:

بأنه لم تجر عادة المجتهدين إذا بدرت حادثة أن يمسكوا عن ذكر الخلاف، وإن كان في مسائل الاجتهاد<sup>(٤)</sup>، ومن براهين ذلك: إنكار عمر على عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا التأخر عن الجمعة وترك الغسل لها<sup>(٥)</sup>، وإنكار عائشة على ابن عمرو رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أمره نساءه بنقض رؤوسهن للغسل<sup>(٦)</sup>، وإنكار ابن مسعود

(١) ينظر: العدة شرح العمدة (٥٣٣)، والبدر المنير (٨ / ٥٦١).

(٢) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٦٢).

(٣) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٦٢).

(٤) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٦٢).

(٥) ينظر: البخاري (٢ / ٢ / ١٧٨)، ومسلم (٢ / ٥٨٠ / ح ٨٤٥).

(٦) ينظر: مسلم: (١ / ٢٦٠ / ح ٣٣١).

على عثمان إتمامه بعرفة<sup>(١)</sup>، وغيرها من مسائل الاجتهاد التي وقع الخلاف فيها بين الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وثبت إنكار بعضهم على بعض فيها.

### الدليل السابع:

أن القول بتعجيل القصاص فيه تحقيق للمصلحة الشرعية من زجر القتلة وردعهم، وقطع شرهم، حيث إنه إذا عَلِمَ القاتل أنه سيقتل مباشرة فسيرتدع ويكف<sup>(٢)</sup>.

ويمكن مناقشة هذا الدليل:

بأن هذا وإن كان مسلماً به إلا أنه ينبغي ألا يحملنا ذلك على الافتئات على بعض الورثة قبل اختيارهم.

### الدليل الثامن:

أن الخطابات الشرعية متعلقة بأفعال المكلفين ولا تعلق لمن رفع عنه القلم بها، والقصاص حكم من أحكام الله لا تعلق لغير المكلفين به، فلا يصح من غير المكلف طلب قصاص ولا دية ولا عفو، وحقه في القصاص أمره لولي المقتول<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: البخاري (٢/٤٣/ح ١٠٨٤)، ومسلم (١/٤٨٣/ح ٦٩٥).

(٢) ينظر: تحقيق التحرير (٧٠٥).

(٣) ينظر: تحقيق التحرير (٦٩٦).

ويمكن مناقشة هذا الدليل:

بأننا نسلّم بأنه لا تعلق لغير المكلفين بذلك، ولكن ينبغي انتظارهم حتى يبلغوا التكليف.

الدليل التاسع:

أن حقيقة الولي لغة وشرعاً هو القائم بأمر غيره، وهذا لا يصدق إلا على ولي المقتول الذي يلي أمره بعد فوته حالاً، وهو الكامل البالغ الوارث فليس مرفوع القلم بولي أصلاً والأمر الذي إليه من جهة الإرث في القصاص إلى وليه القائم بهاله وعليه ولاية شرعية<sup>(١)</sup>.

ويمكن مناقشة هذا الدليل:

بأننا لا نسلّم بهذا فالإرث حق للصبي، والولي ليس إلا لحفظه له حتى يبلغ رشده، فإذا كان يملك المال فينبغي أن يملك حق القصاص.

الدليل العاشر:

أن القصاص عزيمة والعفو رخصة؛ لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾<sup>(٢)</sup>، يعني أن ذلك الحكم أي: رخصة العفو إلى الدية أو مجاناً تخفيف من ربكم ورحمة، وإلا فالواجب عيناً هو القصاص. والله أعلم. ثم في هذه الآية الكريمة تنبيه ولي الدم بالأخذ بأقوى الأمرين حسبما يقتضيه الحال بمشاورته باقي الأولياء وأهل الكمال؛ خوف الندم المؤدي إلى انقلاب

(١) ينظر: تحقيق التحرير (٦٩٧).

(٢) البقرة: ١٧٨.

الأمر بالاعتداء كما هو صريح الآية الكريمة، وهذا يدل على أنه يقتل حداً، كما يروى ذلك عن قتادة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فهذا الخطاب الشريف للأولياء أولى الألباب حال الحادثة، وليس لمرفوع القلم في هذا قدم<sup>(١)</sup>.

ومما يدل على أن القصاص عزيمة قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾<sup>(٢)</sup>، والدلالة في الآية: أنه لم يذكر في هذه الآية الكريمة الدية والعفو، وإنما ذكر القصاص على وجه التأكيد بطلبه والمبادرة به، وهذا دليل قوي على وجوب القصاص عيناً وأنه العزيمة<sup>(٣)</sup>.

ويدل على أنه عزيمة كذلك حديث أنس في قصة سن الرُّبَيْعِ أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((كِتَابُ اللهِ الْقِصَاصُ))<sup>(٤)</sup>.

ويمكن مناقشة هذا الدليل:

بأن الفريق الآخر لا يسلم بأن القصاص عزيمة، بل أولياء الدم بين خيرتين، وهذه المسألة - أعني: عزيمة القصاص - محل تنازع بين أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ، وليس هذا البحث المختصر موضع بحثها<sup>(٥)</sup>.

ويمكن مناقشة حديث الرُّبَيْعِ بأنه ورد في الحديث - كما سيأتي - أنهم عرضوا عليهم العفو فأبوا، فعرضوا عليهم الأرش فأبوا، فقال النبي

(١) ينظر: تحقيق التحرير (٧٠٣-٧٠٥).

(٢) الإسراء: ٣٣.

(٣) ينظر: تحقيق التحرير (٧١٤).

(٤) ينظر: الاستذكار (٨ / ٤٨)، والحديث سبق تخريجه.

(٥) للنظر في الخلاف في هذه المسألة وأدلتها ينظر: الاستذكار (٨ / ٤٨).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعد ذلك: ((كِتَابُ اللَّهِ الْقِصَاصُ))، يعني في مثل هذه الحالة التي تعذر فيها العفو والأرش.

### الدليل الحادي عشر:

أن القود حق يصح فيه النيابة فجاز إذا لم يتبعض أن ينفرد به بعضهم كولاية النكاح<sup>(١)</sup>.

وهذا الدليل مبني على مسألة خلافية بين أهل العلم رَحِمَهُمُ اللَّهُ وهي وما لا يتجزأ من الحقوق إذا ثبت لجماعة، هل يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال، كأنه ليس معه غيره، كولاية التزويج وولاية الأمان، أو يثبت لكل وارث على سبيل الشركة<sup>(٢)</sup>، وعلى هذا فإنه لا يُسَلَّمُ بهذا الدليل إلا من يرى أن الحق الذي لا يتجزأ يثبت لكل واحد على سبيل الكمال، ومع ذلك فقد نوقش هذا الدليل من وجهين:

### الوجه الأول:

أن ولاية النكاح يستحقها الأكابر دون الأصاغر، فجاز أن ينفرد بها الأكابر، والقود يستحقه الأكابر والأصاغر فلم يجوز أن ينفرد به الأكابر<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٢)، وبحر المذهب (٩٤ / ١٢).

(٢) لمعرفة الخلاف في هذه المسألة ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي (٧ / ٥٦٨٠).

(٣) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣)، وبحر المذهب (٩٥ / ١٢).

## الوجه الثاني:

أن ولاية النكاح يستحقها كل واحد منهم فجاز أن ينفرد بها أحدهم والقود يستحقه جميعهم فلم يجوز أن ينفرد به بعضهم<sup>(١)</sup>.

## الدليل الثاني عشر:

أن القود إذا وجب لجماعة لم يمتنع أن ينفرد باستيفائه واحد، كالقتيل إذا لم يترك وارثاً استحق قوده جماعة المسلمين، وكان للإمام أن ينفرد باستيفائه<sup>(٢)</sup>.

## ونوقش:

بأنه لما لم يتعين مستحقه وكان للكافة، تفرد به من ولي أمورهم، وهذا قد تعين مستحقه فافترقا<sup>(٣)</sup>.

## الدليل الثالث عشر:

أنه يطول انتظار الصغير فَتَطَّلُ<sup>(٤)</sup> الدماء<sup>(٥)</sup>.

## ويمكن أن يناقش:

بأن الدم لم يُطَلَّ بالانتظار، بدليل حبس الجاني، تحريماً للاستيفاء، وإنما وُجد ما يمنع استيفاءه في الحال، فتأخر إلى زوال المانع، كما يتأخر استيفاؤه حتى يقدم الغائب.

(١) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٣)، وبحر المذهب (١٢ / ٩٥).

(٢) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٢)، وبحر المذهب (١٢ / ٩٤).

(٣) ينظر: الحاوي (١٢ / ١٠٤)، وبحر المذهب (١٢ / ٩٥).

(٤) طَلَّ الدم أي: أهدره. ينظر: النهاية في غريب الحديث الأثر (٣ / ١٣٦).

(٥) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢ / ١١٠٢).

## الدليل الرابع عشر:

أن القصاص أحد بدلي النفس، فصغر الشريك فيه لا يمنع الباقي من الاستيفاء، أصله: الدية<sup>(١)</sup>.

ونوقش:

بأنه قياس مع الفارق؛ فإن استيفاء الكبار لحقهم في الدية لا يؤدي إلى إتلاف حق الصغار، وفي مسألتنا استيفاء حق الكبار يؤدي إلى إتلاف حق الصغار<sup>(٢)</sup>.

وأجيب عن هذه المناقشة:

بأنه لا يمتنع أن يثبت لأحد الشريكين التصرف في حقه، وإن أدى إلى تلف حق شريكه، بدلالة العتق<sup>(٣)</sup>.

ويمكن مناقشة هذا الجواب:

بأن العتق فيه حق لله تعالى بخلاف القصاص، فكونه صح تصرف أحد الشريكين فيه مع تلف حق الآخر لا يعني أن هذا يثبت في الحقوق المشتركة، بل العتق له أحكام خاصة عند أهل العلم رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

(١) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٦٢).

(٢) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٦٢).

(٣) ينظر: التجريد (١١ / ٥٥٦٣).

## المطلب الرابع: الترجيح بين الأقوال:

بعد دراسة هذه المسألة لا يخفى على الناظر قوة الخلاف فيها، وتقارب أدلة الفريقين، ولذلك فترجيح أحد القولين لا يعني أنه لا حظ للآخر من النظر، ولكن بعد النظر في الأدلة ومناقشة الفريقين لها، وبعد النظر في قواعد الشريعة التي تحتاط في أمور الدماء والحدود، وتأمّر بدرء الحدود بالشبهات، وعدم العجلة حتى يأخذ كل ذي حق حقه من النظر والاختيار، وثبوت الحد بلا شبهة، وبعد النظر في قواعد الشريعة التي تسعى للحفاظ على الأموال، ومن ذلك مثلاً التعامل مع الحمل في الميراث، فإن كثيراً من أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ يوقفون من مال الميت الأخطى للحمل من نصيب ذكّرين أو أنثيين؛ احتياطاً لحفظ مال المسلم وعدم تفويته عليه، وبتنزيل هذه القواعد على مسألتنا نجد أن الاحتياط في القصاص حتى بلوغ القصر يحقق هذين الأمرين، فإن شبهة العفو واردة في هذه المسألة، وكون من يملك حق القصاص صغيراً لا يعني سقوط هذه شبهة، وأيضاً اقتصاص الكبير قبل بلوغ الصغير فيه تفويت لحق الصغير في الدية، وقد يكون الصغير محتاجاً للمال، والدية أنفع له من القصاص، وقد يصلح على مال أكثر من الدية يكون به غناه، فإذا اقتص الكبير قبل بلوغ الصغير المحتاج اجتمع عليه اليتم إذا كان المقتول أباه والفقير، ولذلك لا ينبغي مراعاة حق الكبير في اختيار التشفي بالقصاص وإهمال حق الصغير في اختيار الدية، ثم إن التشفي حق يشترك فيه جميع الورثة فلا ينبغي أن يتفرد به أحدهم دون البقية، وكما يجب التريث في إقامة القصاص وتأخير التشفي إلى قدوم الغائب، فينبغي تأخير



التشفي إلى بلوغ الصبي، وإذا بلغ الصبي واختار القتل مع بقية الورثة فلا يقال: إن القاتل قد تضرر ببقائه في الحبس؛ فإن طول العمر لا يزيد المؤمن إلا خيراً، وربما كان العمل الذي يدخل به الجنة لم يعمله إلا في فترة حبسه، ولا شك أن ما يركبه من الهم والغم فترة الانتظار هو خير له، وطول الانتظار يحمله على مراجعة نفسه والتوبة من فعله، والإحسان فيما بقي من عمره، ولهذا فإن القول بالانتظار هو الذي أراه يتوافق مع قواعد الشريعة في التعامل مع الدماء والحدود، ومع حفظ الأموال. والله أعلم.

## المبحث الثاني حكم استيفاء القصاص إذا كان كل الورثة قاصرين

وفيه خمسة مطالب:

### المطلب الأول: بيان صورة المسألة:

صورة هذه المسألة: لو قُتل قتيلاً وليس له ورثة إلا صبيان، وقد يكون الولي في هذه المسائل الأبُّ وقد يكون غيره، ويمكن أن يكون الأبُّ ولياً للصبي وليس ولياً للدم إذا قُتلت طليقته التي أنجب منها، وولده منها حال القتل صبي لم يبلغ، فولي الدم الصبي، والأبُّ وليُّ الصبي.

### المطلب الثاني: تحرير محل النزاع:

1. اتفق أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ على أنه إن كان أولياء الحق كلهم مكلفين فليس لأحد الاستيفاء دون البقية إلا باتفاقهم ولو كان أحدهم غائباً.
2. اختلف أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ في الصبيان إذا كان الحق لهم دون الكبار، هل يستوفى لهم أو ينتظر بلوغهم؟

### المطلب الثالث: الأقوال في المسألة:

- اختلف أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ في الصبيان إذا كان الحق لهم دون الكبار، هل يستوفى لهم أو ينتظر بلوغهم؟ على أقوال:

القول الأول: أنه ينتظر بلوغهم جميعاً، ولا يستوفى لهم قبل ذلك، وهذا قول الشافعية<sup>(١)</sup>، والحنابلة<sup>(٢)</sup>، وقول الصحاحين من الحنفية<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: أنه لا ينتظر بلوغ الصغير، بل لوليه الاستيفاء، وهذا قول المالكية<sup>(٤)</sup>، والأوزاعي<sup>(٥)</sup>.

القول الثالث: أن للأب فقط استيفاء القصاص لابن<sup>(٦)</sup>، كما لو قُتلت أم الصبي وليست في عصمة الأب وليس لها وارث إلا الابن، فيكون حق القصاص له، ولأبيه على هذا القول المطالبة بالقصاص، وهذا القول قول الحنفية<sup>(٧)</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>(٨)</sup>، رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

القول الرابع: أن للأب والجد استيفاء القصاص، وهو قول عند الحنفية رَحِمَهُمُ اللَّهُ<sup>(٩)</sup>.

(١) ينظر: مغني المحتاج (٥ / ٢٦٩).

(٢) ينظر: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة (٢ / ٢٢٦)، والمغني (١١ / ٥٧٧).

(٣) ينظر: الأصل (٧ / ٨)، والمبسوط (٢٦ / ١٧٧).

(٤) ينظر: النوادر والزيادات (١٤ / ١١٧)، والمختصر الفقهي لابن عرفة (١٠ / ٦٢)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢ / ٣٩١).

(٥) ينظر: المحلى (١١ / ١٢٩).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦ / ٤١)، وتبيين الحقائق (٦ / ١٠٧).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٦ / ٤١).

(٨) ينظر: الإنصاف (٢٥ / ١٤٤).

(٩) ينظر: الأصل (٧ / ٨)، وبدائع الصنائع (٧ / ٢٤٣).

القول الخامس: أن للأب والسلطان، ومثله القاضي استيفاء القصاص، وهو قول عند الحنفية رَحْمَهُمُ اللَّهُ<sup>(١)</sup>.

القول السادس: أنه ينتظر بلوغ أحدهم، وهذا قول عند الحنفية رَحْمَهُمُ اللَّهُ<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ من هذه الأقوال أنها تتلخص في قولين:

**الأول: أنه ينتظر القصاص حتى بلوغ القُصَّر:**

واختلف هؤلاء، هل ينتظر بلوغ جميعهم، أو بلوغ أحدهم؟

**الثاني: لا ينتظر بلوغهم:**

واختلف هؤلاء فيمن له حق الاستيفاء، فمنهم من قال: الولي مطلقاً، ومنهم من قال: الأب، ومنهم من قال: الأب والجد، ومنهم من قال: الأب والسلطان والقاضي.

**المطلب الثالث: أدلة الأقوال في المسألة:**

**أولاً: أدلة أصحاب القول الأول:**

استدل أصحاب القول الأول القائلون بأنه ينتظر بأدلتهم المذكورة في المسألة السابقة إضافة إلى أدلة منها:

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٠١)، والاختيار لتعليق المختار (٥/٢٩)، وحاشية ابن عابدين (٦/٥٣٩).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٠١)، والاختيار لتعليق المختار (٥/٢٩).

### الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾<sup>(١)</sup>، والأب ونحوه من وصي وغيره ليس بولي للدم<sup>(٢)</sup>.

### الدليل الثاني:

أن المستحق للاستيفاء، ليس أهلاً للاستيفاء؛ لعدم تكليفه بدليل أنه لا يصح إقراره، ولا تصرفه<sup>(٣)</sup>.

### الدليل الثالث:

أن المستحق للاستيفاء لا يؤمن منه الحيف على الجاني، ولا يقوم وليه مقامه؛ لأن القصاص شرع للتشفي، فلم يقم غيره مقامه<sup>(٤)</sup>، فوجب انتظاره حتى بلوغه؛ ليحصل له التشفي.

### الدليل الرابع:

القياس على الطلاق فإن الأب لا يملك إيقاع الطلاق بزوجة الصبي، فلم يملك استيفاء القصاص كالوصي<sup>(٥)</sup>.

(١) الإسرائيل: ٣٣.

(٢) ينظر: التجريد (١١ / ٥٦٨٩).

(٣) ينظر: المبدع (٧ / ٢٢٣-٢٢٤).

(٤) ينظر: المبدع (٧ / ٢٢٣-٢٢٤).

(٥) ينظر: المبدع (٧ / ٢٢٤).

### الدليل الخامس:

أن القصد من القصاص التشفّي وتَرْك الغيظ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الأب<sup>(١)</sup>.

### الدليل السادس:

القياس على العفو، فمن لا يملك العفو لا يملك القصاص؛ لأن الله عَزَّوَجَلَّ جعل للولي القصاص أو الدية أو العفو، والأب لا يملك العفو فلا يملك القصاص<sup>(٢)</sup>.

### ونوقش:

بأنه إن كان المقصود العفو مجاناً فهذا الدليل منقوض بالإمام فإن له العفو مجاناً، وإن كان المقصود العفو بعوض فإنه لا يُسَلَّم؛ لأن القائلين بجواز استيفاء الأب القصاص لابنه يرَوْن جواز العفو بعوض<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلون بأنه لا ينتظر بذات الأدلة التي استدلوها بها في المسألة السابقة بالإضافة إلى أنه إن تُرك الدم حتى يكبر الصغير فإنه قد يكون في هذا تلف لحق هذا الصغير بموت القاتل أو بهربه<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: المبدع (٧/ ٢٢٤).

(٢) ينظر: التجريد (١١/ ٥٦٩١).

(٣) ينظر: التجريد (١١/ ٥٦٩١).

(٤) ينظر: المدونة (٤/ ٦٦٠)، والمبسوط (٢٦/ ١٦١).

### ثالثاً: أدلة أصحاب القول الثالث:

استدل القائلون بأن الاستيفاء للأب دون غيره بأدلة منها:

#### الدليل الأول:

أن منفعة التشفي راجعة إلى نفس الصغير، وللأب ولاية على نفسه، ولا ولاية للوصي عليها، ولهذا ملك إنكاحه دون الوصي<sup>(١)</sup>.

ونوقش:

بأنها ولاية لا يملك بها إيقاع الطلاق، فلا يملك بها استيفاء القصاص كالوصي<sup>(٢)</sup>.

وأجيب عنه:

بأن ولاية الوصي أضعف من ولاية الأب؛ بدلالة أنها تثبت بتولية ولا يملك بها التزويج، وولاية الأب تثبت بغير تولية ويملك بها التزويج<sup>(٣)</sup>.

#### الدليل الثاني:

القياس على الدية، فإذا جاز للأب استيفاؤها في حال صغر المستحق جاز له استيفاء القصاص له بجامع أن كلاً منهما بدلٌ للنفس<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٤١)، والاختيار لتعليل المختار (٥/ ٢٩).

(٢) ينظر: التجريد (١١/ ٥٦٩٠).

(٣) ينظر: التجريد (١١/ ٥٦٩٠).

(٤) ينظر: التجريد (١١/ ٥٦٨٩)، والمبدع (٧/ ٢٢٤).

ونوقش:

بأنه قياس مع الفارق؛ فإن الدية تمليك للمال، والقتل إتلاف للحق<sup>(١)</sup>.

وأجيب عنه:

بأن إتلاف هذا الحق هو التصرف المقصود فيه، فلذلك لا يقال: إنه إتلاف للحق؛ كما أن الإمام يستوفيه للمسلمين وهو لا يُمكن من إتلاف حقوقهم<sup>(٢)</sup>.

الدليل الثالث:

أن للأب ولاية كاملة، بدليل أنه يملك أن يبيع من نفسه لنفسه، بخلاف غيره<sup>(٣)</sup>.

ويمكن مناقشة هذا:

بأن هذه الولاية لا يملك بها الأب كل حق للابن، بدلالة أنه لا يملك بها إيقاع الطلاق، فلا يملك بها استيفاء القصاص كالوصي<sup>(٤)</sup>.

الدليل الرابع:

القياس على الوكيل، فإذا جاز للوكيل أن يستوفي القصاص فيجوز للأب بطريق الأولى<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر: التجريد (١١/٥٦٨٩).

(٢) ينظر: التجريد (١١/٥٦٨٩).

(٣) ينظر: المبدع (٧/٢٢٥).

(٤) ينظر: التجريد (١١/٥٦٩٠).

(٥) ينظر: التجريد (١١/٥٦٩٠).



ويمكن أن يناقش:

بأنه قياس مع الفارق؛ فإن الوكيل استوفى القصاص بإذن الموكل وعلمه واختياره، وأما الأب فإنه لم يتحقق له ذلك الإذن.

الدليل الخامس:

أن للأب شفقة وافرة ليست في غيره تمنعه من التصرف إلا مع كمال النظر والمصلحة، وتجعله يعدُّ ضررَ ولده ضرراً على نفسه، وتجعل التشفي الحاصل لولده كالتشفي الحاصل له، فلذلك جاز له استيفاء القصاص لابنه؛ لأن ما يحصل من التشفي له كالتشفي الحاصل لولده<sup>(١)</sup>.

الدليل السادس:

القياس على الإمام، فإذا جاز للإمام أن يستوفى القصاص للمسلمين جاز للأب أن يستوفى القصاص بطريق الأولى؛ فإن ولايته أقوى من ولاية الإمام؛ لأن ولاية الأب تكون بغير تولية، وولاية الإمام تكون بتولية<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: أدلة أصحاب القول الرابع:

استدل أصحاب القول الرابع القائلون بأن الجد يشارك الأب في جواز استيفاء القصاص: بأن الجد يشترك مع الأب في الشفقة فكان له حكمه<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٤)، وتبيين الحقائق (٦/ ١٠٨).

(٢) ينظر: التجريد (١١/ ٥٦٨٩).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٣).

ويناقدش هذا الدليل:

بما نوقش به الأب.

**خامساً: أدلة أصحاب القول الخامس:**

استدل أصحاب هذا القول لرأيهم بأن السلطان والقاضي له ولاية في النفس والمال فكان كالأب في جواز استيفاء القصاص للصغير<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يُناقش المعارض لهذا الدليل بقوله:

نحن لا نسلّم بجواز استيفاء الأب للقصاص فغيره من باب أولى.

**سادساً: أدلة أصحاب القول السادس:**

وهذا القول مبني على قولهم في أن القصاص إذا كان بين كبار وصغار فللكبار الاستيفاء دون الصغار، واستدلوا هنا بأدلتهم في تلك المسألة - وهي مسألتنا السابقة -، ونوقشت بما نوقشت به تلك - كما سبق -.

**المطلب الرابع: الترجيح بين الأقوال:**

بعد دراسة هذه المسألة لا يخفى على الناظر فيها أن الخلاف فيها ليس بقوة الخلاف في سابقتها؛ فإن حق التشفي للبالغين الذي هو أبرز ما تمسك به القائلون بتعجيل القصاص في المسألة السابقة ليس له وجود هنا في هذه المسألة؛ فإن كل المستحقين للقصاص هنا صغار، فلا يضر تأخير القصاص أولياءهم الذين لا ولاية لهم في دم المقتول، ولا يوجد ما يدفع إلى الاستعجال

(١) ينظر: تبیین الحقائق (٦/١٠٨)، والبنایة فی شرح الهدایة (٦/١٠٦).

في إقامة القصاص، ولذلك فإن الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول الأول؛ لما ذكر من أدلة، ولأنه إذا ترجح القول بالانتظار إذا كان في الأولياء صغار مع وجود أولياء كبار فالانتظار من باب أولى إذا كان كل الأولياء صغارًا. والله أعلم.



## الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على أفضل البريات، وبعد:

فهذه خاتمة هذا البحث، وفيها أهم النتائج والتوصيات.

### أولاً: النتائج:

١. اتفق أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ على أنه إذا كان كل الأولياء كباراً فليس لبعضهم استيفاء القصاص دون بعض، ولو كان بعضهم غائباً.

٢. اختلف أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ فيما إذا كان بعض أولياء الدم كباراً وبعضهم صغاراً، على قولين:

الأول: الانتظار حتى بلوغ الصبي، وهو قول الشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية رَحِمَهُمُ اللهُ، وعليه العمل في المحاكم السعودية.

الثاني: عدم انتظار الصبي، وهو قول الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة رَحِمَهُمُ اللهُ.

٣. اختلف أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ كذلك فيما إذا كان كل أولياء الدم صغاراً، على ستة أقوال:

الأول: أنه ينتظر بلوغهم جميعاً، ولا يستوفى لهم قبل ذلك، وهذا قول الشافعية، والحنابلة رَحِمَهُمُ اللهُ، وقول الصاحبين من الحنفية<sup>(١)</sup>.

(١) ينظر: الأصل (٧ / ٨)، والمبسوط (١٧٧ / ٢٦).

الثاني: أنه لا ينتظر بلوغ الصغير، بل لوليه الاستيفاء، وهذا قول المالكية رَحْمَهُمُ اللَّهُ.

الثالث: أن للأب فقط استيفاء القصاص للابن، وهذا قول الحنفية، ورواية عند الحنابلة رَحْمَهُمُ اللَّهُ.

الرابع: أن للأب والجد استيفاء القصاص، وهو قول عند الحنفية رَحْمَهُمُ اللَّهُ.

الخامس: أن للأب والسلطان، ومثله القاضي استيفاء القصاص، وهو قول عند الحنفية رَحْمَهُمُ اللَّهُ.

السادس: أنه ينتظر بلوغ أحدهم، وهذا قول عند الحنفية رَحْمَهُمُ اللَّهُ.

٤. الراجح في أنه ينتظر بلوغ الصبي سواء كان وحده ولي الدم، أو كان معه أولياء كبار.

#### ثانياً: التوصيات:

أوصي بدراسة مسألة عفو ولي الصبي عن القصاص أو المعاوضة عليه قبل بلوغه.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## فهرس المصادر والمراجع

١. أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٢. اختلاف الأئمة العلماء، ليحيى بن محمد بن هُبَيْرَة الذهلي الشيباني، تحقيق: السيد يوسف أحمد، الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
٣. الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، الناشر: مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م.
٤. إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٥. الاستذكار، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٦. الأصل، للإمام محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: محمد بوينو كالن، الناشر: دار ابن حرم، بيروت، ١٤٣٣-٢٠١٢م.
٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرْدَاوي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.



٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، بدون تاريخ.
٩. بحر المذهب، لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م.
١٠. البداية والنهاية، للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
١٢. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
١٣. البناية شرح الهداية، لبدر الدين محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين العيني الحنفي، تحقيق: أيمن صالح شعبان، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
١٤. البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج، جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٥. السنن الكبير، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
١٦. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق: جماعة من المختصين، من إصدارات: وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، أعوام النشر: (١٣٨٥-١٤٢٢هـ) = (١٩٦٥-٢٠٠١م).
١٧. تاريخ الرسل والملوك، لأبي جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملّي الطبري، الناشر: دار التراث، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٨٧هـ.
١٨. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي الزليعي الحنفي، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.
١٩. التجريد، لأبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، دراسة وتحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، أ. د. محمد أحمد سراج، أ. د. علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام، القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
٢٠. تحفة الفقهاء، لأبي بكر علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٢١. تحقيق التحرير بعدم تأخير القصاص إلى بلوغ الصغير، لعبد الخالق بن علي المزجاجي، تحقيق: د. سليمان بن صالح العقل، منشور في مجلة العلوم الشرعية بجامعة القصيم، المجلد (١٥)، العدد (٢)، صفر ١٤٤٣هـ-٢٠٢١م.





٢٢. تفسير الماتريدي (تأويلات أهل السنة)، لأبي منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي، تحقيق: د. مجدي باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.
٢٣. التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني البراذعي المالكي، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
٢٤. الجامع الصغير، لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الناشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ.
٢٥. الجامع لمسائل المدونة، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.
٢٦. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر (وصورتها دار الفكر، بيروت)، الطبعة: الثانية، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.
٢٧. حاشية الصاوي على الشرح الصغير (بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك)، لأحمد بن محمد الصاوي المالكي، صححه: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعد علي، الناشر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٢هـ-١٩٥٢م.
٢٨. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

٢٩. الخراج، للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، الناشر: المكتبة الأزهرية للتراث.
٣٠. الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، لجمال الدين أبو المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي الدمشقي الصالحى المعروف بابن المبرد، تحقيق: د. رضوان مختار بن غربية، الناشر: دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
٣١. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الناشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
٣٢. الروض المربع مع حاشية ابن قاسم، للشيخ منصور بن يونس البهوتي، والحاشية للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، الطبعة: الأولى، ١٣٩٧هـ.
٣٣. شرح السنة، لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٣٤. الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة: الرابعة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٣٥. صحيح البخاري، للإمام: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: جماعة من العلماء، الطبعة: السلطانية، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، ١٣١١هـ، بأمر السلطان عبد الحميد الثاني ثم صوّرها بعنايته: د. محمد زهير الناصر، لدى دار طوق النجاة، بيروت، وطبعها الطبعة الأولى عام ١٤٢٢هـ.





٤٣. الكافي شرح البزودي، لحسام الدين حسين بن علي بن حجاج بن علي السُّغْنَاقِي، دراسة وتحقيق: فخر الدين سيد محمد قانت، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٤٤. الكافي في فقه أهل المدينة، للحافظ: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديد الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
٤٥. كشاف القناع عن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، تحقيق وتخرّيج وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، الناشر: وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، (١٤٢١-١٤٢٩هـ) = (٢٠٠٠-٢٠٠٨م).
٤٦. لسان العرب، لجمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.
٤٧. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١ إلى عام ١٤٣٧هـ، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.
٤٨. المبدع في شرح المقنع، لبرهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٤٩. المبسوط، لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، بأشر تصحيحه: جمع من أفاضل العلماء، الناشر: مطبعة السعادة، مصر، وصورتهما: دار المعرفة، بيروت، لبنان.



٥٠. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، المحقق: حسام الدين القدسي، الناشر: مكتبة القدسي، القاهرة، عام النشر: ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
٥١. المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحقق: عبد الغفار سليمان البنداري، الناشر: دار الفكر، بيروت.
٥٢. مختصر اختلاف العلماء، لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، الناشر: دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٧هـ.
٥٣. المختصر الفقهي، لأبي عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.
٥٤. المستدرک على الصحيحين، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
٥٥. مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العسبي، تقديم وضبط: كمال يوسف الحوت، الناشر: (دار التاج، لبنان)، (مكتبة الرشد، الرياض)، (مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة)، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٥٦. المطلع على ألفاظ المقنع، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، الناشر: مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
٥٧. معالم السنن، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، الناشر: المطبعة العلمية، حلب، الطبعة: الأولى، ١٣٥١هـ-١٩٣٢م.

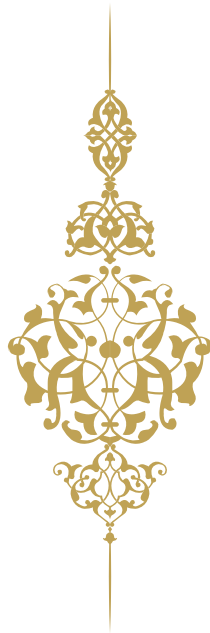


٥٨. المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، لجمال الدين محمد بن عبد الله بن أبي بكر الحثيثي الصردفي الريمي، تحقيق: سيد محمد مهني، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٥٩. المعجم الكبير، لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي الطبراني، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة: الثانية.
٦٠. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٦١. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٦٢. مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٦٣. المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الناشر: دار الكتب العلمية.
٦٤. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة: (من ١٤٠٤ إلى ١٤٢٧هـ).
٦٥. النجم الوهاج في شرح المنهاج، لأبي البقاء كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري الشافعي، تحقيق: لجنة علمية، الناشر: دار المنهاج، جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

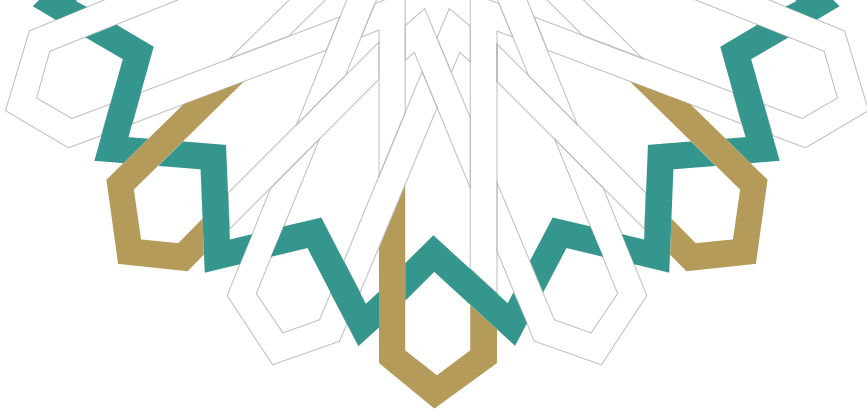


٦٦. النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.
٦٧. النوادر والزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأمّهات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني المالكي، تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٩م.





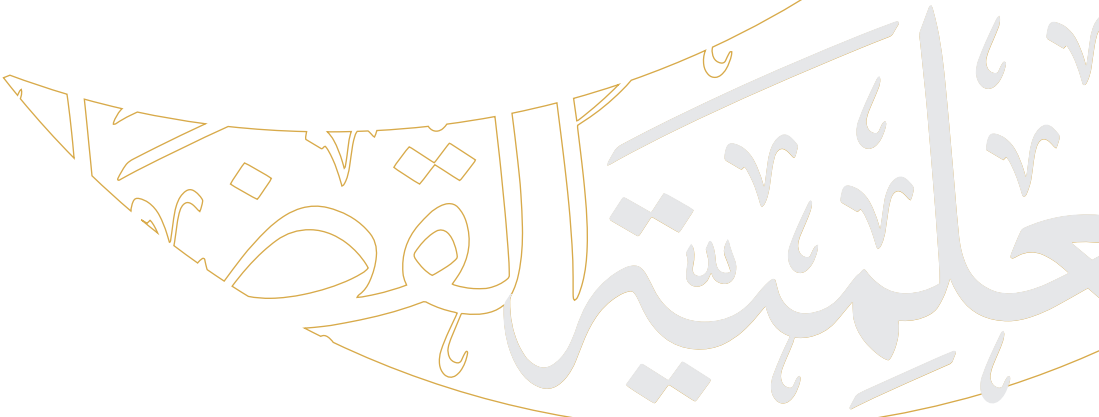




# الاكتفاء عن عقوبة الجلد التعزيرية بعقوبات أخرى فقهاً ونظاماً

**د. عبد العزيز بن سليمان الغسلان**

عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء



## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فإن التطور الكبير المتسارع الذي تشهده بلادنا المملكة العربية السعودية في مختلف المجالات، والذي بات ظاهراً للعيان، لهو من النعم التي أنعم الله تعالى بها علينا؛ نذكرها ونتحدث بها؛ شكراً لله تعالى عليها، واستجاباً للمزيد من فضله سبحانه.

ومن المجالات التي حازت على التطوير والرعاية والاهتمام في منظومة التطوير الشاملة: مجال الأنظمة والتعليمات المتعلقة بالجوانب القضائية وغيرها، ومن ضمنها ما يتعلق بمجال العقوبات.

ومن أبرز ما جدّ في مجال العقوبات: المبدأ القضائي الذي جاء فيه تقرير عدم الحكم بعقوبة الجلد في التعزيرات، والاكتفاء بعقوبات أخرى عنها.

وباب الحدود والتعزيرات، من أهم أبواب الفقه التي لا يستغني الفقيه المتخصص عن الإمام بها ومعرفة مسائلها وفروعها.

ومعلوم أن العقوبات في هذا الباب: إما حدية، وإما تعزيرية، وأن التعزيرية تختلف عن العقوبة الحدية بفوارق؛ منها: جواز العفو والإسقاط فيها، ومن ذلك عقوبة الجلد التعزيرية؛ فإنه عليها ما يرد على عموم العقوبات التعزيرية الأخرى من جواز العفو والإسقاط.

كما أنه يرد على عقوبة الجلد التعزيرية السؤال الآتي: هل يمكن الاكتفاء بعقوبات تعزيرية أخرى عنها، وعدم الحكم بها في الأحكام التعزيرية أو لا؟ وهل هذا سائغ فقهاً ونظماً وقضاً أو لا؟

هذا هو محل الدراسة في هذا البحث - بإذن الله-، وأما مجالها فهو الفقه والنظام والسعودي.

### مثار البحث وأهدافه:

مثار البحث في هذه المسألة في هذا الوقت: هو صدور مبدأ قضائي مقتضاه عدم الحكم بعقوبة الجلد في العقوبات التعزيرية، والاكتفاء بعقوبات أخرى، وهو مبدأ مهم استجد في باب العقوبات التعزيرية التي يطبقها القضاة بحق المخالفين؛ مما يجعله جديراً بالاستهداف بالبحث والدراسة والتأصيل فقهاً ونظماً.

وستناول الكلام على هذه المسألة في تمهيد وثلاثة مباحث:

#### التمهيد:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقوبة.

المطلب الثاني: تعريف الجلد.

المطلب الثالث: تعريف التعزير.

المطلب الرابع: حكم التعزير وحكمته.

المطلب الخامس: أنواع التعزيرات:

وفيه فرعان:

- الفرع الأول: أنواع التعزيرات من حيث نوع العقوبة المقررة فيها.

- الفرع الثاني: أنواع التعزيرات من حيث صاحب الحق فيها.

المبحث الأول: الحكم بعقوبة أخرى غير الجلد في الفقه:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الحكم بعقوبة أخرى غير الجلد الحدي.

المطلب الثاني: الحكم بعقوبة أخرى غير الجلد التعزيري.

المبحث الثاني: الاكتفاء بعقوبات أخرى عن الجلد التعزيري في النظام.

المبحث الثالث: سريان مبدأ الاكتفاء بعقوبات أخرى عن الجلد

التعزيري بأثر رجعي.

ثم الخاتمة وقائمة المصادر.



## التمهيد

يحسن قبل البدء بعرض المسألة التقديم بمسائل تتعلق بمسألة البحث؛ تمهيداً لفهمها، واستذكراً لما يعين على معرفة حدودها وضوابطها، فأشعر -مستعيناً بالله فيما أريد بيانه في هذا المقام- في المطالب الآتية:

### المطلب الأول: تعريف العقوبة:

العقوبة: مصدر عاقب يعاقب عقوبة ومعاقبة وعقاباً.

والعين والقاف والباء «ع ق ب» أصلاً صحیحان، أحدهما: يدلُّ على تأخير شيءٍ وإتيانه بعد غيره، والأصل الآخر: يدلُّ على ارتفاعٍ وشدةٍ وصعوبة<sup>(١)</sup>.

فمن الكلمات التي استخدمت فيها هذه المادة بمعنى الأصل الأوّل ما يلي:

قولهم: عَقِبُ الرجل: أي وَلَدُهُ وولِدٌ وَلَدِهِ الباقونَ من بَعْدِهِ، وذلك لأن ولد الرجل جاءوا بعده، وتأخروا عنه.

ومن ذلك: قوله تعالى: ﴿لَا مُعَقِّبَ لِحُكْمِهِ﴾<sup>(٢)</sup>، والتعقيبُ: إعتاب الشيء بما يبطله. والمعقبُ: الذي يكرُّ على الشيء فيبطله، وحقيقته الذي يُقَفِّيه بالرد والإبطال. فالمعنى: لا راداً لحكمه ولا ناقض له<sup>(٣)</sup>.

(١) مقاييس اللغة لابن فارس (٧٧/٤).

(٢) سورة الرعد، الآية (٤١).

(٣) ينظر: التيسير في التفسير للنسفي (٨٧/٩)، فتح القدير للشوكاني (١٠٨/٣).

وقولهم: أَعَقَبَهُ بطاعته أي جازاه. والعُقْبَى: جَزَاءُ الأَمْرِ. ويقولون: العُقْبَى لك في الخَيْرِ؛ أي العاقبة. وأَعَقَبَهُ اللهُ خيراً منه. والاسم العُقْبَى<sup>(١)</sup>.  
ومن هذا الباب أيضاً قولهم: عاقبتُ الرجل مُعاقبةً وعُقوبةً وعِقاباً، واحذَر العُقوبةَ والعَقْبَ، وإنما سُمِّيت عقوبة؛ لأنَّها تكون آخرًا وثاني الذَّنْبِ<sup>(٢)</sup>.

والعقابُ والمُعاقبة: أن تَجْزِي الرجلَ بما فعل سُوءاً؛ والاسمُ العُقوبة<sup>(٣)</sup>، فالعقوبة: اسم من المعاقبة، وهي أن يجزيه بعاقبة ما فعل من السوء.  
ومن الباب الثاني، وهو الأصل الثاني «الارتفاع والشدة والصعوبة»: قولهم: العَقْبَةُ: طَرِيقٌ فِي الجَبَلِ وَعَرٌّ يُرْتَقَى بِمَشَقَّةٍ «ثمَّ رُدَّ إِلَى هذا كُلِّ شَيْءٍ فِيهِ عُلُوٌّ أَوْ شِدَّةٌ»<sup>(٤)</sup>، وجمعها عَقَبَاتٌ وَعِقَابٌ<sup>(٥)</sup>.

ولفظ «العقوبة» فيه معنى الأصلين معاً؛ إذ فيها تأخير الشيء وإتيانه بعد غيره، لأنها تكون متأخرة عن الذنب أو المخالفة، وتأتي بعده، وفيها معنى الارتفاع والشدة والصعوبة، لأن في العقوبة صعوبة وشدة؛ لأنها إنما شُرعت زجراً للمعاقب، وردعاً لغيره ممن تسول له نفسه ذلك الفعل، كما أن

(١) لسان العرب لابن منظور (١/٦١١).

(٢) مقاييس اللغة (٤/٧٧-٨٦).

(٣) لسان العرب (١/٦٢١).

(٤) قاله ابن فارس في مقاييس اللغة (٤/٨٤).

(٥) لسان العرب (١/٦١٩).

فيها ارتفاعاً؛ لأن من يوقع العقوبة في الأصل أعلى مكاناً من المعاقب، حيث إن تنفيذ العقوبة في الشريعة مخصوص بولي الأمر، والله تعالى أعلم.

وأما في الاصطلاح: فقد جاء تعريفها في الاصطلاح الفقهي والنظامي: ونبدأ بالاصطلاح الفقهي:

فإنه كثيراً ما يُعرض العلماء - لاسيما المتقدمين منهم - عن تعريف الشيء؛ لوضوحه وظهور المعنى المراد منه، ومع ذلك فقد وردت عدة تعريفات للعقوبة منها:

أنها: ما يجب جزاء على ارتكاب المحذور الذي يستحق المأثم به<sup>(١)</sup>.

ومنها: تعريف العقوبة بأنها «أذى ينزل بالجاني زجراً له»<sup>(٢)</sup>.

وعرفها بعض المعاصرين بأنها: جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه، وترك ما أمر به<sup>(٣)</sup>.

(١) وبهذا التعريف عرفها: صاحب «كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي»: علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد البخاري (٤/ ١٥٠)، والسرخسي في أصوله (٢/ ٢٥)، وابن أمير الحاج في «التقرير والتحجير شرح التحرير» (٣/ ٢١٢).

(٢) الجريمة والعقوبة - جزء العقوبة لمحمد أبو زهرة (ص ٦).

(٣) العقوبة في الفقه الإسلامي، د. أحمد فتحي بهنسي ص (١٣).

وبعد استعراض التعريفات التي وقفت عليها للعقوبة، يظهر لي أن التعريف المختار أن يقال هي: «جزاء مُقرَّر شرعاً لمصلحة عامة يوقع على مُخالفٍ بِحُكم حاكم»<sup>(١)</sup>.

وقولنا: «مُقرَّر شرعاً»: أي أنه جاء الدليل الدال عليه من الشرع، وهذا يشمل العقوبة الحدية والعقوبة التعزيرية، فأما العقوبات الحدية فدلالة النصوص عليها بينة ظاهرة؛ في أنواعها ومقاديرها وشروطها، وأما العقوبات التعزيرية فهي عقوبات شرعية أيضاً، دل عليها الإجماع<sup>(٢)</sup> وعمل بها الخلفاء والأئمة.

وهذا الجزاء له شروط معتبرة شرعاً، ولذا قيّدناه بقيد مهم؛ وهو قولنا: «بحكم حاكم»: وذلك لأن العقوبة لها أسباب، وشروط وموانع، كما أن استيفاءها يحتاج إلى أمن الحيف والتجاوز والظلم، فلا يُزاد عن الحد المشروع؛ فيكون فيه ظلم، ولا ينقص عنه؛ فلا يحصل المقصود منه، فكان لا بد فيها من حكم حاكم، والله تعالى أعلم.

وأما عن تعريف العقوبة في الاصطلاح النظامي «القانوني»:

(١) وهذا التعريف من صياغة الباحث، وقد اعتمده في رسالتي الدكتوراه بعنوان: «العقوبة بالحرمان دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة»، وأحسب أنه تعريف جامع مانع، وقد ذكرت محترزاته في رسالتي المشار إليها.

(٢) قد حكى الإجماع على ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ في مجموع الفتاوى (٣٠ / ٣٩) وغيره، وسيأتي الكلام على مشروعية التعزير.

كما حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر والزيلعي وابن القيم والخطيب الشربيني وغيرهم ينظر: الإجماع لابن المنذر ت أبي عبد الأعلى (ص ١٢٧)، وتبيين الحقائق (٣ / ٢٠٧)، ومغني المحتاج (٥ / ٥٢٣)، والطرق الحكيمة ط عطاءات العلم (١ / ٢٧٩).



فإن الحكم في المملكة العربية السعودية - كما هو معلوم - مستمد من كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهما الحاكمان على جميع الأنظمة في هذه الدولة المباركة.. كما ينص على ذلك النظام الأساسي للحكم<sup>(١)</sup>.

ومن هذا يتبين أن الأنظمة في المملكة العربية السعودية يُراعى فيها مدلولات الكتاب والسنة، حتى تكون بذلك أنظمة مرعية من قبيل السياسة الشرعية.

وعلى هذا: فلا فرق بين تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي وتعريفها في النظام السعودي؛ إذا ما علمنا أن النظام السعودي مستمد من كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما سبق.

بل إن النظام قد أكد هذا الجانب كما نصت عليه المادة الثامنة والثلاثون من النظام الأساسي للحكم، حيث بيّنت خصائص العقوبة الشرعية بأن: «العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو نص نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي».

فعلى ذلك يمكن تعريف العقوبة في النظام بأنها: «جزاء مُقرر نظاماً لمصلحة عامة يوقع على مُخالِفٍ بقرار صاحب الصلاحية»<sup>(٢)</sup>.

(١) النظام الأساسي للحكم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٩٠) في ٢٧/٨/١٤١٢ هـ، المادة السابعة، ونصها: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله.. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة».

(٢) وهذا التعريف من صياغة الباحث، وأحسب أنه تعريف جامع مانع.

## المطلب الثاني: تعريف الجلد:

الجلد بفتح الجيم في اللغة: الجيم واللام والداال أصل واحد وهو يدل على قوة وصلابة. فالجلد -بالكسر- معروف، وهو أقوى وأصلب مما تحته من اللحم<sup>(١)</sup>.

والجلد هو: الضرب بالسوط وهو مصدر: جلده يجلده، يقال: رجل مجلود وجليد في حد أو تعزير أو غيرهما، وسمي جلدًا لأنه يصيب جلده<sup>(٢)</sup>. والجلد عندما يرد في كلام الفقهاء، فإنه لا يخرج عن المعنى اللغوي<sup>(٣)</sup>، وكذلك المصطلح النظامي، وإن كان الفقهاء يتكلمون في مسائل تفصيلية في الجلد؛ في صفته، وبأي شيء يكون، ومسائل أخرى.

## المطلب الثالث: تعريف التعزير:

التعزير في اللغة: مصدر من الفعل المضَعَّف: عزَّر، بتشديد الزاي، من العزر، وهو الرد والمنع والتأديب، ويقال: عزَّر أخاه بمعنى: نصره، لأنه منع عدوه من أن يؤذيه. ويقال أيضاً: عزَّرته بمعنى: وقَّرتُه. فهو من أسماء الأضداد<sup>(٤)</sup>.

(١) مقاييس اللغة لابن فارس (١/٤٧١).

(٢) المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده (٧/٣٢٧)، لسان العرب (٣/١٢٥)، حلية الفقهاء لابن فارس (ص ١٩٩).

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٥/٢٤٩).

(٤) تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي (١٣/٢٠).

فالعين والزاء والراء كلمتان: إحداهما التعظيم والنصر، والكلمة الأخرى جنس من الضرب<sup>(١)</sup>.

وسمي التعزير تعزيراً لمنعه الجاني عن المعاودة، وردعه عن المعصية<sup>(٢)</sup>، فكأن من نصرته قد رددت عنه أعداءه، ومنعتهم من أذاه، ولهذا قيل للتأديب الذي هو دون الحد: تعزير؛ لأنه يمنع الجاني أن يعاود الذنب<sup>(٣)</sup>.

وأما في الاصطلاح: فهو التأديب بعقوبة غير مقدرة شرعاً تجب حقاً لله، أو لآدمي، في كل معصية ليس فيها حدٌ ولا كفارة غالباً<sup>(٤)</sup>.

والمعصية تشمل ترك الواجب وفعل المحرم، ومثال ترك الواجب: منع الزكاة، وترك قضاء الدين عند القدرة على ذلك، وعدم أداء الأمانة، وعدم رد المغصوب، ومثال فعل المحرم: سرقة ما لا قطع فيه، لعدم توافر شروط النصاب أو الحرز مثلاً، وتقبييل الأجنبية، والخلوة بها، والغش في الأسواق، والعمل بالربا، وشهادة الزور<sup>(٥)</sup>.

والعقوبات - كما هو مقرر عند الفقهاء -:

(١) مقاييس اللغة لابن فارس (٤/٣١١).

(٢) تاج العروس (٣٠/١٣).

(٣) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (٣/٢٢٨).

(٤) يُنظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للقونوي (ص ٦٢)، والمطلع على ألفاظ المقنع للبعلي (ص ٤٥٧)، وينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/٢٥٤، ٢٥٥).

(٥) تراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/٢٥٧، ٢٥٨).

إما مقدرة: وهي العقوبات التي ورد فيها نص من الشارع يبين نوعها ويحدد مقدارها، وتشمل عقوبات الحدود والقصاص والديات، والحدود هي: حد الزنا وحد القذف وحد الخمر وحد السرقة وحد الحرابة وحده الردة، وأما القصاص والدية فهما ناشتان عن الاعتداء على النفس أو على ما دون النفس كالجرح والقطع.

وإما غير مقدرة: وهي التي - كما تقدم - لم يرد فيها نص من الشارع يحدد مقدارها، وإنما يرجع تقدير نوعها ومقدارها إلى نظر القاضي، وهذه هي العقوبات التعزيرية<sup>(١)</sup>.

### المطلب الرابع: حكم التعزير وحكمته:

جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup> على أن الأصل في التعزير أنه مشروع في كل معصية لا حد فيها، ولا كفارة، بل حكى شيخ الإسلام ابن تيمية الإجماع على ذلك<sup>(٣)</sup>.

(١) وينظر: الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون. أ.د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي (ص ٤٩٦، ٤٩٧).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٣٦/٩)، وفتح القدير على الهداية، لابن الهمام (٥/٢١٢)، ومنح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عيش (٩/٣٥٥)، والأحكام السلطانية للماوردي (ص ٣٤٤)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي (٨/١٩)، وحاشيتنا قليوبي وعميرة، لأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة (٤/٢٠٦)، وكشاف القناع للبهوتي (١٤/١٠٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠/٣٩).

كما حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر والزيلعي وابن القيم والخطيب الشربيني وغيرهم ينظر: الإجماع لابن المنذر ت أبي عبد الأعلى (ص ١٢٧)، وتبيين الحقائق (٣/٢٠٧)، ومغني المحتاج (٥/٥٢٣)، والطرق الحكمية ط عطاءات العلم (١/٢٧٩).

ويختلف حكم التعزير باختلاف حاله وحال فاعله؛ فتأديب ذي الهيئة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاءة والسفاهة؛ لقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «(أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود<sup>(١)</sup>)»<sup>(٢)</sup>؛ فتعزير مَنْ جَلَّ قدره يكون بالإعراض عنه، وتعزير من دونه بالتعنيف له، وتعزير

(١) ذوو الهيئات: هم أهل المروءة والصلاح الذين لا يعرفون بالشر. ((عثراتهم)): زلاتهم. قال الخطابي: قال الشافعي في تفسير الهيئة: من لم تظهر منه ريبة. معالم السنن للخطابي (٣/٣٠٠).

(٢) أخرجه أحمد (٤٢/٣٠٠) ح (٢٥٤٧٤)، وأبو داود (٦/٤٢٨) تحقيق الأرنؤوط - قره بللي) ح (٤٣٧٥)، والنسائي في الكبرى (٦/٤٢٨) ح (٧٢٥٤)، وابن عدي في الكامل (٦/٥٣٤)، والعقيلي (٢/٣٤٣) برقم (٩٤٣) وغيرهم، من حديث عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة.

وقد رواه أبو داود من حديث عبد الملك بن زيد، عن محمد بن أبي بكر، عن عمرة، عن عائشة مرفوعاً به، ورواه من هذا الوجه أحمد وزاد: عن محمد بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة به.

ورواه النسائي من حديث عطف بن خالد، عن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر، عن أبيه، عن عمرة، عن عائشة مرفوعاً به. قال العقيلي: له طرق، وليس فيها شيء يثبت. وأعله عبد الحق الإشبيلي بعبد الملك وعطف، وَقَالَ: هما ضعيفان.

وقال ابن عدي: منكر بهذا الإسناد لم يروه غير عبد الملك بن زيد وعن عبد الملك بن أبي فديك. اهـ.

وقد حكم عليه أبو حفص عمر بن علي بن عمر القزويني (٧٥٠هـ) بالوضع، ولكن رد ابن حجر وصفه بالوضع فقال: وأخرجه النسائي من وجه آخر من رواية عطف بن خالد عن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة. وأخرجه أيضاً من طريق آخر عن عمرة، ورجاها لا بأس بهم، إلا أنه اختلف في وصله وإرساله، فلا يتأتى لحديث يروى بهذه الطرق أن يسمى موضوعاً. اهـ.

ولذا قال ابن الملقن في البدر المنير (٨/٧٣٢): «وقد صح الحديث المذكور بدون الاستثناء - أي بدون قوله: ((إلا الحدود)) -، أخرجه الشافعي، وابن عدي والبيهقي =

من دونه بزواج الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذي يجسون فيه على حسب ذنبهم وبحسب هفواتهم، فمنهم من يجس يوماً، ومنهم من يجس أكثر منه إلى غاية مقدرة<sup>(١)</sup>.

= واللفظ لهما من حديث عائشة أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((أقيلوا ذوي الهيئات زلاتهم)) اهـ.

وممن أثبتته من المعاصرين: الألباني؛ حيث صححه في صحيح الجامع برقم (١١٨٥)، وقال محققا سنن أبي داود «طبعة دار الرسالة العالمية» (٦/٤٢٨): حديث جيد بطرقه وشواهده. اهـ.

ولا يزال العلماء يوردون هذا الحديث محتجين به ومستدلين، ولذا قال الشافعي - فيما نقله عنه ابن المنير -: وسمعت من أهل العلم من يعرف هذا الحديث ويقول: «يُنْجَافِي لِلرَّجُلِ ذِي الْهَيْئَةِ عَنْ عَشْرَتِهِ مَا لَمْ يَكُنْ حَدًّا». البدر المنير (٨/٧٣٢).

ينظر فيما تقدم: أجوبة الحافظ ابن حجر العسقلاني عن أحاديث المصاييح (تضمنت أجوبة حول (١٨) حديثاً في المصاييح رماها الإمام أبو حفص عمر بن علي بن عمر القزويني (٧٥٠هـ) بالوضع)، مطبوعة مع مصاييح السنة للبعوي (ت: ٥١٦هـ) (١/٨٧)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير (٨/٧٣٠ - ٧٣٣)، التلخيص الحبير (٤/٢١٨ ط العلمية).

(١) الأحكام السلطانية للمواردي (ص ٣٤٤)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء (ص ٢٧٩)، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (٢/٢٨٩).

وأما الحكمة منه: فهي ردع الجاني وزجره، وإصلاحه وتهذيبه<sup>(١)</sup>، قال الزيلعي في تبين الحقائق: إن الغرض من التعزير الزجر. وَسَمَّى التعزيرات: بالزواج غير المقدرة<sup>(٢)</sup>.

ومعنى الزجر: منع الجاني من معاودة المحرمات وتعاطي القبيح، ومنع غيره من ارتكابها، ومن ترك الواجبات؛ كترك الصلاة والمهاتلة في أداء حقوق الناس<sup>(٣)</sup>، فهي متضمنة لزجر الشخص المخالف، ومنع غيره من ارتكاب المخالفات.

### المطلب الخامس: أنواع التعزيرات:

للتعزيرات تقسيمات كثيرة باعتبارات متعددة، وسنتناول بعض هذه التقسيمات في الفرعين الآتين:

#### الفرع الأول: أنواع التعزيرات من حيث نوع العقوبة المقررة فيها:

ليس للتعزير عقوبات محددة مقدرة كما في الحدود؛ بل قد يكون التعزير بالسجن أو بالضرب أو بالجلد أو باللوم أو بالتشهير، أو بأخذ المال على القول بجواز التعزير بالمال، وبكل ما يحصل به التأديب والردع عن المعصية ولم يكن في نفسه حراماً؛ كضرب الوجه أو التعذيب المفضي إلى الهلاك.

- (١) الأحكام السلطانية للمواردي (ص ٣٤٤)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٢٨٩).
- (٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٣/٢٠٧).
- وقال العز بن عبد السلام: «وأما التعزيرات فزواج عن ذنوب لم تشرع فيها حدود ولا كفارات». قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/١٩٤).
- (٣) الأحكام السلطانية للمواردي (٢/٢٨٨)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٢٨٨)، وكشاف القناع (١٤/١٠٩ ط وزارة العدل).

كما أنه يختلف بحسب المذنب والظروف المحيطة بفعله لهذا الذنب؛ مما يخفف العقوبة أو يشدها.

ويختلف كذلك باختلاف الأعصار والأمصار؛ فربّ تعزير في بلاد يكون إكراماً في بلد آخر، وقد كان قلع الطيلسان<sup>(١)</sup> بمصر تعزيراً، وفي الشام إكراماً، وكان كشف الرأس بالعراق ومصر هواناً، بينما لا يُعدُّ كذلك عند أهل الأندلس، كما ذكر القرافي<sup>(٢)</sup>.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية لما ذكر أمثلة كثيرة للمعاصي التي ليس فيها حدٌّ مقدّر ولا كفارة: «فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي؛ على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقِلَّتِهِ، فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة، بخلاف ما إذا كان قليلاً، وعلى حسب حال المذنب، فإذا كان من المدمنين على الفجور زيدَ في عُقوبته بخلاف المُقِلِّ من ذلك، وعلى حسب كِبَر الذنب وصِغَرِهِ، فيُعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم ما لا يُعاقب من لم يتعرَّض إلا لامرأة واحدة أو صبي واحد.

(١) الطيلسان: بفتح الطاء وسكون الياء وفتح اللام والسين، ضرب من الأكسية، وهو من لباس العجم مدور أسود. وقيل: أخضر؛ لحمته أو سداه من صوف، يلبسه الخواص من العلماء والمشايخ. وهو فارسي معرب، وحكي عن الأصمعي أنه قال: الطيلسان ليس بعربي، قال: وأصله فارسي إنما هو تالشان فأعرب. ينظر: تهذيب اللغة للأزهري (١٢/ ٢٣٤)، والمغرب في ترتيب المعرب، لبرهان الدين الخوارزمي المطرزي (ص ٢٩٢)، ولسان العرب (٦/ ١٢٥)، والتعريفات الفقهية، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي (ص ١٣٨)، والمعجم العربي لأسماء الملابس، د. رجب عبد الجواد إبراهيم (ص ٣٠٦).

(٢) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق (٤/ ١٨٣).



وليس لأقل التعزير حدًّا؛ بل هو بكل ما فيه إيلاَمُ الإنسان، من قول وفعل، وترك قول، وترك فعل؛ فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه والإغلاظ له، وقد يُعزَّرُ بهجره وتترك السَّلام عليه حتى يتوب إذا كان ذلك هو المصلحة، كما هجر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَصْحَابَهُ «الثلاثة الذين خَلَفُوا»<sup>(١)</sup>،... وكذلك قد يُعزَّرُ بالحبس، وقد يُعزَّرُ بالضرب، وقد يُعزَّرُ بتسويد وجهه وإزكابه على دَابَّةٍ مَقْلُوبًا»<sup>(٢)</sup>.

كما ذكر رَحِمَهُ اللهُ: أن التعزير أجناس: منه ما يكون بالتوبيخ والزجر بالكلام، ومنه ما يكون بالحبس، ومنه ما يكون بالنفي عن الوطن، ومنه ما يكون بالضرب<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٤/١٦٠٣) ح (٤١٥٦)، ومسلم (٤/٢١٢٠) ح (٢٧٦٩) من حديث كعب بن مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٢) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية (ط عطاءات العلم) (ص ١٤٨، ١٤٩)، وانظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء (ص ٢٧٩)، قال رَحِمَهُ اللهُ: «تأديب ذي الهيئة من أهل الصبانية أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة... فإن تساؤوا في الحدود المقدرة، فيكون تعزير من جل قدره، بالإعراض عنه. وتعزير من دونه: بزجر الكلام، وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب، ثم يعد بمن دون ذلك إلى الحبس، الذي ينزلون فيه على حسب رتبهم، وبحسب هفواتهم، فمنهم من يجبس يوماً، ومنهم من يجبس أكثر منه إلى غير غاية مقدرة، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد، إذا تعدت ذنوبه إلى اجتلاب غيره إليها، واستضراره بها». اهـ.

(٣) الحسبة في الإسلام لابن تيمية (ص ٤٥).

ونقل عنه هذه الأنواع وقررها تلميذه ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ط عطاءات العلم) (٢/٦٨٤، ٦٨٥).

وهذه العقوبات قد تنصبُّ على البدن، وقد تنصبُّ على المال، وقد تكون مقيدةً للحرية، وقد تكون غير ذلك<sup>(١)</sup>.

وهذا أيضاً ما يقرره شراح النظام، وأن العقوبات تقسم إلى: عقوبات بدنية كالجلد، وعقوبات ماسّة بالحرية؛ كالسجن، وعقوبات مالية؛ كالغرامة، وعقوبات ماسّة بالاعتبار؛ كالشهير. وأنها تنقسم إلى عقوبة أصلية وعقوبة تبعية وعقوبة تكميلية<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني: أنواع التعزيرات من حيث صاحبُ الحق فيها:

ينقسم التعزير إلى ما هو حق لله، وما هو حق للعبد. والمراد بالأول -غالباً-: ما تعلق به نفع العامة، وما يندفع به ضرر عام عن الناس، من غير اختصاص بأحد. ويراد بالثاني: ما تعلق به مصلحة خاصة لأحد الأفراد. وقد يكون التعزير خالص حق الله، كتعزير تارك الصلاة، والمفطر عمداً في رمضان بغير عذر، ومن يحضر مجلس الشراب.

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء (ص ٢٧٩ وما بعدها). ولمراجعة أنواع التعزير تنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/٢٦٣-٢٧٥).

(٢) شرح قانون العقوبات - القسم العام، د. محمود نجيب حسني (ص: ٧٠٤-٧٠٧). النظرية العامة لقانون العقوبات دراسة مقارنة، د. سليمان عبد المنعم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣م (ص: ٧٣٦-٧٣٨).

وقد يكون لحق الله تعالى ولل فرد، مع غلبة حق الله، كمنحو تقبيل زوجة آخر وعناقها، وقد تكون الغلبة لحق الفرد، كما في السب والشتم والمواثبة<sup>(١)</sup>. وفائدة التفرقة بين نوعي التعزير تظهر في أمور؛ منها: أن التعزير الواجب حقاً للفرد أو الغالب فيه حقه إذا طلبه صاحب الحق فيه لزمته إجابته، ولا يجوز للقاضي فيه الإسقاط، ولا يجوز فيه العفو من ولي الأمر؛ إذ هو حق للفرد أو حقه فيه غالب، لا يجوز إسقاطه وقد طلبه<sup>(٢)</sup>.

أما التعزير الذي يجب حقاً لله فإن العفو فيه من ولي الأمر جائز، ويدل عليه: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أَقِيلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثْرَاتِهِمْ إِلَّا الْخُدُودَ»<sup>(٣)</sup>. «وفيه دليل على أن الإمام مخير في التعزير؛ إن شاء عَزَّرَ، وإن شاء ترك، ولو كان التعزير واجباً كالحد لكان ذو الهيئة وغيره في ذلك سواء»<sup>(٤)</sup>.

(١) الأحكام السلطانية للهاوردي (٢٢٥)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى (٢٨١)، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام للعزيز بن عبد السلام (١/١١٨)، والفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق (٤/١٨٣) وغيرها. ويراجع فيما تقدم: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢/٢٦٠).

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعزيز بن عبد السلام (١/١٨٧).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) الخطابي في معالم السنن (٣/٣٠٠).

وكذلك تجوز فيه الشفاعة إن كان في ذلك مصلحة، أو حصل انزجار الجاني بدونه، وقد جاء عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قوله: ((اشفعوا تؤجروا، ويقضي الله على لسان نبيه ما شاء))<sup>(١)</sup>.<sup>(٢)</sup>.



(١) رواه البخاري (٥٢٠/٢) ح (١٣٦٥)، ومسلم (٢٠٢٦/٤) ح (٢٦٢٧).  
 (٢) الأحكام السلطانية للماوردي (ص ٣٤٦)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ٢٨١)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٢٩٨).

## المبحث الأول الحكم بعقوبة أخرى غير الجلد في الفقه

### المطلب الأول: الحكم بعقوبة أخرى غير الجلد الحدي:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الجلد حداً يجب على من ارتكب إحدى جرائم ثلاث وهي: الزنا والقذف وشرب المسكر، وهذا مما انعقد الإجماع عليه<sup>(١)</sup>.

وقد ثبت الجلد في جريمة زنا البكر وفي القذف بالكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾<sup>(٢)</sup>، وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾<sup>(٣)</sup>.

(١) فهذه الجرائم الثلاث قد اتفق الفقهاء على أن الجلد يجري فيها حداً:

- فقد أجمع العلماء على جلد الزاني البكر، كما نقله ابن المنذر وابن حزم وأبو الحسن ابن القطان. ينظر: الإجماع لابن المنذر ت أبي عبد الأعلى (ص ١٢٥)، والمحلى بالآثار (١٢/١٦٩)، والإقناع في مسائل الإجماع (٢/٢٥٢).

- كما نقل ابن حزم وابن تيمية وأبو الحسن ابن القطان الإجماع على وجوب الحد على القاذف. ينظر: المحلى بالآثار (١٢/٢٥٦)، ومجموع الفتاوى (٢٨/٣٤٢)، والإقناع في مسائل الإجماع (٢/٢٤٨).

- ونقل ابن تيمية وغيره الإجماع على ثبوت الحد على شارب الخمر. مجموع الفتاوى (٢٨/٣٣٦). كما نقل ابن حزم الإجماع على أن الجلد هو حد شارب الخمر. مراتب الإجماع (ص ١٣٣).

(٢) سورة النور (٢).

(٣) سورة النور (٤).

وفي الصحيحين: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله: الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام))<sup>(١)</sup>.

وجاء في حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: قالت: «لما نزل عُذْرِي قام رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على المنبر فذكر ذلك وتلا القرآن فلما نزل، أمر برجلين وامرأة فَضْرَبُوا حُدُومَهُمْ»<sup>(٢)</sup>.

وأما شرب المسكر فقد جاء في حديث أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الْخَمْرَ: «فجلده بجريدتين نحو أربعين»

(١) صحيح البخاري (٩٧١ / ٢) ح (٢٥٧٥)، ومسلم (١٣٢٤ / ٣) ح (١٦٩٧).  
 (٢) أخرجه أحمد (٧٦ / ٤٠) ح (٢٤٠٦٦)، وأبو داود (٥٢٣ / ٦) ح (٤٤٧٤)، والترمذي (٣٣٦ / ٥) ح (٣١٨١)، وابن ماجه (٥٩٩ / ٣) ح (٢٥٦٧)، كلهم من طريق محمد بن إسحاق، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عمرة، عن عائشة.  
 وفي إسناده محمد بن إسحاق وهو مدلس وقد عنعن. قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث محمد بن إسحاق. اهـ.  
 وقد رواه أبو داود برقم (٤٤٧٥) من طريق آخر عن محمد بن إسحاق مرسلًا ولم يذكر عائشة.

قال المنذري: وقد أسنده ابن إسحاق مرة، وأرسله أخرى، وتقدم الاختلاف في الاحتجاج بحديث محمد بن إسحاق. اهـ. مختصر سنن أبي داود للمنذري (٣ / ١٩٥).  
 وقد حسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود (٧٦ / ٣) ح (٤٤٧٤، ٤٤٧٥)، كما حسن إسناده محققا سنن أبي داود «طبعة دار الرسالة العالمية».

قال: وفعله أبو بكر. فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف: أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر<sup>(١)</sup>.

فدلت هذه الأدلة على أن الجلد من العقوبات الحدية؛ في جريمة زنا البكر والقذف وشرب المسكر.

ومما هو معلوم من الفرق بين الحدود والتعزيرات: أنه لا يجوز إسقاط الحدود بعد أن تبلغ الإمام.

وقد جاء عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «لا عفو عن الحدود، ولا عن شيء منها بعد أن تبلغ الإمام، فإن إقامتها من السنة»<sup>(٢)</sup>، ونقله عنه ابن حزم في المحلى وذكر أنه لا يُعَرَفُ له مخالف<sup>(٣)</sup>.

وقد وقع الإجماع على وجوب إقامة الحدود، فلا يجوز إسقاط الحد متى بلغ الإمام.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «قد أجمع المسلمون على أن تعطيل الحد بهال يؤخذ، أو غيره، لا يجوز، وأجمعوا على أن المال المأخوذ من الزاني،

(١) صحيح مسلم (٣/١٣٣٠) ح (١٧٠٦).

وفيه كذلك حديث علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «جَلَدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَرْبَعِينَ، وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ، وَعُمَرُ ثَمَانِينَ، وَكُلُّ سُنَّةٍ، وَهَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ» رواه مسلم (٣/١٣٣٢) ح (١٧٠٧).

(٢) مصنف عبد الرزاق (٧/٣٧٨) ح (١٤٧٤٦).

(٣) المحلى (١٢/٢٦٦).

والسارق والشارب، والمحارب، وقاطع الطريق ونحو ذلك لتعطيل الحد،  
مال سحت خبيث»<sup>(١)</sup>.

كما حكى الإجماع على ذلك أيضاً جمع من العلماء<sup>(٢)</sup>.

ومما تقدم ذكره من حكاية الإجماع على وجوب إقامة الحدود - إذا بلغت  
السلطان - يعلم أنه لا يجوز إسقاط الجلد الذي يكون عقوبة حدية عند  
ثبوته؛ فلا يجوز للإمام إسقاط الجلد في العقوبات الحدية الثلاث<sup>(٣)</sup>، حتى  
ولو أراد أن يحكم بعقوبة أخرى غيره؛ لدلالة الأدلة على وجوب إقامة الحد،  
وقد تقدمت الأدلة الدالة على أن الجلد جاء تقديره عقوبةً حديةً في حد الزنا  
والشرب والقذف.

### المطلب الثاني: الحكم بعقوبة أخرى غير الجلد التعزيري:

اتفق الفقهاء على أن للإمام التعزير بالجلد إذا رأى في ذلك مصلحة<sup>(٤)</sup>.

(١) مجموع الفتاوى (٣٠٣/٢٨).

(٢) وقد حكى الإجماع على ذلك ابن بطال في شرح صحيح البخاري (٢٤٢/٨)، وابن  
عبد البر في الاستذكار (٥٤٠/٧)، وابن قدامة في المغني (٤٦٧/١٢)، والنووي في  
شرح صحيح مسلم (١٨٦/١١).

(٣) وهي زنا البكر والقذف وشرب المسكر.

(٤) حاشية ابن عابدين (٦٠/٤)، ومختصر خليل (ص ٢٤٦)، وأسنى المطالب في شرح  
روض الطالب (١٦٢/٤)، والمغني (٣٢٤/٨)، وكشاف القناع (١١٦/١٤) ط وزارة  
العدل). وينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٤٦/١٥).



ودليله: قول الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يُجلد أحد فوق عشرة أسواط، إلا في حد من حدود الله تعالى))<sup>(١)</sup>.

وقد سار الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من الحكام على إيقاع هذا النوع من التعزيرات، ولم ينكر عليهم أحد<sup>(٢)</sup>.

ومما هو معلوم وجود الفرق بين العقوبات الحدية والتعزيرية؛ ومن ذلك: أن العقوبات الحدية مقدرة؛ لا يجوز تعدّيها ولا تغييرها نوعاً ولا كمّاً، بخلاف التعزيرات؛ فإن تقديرها -نوعاً وكمّاً- راجع للإمام<sup>(٣)</sup>، وهذا يعني أن للإمام ترك إيقاع عقوبة الجلد التعزيري والمصير إلى غيره من العقوبات الرادعة التي يتحقق بها الزجر والردع، وهذا هو مفهوم العقاب في التعزيرات، ومعلوم أن التعزيرات يمكن إسقاطها كما يمكن اختيار نوع من أنواعها؛ ولذلك فإنه لا يتعين على الإمام الأخذ بالجلد في التعزير على كل ذنب وفي كل حال؛ بل له أن يقدر نوع العقوبة التي يحصل بها الردع والانزجار، كما أن له أن يقدر المفاصد التي قد تحصل بإيقاع عقوبة الجلد في التعزيرات، فيصير إلى غيره مما يراه من التعزيرات.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية لما ذكر أمثلة كثيرة للمعاصي التي ليس فيها حدٌ مقدر ولا كفارة: «فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً بقدر ما يراه

(١) صحيح البخاري (٢٥١٢/٦) ح (٦٤٥٦)، وصحيح مسلم (١٣٣٢/٣) ح (١٧٠٨).

(٢) المغني (٣٤٨/١٠)، وتبصرة الحكام (٢٠٠/٢).

(٣) الأحكام السلطانية للمهاوردي (ص ٣٤٤)، وتبصرة الحكام (٢٩١/٢).

الوالي على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته... وعلى حسب كبر الذنب وصغره...» إلى آخر كلامه رَحِمَهُ اللهُ<sup>(١)</sup>.

وقد ذكر العلماء عن التعزير أنه «ليس فيه شيء مُقَدَّرٌ، وإنما هو مُفَوَّضٌ إلى رأي الإمام على ما تَقْتَضِي جُنَايَتُهُمْ؛ فَإِنَّ الْعُقُوبَةَ فِيهِ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْجُنَايَةِ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَبْلُغَ غَايَةَ التَّعْزِيرِ فِي الْكَبِيرَةِ؛ كَمَا إِذَا أَصَابَ مِنَ الْأَجْنَبِيَّةِ كُلَّ مُحَرَّمٍ سِوَى الْجَمَاعِ، أَوْ جَمَعَ السَّارِقُ الْمَتَاعَ فِي الدَّارِ وَلَمْ يُخْرِجْهُ، وَكَذَا يُنْظَرُ فِي أَحْوَالِهِمْ فَإِنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَنْزَجِرُ بِالْيَسِيرِ وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَنْزَجِرُ إِلَّا بِالْكَثِيرِ»<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك: فالجلد عقوبة تعزيرية يختارها ولي الأمر بناء على ما يرى من أنه يتحقق به المقصود؛ من الزجر والردع والتأديب، ويترتب على هذا: أنه إذا رأى ولي الأمر الاكتفاء بعقوبة أخرى غير الجلد يحصل بها المقصود من التأديب والزجر والردع، فله ذلك، بناء على ما سبق بيانه من كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ.

(١) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (ط عطاءات العلم) (ص ١٤٨، ١٤٩).

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (٣/٢٠٨).

## المبحث الثاني

### الاكتفاء بعقوبات أخرى عن الجلد التعزيري في النظام

حرصاً من المنظم على دراسة واقع العقوبات ومدى مناسبتها للمخالفات، ونظراً لما لوحظ من تفاوت أحكام القضاء في إيقاع عقوبة الجلد تعزيراً وعدم تجانسها؛ فهي تتفاوت ما بين عشر جلدات إلى ما يصل لآلاف الجلدات<sup>(١)</sup>، فقد أصدر المنظم أمراً بدراسة عقوبة الجلد التعزيرية وإمكانية الاكتفاء عنها بعقوبات أخرى بها<sup>(٢)</sup>.

وبناء عليه صدر المبدأ القضائي الذي جاء فيه: أن على المحاكم الاكتفاء في العقوبات التعزيرية بالسجن أو الغرامة أو بهما معاً، أو عقوبات بديلة بحسب ما يصدره ولي الأمر من أنظمة أو قرارات بهذا الشأن<sup>(٣)</sup>.

(١) ذكر بعضهم -تعليقاً على صدور هذا المبدأ-: أن في مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٤هـ مثلاً: بلغ عدد الأحكام بالجلد حداً (١٧٧) حكماً، في مقابل (٥٩١) حكماً بالجلد تعزيراً، وتجاوزت بعضها الألف جلدة، وكان منها (٢٩٠) حكماً قضائياً بين (١٠٠) إلى (٥٠٠) جلدة، وصدر (١٠٥) أحكام قضائية بأكثر من (٥٠٠) جلدة. وصدر أكثر من (٢٠) حكماً قضائياً بأكثر من (١٠٠٠) جلدة، بلغ أحدها (٤٠٠٠) جلدة [وهو الحكم رقم (٣٤١٨٧٧١٦) بتاريخ ١٤/٤/١٤٣٤هـ]، ينظر: [مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، ٤٦/٢٧]. ينظر المعرف [مبادئ @mabadea2] على تويتر.

(٢) فقد صدر الأمر الملكي رقم (٢٥٦٣٤) وتاريخ ٢٠/٤/١٤٤١هـ القاضي بأن تقوم الهيئة العامة بالمحكمة العليا بتقرير مبدأ قضائي يكون مقتضاه عدم الحكم بعقوبة الجلد في العقوبات التعزيرية، والاكتفاء بعقوبات أخرى، وإلزام المحاكم بتطبيق هذا المبدأ، وعدم الخروج عليه بأي حال من الأحوال.

(٣) حيث درست الهيئة العامة للمحكمة العليا موضوع إقرار هذا المبدأ، وأصدرت قرارها رقم (٤٠/م) وتاريخ ٢٤/٦/١٤٤١هـ الذي قررت فيه بالأغلبية: أن على المحاكم الاكتفاء في العقوبات التعزيرية بالسجن أو الغرامة أو بهما معاً، أو عقوبات بديلة بحسب ما يصدره ولي الأمر من أنظمة أو قرارات بهذا الشأن.

وعند النظر يتبين أن تقرير هذا المبدأ نظاماً أمر سائغ شرعاً؛ وذلك لما يلي:

(١) أن ما يراه ولي الأمر محققاً للمصلحة يلزم الأخذ به وعدم الخروج عنه، حيث إن تقدير التعزيرات يرجع إلى ولي الأمر؛ كما سبق بيانه.

وقد تقدم قول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكياً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي»<sup>(١)</sup>.

وقد ذكر القرافي رَحِمَهُ اللهُ في ضابط ما يفتقر لحكم الحاكم أمثلة، منها: التعزيرات، فإنها تفتقر إلى تحرير في مقدار الجناية، وحال الجاني والمجني عليه، حتى تقع المؤاخذة على وفق ذلك من غير حيف<sup>(٢)</sup>.

وتصرف الإمام في باب التعزيرات هو من جملة السياسة الشرعية، التي جاءت الأدلة باعتبارها.

وقد عرّف الفقهاء السياسة الشرعية بتعريفات؛ منها: ما ذكره ابن عقيل الحنبلي رَحِمَهُ اللهُ من أنها: «ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا نزل به وحي»<sup>(٣)</sup>.

(١) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (ط عطاءات العلم) (ص ١٤٨، ١٤٩).

(٢) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام (ص ١٥٢).

(٣) نقله عنه ابن القيم في «الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» (ط عطاءات العلم) (٢٩/١).

وعرّفها ابن نجيم الحنفي رَحْمَةُ اللَّهِ بِأَنَّهَا: «فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بهذا الفعل دليل جزئي»<sup>(١)</sup>.

وقد نُقل عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في هذا الباب شيءٌ كثير، ومن ذلك: تحريق عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لجميع المصاحف وجمع الناس على مصحف واحد مخافة تفرق الأمة، ووافقه الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على ذلك، لما فيه من المصلحة التي تؤيدها القواعد الشرعية<sup>(٢)</sup>، وإحداث عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الأذان الجديد على الزوراء<sup>(٣)</sup> الجمعة، وفرض عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الخراج وإنشاؤه للديوان، وتفريق علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بين الشهود ليسمع كل شاهد على حدة تخوفاً من شهادة الزور<sup>(٤)</sup>، وغير ذلك من الأمثلة. كما أن الفقهاء استعملوا مصطلح السياسة في معنى أخص؛ فقد أطلقوه في معنى تغليظ العقوبة وتشديدها بالنظر إلى الظروف التي تحيط بالجريمة أو المخالفة، بما يحقق الردع والزجر:

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (١١ / ٥)، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، وفي آخره: «تكملة البحر الرائق» لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد: ١١٣٨هـ)، وبالْحاشِية: «منحة الخالق» لابن عابدين، الطبعة الثانية، تصوير: دار الكتاب الإسلامي.

(٢) ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ط عطاءات العلم) (١ / ٤٧)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢ / ١٤٣).

(٣) الزوراء: موضع عند سوق المدينة قرب المسجد، قال الداودي: هو مرتفع كالمنارة، وقيل: بل الزوراء سوق المدينة نفسه. معجم البلدان لياقوت الحموي (٣ / ١٥٦).

(٤) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ط عطاءات العلم) (١ / ١٥٣).

فقد عرّفها بعض فقهاء الحنفية بأنها: «تغليظُ جنائية لها حكم شرعي حسماً لمادة الفساد»<sup>(١)</sup>.

وقوله: «لها حكم شرعي»: معناه أنها داخلة تحت قواعد الشرع وإن لم يُنصَّ عليها بخصوصها<sup>(٢)</sup>.

ومما جاء من هذا الباب: ما رواه عبد الرزاق: أن علياً رضي الله عنه ضرب النجاشي الحارثي الشاعر، شرب الخمر في رمضان، فضربه ثمانين، ثم حبسه، فأخرجه الغد، فضربه عشرين، ثم قال له: إنما جلدتك هذه العشرين لجرأتك على الله، وإفطارك في رمضان<sup>(٣)</sup>.

كما أنه من المعلوم أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها<sup>(٤)</sup>.

فإذا تقرر أن التصرف في ذلك كله موكول إلى الإمام؛ وأنه يقدر في باب العقوبات ما هو أصلح، وما يتحقق به تحصيل المصالح واندفاع المفاسد، فإن من ذلك ما قدره المنظم في موضوع بحثنا هنا؛ من المصير في التعزيرات إلى عقوباتٍ أخرى غير الجلد.

(٢) ومما يعلل به الأخذ بهذا المبدأ: أن الغاية من التعزير هي التأديب والتقويم والردع والزجر، فأى عقوبة اندفع بها الشر وحصل بها المقصود

(١) حاشية ابن عابدين - رد المحتار (١٥ / ٤).

(٢) المرجع السابق.

(٣) مصنف عبد الرزاق (٣٢٤ / ٧)، وذهب إليه أحمد كما في مسائل ابنه صالح (٣٢٢ / ٢).

(٤) منهاج السنة النبوية (٥٥١ / ١).

وتحققت بها غاية التعزير، فإنه يجوز المصير إليها، وحينئذ لا يلزم الأخذ بالجلد كعقوبة تعزيرية على كل معصية - كما سبق بيانه في المبحث السابق -.

(٣) وأيضاً؛ فإن الأحكام التعزيرية تختلف باختلاف الأعصار والامصار؛ فقد يصلح منها في وقت ما لا يصلح في آخر<sup>(١)</sup>، وهذا ينطبق على الجلد التعزيري؛ فقد يصلح التعزير به في وقت وزمن، ولا يصلح في وقت وزمن آخر.

فالتعزيرات قد يناسب منها في زمان ما لا يناسب في غيره، وقد يناسب إيقاعها في مكان ما لا يناسب في غيره، ومدار الأمر على ما يحقق المصلحة ويدراً أو يقلل المفسدة، وهذا مرجعه إلى ولي الأمر، فهي عقوبات راجعة إلى اجتهاد الإمام<sup>(٢)</sup>.

(٤) كما أن المنظم قصرَ التوجيه على دراسة عقوبة الجلد التعزيرية دون الحدية، وتقرير الاكتفاء بعقوبة أخرى عنها<sup>(٣)</sup>، وبناء عليه صدر المبدأ القضائي<sup>(٤)</sup> المتضمن إلزام المحاكم بالاكتفاء في العقوبات التعزيرية عن

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواع الفروق (٤/١٨٣).

(٢) وردت هذه التعليقات باختصار في قرار الهيئة العامة بالمحكمة العليا المشار إليه. وقد تقدم تقرير هذه المعاني والتعليقات والاستدلال لها في المبحث السابق، وينظر أيضاً: الفرع الأول من المطلب الخامس من التمهيد.

(٣) وهو الأمر الملكي ذو الرقم (٢٥٦٣٤) والتاريخ ٢٠/٤/١٤٤١هـ القاضي بأن تقوم الهيئة العامة بالمحكمة العليا بتقرير مبدأ قضائي يكون مقتضاه عدم الحكم بعقوبة الجلد في العقوبات التعزيرية، والاكتفاء بعقوبات أخرى، وإلزام المحاكم بتطبيق هذا المبدأ، وعدم الخروج عليه بأي حال من الأحوال.

(٤) الصادر بقرار الهيئة العامة للمحكمة العليا ذي الرقم (٤٠/م) والتاريخ ٢٤/٦/١٤٤١هـ بأن على المحاكم الاكتفاء في العقوبات التعزيرية بالسجن أو الغرامة أو بهما معاً، أو عقوبات بديلة.

الجلد بالسجن أو الغرامة أو بهما معاً، وبه يتبين أن هذا المبدأ مُتفق مع ما تقدم تقريره من عدم جواز إسقاط عقوبة الجلد الحدية<sup>(١)</sup>؛ حيث إنه تناول الكلام على عقوبة الجلد التعزيرية فقط دون الحدية.

(٥) ومما يُلتمَس من التعليل في هذا المقام، وبه علل بعض الباحثين: مراعاة حرمة المسلم في نفسه، فلا يُصار إلى جلده إذا ما ارتكب خطأ بسيطاً، بل إنه قد يفضل أن يدفع المال دون أن يجلد<sup>(٢)</sup>.

وهذا في الحقيقة من الأمور التي ينبغي الاهتمام بها في جانب العقوبات، حيث «إن السياسة الجنائية تقتضي أن يتناسب الإيلاء مع درجة خطورة الجاني، بحيث لا يكون أكثر مما هو ضروري، ولا أقل مما هو لازم»<sup>(٣)</sup>.

### استدراك:

مما ينبغي التأكيد عليه أنه عندما نقول: يجب -بناء على هذا المبدأ- التزام القضاة بعدم الحكم بالجلد في التعزيرات، فإن هذا لا يعني إلغاء كون الجلد عقوبة صالحة في التعزيرات وسقوطها على الدوام؛ فقد سبق ذكر اتفاق الفقهاء على أن للإمام التعزير بالجلد إذا رأى في ذلك مصلحة، وغاية الأمر أن يرى الإمام في وقت من الأوقات أن المصلحة تقتضي عدم الحكم بالجلد في التعزيرات، والمصير إلى غيره من العقوبات، ولذا فإنه قد يُصار إليه مرة

(١) في المطلب الأول (الحكم بعقوبة أخرى غير الجلد الحدي) من المبحث الأول.

(٢) حوادث السير، إعداد الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد. مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨/ ٨١٢ بترقيم الشاملة آلياً).

(٣) الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، عبد الفتاح الصيفي (٤٨٤، ٤٨٥).



أخرى إذا رأى ولي الأمر ذلك في زمن أو في أحوال يراها ويقدر المصلحة فيها، فإن هذه التصرفات منوطة - كما تقدم - بولي الأمر وما يراه صالحاً فيها.



## المبحث الثالث سريان مبدأ الاكتفاء بعقوبات أخرى عن الجلد التعزيري بأثر رجعي

إن القاعدة المستقرة في النظام أن نصوص القانون أو النظام لا تطبق إلا على الأفعال والوقائع التي تقع بعد تاريخ نفاذه، وبدلالة بمفهوم المخالفة فإنها لا تطبق على الوقائع السابقة، ولا تسري على الوقائع بأثر رجعي، وهذا ما أسماه فقهاء القانون بمبدأ «عدم رجعية القوانين والأنظمة»<sup>(١)</sup>.

فأثر النظام لا يعود على الوقائع السابقة لصدوره ونفاذه؛ بل يكون تاريخ نفاذ النظام هو الحدّ الفاصل بين ما يطبق عليه وما لا يطبق عليه، وجميع الأنظمة إنما تكون نافذة بعد نشرها في الجريدة الرسمية ما لم ينص على تاريخ آخر لسريانها<sup>(٢)</sup>، وقد نصت المادة (٧١) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية على أن: «تنشر الأنظمة في الجريدة الرسمية وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها ما لم ينص على تاريخ آخر»، وهو ما أكدته المادة (٣٨) من ذات النظام والتي تنص على أن: «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي».

(١) المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيرة (٣٣٩-٣٤٣). المقدمة في دراسة الأنظمة، أ.د. محمد عمران وآخرون (١٩٩، ٢٠٠).

(٢) ينظر المقدمة في دراسة الأنظمة، أ.د. محمد عمران وآخرون (١٩٩، ٢٠٠).

إلا أن العمل بمبدأ رجعية الأنظمة - بأن تسري على وقائع سابقة على نفاذه - ممكن وسائغ نظاماً؛ حيث يرد على مبدأ «عدم رجعية القوانين والأنظمة» استثناءات؛ منها:

### ١. النص الصريح على الرجعية:

بأن ينص النظام على أنه يسري على الحالات والوقائع السابقة لصدوره؛ وذلك أنه قد تقتضي المصلحة العامة في حالات استثنائية سريان النظام بأثر رجعي على الوقائع التي وقعت في الماضي، ويشترط في هذه الحالة أن يتضمن النظام نصاً صريحاً على الرجعية، إلا أنه لا يجوز النص على رجعية الأنظمة الجنائية الأشد قوة<sup>(١)</sup>.

### ٢. أن يكون النظام الجديد أصلح للمتهم:

يسري النظام الجديد على الوقائع السابقة لصدوره إذا كانت أصلح للمتهم، كحالات تخفيف العقوبة أو إلغاء التجريم، ففي هذه الحالة يكون من صالح المتهم تطبيق النظام الجديد، فيطبق عليه بأثر رجعي؛ حتى ولو كانت الواقعة قبل صدور النظام الجديد؛ بشرط ألا يصدر حكم نهائي قبل صدور النظام الجديد<sup>(٢)</sup>.

(١) ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة، د. عبد الرزاق الفحل وآخرون (ص ١٣٤، ١٣٥).  
(٢) ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة، د. عبد الرزاق الفحل (ص ١٣٥، ١٣٦)، المدخل إلى دراسة الأنظمة السعودية، أ.د. زياد القرشي وآخرون (ص ٩٢، ٩٣).

### ٣. الأنظمة المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة:

فهي مستثناة من قاعدة عدم الرجعية، لأنها تتعلق بالنظام العام أكثر من تعلقها بالمصالح الفردية؛ كتحديد سن الرشد؛ فإنه ينسحب على التصرفات والوقائع السابقة على ميلاد القاعدة النظامية، ولذلك تُعدُّ القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة قوانين رجعية خروجاً عن مبدأ عدم رجعية القانون<sup>(١)</sup>.

إذا تقرر عدم رجعية الأنظمة إلا في حالات واستثناءات محددة، فليُعلم أن ما نحن بصددّه - وهو مبدأ الاكتفاء بعقوبة بديلة عن الجلد التعزيري - يطبق بأثر رجعي، حيث يسري الحكم به على الوقائع الحاصلة قبل هذا المبدأ؛ حتى وإن اكتسبت القطعية، وحتى إن كانت في حق خاص، وذلك لوجود النص صراحة على سريانه بأثر رجعي<sup>(٢)</sup>:

حيث صدر توجيه المقام السامي<sup>(٣)</sup> بالموافقة على ما رآه فضيلة رئيس

(١) ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة، د. عبد الرزاق الفحل (ص ١٣٦)، المدخل إلى دراسة الأنظمة السعودية، أ. د. زياد القرشي وآخرون (ص ٩٣).

(٢) علماً أنه قد صدر بشأنه في البداية ما يفيد عدم سريانه بأثر رجعي؛ حيث صدر توجيه وزارة الداخلية بأن الأحكام الصادرة بعقوبة الجلد تعزيراً المكتسبة للصفة القطعية قبل تاريخ قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا المشار إليه واجبة الإنفاذ؛ وأن تُنفذ عقوبة الجلد التعزيري داخل السجن، كما جاء هذا بالبرقية ذات الرقم ٢٣٦٠٢٢ والتاريخ ١٤٤١/١٢/٢٠هـ.

(٣) المبلغ ببرقية سمو وزير الداخلية ذات الرقم ١٧١١٩٨ والتاريخ ١٤٤٢/٨/٨هـ، والمتضمنة الإشارة لما رآه فضيلة رئيس المحكمة العليا بكتابه المؤرخ في ١٣/٧/١٤٤٢هـ والمتضمن: أنه لا ينفذ أي حكم بعقوبة الجلد تعزيراً للحق العام أو الخاص مهما كان تاريخ اكتسابه الصفة القطعية، وأن ما اكتسب الصفة القطعية من الأحكام الصادرة بعقوبة الجلد تعزيراً قبل صدور المبدأ، في الحق العام فهو مشمول بالعفو، وأما الحق =

المحكمة العليا بكتابه<sup>(١)</sup> المتضمن أنه: لا ينفذ أي حكم بعقوبة الجلد تعزيراً للحق العام أو الحق الخاص، مهما كان تاريخ اكتسابه الصفة القطعية<sup>(٢)</sup>؛ وبناء عليه فإنه حتى لو اكتسب الحكم الصفة القطعية قبل صدور المبدأ، وكان في الحق الخاص، فإن عقوبة الجلد - كذلك - لا تنفذ، وإنما يكون للمحكوم له في الحق الخاص التقدم للمحكمة مصدرة الحكم بالنظر في إيقاع عقوبة بديلة عن الجلد، ومن باب أولى: الأحكام التي صدرت بعد إقرار هذا المبدأ - سواء في الحق العام أو الخاص - لكنها لم تكتسب الصفة القطعية إلا بعد صدوره، فهي أيضاً مشمولة به.

وقد صدرت تعميمات قضائية ووزارية عاجلت الأحكام المحكوم فيها بجلد تعزيري؛ حيث جاء النص فيها على أن لصاحب الحق الخاص وكذلك صاحب الحق العام (النيابة العامة) أن يطالب بعقوبة بديلة عن الجلد التعزيري؛ وفقاً لدرجات التقاضي<sup>(٣)</sup>.

= الخاص فللمحكوم له التقدم للمحكمة مصدرة الحكم بالنظر في إيقاع عقوبة بديلة عن الجلد، وأن ما اكتسب الصفة القطعية من الأحكام الصادرة بعقوبة الجلد تعزيراً بعد تاريخ صدور المبدأ سواء في الحق العام أو الخاص فللمدعي العام أو المحكوم له بالحق الخاص التقدم للمحكمة مصدرة الحكم بطلب النظر في إيقاع عقوبة بديلة عن الجلد، وأنه في جميع الأحوال يكون الحكم بإيقاع عقوبة بديلة خاضعاً لدرجات التقاضي وما تقضي به الأنظمة والتعليقات.

(١) ذي الرقم ٤٢١٣٦٥٠٣٧ والتاريخ ١٣/٧/١٤٤٢هـ.

(٢) وهذا فيه الحكم برجعية العمل بمقتضى الأمر الملكي إلى ما قبل تاريخ المبدأ القضائي.

(٣) حيث تضمنت برقية وزارة الداخلية بتاريخ ٨/٨/١٤٤٢هـ الإشارة لما رآه فضيلة رئيس المحكمة العليا بكتابه المؤرخ في ١٣/٧/١٤٤٢هـ والمتضمن: أن للمدعي العام أو المحكوم له بالحق الخاص التقدم للمحكمة مصدرة الحكم بطلب النظر في إيقاع عقوبة بديلة عن الجلد، وأنه في جميع الأحوال يكون الحكم بإيقاع عقوبة بديلة خاضعاً لدرجات التقاضي وما تقضي به الأنظمة والتعليقات.

وهذا يعني الاكتفاء عن عقوبة الجلد التعزيري في كل الأحوال، سواء كانت في الحق العام أو في الحق الخاص، وسواء اكتسب الحكم الصفة القطعية قبل صدور المبدأ أو بعده، ما يتعين معه المصير إلى عقوبة بديلة عن الجلد التعزيري؛ سواء في الحق العام أو في الحق الخاص في كل الأحوال.



## الخاتمة

في ختام هذا البحث أحمد الله تعالى وأشكره حمداً أثنيه بعد حمده في البداية.  
وفي ختام هذا البحث أخص أهم النتائج:

١. أنه لا فرق بين تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي وتعريفها في النظام السعودي؛ لأن النظام السعودي مستمد من كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما جاء في النظام الأساسي للحكم.

٢. أن التعزير منه: ما هو حق لله، وما هو حق للعبد؛ فالتعزير الواجب حقاً للعبد إذا طلبه صاحب الحق فيه لزمته إجابته، ولا يجوز للقاضي فيه الإسقاط، ولا يجوز فيه العفو من ولي الأمر، وأما التعزير الذي يجب حقاً لله فإن العفو فيه من ولي الأمر جائز، وكذلك تجوز فيه الشفاعة إن كان في ذلك مصلحة، أو حصل انزجار الجاني بدونه.

٣. أنه لا يجوز إسقاط الجلد الذي يكون عقوبة حدية عند بلوغه الإمام، حتى لو أراد أن يحكم بعقوبة أخرى غيره؛ لدلالة الأدلة على وجوب إقامة الحد.

٤. أنه يجوز لولي الأمر أن يقدر المصلحة فيقرر الاكتفاء بعقوبات أخرى غير الجلد التعزيري، مما يحصل به المقصود من التأديب والزجر والردع فله ذلك.

٥. سلامة وصحة المبدأ القضائي الذي جاء بإلزام المحاكم بالاكتفاء عن الجلد في العقوبات التعزيرية بالسجن أو الغرامة أو بهما معاً، أو عقوبات بديلة بحسب ما يصدره ولي الأمر من أنظمة أو قرارات بهذا الشأن.

٦. أن هذا المبدأ يسري العمل به بأثر رجعي على الوقائع الحاصلة قبل إقراره؛ حتى وإن اكتسبت القطعية، وحتى إن كانت في الحق الخاص، وذلك للنص الصريح على سريانه بأثر رجعي.

٧. أن لصاحب الحق الخاص وكذلك صاحب الحق العام (النيابة العامة) أن يطالب بعقوبة بديلة عن الجلد التعزيري؛ وفقاً لدرجات التقاضي.

٨. أن إقرار مبدأ الاكتفاء بعقوبات أخرى في التعزيرات غير الجلد لا يعني إلغاء كون الجلد عقوبة صالحة في التعزيرات، ولا يعني سقوطها على الدوام؛ فلولي الأمر في زمن من الأزمان أو في حال من الأحوال أن يحكم بالجلد تعزيراً إذا رأى المصلحة في ذلك.

### ومما يوصي به الباحث:

١. البحث في إمكانية تقنين عقوبات بديلة عن الجلد التعزيري؛ كإلزام المتهم المحكوم عليه في جنائية بتقديم خدمة مجتمعية ونحوها؛ مما يحقق الحكمة من التعزير، وهي الزجر والردع والتهديب والإصلاح.

٢. عقد مؤتمرات وحلقات نقاش ونحوها، يشارك فيها متخصصون كل بحسب اختصاصه؛ لاقتراح أنفع أنواع العقوبات التعزيرية في استصلاح المذنبين وتقويم سلوكهم، وما يتحقق به الزجر والردع اللازمان لحفظ المجتمع.



وختاماً.. الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَسْأَلُ أَنْ أَكُونَ وَفَقْتُ فِي كِتَابَةِ مَادَّةِ هَذَا  
الْبَحْثِ، الَّذِي أَلْقَيْتُ فِيهِ الضُّوءَ عَلَى هَذَا الْمَبْدَأِ الْمُهْمِ، وَأَنْ أَكُونَ قَدَمْتُ شَيْئاً  
فِيهِ نَفْعٌ لِلْقَارِئِينَ وَالْمُتَخَصِّصِينَ، وَأَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ الْهُدَى وَالسَّدَادَ، آمِينَ  
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.



## المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

- الكتب:

١. الإجماع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان (ت: ٣١٩هـ)، دار الآثار للنشر والتوزيع - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٢. الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، دار الحديث - القاهرة.
٣. الأحكام السلطانية، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٤. الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، أ. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠م.
٥. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي (ت: ٦٨٤هـ)، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٦. الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٧. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٨. أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة - بيروت.
٩. الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (ت: ٦٢٨هـ)، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
١٠. المدخل إلى القانون، الدكتور حسن كيرة - منشأة المعارف الإسكندرية.
١١. أنيس الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (ت: ٩٧٨هـ)، تحقيق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
١٢. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت: ٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٣. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: جماعة من المختصين، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، ٢٠٠١م.
١٤. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون (ت: ٧٩٩هـ)، اليعمرى، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٤هـ.



١٦. التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي (ت: ١٣٩٥هـ)، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م)، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
١٧. التقرير والتحجير على تحرير الكمال بن الهمام، أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج (ويقال له ابن الموقت الحنفي) (ت: ٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
١٨. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٨٩م.
١٩. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
٢٠. التيسير في التفسير، نجم الدين عمر بن محمد بن أحمد النسفي الحنفي (٥٣٧هـ)، تحقيق: ماهر أديب حبوش، وآخرون، دار اللباب للدراسات وتحقيق التراث، أسطنبول - تركيا، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م.
٢١. الجريمة والعقوبة - جزء العقوبة، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
٢٢. حاشية رد المحتار، على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، محمد أمين، الشهير بابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.
٢٣. حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي (ت: ١٠٦٩هـ)، وأحمد البرلسي عميرة (ت: ٩٥٧هـ)، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.



٢٤. الحسبة في الإسلام، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت: ٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
٢٥. حلية الفقهاء، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت: ٣٩٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٢٦. حوادث السير، إعداد: الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد «مجلة مجمع الفقه الإسلامي».
٢٧. سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٢٨. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (٢٧٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٢٩. سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: ٢٧٩هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١، ٢)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤، ٥)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
٣٠. السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت: ٣٠٣هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي (بمساعدة مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٣١. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: علي بن محمد العمران، راجعه: سليمان بن عبد الله العمير، جديع بن محمد الجديع، دار عطاءات العلم - الرياض، دار ابن حزم - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م.
٣٢. شرح قانون العقوبات - القسم العام، د. محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ١٩٨٩م.
٣٣. صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت: ٢٥٤هـ)، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دار اليمامة - دمشق، الطبعة الخامسة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
٣٤. صحيح سنن أبي داود، محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، لصاحبها سعد بن عبد الرحمن الراشد الرياض.
٣٥. صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م.
٣٦. الضعفاء الكبير، أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي المكي (ت: ٣٢٢هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار المكتبة العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٣٧. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، راجعه: سليمان بن عبد الله العمير، إبراهيم بن علي العبيد، دار عطاءات العلم - الرياض، دار ابن حزم - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م.
٣٨. العقوبة في الفقه الإسلامي، د. أحمد فتحي بهنسي، دار الشروق، الطبعة السادسة، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.



٣٩. فتح القدير على الهداية، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي (ت: ٨٦١هـ)، دار الفكر - لبنان، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.
٤٠. فتح القدير، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٤١. الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٤٢. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسُلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، (وصورتها دور عدة مثل: دار الكتب العلمية - بيروت، ودار أم القرى - القاهرة)، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، ١٤١٤هـ - ١٩٩١م.
٤٣. الكامل في ضعفاء الرجال، أبو أحمد بن عدي الجرجاني (ت: ٣٦٥هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، شارك في تحقيقه: عبد الفتاح أبو سنة، الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٤٤. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، تحقيق وتخرّيج وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١ - ١٤٢٩هـ.
٤٥. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت: ٤٨٢هـ)، شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول، الطبعة الأولى، مطبعة سنده، ١٣٠٨هـ - ١٨٩٠م.



٤٦. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، تحقيق: اليازجي وجماعة من اللغويين، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٤٧. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، باشر تصحيحه: جمع من أفاضل العلماء، مطبعة السعادة - مصر، وصورتها: دار المعرفة - بيروت - لبنان.
٤٨. مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن قاسم وابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة - السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٤٩. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، مطبوعات وزارة العدل.
٥٠. المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٥١. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي [الظاهري] (ت: ٤٥٦هـ)، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٢. مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت: ٧٧٦هـ)، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
٥٣. مختصر سنن أبي داود، الحافظ عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (ت: ٦٥٦هـ)، خرج أحاديثه وضبط نصه وعلق عليه: أبو مصعب محمد صبحي بن حسن حلاق (ت: ١٤٣٨هـ)، ووضع حكم المحدث الألباني على الأحاديث،





- مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
٥٤. المدخل إلى دراسة الأنظمة السعودية، أ. د. زياد القرشي وآخرون، دار حافظ للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
٥٥. المدخل لدراسة الأنظمة، د. عبد الرزاق الفحل وآخرون، دار الآفاق للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٥٦. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت.
٥٧. مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابنه أبي الفضل صالح (٢٦٦هـ)، تحقيق ودراسة وتعليق: د. فضل الرحمن دين محمد، الدار العلمية - دلهي، الهند، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٥٨. مسند الإمام أحمد بن حنبل، الإمام أحمد بن حنبل (٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
٥٩. المسند، الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي (ت ٢٠٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، صححت هذه النسخة على النسخة المطبوعة في مطبعة بولاق الأميرية والنسخة المطبوعة في بلاد الهند، ١٤٠٠هـ.
٦٠. مصابيح السنة، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت: ٥١٦هـ)، تحقيق: الدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي، محمد سليم إبراهيم سمارة، جمال حمدي الذهبي، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٦١. المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت: ٢١١هـ)، تحقيق ودراسة: مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، الطبعة الثانية، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٣م.
٦٢. المطع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي (ت: ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٦٣. معالم السنن، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت: ٣٨٨هـ)، المطبعة العلمية - حلب، الطبعة الأولى، ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م.
٦٤. معجم البلدان، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (ت: ٦٢٦هـ)، دار صادر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٥م.
٦٥. المعجم العربي لأسماء الملابس «في ضوء المعاجم والنصوص الموثقة من الجاهلية حتى العصر الحديث»، إعداد: د. رجب عبد الجواد إبراهيم، كلية الآداب - جامعة حلوان، دار الآفاق العربية - القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٦٦. المغرب، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المطرزي (ت: ٦١٠هـ)، دار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦٧. المغني، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.



٦٨. مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجليل - بيروت، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٦٩. المقدمة في دراسة الأنظمة، أ. د. محمد عمران وآخرون، دار حافظ للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٧٠. منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عlish (ت: ١٢٩٩هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٧١. منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد رشاد سالم، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٧٢. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.
٧٣. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، (من ١٤٠٤-١٤٢٧هـ)، الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت.
٧٤. النظرية العامة لقانون العقوبات - دراسة مقارنة، د. سليمان عبد المنعم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣م.
٧٥. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: ١٠٠٤هـ)، دار الفكر - بيروت، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٧٦. النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن الجزري ابن الأثير (ت: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.



### - الأنظمة والأوامر والقرارات والتعميمات:

٧٧. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/٩٠) في ٢٧/٨/١٤١٢هـ.
٧٨. الأمر الملكي ذو الرقم ٢٥٦٣٤ والتاريخ ٢٠/٤/١٤٤١هـ.
٧٩. قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا ذو الرقم (م/٤٠) والتاريخ ٢٤/٦/١٤٤١هـ.
٨٠. برقية وزارة الداخلية ذات الرقم ٢٣٦٠٢٢ والتاريخ ٢٠/١٢/١٤٤١هـ.
٨١. كتاب رئيس المحكمة العليا ذو الرقم ٤٢١٣٦٥٠٣٧ والتاريخ ١٣/٧/١٤٤٢هـ.
٨٢. برقية وزارة الداخلية ذات الرقم ١٧١١٩٨ والتاريخ ٨/٨/١٤٤٢هـ.

### - الروابط:

٨٣. المعرف [مبادئ@mabadea2] على تويتر.





## تسبيب الأحكام القضائية بالقواعد الفقهية

دراسة تأصيلية تطبيقية

على بعض قضايا المحاكم التجارية

**د. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز الحمّاد**

عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

## المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات 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 صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أما بعد:

فإن القضاء بين الناس وفض النزاعات وفصل الخصومات بينهم من أهم الموضوعات التي تستحق البحث والنظر فيها، فأحوال الناس ومصالحهم لا تستقيم إلا بوجود من ينظر فيما يحدث بينهم من منازعات يعدل وإنصاف، فالوقوف على إجراءات التقاضي مما يعين على تحقيق العدل والوصول إلى المطلوب والقناعة بالإجراءات والانضباط في المرافعات، فتصل الحقوق إلى أصحابها بيسر وسهولة ويندفع التشكي من المترافعين، فالأحكام القضائية لها مكانتها العظيمة وأهميتها الكبيرة، غير أن ذلك لا يتم لها إلا بمطابقتها الأحكام الشرعية الكلية، فالحكم القضائي أحيط بضمانات من أجل أن يصيب الحق، فمن ذلك أن يكون الحكم مبنياً على أدلة وأسباب صحيحة تكون وسيلة للوصول إلى الغاية التي هي الوصول إلى الحق وإعطاء كل ذي حق حقه، فقد اهتم العلماء بتسبيب الحكم القضائي بالأدلة من الكتاب والسنة وإجماع الأمة مما يكون له أثر على الحكم من حيث القوة والضعف، وأيضاً من ناحية قناعة الخصوم في الحكم الصادر في القضية، وفي حديث: ((إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ

قَصِيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا بِقَوْلِهِ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ..»<sup>(١)</sup> دلالة على أثر التسبب في الحكم وبيان المستند والحجة وأثره على الحكم القضائي، والناظر في الصكوك والأقضية التي يصدرها القضاة في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية، يجد كثيراً منها يستند في تسبب الحكم القضائي إلى القواعد الفقهية -بالإضافة إلى الاستناد على أدلة الكتاب والسنة-؛ لذا رأيت من المناسب إجراء هذه الدراسة على أهم القواعد الفقهية التي يوردها أصحاب الفضيلة القضاة في تسبب الأحكام القضائية ومدى تأثيرها على الحكم القضائي في قضايا المحاكم التجارية، والله أسأل التوفيق والسداد.

### أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية هذا الموضوع في إبراز القواعد الفقهية التي يستند إليها القضاة من واقع التطبيقات القضائية في قضايا المحاكم التجارية، ولا شك أن جمع هذه القواعد الفقهية والنظر في كيفية الاستفادة منها وتوظيفها في بناء الأحكام عليها يساعد العاملين في السلك القضائي من أصحاب الفضيلة القضاة وغيرهم من الدارسين في الكليات الشرعية في الإطلاع على هذه القواعد التي يستند إليها القضاة في أحكامهم ومعرفة كيفية الاستفادة منها في تسبب الأحكام القضائية في الوقائع والقضايا المتجددة.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١٣١) برقم: (٢٤٥٨) (كتاب المظالم، باب إثم من خصم في باطل وهو يعلمه)، ومسلم في «صحيحه» (٥/ ١٢٨) برقم: (١٧١٣) (كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة).

## حدود البحث:

القضايا محل الدراسة هي القضايا الواردة في قسم القضايا التجارية من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم من عام ١٤٣٤هـ إلى عام ١٤٣٦هـ، والجمع هو لنماذج من القواعد الفقهية دون غيرها من القواعد الإجرائية.

## الدراسات السابقة:

- تسبب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، لفضيلة الشيخ: عبد الله بن خنين - حفظه الله-، وقد تحدث المؤلف -وفقه الله- في هذا الكتاب إلى التسبب القضائي من جهة بيان معناه وأقسامه ومشروعيته ومدى أهميته وحكم تسبب القاضي لحكمه، كما اعتنى المؤلف بالتسبب الإجرائي للقضية من ناحية مراحل سير الدعوى والنظر في الأدلة والبراهين والوقائع المؤثرة في القضية، وذكر نماذج لذلك، كما تطرق إلى التسبب في الأنظمة وما نصت عليه، وأشار إلى التسبب الشرعي بأنه يكون بالكتاب والسنة الإجماع إجمالاً، وفي دراستي هذه أبرز التسبب بالقواعد الفقهية -على وجه الخصوص- في الأحكام القضائية الصادرة من محاكم ديوان المظالم فهي دراسة تأصيلية تطبيقية على مجموعة من الأحكام القضائية.

## منهج البحث:

سرت على المنهج المتبع في كتابة البحوث، فسلكت المنهج الاستقرائي والتحليلي:



فلاستقرائي يكون من خلال جمع نماذج من القواعد الفقهية الواردة في قسم القضايا التجارية من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم من عام ١٤٣٤هـ إلى عام ١٤٣٦هـ مما يتعلق بالقضايا التجارية. والتحليلي يكون بإيراد التطبيق القضائي المتعلق بالقاعدة مع بيان وجه الاستناد للقاعدة الفقهية في تسبب الحكم القضائي في القضية. وتتمثل خطوات البحث في الأمور التالية:

١. استقراء نماذج من القواعد الفقهية الواردة في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم من عام ١٤٣٤هـ إلى عام ١٤٣٦هـ، مما يتعلق بالقضايا التجارية.

٢. بيان المعنى العام للقاعدة والاستدلال لها.

٣. ذكر التطبيق القضائي المتعلق بالقاعدة الفقهية بسرد الوقائع بطريقة موجزة وموضوعية لفهم موضوع الدعوى، مع إبراز دور القاعدة في تسبب الحكم القضائي، وذكر وجه الاستناد للقاعدة.

٤. كتابة الآيات وفق الرسم العثماني مضبوطة بالشكل، وترقيمها، وبيان سورها.

٥. تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها المعتمدة، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو أحدهما أكتفي بالعزو إليهما، وإن لم يكن الحديث في أحدهما فأخرجه من مصادره التي يتم الوقوف عليه فيها، مع ذكر ما وقفت عليه من كلام أهل العلم عليه تصحيحاً أو تضعيفاً.

٦. الاعتماد على أمهات كتب المصادر الأصيلة إن وجد فيها ما يغني عن غيرها، وذلك في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.
٧. ختمت البحث بخاتمة تتضمن أهم نتائجه.

### خطة البحث:

#### المقدمة:

في بيان أهمية الموضوع وحدوده ومنهجه وخطة البحث.

المبحث الأول: في التعريف بالتسبيب القضائي والقواعد الفقهية مع بيان مشروعيته وأقسامه وفائدته:

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التسبيب القضائي.

المطلب الثاني: مشروعيته.

المطلب الثالث: أقسامه.

المطلب الرابع: ضوابط التسبيب.

المطلب الخامس: تعريف القواعد الفقهية.

المطلب السادس: حجية القواعد الفقهية.

المطلب السابع: علاقة القواعد الفقهية بالحكم القضائي.

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية:

وفيه أحد عشر مطلب:

المطلب الأول: لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

المطلب الثاني: التابع تابع.

المطلب الثالث: الأصل براءة الذمة.

المطلب الرابع: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

المطلب الخامس: إذا سقط الأصل سقط الفرع.

المطلب السادس: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.

المطلب السابع: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

المطلب الثامن: مطلق العقود الشرعية محمول على الصحة.

المطلب التاسع: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

المطلب العاشر: المفرط أولى بالضرر.

المطلب الحادي عشر: إعمال الكلام أولى من إهماله.

الخاتمة:

وفيها أهم ما توصلت إليه من نتائج في هذا البحث.

هذا، وأسأل الله القبول والتوفيق والإعانة والسداد.

## المبحث الأول في التعريف بالتسبب القضائي والقواعد الفقهية مع بيان مشروعيته وأقسامه وفائده

وفيه مطالب:

### المطلب الأول: تعريف التسبب القضائي:

التسبب في اللغة:

مصدر سبب يسبب تسبيباً، مأخوذ من السبب وهو ما يتوصل به إلى شيء غيره<sup>(١)</sup>، ومنه سمي الحبل سبباً لأنه يتوصل به إلى شيء آخر<sup>(٢)</sup>.

وأما في الاصطلاح:

فقد عرف المعاصرون التسبب بتعاريف متقاربة<sup>(٣)</sup>، منها:

١. ذكر القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي من الأحكام الكلية وأدلتها الشرعية وذكر الوقائع القضائية المؤثرة، وصفة ثبوتها بطرق الحكم المعتد بها<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: لسان العرب (١ / ٤٥٨)، القاموس المحيط (ص: ٩٦) مادة (سبب).

(٢) انظر: مختار الصحاح (ص: ١٤٠)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١ / ٢٦٢).

(٣) ذكر الفقهاء مصطلحات مرادفة للتسبب القضائي يعبرون عنها في كتبهم، ينظر: التسبب القضائي لابن خنن (ص ١٩-٢٠).

(٤) انظر: السلطة القضائية وشخصية القاضي للبكر (ص ٢٦٦)، تسبب الأحكام القضائية لابن خنن (ص ١٧)، توصيف الأفضية لابن خنن (٢ / ٤٣٨).

٢. ذكر الأسباب والعلل التي أدت إلى قناعة القاضي بما حكم به<sup>(١)</sup>.

٣. بيان الأسس الواقعية والقانونية التي بنى عليها القاضي منطوقه عند إصدار الحكم القضائي<sup>(٢)</sup>.

ولعل الأقرب في تعريف التسبب أن يقال: ذكر القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي، فيشمل: كل شيء استند عليه القاضي في حكمه دون حصر ذلك في أمور محددة، كما يلزم منه إظهار أسباب الحكم من قبل القاضي للخصوم إما كتابةً أو نطقاً. والله أعلم.

### المطلب الثاني: مشروعيته:

لا خلاف بين الفقهاء في تحريم القضاء بالهوى والجهل، وأنه لا بد من بناء الحكم على دليل معتبر<sup>(٣)</sup>، لقوله تعالى: ﴿نَبِّئُونِي بِعِلْمٍ إِن كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾<sup>(٤)</sup>.

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية تسبب الأحكام القضائية، وذلك ظاهر من تتبع كلامهم في التسبب مطلقاً أو ذكر مستند الواقعة من شهادة أو إقرار ونحو ذلك<sup>(٥)</sup>، ويدل على أصل المشروعية ما يلي:

(١) العدالة القضائية لحسن شموط (ص ٣٦٩).

(٢) كفالة حق التقاضي لشبكة (ص ٢٦٦).

(٣) انظر: منح الجليل (٨ / ٢٦٥)، الإنصاف (٢٨ / ٣٠٤)، تبصرة الحكام (١ / ٢٦)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥ / ٥٥٥).

(٤) سورة الأنعام: ١٤٣.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦ / ١٠٨)، البحر الرائق (٦ / ٢٧٨)، حاشية ابن عابدين (٥ / ٣٧٦)، البهجة في شرح التحفة (١ / ٧٥)، الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (١ / ٤٢)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢ / ٩٥٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٤ / ٣٠٥)، الاختيارات الفقهية لابن تيمية (ص: ٦٢٥).

## ١. أن القرآن الكريم يعلل الأحكام الكلية:

فقد سلك القرآن الكريم مسلكاً بديعاً في تعليل وتسبيب الأحكام فلم يكن يسردها سرداً، بل يبين في مواضع كثيرة العلل المؤثرة والأوصاف المعتمدة، يقول ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «ولهذا يذكر الشارع العلل والأوصاف المؤثرة والمعاني المعتمدة في الأحكام القدريّة والشرعية والجزائية، ليدلّ بذلك على تعلق الحكم بها أين وجدت، واقتضائها لأحكامها، وعدم تخلفها عنها إلا لمانع يعارض اقتضاءها ويوجب تخلف آثارها عنها»<sup>(١)</sup>.

ومن أمثلة ذلك، قوله تعالى: ﴿مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾<sup>(٢)</sup>.

فقد ذكر سبحانه مصارف الفياء الذي يكون لمصالح المسلمين والأموال التي تؤخذ من الكفار بغير قتال، ثم علل وسبب لهذا الحكم بأن لا يبقى مأكلة يتغلب عليها الأغنياء ويتصرفون فيها، بمحض الشهوات والآراء، ولا يصرفون منه شيئاً إلى الفقراء<sup>(٣)</sup>.

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢/ ٣٣٣).

(٢) سورة الحشر: ٧.

(٣) انظر: تفسير ابن كثير (٨/ ٦٧).

## ٢. أن السنة تعلق الأحكام الكلية:

جاءت السنة النبوية سالكة مسلك القرآن في تعليل الأحكام وكاشفة لحكمتها، فقد ذكر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِلْلَ الأحكام والأوصاف المؤثرة فيها؛ ليدلَّ على ارتباطها بها، وتعدُّها بتعدُّي أوصافها وعللها<sup>(١)</sup>، فمن ذلك:

ما رواه أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ لِلنَّاسِ فَلْيُخَفِّفْ، فَإِنَّ مِنْهُمْ الضَّعِيفَ وَالسَّقِيمَ وَالْكَبِيرَ، وَإِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ لِنَفْسِهِ فَلْيُطَوِّلْ مَا شَاءَ))<sup>(٢)</sup>.

ففي هذا الحديث بيان لعلة المنع من تطويل الصلاة عند الإمامة بالناس وهي مراعاة أصحاب أهل الأعدار.

وفي حديث البراء بن عازب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قصة ابنة حمزة أنه قال: «فَاخْتَصَمَ فِيهَا عَلِيُّ بْنُ زَيْدٍ وَجَعْفَرٌ، فَقَالَ عَلِيُّ: أَنَا أَحَقُّ بِهَا، وَهِيَ ابْنَةُ عَمِّي، وَقَالَ جَعْفَرٌ: ابْنَةُ عَمِّي وَخَالَتُهَا تَحْتِي، وَقَالَ زَيْدٌ: ابْنَةُ أَخِي، فَقَضَى بِهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِحَالَتِهَا، وَقَالَ: ((الْحَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ))»<sup>(٣)</sup>.

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٣٣٥).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١/ ١٤٢) برقم: (٧٠٣) (كتاب الأذان، باب إذا صلى لنفسه فليطول ما شاء)، ومسلم في «صحيحه» (٢/ ٤٣) برقم: (٤٦٧) (كتاب الصلاة، باب أمر الأئمة بتخفيف الصلاة في تمام).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١٨٤) برقم: (٢٦٩٩) (كتاب الصلح، باب كيف يكتب هذا ما صلح فلان بن فلان وفلان بن فلان)، ومسلم في «صحيحه» (٥/ ١٧٣) برقم: (١٧٨٣) (كتاب الجهاد والسير، باب صلح الحديبية في الحديبية).

فعلل استحقاق الخالة للحضانة بأنها بمنزلة الأم<sup>(١)</sup>، قال ابن حجر: «وفيه من الفوائد... أن الحاكم يبين دليل الحكم للخصم»<sup>(٢)</sup>.

وجاء من فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما في حديث أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «أَنَّ الرَّبِيعَ، وَهِيَ ابْنَةُ النَّضْرِ، كَسَرَتْ ثِيْبَةَ جَارِيَةٍ، فَطَلَبُوا الْأَرْضَ وَطَلَبُوا الْعَفْوَ فَأَبَوْا، فَاتُّوا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَهُمْ بِالْقِصَاصِ، فَقَالَ أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ: أَتُكْسِرُ ثِيْبَةَ الرَّبِيعِ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ لَا وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا تُكْسِرُ ثِيْبَتَهَا، فَقَالَ: ((يَا أَنَسُ، كِتَابُ اللَّهِ الْقِصَاصُ))، فَرَضِيَ الْقَوْمُ وَعَفَوْا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِنَّ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ، مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللَّهِ لَأَبْرَهُ))»<sup>(٣)</sup>.

فقد بين النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكمه على الربيع بالقصاص، وذكر له التسبيب أن حكمه مبني على دليل يشير به إلى قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَاللَّانِفَ بِاللَّانِفِ وَاللُّدْنَ بِاللُّدْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾<sup>(٤)</sup><sup>(٥)</sup>.

### ٣. من المعنى والمعقول:

فإن للتسبيب فوائد ومصالح تقتضيه، منها:

- (١) إعلام الموقعين (٦ / ٤٨٢).
- (٢) فتح الباري لابن حجر (٧ / ٥٠٧).
- (٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣ / ١٨٦) برقم: (٢٧٠٣) (كتاب الصلح، باب الصلح في الدية)، ومسلم في «صحيحه» (٥ / ١٠٥) برقم: (١٦٧٥) (كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب إثبات القصاص في الأسنان وما في معناها).
- (٤) سورة المائدة: ٤٥.
- (٥) شرح النووي على مسلم (١١ / ١٦٣).



أ- إظهار حياد القاضي ودفع التهمة عنه<sup>(١)</sup>.

ب- قناعة الخصم بالحكم وتطبيب قلبه حين يعلم بالسبب الذي به حُكم عليه<sup>(٢)</sup>.

ج- أنه يسهل على الخصم الاعتراض حال عدم قناعته بالحكم، فيتم للقاضي مراجعته على ضوء تسببه، وهكذا من يدقق الحكم من القضاة الآخرين<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثالث: أقسامه:

ينقسم التسبب القضائي باعتبار موضوعه إلى قسمين:

(١) انظر: الأم للشافعي (٦ / ٢٣٤)، فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ (١٢ / ٣٥٠).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٦ / ٢٣٤)، مجموع الفتاوى (٢٨ / ٣٦٥)، أدب القاضي لابن القاص (١ / ١٩٤)، مجلة الأحكام العدلية (ص: ٣٧١).

(٣) انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨ / ٢٦٦)، الاختيارات الفقهية (ص: ٦٣٦)، تسبب الأحكام القضائية لابن خنن (ص ٦٥)، مجلة الأحكام العدلية (ص: ٣٧١).

## أولاً: التسبيب الشرعي:

والمراد به: بيان الحكم الشرعي في الواقعة<sup>(١)</sup>، ويشمل ذلك بيان الحكم الكلي الشرعي في الواقعة ودليله المعترف شرعاً ووجه الدلالة منه، وتفسيره عند الاقتضاء<sup>(٢)</sup>.

## ثانياً: التسبيب الواقعي:

والمراد به: بيان الواقعة المؤثرة في الحكم القضائي وصفة ثبوتها<sup>(٣)</sup>، وذلك يستلزم:

أ. ذكر الأوصاف المؤثرة في الحكم.

ب. إبراز طرق ثبوتها من شهادة أو إقرار أو يمين أو نكول ونحوه<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الرابع: ضوابط التسبيب:

للتسبيب في الحكم القضائي ضوابط يجب مراعاتها لكي يؤدي هذا التسبيب أثره وفائدته المرجوة منه، وهي:

(١) انظر: فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم (١٢ / ٢٩٩)، تسبيب الحكم القضائي لابن خنين (ص ٢٣).

(٢) انظر: استقلال القضاء للسحيم (ص ٤٤٠)، تسبيب الحكم القضائي (ص ٢٣-٢٤)، وهذا النوع من التسبيب هو المراد بالبحث فيما يتعلق بالتسبيب بالقواعد الفقهية.

(٣) انظر: فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم (١٢ / ٢٩٩)، تسبيب الحكم القضائي لابن خنين (ص ٢٤).

(٤) انظر: توصيف الأفضية لابن خنين (٢ / ٤٨٣-٤٨٤)، تسبيب الحكم القضائي لابن خنين (ص ٢٤).

## ١. أن يكون التسبب كافياً:

والمراد به: أن يورد القاضي من الأسباب ما تدل على صحة ما حكم به مما يحمل على القناعة به<sup>(١)</sup>، إذ الحكم يثبت بقدر سببه<sup>(٢)</sup>، فتقصير القاضي في تسبب الحكم أمر مغل بالتسبب، وقد رد الشيخ محمد بن إبراهيم حكماً وقال عنه: «إن القاضي أدان السائق وحكم عليه بدية المتوفى ولم يذكر من أدلة الحكم وحيثياته إلا أشياء غير كافية»<sup>(٣)</sup>.

وكفاية التسبب في الحكم تستلزم أموراً<sup>(٤)</sup>، وهي:

١. استيفاء موضوع التسبب، وذلك بإبراز الحكم الشرعي الكلي، والأوصاف المؤثرة في الواقعة، ومدى انطباق الحكم عليها.

٢. بيان المستند في تقرير الأسباب، فيذكر أصل الحكم الشرعي من النصوص الشرعية والإجماعات وكلام أهل العلم مع بيان وجه الدلالة من ذلك إن لزم الأمر، وهكذا في البيانات المثبتة للوقائع، فلا يعتمد القاضي على سبب للحكم لا يشهد له الشرع بالاعتبار، ولا مانع من اجتماع أكثر من سبب على مدلول واحد، يقول ابن تيمية: «وهكذا يقال في اجتماع الأدلة على

(١) تسبب الحكم القضائي لابن خنين (ص ١٠٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٧/ ٢٥٦)، المسوط للرخسي (١٨/ ٢٨).

(٣) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ (١١/ ٣٠٦).

(٤) انظر: النظرية العامة لأحكام القضاء لمحمود التحيوي (٤٩-٥٢)، تسبب الحكم القضائي لابن خنين (ص ١٠٣-١١٥).

المدلول الواحد: أنها توجب علماً مؤكداً، أو علوماً متماثلة، ومن هنا يحصل بها من الإيضاح والقوة ما لا يحصل بالواحد»<sup>(١)</sup>.

## ٢. أن يكون التسبيب متوافقاً:

والمراد بذلك: اتساق وانتظام الأسباب مع بعضها، أو مع الحكم فلا يكون بينها تناقض، فعلى القاضي أن يوضح في أسباب حكمه ما يثبت من الوقائع والرد على ما يعارضها أو يناقضها والإجابة على ما قد يرد من التباس في الفهم والتطبيق<sup>(٢)</sup>.

## ٣. أن يكون التسبيب واقعياً:

ويراد به: مطابقة التسبيب لواقع الحال من غير تهويل أو تهوين، فعلى القاضي أن يلاحظ عند تسبيب الحكم الواقعية في التسبيب، فلا يبالغ ويهول فيه بحيث يورد من الأسباب ما يصور الحال والواقع أكبر مما هو عليه، ولا يهون ويسهل فيقصر في إيراد الأسباب التي تجلي حقيقة الواقع، ويحرص على الموازنة بين الأسباب فلا يركز على جانب ويغفل جانباً آخر<sup>(٣)</sup>.

(١) مجموع الفتاوى (٢٠ / ١٧٥).

(٢) انظر: تسبيب الحكم القضائي لابن خنين (ص ١٠٧-١٠٨)، تسبيب الأحكام القضائية لعمر سنبل (ص ١٠٩).

(٣) انظر: تسبيب الحكم القضائي لابن خنين (ص ١١٠-١١١)، مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (٣ / ٥١٨)، تسبيب الأحكام القضائية لعمر سنبل (ص ١٠٩-١١١).

## المطلب الخامس: تعريف القواعد الفقهية:

## القاعدة في اللغة:

تأتي مادة (قعد) في اللغة لعدة معان، تدور في جملتها حول الاستقرار والثبات، ومن ذلك قاعدة الشيء التي هي أساسه وأصوله التي يثبت بها، ويستقر عليها وقواعد البيت أساسه<sup>(١)</sup>.

## القاعدة في الاصطلاح:

هي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته<sup>(٢)</sup>، وفي الاصطلاح الفقهي عرفت القاعدة الفقهية بتعريفات متعددة، منها ما يأتي:

١. كل كلي هو أخص من الأصول، وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة<sup>(٣)</sup>.
٢. الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها<sup>(٤)</sup>.
٣. حكم أكثر من كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٥ / ١٠٨)، لسان العرب لابن منظور (٣ / ٣٦١)، تاج العروس (٩ / ٦٠).

(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٢ / ٥١٠).

(٣) القواعد للمقري (١ / ٢١٢).

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي (١ / ١١).

(٥) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (١ / ٥١).

٤. أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها<sup>(١)</sup>.

وقد ذكر عدد من الباحثين هذه التعريفات في القواعد الفقهية، وهي لا تخلو من مناقشات واعتراضات وانتقادات، ومن أحسن ما يمكن اختياره تعريفاً للقاعدة الفقهية هو تعريف الدكتور يعقوب الباحسين رَحِمَهُ اللهُ، حيث عرف القاعدة الفقهية بأنها: «قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية»<sup>(٢)</sup>.

(١) المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٦٥).

(٢) القواعد الفقهية للباحسين (ص ٥٤)، الفصل في القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين (ص ٣٦)، ويعبر بعض العلماء عن القاعدة الفقهية بأنها «أغلبية» أو «أكثرية» ملاحظة منهم لوجود المستثنيات لكثير من القواعد، وقد أجاب عنها الشاطبي رَحِمَهُ اللهُ بقوله: «إن الأمر الكلي إذا ثبت كلياً، فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كلياً، وأيضاً فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي؛ لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت»، وقال: «وإنما يتصور أن يكون تخلف بعض الجزئيات قادحاً في الكليات العقلية، كما نقول: (ما ثبت للشيء ثبت لمثله عقلاً)، فهذا لا يمكن فيه التخلف ألبتة، إذ لو تخلف لم يصح الحكم بالقضية القائلة: (ما ثبت للشيء ثبت لمثله)» الموافقات (٢/ ٨٣-٨٤). وأيضاً إذا تأملنا ما يستثنى من القاعدة وجدنا ذلك يعود لعدم تحقق شرط من شروط القاعدة أو لوجود مانع يمنع من دخولها في القاعدة، وحيث كان الأمر كذلك فلا يصح القول بدخولها أصلاً حتى توصف بأنها مستثنيات، فيبقى وصف القواعد بالكلية صحيحاً، انظر: القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين (٤٤-٤٧)، الفصل في القواعد الفقهية (ص ٣٠).

## شرح التعريف:

قضية: قول يحتمل الصدق والكذب لذاته، وهو قيد لإخراج الجمل الإنشائية التي لا تحتمل الصدق والكذب لذاته<sup>(١)</sup>.

كلية: هي المحكوم فيها على جميع أفرادها<sup>(٢)</sup>.

فقهية: الفقه في اللغة: الفهم<sup>(٣)</sup>، وفي الاصطلاح: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية<sup>(٤)</sup>.

جزئياتها قضايا كلية: قيد لإخراج الحكم الفقهي، فإن جزئياته أفراد لا قضايا<sup>(٥)</sup>.

## المطلب السادس: حجية القواعد الفقهية<sup>(٦)</sup>:

المقصود بحجية القواعد الفقهية: صحة جعلها دليلاً يستند إليه في استنباط الأحكام، ومدركاً يؤخذ به في التعليل والترجيح<sup>(٧)</sup>، فالقاعدة

(١) انظر: التقرير والتحجير علي تحرير الكمال لابن المهام (١ / ٨٧)، تيسير التحرير (١ / ١٤)، التعريفات (ص: ١٧٦).

(٢) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع (١ / ٣١).

(٣) انظر: لسان العرب (١٣ / ٥٢٢)، مختار الصحاح (ص: ٢٤٢).

(٤) انظر: التعريفات (ص: ١٦٨)، الكلبيات (ص: ٦٩٠)، التعريفات الفقهية (ص: ١٦٦).

(٥) القواعد الفقهية للباحسين (ص ٥٤).

(٦) يعبر عنها بعض العلماء بدليلية القاعدة الفقهية، انظر: القواعد الفقهية للباحسين (ص ٥٥).

(٧) القواعد الفقهية ليعقوب الباسين (ص ٢٦٥).

الفقهية تعتبر حجة يستدل بها إذا كان مصدرها نصاً شرعياً من كتاب أو سنة بلا خلاف، سواء كانت القاعدة هي في نفسها نص شرعي، كقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة: (الخراج بالضمان)، وقاعدة: (جناية العجماء جبار)، وقاعدة: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)، أو كانت مستنبطة من النص الشرعي كقاعدة: (الأمر بمقاصدها)<sup>(١)</sup>، وقاعدة: (الحدود تدرأ بالشبهات)<sup>(٢)</sup>، أو مستنبطة من مجموعة نصوص شرعية ذات مناهج واحدة، كقاعدة: (المشقة تجلب التيسير)، فهذه القواعد بمثابة الأدلة أو تشبه الأدلة<sup>(٣)</sup>، وقوتها تتمثل في قوة ما تعتمد عليها من النصوص الشرعية<sup>(٤)</sup>.

(١) مستنبطة من حديث عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يقول: ((إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١/ ٦) برقم: (١).

(٢) مستنبطة من حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم)) أخرجه الحاكم في «مستدرکه» (٤/ ٣٨٤) برقم: (٨٢٥٥)، والترمذي في «جامعه» (٣/ ٩٤) برقم: (١٤٢٤).

(٣) صرح بهذا العلامة ابن نجار الفتوحى رَحِمَهُ اللهُ فِي شرح الكوكب فقال: «فوائد: تشتمل على جملة من قواعد الفقه تشبه الأدلة وليست بأدلة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصارت يقضى بها في جزئياتها، كأنها دليل على ذلك الجزئي، فلما كانت كذلك ناسب ذكرها في باب الاستدلال، إذا تقرر هذا فاعلم أن من أدلة الفقه: أن لا يرفع يقين بشك» مختصر التحرير شرح الكوكب المنير (٤/ ٤٣٩).

(٤) انظر: القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين (ص ٢٧٩)، مقدمة القواعد للمقري، تحقيق د. أحمد بن حميد (ص ١١٦)، القواعد الفقهية للندوي (ص ٢٩٥).



أما إن كان مصدر القاعدة الفقهية استقراء الفروع الفقهية، فإنها محل خلاف، فمن العلماء من رأى الاحتجاج بها<sup>(١)</sup>، ومنهم من منع وهم الأكثر<sup>(٢)</sup>، ولعل الأقرب في ذلك أن يقال: أن هذه القواعد لا يُستدل بها كالنصوص الشرعية، وإنما تصلح للاعتضاد والترجيح مع النص الشرعي، وتجب الإشارة هنا إلى أن محل المنع من الاستدلال بالقاعدة الفقهية للقاضي والمفتي إنما هو فيما فيه نص فقهي يمكن الأخذ به، أما إذا لم يكن في الواقعة قول للفقهاء لعدم تعرضهم لها، وكانت الواقعة صالحة للدخول تحت حكم القاعدة، ساغ حينئذ الاستناد إليها، إلا إن ظهر فرق بين ما اشتملت عليه القاعدة وبين هذه المسألة الجديدة<sup>(٣)</sup>.

وإذا نظرنا في مصادر الفقه الإسلامي وجدنا استعمال هذه القواعد وبناء الأحكام عليها في مواضع كثيرة، ومن ذلك على سبيل المثال:

قاعدة: (إذا ضاق الأمر اتسع)، أجاب بها الإمام الشافعي في مواضع عدة، منها: «فيما إذا فقدت المرأة وليها في سفر فولت أمرها رجلاً: يجوز، قال يونس: فقلت له: كيف هذا؟ قال إذا ضاق الأمر اتسع»<sup>(٤)</sup>.

- 
- (١) انظر: الفروق للقرافي (١ / ٧٤)، (٤ / ٤٠)، الديباج المذهب (١ / ٢٦٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٦)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (١ / ٣٨).
- (٢) انظر: غياث الأمم في التياث الظلم (ص: ٤٩٩)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (١ / ٣٧)، القواعد الفقهية ليعقوب الباحسين (ص ٢٧٦-٢٨١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١ / ١٠).
- (٣) القواعد الفقهية للندوي (ص ٣٣١).
- (٤) المنشور في القواعد الفقهية (١ / ١٢١).

واستدل الإمام النووي بقاعدة: أن (الأصل الطهارة) في عدم نقض الوضوء بشرب لبن الإبل، قال رَحْمَةُ اللَّهِ: «ولأحمد رواية أنه يجب الوضوء من شرب لبن الإبل، ولا أعلم أحداً وافقه عليها، ومذهبنا ومذهب العلماء كافة لا وضوء من لبنها، واحتج أصحاب أحمد بحديث عن أسيد بن حضير بضم أولهما والحاء مهملة والضاد معجمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لا توضع من ألبان الغنم وتوضؤا من ألبان الإبل)) رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف فلا حجة فيه، ودليلنا أن الأصل الطهارة ولم يثبت ناقض»<sup>(١)</sup>، فنلاحظ أن النووي رَحْمَةُ اللَّهِ استدل بالقاعدة على المسألة.

واستدل ابن قدامة رَحْمَةُ اللَّهِ بقاعدة: (الأصل الطهارة) على طهارة الماء اليسير أو المائع إذا سقطت فيه فأرة أو هرة ثم خرجت حية، قال رَحْمَةُ اللَّهِ: «وإن وقعت الفأرة أو الهرة ونحوهما، في مائع، أو ماء يسير، ثم خرجت حية، فهو طاهر... وقيل: يحتمل أن ينجس إذا أصاب الماء مخرجها؛ لأن مخرج النجاسة نجس، فينجس به الماء، ولنا أن الأصل الطهارة، وإصابة الماء لموضع النجاسة مشكوك فيه، فإن المخرج ينضم إذا وقع الحيوان في الماء، فلا يزول اليقين بالشك»<sup>(٢)</sup>.

ومن اعتبار القواعد في مجال القضاء تصريح القرافي بنقض حكم القاضي في مسألة السريجية لمخالفته قاعدة: (صحة اجتماع الشرط مع المشروط)، قال رَحْمَةُ اللَّهِ: «ولو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسألة

(١) المجموع شرح المذهب (٢ / ٦٠).

(٢) المغني لابن قدامة (١ / ٣٩).

السريجية نقضناه لكونه على خلاف قاعدة أن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع الشروط، وشرط السريجية لا يجتمع مع شروطه أبداً فإن تقدم الثلاث لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها»<sup>(١)</sup>.

### المطلب السابع: علاقة القواعد الفقهية بالحكم القضائي:

يقوم اجتهاد القاضي في الحكم في القضايا بين الخصمين على أسس ومقومات، وهي ما سبق الإشارة إليه بالتسبب القضائي، ويقصد به: ذكر القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي، فيشمل: كل شيء استند عليه القاضي في الحكم من الوقائع القضائية المؤثرة وطرق ثبوتها بالطرق المعتمد بها والأسباب الشرعية، ومن هذه المستندات القواعد الفقهية فهي من مصادر القاضي في بناء الحكم القضائي، فيمكن للقاضي أن يستفيد منها في تسبب الحكم القضائي، يقول القرافي رَحِمَهُ اللهُ: «فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء لا توجد في كتب أصول الفقه»<sup>(٢)</sup>.

وقال في حديثه عن أدلة مشروعية الأحكام: «الاستدلال هو محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلة المنصوبة، وفيه قاعدتان.. القاعدة الثانية: أن الأصل في المانع الإذن وفي المضار المانع بأدلة السمع لا بأدلة العقل، خلافاً للمعتزلة، وقد تعظم المنفعة

(١) الفروق للقرافي (٤ / ٤٠).

(٢) الفروق للقرافي (٢ / ١١٠).

فيصحبها الندب أو الوجوب مع الإذن، وقد تعظم المضرة فيصحبها التحريم على قدر رتبها فيستدل على الأحكام بهذه القاعدة»<sup>(١)</sup>.

وليس المقصود أن تكون القواعد الفقهية بمنزلة الأدلة القطعية من الكتاب والسنة والإجماع المتيقن، وإنما المقصود أن تكون من جملة ما يصلح أن يستند إليه القاضي في تسببه للحكم القضائي، لا سيما إذا لم يكن في الواقعة قول للفقهاء أصلاً لعدم تعرض الفقهاء لها ووجدت القاعدة التي تشملها، فلاستناد حينئذ للقواعد الفقهية في القضاء أو الفتوى أو الأحكام هو في حقيقته استناد للكتاب أو السنة، لأن منها ما هو نص شرعي، ومنها ما يعتمد على النص الشرعي ومنها ما يعتمد على استقرار الفروع الفقهية المستنبطة من النصوص الشرعية، فصار من يعتمد عليها معتمداً على الكتاب والسنة، ومما يدل على اعتبارها في القضاء ما جاء في قول عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لأبي موسى الأشعري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «ثُمَّ الْفَهْمَ الْفَهْمَ فِيمَا أُدِّيَ إِلَيْكَ مِمَّا وَرَدَ عَلَيْكَ مِمَّا لَيْسَ فِي قرآنٍ وَلَا سُنَّةٍ، ثُمَّ قَائِسَ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ، وَاعْرِفَ الْأَمْثَالَ، ثُمَّ اعْمَدْ فِيمَا تَرَى إِلَى أَحَبِّهَا إِلَى اللَّهِ وَأَشْبَهْهَا بِالْحَقِّ»<sup>(٢)</sup>.

(١) شرح تنقيح الفصول (ص: ٤٥١).

(٢) أخرجه البيهقي في «سننه الكبير» (١٠ / ١١٥) برقم: (٢٠٤٠٦) (كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي فإنه غير جائز له أن يقلد أحداً من أهل دهره)، والدارقطني في «سننه» (٥ / ٣٦٩) برقم: (٤٤٧٢) (كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، كتاب عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إلى أبي موسى الأشعري)، قال الألباني: «وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الشيخين، لكنه مرسل... لكن قوله: «هذا كتاب عمر»، وجادة وهي وجادة صحيحة من أصح الوجادات، وهي حجة» إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (٨ / ٢٤١).

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «هذا كتاب جليل، تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه، وإلى تأمله، والتفقه فيه»<sup>(١)</sup>.

فقد أوصى عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أبا موسى الأشعري ببناء الحكم فيما ليس فيه كتاب ولا سنة وذلك بإلحاق الفرع الفقهي بالفروع الكثيرة المتناظرة له، والقواعد الفقهية تتضمن إلحاق فرع بالفروع المتشابهة له، وقد احتج بها الإمام السيوطي رَحِمَهُ اللهُ فقال: «هذه قطعة من كتابه، وهي صريحة في الأمر بتتبع النظائر وحفظها، ليقاس عليها ما ليس بمنقول.. وفي قوله: «فيما ترى» إشارة إلى أن المجتهد إنما يكلف بما ظنه صواباً، وليس عليه أن يدرك الحق في نفس الأمر، ولا أن يصل إلى اليقين»<sup>(٢)</sup>.

ويقول الدكتور الندوي: «فإن القضاة درجوا على استعمال هذه القواعد عند الفصل بين المتخاصمين وحسم النزاع، إلى جانب النصوص الفقهية والشواهد التي يستندون إليها، حتى إذا نظرت إلى ما روي عن القضاة من مسائل وقضايا في القرون الأولى، وجدت كثيراً منها موجهة بقاعدة من القواعد الفقهية»<sup>(٣)</sup>.

(١) إعلام الموقعين (١/ ١٩).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٧).

(٣) القواعد الفقهية للندوي (ص ٣٣٧ - ٣٣٨).

## ضوابط الاستدلال بالقاعدة الفقهية:

يشترط للاستدلال بالقواعد الفقهية حتى يكون صحيحاً، ولا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها منها الضوابط التالية<sup>(١)</sup>:

١. أن لا يستدل المجتهد بالقاعدة الفقهية إلا بعد بذل الجهد في البحث عن الأدلة الأصلية من النص والإجماع، لأنها دليل تبعي يصار إليه عند انعدام ما هو راجح من الأدلة الأصلية، قال ابن الصلاح رَحْمَةُ اللَّهِ: «أن التخريج تارة يكون من نص معين لإمامه في مسألة معينة، وتارة لا يجد لإمامه نصاً معيناً يخرج منه، فيخرج على وفق أصوله، بأن يجد دليلاً من جنس ما يحتاج به إمامه وعلى شرطه، فيفتي بموجبه»<sup>(٢)</sup>.

٢. أن تكون القاعدة الفقهية المستدل بها على الفروع مما صح فيه الاستقراء، والذي يتحقق معه الظن الراجح - والظن يكفي في المسائل العلمية -.

٣. مطابقة الفرع المراد الحكم عليه مع القاعدة الفقهية المستدل بها عليه، فإذا تخلفت صورة الفرع عن نظائره لم يصح إلحاقه بحكمها الكلي الفقهي.

(١) انظر: الوجيز في القواعد الفقهية للبورنو (ص ٤٢-٤٣)، القواعد الفقهية للندوي (ص ٣٣١)، القواعد الفقهية للباحسين (ص ٢٧٨-٢٨١)، حجية القواعد الفقهية وضوابط الاستدلال بها، لسعاد أوهاب، مجلة البحوث العلمية للدراسات الإسلامية، جويلية ٢٠١٣م (١٣٥-١٣٧)، حجية القواعد الفقهية لـ د. خليفة بابكر الحسن (ص ١٨٠-١٨١).

(٢) أدب المفتي والمستفتي (ص: ٩٧).

٤. أهلية المجتهد المتمكن من أدوات الاجتهاد والنظر، ذلك أن عملية الاستدلال وإلحاق الفرع الفقهي بقاعدته إنما يتطلب نوع اجتهاد ودُربة في استنباط الأحكام من أدلتها، كما يتطلب فقهاً متقدماً للقواعد الفقهية، حتى لا يقع المستدل في الخطأ بإلحاق فرع يُقطع أو يظن خروجه من القاعدة.



## المبحث الثاني التطبيقات القضائية

سنعرض في هذا المبحث لجملة من أهم القواعد الفقهية التي استند إليها أصحاب الفضيلة القضاة في تسبيب الأحكام القضائية في قسم القضايا التجارية من مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم من عام ١٤٣٤هـ إلى عام ١٤٣٦هـ، من خلال عرض القاعدة الفقهية مع شرحها إجمالاً وبيان دليلها، ثم عرض التطبيق القضائي للقاعدة، ليتضح وجه الاستناد إليها في تسبيب الحكم القضائي، وسيكون ذلك في أحد عشر مطلباً:

### المطلب الأول: لا مساغ للاجتهاد في مورد النص:

#### المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الاجتهاد الممنوع هنا في مورد النص ما كان مصادماً للنص الثابت الواضح المعنى الذي ورد فيه، وهو ما لا يقبل التأويل ولا يحتمله كالمفسر والمحكم من القرآن والسنة والإجماع، لأن الحاجة إلى الاجتهاد إنما تكون عند فقدان النص وعدم وجوده، ولأن الاجتهاد ظني والحكم الحاصل به حاصل بظني، بخلاف الحاصل بالنص فإنه يقيني، ولا يُترك اليقيني للظني<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٨ / ٩١٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١ / ٥٠٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: ٨٢).



## دليل القاعدة:

دليل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾<sup>(١)</sup>.

وحدیث معاذ بن جبل: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: ((كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟))، قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: ((فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟))، قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟))، قَالَ: أَجْتَهِدُ بِرَأْيِي وَلَا أَلُو، فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَدْرَهُ، فَقَالَ: ((الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضَى رَسُولُ اللَّهِ))<sup>(٢)</sup>.

## التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ، تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

(١) سورة الأحزاب: ٣٦.

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» (٣/ ٣٣٠) برقم: (٣٥٩٢) (كتاب القضاء، باب اجتهاد الرأي في القضاء)، والترمذي في «جامعه» (٣/ ٩) برقم: (١٣٢٧) (أبواب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي)، والبيهقي في «سننه الكبير» (١٠/ ١١٤) برقم: (٢٠٣٩٨) (كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي فإنه غير جائز له أن يقلد أحداً من أهل دهره) وهو ضعيف، انظر: التاريخ الكبير للبخاري (٢/ ٢٧٧)، سلسلة الأحاديث الضعيفة للألباني (٢/ ٢٧٤).

أقامت المدعية دعواها ببطلان حكم هيئة التحكيم الصادر في النزاع بينها تأسيساً على أن هيئة التحكيم قد استبعدت تطبيق عقد المقاوله ولم تراعى الشروط الواجب توافرها في الحكم، وفقاً لنظام التحكيم: «لا تقبل دعاوى بطلان التحكيم إلا في أحوال محددة، ومنها: إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع، وإذا لم تراعى هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه، أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه»، وقد اتفق الطرفان في العقد المبرم بينهما على كيفية معالجة الأعمال التي تم تنفيذها وطريقة حساب الساعات الزائدة بمعدل (١٩, ٥٧٥) ريال لكل فريق عمل عن كل يوم عمل يتأخر فيه العمل عن المدة المتفق عليها وهي ٥٥٠ يوم عمل، وبلغت أعمال العمل المعتمدة من المدعى عليها (٧٥١) يوم عمل، أي بزيادة مقدارها (٢٠١) يوم عمل عن المدة المتفق عليها، ويرجع سبب التأخير من المدعى على المدعى عليه في إنجاز العمل في المدة المحددة إلى عدم جاهزية الموقع وكافة الأعمال السابقة بسبب المدعى عليه، وقد رأت هيئة التحكيم عدم احتساب هذه المدة والتعويض عنها وعللت ذلك بقولها: «الواضح أن طرفي النزاع استمرا في تنفيذ المشروع دون رؤية واضحة أو توثيق للواقع القائم وهو استطالة العمل أو التأخير مما تميل معه الهيئة إلى أن الطرفين لم يرو في هذا الوضع ما يؤثر في حقوقهما قبل بعضهما البعض أو يرتب التزامات على أي منهما.. حيث إن الأصل براءة ذمة طرفي العقد فلا يلزم على أحدهما ما يزيد عن قيمة ما تعاقدوا عليه»، ورأت الهيئة أن

كل طرف من الأطراف يرى أن المتسبب في التأخير أو زيادة وقت التنفيذ الطرف الآخر وأن ادعاءهم مرسلٌ ما لم تسنده بيانات مؤهلة، وبعد رفع القضية لمحكمة الاستئناف تعقت بأنه يتعين عند نظر النزاع من قبل هيئة التحكيم أن ترجع لنصوص العقد وتطبقه على واقع النزاع المنظور أمامها، وقد نص في العقد على طريقة احتساب المدة الزائدة في تنفيذ العقد ومن ثم فإن نصوص العقد هي المعمول عليها عند وجود اختلاف بين طرفيه ولا مجال للاجتهاد في مورد النص، لا سيما ومحل النزاع بين الطرفين هو في اختلافهم عن مسببات هذه المدة الزائدة، لذا حكمت محكمة الاستئناف ببطلان ما قضت به هيئة التحكيم<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستناد إلى القاعدة:

في الواقعة السابقة نلاحظ أن هيئة التحكيم لم تراعي النصوص الواردة في العقد بين الطرفين والتي تعالج مدة التأخير وكيفية احتسابها، وقد اجتهدت الهيئة في تقدير عدم وجود الضرر على أحد الطرفين وحكمت ببراءة الذمة بناء على الأصل، لكن الاستئناف قضت ببطلان هذا الأصل بناء على القاعدة الفقهية «أنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص».

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ (١/١٦٨-١٧٩).

## المطلب الثاني: التابع تابع:

### المعنى الإجمالي للقاعدة:

التابع: ما لا ينفك حكمه عن حكم متبوعه<sup>(١)</sup>، والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن ما كان تابعاً لغيره حقيقةً أو حكماً، كأن يكون جزءاً من متبوعه، أو فرعاً له، أو من لوازمه وضروراته، فإن حكم متبوعه يثبت له ويسري عليه، ولا ينفرد التابع بالحكم<sup>(٢)</sup>.

### دليل القاعدة:

١ - عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ))<sup>(٣)</sup>.

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (١ / ٣٦١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ١٠٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ١١٧)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: ٢٥٣)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١ / ٣٠٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١ / ٤٣٤)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (٣ / ٤٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ل محمد شبير (ص ٣٠٠).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣ / ٧٨) برقم: (٢٢٠٤) (كتاب البيوع، باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضاً مزروعة أو بإجارة)، ومسلم في «صحيحه» (٥ / ١٦) برقم: (١٥٤٣) (كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليها ثمر).

### وجه الدلالة:

أن الحديث يدل بمنطوقه على أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل ثمار النخيل المباع للبائع إذا كانت مؤبرة إلا أن يشترطها المشتري في العقد، وذلك لأن تلك الثمرة قد حصل أثناء ملك البائع فيدخل تبعاً في ملكه.

٢- عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((ذَكَاةُ الْجَيْنِ ذَكَاةُ أُمَّه))<sup>(١)</sup>.

### وجه الدلالة:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد حكم للجنين من حيث الزكاة بحكم أمه، فإذا حصلت تذكيتها فقد حصلت تذكيتها أيضاً، لكونه تابعاً لها.

٣- وأما المعنى فإن العقل يقتضي أن وجود أي ارتباط بين الشئيين على وجه يصل إلى عدم الانفكاك بينهما، يلزم أن يرتبط أحدهما بالآخر في الحكم.

### التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

(١) أخرجه ابن حبان في «صحيحه» (١٣ / ٢٠٦) برقم: (٥٨٨٩) (كتاب الذبائح، ذكر البيان بأن الجنين إذا ذكيت أمه حل أكله)، وأبو داود في «سننه» (٣ / ٦٢) برقم: (٢٨٢٧) (كتاب الضحايا، باب ما جاء في ذكاة الجنين)، والترمذي في «جامعه» (٣ / ١٤٣) برقم: (١٤٧٦) (أبواب الأطعمة، باب ما جاء في ذكاة الجنين)، وابن ماجه في «سننه» (٤ / ٣٦٠) برقم: (٣١٩٩) (أبواب الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه)، والبيهقي في «سننه الكبير» (٩ / ٣٣٥) برقم: (١٩٥٤٩) (كتاب الضحايا، باب ذكاة ما في بطن الذبيحة)، صححه الألباني في إرواء الغليل (٨ / ٢٥٦).

مطالبة المدعي إلزام المدعى عليها بدفع قيمة البضاعة نتيجة تفريط المدعى عليها بنقل بضاعته من جده إلى الرياض، حيث تم شراء بضاعة عبارة عن أجهزة كهربائية وتم شحنها إلى الرياض ولم تصل للمدعي، وقد دفع المدعى عليه بهروب العامل وتخليه عن نقل بضاعة المدعي، ثم قدم وكيل المدعى عليه مذكرة مفادها أنه يقر بصحة التعامل بينهما، ويشير إلى أنه قد جرت تفاهمات بين المدعي والمدعى عليه على شروط التعامل بينهما، من ضمن ذلك تأمين الشحنة بمبلغ (١٠٠,٠٠٠) ريال للشحنة الواحدة، لا تزيد عليها، فقررت الدائرة أن الالتزام في عقود النقل هو التزام بتحقيق غاية لا ببذل عناية، فحكمت الدائرة على المدعى عليه بدفع قيمة البضاعة المفقودة، ولا يدفع ذلك ما دفع به وكيل المدعى عليها من أن موكلته قد أبرمت اتفاقية مع المدعي بشأن حد الضمان للبضائع المنقولة، فإن ذلك في حالة عدم تعدي المدعى عليها على البضائع، وأما والحالة ما ذكر من أن عامل المدعى عليها قد تسبب في ضياعها وتلفها فإن المدعى عليها ضامنة لما أتلفه عاملها على اعتبار أن التابع تابع، وتنتهي الدائرة معه إلى إلزام المدعى عليها بسداد المبلغ<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستناد إلى القاعدة:

أسندت الدائرة في هذه القضية حكم التعويض عن البضاعة المسروقة على المدعى عليه لصالح المدعي بناءً على أن التابع تابع، والسائق للشاحنة

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ (٢/٥٩٥-٦٠٠).

تحت كفالة المدعى عليه ويعمل لمصلحته، فلزمه تحمل تبعات تصرفه وسداد قيمة المبلغ محل المطالبة.

### المطلب الثالث: الأصل براءة الذمة:

#### المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتفرع عن قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك) ومعناها: أن الأصل في ذمم الناس فراغها من جميع أنواع التحمل والالتزام إلى أن يثبت ذلك بدليل، فالأمر المتيقن، والأصل الثابت، والقاعدة المستمرة في الشريعة الإسلامية أن الإنسان ليس عليه شيء من التكاليف الشرعية، ولا من حقوق الآخرين، ولا عليه تحمل المسؤوليات والالتزامات تجاه الغير، إلا إذا ثبت ذلك بأدلة شرعية معتبرة، لأن الناس يولدون وذممهم فارغة، والتحمل والالتزام صفة طارئة، فيستصحب الأصل المتيقن به، وهو فراغ الذمة إلى أن يثبت خلاف ذلك<sup>(١)</sup>.

#### دليل القاعدة:

دل على هذه القاعدة قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ))<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٥٣)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (١/ ٢٠٣)، شرح القواعد الفقهية (ص: ١٠٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١/ ١٤٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ل محمد شبير (ص ١٤٧)، الممتع في القواعد الفقهية (ص ١٢٩).

(٢) أخرجه الترمذي في «جامعه» (٣/ ١٨) برقم: (١٣٤١) (أبواب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)، =

## ووجه الدلالة منه:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد جعل البينة التي هي الدليل على انشغال الذمة في جانب المدعي، لأنه يدعي شيئاً على خلاف الظاهر ولم يطلب من المدعى عليه إلا اليمين مما يدل على أن الأصل براءة الذمة، فإن فائدة اليمين هي إبقاء الأصل الثابت.

## التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعوها مطالبة إلزام المدعى عليه بإعادة الحاويات الخاصة بالشحن وبسداد غرامات التأخير بغرض شحن بضاعة إلى خارج المملكة وتعهد بإعادة الحاويات في حال عدم تمكنه من التصدير، فأنكر المدعى عليه وجود تعامل مع المدعية وتسليمه للحاويات من المدعي، وذكر أن الخطاب الصادر من المدعى عليه لم يكن موجهاً لمؤسسة المدعي، فعرضت الدائرة

= والبيهقي في «سننه الكبير» (٢٥٦/١٠) برقم: (٢١٢٨١) (كتاب الدعوى والبيّنات، باب المتداعيين يتداعيان شيئاً في يد أحدهما فيقيم الذي ليس في يده بينة بدعواه)، (٢٥٦/١٠) برقم: (٢١٢٨٢) (كتاب الدعوى والبيّنات، باب المتداعيين يتداعيان شيئاً في يد أحدهما فيقيم الذي ليس في يده بينة بدعواه)، والدارقطني في «سننه» (٢٧٦/٥) برقم: (٤٣١١) (كتاب المكاتب، خبر الواحد يوجب العمل)، (٣٩٠) برقم: (٤٥٠٩) (كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك، باب إحياء الموات). قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، وأخرجه بنحوه البخاري في «صحيحه» (١٤٣/٣) برقم: (٢٥١٤)، ومسلم في «صحيحه» (١٢٨/٥) برقم: (١٧١١) بلفظ «قَضَى أَنْ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ».



على المدعي طلب يمين المدعى عليه فقرر المدعي عدم قبول يمينه، وكما هو معلوم أن الأحكام إنما تبنى على اليقين لا على الشك والتخمين، ولما كان الأصل براءة ذمة المدعى عليه من وجود تعامل مع المدعية، وحيث أن ما قدمه المدعي لا يكفي في إثبات استلام المدعى عليه للحاويات، وعليه فإنه لم يثبت لدى الدائرة استلام الحاويات، فحكمت برفض الدعوى، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من الاستئناف<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستناد إلى القاعدة:

في هذه القضية يطلب المدعي إلزام المدعى عليه برد الحاويات، ولم يحضر بينة موصلة لصحة دعواه ولذلك فقد استندت الدائرة إلى أن (الأصل براءة الذمة) من حقوق الآخرين؛ فحكمت برفض الدعوى وعدم قبولها.

### المطلب الرابع: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته:

#### المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، ومعناها: أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر فحينئذ ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ولا يعدل عن هذه النسبة إلا بدليل، وذلك لأن الخصمين اتفقا على حدوث الشيء، وادعى أحدهما حدوثه في وقت والآخر ادعى حدوثه في وقت آخر قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ (٢٠٤٠-٢٠٤٤).

الأقرب، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك، والآخر ينكر دعواه، فيعمل بالوقت الأقرب لأنه يقين ويترك الوقت الأبعد لأنه شك<sup>(١)</sup>.

### دليل القاعدة:

لقد علل الفقهاء إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، بأن الوقت القريب هو المتيقن، وأما الوقت البعيد فهو مشكوك فيه، ومن المقرر شرعاً أن اليقين لا يزول بالشك، وأن المتيقن لا يترك للمحتمل، وهو ما يسمى بقاعدة: (استصحاب الحال) عند الأصوليين، ويدل لذلك ما ورد أنه شكا إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: ((لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً))<sup>(٢)</sup>.

### وجه الدلالة من هذا الحديث:

ما ذكره النووي بقوله: «وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم بقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها»<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٥٥)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (١/ ٢١٧)، شرح القواعد الفقهية (ص: ١٢٥)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١/ ١٤٦)، موسوعة القواعد الفقهية (٢/ ١١٢).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١/ ٣٩) برقم: (١٣٧) (كتاب الوضوء، لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن)، ومسلم في «صحيحه» (١/ ١٨٩) برقم: (٣٦١) (كتاب الحيض، باب الدليل على أن من يقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك).

(٣) شرح النووي على مسلم (٤/ ٤٩).

## التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

مطالبة المدعية إلزام المدعى عليها بالمتبقي من قيمة الدهانات المباعة عليها بالآجل بموجب إقرار المدعى عليها أمام الدائرة بصحة ذلك، وقد دفع المدعى عليها بعيب الدهانات عند استعمالها في تنفيذ المشروع ويطلب بالتعويض من المدعي عن الأضرار التي لحقت به بسبب عيب الدهانات، فدفع المدعي بأن هذا النوع من الدهانات معتمد لدى إدارة المشروع، وأن سبب العيب راجع إلى سوء التنفيذ الذي هو من مسؤولية المدعى عليها، وحيث من المقرر أن (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته)، فلو تبين في المبيع عيب بعد القبض، وأراد المشتري رده مدعياً أنه موجود فيه عند البائع، وزعم البائع أنه حصل بعد القبض عند المشتري، وكان العيب مما يحدث مثله، فإن القول قول البائع، ويعتبر حادثاً عند المشتري، وليس له الفسخ حتى يثبت أنه قديم عند البائع، وقد عرضت الدائرة على المدعى عليها يمين الممثل القضائي للمدعية على نفي العيوب في الدهانات المورددة للمدعى عليه، إلا أن مدير شركة المدعى عليها وممثلها رفض قبول يمين المدعية مطلقاً، وحيث تبين للدائرة مما سبق أن دعوى المدعية صحيحة، لذلك فقد حكمت الدائرة بإلزام المدعي عليها بأن تدفع للمدعية المبلغ المدعى به، ورفض دفعها بوجود تعيب في ذات الدهانات، فاعترضت المدعى عليها، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ (١/٢٦٥-٢٧٦).

## وجه الاستناد إلى القاعدة:

في هذه القضية طالبت المدعية بسداد بقية المبلغ على المدعى عليه، ورفضت المدعى عليها ذلك بسبب وجود عيب في المبيع وتطلب التعويض عن الخسارة التي لحقتها بسبب ذلك، وحيث أقر الخصمان بوجود العيب واختلفوا في وقت حصوله، فقد تقرر في القاعدة الفقهية أن (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته)، فإن وجود العيب متيقن عند المشتري - وهو أقرب أوقاته - ومشكوك فيه قبل ذلك الوقت عند البائع، ولا بينة لدى المشتري في إثبات وجود العيب عند البائع، لذلك حكمت الدائرة بناءً على هذه القاعدة بعدم وجود العيب عند البائع، وجعلت للمشتري حق طلب اليمين القضائية من البائع على نفي وجود العيب.

## المطلب الخامس: إذا سقط الأصل سقط الفرع:

### المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود، يكون ذلك الفرع مبتنى عليه، فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبني عليه، لأن التابع لا يستقل بالحكم، كالشجرة إذا ذوى أصلها وجذورها وساقها ذوت أغصانها وثمارها<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: المنشور في القواعد الفقهية (٣ / ٢٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ١١٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ١٠٣)، شرح القواعد الفقهية (ص: ٢٦٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (٣ / ٥١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١ / ٤٥٠).

## دليل القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي يقضي بها العقل والحس، وذلك لوجود التلازم بين الأصل وفرعه، لأنه لما كان الفرع لا يفرد بالحكم، بل هو تابع للأصل، فإذا سقط أصله الذي يفرد بالحكم لزم من ذلك سقوط الفرع، وهذا مما يتقاضاه العقل والحس، كابتناء السقف على الأعمدة والجدار، فإذا سقطت الأعمدة والجدار سقط السقف<sup>(١)</sup>.

## التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعواها مطالبة بإلزام المدعى عليه (مدير الشركة) برد المبالغ التي افتقرت بها ذمة المدعية جراء إساءة استعمال المدعى عليه للصلاحيات الممنوحة له واستغلالها في إبرام عقود استفاد منها بصفة شخصية وتبديد أموال المدعية، كما تطالب المدعية بإلزام المدعى عليه بمبلغ (٩٢٨, ٦٠٥, ٨) ريال جبراً للضرر نتيجة بيع المدعى عليه للأرض المملوكة له للمدعية بمبلغ إجمالي قدره (٢٨, ٠٠٠, ٠٠٠) ريال، وبصفته رئيس مجلس الإدارة فقد حرر شيكاً بقيمتها لحسابه الخاص، كما أبرم عقداً مع مكتب لتقديم المراجعة والتصديق وإصدار كافة الدراسات الأولية والنهائية وما يلحق بها لإنشاء مشروع تجاري على الأرض محل الدعوى، ونظراً لأن النموذج الهندسي

(١) انظر: الفصل في القواعد الفقهية للباحسين (ص ٥٢٣)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/ ٢٧٢).

لمباني الشركة لا يصلح تنفيذه على أرض المدعى عليه لصغر حجمها فقد قام بالتعديل عليه و صرف مبالغ عليه، وبعرض الدعوى على المدعى عليه، دفع بعدم سماع الدعوى لسقوط حق المطالبة بمضي ثلاث سنوات استناداً لنظام الشركات في مادة (١٦٨)، والتي تنص: «.. ولا تسمع دعوى المسؤولية بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف الفعل الضار»، ودفع على أن الشركة على علم مسبق بشراء الأرض، وقد تم تقييم الأرض من ثلاثة مكاتب عقارية، وأنه على استعداد لاسترداد الأرض المذكورة وإعادة قيمتها للشركة إذا أراد المجلس ذلك، ثم قدم مستندات تثبت علم الإدارة بواقعة الضرر السابق قبل تاريخ ١٣/٣/١٤٢١هـ، وبالنظر في الدعوى الماثلة يتبين أنها مرفوعة بتاريخ ١٣/٣/١٤٢٤هـ كما هو مدون في بيانات القضية، وقد تبين للدائرة أن الشركاء على علم بما ينسبونه للمدعى عليه من أخطاء وتجاوزات لصلاحياته قبل تاريخ ١٣/٣/١٤٢١هـ، وذلك يظهر جلياً في الميزانية المقدمة للشركاء عن العام المالي ١٩٩٩م والصادر من المحاسب القانوني وشركاه بتاريخ ١/١٢/١٤٢٠هـ، حيث نص في التقرير حول القوائم المالية على المصروفات التي يدعي فيها وكيل المدعية بأنها تجاوزات وأضرار من المدعى عليه، وقد أقر وكيل الشركاء باستلام تقرير الميزانية بذات التاريخ الصادر فيه ١/١٢/١٤٢٠هـ، مما يعد هذا علماً من قبل الشركاء بالفعل الضار الذي يطالبون المدعي عليه بأثره، وإعمالاً وتنزيلاً للمادة (١٦٨) من نظام الشركات على هذه الدعوى، لذلك قررت الدائرة سقوط حقهم في إقامة الدعوى ضد مدير الشركة، وهو سبب عائد

لهم وتفريط من قبلهم مع علمهم واتفاقهم على إنشاء شركة تأخذ أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمبينة في نظام الشركات، مما تنتهي معه الدائرة إلى الحكم برفض الدعوى المدعية، وأما بخصوص الأرض فقد جاءت في حدود التصرفات الصحيحة الموافقة لطبيعة عمل المدعى عليه، إذ إن مجلس إدارة الشركة قد وافق على استئجار الأرض مدة طويلة لأجل إقامة المشروع عليها؛ مما يجعل مبدأ إقامة المشروع أمر لا خلاف فيه، ومن ثم شراء الأرض ينسحب على استئجارها، لأن استئجار الأرض شراء لمنافعها فهو في الحقيقة مساوٍ لشراء الأرض محل الاعتراض، الأمر الذي ترى معه الدائرة بأن تصرف المدعى عليه صحيح من كل وجه، وعلى إثر ذلك فإن ما ترتب على شراء الأرض من تعديل للمخطط الهندسي، وكذلك إبرام عقد مع مكتب لتقديم المراجعة والتصديق وإصدار كافة الدراسات الأولية والنهائية مبني على سلامة وصحة شراء الأرض وعلى رغبة الشركاء في استئجارها، وبالتالي ترى الدائرة مشروعية تصرف المدعى عليه في ذلك، وأما عن مبلغ المطالبة لمبلغ (٩٢٨, ٦٠٥, ٨) ريال جبراً للضرر الناتج عن أخطاء المدعى عليه، فهذه المطالبة في حقيقتها ناشئة وفرع عن سابقتها، فإذا سقط الأصل سقط الفرع، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض هذا الطلب وهو ما تحكم به<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ (٣/١٣٣٥-١٣٥٠).

## وجه الاستناد إلى القاعدة:

بتأمل القضية السابقة نلاحظ أن المدعي كان قد أعطى المدعى عليه -وهو مدير الشركة- الصلاحيات والتفويض في التوسع لنشاط الشركة فقام بشراء الأرض التي يملكها لصالح الشركة التي يديرها، وقام بتثمينها لدى ثلاثة مكاتب عقارية مما يظهر معه عدالة الثمن، وما ترتب عليها من تعاقد مع مكتب لتقديم خدمات المراجعة والتصديق وكذلك قيامه بتعديل المخطط الهندسي للبناء ليتوافق مع مساحة الأرض التي سيقام عليها المشروع، وكان هذا قبل إقامة المدعية للدعوى بأكثر من ثلاث سنوات، فقد طلبت الدائرة من الطرفين تقديم الميزانية السنوية عن العام المالي ١٩٩٩م، ثم قدم المدعى عليه نسخة من الميزانية للعام المالي ١٩٩٩م من مكتب المحاسب القانوني بتاريخ ١/١٢/١٤٢٠هـ، وبإطلاع المدعية عليها ذكر أنها صحيحة، وأنها صدرت من المحاسب القانوني المعين للشركة. وصدرت في التاريخ المذكور أعلاه وأنها تسلمته في التاريخ المذكور، فبناء على ما سبق حكمت الدائرة برفض الدعوى استناداً لمادة (١٦٨) والتي تنص على أنه: «.. لا تسمع دعوى المسؤولية بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف الفعل الضار»، وبناء على رفض الدعوى في أصل القضية وتقرير صحة شراء الأرض، ترتب عليها سقوط جميع المطالبات الفرعية المترتبة عليها، واستندت الدائرة إلى القاعدة الفقهية وهي أنه: (إذا سقط الأصل سقط الفرع). والله أعلم.



## المطلب السادس: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه:

### المعنى الإجمالي للقاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الشيء الذي ثبت ضمن شيء آخر حقيقة، أو كان مرتباً على المتضمن ترتيب المسبب على السبب، إذا بطل متضمنه الذي اشتمل عليه واحتواه لا يبقى له حكم، بل يبطل كما بطل أصله<sup>(١)</sup>.

### دليل القاعدة:

يدل على هذه القاعدة ما رواه أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَا: «إِنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَعْرَابِ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنْشُدَكَ اللَّهَ إِلَّا قَضَيْتَ لِي بِكِتَابِ اللَّهِ، فَقَالَ الْخَضَمُ الْآخَرُ، وَهُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ: نَعَمْ فَأَقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ، وَائْذَنْ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((قُلْ))، قَالَ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا، فزَنَى بِامْرَأَتِي، وَإِنِّي أُخْبِرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ، فَافْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَوَلِيدَةٍ، فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ، فَأَخْبَرُونِي: أَنَّهَا عَلَى ابْنِي جَلْدٌ مِائَةٌ وَتَغْرِيبٌ عَامٌ، وَأَنَّ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا الرَّجْمَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا أَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ، الْوَلِيدَةُ وَالْغَنَمُ رَدٌّ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدٌ مِائَةٌ وَتَغْرِيبٌ عَامٌ، اغْدُ يَا أُتَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا،

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٣٩١)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: ١٥٥)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص: ٣٤٢)، موسوعة القواعد الفقهية (١/ ١ / ٢٦٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١ / ٤٥٧)، مجلة الأحكام العدلية (ص: ٢١)، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (١ / ٤٩).

فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا»، قَالَ: فَغَدَا عَلَيْهَا فَأَعْتَرَفَتْ، فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَجِمَتْ»<sup>(١)</sup>.

### وجه الدلالة:

أنه لما بطل الصلح بطل ما في ضمنه من العوض، قال ابن دقيق العيد - ضمن فوائد هذا الحديث-: «فيه دليل على أن ما أخذ بالمعاوضة الفاسدة يجب رده ولا يملك»<sup>(٢)</sup>.

وهي مما يقتضيها العقل، لوجود التلازم بين المتضمن والمتضمن، لأن ما في ضمن الشيء تابع ولازم له، فإذا بطل الشيء بطل ما هو من توابعه ولوازمه، فأساس تكوين هذه القاعدة هو التلازم المذكور<sup>(٣)</sup>.

### التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٤ هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعواها مطالبة المدعى عليها بأجرة المثل مقابل استخدامها للسيارات محل الدعوى وعددها ٢٠ سيارة، واستند المدعى في دعواه بحكم

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١٩١) برقم: (٢٧٢٤) (كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود)، ومسلم في «صحيحه» (٥/ ١٢١) برقم: (١٦٩٨) (كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى).

(٢) الإمام بشرح عمدة الأحكام (٢/ ١١٩)، وانظر: فتح الباري لابن حجر (١٢/ ١٤٢).

(٣) القواعد الفقهية للباحسين (ص ٢٤٧).

مؤيد يقضي بإلزام المدعى عليه بإعادة قيمة السيارات وإعادة السيارات محل الدعوى، ودفع المدعى عليه بعدم صحة ما يطالب به المدعى في هذه الدعوى، وهو أن المدعي قد سبق أنه باع للمدعى عليه عدد ٥٠ سيارة، فقامت المدعى عليها بسداد الدفعة الأولى من قيمتها، ثم تبين بعد ذلك عدم ملكية المدعي للسيارات، مما ترتب عليه ضرر للمدعى عليها في عدم استفادتها من السيارات، حيث كانت بدون استمارات، وبعد اطلاع الدائرة على الأوراق والمستندات المقدمة من الطرفين تبين لها عدم صحة ما يطالب به المدعي في دعواه، وعدم أحقيته فيما يطالب به، وذلك أنه مفرط، والمفرط أولى بالخسارة، وحيث أن المدعي باع ما لا يملك وهذا مخالف لقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديث حكيم بن حزام: ((لا تبع ما ليس عندك))، وأوقع المدعى عليها بالغرر في شراء السيارات، وإذا تبين أن البيع باطل، فإن آثاره تكون باطلة تبعاً للأصل، وإعمالاً لقاعدة: (ما بني على باطل فهو باطل)، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم برفض الدعوى، فاعترض المدعي على الحكم، وصدق الحكم من الاستئناف<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستناد إلى القاعدة:

بالتأمل في القضية السابقة نلاحظ أن المدعي يطالب بأجرة استخدام المدعى عليها للسيارات محل الدعوى، وقد تبين للدائرة من خلال الدفوع والمستندات المقدمة من الطرفين عدم ملكية المدعي للسيارات محل الدعوى،

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٤هـ (٢/١٠٩٤-١٠٩٩).

وبالتالي يكون قد باع ما لا يملك فيكون بيعه باطلاً وأوقع المشتري في الغرر من لحوق الضرر به، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه من الأمور المتلازمة والمرتبة عليه وحيث أن المطالبة بالأجرة فرع عن ملكية السيارات وصحة عقد البيع فيها وهو ما لم يكن، لذلك استندت الدائرة في حكمها إلى القاعدة الفقهية: (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه)؛ فجعلت البيع باطلاً وما تضمنه من المطالبة بالأجرة باطلاً كذلك.

## المطلب السابع: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني:

### المعنى الإجمالي للقاعدة:

أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني، ولكن لا يعني هذا إهمال الألفاظ بالكلية، لأن الألفاظ قوالب المعاني والمعبرة عنها، فتراعى أولاً الألفاظ بما تحمل من معاني ظاهرة، فإذا ظهرت مقاصد تعارضها من خلال العبارات الملحقة بصيغة العقد أو القرائن وتعذر الجمع بينها وبين الألفاظ فتقدم المقاصد على الألفاظ<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: غمز عيون البصائر (٢/ ٢٦٨)، شرح القواعد الفقهية (ص: ٥٥)، موسوعة القواعد الفقهية (١/ ٢٥٠)، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٢١).

## دليل القاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: (الأمر بمقاصدها)، وهذه القاعدة دل عليها أدلة كثيرة من الكتاب والسنة، ومن ذلك: ما رواه عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((إنما الأعمال بالنية، وإنما لكل امرئ ما نوى))<sup>(١)</sup>.

ولأن العقود ليست من باب العبادات التي يشرع فيها التعبد بالألفاظ، بل هي من باب العادات التي تصح من البر والكافر، ولم يشرع الله ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لنا التعبد بألفاظ معينة فيها لا نتعدها، فلا يرتبط صحتها وجوازها بلفظ معين، وإنما يتبع مقاصدها والمراد منها بأي لفظ كان<sup>(٢)</sup>.

## التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٤هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعواها بإلزام المدعى عليها بإعادة المبلغ المسلم لها من قيمة السيارات محل الدعوى، والتعويض عن الأضرار التي لحقت به بناء

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١ / ٦) برقم: (١) (بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله)، ومسلم في «صحيحه» (٦ / ٤٨) برقم: (١٩٠٧) (كتاب الإمارة، باب قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إنما الأعمال بالنية).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (٣٣ / ١٠٨)، إعلام الموقعين عن رب العالمين ت: مشهور (١ / ٥٤).

على تعاقدته مع المدعى عليها بموجب عقود إيجار منته بالتملك، وسحب المدعى عليها عدداً من السيارات محل الدعوى، وقد دفع المدعى عليها بأن سحبها للسيارات كان بسبب تخلف المدعي عن السداد والعقد ينحول لها ذلك، أقر المدعي بتخلفه عن السداد معللاً ذلك بوجود عدد من السيارات في الصيانة وعدد منها تم سحبه وبعضها هلك هلاكاً كلياً، وقد نص العقد المبرم بين الطرفين على أنه في حال تخلف المدعي عن السداد بسبب وجود السيارة في الصيانة أو غير ذلك، فإنه يحق للمدعى عليه سحب السيارة والتصرف فيها بالبيع دون الرجوع للمدعي وتقوم بحسم قيمة بيعها من مجموع قيمتها، وحيث إن الدائرة بتأملها في العقد تبين لها أن حقيقته بيع بالتقسيط، ذلك أن الظاهر من بنود العقد توجه إرادة طرفيه إلى ذلك واستناداً إلى القاعدة الفقهية: (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني)، حيث تمسك المدعي بأن العقد عقد بيع، ويطالب باسترجاع المبالغ المدفوعة في قيمة السيارات المسحوبة، والمدعى عليها قد اختارت إلزام المدعي بما توصل إليه المحاسب القانوني وفق تقديره الذي ينص على إلزام المدعي بكامل القيمة، مع أن بعض السيارات تم سحبها قبل انتهاء مدة العقد، كما أنه قد نص في العقد بين الطرفين على إلزام المدعي بتكاليف الأضرار والإصلاحات، وإلزامه أيضاً بكامل الأقساط في حال حدوث هلاك كلي للسيارة مطلقاً ولو لم يتعد أو يفرط أو في حال تم سحبها لعدم التزامه بالسداد، وقد نص العقد أيضاً على أن للمدعى عليها الحق في بيع السيارات دون الرجوع للمدعي، وأنه إذا تبقى من ثمنها أي مبلغ



بعد البيع فعلى المدعي سداد، إضافة إلى أن الفواتير والبيانات التفصيلية المقدمة من المدعى عليه إلى المحاسب القانوني نصت على البيع لا على الإيجار، وحيث إن نصوص العقود المبرمة بين الطرفين وتصرفاتهما أظهرت إرادتهما وأنها متجهة منذ إبرام العقود إلى البيع لا الإجارة، وعليه فيتعين تكييف العقود محل الدعوى على أنها عقود بيع بالتقسيط، وعليه فإن تخلف المدعي عن السداد كان مخالفاً للعقد المبرم بين الطرفين برضاهما، وتصرف المدعى عليه بسحبها وبيعها كان وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض طلب المدعي إعادة المبالغ التي سلمها للمدعى عليها، وأما مطالبة المدعي بالتعويض، إنما يثبت عند تحقق وجود الخطأ وحصول الضرر والعلاقة السببية بينها، وحيث إنه لم يقع خطأ من المدعى عليها في سحب السيارات، وإنما مارست حقها المثبت في العقد بعد تخلف المدعي عن السداد، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض طلب التعويض، ومن حيث إن المدعى عليها حصرت طلباتها في إلزام المدعي بما توصل إليه المحاسب القانوني من نتيجة، وهو كون المدعي ملزماً بكامل قيمة السيارات، والمتضمن مبلغاً يمثل المتبقي في ذمة المدعي من قيمة السيارات محل الدعوى، لذلك حكمت الدائرة بإلزام المدعي بسداد المبلغ المتبقي من قيمة السيارات للمدعى عليه، فاعترض المدعي على الحكم وصدق الحكم من الاستئناف<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٤هـ (٣/١٣١٦-١٣٣٨).

## وجه الاستناد إلى القاعدة:

في الواقعة السابقة نلاحظ أن المدعي يطالب بالمبالغ التي دفعها للمدعى عليه، ويستند في مطالبته إلى العقد المبرم بينهما، والذي ينص فيه على أن العقد من عقود الإيجار المنتهي بالتمليك، وقد تبين للدائرة من خلال التأمل في القضية والإطلاع على المستندات والطلبات الأخرى أن العقد في حقيقته من عقود البيع بالتقسيط استناداً للقاعدة الفقهية: (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني)، الأمر الذي انتهت معه الدائرة إلى الحكم بتكليف العقد على أنه من عقود البيع بالتقسيط وترتب عليه رفض طلبات المدعي في الدعوى.

## المطلب الثامن: مطلق العقود الشرعية محمول على الصحة:

### المعنى الإجمالي للقاعدة:

الأصل في العقود الجارية بين الناس حملها على الصحة ما أمكن حتى يثبت خلافه، فإذا ادعى أحد العاقدين فساد العقد، وادعى الآخر صحته، ولا بينة لأحدهما؛ فإن القول قول مدعي الصحة وإذا تردد عقد بين الصحة والفساد ووقع الشك فيه، ولا مرجح لأحد الأمرين فإنه يحكم بصحته حتى يثبت خلافه، إذ «الصحة مقصود المتعاقدين، ومتى أمكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعاً يحمل مطلق كلامها عليه، ويُجعل كأنهما صرَّحا بذلك»<sup>(١)</sup>.

(١) المبسوط للسرخسي (١٢ / ١٨٧).



وأما في حال التصريح بالمعنى الصحيح أو الفاسد للعقد أو الشرط، فإنه يحمل عليه ولا يعطى حكم الصحة، يقول الكرخي: «الأصل: أن المتعاقدين إذا صرّحا بجهة الصحة صح العقد وإذا صرّحا بجهة الفساد فسد، وإذا أبهما صُرف إلى الصحة»<sup>(١)</sup>.

### دليل القاعدة:

يدل على صحة هذه القاعدة ما روته عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «أن قوماً قالوا: يا رسول الله، إن قوماً يأتوننا باللحم، لا ندرى: أذكروا اسم الله عليه أم لا؟ فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((سموا الله عليه وكلوه))»<sup>(٢)</sup>.

### وجه الدلالة:

قال الجصاص عند قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((سموا وكلوا)): «الأصل أن أمور المسلمين محمولة على الجواز والصحة فلا تحمل على الفساد وما لا يجوز إلا بدلالة»<sup>(٣)</sup>.

وقال ابن مفلح: «وهو دليل على أن التصرفات والأفعال تحمل على الصحة والسلامة إلى أن يقوم دليل الفساد»<sup>(٤)</sup>.

(١) أصول الكرخي (ص: ٨).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣ / ٥٤) برقم: (٢٠٥٧) (كتاب البيوع، باب من لم ير الوسوس ونحوها من الشبهات).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٤ / ١٧٣).

(٤) الآداب الشرعية والمنح المرعية (١ / ١٦٥).

ومن الإجماع فقد صرح بذلك ابن الهمام فذكر أن من الأصول الإجماعية أنه: «مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب»<sup>(١)</sup>.

ومن المعقول فإن حسن الظن بالمسلمين واجب، فلا يجوز إساءة الظن بالمسلم إذا فعل فعلاً أو قال قولاً، ونحن نجد لفعله أو كلامه وجهاً شرعياً صحيحاً نحمله عليه<sup>(٢)</sup>.

### التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦ هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعواها مطالبة إلزام المدعى عليها باستمرار الشراكة معها وتمكينها من إدارة الشركة، حيث ذكرت المدعية بأنه قد تم إبرام عقد شراكة بينهما في نشاط تجارة السقالات والشدات المعدنية في جمهورية مصر العربية، وأن المدعى عليها أخرجتها من الشركة بدون وجه حق، وطلبت إلزامها بإرجاع حقوقها في الشركة، وتحفظ المدعية لنفسها بحق إقامة دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها ومحاسبة المدعى عليها، فدفعت المدعى عليها بأنها قررت إنهاء الشراكة محل الدعوى، وأن عقد الشركة عقد جائز في الشريعة الإسلامية، ولأي من طرفيه الانسحاب منه بإرادته المنفردة، فلا وجه لمطالبة المدعية بإلزامها بالمضي في العقد، فاحتجت المدعية بأن بينها وبين المدعى عليها عقد مبرم ينص على استمرار الشراكة

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٧/ ١٤٦).

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي (٦/ ٥٣).

مدة عشر سنوات، فحكمت الدائرة برفض الدعوى؛ لأن تحديد المدة إن كان المراد منه أن تصبح الشراكة لازمة في تلك المدة فهو شرط فاسد، وهو ما عليه جمهور الفقهاء، وإن كان المراد من تحديد المدة أن العقد لا يستمر بعد ذلك الأمد إلا باتفاق جديد فذلك شرط صحيح، وهو محمول على أن هذا العقد الجائز لن يتجاوز هذه المدة، مما يعني كف صلاحية الشركاء في التصرف بأموال الشركة في ذلك الحين، باعتبار أن تصرفات الشريك خارجة مخرج الوكالة، ومقيدة بما يقرره الشخص لوكيله، وعلى هذا المعنى يجب أن يشمل اتفاق الشركاء على مدة الشركة، إذ القاعدة الفقهية المقررة: (أن مطلق العقود الشرعية محمول على الصحة)، فشروط العقد إذا دارت بين معنى صحيح ومعنى فاسد وجب أن تحمل على الصحيح من المعنيين، ويُعمل مقتضى الشرط وفق المعنى الصحيح، ما لم يصرح المتعاقدان بأن قصدهما منصرف إلى المعنى الفاسد فحينها لا عبرة بالشرط لفساده، والمدعى عليها ارتكزت في تبريرها لفسخ العقد على قيام المدعية بسحب أموال من الشركة، على خلاف الاتفاق الوارد في العقد بأن السحب لا يكون إلا وفق نظام يتفق عليه الطرفان، وقد أقرت المدعية بذلك ولم تنكره واحتجت بأنه سبق أن بينت للمدعى عليها أن تحتسبها عليها كرواتب وبدل سكن، وهو ما لا حجة لها فيه، لأن ذلك زائد على حقوقها المالية المبينة في العقد، ولذلك فإن جنوح المدعى عليها للفسخ مع ثبوت هذا الإخلال هو حق مقرر لها،

الأمر الذي انتهت إليه الدائرة برفض الدعوى المقامة، فاعتضت المدعية على الحكم وصدق الحكم من الاستئناف<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستناد إلى القاعدة:

في الواقعة السابقة نلاحظ أن المدعية تطالب باستمرار الشركة بين الطرفين، وعدم إخراجها من الشراكة بموجب العقد المبرم بين الطرفين والذي ينص على استمرار الشركة مدة عشر سنوات، ومن المقرر لدى جمهور الفقهاء أن عقد الشركة من العقود الجائزة بين الطرفين، لأن مبناه على الوكالة، وأن اشتراط الإلزام مدة معينة يعتبر شرطاً فاسداً، ولما كان هذا الشرط مما يحتمل الصحة والفساد عند الإطلاق ما لم تقم قرينة تدل على إرادة أحد المعنيين فإن الدائرة استندت في حمله على الصحة على القاعدة الفقهية: (مطلق العقود الشرعية محمول على الصحة)، فحكمت بصحته، وأثبتت لكلا الطرفين حق الفسخ.

### المطلب التاسع: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة:

#### المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد القاعدة أن من تصرف في حق الغير - مما تجوز النيابة فيه - من غير إذن منه ولا إذن الشرع، ثم أجاز صاحب الحق تصرفه، كان حكم تصرفه كما لو وكله وأذن له فيه صاحب الحق ابتداءً، بحيث تترتب عليه كافة آثاره الشرعية من يوم التصرف، وبناء على ذلك فبعد الإجازة يستفيد العاقد من (١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ (٤/١٥٠١-١٥٠٤).

ثمرات العقد منذ انعقاده، لأن الإجازة لم تنشئ العقد إنشاءً، بل أنفذته إنفاذاً، أي فتحت الطريق لآثاره المتوقفة لكي تمر وتسري، فتلحق تلك الآثار بالعقد اعتباراً من تاريخ انعقاده لا من تاريخ الإجازة<sup>(١)</sup>.

### دليل القاعدة:

عن عُرْوَةَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَعْطَاهُ دِينَاراً يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةً فَدَعَا لَهُ بِالْبُرْكََةِ فِي بَيْعِهِ»<sup>(٢)</sup>.

### وجه الدلالة:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز بيعه، مع أنه لم يأمره بشراء الثانية وبيعها، ولو لم يكن البيع موقوفاً على إجازته لأمره بالاسترداد<sup>(٣)</sup>.

### التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (١/٥٠١-٥٠٦)، مجلة الأحكام العدلية (ص: ٢٨١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/٥٢٩)، موسوعة القواعد الفقهية (١/١/٤١٤).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٤/٢٠٧) برقم: (٣٦٤٢) (كتاب المناقب، باب حدثني محمد بن المثني).

(٣) انظر: أعلام الحديث شرح صحيح البخاري (٣/١٦٢٢)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (١٦/١٦٧)، فتح الباري لابن حجر (٦/٦٣٤).

أقام المدعون دعواهم مطالبين إلزام المدعى عليه برد رأس المال الذي استلمه منهم لاستثماره في مشروعى الأسهم والمواشي، وقد تم إبرام عقد بخصوص تجارة الأسهم والمواشي، إلا أن المدعى عليه لم يقيم بالمشروع وامتنع من رد الأموال المستلمة والأرباح، وبعرض ذلك على المدعى عليه أقر فيها باستلام المبلغ من المدعين ودفع بأن علاقته مع المدعين كانت في عقدين، العقد الأول: فيما يتعلق بشراكة الأسهم، وقد كان محل العقد في اليمن إلا أنه حول الاستثمار إلى الصومال، وكان تحويله مكان الاستثمار بعد الرجوع إلى الشركاء ومن ضمنهم المدعون، وبعد بدئه العمل بالصومال تعرضت الشراكة في هذا المجال للخسارة ولم يستطع إكمال العمل، فاحتج عليه المدعون ودفعوا بأن تغيير المدعى عليه لمكان الاستثمار في عقد الأسهم مخالفة للعقد يلزم منها كونه ضامناً للمال، والدائرة في سبيل بحثها لدفع المدعين والمدعى عليه تجد بأن المدعين أقروا بأن المدعى عليه كان قد أخبرهم بتغيير مكان الاستثمار من اليمن إلى الصومال وقد وافقوا على ذلك، ولا ينال من ذلك ما دفع به المدعون من أن المدعى عليه لم يخبرهم بذلك إلا بعد أن قام بنقل مكان الاستثمار وخالف العقد، حيث إن موافقتها له بنقل مكان الاستثمار ولو بعد أن قام بنقلها تعتبر إمضاء منهم لتصرفه هذا وموافقة عليه واستناداً للقاعدة الفقهية (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة)، وهو ما تسقط به حجة المدعين في هذا من كونه ضامناً للمال في عقد الأسهم حينما خالف العقد، وأما العقد الثاني في الشراكة مع المدعين فكان في مجال المواشي، وقد دفع المدعى عليه بشأن هذا العقد بأنه استلم من المدعين مبلغاً

للمتاجرة به مع الشركاء الآخرين، إلا أن مبلغ الشراكة لم يكتمل من جميع الشركاء، وقد طلب منه الشركاء الذي دفعوا المبلغ البدء في الشراكة من المبلغ المتوفر وقد ترتب على ذلك خسارة رأس المال، وحيث إن المدعى عليه مضارب بالمال، وبما أن من المقرر فقهاً وقضاً أن يد العامل في المال -وهو المدعى عليه- يد أمانة، والقول قوله في الربح والخسارة مع يمينه إن لم يقدم المدعي البينة على بقاء رأس المال أو تعدي المدعى عليه أو تفريطه، وحيث لم يقدم المدعون البينة على بقاء رأس المال أو إثبات تعدي المدعى عليه وتفريطه، مما يتوجب معه -والأمر ما ذكر- تطبيق الإيجاب الشرعي، وذلك بتوجيه اليمين للمدعى عليه على قيامه بالمتاجرة بهالهما المسلم له وفق العقدين المبرمين معه، ووفق ما تم الاتفاق عليه سابقاً والموافقة من قبلهم على نقل مكان المتاجرة وعلمهم بذلك وبطريقة المتاجرة للعقدين وموافقتهم، وأنها تعرضت للخسارة المستغرقة لكامل رأس المال دون تعدد أو تفريط منه، وبعرض طلب اليمين على المدعي أسقط حقه فيها، حيث قرر عدم طلبه ليمين المدعى عليه على ذلك، مما يقتضي معه الحكم برفض الدعوى، فاعترض المدعون على الحكم وصدق الحكم من الاستئناف<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستناد إلى القاعدة:

في الواقعة السابقة نلاحظ أن المدعى عليه كان قد أبرم عقد تجارة في الأسهم للاستثمار بها في اليمن، ثم في أثناء تجارته قرر نقلها للصومال، وقد

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ (٤/١٨٤٥-١٨٥٤).

علم بذلك المدعون، وأجازوه ولم ينكروا عليه تصرفه، ولما تعرضت التجارة بعد ذلك للخسارة، ادعى المدعون أنه بهذا التصرف مخالف لشروط العقد المتفق عليها بين الطرفين، فعملت الدائرة في هذه الحال بالقاعدة الفقهية (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) وأجازت فعله، وحكمت برفض الدعوى لعدم ثبوت تعديه أو تفريطه بهذا التصرف.

## المطلب العاشر: المفراط أولى بالضرر:

### المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بما يكون تحت يد الإنسان من الأمانات، مثل: الوديعة، والشريك، والوصي، والوكيل، والمضارب والوصي، والولي، والمستأجر ونحو ذلك، ويعبر عنها بعضهم بـ: (المفراط أولى بالضمان)<sup>(١)</sup> فهذه لا تضمن، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضمان على مؤتمن))، لكن بشرط عدم التعدي وعدم التفريط من الأمين، فإن حصل منه تعد أو تفريط لم يعد أميناً، فكان على أصل الضمان، وهذا هو ما تفيده القاعدة، حيث أفادت بمنطوقها أن المفراط والمقصر أولى بالضرر وهو تحمل الضمان، فدللت بمفهومها على أن غير المفراط من الأمانة لا يضمنون<sup>(٢)</sup>، ولا يخفى أن المرجع في تحديد ما يكون

(١) قال ابن تيمية في معرض الاستدلال: (التفريط يناسب الضمان) مجموع الفتاوى (٢٩ / ٤٠٢)، وانظر: المبسوط للسرخسي (٢٢ / ٦٨)، المغني لابن قدامة (٩ / ١٩٤).  
(٢) انظر: الفروق للقرافي (٤ / ٢١٢)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣ / ٤٠٣)، موسوعة القواعد الفقهية (١٠ / ٧٨٨)، القواعد الفقهية (١ / ٤٧٨) وقد نص عليها البهوتي في كشاف القناع (٤ / ٨٦) فقال: (المفراط أولى بالضرر).



تفريطاً موجباً للضمان أو لا يكون، هو العرف والعادة؛ لأن: «ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»<sup>(١)</sup>.

### دليل القاعدة:

ما رواه مالك، عن ابن شهاب، عن حرام بن سعد بن محيصة: «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، ف قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»<sup>(٢)</sup>.

### وجه الدلالة:

أنه لما كانت العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي، وحفظها ليلاً، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل، فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ، وإن أتلفت نهاراً، كان التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم، وقد فرق النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٦ / ١٥٤).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٤ / ١٠٨٢) برقم: (٢٧٦٦ / ٦٠٣) (كتاب الأفضية، القضاء في الضواري والحريسة)، وابن حبان في «صحيحه» (١٣ / ٣٥٤) برقم: (٦٠٠٨) (كتاب الجنایات، ذكر ما يحكم فيما أفسدت المواشي أموال غير أربابها ليلاً أو نهاراً)، والحاكم في «مستدرکه» (٢ / ٤٧) برقم: (٢٣١٦) (كتاب البيوع، حفظ الحوائط بالنهار على أهلها وحفظ الماشية بالليل على أهلها وعلى أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم)، والنسائي في «الكبرى» (٥ / ٣٣٤) برقم: (٥٧٥٢) (كتاب العارية والوديعة، تضمين أهل الماشية ما أفسدت مواشيهم بالليل)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥ / ٣٦٢)، وابن الملتن في البدر المنير (٩ / ١٩).

بينهما، وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته، فإن فرط في حفظ ماله تحمل تبعة تفريطه<sup>(١)</sup>.

### التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعواها مطالبة إلزام المدعى عليه بأجرة خزائين (صهريج) لتخزين المنتجات البترولية بموجب العقد الممهور بختم الطرفين وتوقيعها، أقر المدعى عليه بصحة التعاقد، ودفع بأنه لم ينتفع بالعين المؤجرة منذ استلامه لهما لاحتجاز الصهريج من إدارة الجمارك، وقد أجابت المدعية على ذلك بأن الاحتجاز يعود بسبب حيازة المدعى عليه للزيوت المحظورة، واستندت في ذلك إلى خطاب مصلحة الجمارك، وحيث إن الثابت استلام المدعى عليه للصهاريج محل التعاقد من المدعية استلاماً صحيحاً، ومكن من حيازتها بما لا يحول دون استيفاء منفعتها، وحيث إن الأصل في التصرفات السلامة، الأمر الذي ترد معه الدائرة هذا الدفع، إذ المدعى عليه هو المتسبب في حرمان نفسه من الاستفادة من الصهاريج، والمفرط أولى بالضمان، والمرء مؤاخذ بتصرفاته، ولما كان ما ساقه المدعى عليه لا ينطوي تحت حالات الظروف الطارئة والأحوال القاهرة التي تؤدي إلى فسخ العقد، ذلك أن العقد يتعين على أطرافه مباشرة تنفيذه، ولا يمكن الانفكاك عن الالتزامات

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٩/ ١٨٨)، شرح صحيح البخاري لابن بطال (٨/ ٥٦٢)، الفروق للقرافي (٤/ ٢١٢).

الواردة فيه، إلا بمبررات قوية تضاهي قوة العقد ولزوم التقيد به ومباشرة تنفيذه، إعمالاً لمبدأ الوفاء بالعقود، لذلك حكمت الدائرة بإلزام المدعى عليه بأن يدفع المبلغ المطالب به للمدعية، فاعترض المدعى عليه على الحكم وصدق الحكم من الاستئناف<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستناد إلى القاعدة:

في الواقعة السابقة نلاحظ أن المدعى عليه قام بالتعاقد مع المدعية على استئجار صهريج لنقل المواد البترولية، وقد قام المدعى عليه بنقل مواد محظورة من الزيوت مما أدى به إلى احتجازه لدى الجمارك، الأمر الذي يتبين به للدائرة تسبب المدعى عليه في حرمان نفسه من الاستفادة من الصهريج، لذا استندت الدائرة على القاعدة الفقهية: (المفطر أولى بالضمان) في تحمل تبعات تصرفه وإلزامه بدفع قيمة الأجرة المتفق عليها للمدة الماضية، إذ عقد الإجارة من العقود اللازمة بين الطرفين التي يترتب عليها التمكين من الانتفاع من العين المؤجرة واستحقاق الأجرة.

### المطلب الحادي عشر: إعمال الكلام أولى من إهماله:

#### المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرفات إذا كان حملاً على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم، وحملة على معنى آخر يترتب عليه حكم، فالواجب حملة على المعنى المفيد لحكم جديد، لأن المهمل لغو وكلام العاقل (١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ (٢/٩٤٧-٩٥٦).

يصان عنه فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز، كما إذا كان الكلام مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى، لأن التأسيس يفيد معنى جديداً لم يتضمنه اللفظ السابق، وأما التأكيد فيفيد معنى اللفظ السابق أو المؤكد، وهذه القاعدة مقيدة بإمكان الإعمال، أما إذا تعذر إعمال الكلام، لعدم إمكان حمله على الحقيقة أو المجاز بوجه من الوجوه المعتمدة، فإنه يهمل ويكون لغواً، وهو ما قرره ابن السبكي، بقوله: «محل هذه القاعدة فيما إذا استوى الإعمال والإهمال بالنسبة للكلام، أو تقارباً أما إذا بعد الإعمال عن اللفظ، وصار بالنسبة إليه كاللغز فلا يصير راجحاً»<sup>(١)</sup>.

### دليل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بدليل عقلي وهو: أن إهمال الكلام يؤدي إلى أن يكون الكلام لغواً لا فائدة فيه، وكلام العاقل يصان عن اللغو ما أمكن ذلك، وصون الكلام عن اللغو يحصل بإعمال الكلام واجتناب إهماله<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١ / ١٧١) بتصرف يسير، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ١٣٥)، غمز عيون البصائر (١ / ٤٠٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١ / ٣٦٥)، الوجيز (٣ / ٤٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقي (ص: ١٨٥).

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١ / ٥٩)، المدخل الفقهي العام للزرقي (٢ / ١٠١٠).

## التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعواها مطالبة إلزام المدعى عليها بالتبقي من قيمة بيع أربع سيارات بنظام التقسيط بموجب عقد بيع بالتقسيط، دفعت المدعى عليها بسداد القيمة عن طريق التنازل للمدعية عن عدد من الأسهم المملوكة لها في الشركة، وقد دفعت المدعية بأن الأسهم مرهونة بالقيمة وليست سداداً، وأرفقت مستندات تدل على ذلك، وهي خطاب موجه من المدعى عليها إلى المدعية بالتنازل عن عدد من الأسهم في الشركة، ثم بعد ذلك أرسل المدعى عليه بصفته مديراً للشركة خطاباً للمدعية يطالب فيه بجدولة الأقساط المستحقة، ونص على أن الأسهم -التي تم التنازل عنها- هي رهن بالقيمة، وهذا الخطاب هو نص في الموضوع، وبيان لحقيقة ما تم، وذلك أننا بين خطابين الأول موجه إلى شركة (...) بأن الأسهم قد بيعت، بينما الخطاب اللاحق قد نص على أن الأسهم رهن، وبما أن نظام الشركات لا يوجد فيه ما يخول المساهم برهن أسهمه فإن القاعدة الشرعية قد نصت على أن (إعمال الكلام أولى من إهماله)، كما نصت أيضاً على أنه لا يصار إلى الترجيح بين القولين المتعارضين إلا بعد تعذر الجمع، وبما أنه يمكن الجمع بين الخطابين بأن الأول موجه لشركة (...) بنقل الحصص للمدعية على سبيل البيع، وذلك لأنه لا يوجد في نظام الشركات ما يخول المساهم برهن الأسهم، ومن ثم فلا سبيل إلى الوصول إلى حقيقة الرهن إلا عن طريق

إظهار البيع أمام الشركة، ولولا ذلك لم يتمكن المرتهن من قبض الرهن، وقبض الرهن شرط فيه لقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، وأما الخطاب الموجه إلى المدعية، فإنه يبين حقيقة ذلك التنازل وأنه بغرض الرهن، فيبقى العقد على أصله وهو أنه نقدي لم يتم سداده، مما تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعى عليها بالمبلغ المدعى به، وبما أنه قد تم الحكم بالمبلغ، فلا حاجة لبقاء الأسهم بحوزة المدعية، بل يلزم إعادتها للمدعى عليها، لذلك حكمت الدائرة: أولاً: إلزام الشركة (...) بأن تدفع لشركة (...) المبلغ المطالب به، ثانياً: إلزام الشركة (...) بإعادة الأسهم المسجلة باسمها إلى المدعى عليها، فاعترض المدعى عليه على الحكم، وصدق الحكم من الاستئناف<sup>(١)</sup>.

### وجه الاستناد إلى القاعدة:

نلاحظ في الواقعة السابقة أن محل المطالبة هو في القيمة المتبقية من بيع السيارات بالتقسيط، وأن الدائرة استندت في حكمها على أن الأسهم محل التنازل من المدعى عليها للمدعية بكونها رهن وليست بيع كما تدعيه إلى خطابين صادرة من المدعى عليها للمدعية، نص في الخطاب الأول على كونه بيعاً وتم تسجيلها باسم المدعية، ونص في الخطاب الثاني أنها رهن، والقاعدة الفقهية: (أن أعمال الكلام أولى من إهماله)، فأعملت الخطابين في القضية بأن الأول لتحقق القبض في الرهن، والخطاب الآخر بإظهار المقصد من التنازل عن الأسهم بأنها للرهن بالقيمة.

(١) انظر: مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ (١/١٥٥-١٧٨).

## الخاتمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

فأختم هذا البحث بأهم النتائج التي توصلت إليها، وهي:

١. أن تسبيب الحكم القضائي: هو ذكر القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي.
٢. أن تسبيب الحكم القضائي مشروع بالكتاب والسنة ومن المعنى والمعقول.
٣. من فوائد التسبيب القضائي إظهار حياد القاضي ودفع التهمة عنه، وإقناع الخصم وتطيب قلبه وتسهيل الاعتراض عليه.
٤. من ضوابط التسبيب كونه كافياً ومتوافقاً وواقعياً لواقع الحال.
٥. تعريف القواعد الفقهية أنها: قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية.
٦. لا خلاف بين أهل العلم في صحة الاحتجاج بالقاعدة الفقهية إذا كان مصدرها الكتاب أو السنة سواء كانت القاعدة الفقهية هي في نفسها نص شرعي أو كانت مستنبطة من نص أو مجموعة نصوص شرعية.
٧. صلاحية القاعدة الفقهية للاعتضاد والترجيح إذا كان مصدرها الاستقراء وتتبع الفروع الفقهية.

٨. يشترط للاحتجاج بالقواعد الفقهية في تسبيب الأحكام القضائية: كون المستدل متمكناً من أدوات الاجتهاد وقد بذل الجهد في البحث عن الأدلة من الكتاب والسنة، لأنها دليل تبعي، وأن تكون القاعدة مما صح فيه الاستقراء مع مطابقة الفرع مع القاعدة المستدل بها.

٩. كثرة تسبيب أصحاب الفضيحة القضاة بالقواعد الفقهية في كثير من الأحكام القضائية، يظهر ذلك جلياً في تتبع الأحكام المبنية على القواعد الفقهية.

١٠. تم دراسة إحدى عشر قضية صدرت فيها أحكام قضائية، وكان من ضمن التسبيبات الاعتماد على القواعد الفقهية مما يعطي تنوعاً في تسبيب الأحكام ويكون له الأثر في تقوية الحكم القضائي وتعزيزه.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



## قائمة المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبیل، محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٤. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت، لبنان.
٥. الإمام بشرح عمدة الأحكام، إسماعيل الأنصاري، الناشر: مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م.
٦. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣م.
٧. الإنقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، محمد بن أحمد الفاسي، ميارة، الناشر: دار المعرفة.
٨. أدب القاضي، ابن القاص أحمد بن أبي أحمد الطبري، دراسة وتحقيق: د. حسين خلف الجبوري، الناشر: مكتبة الصديق، المملكة العربية السعودية، الطائف، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٩. أصول الكرخي، أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي، الناشر: مطبعة جاويد بريس، كراتشي.
١٠. الأم، محمد بن إدريس الشافعي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، الطبعة: بدون طبعة، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.



١١. الاختيارات الفقهية لابن تيمية، علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الناشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٩٧هـ-١٩٧٨م.
١٢. أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين المالكي الشهير بالقرافي، الناشر: عالم الكتب.
١٣. استقلال القضاء في الفقه الإسلامي، د. محمد بن عبد الله السحيم، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
١٤. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
١٥. الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
١٦. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
١٧. أدب المفتي والمستفتي، عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، ابن الصلاح، المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر، الناشر: مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
١٨. أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، المحقق: محمد صادق القمحاوي، عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
١٩. الآداب الشرعية والمنح المرعية، محمد بن مفلح، الناشر: عالم الكتب.
٢٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الحنفي الكاساني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.



٢١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي، الناشر: دار الكتاب الإسلاميين الطبعة الثانية.
٢٢. تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٢٣. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون إبراهيم بن محمد، الناشر: دار الفنائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٢٤. تسبب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، الشيخ عبد الله بن خنين، الناشر: دار التدمرية، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـ.
٢٥. توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، الشيخ عبد الله بن خنين، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
٢٦. تسبب الأحكام القضائية في الفقه والنظام، عمر بن محمد السنبل، بحث تكميلي للماجستير بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء، ٢٠٠١م.
٢٧. التعريفات الفقهية، محمد البركتي، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤٠٧هـ-١٩٨٦م، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٢٨. التاريخ الكبير، محمد بن إسماعيل البخاري، الناشر: دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن.
٢٩. تيسير التحرير، محمد أمين البخاري المعروف بأمير بادشاه، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ودار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
٣٠. جامع الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٦م.

٣١. حجية القواعد الفقهية د. خليفة بابكر الحسن، بحث منشور في معلمة زايد للقواعد والضوابط الفقهية.
٣٢. حجية القواعد الفقهية وضوابط الاستدلال بها، سعاد أوهاب، مجلة البحوث العلمية لدراسات الإسلامية، ٢٠١٣م.
٣٣. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن محمد العطار، الناشر: دار الكتب العلمية.
٣٤. درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، الناشر: دار الجليل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٣٥. الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس بالقرافي، تحقيق: محمد حجي - سعيد أعراب - محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
٣٦. رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عابدين دمشقي الحنفي، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
٣٧. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي ابن فرحون، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحدي أبو النور، الناشر: دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
٣٨. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
٣٩. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.
٤٠. سنن النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، الطبعة الأولى، الناشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٢٨هـ.



٤١. السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، ١٤٢١هـ.
٤٢. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: دار المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٤٣. السلطة القضائية وشخصية القاضي، د. محمد بن عبد الرحمن البكر، الناشر: دار الزهراء للإعلام العربي، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
٤٤. شرح صحيح البخاري لابن بطلال، ابن بطلال، أبو الحسن علي بن خلف، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الناشر: مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
٤٥. شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بالقرافي، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.
٤٦. شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٤٧. الشرح الكبير، ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد الحنبلي، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٤٨. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، الناشر: دار طوق النجاة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٤٩. صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، بيروت، الناشر: دار الجيل، مصورة من الطبعة التركية المطبوعة في إستانبول، ١٣٣٤هـ.

٥٠. العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، د. حسن شموط، الناشر: دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
٥١. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين العيني، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٥٢. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد الحموي الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٥٣. غياث الأمم في التياث الظلم، إمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك الجويني، المحقق: عبد العظيم الديب، الناشر: مكتبة إمام الحرمين، الطبعة الثانية، ١٤٠١هـ.
٥٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.
٥٥. فتح القدير، ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، الناشر: دار الفكر.
٥٦. فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، الناشر: مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.
٥٧. الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني، الطبعة الأولى، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.
٥٨. القواعد، محمد بن أحمد المقرئ، تحقيق ودراسة: د. أحمد بن عبد الله بن حميد، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة.
٥٩. القواعد الفقهية، د. يعقوب الباحسين، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.



٦٠. القواعد الفقهية، علي بن أحمد الندوي، الناشر: دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٦١. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٦٢. القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، محمد عثمان شبير، الناشر: دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـ.
٦٣. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
٦٤. كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي منصور بن يونس الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية.
٦٥. كفالة حق التقاضي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، د. خالد سليمان شبكة، الناشر: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
٦٦. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الكفوي، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت.
٦٧. لسان العرب، ابن منظور، محمد بن مكرم، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٦٨. مصنف عبد الرزاق، الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٦٩. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.

٧٠. المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار الفكر.
٧١. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة الحنفي السرخسي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.
٧٢. منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، الناشر: دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٧٣. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد الطرابلسي، المعروف بالحطاب الرُّعيني، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٧٤. الممتع في القواعد الفقهية، د. مسلم الدوسري، الناشر: دار زدني للنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٧٥. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي آل بورنو، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٧٦. مجموعة الأحكام والمبادئ التجارية الصادرة من ديوان المظالم، عام ١٤٣٤-١٤٣٦هـ، الناشر: مكتب الشؤون الفنية.
٧٧. مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، ابن النجار، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٧٨. المنشور في القواعد الفقهية، بدر الزركشي، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٧٩. مجموع الفتاوى، ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحرائي، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المملكة العربية السعودية المدينة النبوية، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ.

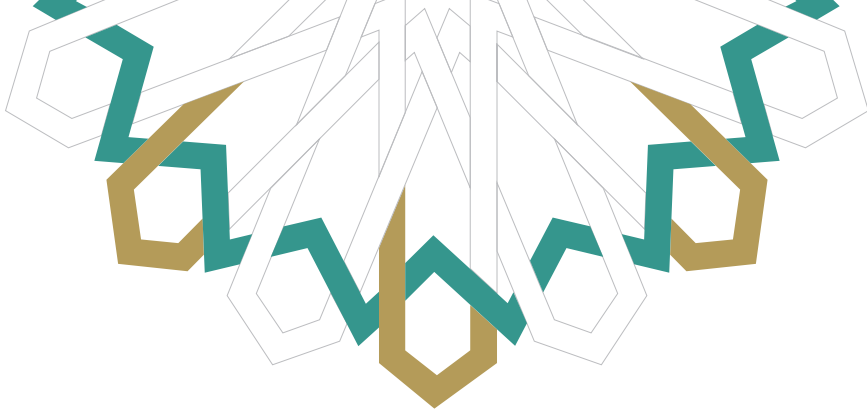




٨٠. المغني، ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد الجماعلي المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.
٨١. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، أحمد بن زكرياء الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
٨٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت.
٨٣. المدخل الفقهي العام، الزرقا، مصطفى أحمد، الناشر: دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ.
٨٤. الموسوعة الفقهية الكويتية، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.
٨٥. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.
٨٦. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٨٧. المفصل في القواعد الفقهية، د. يعقوب الباحسين، الناشر: دار التدمرية، الطبعة الرابعة، ١٤٣٥هـ.
٨٨. الموافقات، إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٨٩. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

٩٠. النظرية العامة لأحكام القضاء وفقاً لآراء الفقه وأحكام المحاكم، د. محمود السيد التحيوي، الناشر: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
٩١. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.





# مبدأ الأمن القانوني

دراسة تحليلية

في ضوء الأنظمة والتطبيقات القضائية  
في القانون السعودي

هلا بنت عبد الله الجربوع

باحثة قانونية

## المقدمة

تنبع الحاجة للقوانين والأنظمة التي تصدر في شتى مجالات الحياة المختلفة من ضرورة ضبط تصرفات الأشخاص، حيث خلق الله الإنسان مجبولاً على العيش في جماعة، غير قادر على سد حاجاته بنفسه، بالتالي فهو بحاجة للارتباط بمجتمع وجماعة يستطيع من خلالها تبادل المصالح وتحقيق رغباته وسد حاجاته، وتختلف علاقة الأشخاص مع بعضهم حسب الحاجة التي دعت لقيام هذه العلاقة، فقد تكون علاقة ذات طابع اجتماعي أو اقتصادي أو سياسي وغيرها، ويحدث أن تتعارض مصالح الأطراف وتتقاطع حاجاتهم، وهنا تتجلى الحاجة لوجود قوانين تحكم علاقة الأشخاص والتزاماتهم وتضبط سلوكهم وتتولى إزالة الصراع بينهم، وتهدف جميع القوانين والأنظمة -بشكل عام- لتحقيق الأمن، إما عن طريق تنظيم علاقة الأشخاص (طبيعية كانت أو اعتبارية) بين بعضهم كما هو الحال في نظام العمل والقانون المدني، أو عن طريق ردع الأفراد وتقييد حرياتهم بتجريم بعض التصرفات التي تخل بالأمن، كالقانون الجنائي ونظام مكافحة غسل الأموال.

ولا يخفى على أحد سرعة التطور في جوانب حياة الإنسان، خصوصاً في المجال الاقتصادي والتكنولوجي، الأمر الذي يدفع بالقواعد القانونية إلى مواكبة هذه التطورات واللاحق بركبها، حيث يتم تعديل موادها، أو إلغاؤها، أو إنشاء أنظمة ولوائح تنظيمية جديدة تتناول هذه التغيرات والتطورات، مما قد يؤثر على ثبات العلاقات القانونية واستقرار المراكز القانونية والتي بدورها تمثل الأمن وهو الهدف الأساسي من إصدار الأنظمة والقوانين واللوائح.

ويُعد مبدأ الأمن القانوني من أهم مقومات دولة القانون، وهو يهدف بشكل أساسي إلى تحقيق الاستقرار للقاعدة القانونية، بحمايتها من التعديلات والتغيرات المفاجئة، أو الاستثناءات المتعددة، وذلك حتى يتمكن الأشخاص الطبيعيون والاعتباريون من ترتيب أوضاعهم والحفاظ على مراكزهم القانونية وعلاقاتهم التعاقدية على أساس هذه القواعد، دون أن يكونوا عرضة لقرارات وتعديلات غير متوقعة تؤدي إلى زعزعة استقرار أوضاعهم القانونية، الأمر الذي من شأنه إشاعة السكينة والطمأنينة، وتعزيز الثقة في المنظمة القانونية ككل.

عليه فإن مبدأ الأمن القانوني قائم على فكرة الاستقرار النسبي للقواعد القانونية، وفي سبيل تحقيق هذا الاستقرار يجب تحقيق عدد من الاعتبارات، منها أن تكون القاعدة القانونية واضحة المدلول، سهلة الفهم بالنسبة للمخاطبين بها، ذات صياغة تشريعية دقيقة، وذات قواعد معيارية تُمكن القاضي من قياسها وتحديدتها، علاوة على كونها عامة مجردة، وليدة مجتمعها وتنبع منه، كذلك يجب أن تكون القاعدة القانونية متاحة للوصول إليها، موائمة للإشكالات الواقعية التي شرعت من أجلها، ولتحقيق هذه الأخيرة يتوجب القيام بإعداد دراسة مسبقة مستفيضة قبل سن أو تعديل أي قاعدة قانونية أو نص نظامي.

وينطوي مبدأ الأمن القانوني على عدد من المبادئ التي يركز عليها، وهي أساس تحقيق هذا المبدأ، والتي في مجملها تسعى إلى استقرار القاعدة القانونية، وتحقيق الثقة في المنظومة القانونية والتشريعية، كمبدأ عدم رجعية

القوانين، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، والثقة المشروعة والتي يُعبّر عنها بقابلية القوانين للتوقع من قبل المخاطبين والمعنيين به، كما يمتد مبدأ الأمن القانوني إلى القضاء ليشمل مبدأ استقلال القضاء، مبدأ المساواة أمام القضاء، إجراء المحاكمة العادلة.

إلا أنه يُحْف بمبدأ الأمن القانوني مخاطر تهدد استقراره، كالتضخم التشريعي الذي يعني وجود كم هائل من النصوص القانونية والتشريعية واللوائح، التي قد تتعارض مع بعضها، وتؤدي إلى التأثير على الوعي القانوني للناس، وتمتد هذه الصعوبة لتطال حتى المختصين والقانونيين، أيضاً يعد الإسراف في إجراء التعديلات على القواعد القانونية، وعدم استقرار الاجتهاد القضائي، مخاطر تهدد بمبدأ الأمن القانوني.

وبالبحث في المكتبة القانونية في موضوع مبدأ الأمن القانوني - وعلى وجه الخصوص في الأمن القانوني السعودي - لم يتبين وجود بحوث أو كتب متخصصة في الموضوع، وإنما وجدت مؤلفات ومقالات تناولت بعض المبادئ التي يركز عليها مبدأ الأمن القانوني، وهذه البحوث على النحو الآتي:

١. بحث «إلغاء الأنظمة في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية للأحكام النظامية في ضوء قضاء ديوان المظالم»، للدكتور أيوب بن منصور الجربوع، وهو بحث منشور في دورية «الإدارة العامة» مجلة علمية تصدر عن معهد الإدارة العامة، ربيع الآخر ١٤٤١هـ.

وهذا البحث تناول بشكل مفصل إشكالية عدم وضع الأنظمة السعودية لمنهجية واضحة ومحددة للإلغاء الأنظمة وما ينتج عن ذلك من وجود آليتين للإلغاء الأنظمة في الواقع التطبيقي، الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني وهو المتبع غالباً، والعامل المشترك بين المقالين هو أن عدم تحديد الأنظمة السعودية لآلية موحدة وواضحة لإلغاء القوانين هو سبب - من عدة أسباب تم التطرق لها في هذا المقال - تؤدي إلى زعزعة الأمن القانوني.

٢. بحث «الاختصاص التنظيمي للملك في المملكة العربية السعودية»، للدكتور إبراهيم بن محمد الحديثي، وهو بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، في مجلدها الثاني والثلاثين، العدد الأول، عام ٢٠٢٠م.

وقد تضمن هذا البحث دراسة وتحليل أعمال السلطة التنظيمية في السعودية بشكل عام، والاختصاص التنظيمي للملك بشكل خاص، بحيث تناول أنواع الأنظمة في المملكة، ومكونات السلطة التنظيمية، واختصاص الملك بإصدار أنظمة بلوائح وأوامر ملكية، ويختلف هذا البحث عن موضوع هذه المقالة في كون اختصاص الملك في إصدار أنظمة ولوائح بأوامر ملكية، والتصديق على المشاريع التنظيمية التي ترفعها له السلطة التشريعية، وسلطته في الظروف الاستثنائية، لا يتقاطع مع مبدأ الأمن القانوني واستقراره بأي شكل.

٣. بحث «الاختصاص التشريعي لمجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية»، للدكتور فيصل بن منصور الفاضل، وهو بحث منشور في مجلة معهد الإدارة العامة، المجلد الحادي والستون، العدد الثالث، لعام ٢٠٢١ م. وقد تطرق هذا البحث إلى السلطة التشريعية في المملكة العربية السعودية بجميع مكوناتها، مع تسليط الضوء على مجلس الشورى بصفة خاصة، ورغم أهمية التعرف على السلطة التشريعية لفهم مبدأ الأمن القانوني، إلا أن السلطة التشريعية وإصدار الأنظمة لا يؤثر بشكل مباشر على الأمن القانوني، إنما ما يؤثر هو صياغة هذه الأنظمة واحترامها للحقوق المكتسبة، وتحقيقها للمساواة، وقابليتها للتوقع واستقرارها على المدى البعيد، وجميع هذه العناصر التي تؤثر سلباً أو إيجاباً على الأمن القانوني هي محل هذا البحث، كما وجدت بعض المؤلفات في مبادئ تتعلق بالأمن القانوني كمبدأ عدم رجعية القوانين، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، ومبدأ استقلال القضاء.

ومن هذا المنطلق يهدف هذا البحث إلى دراسة مبدأ الأمن القانوني في المملكة العربية السعودية، وذلك من خلال النصوص النظامية والأحكام القضائية ذات العلاقة. واعتمد البحث منهج الدراسة الوصفية والتحليلية للنصوص النظامية والأحكام القضائية ذات العلاقة، بالإضافة إلى الرجوع إلى الكتب والبحوث القانونية وأحكام القضاء المقارن كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

وتم تقسيم البحث إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:





- المبحث الأول: مفهوم مبدأ الأمن القانوني:
- المطلب الأول: تعريف مبدأ الأمن القانوني وأسسهِ.
- المطلب الثاني: المبادئ التي يركز عليها مبدأ الأمن القانوني.
- المطلب الثالث: المخاطر التي تؤثر على مبدأ الأمن القانوني.
- المبحث الثاني: تقييم مبدأ الأمن القانوني في القانون السعودي:
- المطلب الأول: مظاهر تكريس مبدأ الأمن القانوني في النصوص التشريعية في النظام السعودي.
- المطلب الثاني: مظاهر غياب مبدأ الأمن القانوني في الواقع التشريعي في النظام السعودي.
- الخاتمة: نتائج وتوصيات البحث.

## المبحث الأول مفهوم مبدأ الأمن القانوني

تتعدد وظائف الدولة القانونية، بين وظائف اقتصادية ومالية وقضائية، ولكن يبقى تحقيق الأمن هو الوظيفة الأهم والأبرز، حيث إنها الغاية الأساسية للسلطة وجوهر وجودها، وهي وظيفة مقدمة على باقي وظائف الدولة، فتحقيق الأمن ضرورة اجتماعية ارتبطت بوجود الجماعات، وفي غياب هذه الوظيفة لا وجود لحريات الأفراد وحقوقهم، وبالتالي انهيار الجماعات والنظام الاجتماعي، لذلك لا نتعجب من أن يحتل تحقيق الأمن مكانة كبيرة لدى مفكري العقد الاجتماعي، علاوة على كون تحقيق الأمن أداة صان عن طريقها كيان الدولة ونظامها، وذلك لأن غياب عنصر الأمن يترتب عليه فقدان النظام والاستقرار وبالتالي فقدان أحد مقومات الدولة، لذلك كان تحقيق الأمن ملازماً لنشوء الدول، ينشأ مع تكون الدولة ويمثل ممارستها لسلطاتها<sup>(١)</sup>.

والأمن عكس الخوف، ونسبة الأمن إلى القانون يوحي بأن مصدر الخطر هو القانون نفسه، أي أن الخطر قادم من القاعدة القانونية، سواء كان مصدرها التشريع أم التنظيم أم الاجتهاد القضائي، ومعنى هذا أن عدم

(١) الحنودي، علي. (٢٠١١م). الأمن القانوني: مفهومه وأبعاده. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع ٩٦، ص ١١٧.

الأمن يشكل جزءاً من القانون أيضاً، ولكن إلى أي مدى يؤثر انعدام الأمن القانوني على النظام القانوني؟<sup>(١)</sup>.

سيتناول هذا المبحث الأمن القانوني من عدة نواح، ففي المطلب الأول سيتطرق إلى معنى ومفهوم الأمن القانوني، مدى دستوريته، وارتباطه بالأمن القضائي، وفي المطلب الثاني سيبحث المبادئ التي يقوم عليها مبدأ الأمن القانوني، أما المطلب الثالث فسيتناول أبرز المخاطر التي تهدد مبدأ الأمن القانوني.

### المطلب الأول: تعريف مبدأ الأمن القانوني وأساسه:

ينحدر الأمن القانوني من الحق الطبيعي للإنسان في الشعور بالأمن والاطمئنان، وهذا يقتضي أن كل شخص له الحق في استقرار القواعد القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على استقرار أوضاعه القانونية<sup>(٢)</sup>.

وبالبحث عن نشأة مصطلح الأمن القانوني، تبين أن أول ظهور له في ألمانيا عام ١٩٦١م، حين قامت المحكمة الدستورية الفدرالية بالتأكيد على دستورية هذا المبدأ، ثم في عام ١٩٦٢م اعترفت محكمة العدل للمجموعة

(١) غميحة، عبد المجيد. (٢٠٠٩م). مبدأ الأمن القانونية وضرورة الأمن القضائي. مجلة الملحق القضائي بوزارة العدل والحريات، المعهد العالي للقضاء، ع ٤٢، ص ٩.  
(٢) لخداري، عبد المجيد. (٢٠١٨م). الأمن القانوني والأمن القضائي علاقة تكامل. مجلة شهاب بجامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، معهد العلوم الإسلامية، مج ٤، ع ٢، ص ٣٨٨.

الأوروبية بهذا المبدأ، ثم تلاها تأكيد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني وذلك عام ١٩٨١م<sup>(١)</sup>.

ويمكن فهم مصطلح (الأمن) بأكثر من مفهوم، فهو بمفهومه العام والواسع يعني عكس الخوف، ويرتبط بالسلام والسكينة والهدوء وتحقيق العدل والاطمئنان على النفس والمال والعرض<sup>(٢)</sup>، وإذا ارتبطت كلمة (أمن) بمجال معين فهي تُعبّر عن استقرار هذا المجال، فالأمن الغذائي على سبيل المثال يعني توافر الحد الأدنى من المواد الغذائية الضرورية والأساسية للبقاء والاستمرارية في الحياة كالمعتاد، وهو عكس القلة والندرة في المواد الغذائية للفرد والجماعة والمجتمع<sup>(٣)</sup>، أما الأمن الاقتصادي فيعني القدرة على إنتاج الاحتياجات الأساسية، وعلى وجه الخصوص الغذاء والطاقة، كما يعني الهيمنة على الموارد الطبيعية والقدرة على تعبئة الطاقات، ويتجلى هذا المفهوم في القدرة الذاتية على إنتاج الاحتياجات الأساسية كالماء والغذاء، وتوليد مصادر الطاقة ذاتياً، والقدرة على الإنتاج من خلال استغلال الموارد المحلية<sup>(٤)</sup>. ويمكن النظر للأمن بمفهومه الضيق، والذي يعني الإجراءات

(١) غميحة، عبد المجيد. مرجع سابق، ص ٦.

(٢) الليدي، إبراهيم محمود. (٢٠١٠م). الحماية الجنائية لأمن الدولة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والتوزيع والبرمجيات، ص ٣.

(٣) قظام، محمود سعيد. (١٩٨٤م). الأمن الغذائي. المجلة الثقافية، ع ٤، ص ١٧١.

(٤) حافظ، سعد الدين. (٢٠٠٣م). محددات الأمن الاقتصادي العربي. مركز دراسات الوحدة العربية، مجلد ٢٦، العدد ٢٩٣ ص ٣٦.

التي تضمن تحقيق الأمن للفرد داخل الدولة من الأخطار التي تصيب النفس والمال، ثم سن التشريعات والأنظمة واللوائح التي تضمن حمايته<sup>(١)</sup>. وبالرجوع لمفهوم الأمن القانوني، فإننا لا نجد تعريفاً واحداً وثابتاً له، إذ إنه مبدأ متعدد المظاهر ومتنوع المدلولات كثير الأبعاد، يمكن لمسه من خلال المبادئ التي تحققه، لذلك غالباً ما يتم التعبير عنه بمبادئ محددة مثل: مبدأ فورية سريان النص، استقرار المراكز القانونية للأشخاص، احترام حجية الأمر المقضي فيه، حماية مبدأ الثقة المشروعة<sup>(٢)</sup>.

بالتالي يمكن أن يُفسَّر مفهوم الأمن القانوني بأنه كل ما يؤدي إلى استقرار نصوص الأنظمة والقوانين (القواعد القانونية)، استقرار المراكز القانونية للأشخاص ومعاملاتهم بأن تكون في مأمن من التعديلات المفاجئة، وأن يكون الشخص على علم بكافة حقوقه والتزاماته التي كفلها وفرضها النظام، ليشعر بالاطمئنان عند تعامله مع باقي أفراد المجتمع، بحيث يعي ويركن إلى أن تعاملاته وعقوده التي يبرمها تكون تحت ظل تشريعات وأحكام واضحة، وأن أي نزاع أو خلاف يقع في العلاقة التعاقدية، أو في المجتمع عموماً فإن كلا أطرافه يخضعون لحكم قانون واحد دون حصانة لطرف على آخر، أو تمييز لفئة عن أخرى.

ولقد تضمن تقرير مجلس الدولة الفرنسية لعام ٢٠٠٦م إقراراً لمبدأ الأمن القانوني، حيث ورد فيه: «مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون

(١) الحنودي، علي. مرجع سابق، ص ١١٨.

(٢) غميجة، عبد المجيد. مرجع سابق ص ٧.

المواطنون، ودون عناء كبير، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق، وللوصول لهذه النتيجة يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وأن لا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة»<sup>(١)</sup>.

وأما بالنسبة للمفهوم الفقهي لمبدأ الأمن القانوني فيتبين أن بعض الفقهاء اجتهدوا في تعريف الأمن القانوني فقالوا بأنه: «كل ضمانه، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى التأمين، ودون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، وتلافي أو الحد من عدم الوثوق بالقانون»، كما عرفه آخرون بأنه: «جودة نظام قانوني يضمن للمواطنين فهماً وثقة في القانون في وقت معين، والذي سيكون - مع كامل الاحتمال - هو قانون المستقبل»<sup>(٢)</sup>.

وغالباً ما يقترن بمصطلح الأمن القانوني مصطلح آخر وهو الأمن القضائي، أو أن يُعبّر بأحدهما عن الآخر، وذلك نظراً لاستغراق الأمن القانوني لمفهوم الأمن القضائي، إلا أن الفارق بينهما يكمن في أن الأخير يرتبط بالقضاء حصراً، ويعبر عن مدى ثقة الأشخاص بالسلطة القضائية.

وكما هو الحال مع الأمن القانوني، فقد اختلف الفقهاء والكتّاب في إيجاد تعريف موحد للأمن القضائي، فهو بحسب النظر إليه قد يُفهم بشكل موسع أو ضيق. فالمعنى الموسع للأمن القضائي: يعكس حجم الثقة في المؤسسة القضائية، والثقة في تطبيقها للقانون على القضايا المنظورة لديها،

(١) غميعة، عبد المجيد. مرجع سابق، ص ١١.

(٢) غميعة، عبد المجيد. مرجع سابق، ص ٩.

والاطمئنان إلى اجتهاد القضاء في ما يستجد عليه من وقائع، هذا مع تنفيذ ضمانات التقاضي، وحسب هذا المفهوم فإن السلطة القضائية بكافة أجهزتها تختص بتطبيق الأمن القضائي، فالأمن القضائي طبقاً لهذا المفهوم يعد حاجزاً وقائياً لحقوق ومصالح الأشخاص من التجاوزات ضد بعضهم البعض أولاً، ومن تجاوز جهة الإدارة ثانياً، كما أنه يشكل حماية للسلطات العامة ضد الشكاوى الكيدية والتعسفية، مما ينعكس إيجاباً على مرفق القضاء ويزيد من حجم الثقة فيه<sup>(١)</sup>. وأما بالنسبة للمعنى الضيق للأمن القضائي: فيقترن بشكل مباشر بوظائف المحاكم العليا فقط، المتعلقة بصحة تطبيق القواعد الشرعية والقانونية، ومحاولة توحيد الاجتهاد القضائي وخلق وحدة قضائية، وذلك من خلال تحقيق الجودة القضائية عن طريق تطبيق مبادئ أساسية محددة هي:

- (١) واجب القاضي البت وفق القانون المطبق يوم تقديم الطلب.
- (٢) تطبيق مبدأ عدم رجعية القواعد القانونية.
- (٣) التأويل في أضيق نطاق في القانون الجزائي.
- (٤) احترام آجال الطعون والتقدم.
- (٥) الآثار الملزمة لاتفاقيات الأطراف.

وتتبع قيمة وقوة أي مبدأ من قوة مصدره، وإذا كان الدستور هو أسمى مرجع في الأنظمة القانونية فهل يعتبر مبدأ الأمن القانوني مبدأ دستورياً أم

(١) لخداري، عبد المجيد. مرجع سابق، ص ٣٩٤.

مبدأ قانونياً؟ وفي ألمانيا أن الأمن القانوني مبدأ مستقل في القانون الدستوري الألماني، وذلك بتأييد من المحكمة الدستورية الألمانية، حيث استقر قضاؤها على أن «مبدأ الأمن القانوني يعني بالنسبة للمواطن في المقام الأول حماية الثقة المشروعة»<sup>(١)</sup>، أما في البرتغال فلم ينص في الدستور صراحة على الأمن القانوني كمبدأ دستوري، ولكن الفقه والاجتهاد الدستوري يذهبان إلى أن مبدأ الأمن القانوني ينبع من فكرة دولة القانون الديمقراطية، ومن ثم يعتبر مقررًا بالدستور تأسيساً على ضرورة احترام موثوقية وأمان العلاقات وحقوق الأفراد، أما في فرنسا فإن المجلس الدستوري الفرنسي لم يضيف الصبغة الدستورية على مبدأ الأمن القانوني، وعلى ذلك فإن النظام القانوني الفرنسي يجمع بين:

- (١) مبادئ دستورية مطلقة، وهي الحقوق الدستورية الأساسية.
- (٢) غايات ذات قيمة دستورية أقل تحديداً.

لذلك فإن المجلس الدستوري الفرنسي يقر بالغايات ذات القيمة الدستورية لمبدأ الأمن القانوني، وتبعاً لذلك فهذا المبدأ ليس دستورياً، ولكنه مجرد غاية، باعتبار أن الأمن القانوني مبدأ عام تدرج تحته عدة مبادئ وحقوق أخرى<sup>(٢)</sup>.

(١) عبد اللطيف، محمد محمد. (٢٠٠٤م). مبدأ الأمن القانوني. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية بجامعة المنصورة كلية الحقوق، العدد ٣٦، ص ٩١.  
 (٢) غميحة، عبد المجيد. مرجع سابق. ص ١٥.



## المطلب الثاني: المبادئ التي يركز عليها مبدأ الأمن القانوني:

إن مبدأ الأمن القانوني لا يستقل ويقوم بذاته، بل هو مبدأ يقوم على عدد من المبادئ القانونية التي تكفلها نصوص الدساتير والقوانين، بالتالي لا يمكن لمسه مباشرة إلا بتقييم مدى توافر الأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ، والتي بدورها تكفل تحقيق الأمن القانوني، وتسهم في استقرار المراكز القانونية وتعاملات الأفراد، وتعزز من ثقة الأشخاص بالمنظومة القانونية. ويمكن إيجاز هذه المبادئ التي يركز عليها مبدأ الأمن القانوني، وهي:

(١) مبدأ عدم رجعية القوانين.

(٢) مبدأ احترام الحقوق المكتسبة.

(٣) مبدأ قابلية القانون للتوقع (الثقة المشروعة).

(٤) مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء.

(٥) مبدأ استقرار القواعد القانونية.

(٦) مبدأ وضوح القاعدة القانونية المطبقة.

وفيما يأتي بيان لمفهوم هذه المبادئ التي يركز عليها مبدأ الأمن القانوني.

### أولاً: مبدأ عدم رجعية القوانين:

ويُقصد بهذا المبدأ، أنه عندما يسن أو يُعدّل المشرع، قانون أو نظام، فإن أثر هذا القانون الجديد أو التعديل ينطبق فقط على المستقبل دون الماضي، أي أن يتم بدء العمل به من لحظة دخوله حيز التنفيذ، وطبقاً لهذا المبدأ فجميع

التصرفات والالتزامات والعلاقات التعاقدية التي سبقت صدور القانون الجديد لا يمكن تطبيقه عليها، ولا يحكم إلا الأفعال والمركز القانونية والحقوق التي أكتسبت بعد نشره. ويُعد مبدأ عدم رجعية القوانين هو الأساس الذي يقوم عليه حل مشكلة تنازع القوانين في الزمان، ولكنه لا يكفي لوحده، إذ إنه لا يكفي القول إن القانون الجديد ليس له سلطان على الماضي، بل يجب منع استمرار القانون القديم في السريان بتقرير مبدأ سلطان القانون الجديد ابتداءً من نفاذه<sup>(١)</sup>.

وانقسمت دساتير الدول من حيث تناولها لمبدأ عدم رجعية القوانين إلى عدة توجهات:

- (١) دساتير نصت على مبدأ عدم رجعية القوانين بشكل عام.
- (٢) دساتير نصت على مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائية فقط، كالدساتير المغربية.
- (٣) دساتير لم تتطرق لمبدأ عدم الرجعية أصلاً<sup>(٢)</sup>.

ويُعد هذا المبدأ أهم مبدأ يُعبّر عن الأمن القانوني وذلك لسببين، أحدهما أنه يؤثر على استقرار المراكز القانونية، أي أنه يهّم المخاطبين بالقانون بشكل عام - كافة الأشخاص -، والآخر أنه يعكس حجم ثقة الأشخاص في

(١) شاهين، إسماعيل عبد النبي. (٢٠١٣م). ضوابط مبدأ عدم رجعية القوانين: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة: الأولى، ص ٣٢-٣٣.  
 (٢) لعسري، جواد. (٢٠٠٥م). مبدأ عدم رجعية القانون الضريبي في القضاء والتشريع. مجلة القانون المغربي. دار السلام للطباعة والنشر، العدد ٧، ص ٩١.

القانون، فإذا شعر الأشخاص بعدم الاطمئنان على علاقاتهم التعاقدية، بحيث إن التزاماتهم وحقوقهم الناشئة عنها قد تطرأ عليها تغيرات حسب تغير القوانين في المستقبل، فسيكون هناك زعزعة لتلك المعاملات وضياع لتلك المصالح، هذا فضلاً عن عدم ارتياحهم لأي قانون سواء كان مطبقاً أم محتمل الصدور<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: مبدأ احترام الحقوق المكتسبة:

ومفاد هذا المبدأ أن الحقوق المكتسبة بالطرق المشروعة وبموجب القوانين والقرارات النافذة، لا يجوز المساس بها من قبل أي سلطة من سلطات الدولة، متى ما كانت هذا الحقوق تتعلق بممارسة أحد الحريات العامة أو تكون من الحقوق المنصوص عليها في القوانين، أو الأحكام المقضي فيها<sup>(٢)</sup>.

وتعرّف الحقوق المكتسبة بأنها الحق الناشئ عن التصرف القانوني الذي ينشئ مركزاً قانونياً<sup>(٣)</sup>، كما يمكن تعريفها بأنها الحقوق التي تدخل الذمة، أي أنها حقوق طارئة في مجرى حياة الإنسان، ومفاد ذلك أن الحقوق ليست متساوية لدى الجميع، بل إنها تختلف باختلاف الأشخاص وحاجاتهم، المجتمعات والأزمنة، ويرجع هذا الاختلاف إلى أن منشأ هذه الحقوق وهو العلاقات المختلفة داخل المجتمع، بالتالي فهي محل للتغير والتطور،

(١) عبد الوهاب، وهيب. (٢٠٢٠م). الأمن القانوني وتأثيره على استقرار المعاملات القانونية. مجلة القانون والأعمال الدولية بجامعة الحسن الأول.

(٢) لخداري، عبد المجيد. مرجع سابق. ص ٣٩٠.

(٣) عويس، حمدي أبو النور السيد. (٢٠١١م). مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ١١.

وهنا تبرز أهمية مبدأ احترام وحماية الحقوق المكتسبة كون أن مصدرها هو القوانين والأنظمة المشروعة بالتالي يتوجب حمايتها من التعديلات على الأعمال القانونية التي أنشأت هذه الحقوق ابتداءً<sup>(١)</sup>.

وفكرة الحقوق المكتسبة تمتد إلى القانون الإداري، ويُعبّر عنها بمبدأ التقديس أو مبدأ عدم المساس، والذي يعني أنه لا يمكن للإدارة المساس بالتصرف القانوني الذي ينشئ آثاراً قانونية فردية، سواء بإلغائه أو تعديله، كما لا يمكنها أن تضع نهاية لآثاره إلا عن طريق تصرف قانوني مضاد وذلك في الحالات التي يسمح فيها القانون بذلك<sup>(٢)</sup>. كما يتعلق بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة مبدأ آخر يُعرف باستقرار المراكز التعاقدية، والذي يعني ضمان أن المتعاقد لن يخضع لتغيرات مكلفة وغير متوقعة في النظام القانوني الذي تم التعاقد في ظله، ولكن هذا لا يحدّ من سلطة الدولة على قانونها المحلي في مجال العقود الإدارية، فلدولة من خلال تدابيرها التشريعية أو التنظيمية أن تقوم بتعديل البيئة القانونية التي ينفذ فيها العقد<sup>(٣)</sup>.

(١) الكساسبة، هشام حامد. (٢٠١٨م). دور القاضي الإداري الأردني في حماية الحقوق المكتسبة دراسة تحليلية مقارنة. مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، ص ٢٨٣.

(٢) عويس، حمدي أبو النور السيد. (٢٠١١م). مرجع سابق، ص ١٠.

(٣) راضي، مازن ليلو. (٢٠٢٠م). حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ص ١٨٦-١٨٨.

### ثالثاً: مبدأ قابلية القانون للتوقع (الثقة المشروعة):

فمبدأ الأمن القانوني يهدف إلى تحقيق الاستقرار في العلاقات والحقوق، وأهم وسيلة لتحقيق هذا الاستقرار النسبي هو فكرة قابلية القانون للتوقع، أو ما تسمى بالتوقع المشروع، حيث تركز هذه الفكرة على التزام الدولة بعدم مباغته الأفراد أو مفاجأتهم بما تصدره من قوانين أو قرارات تنظيمية تخالف توقعاتهم المشروعة، والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من القوانين والأنظمة القائمة التي تتبناها وتعمل بها سلطات الدولة<sup>(١)</sup>.

ويمتد قابلية القانون للتوقع إلى القوانين الجديدة المنظمة لعلاقات قانونية لم تكن منظمة من قبل، حيث يجب أن يسبقها إجراءات وتمهيدات تحمي التوقعات المشروعة لهؤلاء الأفراد حتى لا تصطدم معها، وتؤدي إلى ضياع حقوق الأفراد بسبب عدم التدرج في إصدار هذه القواعد القانونية الجديدة، وأيضاً القواعد المعدلة لبعض الأنظمة القديمة يجب أن تكون عبر مراحل متدرجة، حيث تترك الفرصة للأشخاص لتعديل توقعاتهم المشروعة وفق هذه التعديلات، ولا تكون مفاجئة لهم لأنهم قد أخذوا احتياطاتهم بعد صدور مؤشرات مرحلية تسبق صدور هذه القواعد الجديدة أو المعدلة لسابقتها<sup>(٢)</sup>.

(١) لخذاري، عبد المجيد، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

(٢) بن عامر، بواب. (٢٠٢٠م). الحق في التوقع المشروع «الثقة المشروعة» كأحد ركائز الأمن القانوني، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، مجلد ٧، عدد ١، ص ٦٧.

## رابعاً: مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء:

وهو ما يعرف بكتب القانون بكون القاعدة القانونية عامة مجردة، أي أنها تخاطب جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم شروط انطباقها<sup>(١)</sup>، أي تخاطبهم بصفاتهم لا بذواتهم أو أسمائهم. ويقصد بعمومية القاعدة القانونية، هو أن تصاغ القاعدة بصيغة عامة، بحيث تستوعب جميع الفرضيات والحالات، وذلك بتحديد شروط معينة تنطبق على الأشخاص المخاطبين بأحكام هذه القاعدة القانونية، دون تحديد لأسمائهم أو وقائع معينة بذاتها، أما التجريد فيقضي أن تسمو القاعدة القانونية عن التفاصيل الدقيقة والحالات الفردية، بحيث لا تعدد إلا بالظروف العامة والاعتبارات الرئيسية التي تنطبق على جميع الوقائع<sup>(٢)</sup>، ولا يقدر في صفتي العموم والتجريد عدد الأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية، كأن تنطبق القاعدة على شخص واحد فقط كما هو الحال مع تنظيم اختصاصات رئيس الدولة، ولا يؤثر في عمومها أن تنطبق لمدة معينة كحالات الطوارئ والأزمات، ولا يقلل من صفتي العموم والتجريد كون القاعدة القانونية لا تنطبق على كل أقاليم الدولة، فهناك أنظمة وقوانين لا تنطبق إلا في مناطق الحدود أو المحميات<sup>(٣)</sup>، وصفتا العموم والتجريد الملازمتان لكافة القواعد القانونية، والمعبرتان عن مبدأ المساواة أمام القانون، تُشعران أفراد المجتمع بالاطمئنان والثقة

(١) عبد الوهاب، وهيب. مرجع سابق.

(٢) الرويس، خالد. الرئيس، رزق. (٢٠١٢م). المدخل لدراسة العلوم القانونية. مكتبة الشقري، الطبعة: الخامسة، ص ٢٩.

(٣) الرويس، خالد. الرئيس، رزق. (٢٠١٢م) ز مرجع سابق، ص ٣١.

اتجاه القاعدة القانونية نفسها، حيث لا يغيب عن وعيهم أن تلك القاعدة تطبيق على الجميع دون استثناء، حيث إن هاتين الصفتين تشكلان ضماناً لمحاكمة عادلة، لأن ازدواجية المعايير في تطبيق الأنظمة أو العقوبات تؤدي إلى زعزعة ثقة المواطن بالمنظومة التشريعية والقضائية<sup>(١)</sup>.

### خامساً: مبدأ استقرار القواعد القانونية:

ويشترط في التشريعات بمختلف أنواعها وأشكالها أن توفر نوعاً من الاستقرار والثبات والبعد عن التعديل المستمر للنصوص القانونية، حيث إن هذا الإجراء يؤثر على استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، وليس المقصود هنا أن يكون القانون في قوالب جامدة، إنما المقصود ألا يكون تطور القانون ميداناً للمفاجآت وعدم التوقع، لأن أساس فكرة الأمن القانوني هو استقرار المراكز القانونية وعدم المساس بها، بالتالي فالمراكز التي تكونت واستقرت يجب أن تتوفر لها الحماية القانونية على الدوام في حالة تغير القوانين أو تبدل أوضاع المجتمع<sup>(٢)</sup>، فالاستقرار القانوني يعني أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج، بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها<sup>(٣)</sup>.

(١) عبد الحميد، مفتاح خليفة. (٢٠١٢م). مبدأ المساواة أمام القانون. أعمال المؤتمر العلمي: المصالحة الوطنية - مفهومها - أهميتها - ضوابطها - آلياتها - معوقاتهما. الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية زلتين، ص ١٥٢.

(٢) عبد الوهاب، وهيب. مرجع سابق.

(٣) الطباخ، يس محمد محمد. (٢٠١٢م). الاستقرار كغاية من غايات القانون: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، ص ٢٤.

والاستقرار المطلوب تحقيقه هنا يكون بالقدر الكافي، القدر الذي لا يعني الجمود وعدم التعديل، بل إن الجمود وعدم التغير مظهر من مظاهر عدم الاستقرار، ولكن القدر المطلوب هو الذي لا يحول دون مواكبة التطورات التي تعرفها الحياة على جميع الأصعدة، فالقاعدة القانونية في النهاية قاعدة اجتماعية، أي أنه لا قانون بلا مجتمع ولا مجتمع بلا قانون، بالتالي يجب أن تُسائر تطور المجتمع، إذ من غير المقبول أن يُعمل بقواعد قانونية بالية لا تتناسب مع العصر واحتياجاته، مما يخلق وضعاً حائراً بين قانون غير مطبق وواقع جديد لا يعرف تنظيماً قانونياً سليماً<sup>(١)</sup>، ومسايرة القاعدة القانونية للتغيرات والتطورات التي تحدث في المجتمع يجب أن تكون في حدود التي تستبعد معها عنصر التغيير المفاجئ للقوانين، وخطر عدم استقرار المعاملات بين الأفراد، وما يترتب على ذلك من انعدام الأمن القانوني وفقد الثقة في الجهة المشرعة، لذلك يلجأ المشرع غالباً إلى إجراء أساسي يتمثل في نشر القوانين الجديدة في الجريدة الرسمية، مما يحقق معه غايتين هما: تفادي مباغته الأشخاص بقوانين لم يكونوا على علم بها، بل ويكون القانون المنشور في توقع الأشخاص المعنيين والذين سيتأثرون بأحكامه، والغاية الأخرى هي تطبيق قاعدة لا يعذر أحد بجهله القانون<sup>(٢)</sup>.

(١) بننعيسى، فدوى. (٢٠٠٩م). الأمن القانون كضمان لحماية الحقوق والحريات الإنسانية. المجلة المغربية للحكام القانونية والقضائية، العدد ٦، ص ٢٥.

(٢) عبد الوهاب، وهيب. مرجع سابق.



## سادساً: مبدأ وضوح القاعدة القانونية المطبقة:

من المسلم به أن صياغة النص القانوني لها دور فعّال في تحقيق الأمن القانوني واستقراره، فكلما كانت القاعدة القانونية واضحة في صياغتها ودقيقة في مدلولها كان ذلك أدعى إلى استيعابها وفهم نطاقها، وعلى النقيض فإذا كانت القاعدة القانونية مبهمة وغير واضحة ولا دقيقة فإن ذلك يثير الخلاف حول تفسيرها ويؤدي إلى الزعزعة عند تطبيقها، وينصب مبدأ وضوح القاعدة القانونية على الشكل الذي تعبر فيه السلطة التشريعية عن إرادتها في إطار الاختصاص الذي منحها إياه الدستور، ويكون هذا التعبير بصياغة واضحة سهله الفهم للمخاطبين بها، وبأسلوب لا يحتمل التأويل، لأن احتمال وجود تأويلين يجعل القاضي مشرعاً وناطقاً للقانون مما يتعارض مع اختصاصه بأن يكون منفذاً ومفسراً للقانون، وأن تكون اللغة المستعملة في الصياغة سليمة منضبطة ودقيقة تحقق من خلالها أحكام التشريع ومقاصده<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثالث: المخاطر التي تؤثر على مبدأ الأمن القانوني:

ترصد بالأمن القانوني جملة من المعوقات التي تؤثر على المبدأ سلباً، بما تنشره من شك وارتباك وزعزعة لاستقرار الأنظمة والقواعد القانونية، ومن أبرز هذه المخاطر والمعوقات التي تؤثر على مبدأ الأمن القانوني: أولاً:

(١) سالم، هانم أحمد محمود. (٢٠٢١م). ضمانات تحقيق مبدأ الأمن القانوني: دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الأمن والقانون، المجلد ٢٩، العدد الأول، ص ٣٦٦.

التضخم التشريعي: ثانياً: الصياغة التشريعية المعيبة واستعمال لغة غير دقيقة.

### أولاً: التضخم التشريعي:

غني عن القول أن صياغة القواعد القانونية والأنظمة ليس بالأمر الهين، فهو أمر مرتبط بعدد من الضوابط والشروط، على رأسها حسن الصياغة وسهولة التطبيق وإعداد دراسة مسبقة توضّح مدى الحاجة لهذا القانون وآثار تطبيقه، غير أن الواقع يكشف لنا عكس ذلك، مما يؤدي إلى صعوبة فهم القاعدة القانونية وتعذر تنفيذها، أو تعارضها مع غيرها من القوانين والأنظمة مما يجعل التصرف الواحد خاضعاً لأكثر من قاعدة قانونية، ومن ثم اللجوء إلى تعديل الأنظمة والقوانين أو إصدار أنظمة ولوائح جديدة، وهذا يعني تكاثر النصوص القانونية، أو ما يعبر عنه بـ (التضخم التشريعي)<sup>(١)</sup>.

وتتجلى ظاهرة التضخم التشريعي إما من خلال ازدياد عدد القوانين الصادرة في ميدان معين في كل سنة، دون وجود ضرورة ملحة إليها، أو من خلال تكديس النصوص القانونية مع مرور الزمن وتطويل القوانين التي تشرّد خارج ميدانها<sup>(٢)</sup>.

ويشمل مفهوم التضخم التشريعي ما يلي:

١. تزايد النصوص القانونية في القانون الواحد.

(١) إيرابن، نوال. (٢٠١٨م). تأثير تضخم التشريع على الأمن القانوني. المركز الجامعي مرسلي عبد الله بتيبازة. العدد ١٣، ص ١٠٣.

(٢) عبد الوهاب، وهيب. مرجع سابق.

٢. تعدد القوانين المختلفة التي يمكن تطبيقها على المسألة الواحدة.
٣. كل الحالات التي يكون فيها حجم التشريع كبيراً بشكل غير مبرر.
٤. أن يحتوي التشريع على نصوص تتعارض مع نصوص أخرى.
٥. تعدد الاستثناءات التشريعية التي ترد على القاعدة القانونية بحيث تستغرق الاستثناءات الأصل العام للقاعدة<sup>(١)</sup>.

ويرجع السبب في التضخم التشريعي إلى كثرة وتعدد المجالات الحياتية البشرية والمؤسسية وتوسعها المستمر، مما يضطر المشرع إلى كثرة التشريعات والقواعد وإصدار القواعد المنظمة، وينتج عن ذلك سن عدد هائل من الأنظمة، ويتبعها إجراءات تعديلية، وكثرة التعديلات وتنوعها تفقد التشريع معناه وقيمه، ويؤدي بالقاعدة القانونية إلى التدهور والتدني، وظهور العديد من المشكلات أبرزها تنازع التشريعات المتعاقبة، وصعوبة إمام الجهات التنفيذية المختصة بكل القوانين المتداخلة والمتراطة فيما بينها والإحالة لها، وأيضاً صعوبة تحديد النصوص القديمة النافذة أو تلك الملغاة نتيجة لصدور نصوص جديدة<sup>(٢)</sup>.

وبالبحث عن أسباب التضخم التشريعي يتبين أنها تتمثل فيما يأتي:

- (١) تراكم التعديلات على القواعد القانونية.
- (٢) استعمال لغة غير دقيقة عند صياغة النص التشريعي.

(١) إيرين، نوال. مرجع سابق. ص ١٠٧.

(٢) إيرين، نوال. مرجع سابق ص ١٠٨.

(٣) عدم وضوح آلية إلغاء القوانين.

(٤) قلة الكفاءات العلمية والفنية لدى الجهة المشرعة.

وينجم عن ظاهرة التضخم التشريعي - غالباً - تعارض النصوص التشريعية وتضارب القواعد القانونية فيما بينها وتزاحمها، مشكلاً بذلك أحد مظاهر انعدام الأمن والاستقرار القانونيين، واللذان يشكلان الغاية الأولى للمشرع، ويمكننا القول أن أولى الخطوات التي يجب اتخاذها لحل هذه المشكلة هي بالتشخيص الكلي للتشريع، ومحاولة تصنيف النصوص التشريعية بين ما هو سارٍ وملغى وما هو غامض، ثم تحديثها والرفع من جودتها بحيث لا تتصادم النصوص فيما بينها، هذا بالإضافة إلى ضرورة دراسة الأثر التشريعي، وتقليل الاستثناءات إلى أضيق نطاق.

**ثانياً: الصياغة التشريعية المعيبة واستعمال لغة غير دقيقة:**

لعل من أبرز المخاطر والمعوقات التي تؤثر على مبدأ الأمن القانوني ضعف الصياغة التي يظهر بها النص القانوني، فالصياغة التشريعية المعيبة تُسهم في عرقلة الجهود المبذولة لتحقيق الأمن والاستقرار والنمو والتطور في المجتمع، وتُعرّف الصيغة التشريعية بأنها مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة تساعد في تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية<sup>(١)</sup>.

(١) نصرأوين، ليث كمال. (٢٠١٧م). متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني. كلية القانون الكويتية العالمية. مجلد ٥، ص ٣٨٦.

وتتخذ العيوب التي تعتري بعض النصوص التشريعية عدداً من الصور، كالخطأ والغموض والنقص والتعارض.

١. الخطأ المادي: وهو الخطأ الذي يشوب النص دون أن يقصده المشرع، ويكون إما بأحد الأشكال التالية:

- استبدال لفظ أو كلمة بالنص مكان لفظ أو كلمة أخرى.
  - ذكر عبارة في النص غير مقصودة، ولا يستوي النص إلا بحذفها.
  - سقوط عبارة من النص كان يجب ذكرها، ولا يستقيم النص إلا بها<sup>(١)</sup>.
- وغالباً ما يظهر الخطأ المادي في النصوص القانونية خلال مرحل إعدادها وصولاً إلى نشرها في الجريدة الرسمية، ويرجع السبب إلى عدم مراجعة النص بشكل دقيق أو بسبب الطباعة، كما قد يحدث الخطأ المادي في الترجمة بمناسبة وضع ترجمة لنص قانوني بلغة أجنبية.

٢. الخطأ القانوني: ويتمثل هذا الخطأ في ذكر أحكام قانونية غير سليمة وتتعارض مع نصوص قانونية أخرى أو مع قواعد ومبادئ عامة<sup>(٢)</sup>.

٣. الغموض: ويكون النص غامضاً عندما تكون الألفاظ والكلمات المستخدمة تحمل أكثر من معنى، ويمكن تأويلها وتفسيرها بمعاني غير المعنى المقصود منها، وتسمى النصوص التي يشوبها الغموض بالنصوص القابلة للتأويل.

(١) إيرابن، نوال. مرجع سابق. ص ١٠٩.

(٢) عبد الوهاب وهيب مرجع سابق.

٤. النقص: ويكون النص ناقصاً إذا سكت المشرع عن ذكر عبارة أو ألفاظ لا يتحقق معنى النص بدون هذه العبارات أو تلك الألفاظ، أو أن يُغفل المشرع النص على أحد الحالات التي قد تحدث في الواقع، أي أن النقص يقتضي عدم وجود نصوص تشريعية تعالج النزاع المنظور أمام القاضي، ويعبر عن النقص في التشريع بمصطلح الفراغ التشريعي.

٥. التعارض: ويحصل التعارض عندما يصطدم نص قانوني مع نص قانوني آخر، فيستحيل الجمع بينهما، وقد يكون التعارض بين نصين أو أكثر من درجات متفاوتة القوة، أو بين نصين تشريعيين أو أكثر من نفس الدرجة، وقد يكون التعارض موجوداً بين أحكام النص عينه<sup>(١)</sup>.

وتعد اللغة أهم ركن يجب مراعاته عند التشريع، فهي جوهر التشريع وأساسه، ولا ينبغي النظر إلى الصياغة التشريعية على أنها نوع من الأدب والفنون، فالعديد من الأساليب اللغوية متاحة لمن يشتغل في الأدب، لكنها غير متاحة لمن يقوم بصياغة التشريع، فاللغة يجب أن تكون واضحة ودقيقة ذات دلالات محددة، كما يجب أن لا تكون معقدة تجعل القانون منغلقاً، أو غير دقيقة تجعل القانون مبهماً، بل يجب أن تكون لغة فنية خاصة يكون فيها كل لفظ موزون ومحدد المعنى، ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله في عبارات مختلفة، ولا يتنافى هذا مع كون لغة التقنين بسيطة تنزل إلى فهم المخاطبين بها<sup>(٢)</sup>.

(١) إيرابن، نوال. مرجع سابق. ص ١٠٩.

(٢) مسعد، محيي محمد. (٢٠٠٤م). دور القانون في تكوين ثقافة الإنسان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ١٠٢.

وعند صياغة النص التشريعي يجب الأخذ بعدد من الاعتبارات للوصول إلى نص مُصاغ بلغة سليمة، من أهمها:

١. تجنب إطالة النص التشريعي واعتماد التراكيب المتداخلة والمعقدة، فمن المهم أن يكون النص مُصاغاً بلغة بسيطة قريبة ومألوفة من فهم المخاطبين بها وليس المختصين بالقانون فقط، وأن يُقدم بأقل الكلمات والألفاظ بالشكل الذي يُفهم معناه والمراد منه ولا يترك مجالاً للتفسيرات المتعارضة.

٢. تجنب التباعد بين أجزاء الجملة، كالفعل وفاعله ومفعوله والصفة والموصوف والمبتدأ وخبره.

٣. ينبغي صياغة النص بصيغة العمومية والتجريد، ويكون ذلك باستعمال المفردات التي لا يحصر مفهومها بشخص بعينه بحالة معينة بالذات.

٤. وضوح المعنى من النص التشريعي، فالصياغة الجيدة هي التي تكون واضحة المعنى وغير مبتورة.

٥. تجنب الدخول في التفاصيل بشكل مبالغاً فيه؛ تجنباً لأثقال النص التشريعي، والاقتصار على ما هو ضروري مع إحالة التفاصيل إلى النظام أو التعليمات.

٦. أن يكون المخاطب بصيغة الفرد لا الجمع، لأن صيغة الفرد تجعل عملية التشريع أكثر بساطة ووضوحاً، وتُخصص حكم النص بحيث يسري على فرد بعينه.

٧. استخدام صيغة الإثبات بدلاً عن صيغة النفي، والفعل المبني للمعلوم بدلاً عن الفعل المبني للمجهول<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: عدم استقرار الاجتهاد القضائي:

الاجتهاد القضائي سلاح ذو حدين، فهو يعد أحد المبادئ التي يركز عليها الأمن القانوني عندما يكون الاجتهاد مستقراً، وهو أحد المخاطر التي تهدده عندما يكون غير مستقر، ويعرف الاجتهاد القضائي بأنه الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها، في حال غياب النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته<sup>(٢)</sup>.

فالاجتهاد القضائي يعني تأويل القاعدة القانونية المكتوبة، ولذلك فإن استقرار الاجتهاد القضائي على تفسير معين للقاعدة القانونية يساهم في خدمة الأمن القانوني، وذلك من خلال تحقيق الاطمئنان للاجتهاد القضائي والتواتر عليه، بحيث يصبح مستقر وثابت، ويتصرف الأفراد في ضوءه دون

(١) اللهيبي، علي أحمد حسين. (٢٠١٩م). قواعد صياغة النص التشريعي، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، ص ٤٩.

(٢) اللمتوني، عبد الرحمن. (٢٠١٤م). الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، العدد ٤٦، ص ٤.



خوف<sup>(١)</sup>، ولكن الاجتهاد القضائي ليس مستقراً في جميع الأحوال فهو يتميز بصفتين عن التشريع:

(١) صعوبة معرفة الناس به مقارنة بالتشريع.

(٢) القاعدة التي يتضمنها الاجتهاد القضائي تسري دائماً بأثر رجعي بينما القاعدة التشريعية تسري بأثر فوري.

ويضاف على ذلك أن الاجتهاد القضائي بطبيعته لا يتغير بسرعة، فهو على غرار العرف يتطلب وقتاً ليتكوّن، ووقتاً طويلاً ليتغير، لذلك فإن صدور قرار قضائي واحد يجانب الصواب قد يحدث زعزعة قوية واضطراباً خطيراً فيما يخص استقرار الأوضاع القانونية<sup>(٢)</sup>.

ويعيب البعض على الاجتهاد القضائي تراجع المفاجئ عن تأويله الثابت وتبني تأويل جديد، وهذا يؤدي إلى صعوبة توقع الاجتهاد القضائي من قبل الأفراد الذين يلجؤون للقضاء، إذ إنه مهما طال اعتماد القاضي على قاعدة اجتهادية معينة، فليس هناك ما يمنعه من تبني اجتهاد آخر يراه الأنسب لتطبيقه على وقائع القضية المعروضة عليه، مما يؤثر على الثبات النسبي للاجتهاد القضائي الذي يعد من أساسيات الأمن القانوني، ولكن بالمقابل لا ينبغي أن نجعل من الأمن القانوني مبدأ يفضي إلى منع المحاكم من التغيير والتجديد في اجتهاداتها بحجة احترامه<sup>(٣)</sup>، وهذا ما قرره محكمة

(١) عبد الوهاب، وهيب. مرجع سابق.

(٢) اللمتوني، عبد الرحمن. مرجع سابق. ص ١٣-١٦.

(٣) عبد الوهاب، وهيب. مرجع سابق.

النقض الفرنسية في قرارها الذي جاء فيه: «الأمن القانوني لا يمكن من الاعتراف بحق مكتسب بواسطة اجتهاد ثابت، لأن تطور الاجتهاد متروك للقاضي في تطبيقه القانون»<sup>(١)</sup>.



(١) قرار الغرفة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ ٢١ مارس لعام ٢٠٠٠م أورده عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص ٢٠.

## المبحث الثاني

## تقييم مبدأ الأمن القانوني في القانون السعودي

يتناول هذا المبحث تقييم مبدأ الأمن القانوني في النظام السعودي من خلال مطلبين: المطلب الأول، ويركز على مظاهر تكريس مبدأ الأمن القانوني في النصوص التشريعية السعودية، وأما المطلب الثاني فيركز على مظاهر غياب مبدأ الأمن القانوني في النصوص التشريعية السعودية. وفيما يلي مناقشة لهذين المطلبين:

### المطلب الأول: مظاهر تكريس مبدأ الأمن القانوني في النصوص التشريعية في القانون السعودي:

في هذا المطلب سوف يتم التطرق إلى مظاهر تكريس مبدأ الأمن القانوني في النصوص التشريعية السعودية، من خلال استعراض المبادئ التي يرتكز عليها مبدأ الأمن القانوني في النظام الأساسي للحكم.

### أولاً: المبادئ التي يرتكز عليها مبدأ الأمن القانوني في النظام الأساسي للحكم:

إن مبدأ الأمن القانوني - كما سبق بيانه في المبحث الأول - لا يستقل ويقوم بذاته، بل هو مبدأ يقوم على عدد من المبادئ القانونية التي تكفلها نصوص الدساتير والقوانين، بالتالي لا يمكن لمسه مباشرة إلا بتقييم مدى توافر الأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ، والتي بدورها تكفل تحقيق الأمن القانوني، وتساهم في استقرار المراكز القانونية وتعاملات الأفراد، وتعزز من

ثقة الأشخاص بالمنظومة القانونية. ولقد تم بيان المبادئ التي يركز عليها مبدأ الأمن القانوني، وهي:

- (١) مبدأ عدم رجعية القوانين.
  - (٢) مبدأ احترام الحقوق المكتسبة.
  - (٣) مبدأ قابلية القانون للتوقع (الثقة المشروعة).
  - (٤) مبدأ المساواة.
  - (٥) مبدأ استقرار القواعد القانونية.
  - (٦) مبدأ وضوح القاعدة القانونية المطبقة.
- وفيا يأتي بيان لمفهوم هذه المبادئ التي يركز عليها مبدأ الأمن القانوني. وهذا المطلب يتضمن بيان تلك المبادئ التي أكد عليها النظام الأساسي للحكم.

فلقد أكد النظام الأساسي للحكم على مبدأ المساواة بصفته ركيزة أساسية من ركائز الأمن القانوني، حيث نصت المادة الثامنة على أن: «يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة، وفق الشريعة الإسلامية». ولأهمية كفالة مبدأ المساواة أمام القضاء بالتساوي للمواطنين والمقيمين، نصت المادة السابعة والأربعون من النظام الأساسي للحكم على أن: «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة، ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك».

من ناحية أخرى فقد أقر النظام الأساسي مبدأ عدم رجعية القوانين صراحة، وعلى ضرورة تطبيق قاعدة (لا يعذر أحد بجهله بالقانون)، وذلك عندما أكد على ضرورة نشر الأنظمة، وحدد آلية نشرها عن طريق الجريدة الرسمية، ووضع طريقتين لبدء سريان هذه الأنظمة، إما من تاريخ النشر، أو أن ينص النظام على بدء تاريخ سريانه، حيث نصت المادة الحادية والسبعون على أن: «تنشر الأنظمة في الجريدة الرسمية، وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها، ما لم ينص على تاريخ آخر». كما أن مبدأ عدم الرجعية فقد تم التأكيد عليه فيما يتعلق بالنصوص التي تتضمن عقوبات، بأن لا تنطبق على الأعمال السابقة لصدور النص، حيث نصت المادة الثامنة والثلاثون من النظام الأساسي على أن: «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي، أو نص نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي».

كما أكد النظام الأساسي للحكم على أهمية احترام الحقوق المكتسبة، وأن لها حرمتها ولا يجوز مساسها من قبل السلطات العامة إلا بالشروط المحددة وفق أحكام هذا النظام، ومن ذلك ما ورد في نص المادة الثامنة عشرة: «تكفل الدولة حرية الملكية الخاصة وحرمتها، ولا ينزع من أحد ملكه إلا للمصلحة العامة على أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً». والمادة التاسعة عشرة: «تحظر المصادرة العامة للأموال، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي». وهذا ينعكس إيجاباً على ثقة أفراد المجتمع بسلطات الدولة والمنظومة التشريعية لها. وأما المادة السادسة العشرون من النظام الأساسي للحكم فقد نصت على أن «تحمي الدولة حقوق الإنسان،

وفق الشريعة الإسلامية». كما أكد النظام على أهمية حقوق العامل وصاحب العمل وضرورة حمايتها في نص المادة الثامنة والعشرين: «تيسر الدولة مجالات العمل لكل قادر عليه، وتسن الأنظمة التي تحمي العامل وصاحب العمل». والنص على مثل هذه الحقوق في النظام الأساسي للحكم -والذي يعد بمثابة دستور الدولة- يعزز من الأمن القانوني ببناء ثقة المواطن والمقيم في المنظومة التشريعية وأجهزتها، والاطمئنان على حقوقه العمالية وإن كان متعاقدًا مع جهة خاصة.

كما أكد النظام الأساسي للحكم على أن المملكة دولة قانون، يخضع أفرادها وسلطاتها وأجهزتها للأنظمة والقوانين على حد سواء، حيث نصت المادة السادسة والثلاثون على أن «توفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها والمقيمين على إقليمها، ولا يجوز تقييد تصرفات أحد، أو توقيفه، أو حبسه، إلا بموجب أحكام النظام». فتقييد التصرفات والتوقيف والحبس الوارد في المادة يعود على الدولة، علاوة على كونه من اختصاص الجهات التنفيذية لها، وأيضاً ينطبق ذلك على المادة السابعة والثلاثين: «للمساكن حرمتها، ولا يجوز دخولها بغير إذن صاحبها، ولا تفتيشها، إلا في الحالات التي بينها النظام»، وما ورد في نص المادة الأربعين: «المراسلات البرقية، والبريدية، والمخابرات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال، مصنونة، ولا يجوز مصادرتها، أو تأخيرها، أو الاطلاع عليها، أو الاستماع إليها، إلا في الحالات التي بينها النظام»، والمواد المشار إليها تؤكد على ألا يكون التصرف إلا بموجب النظام، مما يدل على خضوع السلطات لحكم القانون.

ولقد كفلت المادة الثالثة والأربعون بشكل استثنائي حق المواطن في رفع الظلم عن نفسه، وحرص الدولة على حقوق أفرادها، وذلك عندما سمحت دون قيود لكل من له مظلمة أو شكوى برفع مظلمته إلى أعلى سلطة في الدولة وهي الملك، وذلك في سبيل زرع الطمأنينة والثقة في نفوس المواطنين والمقيمين، حيث ورد في نصها: «مجلس الملك ومجلس ولي العهد، مفتوحان لكل مواطن، ولكل من له شكوى أو مظلمة، ومن حق كل فرد مخاطبة السلطات العامة فيما يعرض له من الشؤون».

بالإضافة إلى ما أشير إليه من مبادئ سابقة يركز عليها مبدأ الأمن القانوني فقد أكد النظام الأساسي على استقلال القضاء، وهو من مقومات سيادة القانون، حيث تنص المادة السادسة والأربعون من النظام الأساسي للحكم على أن: «القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم غير سلطان الشريعة الإسلامية»، كما كفل النظام حق التقاضي بالتساوي بين المواطن والمقيم في نص المادة السابعة والأربعين: «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة، ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك». وكل ذلك يسهم في تعزيز الثقة لدى المواطن والمقيم على حد سواء بالمنظومة العدلية والقضاء، مما يصب في تقوية واستقرار الأمن القانوني.

ولأهمية تحقيق الاستقرار لأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية فقد جعل النظام الأساسي للحكم صدورها بذات الأداة التي تصدر بها الأنظمة، حيث نصت المادة السبعون من النظام الأساسي على أن: «تصدر

الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، ويتم تعديلها بموجب مراسيم ملكية».

ولأهمية استقرار المراكز القانونية بما يعزز من الأمن القانوني في الأنظمة السعودية، فقد أكدت المادة الحادية والثمانون من النظام الأساسي للحكم صراحة بأن لا يخل تطبيق النظام الأساسي للحكم بما ارتبطت به المملكة مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية من معاهدات واتفاقيات. كما أن البند (ثانياً) من الأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ القاضي بالموافقة على النظام الأساسي للحكم نص على أن: «يستمر العمل بكل الأنظمة والأوامر والقرارات المعمول بها عند نفاذ هذا النظام حتى تعدل بما يتفق معه». وهذا النص يهدف إلى الحفاظ على الأوضاع القانونية والتعاملات والمراكز التي نشأت قبل صدور النظام الأساسي للحكم، مما له دور كبير في الحفاظ على الأمن القانوني لدى أطراف هذه التعاملات، ولكن ليس بما يخالف النظام الأساسي للحكم، فالنص وضع شرطاً معيارياً لاستمرار هذه المراكز التي نشأت في ظل الأنظمة والأوامر والقرارات السابقة على صدور النظام الأساسي للحكم، وهذا الشرط هو أن تستمر حتى يتم تعديل مصدر الالتزام لهذه التعاملات ومنشأ هذه المراكز القانونية بما يتماشى مع صحيح النظام الأساسي.





ثانياً: المبادئ التي يركز عليها مبدأ الأمن القانوني في الضوابط المطلوب مراعاتها عند إعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها:

انطلاقاً من مرتكزات مبدأ الأمن القانوني فقد أكدت الضوابط المطلوب مراعاتها عند إعداد ودراسة مشروعات الأنظمة واللوائح وما في حكمها، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣) وتاريخ ٣٠/١١/١٤٣٨هـ، على معايير وشروط يتوجب على الجهات الحكومية التي ترغب في التقدم بمقترح نظام أو لائحة مراعاتها، ومنها إعداد دراسة تتضمن: أهدافه والفئة المستهدفة منه، مدى الحاجة إليه، السند النظامي الذي خول الجهة إصدار اقتراح، الأسباب التي دعت لاقتراحه، نبذة عن تشريعات وتجارب الدول فيما يخص المشروع المقترح، أثر هذا الاقتراح على النواحي المالية والاقتصادية والاجتماعية والصحية والوظيفية، علاوة على الأنظمة والأحكام التي ستتقاطع وتتأثر بالمشروع المقترح، حيث نصت الفقرة على أنه: «على الجهة الحكومية - عند رفع مقترح إلى رئيس مجلس الوزراء لمشروعات أنظمة ولوائح وما في حكمها أو تعديل النافذ منها- التأكد من توافق المقترح مع الرؤى والخطط والإستراتيجيات المعتمدة، ومراعاة اختصاص الجهات المعنية الأخرى، واتخاذ الآتي:

١- إذا كان المقترح يتضمن فكرة جديدة لمشروع نظام أو لائحة أو ما في حكمها، فعلى الجهة - قبل البدء في إعداده- رفع تصور متكامل عنه، بما في ذلك توضيح أهدافه والفئة المستهدفة من تطبيقه ومدى الحاجة إليه، وذلك لعرضه على مجلس الشؤون السياسية والأمنية أو مجلس الشؤون الاقتصادية

والتنمية - بحسب الاختصاص - لأخذ التوجه المبدئي، ومن ثم إعادته إلى الجهة لاستكمال ما يلزم حياله وفقاً لهذه الضوابط.

٢- مع مراعاة ما ورد في الفقرة (١) أعلاه تقدم الجهة مذكرة توضيحية تتضمن بيان السند النظامي لاختصاصها بطلب إصدار المقترح، والهدف منه، وعناصره الرئيسية، والأسباب التي دعت إلى إعداده، وشرح موادّه بشكل واضح، بالإضافة إلى ما يأتي:

أ. نبذة عن التشريعات والتجارب الدولية التي استُفيد منها عند إعداده، وأهم النصوص النظامية الواردة في تلك التشريعات.

ب. بيان الآثار المالية والاقتصادية والوظيفية المتوقعة التي قد تنتج عند تطبيقه بشكل مُحدّد، بما في ذلك ما يقع منها على منشآت القطاع العام والقطاع الخاص، بالإضافة إلى بيان الآثار الاجتماعية، والتنسيق مع الجهات ذات العلاقة في هذا الشأن.

ج. إرفاق جدول يتضمن بياناً بالأنظمة والأحكام النظامية الواردة في الأنظمة واللوائح وما في حكمها، والأوامر الملكية، وقرارات مجلس الوزراء، والأوامر السامية، التي سترتب على صدور هذا المقترح إلغائها أو تعديلها، وما يقابلها من أحكام مقترحة، مع ذكر أسباب ذلك.

د. الاتفاقيات الدولية (وما في حكمها) التي تكون المملكة طرفاً فيها ذات العلاقة المباشرة بمقترح المشروع أو التعديل، وما تضمنته من التزامات على المملكة».

## المطلب الثاني: مظاهر غياب مبدأ الأمن القانوني في الواقع التشريعي في القانون السعودي:

بعد تناول مظاهر تكريس التشريعات السعودية لمبدأ الأمن القانوني، وجب علينا التطرق للجانب الأهم وهو مظاهر غياب الأمن القانوني في هذه التشريعات، ودراسة الواقع التطبيقي لآثار غياب الأمن القانوني، ومن أبرز مظاهر غياب الأمن القانوني في التشريعات السعودية: التعديلات السريعة للأنظمة مما يؤدي إلى عدم الاستقرار التشريعي، عدم استقرار الاجتهاد القضائي، الصياغة التشريعية والكوادر المتخصصة، عدم تضمن القواعد القانونية لقواعد معيارية، وأخيراً أن مشروع النظام المقترح من قبل مجلس الشورى لا يُلزم بدراسة تأثير مواد الأنظمة النافذة به.

### أولاً: التعديلات السريعة للأنظمة مما يؤدي إلى عدم الاستقرار التشريعي:

الأصل في التشريعات هو استقرارها وبقاؤها دون تغيير، إلا عندما تستدعي الحاجة وذلك بتغير وتطور المجال الذي يتناوله هذا التشريع، أو تأثره بتشريعات أخرى جديدة، ولكن بدراسة الواقع التشريعي في القانون السعودي، خصوصاً الحديث منها، نلاحظ سرعة إجراء التعديلات على المواد، بما يؤثر سلباً على استقرارها واستقرار المركز القانونية الناشئة عنها، ليصل مستوى سرعة إجراء التعديلات إلى تعديل ذات المادة خلال أسبوع لنظام لم يتجاوز عمره ستة سنوات، وفي أحيان أخرى يتم تعديل الأنظمة بكاملها وليس تعديل مواد محددة خلال أول سنة أو سنتين من إصدار

النظام. وفيما يلي استعراض لبعض الأنظمة حديثة الصدور نسبياً، وطرأت عليها تعديلات متسارعة خلال فترات تعد متقاربة في عمر تلك الأنظمة<sup>(١)</sup>.

## ١. نظام الشركات:

- صدر نظام الشركات بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ٢٨ / ١ / ١٤٣٧هـ، وقضى في المادة السادسة والعشرين بعد المائتين منه بأن يحل هذا النظام محل نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ ٢٢ / ٣ / ١٣٨٥هـ وما يتعارض معه من أحكام.

- وبتاريخ ٢٥ / ٧ / ١٤٣٩هـ صدر المرسوم الملكي رقم (م/٧٩) متضمناً تعديل نص المواد والفقرات (الثانية عشرة، والفقرة رقم (١) من المادة الحادية والسبعين، والثانية والسبعين، والحادية والتسعين، والرابعة بعد المائة، والفقرة رقم (٣) من المادة السادسة والعشرين بعد المائة، والحادية والستين بعد المائة، والفقرة رقم (٣) من المادة السابعة والستين بعد المائة)، إضافة فقرتين (٣) و(٤) إلى نص المادة الحادية والسبعين، إضافة مادة جديدة الثمانون مكرر، حذف الفقرة رقم (١) من المادة السابعة والخمسين بعد المائة، من نظام الشركات.

(١) جميع الأنظمة واللوائح والتنظيمات المذكورة مع التعديلات، تم الحصول عليها من الموقع الإلكتروني للمركز الوطني للوثائق والمحفوظات، (<https://ncar.gov.sa>) وموقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء (<https://www.boe.gov.sa/ar/Pages/default.aspx>).

- وبتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ صدر المرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) متضمناً الموافقة على نظام جديد للشركات، وقضى في المادة الثمانين بعد المائتين منه بأن يحل هذا النظام محل نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ وما يتعارض معه من أحكام.

## ٢- نظام الشركات المهنية:

- صدر نظام الشركات المهنية بالمرسوم الملكي رقم (م/١٧) بتاريخ ٢٦/١/١٤٤١هـ، وقضى في المادة الثمانين بعد المائتين منه بأن يحل هذا النظام محل نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ وما يتعارض معه من أحكام.

- وبتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ صدر المرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) متضمناً الموافقة على نظام للشركات، وقضى في المادة السابعة والعشرين منه بأن يحل هذا النظام محل نظام الشركات المهنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤) وتاريخ ١٨/٢/١٤١٢هـ وما يتعارض معه من أحكام.

## ٣- نظام الاتصالات وتقنية المعلومات:

- صدر نظام الاتصالات بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢) بتاريخ ١٢/٣/١٤٢٢هـ.

- وبتاريخ ٢٠/٢/١٤٢٦هـ صدر المرسوم الملكي رقم (م/٣) بالموافقة على إضافة فقرة جديدة برقم (١٤) إلى المادة (٣٧) من نظام الاتصالات لعام ١٤٢٢هـ.

- وبتاريخ ٧/٣/١٤٣٤هـ صدر المرسوم الملكي رقم (٤/م) بالموافقة على تعديل المواد (١، ٣٧، ٣٨) من نظام الاتصالات لعام ١٤٢٢هـ.
  - وبتاريخ ٢٢/٢/١٤٤٠هـ صدر المرسوم الملكي رقم (١٥/م) بالموافقة على تعديل المادتين الرابعة والخامسة من نظام الاتصالات لعام ١٤٢٢هـ.
  - وبتاريخ ٢/١١/١٤٤٣هـ صدر المرسوم الملكي رقم (١٠٦/م) بالموافقة على نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، وقضى في المادة الحادية والأربعين منه بأن يجل هذا النظام محل نظام الاتصالات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٢/م) وتاريخ ١٢/٣/١٤٢٢هـ وما يتعارض معه من أحكام.
- ٤- نظام السياحة:

- صدر نظام السياحة رقم (٢/م) بتاريخ ٩/١/١٤٣٦هـ.
- وبتاريخ صدر المرسوم الملكي رقم (١٥/م) وتضمن إضافة فقرة جديدة تحمل الرقم (٣) إلى المادة الثالثة عشرة من نظام السياحة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢/م) بتاريخ ٩/١/١٤٣٦هـ.
- بتاريخ ٥/٢/١٤٤٢هـ صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٩٦) متضمناً تعديل المادتين الأولى والثامنة عشرة من نظام السياحة لعام ١٤٣٦هـ، وإحلال كلمتي (الوزارة، الوزير) محل كلمتي (الهيئة، الرئيس) أينما وردتا في النظام.

- وبتاريخ ٢٦ / ١ / ١٤٤٤ هـ صدر المرسوم الملكي رقم (م/١٨) بالموافقة على نظام جديد للسياحة، وقضى في المادة الثامنة عشرة منه بأن يحل هذا النظام محل نظام السياحة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) بتاريخ ٩ / ١ / ١٤٣٦ هـ ويلغي ما يتعارض معه من أحكام.

وبالنظر إلى هذه الأنظمة وما طرأ عليها من تعديلات يتبين أن المدة الزمنية بين صدور أول نظام وإصدار نظام جديد قليلة نسبياً مما قد يكون له أثر على استقرارها واستقرار المركز القانونية الناشئة عنها.

ثانياً: تعدد الأدوات القانونية لإصدار الأحكام النظامية وعدم نشر بعضها:

بالإضافة إلى الأنظمة التي تصدر بمراسيم ملكية بعد دراستها من كل من مجلس الشورى ومجلس الوزراء، فإن القواعد القانونية تنشأ من خلال أوامر ملكية أو أوامر سامية، وفي بعض الأحيان ينص على أن هذه الأوامر ذات طابع سري، والإشكالية في هذا المنهجية أنها لا تتناغم مع النظام الأساسي للحكم فيما يتعلق بالالتزام بنشر الأحكام النظامية، فالمادة الحادية والسبعون من النظام الأساسي تنص على أن: «تنشر الأنظمة في الجريدة الرسمية، وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها، ما لم ينص على تاريخ آخر»، لذا فإنه من الضروري أن يتم نشر أي وثيقة تتضمن قواعد قانونية تخاطب الأشخاص وتوجب عليهم الالتزام بأحكامها، وألا تكون سرية.

ثالثاً: عدم نشر المبادئ القضائية رغم أنها أصبحت تنشئ قواعد قانونية:

للمبادئ التي تنشئها المحاكم في المملكة العربية السعودية قيمتها القانونية في القضايا اللاحقة، فالمادة الرابعة عشرة من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ تنص على أنه: «إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا - في شأن قضية تنظرها - العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به أو أخذت به دائرة أخرى في المحكمة نفسها في قضايا سابقة، أو رأت إحدى دوائر محكمة الاستئناف العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا في قضايا سابقة، فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة العليا لإحالة إلى الهيئة العامة للمحكمة العليا للفصل فيه».

وتنص الفقرة (٤) من المادة العاشرة من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ على أنه: «إذا رأت إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا - عند نظرها أحد الاعتراضات - العدول عن مبدأ تقرر في حكم صادر منها أو من إحدى دوائر المحكمة؛ تعين على الدائرة رفع الاعتراض إلى رئيس المحكمة؛ ليحيله إلى الهيئة العامة للمحكمة للفصل فيه».

ولقد جعلت المادة الحادية عشرة من نظام الديوان من بين اختصاصات المحكمة الإدارية العليا النظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية، إذا كان محل الاعتراض على الحكم (أ) مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو الأنظمة التي لا تتعارض معها، أو الخطأ في



تطبيقها أو تأويلها، بما في ذلك مخالفة مبدأ قضائي تقرر في حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا.

وتقضي الفقرة (٢/أ) من المادة الثالثة عشرة باختصاص الهيئة العامة للمحكمة العليا، والتي تتكون برئاسة رئيس المحكمة وعضوية جميع قضاتها بتقرير مبادئ عامة في المسائل المتعلقة بالقضاء.

كما أن المادة الثامنة والثمانين من نظام المحاكم التجارية (م/٩٣) وتاريخ ١٥/٨/١٤٤١هـ نصت على ذات الحكم الوارد في المادة الحادية عشرة من نظام ديوان المظالم، حيث نصت على أن: «تختص الدائرة التجارية في المحكمة العليا بالنظر في الاعتراضات على الأحكام والقرارات التي تصدرها دوائر الاستئناف في المحكمة؛ إذا كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي: (أ) مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو مخالفة مبدأ قضائي صادر من المحكمة العليا».

إلا أنه من الملاحظ وعلى الرغم من أن المبادئ التي تنشئها المحاكم وفقاً للآلية المبينة أعلاه إلا أنه لا يتم نشرها بطريقة محددة لكي يلتزم بها المخاطبون بها، ويظل الحصول عليها مسألة اجتهادية بين المهتمين بالأمر العدلية من قضاة ومحامين ومستشارين قانونيين وأعضاء هيئة تدريس في القانون، وهذه الطريقة لا تتوافق مع مقتضيات مبدأ الأمن القانوني، ومن ثم فإنه من الواجب أن يتم استحداث طريقة محددة لنشر هذه المبادئ وما يطرأ عليها من تعديلات.

## رابعاً: آلية تطبيق الأنظمة الجديدة:

سبق الإشارة على أنه يشترط في التشريعات بمختلف أنواعها وأشكالها أن توفر نوعاً من الاستقرار والثبات، والبعد عن التعديل المستمر للنصوص القانونية، حيث أن هذا الإجراء يؤثر على استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، وليس المقصود هنا أن يكون القانون في قوالب جامدة، إنما المقصود ألا يكون تطور القانون ميداناً للمفاجآت وعدم التوقع، لأن أساس فكرة الأمن القانوني هو استقرار المراكز القانونية وعدم المساس بها، بالتالي فالمراكز التي تكونت واستقرت يجب أن تتوفر لها الحماية القانونية على الدوام في حالة تغير القوانين أو تبدل أوضاع المجتمع، فالاستقرار القانوني يعني أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج، بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها.

كما سبق الإشارة إلى أن النظام الأساسي أقر مبدأ عدم رجعية القوانين صراحة، وعلى ضرورة تطبيق قاعدة أن لا يعذر أحد بجهله بالقانون، وذلك عندما أكد على ضرورة نشر الأنظمة، وحدد آلية نشرها عن طريق الجريدة الرسمية، ووضع طريقتين لبدء سريان هذه الأنظمة، إما من تاريخ النشر، أو أن ينص النظام على بدء تاريخ سريانه، حيث نصت المادة الحادية والسبعون على أن: «تنشر الأنظمة في الجريدة الرسمية، وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها، ما لم ينص على تاريخ آخر»، كما أن مبدأ عدم الرجعية تم التأكيد عليه فيما يتعلق بالنصوص التي تتضمن عقوبات، بأن لا تنطبق على الأعمال السابقة لصدور النص، حيث نصت المادة الثامنة والثلاثون من

النظام الأساسي على أن: «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي، أو نص نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي».

وتناغماً مع مبدأ عدم سريان النصوص النظامية بأثر رجعي عادة يتم النص في الأنظمة على مرحلة انتقالية يتوجب خلالها على المخاطبين بأحكام النظام تعديل أوضاعهم القانونية وفقاً لأحكامه، ومما صدر متضمناً مثل هذا النص الانتقالي المرسوم الملكي رقم (م/١٠٦) وتاريخ ٢/١١/١٤٤٣هـ الذي بموجبه تمت الموافقة على نظام الاتصالات وتقنية المعلومات، حيث نص في البند (ثانياً) منه على: «لا تخل أحكام النظام -المشار إليه في البند (أولاً) من هذا المرسوم- بسريان التراخيص الصادرة قبل العمل به، وعلى كل من يقدم خدمات اتصالات أو تقنية معلومات -وقت العمل بالنظام- تصحيح أوضاعه بما يتفق مع أحكامه خلال (اثني عشر) شهراً من تاريخ العمل به». إلا أنه على الرغم من وجود مثل هذه الفترة الانتقالية فقد تنشأ مشكلة تتمثل في عدم مقدرة المرخص لهم وفقاً لأحكام النظام السابق في تحقيق متطلبات النظام الجديد، مما يعني تأثر استثماراتهم، وهذا الأمر في نهاية المطاف يؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني بما لا يتوافق مع مبدأ الأمن القانوني.

### خامساً: المنهجية والآلية المعتمدة على إلغاء الأنظمة:

وضَّح النظام الأساسي للحكم بشكل واضح ودقيق آلية إصدار الأنظمة، حيث نصت المادة السبعون من النظام الأساسي للحكم على أن:

«تصدر الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، ويتم تعديلها بموجب مراسيم ملكية». ولكن المشكلة الفعلية تتجلى في أن النظام الأساسي للحكم ونظام مجلس الشورى ونظام مجلس الوزراء لم توضح آلية إلغاء هذه الأنظمة، والوقوع العملي يعكس لنا صورتين لإلغاء الأنظمة مطبقة في المملكة هما: الإلغاء الصريح، والإلغاء الضمني، بل أن المستقر عليه الأخذ بالإلغاء الضمني للأنظمة<sup>(١)</sup>.

وإلغاء النصّ النظامي يعني قيام المنظم بإنهاء سريان هذا النص وتجريده من قوته القانونية الإلزامية ابتداءً من تاريخ هذا الإنهاء، سواء أكان ذلك نتيجة إحلال نصّ نظامي جديد مكانه، أو الاستغناء عن النص النظامي القائم دون أن يتمّ إحلال نصّ نظامي آخر مكانه، ومن ثم فلا يلتزم الأشخاص طبيعيين كانوا أم اعتباريين بحكم النص النظامي الملغى بعد ذلك، كما أن القاضي لا يطبّقه، وهنا تكمن أهمية وخطورة الإلغاء، حيث أن قوة القاعدة القانونية تكون خلال مدة سريانها فقط، وتفقد هذه القوة الملزمة بمجرد إلغائها.

أما الجهة المختصة بإلغاء الأنظمة، وباستحضار نص المادة السبعين من النظام الأساسي للحكم فإنها تنصّ على أن: «تصدر الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، ويتمّ تعديلها بموجب مراسيم ملكية»، وتنصّ المادة العشرون من نظام مجلس الوزراء على أنه: «مع مراعاة ما ورد (١) الجربوع، أيوب بن منصور. (٢٠١٩م). إلغاء الأنظمة في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية للأحكام النظامية في ضوء قضاء ديوان المظالم، معهد الإدارة العامة، المجلد ٦٠، العدد ٢٠٣، ص ٢٠٣.

في نظام مجلس الشورى تصدر الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية والامتيازات، وتُعدّل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الوزراء»، والمادة الثامنة عشرة من نظام مجلس الشورى تنص على أن: «تصدر الأنظمة، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، وتُعدّل، بموجب مراسيم ملكية، بعد دراستها من مجلس الشورى». وبناءً على هذه المواد يتبين أن إلغاء النص النظامي لا بد أن يتمّ بالإجراءات ذاتها ومن قبل السلطة المختصة نفسها وهي السلطة التنظيمية؛ إذ لا بد أن يصدر قراراً من مجلس الوزراء، وقراراً من مجلس الشورى، ويصادق عليهما بمرسوم ملكي، أي بالأداة ذاتها<sup>(١)</sup>.

وهناك فرق بين الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني، فالإلغاء الصريح يتحقق بأن ينص النظام الجديد صراحةً على إلغاء النص النظامي القديم إلغاءً كلياً أو جزئياً، ويتميز الإلغاء الصريح بأنه مُحَدّد ويمكن من خلاله التعرف بشكل واضح على النصوص التي تم إلغاؤها بموجب النظام الجديد، وتاريخ نفاذ النص النظامي الجديد والحالات التي يحكمها، وهو أمرٌ لا يواجه المخاطبون به ولا الجهات القضائية والحكومية أية مشكلة في معرفة النص الملغى والنص الجديد وتاريخ السريان والنفاذ<sup>(٢)</sup>، ومثال ذلك ما ورد في المرسوم الملكي (م/١٦٥) وتاريخ ١٩/١١/١٤٤١هـ والذي نص في الفقرة الأولى من البند أولاً على أن: «يلغي نظام البيئة -المشار إليه في البند أولاً- بعد نفاذه ما يلي: (١) نظام الهيئة السعودية للحياة الفطرية

(١) الجربوع، أيوب بن منصور. (٢٠١٩م). مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٢) الجربوع، أيوب بن منصور. (٢٠١٩م). مرجع سابق، ص ٢٠٩.

الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢٢) وتاريخ ١٢ / ٩ / ١٤٠٦ هـ. (٢) نظام صيد الحيوانات والطيور البرية الصادر بالمرسوم الملكي (م/ ٨) وتاريخ ١٦ / ٤ / ١٤٢٠ هـ.

وأما الإلغاء الضمني فهو الإلغاء الذي لا يتم بنص صريح، وإنما يستتج من استحالة الجمع بين قواعد نظامين لتعارضهما، أو عندما يصدر تنظيم جديد متكامل شامل لنفس موضوع النظام القديم<sup>(١)</sup>، كأن ترد عبارة في آخر النظام الجديد تقضي بأن «يلغي هذا النظام كل ما يتعارض معه من أحكام».

والإلغاء الضمني قد يتحقق من خلال التعارض بين النصوص، ويرجع الأساس في الإلغاء عن طريق التعارض إلى أنه عند صدور تشريع لاحق يتضمن قواعد قانونية تقرر أحكاماً تتناقض مع التشريع السابق، فإنه يجب احترام رغبة المشرع الأخيرة التي يتعين معها الأخذ بما ارتضاه من تنظيم، ويجب أيضاً التأكد من أن إلغاء القانون القديم لا يكون إلا في حدود ما يتعارض مع القانون الجديد فقط، أي أن أحكام القانون القديم تظل نافذة فيما لا يتعارض مع القانون الجديد، وتجدر الإشارة إلى أنه يتوجب مراعاة طبيعة قواعد التشريع من حيث العمومية والخصوصية، بمعنى أنه إذا كان التشريع القديم يتضمن أحكاماً عامة، وصدر التشريع الجديد بأحكام خاصة، فهنا لا يلغي التشريع الجديد أياً من التشريع القديم، بل يقيده فقط طبقاً للقاعدة «الخاص يقيد العام»، والعكس صحيح عندما يكون التشريع

(١) الرويس، خالد بن عبد العزيز. الرئيس، رزق بن مقبول. (٢٠١٢م). مرجع سابق. ص ١٥٢.

القديم يتضمن أحكاماً خاصة وأتى التشريع الجديد بأحكام عامة<sup>(١)</sup>. كما أن الإلغاء الضمني قد يتحقق عن طريق إعادة التنظيم، ويكون هذا الإلغاء عندما يعمد واضع التشريع إلى إصدار تنظيم لاحق يتناول بصورة شاملة ومتكاملة موضوع تفرد به تشريع سابق، دون البحث في التعارض بين نصوص التشريعين وإمكانية الجمع بينهما، والسبب في ذلك يرجع إلى أن تناول المشرع لتنظيم موضوع معين جملة وتفصيلاً يُستخلص منه إرادة وتوجه المشرع إلى استبعاد قواعد القانون القديم بشكل كلي والاستغناء عنه، فالإلغاء الضمني لا يُستنتج عن طريق التعارض بين الأحكام، بل يستشعر من مجرد الإتيان بتنظيم موضوع سابق على نحو شامل ومتكامل، وبناءً عليه فإن القانون الجديد لا يستلزم أن يُصرَّح بإلغاء القانون القديم في تمهيده أو ديباجة إصداره أو ضمن نصوصه، ولا يستلزم أيضاً أن يحمل التشريع الجديد نفس مسمى التشريع القديم؛ لأن العبرة بالموضوع والمسائل التي ينظمها، غير أن واضع التشريع غالباً ما يميل إلى الاحتياط والتحرز، فيورد نص صريح يفيد بإلغاء التشريع القديم<sup>(٢)</sup>.

والملاحظ أنه في المملكة العربية السعودية وعند إصدار نظام جديد، فإن المشرع يستخدم عبارة «يلغي هذا النظام كل ما يتعارض معه من أحكام»، ورغم أن استخدام مثل هذه العبارة يُعد الأسهل في الصياغة والأسلم

(١) الرويس، خالد بن عبد العزيز. الرئيس، رزق بن مقبول. (٢٠١٢م). مرجع سابق. ص ١٥٢-١٥٣.

(٢) الرويس، خالد بن عبد العزيز. الرئيس، رزق بن مقبول. (٢٠١٢م). مرجع سابق. ص ١٥٤.

والأحوط؛ إلا أنه يترتب عليها العديد من الإشكالات التي أوردها الدكتور أيوب بن منصور الجربوع في مقالته (إلغاء الأنظمة في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية للأحكام النظامية في ضوء قضاء ديوان المظالم) يمكن إيجازها فيما يلي:

- أن ذكر عبارة «يلغي هذا النظام كل ما يتعارض معه من أحكام» لا تأخذ بعين الاعتبار احتمالية أن يكون أحد النصين عام والآخر خاص، أو العكس، بالتالي فالخاص يقيد العام ولا يلغيه لتعارضه معه.

- أن استخدم عبارة «يلغي هذا النظام كل ما يتعارض معه من أحكام» لا يوضح بشكل قاطع ما يلغيه النظام الجديد من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه يترك عبء تتبع ما يلغيه النظام الجديد من أحكام إلى اجتهادات الجهات الحكومية والمحامين والباحثين وغيرهم، وقد ينتهي الأمر إلى تدخل القضاء؛ وذلك في حال وجود منازعة معروضة عليه.

- إن النصّ في النظام الجديد على «يلغي هذا النظام كل ما يتعارض معه من أحكام» لا يتطرق إلى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية النافذة التي صادقت عليها المملكة، فما هو الحال في حال تعارض النص الجديد معها، إذ إنه لا يُوجد في المملكة نصّ يقضي بأن أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تسود على أحكام الأنظمة، لذلك فمن المناسب أن تراعي الأنظمة الجديدة أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها المملكة.

- إن إيراد عبارة «يلغي هذا النظام كل ما يتعارض معه من أحكام» قد تتعارض مع الضوابط المطلوب مراعاتها عند إعداد ودراسة مشروعات



الأنظمة واللوائح وما في حكمها، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣) وتاريخ ٣٠ / ١١ / ١٤٣٨ هـ؛ حيث أن الفقرة (ج/ ٢) من البند (أولاً) من تلك الضوابط ألزمت الجهة الحكومية - عند رفعها إلى رئيس مجلس الوزراء مقترحاً لمشروعات أنظمة أو لوائح وما في حكمها- بأن تضع جدولاً يتضمن بياناً بالأنظمة والأحكام النظامية الواردة في الأنظمة واللوائح وما في حكمها، والأوامر الملكية، وقرارات مجلس الوزراء، والأوامر السامية، التي سترتب على صدور النظام المقترح إلغاؤها، أو تعديلها، وما يقابلها من أحكام مقترحة مع ذكر أسباب ذلك<sup>(١)</sup>، التالي فإن إلغاء النظام لكل ما يتعارض معه يؤثر على جدوى وكفاءة الدراسة المسبقة لمشروع النظام الجديد، بحيث إنه قد تنص الدراسة على الأنظمة التي تحتاج إلى تعديل بعد صدور النظام الجديد، بينما نص النظام على إلغاء كل ما يتعارض معه يعني بالضرورة إلغاؤها.

### سادساً: عدم استقرار الاجتهاد القضائي:

إن للاجتهاد القضائي رابطة قوية وعلاقة متينة بالأمن القانوني، فاستقرار الاجتهادات القضائية في المسائل التي لم تتناولها التنظيمات المختلفة يؤدي إلى استقرار الأمن القانوني، بينما اختلاف الاجتهادات القضائية في المسائل المتماثلة في وقائعها يؤدي إلى زعزعة الأمن القانوني، وينعكس سلباً على علم الناس بالقانون والإجراءات، حيث إن الأحكام القضائية ليست واجبة الإعلان والنشر كما هو الحال مع الأنظمة والتشريعات.

(١) الجربوع، أيوب بن منصور. (٢٠١٩م). مرجع سابق، ص ٢١٠-٢١١.

وباستقراء الأحكام القضائية، نجد أن النزاعات التي لا يحكمها نص نظامي واضح، ويلجأ القاضي إلى الاجتهاد للبت فيها، تختلف حكماً وتنطبق من ناحية الحثيات، ومن ذلك الأحكام المتعلقة باعتبار الأوامر الملكية من أعمال السيادة، ويرجع منبع هذه المسائل إلى المادة الرابعة عشرة من نظام ديوان المظالم<sup>(١)</sup> والتي تنص على أنه: «لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة، أو النظر في الاعتراضات على ما تصدره المحاكم - غير الخاضعة لهذا النظام- من أحكام داخلية في ولايتها، أو ما يصدره المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري ومجلس النيابة العامة من قرارات»، وبالبحث في قضايا ديوان المظالم تبين وجود قضيتين متماثلتين من حيث الوقائع وطلبات المدعين فيهما، إلا أن إحداها عدت الأوامر الملكية داخل نطاق أعمال السيادة، بالتالي تشملها أحكام المادة الرابعة عشرة الواردة أعلاه، وتخرج من اختصاص ديوان المظالم، أما القضية الأخرى فلم تعد الأوامر الملكية من أعمال السيادة لعدم نص المادة صراحة على ذلك.

فالقضية ذات الرقم (٧٠٤٦/١/ق لعام ١٤٣٣هـ) لدى المحكمة الابتدائية (الإدارية)<sup>(٢)</sup>، وتتلخص وقائها بأن المدعي تقدم بصحيفة دعوى

(١) نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ والمعدل بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ١٤٤١/٩/١٤هـ.

(٢) المصدر مدونة الأحكام القضائية لدى ديوان المظالم، يمكن الاطلاع عليها عبر الرابط التالي (<https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialBlogs/Pages/>)

(AdvancedSearch.aspx).

ذكر فيها أنه صدر الأمر الملكي رقم (أ/٦٩) وتاريخ ١٣/٤/١٤٣٢هـ بترقية جميع العسكريين من ضباط وأفراد، وقد تمت ترقية زملائه من رتبة عميد إلى رتبة لواء في القطاعات الأخرى، إلا أنه تفاجأ بإحالاته إلى التقاعد بموجب الأمر الملكي رقم (أ/٨٠) وتاريخ ٢٠/٤/١٤٣٢هـ، وختم صحيفته بطلب ترقيته إلى رتبة لواء. ولقد حكمت الدائرة بعدم جواز نظر الدعوى، لأن ما يطالب به المدعي متعلق بالأمر الملكي رقم (أ/٨٠) وتاريخ ٢٠/٤/١٤٣٢هـ والمتضمن إحالاته للتقاعد اعتباراً من تاريخه، فإن المحاكم الإدارية استقرت على أن الأوامر الملكية تعتبر من أعمال السيادة وفقاً للمادة (١٤) من نظام ديوان المظالم، وقد أيدت محكمة الاستئناف بحكمها رقم (٤٠/إس/٦ لعام ١٤٢٩هـ) ورقم (٤٢/إس/٦ لعام ١٤٢٩هـ) حكم الدائرة الإدارية.

وأما القضية رقم (١٠٨/٥/ق لعام ١٤٢٩هـ) لدى المحكمة الابتدائية (الإدارية)، فالمدعي يطالب بإلزام المدعى عليها بتعويضه عما لحقه من أضرار بسبب إحالاته إلى التقاعد قبل بلوغه السن النظامية، وقبل إكماله المدة المقررة للرتبة. المدعي من مواليد ١٣٧٥هـ، والتحق بالخدمة العسكرية بتاريخ ١٦/٧/١٣٩٨هـ. صدر الأمر الملكي بترقية المدعي إلى رتبة عميد اعتباراً من تاريخ ١٦/١/١٤٢٣هـ. صدر الأمر الملكي بإحالاته للتقاعد بتاريخ ٢٠/٢/١٤٢٨هـ. بينما المدعي لم يبلغ السن النظامي ولم يكمل السنوات المقررة في الرتبة. وحكمت الدائرة بإلزام المدعى عليها بأن تدفع للمدعي مبلغاً وقدره (....) ريالاً، السبب: أن المادة (١٤) من نظام الديوان نصت

على أنه: «لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة، أو النظر في الاعتراضات على ما تصدره المحاكم - غير الخاضعة لهذا النظام- من أحكام داخلية في ولايتها، أو ما يصدره المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري ومجلس النيابة العامة من قرارات». ولم تنص على عدم جواز النظر في الدعوى المتعلقة بالأوامر الملكية، ولم يغيب عن بال المنظم النص عليها هاهنا، ومن ثم حجب القضاء عن نظرها، وإنما كان إدخال الأوامر الملكية في أعمال السيادة من باب الاجتهاد القضائي القابل لإعادة النظر، كما أن من المقرر أن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية التي تباشرها الحكومة في حدود وظيفتها الإدارية، وبين أعمال السيادة التي تباشرها باعتبارها سلطة حكم، مرده إلى القضاء الذي ترك له المنظم سلطة تقدير الوصف النظامي للعمل المطروح عليه، وما إذا كان يعد عملاً إدارياً عادياً يختص بنظره، أم عملاً من أعمال السيادة يمتنع عن النظر فيه، كما أن الفقهاء القائلين بنظرية أعمال السيادة متفقون على عدم جواز نظر دعوى الإلغاء، لكن مختلفون في نظر دعوى التعويض. ولقد أيدت محكمة الاستئناف الإدارية الحكم الصادر من المحكمة الإدارية.

فبالرغم من أن كلا القضيتين متشابهتين من ناحية الموضوع (طلب تعويض عن أمر ملكي صدر بتقاعد عسكري) وفي فترتين زمنييتين متقاربتين (١٤٢٨هـ، ١٤٣٣هـ) ولدى نفس المحكمة، وكلاهما تم تأييدهما من الاستئناف، وبالأستناد إلى نفس المادة، إلا أن الحكامين اختلفا، فالأول عدّ الأوامر الملكية من أعمال السيادة وبالتالي يخرج من اختصاص ديوان المظالم،

أما الحكم الآخر فأخرج الأوامر الملكية من أعمال السيادة وذكر أنه اجتهاد قضائي غير ملزم، وتجاوز إلى تأييد الفقهاء القائلين بجواز نظر دعاوى التعويض عن أعمال السيادة. بالتالي فترك المسائل غير الواضحة في نصوص الأنظمة للاجتهاد القضائي يتوسع بها ويضيقها دون معايير واضحة، يؤدي إلى اختلاف الأحكام بين دائرة والأخرى بالتالي يفقد المواطنين ثقتهم في المنظومة القضائية ويتأثر بذلك استقرار الأمن القانوني.

### سابعاً: عدم تضمن بعض الأحكام النظامية لقواعد معيارية واضحة:

والمقصود بالقواعد المعيارية هنا أن تكون القاعدة القانونية قابلة للقياس والتقييم بمعايير محددة، وهذا لا يتعارض مع مبدأ العمومية والتجريد، فالعمومية والتجريد تقتصر على المخاطبين بالقاعدة القانونية، أما المعيار فهو طريقة لقياس مدى انطباق وتحقيق شروط القاعدة القانونية حتى يتم العمل بها، وبالبحث في الأنظمة السعودية نجد مجموعة من القواعد القانونية لا تحمل أي معيار أو حدود لفهم حالات انطباقها.

فعلى سبيل المثال فيما يخص (أعمال السيادة) والتي تعرف بأنها مجموعة أعمال السلطة التنفيذية التي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري أو العادي، ولها سمات مميزة كأن تتعلق هذه الأعمال بالحرب، أو الأمن الداخلي، أو تلك الأعمال التي تنظم علاقة السلطة التشريعية بالتنفيذية، أو الأعمال التي تتعلق بالعلاقات الدولية الدبلوماسية<sup>(١)</sup>، وبالرغم من أن هذه المعايير

(١) ابن هندي، هدية عبد الحفيظ مفتاح. (٢٠٠٨م). نظرية أعمال السيادة، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، المجلد ٥، العدد ١٠، ص ٣٩٥.

معروفة لدى المختصين قضاءً أو قانوناً، يوجد شبه اتفاق دولي عليها، إلا أن المشرع السعودي لم يضع أي قاعدة معيارية لأعمال السيادة عندما تطرق إليها في نظام ديوان المظالم المادة الرابعة عشرة: «لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة، أو النظر في الاعتراضات على ما تصدره المحاكم - غير الخاضعة لهذا النظام- من أحكام داخلية في ولايتها، أو ما يصدره المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري ومجلس النيابة العامة من قرارات»، بالتالي فعدم وجود مقياس ثابت يُمكن القاضي الإداري من تقييم أعمال السلطة التنفيذية ما إذا كانت تدخل ضمن أعمال السيادة أم لا، يضفي الغموض على أعمال السيادة ويثير التساؤلات عن معاييرها.

أيضاً بالبحث في نصوص نظام مجلس الوزراء، نجد أن من اختصاصات المجلس في الشؤون التنفيذية (إحداث وترتيب المصالح العامة)، وتأتي التساؤلات بعد قراءة النص، ماهي معايير المصالح العامة؟ ومتى يمكن للقاضي تمييزها عن غيرها من المصالح؟ هي بالمنفعة التي تحققها؟ أم بنوع وعدد المتفعين بالخدمة؟ هل الرسوم أو العوائد المالية معيار للمصالح العامة؟ استخدام كلمة (ترتيب) هل يعني تنظيم بمعنى تشريع وبالتالي يدخل ضمن الأعمال التشريعية لمجلس الوزراء؟ أم يقتصر على الجوانب التنفيذية؟

وفيما يخص نظام مكافحة جرائم المعلوماتية<sup>(١)</sup>، ورد في المادة السادسة ما نصه: «يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كلُّ شخص يرتكب أيًّا من الجرائم المعلوماتية الآتية: (١) إنتاج ما من شأنه المساس بالنظام العام، أو القيم الدينية، أو الآداب العامة، أو حرمة الحياة الخاصة، أو إعداده، أو إرساله، أو تخزينه عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي». وهذه الفقرة لا تتضمن معايير محددة لمفهوم النظام العام تُمكن القاضي من تمييزه وتحديد المساس أو الضرر الناتج عن المساس به، خصوصاً أن المادة تتعلق بتجريم المساس بالنظام العام عن طريق التكنولوجيا، وفرض عقوبات شديدة على هذا الفعل الذي تم تجريمه.

(١) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/١٧) بتاريخ ٨ / ٣ / ١٤٢٨ هـ.

## النتائج والتوصيات

من خلال هذا البحث تبين أن مبدأ الأمن القانوني يُعد من أهم مقومات دولة القانون، التي تقوم على فكرة سيادة القانون، فتحقيق الأمن هو الغاية النهائية من إصدار القواعد القانونية والنصوص التشريعية والتنظيمية واللوائح، وهدفه هذا تحقيق الاستقرار للقاعدة القانونية، بحمايتها من التعديلات والتغيرات المفاجئة، أو الاستثناءات المتعددة، وذلك حتى تتمكن الشخصيات الطبيعية والاعتبارية من ترتيب أوضاعها والحفاظ على مراكزها القانونية وعلاقاتها التعاقدية على أساس هذه القواعد القانونية، دون أن يكونوا عرضةً لقرارات وتعديلات غير متوقعة تؤدي إلى زعزعة استقرار أوضاعهم القانونية، الأمر الذي من شأنه إشاعة السكينة والطمأنينة، وتعزيز الثقة في المنظمة القانونية ككل.

كما تبين أن مبدأ الأمن القانوني ينطوي على عدد من المبادئ التي يركز عليها، وهي أساس تحقيق هذا المبدأ، والتي في مجملها تهدف إلى استقرار القاعدة القانونية، وتحقيق الثقة في المنظومة القانونية والتشريعية، كمبدأ عدم رجعية القوانين، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، والثقة المشروعة والتي يُعبّر عنها بقابلية القوانين للتوقع من قبل المخاطبين والمعنيين به، كما يمتد مبدأ الأمن القانوني إلى القضاء ليشمل مبدأ استقلال القضاء، مبدأ المساواة أمام القضاء، إجراء المحاكمة العادلة. من ناحية أخرى فإنه يُحْف بمبدأ الأمن القانوني مخاطر تهدد استقرار القاعدة القانونية، كالتضخم التشريعي الذي يعني وجود كم هائل من النصوص القانونية والتشريعية واللوائح، التي قد



تتعارض مع بعضها، وتؤدي إلى التأثير على الوعي القانوني للناس، ويمتد هذه الصعوبة لتطال حتى المختصين والقانونيين، أيضاً يعد الإسراف في إجراء التعديلات على القواعد القانونية، وعدم استقرار الاجتهاد القضائي مخاطر تهدد بمبدأ الأمن القانوني.

وبالنسبة للتشريعات القانونية في المملكة فقد تبين أنها قطعت شوطاً في تحقيق الأمن القانوني، حيث تضمنت في نصوصها التشريعية جملة من مبادئ الأمن القانونية منها: عدم رجعية القوانين، إعداد الدراسة المسبقة لمشاريع الأنظمة الجديدة، النص على استقلال القضاء، احترام الحقوق المكتسبة، كما أكدت على مبدأ المساواة والعدل، إلا أن هناك بعض الجوانب السلبية التي تؤثر على مبدأ الأمن القانوني والتي تتمثل بالآتي:

- وجود تعديلات سريعة للأنظمة مما يؤدي إلى عدم الاستقرار التشريعي، وأن هذه التعديلات لا تقتصر على تعديل مواد محدد في الأنظمة بل يشمل أنظمة بأكملها.
- تعدد الأدوات القانونية لإصدار الأحكام النظامية وعدم نشر بعضها كالأوامر الملكية والأوامر السامية.
- على الرغم من إمكانية نشوء قواعد قانونية من خلال المبادئ التي تنشئها المحاكم، إلا أن هذه المبادئ القضائية لا نشر وفقاً لآلية دقيقة وواضحة.

- عدم وجود آلية دقيقة لتطبيق الأنظمة الجديدة تراعي المراكز والحقوق القانونية التي نشأت واكتملت في ظل الأنظمة الملغاة.
  - وجود تفاوت في الاجتهاد القضائي في القضايا المتماثلة.
  - عدم وجود قواعد معيارية واضحة بعض الأحكام النظامية.
- وبناء عليه فمن المناسب تبني التوصيات الآتية:**
- أهمية تقليل التعديلات السريعة للأنظمة لضمان الاستقرار التشريعي.
  - قصر تعديلات الأنظمة على المواد التي تتطلب التعديل وألا يشمل التعديل كامل النظام.
  - أهمية نشر الوثائق القانونية التي تتضمن أحكاماً نظامية كالأوامر الملكية والأوامر السامية.
  - أهمية استحداث آلية دقيقة لنشر المبادئ القضائية التي تنشئ قواعد ومبادئ قانونية بشكل واضح.
  - ضرورة وضع آلية دقيقة لتطبيق الأنظمة الجديدة تراعي المراكز والحقوق القانونية التي نشأت واكتملت في ظل الأنظمة الملغاة.
  - أهمية توحيد الاجتهاد القضائي في القضايا المتماثلة.
  - أهمية الأخذ بالتعديل الصريح للأحكام النظامية عند إصدار أنظمة جديدة.



- أهمية تضمن بعض الأحكام النظامية لقواعد معيارية واضحة متى ما كانت تتطلب ذلك.

- ضرورة التقليل من الأخذ بالإلغاء الضمني، والتوجه إلى الإلغاء الصريح للنصوص القانونية، بهدف التقليل من أخطار وعيوب الإلغاء الضمني، والتي تتجسد في عدم وضوح القواعد والنصوص الملغاة بموجب النص الجديد، بالتالي يُحمّل القانونيون والقضاة عبء البحث عمّا يلغيه هذا النص الجديد، وعمّا يبقى نافذاً.

## المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب:

١. إسماعيل عبد النبي شاهين، ضوابط مبدأ عدم رجعية القوانين: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
٢. حمدي أبو النور السيد عويس، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١م.
٣. خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الريس. المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الشقري، الطبعة الخامسة، ٢٠١٢م.
٤. علي مجيد العكيلى، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٩م.
٥. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠م.
٦. محيي محمد مسعد، دور القانون في تكوين ثقافة الإنسان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٧. يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢م.

### ثانياً: المقالات العلمية:

٨. إبراهيم محمد الحديثي، الاختصاص التنظيمي للملك في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد، ٣٢ العدد ١، ٢٠٢٠م.
٩. إبراهيم محمود الليدي، الحماية الجنائية لأمن الدولة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والتوزيع والبرمجيات، ٢٠١٠م.

١٠. أيوب بن منصور الجربوع، إلغاء الأنظمة في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية للأحكام النظامية في ضوء قضاء ديوان المظالم، معهد الإدارة العامة، المجلد ٦٠، العدد ٢، ٢٠١٩م.
١١. بجواد لعسري، مبدأ عدم رجعية القانون الضريبي في القضاء والتشريع، مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد ٧.
١٢. بواب بن عامر - هنان علي، الحق في التوقع المشروع «الثقة المشروعة» كأحد ركائز الأمن القانوني، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، مجلد ٧، عدد ١، ٢٠٢٠م.
١٣. سعد الدين حافظ، محددات الأمن الاقتصادي العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، مجلد ٢٦، العدد ٢٩٣، ٢٠٠٣م.
١٤. عبد الرحمن اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، العدد ٤٦، ٢٠١٤م.
١٥. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي بوزارة العدل والحريات - المعهد العالي للقضاء، ٢٠٠٩م، ع ٤٢.
١٦. عبد المجيد لخداري، الأمن القانوني والأمن القضائي علاقة تكامل، مجلة شهاب بجامعة الشهيد حمّ لخضر الوادي - معهد العلوم الإسلامية، مج ٤، ع ٢، ٢٠١٨م.
١٧. علي أحمد حسين اللهيبي، قواعد صياغة النص التشريعي، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، ٢٠١٩م.
١٨. علي الحنودي، الأمن القانوني: مفهومه وأبعاده، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع ٩٦، ٢٠١١م.
١٩. فدوى بنينعيسى، الأمن القانون كضمان لحماية الحقوق والحريات الإنسانية، المجلة المغربية للحكام القانونية والقضائية، العدد ٦، ٢٠٠٩م.

٢٠. فيصل بن منصور الفاضل، الاختصاص التشريعي لمجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، المجلد ٦١، العدد ٣، ٢٠٢١ م.
٢١. كوثر دباش، الدور التشريعي للنائب، إصدارات مؤسسة وستمنستر للديموقراطية، الجزء الثاني، ٢٠١٥ م.
٢٢. ليث كمال نصر اوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، كلية القانون الكويتية العالمية، مجلد ٥، ٢٠١٧ م. ص ٣٨١-٤٤٢.
٢٣. محمد زلايحي، إصلاح القضاء دعامة لتحقيق الأمن القانوني وضمانة لحق النقد، هيئة المحامين بوجدة، العدد ١٦-١٧، ٢٠١٤ م.
٢٤. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية بجامعة المنصورة كلية الحقوق، العدد ٣٦، ٢٠٠٤ م.
٢٥. محمود سعيد قظام، الأمن الغذائي، المجلة الثقافية، ع ٤.
٢٦. نوال إيرابن، تأثير تضخم التشريع على الأمن القانوني، المركز الجامعي مرسلي عبد الله بتيبازة، العدد ١٣، ٢٠١٨ م.
٢٧. هانم أحمد محمود سالم، ضمانات تحقيق مبدأ الأمن القانوني: دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الأمن والقانون، المجلد ٢٩، العدد الأول، ٢٠٢١ م.
٢٨. هدية عبد الحفيظ مفتاح ابن هندي، نظرية أعمال السيادة، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، المجلد ٥، العدد ١٠، ٢٠٠٨ م.
٢٩. هشام حامد الكساسبة، دور القاضي الإداري الأردني في حماية الحقوق المكتسبة دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، ٢٠١٨ م.
٣٠. وهيب عبد الوهاب، الأمن القانوني وتأثيره على استقرار المعاملات القانونية، مجلة القانون والأعمال الدولية بجامعة الحسن الأول، ٢٠٢٠ م.



## ثالثاً: الندوات والمؤتمرات:

٣١. افتتاح خليفة عبد الحميد، مبدأ المساواة أمام القانون. أعمال المؤتمر العلمي: المصالحة الوطنية- مفهومها- أهميتها- ضوابطها- آلياتها- معوقاتهما، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية زلتين، ٢٠١٢م.

## رابعاً: الرسائل الجامعية:

٣٢. حنان عبد الله الدغيشم، أطروحة دكتوراه بعنوان: دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ الأمن القانوني، كلية الحقوق، جامعة البحرين، البحرين، ٢٠٢٠م.

## خامساً: الأنظمة والقوانين:

٣٣. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي (رقم أ/ ٩٠)، بتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ.

٣٤. نظام مجلس الشورى، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩١)، بتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ.

٣٥. نظام مجلس الوزراء، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/ ١٣)، بتاريخ ٣/ ٣/ ١٤١٤هـ.

٣٦. نظام مكافحة جرائم المعلوماتية، الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/ ١٧)، بتاريخ ٨/ ٣/ ١٤٢٨هـ.

٣٧. نظام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨)، بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

## سادساً: المراسيم الملكية والقرارات الوزارية:

٣٨. المرسوم الملكي (م/ ١٦٥) وتاريخ ١٩/ ١١/ ١٤٤١هـ.

٣٩. قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣) والصادر بتاريخ ٣٠/ ١١/ ١٤٣٨هـ.

٤٠. قرار مجلس الوزراء رقم (٤٧٦) وتاريخ ١٥/ ٧/ ١٤٤١هـ.

### سابعاً: الأحكام القضائية:

٤١. رقم القضية الابتدائية ٧٠٤٦ / ١ / ق لعام ١٤٣٣ هـ.
٤٢. رقم الحكم الابتدائي ١٠ / ١ / ١٣ / ق لعام ١٤٣٤ هـ.
٤٣. رقم قضية الاستئناف ١٤٢٨ / ق لعام ١٤٣٤ هـ.
٤٤. رقم حكم الاستئناف ٨٥٠ / ١ / ق لعام ١٤٣٤ هـ.
٤٥. رقم القضية الابتدائية ١٠٨ / ٥ / ق لعام ١٤٢٩ هـ.
٤٦. رقم الحكم الابتدائي ١٣٨ / د / ف / ١ / ٤٣ / ق لعام ١٤٣١ هـ.
٤٧. رقم قضية الاستئناف ٦٤٠٧ / ق لعام ١٤٣١ هـ.

### ثامناً: المواقع الإلكترونية:

٤٨. قواعد عمل المجلس واللجان المتخصصة، يمكن الاطلاع عليها عن طريق الرابط التالي (<https://www.shura.gov.sa/wps/wcm/connect/shuraarabic/internet/laws+and+regulations/rules+and+executive/rules+of+work+of+the+council+and+the+specialized+committees>).
٤٩. المصدر مدونة الأحكام القضائية لدى ديوان المظالم، يمكن الاطلاع عليها عبر الرابط التالي ([https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialBlogs/\(Pages/AdvancedSearch.aspx](https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialBlogs/(Pages/AdvancedSearch.aspx)).
٥٠. الموقع الإلكتروني للمركز الوطني للوثائق والمحفوظات (<https://ncar.gov.sa>).
٥١. منصة استطلاع الرأي (<https://istitlaa.ncc.gov.sa/ar/Pages/default.aspx>).