

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الرابع عشر • شوال ١٤٤٠ هـ • يونيو ٢٠١٩ م

حقيقة السهم وأثر ذلك في التعويض
عنه عند بيعه
د. زيد بن عبدالعزيز الشثري



التعويض عن الربح الفائت في غير الديون
د. عبد الحميد بن عبدالله المجلي



الحكم في التعارض بين التعيين والتقدير
في الوصية
د. عبدالله بن منصور الغفيلي



أثر التوبة في إسقاط الحد
د. محمد بن فهد الفريخ



تفريق الشهود حال أداء الشهادة
د. عبدالله بن أحمد المحمادي





الجمعية العلمية القضائية
فضاء

مجلة

قضاء

العدد الرابع عشر - ١٤٤٠هـ

* حقيقة السهم وأثر ذلك في التعويض عنه عند بيعه

د. زيد بن عبد العزيز الشثري

* التعويض عن الربح الفائت في غير الديون

د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي

* الحكم في التعارض بين التعيين والتقدير في الوصية

د. عبد الله بن منصور الغفيلي

* أثر التوبة في إسقاط الحد

د. محمد بن فهد بن عبد العزيز الفريح

* تفریق الشهود حال أداء الشهادة

د. عبد الله بن أحمد سالم المحمادي

هيئة التحرير

١. أ. د. عبد الله بن محمد العمراني - رئيس التحرير

الأستاذ بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

٢. د. مشعل بن سعد آل عسكر - عضو هيئة التحرير

قاضي استئناف

٣. أ. د. محمد بن جبر الألفي - عضو هيئة التحرير

الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء

٤. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري - عضو هيئة التحرير

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

٥. د. خالد بن عبد الرحمن المهنا - عضو هيئة التحرير

الأستاذ المشارك بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

٦. د. خالد بن عثمان العمير - عضو هيئة التحرير

الأستاذ المشارك بكلية الحقوق بجامعة الملك سعود

٧. د. عبد العزيز بن ناصر التميمي - مدير التحرير

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

محتويات العدد

- ٩..... حقيقة السهم وأثر ذلك في التعويض عنه عند بيعه
د. زيد بن عبد العزيز الشثري
- ٨٥ التعويض عن الربح الفائت في غير الديون
د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي
- ٢٠٣ الحكم في التعارض بين التعيين والتقدير في الوصية
د. عبد الله بن منصور الغفيلي
- ٢٣٩ أثر التوبة في إسقاط الحد
د. محمد بن فهد بن عبد العزيز الفريح
- ٢٩٧ تفريق الشهود حال أداء الشهادة
د. عبد الله بن أحمد سالم المحمادي

ضوابط النشر في مجلة قضاء

- (1) أن يكون البحث لم يسبق نشره.
- (2) أن يكون البحث فيما يخدم مجال القضاء.
- (3) أن يتصف البحث بالجدة والأصالة.
- (4) إذا كان البحث تحقيقاً لمخطوط، فيذكر الباحث ما يفيد قيمته العلمية وأنه لم يسبق تحقيقه.
- (5) أن يلتزم الباحث بالمنهجية العلمية لكتابة البحوث وتحقيق المخطوطات.
- (6) ألا يتجاوز عدد الصفحات (50 صفحة)، ولهيئة التحرير الاستثناء من ذلك.
- (7) أن يرفق الباحث ملخصاً للبحث باللغتين (العربية والإنجليزية) بما لا يزيد عن مائتي كلمة.
- (8) أن يرفق الباحث نسخة من البحث على قرص مدمج (CD) يحتوي على البحث بكامله بصيغة (word)، عند إجازته للنشر.
- (9) أن يكون خط الأصل (18) وخط الهامش (14)، ونوع الخط (Traditional Arabic).
- (10) للمجلة الحق في نشر البحث على الموقع الإلكتروني للجمعية بعد إجازته للنشر.
- (11) ترسل البحوث عبر البريد الإلكتروني للمجلة mag@qadha.org.sa بصيغتي (word) و (PDF).
- (12) لا يحق للباحث نشر البحث قبل مضي ستة أشهر من تاريخ نشره في المجلة.

كلمة رئيس التحرير

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وعلى آله وصحبه.

أما بعد:

تسعى مجلة قضاء إلى تحقيق الريادة والتميز في نشر الأبحاث القضائية المحكمة علمياً؛ خدمة للقضاء من خلال الدراسات القضائية العميقة والمتواكبة مع احتياجات العصر.

ولا ريب بأن علم القضاء الذي تدور عليه قطب رحي هذه المجلة، أو ما يمتُّ إليه بصلة أو علاقة أو تأصيل؛ من العلوم الدقيقة والمهمة؛ يقول ابن فرحون رَحِمَهُ اللهُ في كتابه (تبصرة الحكام ١ / ٢): «علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع الجزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يُجر لها في دواوين الفقه ذكراً، ولا أحاط بها الفقيه خُبراً، وعليها مدار الأحكام، والجاهل بها يخطئ عشاء في الظلام»، ويقول ابن العربي رَحِمَهُ اللهُ في (أحكام القرآن ٤ / ٤٣): «فأما علم القضاء، فلعمُرُ إلهك إنه لنوعٌ من العلم مُجرَّد، وفصلٌ منه مؤكَّد، غير معرفة الأحكام، والتبصر بالحلل والحرام... وقد يكون الرجل بصيراً بأحكام الأفعال، عارفاً بالحلل والحرام، ولا يقوم بفصل القضاء فيها، وقد يكون الرجل يأتي القضاء من وجهه، باختصار من لفظه، وإيجاز في طريقه، بحذف التطويل، ورفع التشيت، وإصابة المقصود».

وهذا العلمُ أحدُ العلومِ التي تدخل في علومِ الشريعةِ دخولاً أولياً؛ وقد جاءت الآيات والأحاديث الدالة على فضل العلم الشرعي؛ يقول تعالى: ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾ [المجادلة: ١١]، ويقول ﷺ: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» [أخرجه البخاري ومسلم].

وجاء النصُّ على الحكمِ بما أنزل الله؛ قال تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيماً﴾ [النساء: ١٠٥].

وإنَّ الكتابةَ في هذا العلم؛ بأدوات البحث العلمي ومنهجه وأساليبه؛ يعدُّ من أفضل القربات التي نرجو لكاتبها الفضل العظيم، والأجر العميم. وندعو الباحثين والمهتمين إلى المشاركة في الأبحاث العلمية المتخصصة، المستندة إلى نور الوحي العظيم، والمستشهادة بكلام علمائنا وفقهائنا، ودراسة النوازل المعاصرة والتطبيقات القضائية.

سائلين الله للجميع العون والسداد.

رئيس تحرير مجلة فضاء

أ.د عبد الله بن محمد العمراني



فضاء
المكتبة العامة
الوطنية
السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





حقيقة السهم وأثر ذلك في التعويض عنه عند بيعه

إعداد

د. زيد بن عبد العزيز الشثري

عضو هيئة التدريس في قسم القضاء التجاري
بالمعهد العالي للقضاء



فضاء

المكتبة العامة القومية
الوطنية العربية السعودية



مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه ومن والاه.
أما بعد:

فإن السهم أهم ورقة مالية يتم تداولها في أسواق المال الثانوية، وعندما يتم التصرف فيه ببيعه دون إذن من مالكة تأتي الحاجة لمعرفة طريقة التعويض عنه. وفي هذا البحث محاولة لدراسة هذه المسألة وتأصيلها فقهاً ثم تطبيقاً.
وقد انتظم هذا البحث في مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: المثلي والقيمي عند الفقهاء، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المثلي والقيمي في اللغة وعند الفقهاء.

المطلب الثاني: الأصل في التعويض عن المتلفات.

المطلب الثالث: وقت تقدير التعويض عن المثلي والقيمي.

المبحث الثاني: أثر المثلي والقيمي على السهم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالسهم.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للسهم.

المطلب الثالث: الأثر المترتب على الخلاف في التكييف الفقهي للسهم.

المبحث الثالث: التعويض عن بيع السهم بغير إذن من مالكة، وفيه أربعة

مطالب:

المطلب الأول: صور بيع السهم بغير إذن من مالكة.

المطلب الثاني: تكييف بيع السهم بغير إذن من مالكة.

المطلب الثالث: مقارنة بين تلف المغصوب القيمي وبيع السهم.

المطلب الرابع: طريقة التعويض عن السهم المباع بغير إذن من مالكة.

هذا ما تيسر إirاده حول هذه المسألة، أسأل الله أن يجعله خالصاً لوجهه،

وينفع به كاتبه وكل من اطلع عليه.

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

المبحث الأول

المثلي والقيمي عند الفقهاء

المطلب الأول: تعريف المثلي والقيمي في اللغة وعند الفقهاء:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف المثلي والقيمي في اللغة:

قال ابن فارس رَحِمَهُ اللَّهُ: «"مثل" الميم والثاء واللام أصل صحيح يدل على مناظرة الشيء للشيء. وهذا مثلٌ هذا، أي: نظيره، والمثل والمثال في معنى واحد. وربما قالوا: مثل كشيء... والمثل: المثل أيضاً، كشيء وشبهه»^(١)، والمثل: ما جعل مثلاً، أي: مقداراً لغيره يحذى عليه»^(٢).

أما القيمي فهو مأخوذ من: القيمة والتقويم، وقومت الشيء تقويماً. وأصل القيمة الواو، وأصله أنك تقيم هذا مكان ذاك، وبلغنا أن أهل مكة يقولون: استقمت المتاع، أي قومته^(٣). والقيمة: ثمن الشيء بالتقويم. يقال: تقاوموه فيما بينهم. وإذا انقاد الشيء واستمرت طريقته فقد استقام لوجهه. وفي حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إذا استقمت بنقد فبعت بنقد فلا بأس به. وإذا استقمت بنقد

(١) مقاييس اللغة، ابن فارس (٢٩٦/٥).

(٢) لسان العرب، ابن منظور (٦١٢/١١).

(٣) مقاييس اللغة (٤٣/٥).

فبعت بنسيئة فلا خير فيه»^(١).

قال أبو عبيد رَحِمَهُ اللهُ: قوله: «إذا استقمت يعني: قومت». وهذا كلام أهل مكة، يقولون: استقمت المتاع، أي: قومت. ومعنى الحديث: أن يدفع الرجل إلى الرجل الثوب فيقومه ثلاثين، ثم يقول له: بعه، فما زاد عليها فلك، فإن باعه بأكثر من ثلاثين بالنقد فهو جائز، ويأخذ ما زاد على الثلاثين، وإن باعه بالنسيئة بأكثر مما يبيعه بالنقد فالبيع مردود لا يجوز^(٢). والتقويم: قومه أي: أقامه، وقوم السلعة بقيمة^(٣).

الفرع الثاني: تعريف المثلي والقيمي عند الفقهاء:

اختلفت تعريفات الفقهاء للمثلي:

فعند الحنفية: ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت معتد به^(٤). قال أبو بكر البلخي رَحِمَهُ اللهُ: «حد الانقطاع ألا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت»^(٥).

وعند المالكية: المثلي هو: المكيل أو الموزون أو المعدود الذي لم تتفاوت أفراده، ما لم يكن أصله مثلياً ودخلته صنعة^(٦).

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، برقم (١٥٠٢٨) (٢٣٦/٨)، وصححه ابن تيمية في كتاب: الدليل على إبطال

التحليل ضمن الفتاوى الكبرى (٥٠/٦)، وينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير (١٢٥/٤).

(٢) تهذيب اللغة، الأزهري (٢٦٩/٩).

(٣) شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، نشوان بن سعيد الحميري (٥٦٨١/٨).

(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٥٦/٢)، وهو كذلك في مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٤٥) (ص: ٣٢).

(٥) حاشية الشرنبلالي مع درر الأحكام شرح غرر الأحكام (٢٦٢/٢).

(٦) الذخيرة للقرافي (٢٨٨/٨)، وشرح مختصر خليل للخرشي (١٣٥/٦)، وحاشية العدوي على كفاية الطالب

الرباني (٢٨٣/٢).

وعند الشافعية أقوال في ضبط المثلي:

أحدها: كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي. وينسب هذا إلى الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ.

والثاني: كل مقدر بكيل أو وزن مع جواز السلم فيه.

والثالث: كل مقدر بكيل أو وزن مع اشتراك جواز بيع بعضه ببعض. وقال به القفال رَحْمَةُ اللَّهِ وغيره.

والرابع: ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم.

والخامس: ما لا تختلف أجزاء النوع منه في القيمة، وربما قيل في الجرم والقيمة. قاله العراقيون. ويقرب منه قول من قال: المثلي: المتشاكل في القيمة ومعظم المنافع^(١). وصحح النووي رَحْمَةُ اللَّهِ القول الثاني^(٢)، فخرج ما يباع بالعد كالحيوان أو بالذرع كالثياب وما يوزن لكن لا يجوز السلم فيه كالأغالية والمعجون، فليس ذلك بمثلي^(٣). والحنابلة قريبون من الشافعية في ضبط المثلي، فهو عندهم: كل مكيل أو موزون^(٤) يصح السلم فيه وليس فيه صناعة مباحة^(٥).

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين (١٨/٥).

(٢) المرجع السابق. وينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه، ابن الرفعة (٤٢٢/١٠).

(٣) السراج الوهاج (ص: ٢٦٨).

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٩٠/٦)، وقال: «هذا المذهب، وعليه الأصحاب، سواء تماثلت أجزاءه أو تفاوتت كالأثمان والحبوب والأدهان، وغير ذلك». وجزم به في العملة، والمحزر، والوجيز، والتسهيل، وغيرهم. وقدمه في المغني، والشرح، والفروع، والفائق، وغيرهم.

(٥) الشرح الكبير على المقنع، ت: التركي (٢٦٣/١٥)، والمبدع في شرح المقنع (٤١/٥)، وشرح منتهى الإرادات (دقائق أولى النهي لشرح المنتهى) (٣١٧/٢).

قال المرداوي رَحِمَهُ اللهُ: «وهو الصحيح من المذهب»^(١).

وعند القانونيين: الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة عند التعامل بين الناس بالعد أو المقاس أو الكيل أو الوزن^(٢).

وبهذا يتبين أن الحنفية لهم رأي مستقل عن جمهور الفقهاء، وإن كان المقصود والمؤدى واحداً، من حيث إن مؤدى قول الجمهور هو ضبط المثلي، ولم يكن بالإمكان ضبطه في ذلك الوقت إلا عن طريق الكيل أو الوزن أو العد^(٣)، وهذا هو المتوافر في الأسواق، لكنه محصور بما ذكره، ورأي الحنفية في هذا الباب أوسع وأولى، وهو أن ماله مثل في السوق سواء كان مكيلاً أو موزوناً مصنوعاً أو غير مصنوع فهو مثلي^(٤). وهذا أولى وأقرب إلى الواقع من الحصر بالمكيل والموزون ونحوهما، خاصة أن الصناعات تطورت وأصبحت دقيقة جداً.

والقيمي ضد المثلي، وجمهور الفقهاء يحصرون المثلي بما سبق، والقيمي ما عداه، وأما عند الحنفية فهو: المتفاوت الذي ما لا مثيل له في السوق. وهذا هو الراجح في القيمي.

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٩١/٦)، وفيه: «قال الحارثي: ذكرها القاضي أبو الحسين في كتابه التمام، وأبو الحسن بن بكروس في رءوس المسائل. وذكره القاضي أيضاً».

(٢) المادة (٨٥) من القانون المدني المصري. نقلاً عن: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، محمد فتح الله النشار (ص: ٢٦٤).

(٣) المعدود مثلي عند الحنفية والمالكية. حاشية ابن عابدين (١٨٥/٦)، والمتتقى للباجي (١٠٩/٥-١١٠).

(٤) مجلة الأحكام الشرعية، المادتان (١٩٣، ١٩٤)، والشرح الممتع على زاد المستقنع (١٧٧/١٠).

المطلب الثاني: الأصل في التعويض عن المتلفات:

بعد بيان معنى المثلّي والقيمي في المطلب السابق أذكر حالات التعويض بالمثلي والقيمي:

أولاً: اتفق الفقهاء على أن العين المغصوبة إذا كانت باقية بحالها فيجب على الغاصب إعادتها إلى مالكيها^(١). وحكى الإجماع ابن قدامة رحمه الله وغيره^(٢).

ودليل ذلك: حديث عبد الله بن السائب عن أبيه عن جدّه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لَا عِبَاءً وَلَا جَادًّا، فَإِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا صَاحِبِهِ فَلْيُرُدِّهَا إِلَيْهِ»^(٣).

وكذلك ما جاء في خبر الحسن رحمه الله عن سمرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»^(٤).

(١) المبسوط (١١/٨٦)، والمُدونة (٤/١٧٩)، والمتنقى (٥/٢٧٥)، والألم (٣/٢٥٤)، ونهاية المحتاج (٥/١٥٠)، والمغني (٥/١٩٣)، والفروع (٤/٤٩٧).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/٢٠٩).

(٣) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٩٣) برقم (٢٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/١٦٥) برقم (١١٥٤)، وأبو داود (٧/٣٥١) برقم (٥٠٠٣)، وقال المحقق: «إسناده صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين، غير عبد الله بن السائب وجده، فقد روى لهما البخاري في "الأدب المفرد" وأبو داود والترمذي، وعبد الله وثقه النسائي وابن سعد، وذكره ابن حبان في الثقات. يحمي هو: ابن سعيد القطان، ابن أبي ذئب هو: محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن أبي ذئب، وجد عبد الله بن السائب الصحابي هو: يزيد أبي السائب بن يزيد».

(٤) أخرجه أحمد (٣٣/٣٢٨) برقم (٢٠١٥٦)، والترمذي في البيوع برقم (١٢٦٦)، وأبو داود في البيوع برقم (٣٥٦١)، وابن ماجه في الأحكام برقم (٢٤٠٠)، والدارمي في البيوع برقم (٢٥٩٦)، وقال محقق المسند: «حسن لغيره، وهذا إسناد ضعيف؛ من أجل أن الحسن البصري لم يذكر سماعه من سمرة».

ثانياً: إذا اتفق طرفان على التعويض بالقيمة فلها ما اتفقا عليه حتى مع وجود المثلي^(١).

ثالثاً: إذا تلف المغصوب فهل يرد مثله أو قيمته؟ اختلف الفقهاء على أقوال ثلاثة:

القول الأول: إذا كان المتلف مثلياً وتلف فإنه يرد مثله، ولا يلجأ إلى القيمة. وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢). والمثلي المقصود هنا يختلف باختلاف الرأي في المثلي بحسب ما سبق بيانه، وإذا كان قيمياً فيرد بدلاً منه قيمته.

ويدل لهذا القول: القرآن والسنة والنظر. وبيان ذلك في الآتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ۖ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ﴾ [النحل: ١٢٦].

وهذا يدل على وجوب المثل في المثليات^(٣).

ثانياً: قوله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قُتِلَ مِنَ النِّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]. فجعل النعم مثلياً^(٤).

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣٦٥)، والمغني (٥/ ٤٣١).

(٢) المبسوط (١١/ ٤٩)، والعناية شرح الهداية (٩/ ٣١٨)، والمدونة (٤/ ١٨٦)، والتاج والإكليل (٧/ ٣١٧)، والأم

(٣) ٢٦٠/ ٣، والبيان (٧/ ١٩)، والفروع (٤/ ٥٠٧)، وكشاف القناع (٤/ ١٠٦).

(٣) أحكام القرآن للكنيا الهراسي (٤/ ٢٤٧).

(٤) الذخيرة للقرافي (٨/ ٢٨٧).

ثالثاً: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَنَّ رَجُلًا تَقَاضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَغْلَظَ لَهُ، فَهَمَّ أَصْحَابُهُ، فَقَالَ: دَعُوهُ، فَإِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ مَقَالًا، وَاشْتَرَوْا لَهُ بَعِيرًا فَأَعْطَوْهُ إِيَّاهُ. وَقَالُوا: لَا نَجِدُ إِلَّا أَفْضَلَ مِنْ سِنِّهِ، قَالَ: اشْتَرَوْهُ فَأَعْطَوْهُ إِيَّاهُ، فَإِنَّ خَيْرَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»^(١).

وحديث أبي رافع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْرًا، فَقَدِمَتْ عَلَيْهِ إِبِلٌ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ، فَأَمَرَ أَبَا رَافِعٍ أَنْ يَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ، فَرَجَعَ إِلَيْهِ أَبُو رَافِعٍ فَقَالَ: لَمْ أَجِدْ فِيهَا إِلَّا خِيَارًا رَبَاعِيًّا، فَقَالَ: أَعْطِهِ إِيَّاهُ، إِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً»^(٢).

فدل الحديثان على أن الحيوان يضمن بمثله لا بالقيمة، إلا إذا تعذر المثلي، وعلى أن المثلي ليس خاصاً بالمكيل والموزون والمعدود^(٣).

ويمكن أن يناقش الاستدلال به في هذا الموضوع: بأن هذا ليس في موضع القضاء، وإنما في الوفاء ورد السلف، وبحثنا في باب القضاء.

رابعاً: حديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ بِقِصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ، فَضَرَبَتْ يَدَهَا فَكَسَرَتْ الْقِصْعَةَ فَضَمَّهَا، وَجَعَلَ فِيهَا الطَّعَامَ وَقَالَ: كُلُوا». وَحَبَسَ الرَّسُولُ وَالْقِصْعَةَ

(١) صحيح البخاري (٩٩/٣) برقم (٢٣٠٥).

(٢) صحيح مسلم (١٢٢٤/٣)، بَابُ مَنْ اسْتَسْلَفَ شَيْئًا فَقَضَى خَيْرًا مِنْهُ، وَخَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً، رقم (١٦٠٠).

(٣) فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، محمد بن صالح العثيمين (١٠١/٤).

حَتَّى فَرَعُوا، فَدَفَعَ الْقَصْعَةَ الصَّحِيحَةَ وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ^(١).

وحديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّهَا قَالَتْ: «مَا رَأَيْتُ صَانِعَةَ طَعَامٍ مِثْلَ صَفِيَّةَ، أَهْدَتْ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِثَاءً فِيهِ طَعَامٌ، فَمَا مَلَكَتْ نَفْسِي أَنْ كَسَرْتُهُ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! مَا كَفَّارَتُهُ؟ فَقَالَ: إِثَاءٌ كِإِثَاءٍ، وَطَعَامٌ كَطَعَامٍ»^(٢).

قال ابن التين رَحِمَهُ اللَّهُ: «احتج بهذا الحديث من قال: يقضى في العروض بالأمثال^(٣)، واحتج بهذا كل من قال بالمثل في العروض وغيرها؛ لأنه ضمن القصعة بقصعة مثلها كما ضمن الطعام بطعام مثله»^(٤).

وأجيب عن الاستدلال بهذا الحديث: بما ذكره البيهقي رَحِمَهُ اللَّهُ بأن القصعتين كانتا للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بيتي زوجته، فعاقب الكاسرة بجعل القصعة المكسورة في بيتها وجعل الصحيحة في بيت صاحبتها، ولم يكن هناك تضمين، وأما مسألة الطعام فهي محتملة لأن يكون ذلك من باب المعونة والإصلاح دون بت الحكم بوجوب المثل فيه؛ لأنه ليس له مثل معلوم، وفي طرق الحديث ما يدل على ذلك، وأن الطعامين كانا مختلفين. والله أعلم^(٥).

وقال العيني رَحِمَهُ اللَّهُ: «لم يكن ذلك من النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على سبيل الحكم

(١) أخرجه البخاري، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره، برقم (٢٤٨١).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٤٢/٧٩)، وأبو داود (٣٥٦٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٩٦/٦)، وابن عبد البر في

الاستذكار (٢٢/١٣٠-١٣١)، وحسن إسناده ابن حجر في فتح الباري (١٢٥/٥).

(٣) عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٣٧/١٣).

(٤) الاستذكار (١٤٩/٧).

(٥) فتح الباري لابن حجر (١٢٦/٥).

على الخصم، وكان دفعه القصة عوض المكسورة تطبيقاً لقلب صاحبها، فلا يدل ذلك على أن القصة ونحوها من المثليات»^(١).

خامساً: روي عن عثمان وابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: (أنهما قضيا على من استهلك فصلاناً بفصلان مثلهما)^(٢).

وجاء عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: (فإذا عدم المثل من نوعه فكل ما قاومه وسواه فهو أيضاً مثل له من هذا الباب)^(٣).

سادساً: أن الأصل في المتلفات ضمان المثل بالمثل، والمتقوم بالقيمة^(٤).

القول الثاني: أن التعويض عن المتلف يكون بمثلي، ولا يلجأ إلى القيمة نهائياً^(٥). ونصر هذا القول ابن حزم رَحِمَهُ اللَّهُ^(٦).
دليله حديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قصة القصة.

والجواب: أننا نقول به، ولكن إذا وجد مثلي أو مشابه للمثلي ولو مع اختلاف يسير فإن التعويض يكون بمثلي، لكن إذا لم يوجد مثلي فلا يتأتى التعويض به إذاً.

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٣٦/١٣).

(٢) التنبيه على مشكلات الهداية (٥/٦٦٣)، والمحلى بالآثار (٦/٤٣٨).

(٣) المرجع السابق (٦/٤٣٩).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٣٥٦).

(٥) وقيد "نهائياً" لإخراج القول القائل بأن الأصل في التعويض أن يكون بالمثلي إلا عند عدمه، وليس على سبيل الإطلاق، قال في الإنصاف: «وعنه: في الثوب والقصة والعصي ونحوها: يضمنها بالمثل، مراعيّاً للقيمة. اختاره الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ اللَّهُ، وصاحب الفائق». الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/١٩٣).

(٦) المحلى بالآثار (٦/٤٣٩).

القول الثالث: أن التعويض عن المتلف يكون برد مال قيمي مطلقاً. وهذا

رواية عن أحمد رَحِمَهُ اللهُ، ذكرها القاضي أبو الحسين رَحِمَهُ اللهُ في كتابه "التمام" وأبو الحسن بن بكروس رَحِمَهُ اللهُ في "رءوس المسائل" ^(١).

ومثله ما جاء عن الإمام مالك رَحِمَهُ اللهُ في تلف الحيوان، بأنه يصار إلى القيمي مطلقاً حتى لو وجد قيمي مماثل ^(٢)، بخلاف رأي الشافعية في هذه المسألة ^(٣).

ومن أدلتهم:

أولاً: ما جاء في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شَرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قَوْمَ الْعَبْدِ عَلَيْهِ قِيَمَةٌ عَدْلٍ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» ^(٤).

قال ابن حجر رَحِمَهُ اللهُ: «واستدل به على أن من أتلف شيئاً من الحيوان فعليه قيمته لا مثله، ويلتحق بذلك ما لا يكال ولا يوزن عند الجمهور» ^(٥).

ويجاب عن الاستدلال به من وجهين:

الوجه الأول: أن نقول: لا تعارض بين عام وخاص، فالأصل في الضمانات

(١) الفروع (٥٠٦/٤)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٩١/٦).

(٢) المرجع السابق (٢٨٧/٨)، والتاج والإكليل لمختصر خليل (٣١٨/٧).

(٣) نسبه إلى الشافعية في الاستذكار (١٤٨/٧)، والدرر البهية والروضة الندية والتعليقات الرضية (٤٩٥/٢).

(٤) صحيح البخاري (١٤٤/٣) برقم (٢٥٢٢)، وصحيح مسلم (١١٣٩/٢) برقم (١٥٠١).

(٥) فتح الباري لابن حجر (١٥٥/٥).

المثلية إلا في مسألة عتق العبد فيضمن بالقيمة، فيصبح الحديث خاصاً في مسألة العتق، أما الضمان فالأصل فيه أنه يضمن بالمثل.

الوجه الثاني: الضمان بالمثلية هو فيما يمكن فيه المثلية، والحديث متعلق بالعتق ولا يمكن فيه الضمان بالمثل فانتقل للقيمة^(١).

ثانياً: ما ثبت في صحيح البخاري من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ، وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تُصَرُّوا الْغَنَمَ، وَمَنْ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»^(٢). فأمر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برد الصاع من التمر في مقابل الحليب، وصاع التمر ليس مثل الحليب وإنما قيمته^(٣).

قال الإمام الشوكاني رَحِمَهُ اللَّهُ: «إطلاقهم على الشيء الذي تساوت أجزاؤه أنه مثلي وعلى ما اختلفت أجزاؤه أنه قيمي هو مجرد اصطلاح لهم، ثم وقوع القطع والبت منهم بأن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته هو أيضاً مجرد رأي عملوا عليه، وإلا فقد ثبت عن الشارع أنه يضمن المثلي بقيمته، كما في قوله في حديث المصراة...، وثبت عنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تضمين القيمي بمثله»^(٤)، ثم ذكر حديث القصعة السابق.

(١) شرح زاد المستقنع، د. محمد بن محمد المختار الشنقيطي (٢٣/٣).

(٢) صحيح البخاري (٣/٧١) برقم (٢١٥٠)، وصحيح مسلم (٣/١١٥٥) برقم (١٥١٥).

(٣) أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ لا يأخذ بما نص عليه الحديث.

(٤) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (ص: ٦٦٢).

لكن أجيب عن الاستدلال بحديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في رد القيمي بدلاً من المثل بما أجاب به ابن عبد البر رَحِمَهُ اللَّهُ وغيره: «ومعلوم أنه لا يستبين أنها مصراة إلا بالحلبة الثانية، وإذا كان ذلك كذلك علم أن لبن الحلبة الأولى قد فات أو تغير، فلو ألزموا المتابع مثله خالفوا ظاهر الخبر إلى القياس، وذلك غير جائز»^(١).

وكما قال الإمام النووي رَحِمَهُ اللَّهُ: «وإنما لم يجب مثله ولا قيمته بل وجب صاع في القليل والكثير ليكون ذلك حداً يرجع إليه ويزول به التخاصم»^(٢).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «لما اشترى المصراة وفيها لبن تلف عنده كان عليه ضمانه، وإنما قدر الشارع البذل لأنه اختلط اللبن القديم باللبن الحادث فلم يبق يعرف مقدار اللبن القديم، فلهذا لم يمكن ضمانه بمثله ولا بقيمته، فقدر الشارع في ذلك بدلاً يقطع به النزاع»^(٣).

ثالثاً: أن حق المغصوب منه في العين والمالية، وقد تعذر إيصال العين إليه فيجب إيصال المال إليه، ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية، ومالية الشيء عبارة عن قيمته^(٤).

ويجاب: بأننا نتفق في أن الواجب هو رد عين المغصوب، لكن ما دام أن العين غير موجودة فنصير إلى المثل وليس قيمته؛ إذ المثل أقرب للأصل؛ لجمعه بين الجنسية

(١) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد (٢١٦/١٨).

(٢) شرح النووي على مسلم (١٠٧/١٠).

(٣) مجموع الفتاوى (٥٣٨/٤).

(٤) المبسوط (٤٩/١١).

والمالية، والقيمة ليس فيها إلا المالية، فكان المثل أولى إذا لم يفوت غرضاً^(١).

والذي يظهر أن القول الأول هو الراجح؛ لأن فيه جمعاً بين الأدلة، وهو يجمع بين الرأيين الثاني والثالث، ولأن التعويض بالمثلي ما دام المثلي موجوداً ومتوافراً هو الأولى، مع ملاحظة أن المماثلة من كل وجه متعذرة أحياناً، لذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «المماثل من كل وجه متعذر حتى في المكيلات فضلاً عن غيرها؛ فإنه إذا أتلِفَ صاعاً من بر فضمن بصاع من بر لم يعلم أن أحد الصاعين فيه من الحب ما هو مثل الآخر، بل قد يزيد أحدهما على الآخر، ولهذا قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [الأَنْعَام: ١٥٢]، وتحديد الكيل والوزن مما قد يعجز عنه البشر، ولهذا يقال: هذا أمثل من هذا إذا كان أقرب إلى المماثلة منه، إذا لم تحصل المماثلة من كل وجه»^(٢). فالمثل يجب في كل مضمون بحسب الإمكان^(٣).

وأما إذا لم يوجد مثل في السوق فيصار إلى القيمي، والقيمي ضد المثلي، وضابط القيمي يختلف بحسب الاختلاف في تحديد المثلي في المذاهب الفقهية السابق ذكرها.

المطلب الثالث: وقت تقدير التعويض عن المثلي والقيمي:

المتلف إذا كان مثلياً وتعذر وجود مثلي أو كان قيمياً اختلف العلماء في وقت تقدير التعويض في كلا الحالتين.

(١) الذخيرة للقرافي (٨/ ٢٨٧).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٦٥).

(٣) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (٢/ ٧٨٦).

وسأبحث ذلك في مسألتين:

المسألة الأولى: إذا كان المتلف مثلياً وتعذر وجوده:

فللفقهاء في التعويض عنه أقوال:

القول الأول: يوم الغضب. وهو قول أبي يوسف^(١)، وقول عند المالكية^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣).

ووجهه:

- أن سبب الوجوب هو الغضب، فتعتبر قيمته يومه^(٤).

- ولأنه الوقت الذي تعلق فيه الضمان بالغاصب^(٥).

قال الحصكفي رَحِمَهُ اللهُ: «هو أعدل الأقوال»^(٦).

ويرد عليه: أن حصر التعويض بيوم الغضب قد يكون فيه إضرار بالمالك، وهو أن فترة المطالبة برد المغصوب إلى مالكه قد تطول، وخلال هذه الفترة يستفيد الغاصب ويتضرر المالك، وربما ارتفع سعر المغصوب خلال فترة الغضب، ثم هلك أو تلف بعد ذلك.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٣١٤)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ١٨٣).

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل (٧/ ٣١٨).

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/ ١٩٢).

(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٤٥٧).

(٥) التاج والإكليل لمختصر خليل (٧/ ٣١٨).

(٦) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/ ١٨٣).

القول الثاني: يوم انقطاع المثل أو إعوازه. وهو قول محمد بن الحسن^(١)، والفتوى عند الحنفية على هذا الرأي، وبه أفتى كثير من شيوخ المذهب^(٢)، وهو قول عند المالكية^(٣)، وقول عند الشافعية^(٤)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٥).

ووجه القول به:

- أن وقت انقطاع المثل وعدم وجوده هو الوقت الذي نقدر فيه التعويض بغيره، فليكن هو وقت تقدير التعويض^(٦).

- ولأن المثل إنما وجب خلفاً، فلا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل، فتعين لذلك اعتبار القيمة عند العجز عن المثل، وذلك وقت انقطاعه^(٧)، والقيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل^(٨). ويقصد بالانقطاع: عدم وجود المثلي في الأسواق حتى وإن كان متوافراً في البيوت^(٩)، والذي لا ينقطع - وإنما يتعذر في موضع دون موضع - لا يسقط فيه المثل^(١٠).

(١) العناية شرح الهداية (٣١٩/٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٣١٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (١٨٣/٦).

(٣) الذخيرة للقرافي (٢٨٨/٨).

(٤) البيان (٢٠-١٩/٧).

(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٩١/٦)، وشرح منتهى الإرادات (٣١٨/٢)، وكشاف القناع عن متن الإقناع (١٠٧/٤).

(٦) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٥٧/٢).

(٧) الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف (ص: ٩٥).

(٨) كشاف القناع عن متن الإقناع (١٠٧/٤).

(٩) فتح القدير (٣٢٠/٩).

(١٠) البيان (٢٠-١٩/٧).

ويرد عليه: أن يوم الانقطاع لا يمكن ضبطه^(١)، فقد ينقطع في هذا المكان ويكون متوافراً في مكان آخر، إلا إذا تم التحقق من كونه منقطعاً فالقول به قول قوي.

القول الثالث: يوم الخصومة أو يوم المحاكمة. وهذا مذهب أبي حنيفة^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣). وقيل: يوم القضاء، ومن اعتبره بهذا فهو بناء على أن يوم القضاء لا يترأخى عن يوم الخصومة^(٤).

ووجهه: أن حكم القاضي هو الذي يقدر قيمة المغصوب، فلو غرم القيمة ثم قدر على المثل لم يلزمه دفعه؛ لتام الحكم بالبدل^(٥).

القول الرابع: يوم الاستيفاء. قال الشيخ محمد بن صالح العثيمين رَحِمَهُ اللهُ: «لو قيل: إن عليه الضمان بالقيمة وقت الاستيفاء منه لكان له وجه؛ وذلك أن الأصل ثبوت المثل في ذمته حتى يسلمه، وهو إذا تعذر فيما بين الإلتلاف وبين الاستيفاء فقد لا يتعذر عند الاستيفاء... فنضمنه المثل، فإن تعذر فقيمة المثل وقت الاستيفاء؛ لأن الأصل أن الذي ثبت في ذمة الغاصب هو المثل، والتعذر قد يكون في حين ولا يكون في حين آخر»^(٦).

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/٤٥٧).

(٢) مجمع الضمانات (ص: ٤٥٤).

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/١٩٢).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٣١٤).

(٥) الذخيرة للقرافي (٨/٢٨٨).

(٦) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٣/٣٥٠).

القول الخامس: أقصى قيمه من وقت الغضب إلى تعذر المثل. وهذا مذهب الشافعية^(١). وقيل: أقصى قيمه من وقت الغضب إلى التلف. وهذا رواية عند الشافعية ورواية عند الحنابلة^(٢). وقيل: أقصى قيمه من وقت الغضب إلى المطالبة. وهذا قول عند الشافعية^(٣).

وهناك أقوال أخرى، مثل: يوم قبض البدل أو يوم التلف أو أكثر القيمتين من يومي البدل والتلف، أو أكثر القيمتين من يومي الإعواز والغضب. وهذه روايات عند الحنابلة^(٤). وقيل: يوم الطلب^(٥).

والذي يظهر أن القول بالتعويض بأقصى قيمه من الغضب إلى تعذر المثل، أو إلى المطالبة هو الأظهر كما هو قول للشافعية، ولو قيل: إلى يوم الحكم لكان أولى؛ فإن المغموب منه متضرر ببقاء المغموب بيد الغاصب، وهو مطالب بأداء المغموب خلال فترة غضبه، ومأمور بتسليمه إلى المالك، وقد يرغب في بيع المغموب بثمن مرتفع ولا يتمكن من ذلك، والضرر الحاصل قبل يوم المطالبة مستمر إلى يوم الحكم، وهذا ما دعا الإمام الشوكاني رَحِمَهُ اللهُ إلى القول بأن «الأولى

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٣/ ٣٤٨).

(٢) شرح المحلى على المنهاج (٣/ ٣١-٣٢)، والوجيز (١/ ٢٠٨)، قال الحارثي رَحِمَهُ اللهُ: «ومن الأصحاب من حكى هذه الرواية». الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/ ١٩٥).

(٣) شرح المحلى على المنهاج (٣/ ٣١-٣٢)، والوجيز (١/ ٢٠٨).

(٤) الشرح الكبير على المقنع (١٥/ ٢٥٥)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/ ١٩١/ ١٩٢).

(٥) الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف (ص: ٩٧)، وشرح زاد المستقنع، د. أحمد الخليل (٤/ ٣٥١)، وهو شرح منشور على الشبكة العالمية، وغير مطبوع. ونسب هذا القول للقاضي أبي يعلى وابن عقيل رَحِمَهُمَا اللهُ، ولم أجده لها.

أن يكون مضموناً بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت التلف؛ لأن هذه مظلمة، فإذا زادت قيمة ذلك الشيء في بعض الأوقات فمن الجائز أنه لو كان باقياً بيد المالك لباعه بهذه الزيادة... والعجب من قول من قال: إن الرهن المقبوض بإذن مالكه مضمون على المرتهن بأوفر قيمة من القبض إلى التلف، والغصب الذي هو ظلم بحت واستيلاء على جهة العدوان بغير طلب الشرع مضمون بقيمته وقت الغصب»^(١).

وقال الجويني رَحِمَهُ اللهُ: «هو أصحابها»^(٢).

المسألة الثانية: إذا كان المتلف قيمياً:

فللفقهاء في التعويض عنه أقوال:

القول الأول: يوم الغصب. وهذا مذهب الحنفية اتفاقاً^(٣)، ومذهب المالكية^(٤)، ورواية عن أحمد^(٥).

القول الثاني: يوم التلف. وهذا مذهب الحنابلة^(٦).

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (ص: ٦٦٢).

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ١٨١).

(٣) البدائع (٧/ ١٥١)، ورد المختار على الدر المختار (٥/ ١٢٨)، والمبسوط (١١/ ٥٥).

(٤) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات (١٠/ ٣٢٦)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٥/ ٢٨١).

(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/ ١٩١)، والمبدع في شرح المقنع (٥/ ٤١)، وقال الحارثي رَحِمَهُ اللهُ: «أورد المصنف وأبو الخطاب هذا الترخيع من قول الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ في حوائج البقال يعطيه على سعر يوم أخذ. وفرق بينها بأن الحوائج يملكها الآخذ بأخذها، بخلاف المغصوب». انتهى. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/ ١٩٤-١٩٥).

(٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/ ١٩١)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣١٨).

القول الثالث: القيمة وقت التقاضي في مجلس الحكم^(١).

القول الرابع: أقصى قيمه من الغصب إلى التلف. وهو مذهب الشافعية^(٢)، وقال به بعض المالكية^(٣)، وهو رواية عند الحنابلة^(٤).

وهذا القول هو أقرب الأقوال، ولو قيل: أقصى قيمه من يوم الغصب إلى يوم الحكم لكان أولى؛ لما سبق التعليل به في المثلي، وإن كان القيمي يتوقف التعويض عنه إلى يوم التلف؛ لأنه لا يمكن معرفة قيمته بعد ذلك.

المسألة الثالثة: إذا كان المتلف ليس مغصوباً:

فأكثر الفقهاء على أن التعويض يكون بثمانه يوم التلف. وهذا مذهب الحنفية^(٥)، ومذهب الشافعية^(٦)، ومذهب الحنابلة^(٧).

(١) وهذا قول الشيخ مصطفى الزرقا رَحِمَهُ اللهُ. الفعل الضار والضمان فيه (ص: ١٢٠).

(٢) الشرح الممتع على زاد المستقنع (١٨٠ / ١٠).

(٣) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٢٨١ / ٥)، ومنح الجليل شرح مختصر خليل (٩٨ / ٧).

(٤) المبدع في شرح المنقح (٤١ / ٥)، وقال الحارثي رَحِمَهُ اللهُ: «ومن الأصحاب من حكى رواية بوجوب أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف. ونسب إلى الخرقى من قوله: "ولو غصبها حاملاً فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته". وهو اختيار السامري. قال القاضي رَحِمَهُ اللهُ في الرويتين: وما وجدت رواية بما قال الخرقى». الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٩٥ / ٦).

(٥) الأشباه والنظائر، ابن نجيم (ص: ٣٦٣).

(٦) الأشباه والنظائر، السيوطي (ص: ٣٤٥)، وقال السيوطي: «لا أعلم فيه خلافاً».

(٧) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٩١ / ٦).

المبحث الثاني أثر المثلي والقيمي على السهم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالسهم:

السهم في اللغة:

السهم جمع: سهم، ويطلق في اللغة على عدة معان، منها: الحظ، والنصيب، والنبيل^(١). قال ابن فارس رَحِمَهُ اللَّهُ: «السين والهاء والميم أصلان: أحدهما يدل على تغير في لون، والآخر على حظ ونصيب وشيء من أشياء. فالسهمة: النصيب. ويقال: أسهم الرجلان، إذا اقترعا، وذلك من السهمة والنصيب، أن يفوز كل واحد منهما بما يصيبه. قال الله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾^(١٤١) [الصفافات: ١٤١]. ثم حمل على ذلك فسمي السهم الواحد من السهام، كأنه نصيب من أنصباء وحظ من حظوظ»^(٢). ويقال: أسهم في الشيء، أي: اشترك فيه، وسأهمه أي: قاسمه^(٣).

الأسمم اصطلاحاً:

لم ينص نظام السوق المالية واللوائح الصادرة عن هيئة السوق المالية ونظام الشركات على تعريف للسهم، وكثير من الأنظمة العربية ليس فيها نص على

(١) لسان العرب (٣/ ٢١٣٥).

(٢) مقاييس اللغة (٣/ ١١١).

(٣) الصحاح (٥/ ١٩٥٦)، وتاج العروس (٨/ ٣٥٢)، والمعجم الوسيط (١/ ٤٧٦).

تعريف السهم، وجاء في قانون التجارة اللبناني^(١)، أن الأسهم: «أقسام متساوية من رأس مال الشركة غير قابلة للتجزئة، تمثلها وثائق قابلة للتداول تكون اسمية أو للأفراد أو لحاملها»^(٢).

وأما الباحثون والفقهاء فعرفوا السهم بتعريفات متقاربة، ومن ذلك: أنه «صك يمثل نصيباً عينياً أو نقدياً في رأس مال الشركة، قابل للتداول، يعطي مالكة حقوقاً خاصة»^(٣).

أو هي: «صكوك متساوية القيمة، غير قابلة للتجزئة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، وتمثل حقوق المساهمين في الشركات التي أسهموا في رأس مالها»^(٤).

وأصرح من هذه التعريفات ما جاء في معيار إصدار وتملك وتداول الأسهم الصادر عن سوق دبي المالي الإسلامي بأنه: «ورقة مالية تثبت لمالكها حصة شائعة في ملكية موجودات في شركة مساهمة، وهي ملكية تامة، رقبة ومنفعة، ولا تقتصر على مجرد حقوق مالك السهم في الربح وناتج التصفية»^(٥).

والحقيقة أن تعريف السهم يختلف بحسب التكيف الفقهي والقانوني له، كما سيأتي في المطلب الثاني.

(١) لسنة (١٩٤٢)، نقلاً عن كتاب: مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية، د. عبدالله بن تركي الطائي (ص: ٦١).

(٢) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، أحمد الخليل (ص: ٤٨).

(٣) المرجع السابق.

(٤) الشركات التجارية، حسين غنايم (ص: ١٨٩).

(٥) (ص: ١١).

ومجموع الأسهم تمثل رأس مال الشركة المساهمة سواء كانت مدرجة في السوق المالية "البورصة" أو أنها شركة مساهمة مقفلة على مساهمين محصورين، والحديث في هذا البحث عن أسهم الشركات المدرجة.

والشركات المساهمة المدرجة في الوقت الحالي لا تصدر صكوكاً كما هو الحال في السابق، وإنما يتم تخصيص أسهم للمكتب عن طريق قيود إلكترونية في محفظة المساهم الإلكترونية بحسب عدد الأسهم التي يملكها، وكذلك الحال عند شراء المساهم لأسهم الشركة بعد تداول أسهمها في البورصة.

والأسهم تتصف بخصائص، من أهمها ما نصت عليه المادة العاشرة بعد المائة من نظام الشركات، ونصها: «ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية، وتثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم، وعلى وجه خاص:

- ١ - الحق في الحصول على نصيب من صافي الأرباح التي يتقرر توزيعها.
- ٢ - الحق في الحصول على نصيب من موجودات الشركة عند التصفية.
- ٣ - حق حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها^(١).

٤ - حق التصرف في الأسهم.

٥ - حق طلب الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها.

(١) حتى وإن كان مالكاً لسهم واحد، كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة الثانية والستين والمادة السادسة والثمانين من نظام الشركات.

- ٦- مراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضاء المجلس.
- ٧- الطعن بالبطلان في قرار جمعيات المساهمين، وذلك بالشروط والقيود الواردة في النظام أو في نظام الشركة الأساس^(١).
- هذه هي أهم خصائص السهم، وكلها تمنح للمساهم في الشركة المساهمة حقوقاً مترتبة على كونه مالكاً لحصة في رأس مال الشركة، وهي حقوق مقاربة لمالك السهم أو الحصة في باقي الشركات.
- ومما له صلة بموضوع البحث، ذكر أنواع القيم للسهم، وهي ثلاث قيم:
- ١ - القيمة الاسمية للسهم، وهي: القيمة التي يتم بها الاكتتاب في السهم.
- ٢ - القيمة الحقيقية للسهم أو القيمة الدفترية، وهي: قيمة ما يمثله السهم في صافي موجودات الشركة.
- ٣ - القيمة السوقية للسهم، وهي: قيمة السهم في السوق أو البورصة^(٢).
- والمهم هو ما يخص القيمة الدفترية والقيمة السوقية، ففي الغالب أنهما لا يتفقا، بل إن كثيراً من المساهمين ربما لا يعرفون القيمة الدفترية، وإنما القيمة السوقية للسهم.

(١) وضعت الترخيم للتوضيح وإلا فليس في نص المادة.

ينظر: الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد الخليل (ص: ٦٣).

(٢) ينظر حول ذلك: المرجع السابق.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للسهم^(١):

بعد بيان التعريف والخصائص أذكر ما يتعلق بالتكييف الفقهي والقانوني للسهم، وهي مسألة دار حولها نزاع بين المعاصرين من الفقهاء والقانونيين، وأصل النزاع راجع إلى صفة المساهم في الشركة المساهمة، واستقلال ذمة الشركة عن المساهم، وعدم تحميله ديوناً زائدة على مساهمته فيها، واكتساب الشركة شخصية معنوية مستقلة عن المساهمين، وهل المساهم يملك حصة شائعة في موجودات الشركة، أو حصة في رأس مال الشركة؟

وعلاقة هذه المسألة بمحل البحث: أنه ينبغي عليه تحديد مثلية السهم من قيمته، ثم في حال التعويض إن كان السهم مثلياً فيحكم بسهم مماثل، وإن كان قيمياً فيحكم بقيمة السهم، ثم ينظر في طريقة تقويم السهم.

لذلك سأورد خلاف المعاصرين في هذه المسألة باختصار مع ذكر أهم أدلة كل قول، ثم بيان الترجيح بحسب ما يراه الباحث، وسأقتصر على ذكر أهم رأيين في المسألة، مع العزو على مظانها لمن أراد التوسع:

الرأي الأول: أن السهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة. وهو ما عليه كثير من المجامع الفقهية والهيئات الشرعية، وعليه كثير من العلماء

(١) المقصود بالتكييف الفقهي هو: «تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمثابته بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة». ينظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، د. محمد عثمان شبير (ص: ٣٠).

والباحثين المعاصرين^(١).

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي: «إن المحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة»^(٢).

وفي قراره الآخر: «المساهم في الشركة يملك حصّة شائعة من موجوداتها بمقدار ما يملكه من أسهم، وتبقى ملكية الرقبة له إلى أن تنتقل إلى غيره لأي سبب من الأسباب، من تخارج أو غيره»^(٣).

وفي أحد قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة: «أن السهم يمثل جزءاً شائعاً من رأس مال الشركة، والمساهم يملك حصة شائعة في موجودات الشركة»^(٤).

ونصت على ذلك المعايير الشرعية في معيارها حول الأوراق المالية (الأسهم والسندات): «يمثل السهم حصة شائعة في رأس مال شركة المساهمة، كما يمثل حصة شائعة في موجوداتها وما يترتب عليها من حقوق عند تحول رأس المال إلى

(١) المعايير الشرعية (ص: ٥٦٧)، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ١٢٤٢).

(٢) القرار رقم (٦٣) عام (١٤١٢هـ). وفي قرار المجمع ينظر: مجلة المجمع (العدد السادس ٢/ ١٢٧٣)، والعدد السابع ١/ ٧٣)، والعدد التاسع (٩/ ٥).

(٣) القرار رقم (١٣٠) عام (١٤٢٣هـ).

(٤) القرار الرابع في الدورة الرابعة عشرة عام ١٤١٥هـ. وكان القرار حول حكم شراء أسهم الشركات والمصارف إذا كان في بعض معاملاتها ربا، ووقع القرار عدد من كبار العلماء، منهم: الشيخ مصطفى الزرقاء رَحِمَهُ اللهُ، وأبدى تحفظه وقال: «لأن الموضوع يحتاج لتفصيل». وفي القرار السادس (بشأن مدى مسئولية المضارب ومجالس الإدارة عما يحدث من الخسارة) في الدورة نفسها، جاء في أثناء القرار: «والمستول عما يحدث في البنوك والمؤسسات المالية ذات الشخصية الاعتبارية هو مجلس الإدارة؛ لأنه هو الوكيل عن المساهمين في إدارة الشركة والممثل للشخصية الاعتبارية».

أعيان ومنافع وديون ونحوها، ومحل العقد عند تداول الأسهم هو هذه الحصة الشائعة^(١).

ووجه هذا الرأي:

أن حقيقة السهم تقتضي المشاركة في الشركة المساهمة؛ إذ هو يمثل جزءاً من رأس مالها، ومالكة يعد شريكاً فيها، ويمثل حصة شائعة في موجوداتها، فالشريك عندما يبيع سهمه أو أسهمه فإنما يبيع جزءاً من نصيبه في هذه الشركة، وموجوداتها تتمثل في نقود وأصول ملموسة وحقوق على الآخرين من أجرة أو ديون ونحوها، ولا يختلف الحكم إن قلنا: إن الشركة تشبه شركة العنان أو شركة المضاربة، أو أنها شركة جديدة مستقلة لا تخالف أصول الشريعة وقواعدها^(٢).

الرأي الثاني: أن السهم ورقة مالية يمثل حصة شائعة في شركة المساهمة بصفتها الاعتبارية وليس في موجوداتها، فالشركة بصفتها الاعتبارية هي التي تملك الأسهم ملكاً حقيقياً، فهي التي تملك الموجودات التي تمثلها أسهم الشركة، ولها ذمة مالية مستقلة عن المساهمين، ولها أهلية مستقلة عن المساهمين^(٣). وهذا هو

(١) المعايير الشرعية (ص: ٥٦٧).

(٢) المعايير الشرعية (ص: ٥٦٧).

(٣) بعض الباحثين جعل الآراء في المسألة ثلاثة، وهي:

القول الأول المذكور هنا.

والقول الثاني: أن السهم عرض، أي: سلعة كبقية العروض والسلع مثل الثياب وغيرها، فهو مال في نفسه، ولا يمثل حصة شائعة في الشركة ولا في موجوداتها.

القول الثالث: أن السهم حصة في الشركة المساهمة نفسها باعتبارها شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة عن ذمم المساهمين فيها، فالمساهم يملك حصة في الشخصية المعنوية نفسها بنسبة ما يملكه فيها من أسهم، وهذه

رأي كثير من القانونيين^(١)، وبعض الفقهاء المعاصرين والاقتصاديين^(٢).

وحول هذا الرأي يقول الدكتور مصطفى كمال: «للشركة ذمة مالية مستقلة بأصولها وخصوصها عن ذمم الشركاء، فأموال الشركة لا تعتبر ملكاً شائعاً بين الشركاء، بل تعتبر هذه الأموال ملكاً للشركة، والحصة التي يقدمها الشريك للشركة تخرج عن ملكه، وتصبح مملوكة للشركة كشخص معنوي، ولا يكون للشريك بعد ذلك إلا مجرد نصيب في الأرباح، أو في الأموال التي تبقى بعد تصفية الشركة»^(٣).

ويقول الدكتور محمد القري: «إن الشركة المساهمة ذات المسئولية المحدودة وإن أطلقنا عليها شركة في لغتنا العربية ليس عنصر اشتراك عدد من الأفراد في حمل

= الشخصية المعنوية هي التي تملك موجودات الشركة، ولذلك لا يملك المساهم أن يستولى على عين من الشركة وإن كان يملك نصف أسهمها؛ لأن حقه قاصر على حصته في الشخصية المعنوية لا يتعداها، وهذا الحق يمنحه حق المشاركة في الربح وفي ناتج التصفية وفي حضور الجمعية العامة والتصويت على قراراتها. وهذا كما فعل د. حسين حامد حسان في بحثه: "التكييف الفقهي لشركات المساهمة"، د. حسين حامد حسان، بحث مقدم إلى مؤتمر شورى الفقهي السادس (ص: ١٥٨).

والذي يظهر أن القول الثاني بعيد جداً، ومؤدى القول الثالث إلى أن السهم عرض من العروض، ونتيجة الرأيين الثاني والثالث متقاربان، لذلك اكتفيت بذكر القول الأول والقول الثالث، وقد اكتفى بالرأيين كثير من الباحثين الذين بحثوا هذه المسألة، منهم: فضيلة الدكتور / يوسف الشبيلي في بحثه: "حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس"، المنشور على الشبكة، وفضيلة الدكتور / مبارك آل سليمان في رسالته: "أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة" (١/ ١٨٣)، وفضيلة الدكتور / أسامة اللاحم في رسالته: "بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة" (٢/ ٢١٩)، وغيرهم.

(١) الشركات التجارية، سميحة قليوبي (ص: ١٠٠)، والوجيز في القانون التجاري (١٩٢-١٩٣).

(٢) منهم المشايخ: محمد أبو زهرة، وعبد الرحمن حسن، وعبد الوهاب خلاف، وفقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي

(١/ ٥٢٧)، والمشايخ: حسن مأمون، وجاد الحق، أسواق الأوراق المالية، سمير عبد الحميد رضوان (ص: ٣١٨).

(٣) الوجيز في القانون التجاري (ص: ١٩٢-١٩٣).

أسهمها ركنًا ولا شرط صحة لوجودها، فهي ليست شركة، وإنما اشتراك مجموعة من الناس في ملكية أسهمها أمر عرضي لا تأثير له في الحكم، وإنما هي شخصية اعتبارية ذات مسؤولية محدودة يخلقها القانون». ويقول كذلك: «من الخطأ القول بأن حامل السهم "يملك حصة مشاعة في موجودات الشركة"؛ إذ هو لا يملك ذلك، وليس هناك ما يدل على هذه الملكية لا في النصوص القانونية ولا الأعراف التجارية ولا الأحكام القضائية التي صدرت لفض المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع»^(١).

ووجه هذا الرأي:

أن الأسهم تباع وتشتري ويكسب منها مال كما يكسب كل تاجر من سلعته، وقيمتها السوقية تختلف عن القيمة الاسمية، مما يدل على عدم الارتباط بين السهم وموجودات الشركة، مما تعدد معه الأسهم عروض تجارة مثل السلع وغيرها. وهذه المسألة تم بسطها في عدد من الرسائل والبحوث^(٢).

والذي يظهر لي أن القول الثاني وإن كان له حظ من النظر^(٣) إلا أن القول به

(١) التكييف الفقهي لشركات المساهمة، د. محمد بن علي القري، بحث مقدم إلى مؤتمر شورى الفقهي السادس (ص: ١٩٧).

(٢) لذلك لم أر مناسبة ذكر كامل الآراء والمناقشات، وهي منشورة في كتب ورسائل وأبحاث يمكن الرجوع إليها، ومن ذلك: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الأعداد: السادس، والسابع، والتاسع، والأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد الخليل، وأحكام التعامل في أسواق المالية المعاصرة، د. مبارك آل سليمان، والخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي، وبيع الدين وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، د. أسامة اللاحم، والندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي، وبحوث مؤتمر شورى الفقهي السادس، وغيرها.

(٣) ذكر الشيخ يوسف الشبيلي رأياً يرى أنه وسط بين القولين، فقال: «السهم: ورقة مالية تمثل حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة. وهذه الشخصية لها ذمة مالية مستقلة عن ملاكها وهم المساهمون، ولها أهلية

بعيد في ظل الواقع المشاهد للشركة المساهمة؛ وذلك للآتي^(١):

١ - أن موجودات الشركة المساهمة تتمثل في الأسهم التي يساهم بها المساهمون، وليست بمعزل عن الأسهم.

٢ - أن الشركة ليست مستقلة عن مساهميها، فهم الذين يقررون من خلال جمعياتها العامة القرارات المهمة التي يسير عليها الاستثمار في الشركة. وكونهم لا يقررون رأيهم في كل موضوعات الشركة واستثماراتها فهو لما تمثله الشركة من عدد كبير من المساهمين، يصعب معه الرجوع إليهم في جميع ذلك، فكان من مصلحتهم ومصلحة شركتهم قيام مجلس إدارة الشركة بذلك، بإشراف من المساهمين عن طريق الجمعيات العامة العادية وغير العادية.

٣ - أن القول بأن الشركة مستقلة عن المساهمين أو أن الشركة هي من يملك موجوداتها يؤدي إلى القول بأن لدينا جانبين مستقلين: المساهمون من جانب والشركة وموجوداتها من جانب آخر، وهذا لا يعضده واقع الشركة المساهمة؛ إذ

= كاملة، فهي قابلة للإلزام والالتزام والتملك وإجراء العقود والتصرفات، وتحمل الديون والالتزامات والأضرار الواقعة على الغير في حدود ذمتها فقط، ولا يتعداها إلى المساهمين. وكل ما ثبت لها أو عليها فهو بالأصالة لا على سبيل الوكالة عن المساهمين. وعلى هذا فإن مالك السهم بامتلاكه حصة في هذه الشخصية فإنه يملك موجوداتها الحسية والمعنوية على سبيل التبعية، وهذه الملكية ناقصة، فلا يملك التصرف بشيء منها، ولو زادت قيمة هذه الموجودات عن قيمة أسهمه فليس له حق المطالبة بها، كما أنه لا يتحمل في ماله الخاص الديون أو الأضرار التي قد تقع بسببها على الآخرين؛ لأنه لا يملك هذه الموجودات، وليست يد الشركة عليها بالوكالة عنه». التوصيف الشرعي للأسهم والآثار المترتبة عليه، بحث مقدم إلى مؤتمر شورى الفقهي السادس (ص: ٢١٣).

(١) ذكر عدد من الباحثين عدداً من اللوازم التي تنبني على هذا القول، يمكن مراجعتها في المراجع السابقة.

أن المساهمين هم من يملك الشركة وموجوداتها، وتزيد ملكيتهم بقدر توسع الشركة وزيادة موجوداتها.

٤- كون المساهمين لا يتمكنون من استرداد موجودات الشركة إلا عند تصفيتها لا ينفي عنهم ملكيتها أثناء حياتها، وإنما هذا لأجل ضمان استمرار عمل الشركة واستمرار نشاطها، لا انفصال ملكيتهم عنها.

٥- أن ثمن السهم في السوق المالية ليس منفصلاً عن واقع الشركة، فعلى سبيل المثال: عند إعلان الشركة عن بدئها في بيع منتجاتها من مصنع تم إنشاؤه، فإن سعر السهم يتأثر بذلك غالباً، والعكس صحيح، وواقع السوق يشهد بذلك، ووجود التفاوت الكبير بين القيمة الحقيقية والقيمة السوقية لا يلغي هذه الحقيقة.

٦- أن الشخصية الاعتبارية ليست خاصة بالشركة المساهمة، بل كل الشركات الحديثة لها شخصية اعتبارية مستقلة، ولا يستطيع الشريك عند خروجه من الشراكة أن يطالب بحصته في الشركة، مما يدل على أنه لا فرق بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة المساهمة وغيرها من الشركات، حتى شركات الأشخاص عند بعضهم كالتضامنية والتوصية^(١).

فالذي يظهر أن القول الأول أرجح وأقعد وأنسب لحال الشركة.

يقول الدكتور حسين حامد حسان: «وأما الرأي القائل بأن السهم هو: حصة شائعة في ملكية الشخصية الاعتبارية، فإنه رأي يبعد عن الحقيقة والواقع، ولا

(١) الشركات التجارية، سميحة القليوبي (ص: ١٠٣).

يستند إلى أدلة شرعية، ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة شرعاً، مثل جواز بيع السهم بعد تخصيصه للمساهم وقبل أن يدفع قيمته، ومثل أن يبيع السهم وهو حصة في نقود بأكثر من قيمته وبثمن مؤجل». ويقول فضيلته كذلك: «لقد كنت ناصرت الرأي القائل بأن السهم يمثل حصته في الشركة نفسها، أي: في الشخصية الاعتبارية وليس في موجوداتها، وذلك منذ ما يقرب من عشرين سنة، وقد عقدت بعدها مؤتمرات وندوات وملفات بحث ومجموعة عمل ونشرت بحوث بينت فيها أن السهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة المساهمة، وقد اختارت هذا التكييف معايير أيوفي ومعايير سوق دبي المالي، وأيدتها قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، فصارت إجماعاً^(١)»^(٢).

المطلب الثالث: الأثر المترتب على الخلاف في التكييف الفقهي للسهم:

بعد بيان التكييف الفقهي للسهم أوضح الأثر المترتب على التكييف السابق فيما له علاقة بمحل البحث:

بناء على القول الأول فإن السهم يمثل موجودات مختلفة ومتغيرة، فموجودات السهم اليوم ليست هي الموجودات نفسها قبل سنة مثلاً، فقد تتغير الأصول زيادة أو نقصاً، وإذا كان على الشركة ديون فقد تنقص لسداد جزء منها، وهكذا، ومن ثم فإن سهم الشركة الذي تم التصرف فيه قبل سنة ليس هو السهم نفسه اليوم؛ لاختلاف الحقوق والالتزامات المترتبة على السهم.

(١) حكاية الإجماع من الشيخ وفقه الله محل نظر؛ لأن الرأي الآخر قال به عدد من العلماء والباحثين.

(٢) التكييف الفقهي لشركات المساهمة، د. حسين حامد حسان، بحث مقدم إلى مؤتمر شورى الفقهي السادس (ص: ١٥٨).

وكما سبق في بيان ضابط المثلي والقيمي فإن السهم على رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ليس مثلياً؛ إذ هو محصور في المكيل والموزون والمعدود غالباً، وليس السهم شيئاً من ذلك، وعلى رأي الحنفية فالسهم ليس له مثل في السوق؛ لما لحقه من تغير كما سبق إيضاحه، فالسهم بهذه الصورة ليس له مثل في السوق، وهذا ينقل السهم من المثلي إلى القيمي، على كلا الرأيين.

أما على الرأي الثاني في تكييف السهم بأنه حصة في رأس مال الشركة المساهمة بصفتها الاعتبارية وليس في موجوداتها، فالسهم ليس له ارتباط مباشر بموجودات الشركة، فلا يتأثر بتغير هذه الموجودات، فالسهم قبل سنة هو السهم اليوم، فهو بهذه الصفة مثلي على رأي الحنفية، بخلاف الجمهور.

والذي يظهر أن القول بأن السهم مثلي على هذا الرأي من كل الوجوه محل تأمل؛ إذ أن السهم وإن كان يمثل حصة شائعة في موجودات الشخصية الاعتبارية إلا أنه لا ينفك عن موجودات الشركة، ولا يمكن أن يكون ذلك؛ إذ أن السهم في الشركة المساهمة بشخصيتها الاعتبارية يمثل موجودات متغيرة، ومن ثم فإن السهم قيمي حتى على رأي الحنفية.

فتبين أن السهم لا يمكن أن يكون مثلياً على جميع الآراء؛ لما يمثله السهم من موجودات متغيرة، إلا إذا كان الوقت قريباً بين تاريخين متقاربين ولم يحدث تغير في موجودات السهم، مثل اليوم واليومين والأسبوع، ونحو ذلك، فيمكن أن يقال بأن السهم مثلي على رأي الحنفية.

وأما الجهات القضائية ولجان الفصل في منازعات الأوراق المالية والجهات ذات العلاقة في المملكة فوجدت لهم رأيين مختلفين:

الرأي الأول: التعويض عن السهم بسهم مثله، وقد اطلعت على حكمين من الدوائر التجارية بديوان المظالم (المحكمة التجارية حالياً)، وقرار من لجنة تسوية المنازعات المصرفية (لجنة المنازعات المصرفية حالياً)^(١).

وفي الحكمين الصادرين من ديوان المظالم طالب المدعيان إعادة أسهمهم التي تصرف بها الشركة مصدرة الأسهم؛ لعدم دفع الجزء الثاني من قيمة السهم الاسمية بعد مطالبتهما به من الشركة، وادعيا عدم وصول طلب الشركة دفع الجزء الثاني من القيمة الاسمية للسهم إليهما.

وجاء في أسباب حكم إحدى الدائرتين^(٢): «وبما أن السهم يمثل حصة المساهم الشريك في الشركة ابتداء وانتهاء والحصة تعطي لصاحبها الحق في الربح وفي موجودات الشركة وأموالها، وأن للمساهم الحق في أمر بقائه في الشركة فلا يجبر على الخروج منها شرعاً، وبما أن إعادة الأسهم التي كان يملكها المدعي بعينها أمر متعذر لانتقالها إلى أفراد كثر، إلا أن هذا لا يمنع من إلزام الشركة المدعى عليها بتمليك المدعي الأسهم التي تخصه عن طريق شرائها من سوق الأوراق المالية بالمملكة

(١) القرار رقم (٢٩٥ / ١٤٢٢هـ).

(٢) رقم القضية: (٤٤٢٩ / ٢) ق لعام ١٤٢٧هـ، ورقم حكم الاستئناف: (٩٨٧ / إس / ٧ لعام ١٤٣١هـ)، على

الرابط: <http://cutt.us/3W0Pd>

العربية السعودية...». وليس في الحكم الآخر تسبب له علاقة بمحل البحث^(١). ويمكن أن يناقش هذا الرأي: بأن قيمة السهم السوقية تتغير سريعاً، وتختلف بين اليوم والغد غالباً، ولو كان التغير يسيراً، فإذا صدر حكم المحكمة الابتدائية فالسهم له قيمة، ثم إذا صدر حكم الاستئناف فسيكون للسهم قيمة أخرى مختلفة غالباً، وسيحصل النزاع بين الطرفين في الوقت الذي يتم تحديده لشراء السهم من السوق، وربما يطلب من المحكوم عليه أن يسلم ثمن السهم عند صدور الحكم حتى لا يحصل نزاع بين الطرفين، وهذا حكم بالقيمة وليس بالمثل.

الرأي الثاني: التعويض عن السهم بقيمته، وعلى هذا استقر رأي لجنتي الفصل والاستئناف في منازعات الأوراق المالية^(٢).

وجاء في أسباب أحد قرارات لجنة الفصل^(٣): «وأما مطالبته (أي: المدعي) بإلزام المدعى عليه بإعادة الأسهم محل النزاع إلى محفظته الاستثمارية فهذا يعد من قبيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وهو مما لا يمكن الحكم به في هذه الحالة، على أساس أن الأسهم تعد من الأشياء القيمية (أي: من الأشياء المعينة بالذات) والتي يعوض عن قيمتها، وليست من المثليات (أي: من الأشياء المعينة بالنوع)

(١) رقم القضية: (٣٤٤١/٢ ق لعام ١٤٢٦هـ)، ورقم حكم الاستئناف: (١١٠٤/إس/٧ لعام ١٤٣١هـ)، على

الرابط: <http://cutt.us/eQHyyv>

(٢) يمكن الاطلاع على عدد من قرارات لجنتي الفصل والاستئناف في منازعات الأوراق المالية على هذا الرابط:

<http://crsd.org.sa/Ar/Pages/Decision.aspx>

(٣) القرار رقم (٢٠/ل/١٥ لعام ٢٠٠٦هـ) في الدعوى رقم (٢٦/١٢)، وكما في القرار رقم

(٢٣/ل/١٥ لعام ٢٠٠٦هـ) الصادر في الدعوى رقم (٢٦/٢٤).

التي يوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء؛ وذلك لأن السهم يمنح مالكة حقوقاً تختلف من وقت لآخر، ومن هذه الحقوق: حق التصويت في الجمعية العمومية للشركة، وحق الدائنية للشركة في موجوداتها عند تصفيتها، وحقه في الحصول على الأرباح، وقد نصت على هذه الحقوق المادة (١٠٨) من نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/٣٨) والتاريخ ١٧/٣/١٣٨٥هـ.

وجاء في أسباب أحد قرارات لجنة الاستئناف^(١): «أن الأصل في ضمان الأعيان المتعدى عليها يكون بردها بذاتها إن كان ذلك ممكناً، أو بالتعويض عنها بمثلها من جنسها إن تحققت شروط التعويض بالمثل، أو بقيمتها إن لم يتيسر ذلك، وحيث إن الأسهم تعكس ملكية مشاعة وتنتقل بين المتعاملين في سوق الأسهم بسرعة كبيرة، وفي إعادة القيود عليها تأثير سلبي على أداء السوق، وإيقاع للضرر على أطراف أخرى كثيرة غير أطراف الدعوى، ولذلك فإن من المتعين التعويض عن الأسهم بالمثل أو بالقيمة، ونظراً لأن أسعار الأسهم حادة التذبذب من وقت لآخر، بالإضافة إلى التفاوت بين أقيامها الدفترية وأسعارها السوقية في كثير من الأحيان، ولأن إلزام المدعى عليه بشراء أسهم للمدعي من السوق يعد بمثابة تعويض له بالقيمة النقدية يوم التنفيذ، لذلك فإن لجنة الاستئناف ترى أن العدالة تتحقق في التعويض عن الأسهم باللجوء إلى القيمة».

(١) القرار رقم (٦٤٨/ل. س لعام ٢٠١٣-١٤٣٤هـ).

وبعد عرض الرأيين يظهر أن التعويض بالقيمة هو الذي يتفق مع طبيعة السهم، كما سبق بيانه، وهذا ما يظهر لي رجحانه، إلا إذا تراضى الطرفان على غير ذلك، كأن يتفقا على شراء الوسيط لعميله أسهماً.

المبحث الثالث

التعويض عن بيع السهم بغير طلب من مالكة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صور التصرف في السهم بغير طلب من مالكة:

تمهيد:

من المعلوم أن الأسهم تكون مودعة في محفظة إلكترونية^(١)، وتسمى (محفظة أوراق مالية)، وتكون لدى شخص مرخص له من هيئة السوق المالية^(٢)، وهو بهذه الصفة أمين حفظ، فهو يحفظ أموال عميله لديه ولا يتصرف فيها، وعليه

(١) هذا هو الذي استقر عليه العمل في الوقت الحالي، لذلك لم أذكر صور التصرف في السهم إذا كان صكاً، كما هو الحال في السابق، حيث إن الغالب في الوقت الحالي هو العمل بالقيود الإلكترونية.

(٢) نصت المادة الثانية من لائحة أعمال الأوراق المالية على الأعمال التي يقوم بها الشخص المرخص له، وهي: "يقصد بنشاط الأوراق المالية أي من النشاطات الآتية:

١) التعامل، وذلك بأن يتعامل شخص في ورقة مالية بصفته أصيلاً أو وكيلًا، ويشمل التعامل البيع أو الشراء أو إدارة الاكتتاب في الأوراق المالية، أو التعهد بتغطيتها.

٢) الترتيب، وذلك بأن يقوم شخص بتقديم أشخاص فيما يتعلق بأعمال الأوراق المالية، أو تقديم الاستشارات في أعمال تمويل الشركات، أو يتصرف بأي شكل من أجل تنفيذ صفقة على ورقة مالية.

٣) الإدارة، وذلك بأن يدير شخص ورقة مالية عائدة لشخص آخر في حالات تستدعي التصرف حسب التقدير.

٤) تقديم المشورة، وذلك بأن يقدم شخص المشورة لشخص آخر بشأن مزايا ومخاطر تعامله في ورقة مالية، أو ممارسته أي حق تعامل يترتب على ورقة مالية.

٥) الحفظ، وذلك بأن يحفظ شخص أصولاً عائدة لشخص آخر تشمل ورقة مالية، أو يقوم بترتيب قيام شخص آخر بذلك، ويشمل الحفظ القيام بالإجراءات الإدارية اللازمة.

الالتزامات نظامية في حفظ الأوراق المالية^(١)، فلا يجوز له التصرف في أسهم عميله إلا بموافقة منه على ذلك.

والمقصود بحفظ الأوراق المالية هو: «حفظ أصول عائدة لشخص آخر مشتملة على أوراق مالية، أو ترتيب قيام شخص آخر بذلك، ويشمل الحفظ القيام بالإجراءات الإدارية اللازمة»^(٢).

والحقيقة أن من يقوم بعمل حفظ الأوراق المالية في السوق السعودي - على وجه الخصوص - هو الوسيط^(٣)، فهو من يتولى حفظ الأوراق المالية، وهو من يتولى بيعها عند طلب مالكيها ذلك. ونتج عن هذا كثير من الإشكالات؛ لأن الأسهم تكون في حوزة الوسيط، ولديه السلطة على فتح محفظة عميله الإلكترونية وبيع الأسهم التي لديه بغير طلب من مالكيها، كما سيأتي بيانه في الفرع الأول. وهناك صور من مخالفة الوسيط ليست محلاً للبحث، سأذكرها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: صور التصرف في السهم بالبيع بغير طلب من مالكيه:

سأذكر تحت هذا الفرع أهم الصور التي يتصرف فيها الوسيط بأسهم عميله، سواء طلب العميل البيع فخالف الوسيط أمر عميله، أو يكون تصرف الوسيط بالبيع ابتداء بدون طلب من العميل.

(١) مثل ما جاء في المواد (٧١) و(٨٢) وما بعدهما من المواد من لائحة الأشخاص المرخص لهم.

(٢) قائمة المصطلحات المستخدمة في لوائح هيئة السوق المالية وقواعدها (٩).

(٣) الوسيط هو: من يتولى البيع والشراء بالوكالة عن عميله، فهو وسيط بين البائع والمشتري أو العكس، وهو

يندرج تحت عمل (التعامل) الذي سبق إيضاحه في الهامش رقم (١٢٧).

وسأذكر الصور دون تفصيل حولها، وإنما لتصور المسألة فقط.

الصورة الأولى: بيع السهم من الوسيط بغير طلب من العميل، سواء كان التصرف بالبيع عمداً أو خطأ.

الصورة الثانية: إذا أمر العميل وسيطه ببيع سهم محدد فباع سهماً آخر.

الصورة الثالثة: إذا باع الوسيط الأسهم بعد انتهاء أمر العميل، كأن يكون الأمر ليوم واحد، فباع في اليوم الثاني.

الصورة الرابعة: إذا حدد العميل لوسيطه قدراً محدداً من الأسهم فباع أكثر مما حدد في الأمر.

الفرع الثاني: صور من تصرفات الوسيط، وليست محلاً للبحث:

وقصدت من الإشارة إلى هذه الصور لبيان أن هناك تصرفات للوسيط يكون ضمناً مختلفاً عن ضمان التصرف بالبيع، ومن ثم فهي لا تدخل فيما يعنيه الباحث من التصرفات.

الصورة الأولى: بيع الوسيط لسهم بثمن أقل مما حدده العميل^(١).

الصورة الثانية: إذا تأخر الوسيط في تخصيص "تسليم" الأسهم في محفظة العميل، حتى انخفضت قيمتها^(٢).

(١) وقد نص الفقهاء على أن الوكيل إذا باع بسعر أقل مما حدده له موكله فإنه يضمن النقص في السعر، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل، أو دون ما قدره له... ويضمن الوكيل النقص». المغني (٥/٩٨)، وينظر: البحر الرائق (٦/١٦١)، وحاشية الدسوقي (٣/٣٨٣).

(٢) لأن لوائح السوق المالية تنص على وجوب تخصيص الأسهم في المحفظة بعد البيع مباشرة، كما في المادة الخامسة

الصورة الثالثة: إذا تأخر الوسيط في بيع الأسهم عن الوقت المعتاد، أو قدم غيره من العملاء عليه، حتى انخفضت قيمة السهم السوقية، مع أن التنفيذ كان في اليوم المحدد لتنفيذ الأمر، فالتنفيذ تم مع بقاء الأمر، والتأخر هو عن وقت تقديم الأمر^(١).

هذه بعض الصور التي ليست محلاً للبحث.

= عشرة من لائحة سلوكيات السوق، وكذلك قواعد التداول (١٧)، ويضمن الوسيط النقص الحاصل في قيمة السهم، كالحالة الأول.

وضمان نقص قيمة المغصوب لتغير الأسعار محل خلاف بين الفقهاء: فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على عدم الضمان. ينظر: العناية شرح الهداية (٣٢٨/٩)، ومنح الجليل (١١٨/٧)، والأم (٢٥٤/٣)، والمغني (١٩٤/٥).

والقول الثاني أن الغاصب يضمن النقص الحاصل في ثمن السلعة بسبب نقص الأسعار في السوق. وهذا لبعض الشافعية ورواية عند الحنابلة اختارها أبو العباس ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ. روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣١/٥)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٥٥/٦).

(١) ويضمن الوسيط النقص الحاصل في قيمة السهم، كالحالة الأول.

المطلب الثاني: تكييف التصرف في السهم:

تمهيد:

قبل الحديث عن تكييف التصرف في السهم يحسن الحديث عن الوسيط الذي تصرف ببيع الأسهم، ونوع علاقته التعاقدية مع العميل .
سبق بيان أن الأصل في المحفظة أن تكون لدى أمين حفظ، والواقع أن الوسيط هو من يقوم بذلك، سواء تولى الحفظ فقط أم كان وكيلاً عن عميله في تنفيذ صفقة أوراق مالية، وحيث إن الوسيط يتقاضى أجراً فيكون وكيلاً بأجر، وإذا كانت الوكالة بأجر^(١) فإن العقد يكون لازماً ويأخذ حكم الإجارة. وهذا هو قول جمهور الفقهاء^(٢)، خلافاً لقول عند الشافعية^(٣).

(١) ودليل ذلك: ما جاء عن ابن الساعدي المالكي أنه قال: (استعملني عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقة فلما فرغت منها وأديتها إليه أمر لي بعمالة، فقلت: إنما عملت لله وأجري على الله، فقال: خذ ما أعطيت؛ فإني عملت على عهد رسول الله ﷺ فعملني فقلت مثل قولك، فقال لي رسول الله ﷺ: إذا أعطيت شيئاً من غير أن تسأل فكل وتصدق)، رواه مسلم، كتاب الزكاة، ح (١٠٤٥)، فعملني: "أي: فأعطاني العمالة، وهي أجرة العامل لعمله". المغرب (١/٣٢٨).

قال الشوكاني: «وفي الحديث دليل على أن عمل الساعي سبب لاستحقاقه الأجرة». (٤/١٩٥).

(٢) المبسوط (١٩/٩١)، والفروق (١/١٨٨)، والأم (٨/٢١٠)، والمغني (٥/٦٨).

وينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (٢٣) (٣٩١)، وعقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، مروان محمد أبو فضة، مجلة الجامعة الإسلامية بفلسطين (سلسلة الدراسات الإنسانية)، ج١٧، ع٢، يونيو ٢٠٠٩م، (ص: ٨٠٢)، وفتاوى ندوة البركة الثامنة للاقتصاد الإسلامي (٨-٩/٩/١٤١٣هـ).

(٣) نهاية المحتاج (٥/٥٢).

وعند القانونيين: هو من يقوم بشراء ويبيع الأوراق المالية بالعمولة^(١) لحساب الغير^(٢).

وإذا كانت أجرة الوسيط معلقة على تحقيق العمل الذي وكل به فيكون العقد عقد جعالة.

وهي عقد يلتزم فيه أحد طرفيه "وهو الجاعل" بتقديم عوض معلوم "وهو الجعل" لمن يحقق نتيجة معينة في زمن معلوم أو مجهول "وهو العامل"^(٣).

هذا إذا كان الوسيط مستحقاً للأجر بصفته أميناً لحفظ أوراق مالية. أما إذا كان الوسيط لا يستحق أجره إلا بعد انتهاء عمله - كما هو الحال عند تنفيذه لعمليات موكله - فإن الأقرب أنه عقد جعالة^(٤).

ويترتب على كون الوسيط وكيلًا بأجر أو عاملاً في عقد الجعالة^(٥) (وقد استحق أجرته على عمله): أنه أمين لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط^(٦)، فإذا لم يتعد

(١) الوكيل بالعمولة مصطلح قانوني يقصد به: من يتعامل باسمه لحساب موكله.

ينظر: العقود التجارية وعمليات البنوك، د. عبد الرحمن السيد قرمان (ص: ٥٩).

(٢) المادة (١٢) من تعليمات الترخيص والاعتداد للخدمات المالية وتنظيمها لسنة (٢٠٠٥م).

(٣) المعايير الشرعية (ص: ٢٦٠)، المعيار رقم (١٥).

(٤) ينظر: نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٥)، وحاشية البجيرمي (٣/ ٢١٩)، والروض المربع، البهوتي (١/ ٣١٥).

(٥) يرد على التكيف بعقد وكالة بأجر أو عقد جعالة عدد من الإيرادات. ينظر في ذلك بحث: أحكام المنازعات بين

الوسيط والمستثمر في تداول الأوراق المالية، د. أحمد الخميس (ص: ٤٥-٣٢).

(٦) المبسوط، السرخسي (١٩/ ٥٩)، وبدائع الصنائع، الكاساني (٦/ ٣٤)، والذخيرة، القرافي (٦/ ٣٧٧)، وروضة

الطالبين، النووي. (٤/ ٣٢٥)، والمبدع شرح المقنع، ابن مفلح (٤/ ٣٤٧)، ومطالب أولي النهى في شرح غاية

المنتهى، الرحيباني (٣/ ٤٨٠).

أو يفرض فلا ضمان عليه^(١).

وقد ألزم المنظم الوسيط بأن يتعامل بمهارة وعناية وحرص، وجاء ذلك في نصوص متعددة، منها:

ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة الخامسة من لائحة الأشخاص المرخص لهم على أن من بين المبادئ التي يجب على الشخص المرخص له الالتزام بها: «٢- المهارة والعناية والحرص، وذلك بممارسة أعماله بمهارة وعناية وحرص».

وما تنص عليه القاعدة الأولى من قواعد السلوك في أعمال الوساطة في الأوراق المالية الملحقه بقواعد التداول على السلوك الذي يلزم الوسيط أن يتعامل به مع عملائه وهو: «الاجتهاد عند ممارسة واجباته، يجب أن يتصرف الوسيط بمهارة وحرص واجتهاد حسب الأصول؛ وذلك خدمة لمصالح عملائه وسلامة السوق».

كما تنص القاعدة الخامسة من قواعد السلوك في أعمال الوساطة في الأوراق المالية الملحقه بقواعد التداول على أنه «يجب على الوسيط ألا يمارس عملاً غير مفوض أو غير ملائم في حسابات العملاء، ولا يمكن أن يتصرف الوسيط إلا بموجب توجيه العميل له، وبشكل خاص يجب ألا يتداول الوسيط نيابة عن العميل، ثم يخطر العميل فيما بعد بالعمليات التي نفذها في حساب العميل...».

كما جاء في البند السابع من الأحكام التي يتعين مراعاتها في إجراءات التداول بأنه: «يجب أن يحرص الوسيط على: أ- تنفيذ الأوامر في الوقت المحدد.

(١) المراجع السابقة.

ب- تنفيذ الأوامر بحسب تعليمات العميل». إضافة إلى مخالفته للفقرة (ج) من الفقرة التاسعة من الأنظمة العامة من قواعد التداول ونصها: «يكون الأعضاء مسئولين عن التحقق من دقة واكتمال أوامر البيع والشراء الصادرة من المستثمر». فالوسيط عليه مسئولية عقدية ومسئولية نظامية، ولا يجوز له التصرف إلا وفق ما أمره به موكله، فإذا خالف أصبح ضامناً ومسئولاً عن الضرر المترتب على خطئه. وينبني على هذا:

أن الوكيل "الوسيط" ملزم بالتقيد بحدود وكالة موكله، فإذا تجاوز حدود الوكالة كان تصرفه فضولياً، فإن أجازته الموكل وإلا فإن الوكيل يضمن ما فوته على موكله. فإذا طلب المستثمر بيع (٢٠٠) سهم من أسهمه فباع (٣٠٠) فإنه يضمن للوكيل (١٠٠) سهم؛ لأنه تعدى حدود ما وكل فيه، وهكذا لو أن مدة أمر بيع الأسهم ليوم واحد فباع في اليوم التالي، فيضمن هذه الأسهم. قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده؛ لأنه لم يتناول له إذنه مطلقاً ولا عرفاً؛ لأنه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة إليه دون غيره، ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتاً لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه»^(١).

فإذا تبين أن الوسيط أمين لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط، فما التكييف لتصرفاته ببيع أسهم عميله بغير طلب منه؟

(١) المغني (٥/٩٥).

إذا تصرف الوسيط في أسهم عمليه بغير طلب منه فإنه يكون ضامناً له عن هذا التصرف، سواء كان عن عمد أو خطأ ناتج عن تفريطه، وهو مسئول عن تعويض موكله عن الضرر المترتب على خطئه، ويخرج عن وصف الأمانة إلى وصف الضمان، ويكون حكمه حكم الغاصب.

وهذه نصوص بعض الفقهاء في أن الوكيل إذا تعدى أو فرط فحكمه حكم الغاصب:

قال السرخسي رَحِمَهُ اللهُ: «... ولا شيء لرب الأرض على الوكيل هنا؛ لأن الزارع بمنزلة الغاصب حين زرعها بغير أمر الوكيل»^(١).

وقال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «والوكيل إذا خالف فهو ضامن، إلا أن يرضى الأمر، فيلزمه. وجملة ذلك: أن الوكيل إذا خالف موكله فاشترى غير ما أمره بشرائه أو باع ما لم يؤذن له في بيعه أو اشترى غير ما عين له فعليه ضمان ما فوت على المالك أو تلف؛ لأنه خرج عن حال الأمانة، وصار بمنزلة الغاصب»^(٢)؛ لأن المتلف عليه الضمان مطلقاً.

وقال الزركشي رَحِمَهُ اللهُ: «أسباب الضمان أربعة: عقد، ويد، وإتلاف، وحيلولة.

الأول: العقد، كالبيع والتمن المعين قبل القبض والسلم والإجارة ونحوها.

(١) المغني (٤/ ١٥٤-١٥٥).

(٢) المبسوط (٢٣/ ١٣٩).

الثاني: اليد، وهي ضربان:

- يد غير مؤتمنة، كيد الغاصب والمستام والمستعير والمشتري فاسداً، وكذلك الأجير على قول.

- ويد أمانة، كالوديعة والشركة والمضاربة والوكالة ونحوها، إذا وقع منها التعدي صارت اليد ضمان، فيضمن إذا تلفت بنفسها، كما لو لم يكن مؤتمناً^(١).

(١) المنشور في القواعد (٢/ ٣٢٣-٣٢٢).

المطلب الثالث: مقارنة بين تلف المغصوب القيمي وبيع السهم:

أردت في هذا المطلب بيان بعض الفروق بين التعويض عن المغصوب القيمي والسهم، لذلك سأذكر آراء الفقهاء في القيمي، ثم الفرق بينها وبين التعويض عن السهم وفقاً للآتي:

يوم الغصب، وسبب القول به لأن المغصوب يبقى فترة بعد الغصب بيد غاصبه ثم يتلف بعد ذلك.

أما السهم ففي الغالب أن يتم التصرف فيه مباشرة، لا أن يُسبق بمنع مالكة من التصرف فيه كالمغصوب، وحتى مع المنع من التصرف فيه، فهي حالات لا يلحقها في الغالب تصرف في السهم بالبيع، كأن يتم حجز المحفظة لعلاقة تمويل أو لخلل تقني نتج عنه عدم تمكن المستثمر من التداول على محفظته. وهذا ليس له علاقة بما يتم بحثه. وربما يحصل أن الوسيط يمنع مالك المحفظة من التصرف في أسهمه، ثم يقوم ببيع الأسهم، وهذا موجود، لكنه قليل جداً، وفي الغالب أن السبب علاقة تمويل أو مطالبة بمبالغ أضيفت على حسابه، ونحو ذلك، فتبين أن يوم الغصب بالنسبة للأسهم قد يكون هو يوم التلف "البيع"، ويأتي بيان المقارنة مع يوم التلف.

يوم التلف، الغاصب حينما يُتلف المَغصوب أو يتلف وهو بيده فيدل على أن المَغصوب كان بيد الغاصب فترة من الزمن تطول أو تقصر، ثم تلف أو أُلِف وهو بيده، وتلفه يعني: هلاكه وعدم وجوده.

أما السهم فإتلافه يكون ببيعه، وينتج عن ذلك ثمن السهم، وهذه هي قيمته في

السوق، ولا يتأتى ما يعنيه الفقهاء بتلف المصوب بأن يهلك بعينه وثمرته. وعلى القول بهذا الرأي في التعويض عن السهم المتصرف فيه "المعتدى عليه" فإن الوسيط يسلم ثمن السهم إلى مالكه ولا شيء له؛ لأن هذه هي قيمته في السوق يوم التلف "يوم البيع"، وقد يكون الثمن تم قيده في حساب المالك وبالتالي لا تلحق الوسيط تبعه بعد ذلك، إلا المسؤولية النظامية.

وقد لا يتم إيداع الثمن في حساب مالك السهم، وهذا إذا كان حساب العميل "مكشوفاً"، أي: وُضع الحساب بالسالب، ففي هذه الحال لن يستفيد مالك السهم من ثمن أسهمه، بل سيذهب الثمن إلى حساب الوسيط بعد البيع مباشرة، ثم يُلزم الوسيط بعد ذلك بإعادة الثمن بناء على التعويض بالقيمة يوم التلف "اليوم الذي تصرف فيه الوسيط"، مع أن الضرر في هذه الصورة أشد من إيداع الثمن في الحساب مباشرة.

يوم التقاضي، وبناء عليه فإن القاضي يحكم بقيمة المصوب في يوم الحكم، وبالنسبة للسهم فعند الحكم بالتعويض يحدد القاضي قيمة السهم في سوق الأسهم "البورصة"، ويحكم به على الوسيط.

ويرد عليه: أن الوقت بين بيع السهم والحكم يطول غالباً، ففي السعودية مثلاً تودع الشكوى في هيئة السوق المالية ثلاثة أشهر قبل إيداع الدعوى لدى لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، ثم تبقى الدعوى في اللجنة مدة أطول من هذه المدة غالباً، والسهم خلال هذه الفترة تتغير موجوداته وحقوقه، فقد يتم

توزيع أرباح، وقد يتم زيادة رأس المال عن طريق أسهم منحة، ونحو ذلك، إلى غير ذلك من الإشكالات المترتبة على القول بهذا الرأي. والقول بالحكم بقيمة السهم يوم التقاضي يفوت على مالك السهم المباع بغير طلب منه جميع الحقوق بين بيع السهم ويوم الحكم.

أقصى قيمة للمغضوب من يوم الغصب إلى يوم التلف، والقيمة دائرة بين يوم الغصب والتلف، وسبق القول بأن يوم الغصب قد يكون هو يوم التلف، بمعنى: أن الوسيط يتصرف في السهم مباشرة دون علم سابق من العميل، فلا يكون هناك وقت بين اليومين حتى يتم حساب التعويض.

وبهذا يتبين أن السهم وإن كان قيمياً إلا أن التصرف فيه بالبيع ليس كالتصرف في المغضوب بالإتلاف.

والأقرب: أن السهم له شبه بالمثل من وجه، وله شبه بالقيمي من وجه، فهو من حيث موجوداته وحقوقه فإنها متغيرة، فيكون قيمياً من هذا الوجه، ومن حيث أفراده وأنه موجود في السوق ويمكن معرفة قيمته وما نتج عنه من أرباح ومنح فيكون مثلياً، وعلى هذا فيراعى عند التعويض القيمة مع إمكان حسابه بعد التلف "البيع" كالمثلي الذي يمتد التعويض فيه إلى يوم المطالبة بأقصى قيمه من وقت الغصب إلى المطالبة، وهذا قول عند الشافعية كما سبق بيانه.

وجمهور الفقهاء عندما يتوقفون بالتعويض إلى يوم التلف فلائنه لا يمكن معرفة القيمة بعد ذلك في الغالب؛ لأن المتلف قيمي، وليس هناك قياس لمعرفة قيمته بعد

تلفه، بخلاف السهم فيمكن معرفة قيمته بعد التصرف فيه حتى يوم الحكم، فالأقرب أن التعويض بأعلى قيمه يمتد إلى يوم المطالبة أو يوم الحكم^(١).

وفي طريقة التقدير يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «وقدر المتلف إذا لم يمكن تحديده عمل فيه بالاجتهاد كما يفعل في قدر قيمته بالاجتهاد في معرفة مقدار ثمنه، بل قد يكون بالحرص أسهل، وكلاهما يجوز مع الحاجة»^(٢).

(١) سيأتي في المطلب اللاحق مزيد تقييد للتعويض بأعلى قيمة بالنسبة للأسهم.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٤٢١).

المطلب الرابع: طريقة التعويض عن السهم المباع بغير طلب من مالكه:

سبق بيان التكييف الفقهي للسهم وأنه قيمي وليس مثلياً^(١)، وأن له شبهاً بالمثلي من حيث حساب التعويض، كما سبق إيضاح أن التعويض عن المتلف يكون بالمثلي ما أمكن. وبتطبيق ذلك على السهم يتبين أن للتعويض عن السهم حالتين:

الحالة الأولى: أن يتم التعويض عن السهم بعد التصرف فيه مباشرة، فإذا لم يمض على التصرف في السهم فترة تتغير فيها موجوداته وحقوقه كيوم ويومين وأسبوع ونحو ذلك فالسهم مثلي في هذه الحالة. وهذا متصور في قيام الوسيط بتعويض عميله بعد البيع مباشرة إذا تبين له خطؤه، أما التعويض عن طريق جهات التقاضي فيأخذ وقتاً طويلاً، مما يتعذر معه التعويض عن السهم بمثله.

الحالة الثانية: أن يكون التعويض بعد فترة تتغير فيها موجودات السهم وحقوقه، ولهذه الحالة صورتان:

الصورة الأولى: أن يقوم الوسيط بسحب ثمن الأسهم التي تم بيعها مباشرة بعد البيع. فهذه الصورة هي المقصودة عند ترجيح التعويض بأعلى قيمه من تاريخ الغصب إلى تاريخ المطالبة أو الحكم.

وكون التعويض يكون بعد فترة من التصرف فهذا هو الغالب إذا وصلت المطالبة إلى الجهات القضائية؛ لأنها تأخذ وقتاً يغلب على الظن فيه تغير موجودات السهم وما يترتب عليه من حقوق.

(١) في المطلب السابق والمطلب الثاني من المبحث الثاني.

مثال للتوضيح:

إذا تم بيع عدد (١٠٠) سهم وطالب مالکها التعويض عنها، وكان أعلى سعر بلغه السهم خلال فترة التعويض هو (٥٠) ريالاً، فإن معادلة التعويض تكون وفقاً للآتي: ١٠٠ سهم $\times$ ٥٠ = ٥٠٠٠

فيكون ما يستحقه مالک السهم من تعويض هو مبلغ خمسة آلاف ريال. وقد تمتد فترة التعويض مدة طويلة، والسهم خلال هذه الفترة قد يصرف له أرباح، وقد يتم إصدار أسهم منحة، فكيف يتم تعويض مالک السهم عن أسهمه؟

إذا تم إصدار أسهم منحة على السهم فإن عدد الأسهم سيزيد، ولنفرض أنه تم إصدار أسهم منحة لمرتين، وفقاً للآتي:

بتاريخ ١/١/١٤٣٨هـ تم بيع عدد (١٠٠) سهم بغير حق.
بتاريخ ١/٦/١٤٣٨هـ تم منح سهم لكل سهم، فأصبح عدد الأسهم (٢٠٠) سهماً. وخلال هذه الفترة تم صرف ربح بمقدار ريال لكل سهم.
بتاريخ ١/١٢/١٤٣٨هـ تم منح سهم لكل سهم، فأصبح عدد الأسهم (٤٠٠) سهم. وخلال هذه الفترة تم صرف ربح بمقدار ريال لكل سهم.
بتاريخ ١/٢/١٤٣٩هـ صدر قرار لجنة الفصل.

ونظرنا إلى أعلى سعر للسهم فوجدناه بتاريخ ١/٨/١٤٣٨هـ وهو ١٠٠ ريال. ففي هذه الحال لا يمكن أن نضرب هذا المبلغ في عدد (٤٠٠) سهم؛ لأن هذا

العدد من الأسهم بدأ في تاريخ ١/١٢، والأعلى بتاريخ ١/٨، فلم يكن هذا العدد من الأسهم موجوداً بتاريخ أعلى سعر للسهم.

وبالتالي فإن حساب الأعلى يجب أن يحسب لكل عدد من الأسهم على حدة، ويكون هذا على فترات، ووفقاً لهذا المثال لدينا ثلاث فترات:

الفترة الأولى: من تاريخ البيع في ١/١/١٤٣٨هـ حتى تاريخ ٣٠/٥/١٤٣٨هـ، وكان أعلى سعر للسهم خلال هذه الفترة هو (٩٠) ريالاً، وعدد الأسهم (١٠٠) سهم، $٩٠ \times ١٠٠ = ٩٠٠٠$ ريال.

الفترة الثانية: من تاريخ المنحة الأولى في ١/٦/١٤٣٨هـ حتى تاريخ ٢٩/١١/١٤٣٨هـ، وكان أعلى سعر للسهم خلال هذه الفترة هو (٩٠) ريالاً، وعدد الأسهم ١٠٠ سهم، $٩٠ \times ١٠٠ = ٩٠٠٠$ ريال. وبإضافة ربح السهم لهذه الفترة يكون إجمالي المبلغ هو ٢٠٢٠٠ ريال.

الفترة الثالثة: من تاريخ المنحة الثانية في ١/١٢/١٤٣٨هـ حتى تاريخ صدور القرار في ١/٢/١٤٣٩هـ، وكان أعلى سعر للسهم خلال هذه الفترة هو (٤٠) ريالاً، وعدد الأسهم ٤٠٠ سهم، $٤٠ \times ٤٠٠ = ١٦٠٠٠$ ريال. وبإضافة ربح السهم لهذه الفترة يكون إجمالي المبلغ هو ١٦٤٠٠ ريال.

وبالنظر إلى أعلى قيمة خلال الفترات الثلاث نجده في الفترة الثانية، وهو مبلغ ٢٠٢٠٠ ريال، مع أن الفترة الثالثة أكثر من حيث عدد الأسهم، لكن الفترة الثانية كان السعر أعلى.

وهذه الطريقة هي التي سارت عليها لجنتا الفصل والاستئناف في منازعات الأوراق المالية^(١)، حيث جاء في أسباب أحد قرارات لجنة الاستئناف في منازعات

(١) لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية هي المختصة بنظر جميع المنازعات المتعلقة بتداول الورقة المالية، ويتم الاعتراض على قراراتها أمام لجنة الاستئناف في منازعات الأوراق المالية. وللتوضيح حول هاتين اللجنتين والنظام الخاص بهما أنقل نص المادة الخامسة والعشرين من نظام السوق المالية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ٣٠) وتاريخ (١٤٢٤/٦/٢هـ)، حيث جاء فيها: «أ- تُنشئ الهيئة لجنة تسمى "لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية" تختص بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام هذا النظام ولوائح التنفيذ ولوائح الهيئة والسوق وقواعدهما وتعليماتها في الحق العام والحق الخاص، ويكون لها جميع الصلاحيات الضرورية للتحقيق والفصل في الشكوى أو الدعوى، بما في ذلك سلطة استدعاء الشهود وإصدار القرارات وفرض العقوبات والأمر بتقديم الأدلة والوثائق.

ب- تتكون اللجنة من مستشارين قانونيين متخصصين في فقه المعاملات والأسواق المالية يتمتعون بالخبرة في القضايا التجارية والمالية والأوراق المالية، ويعين أعضاء اللجنة بقرار من المجلس لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. غير أنه يجب ألا تكون لأعضاء اللجنة مصلحة مالية أو تجارية مباشرة أو غير مباشرة، أو صلة قرابة حتى الدرجة الرابعة بأصحاب الشكوى أو الدعوى المرفوعة أمام اللجنة. وعلى اللجنة أن تباشر النظر في الشكوى أو الدعوى خلال مدة لا تزيد على أربعة عشر يوماً من تاريخ إيداع الشكوى أو الدعوى لدى اللجنة.

ج- تشمل اختصاصات اللجنة النظر في التظلم من القرارات والإجراءات الصادرة عن الهيئة أو السوق، ويحق للجنة إصدار قرار بالتعويض وطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو إصدار قرار آخر يكون مناسباً ويضمن حق المتضرر.

د- تحدد لوائح وقواعد الهيئة الإجراءات التي يتعين على اللجنة اتباعها بشأن الشكوى والدعوى المقدمة لها.

هـ- لا يجوز إيداع أي شكوى أو صحيفة دعوى لدى اللجنة ما لم يتم إيداعها أولاً لدى الهيئة، وما لم يمض على ذلك مدة تسعين يوماً من تاريخ إيداعها، إلا إذا أخطرت الهيئة مقدم الشكوى أو الدعوى بجواز الإيداع لدى اللجنة قبل انقضاء هذه المدة.

و- يجوز استئناف القرارات الصادرة من اللجنة أمام لجنة الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغها.

ز- تكون بقرار من مجلس الوزراء لجنة الاستئناف من ثلاثة أعضاء يمثلون وزارة المالية ووزارة التجارة والصناعة وهيئة الخبراء بمجلس الوزراء لفترة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، ويحق للجنة الاستئناف وفقاً لتقديرها رفض النظر في القرارات التي تصدرها لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية أو تأكيد تلك القرارات أو إعادة النظر في الشكوى أو الدعوى من جديد، استناداً إلى المعلومات الثابتة في ملف الدعوى أمام لجنة الفصل، وإصدار القرار الذي تراه مناسباً في موضوع الشكوى أو الدعوى، وتعد قرارات لجنة الاستئناف نهائية.

ح- يتم بناءً على طلب من الهيئة أو السوق تنفيذ القرارات التي تكتسب الصفة القطعية عن طريق الجهة الحكومية

الأوراق المالية: «ولما كان الأصل في التعويض أن يتم بأقرب ما ينجر به الضرر الناتج عن بيع الأسهم، فإن الأمر يقتضي - وفقاً لتقدير هذه اللجنة - أن تضمن الأسهم وفق مبادئ وأساليب تلائم طبيعتها، وذلك بالتعويض عنها بأعلى قيمة سوقية وصلت إليها في المدة من وقت العلم بالتعدي إلى وقت النطق بالحكم، وذلك بالنسبة لمن لم يودع مبلغ الصفقة في حسابه، حيث إن الضرر يستمر واقعاً عليه إلى ذلك اليوم، ولا يكون بإمكانه تغيير الحال بإيقاف الضرر، كمن أودع في حسابه مبلغ الصفقة، وفي حال اشتملت في هذه المدة على أرباح للأسهم المعتدى عليها فإنها تكون من حق المضرور إذا كان تاريخ استحقاقها قبل أعلى سعر، أما إذا اشتملت الأسهم المعتدى عليها على أسهم منحة قبل العلم بالتعدي فإنها تضاف إلى الأسهم الأصلية، ومن ثم يتعين احتساب التعويض بالأخذ بالأصلح للمضرور بين أعلى سعر للأسهم المملوكة للمدعي من وقت العلم وحتى نهاية يوم التداول السابق ليوم تداول أسهم المنحة، أو أعلى سعر للأسهم مع أسهم المنحة من أول يوم لتداول أسهم المنحة إلى أول يوم تداول أسهم المنحة اللاحقة أو وقت الحكم، وإذا تعددت المنح أو الأرباح أو كليهما معاً فيتم تطبيق المعيار نفسه عليهما معاً»^(١).

= المخولة بتنفيذ الأحكام القضائية. وأما بالنسبة للقرارات الصادرة لصالح الأطراف بموجب المواد الخامسة والخمسين والسادسة والخمسين والسابعة والخمسين من الفصل العاشر من هذا النظام فيتعين تنفيذها من قبل أولئك الأطراف على النحو المتبع في تنفيذ الأحكام القضائية في الدعاوى المدنية.

ط - يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات جهاز "الفاكسميلي" والبريد الإلكتروني».

(١) قرار لجنة الاستئناف رقم (٦١٢/ل. س لعام ٢٠١٢م - ١٤٣٤هـ).

وأما لجنة الفصل "الابتدائية" فتختلف في بداية حساب التعويض عن لجنة الاستئناف، حيث يبدأ حساب التعويض من تاريخ البيع وليس من تاريخ العلم بالبيع.

ومما يلاحظ على هذا المبدأ الآتي:

أولاً: أن بداية حساب التعويض المنصوص عليها في قرار لجنة الاستئناف لم تكن بدايته من يوم الغصب أو يوم البيع، وإنما من التاريخ الذي علم فيه مالك الأسهم ببيع أسهمه، فإذا كان بيع أسهمه بغير طلب في تاريخ ١ / ١ / ١٤٣٨ هـ ولم يعلم عن بيع أسهمه إلا بتاريخ ١ / ٧ / ١٤٣٨ هـ فإن حساب أعلى سعر للسهم يبدأ من هذا التاريخ، فربما لا يستحق التعويض بالأعلى في المثال السابق، سوى ما يتعلق بالأرباح المصروفة على السهم، فهذه لا تتغير.

وهذا الرأي له وجه؛ لأن العبرة بالتعويض بأعلى سعر هو من أجل إمكان بيع السهم بهذا السعر، ولا يمكن أن يتصور ذلك وهو لم يعلم أصلاً أن أسهمه تم بيعها، مما يدل على أنه ربما يريد الاحتفاظ بالسهم؛ إذ لو أراد البيع بأعلى سعر لطلب البيع من وسيط الأسهم الذي يتعامل معه، وأثبت ذلك وسيط الأسهم، وأخبر عميله بعدم وجود أسهمه.

والفقهاء عندما نصوا على يوم الغصب فهو التاريخ الذي يفترض فيه علم المغصوب منه؛ لما يكتنف الغصب من القهر والمنع، والأمر يختلف بالنسبة للأسهم.

ثانياً: أن التعويض بأعلى سعر للسهم على الإطلاق محل نظر، فالأولى أن يؤخذ متوسط الأعلى خلال فترة التعويض، فيتم جمع الأعلى في جميع الأيام خلال الفترة كاملة ثم يؤخذ متوسط الأعلى، وهذا أسلم وأضبط؛ لأن حساب الأعلى ليوم واحد يرد عليه: أن عدد الأسهم التي بيعت بهذا السعر ربما أنها قليلة جداً، وعدد الأسهم التي سيتم التعويض عنها أكثر من هذا العدد بكثير، فيبعد بيع الأسهم التي سيتم التعويض عنها بالكمية المطالب بها وبالسعر الأعلى الذي وصل إليه السهم في هذا اليوم، فكان الأولى الأخذ بحساب متوسط الأعلى.

الصورة الثانية: أن يقوم الوسيط ببيع الأسهم ثم إيداع قيمتها في حساب مالكيها، دون قيد على ثمنها أو منع من التصرف فيه.

فمالك السهم يستطيع شراء أسهم بدلاً عن الأسهم التي تم التصرف فيها، فكيف يتم تعويضه عن هذا التصرف؟

أبدأ أولاً ببيان رأي لجنتي الفصل والاستئناف في منازعات الأوراق المالية؛ لما بينهما من اختلاف في طريقة التعويض، ثم أوازن بين الرأيين بعد ذلك.

جاء في أسباب أحد قرارات لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية: «فإن التعويض عن السهم الذي تم التصرف فيه على خلاف تعليمات مالكيه يكون بحساب متوسط سعره اعتباراً من تاريخ تصرف المدعى عليه بالبيع وحتى تاريخ إقامة الدعوى أمام اللجنة، وهو التاريخ الذي يحقق العدالة باعتباره التاريخ الذي نهض فيه مدعي الحق في طلب حقه، كما أنه التاريخ الذي اعتد به نظام السوق المالية

للنظر في تقدير التعويض في عدد من الحالات الموجبة له. ويتم احتساب متوسط سعر السهم بالرجوع إلى متوسط سعره لكل يوم واقع بين اليوم الذي تصرف فيه البنك المدعى عليه واليوم الذي تقدم فيه المدعي بدعواه، وجمع متوسط كل الأيام وقسمته على عددها؛ ليتحصل المتوسط الفعلي لسعر السهم خلال تلك الفترة. وفي الأخذ بمتوسط سعر السهم مراعاة للاحتتمالات المقابلة لتصرف المدعي بقيمة الأسهم محل النزاع، ولتذبذب سعر السهم صعوداً ونزولاً خلال تلك الفترة، مما يعني: أن الأخذ بمتوسط سعر السهم فيه تحقيق للعدالة»^(١).

وفرت اللجنة بين هذه الصورة والصورة السابقة، ففي هذه الصورة رأت التعويض بمتوسط سعر السهم؛ لأن ثمن أسهمه موجود في محفظته، بخلاف الصورة السابقة.

وأما لجنة الاستئناف فلها رأي مختلف، حيث جاء في أحد قراراتها: «ولما كان الأصل في التعويض أن يتم بأقرب ما ينجر به الضرر الناتج عن بيع الأسهم فإن الأمر يقتضي وفقاً لتقدير هذه اللجنة أن تضمن الأسهم وفق مبادئ وأساليب تلائم طبيعتها، وذلك بالتعويض عنها بأعلى قيمة سوقية وصلت إليها في المدة من وقت العلم بالتعدي إلى الوقت الذي يتحقق فيه الضرر من وقوع التعدي، ويحصل على المشورة المتخصصة ويتأكد له رفض المدعى عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وذلك باستنفاد الوسائل المناسبة لاسترداد حقه منه بالطرق المتاحة بحسب المتعارف

(١) القرار رقم (٢٠/ل/١٥/٢٠٠٦ لعام ١٤٢٧هـ) في الدعوى رقم (٢٦/١٢).

عليه ودون تراخٍ أو إهمال، وذلك بالنسبة لمن أودع مبلغ الصفقة في حسابه حيث كان بإمكانه إيقاف الضرر الواقع عليه بتصرفه بضمن الأسهم المودع في حسابه بعد تلك المدة، ويتم تقدير هذه المدة من اللجنة بحسب طبيعة كل قضية وملاساتها^(١).

ويلاحظ على القرارين الآتي:

أولاً: أن وجود ثمن الأسهم في حساب مالكيها بعد التصرف فيها يمكنه من الاستفادة من هذا الثمن، سواء بشراء أسهم مماثلة إذا رغب فيها أو بشراء أسهم أخرى. وهذه الصورة لا تأخذ حكم الغصب الذي سبق بيانه؛ لأن من بيعت أسهمه وأودع ثمنها في محفظته فإنه لم يفقد أسهمه وثمرتها معاً، وإنما فقد أسهمه وما يتبع السهم من حقوق، كالأرباح والمنح وغيرها من الحقوق، لكن ثمن بيع الأسهم يستطيع التصرف فيه؛ لأنه مودع في محفظته، مع الأخذ في الاعتبار وجود الاعتداء على أسهمه ووجود المخالفة النظامية المترتبة على هذا التصرف. وهذا ما يستدعي النظر والتأمل في طريقة التعويض.

ثانياً: يظهر لي أن قرار لجنة الاستئناف أقرب إلى الصواب؛ حيث روعي فيه تاريخ علم مالك السهم بالتصرف في أسهمه وأعطى وقتاً يستطيع فيه شراء أسهم الشركة نفسها أو شراء أسهم أخرى، والتعويض بالأعلى فيه مراعاة لارتفاع سعر السهم بعد بيعه مباشرة وقبل شراء مالك الأسهم أسهماً أخرى، ويتوقف التعويض عند هذا الحد دون الاستمرار إلى تاريخ إقامة الدعوى، حيث

(١) قرار لجنة الاستئناف رقم (٦٤٨/ل. س لعام ٢٠١٣م - ١٤٣٤هـ).

إن ثمن أسهمه موجود في محفظته ويستطيع شراء أسهم من أسهم الشركة نفسها التي تم بيعها أو أسهم أخرى.

وهذه الصورة لا تزال محل نظر وتأمل، من حيث مشابقتها للاعتداء في الغصب من جهة، ووجود ثمن الأسهم في المحفظة من جهة أخرى. وطريقة التعويض التي سارت عليها لجنة الاستئناف في منازعات الأوراق المالية قد تكون هي الأنسب والأقرب في الفترة الحالية.

ومما ينبغي الإشارة إليه: إلى أن التعويض على رأي اللجنتين بالنسبة لمن تم إيداع ثمن أسهمه لا يلزم في كل الأحوال، فإذا تم بيع أسهم بغير طلب من مالكيها ثم نقصت قيمة السهم بعد البيع "تصرف الوسيط" واستمر النقصان فإن مالك السهم لن يرفع دعوى ويطالب فيها بالتعويض؛ لأنه يرى أن الأصلح له بيع الأسهم، ولو طالب فلن يستحق شيئاً، وهذا إذا كان استشاره في السوق من أجل اختلاف الأسعار وتغير القيمة السوقية وليس الدفترية، بمعنى: أنه يبيع ويشترى طلباً للربح بين فرق السعر، أما المستثمر طويل الأجل الذي لا ينظر إلى قيمة السهم السوقية فإنه مع انخفاض سعر السهم سيأتي ويطلب بالتعويض. ولم يجر التفريق بين هذا والذي قبله في قرارات لجنتي الفصل والاستئناف، وما عليه العمل، وهو عدم التعويض في كلا الحالتين، لكن يقال لمن يرغب في الاستثمار وقد انخفض سعر السهم: هذا خير لك، فستشتري أسهماً أكثر من الأسهم التي كانت في محفظتك، وإذا ثبت أنك متضرر فسيتم تعويضك.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بيان مسائل هذا البحث باختصار أذكر أهم النتائج التي انتهت إليها في البحث، وفقاً للآتي:

- ١- الرأي الراجح في المثلي هو ماله مثل في الأسواق، وضده القيمي.
- ٢- اتفق الفقهاء على أن العين المغصوبة إذا كانت باقية بحالها فيجب على الغاصب إعادتها إلى مالكيها، وحكى الإجماع ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ وغيره.
- ٣- إذا اتفق طرفان على التعويض بالقيمة فلهما ما اتفقا عليه حتى مع وجود المثلي.
- ٤- اختلف الفقهاء فيما إذا تلف المغصوب فهل الرد بمماثل أو بالقيمة، على أقوال ثلاثة، والراجح أن الواجب هو الرد بالمماثل ما أمكن، ولا يلجأ إلى القيمة إلا عند عدم المماثل.
- ٥- أن المماثلة من كل وجه قد تكون متعذرة، والمقصود أقرب مماثل لا تختلف صفاته عن المتلف.
- ٦- الراجح في التعويض عن المثلي أنه بأقصى قيمة من الغصب إلى تعذر المثل أو إلى المطالبة. وهذا قول للشافعية. ولو قيل: إلى يوم الحكم لكان أولى.
- ٧- الراجح أن التعويض عن القيمي يكون بأقصى قيمه من الغصب إلى التلف. وهو مذهب الشافعية، وقال به بعض المالكية، وهو رواية عند الحنابلة؛ وهذا لأن القيمي لا يمكن معرفة قيمته بعد تلفه.

- ٨- إذا كان المتلف ليس مغضوباً فأكثر الفقهاء على أن التعويض يكون بالنظر إلى القيمة في يوم التلف. وهذا مذهب الحنفية، ومذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة.
- ٩- الراجح أن السهم يمثل حصة شائعة في رأس مال الشركة المساهمة وفي موجوداتها.
- ١٠- أن القول بأن السهم يمثل حصة شائعة في رأس مال الشركة المساهمة بصفتها الاعتبارية دون موجوداتها محل نظر وتأمل، ويرد عليه إشكالات كثيرة.
- ١١- إذا كان السهم حصة شائعة في رأس مال الشركة وموجوداتها فإنه قيمى على رأي جمهور الفقهاء والحنفية.
- ١٢- إذا كان السهم حصة شائعة في رأس مال الشركة بصفتها الاعتبارية دون موجوداتها فإنه قيمى على رأي جمهور الفقهاء، ويبعد أن يكون مثلياً على رأي الحنفية.
- ١٣- من خلال البحث وجدت رأيين للجهات القضائية واللجان المتخصصة في المملكة في التعويض عن السهم:
- ١- الدوائر التجارية بديوان المظالم "المحكمة التجارية" ولجنة تسوية المنازعات المصرفية "لجنة المنازعات المصرفية" على أن السهم مثلي ويعوض عنه بمثله.
- ٢- لجنتا الفصل والاستئناف في منازعات الأوراق المالية على أن السهم قيمى ويعوض عنه بقيمته.
- ١٤- من صور التصرف في السهم بالبيع بغير طلب من مالكة:
- ١- بيع السهم من الوسيط بغير طلب من العميل، سواء كان التصرف بالبيع عمداً أو خطأً ناتجاً عن تقصير.

- ٢- إذا أمر العميل وسيطه ببيع سهم محدد فباع سهماً آخر.
- ٣- إذا باع الوسيط الأسهم بعد انتهاء أمر العميل، كأن يكون الأمر ليوم واحد فباع في اليوم الثاني.
- ٤- إذا حدد العميل لوسيطه قدرًا محددًا من الأسهم فباع أكثر مما حدد في الأمر.
- ١٥- الأصل أن الوسيط في سوق الأوراق المالية وكيل بأجر أو عامل في عقد الجعالة وقد استحق أجرته على عمله، فهو أمين لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط، فإذا لم يتعد أو يفرط فلا ضمان عليه.
- ١٦- إذا تجاوز الوسيط حدود الوكالة كان تصرفه فضولياً، فإن أجازَه الموكل وإلا فإن الوكيل يضمن ما فوته على موكله.
- ١٧- إذا تصرف الوسيط في أسهم عمليه بغير طلب منه فإنه يكون ضامناً له عن هذا التصرف، سواء كان عامداً أو مخطئاً؛ لأنه مفرط، وهو مسئول عن تعويض موكله عن الضرر المترتب على خطئه، وينتقل من وصف الأمانة إلى وصف الضمان، ويكون حكمه حكم الغاصب.
- ١٨- تبين بالمقارنة بين تلف المغصوب القيمي وبيع السهم أن ما رتبهُ الفقهاء على طريقة التعويض على تلف المغصوب يبعد تطبيقها على بيع السهم بغير طلب؛ لوجود عدد من الاختلافات بينهما في طريقة التعويض.

- ١٩- إذا كان التعويض عن السهم بعد التصرف فيه مباشرة ولم يمض على التصرف فيه وقت تتغير فيه موجوداته وحقوقه كيوم ويومين وأسبوع ونحو ذلك فالسهم مثلي في هذه الحالة، ويتم التعويض عنه بسهم مثله.
- ٢٠- إذا كان التعويض عن السهم بعد فترة تتغير فيها موجوداته وحقوقه وقام الوسيط بسحب ثمن الأسهم التي تم بيعها مباشرة بعد البيع فيكون التعويض بأعلى قيمة من تاريخ الغصب إلى تاريخ المطالبة أو الحكم.
- ٢١- ترى لجنة الاستئناف في منازعات الأوراق المالية أنه إذا تم بيع سهم ولم يتم إيداع ثمنه في محفظة العميل وحسابه فإن التعويض عنه يكون بأعلى سعر للسهم من تاريخ العلم بالتصرف إلى تاريخ النطق بالقرار، ومثلها لجنة الفصل "الابتدائية"، إلا أن التعويض عندها يبدأ من تاريخ البيع مباشرة وليس من تاريخ العلم، والأول أولى.
- ٢٢- الأولى أن يكون التعويض بأعلى قيمة للسهم عن طريق حساب متوسط الأعلى خلال الفترة، وليس بأعلى سعر ليوم واحد.
- ٢٣- إذا تم بيع السهم بغير طلب من مالكة وتم إيداع ثمنه في حساب العميل فهذا التصرف يخالف تلف المغصوب، من حيث إن ثمن السهم مودع في حساب العميل ويستطيع العميل أن يستفيد منه.
- ٢٤- للجنة الفصل والاستئناف رأيان مختلفان في التعويض عن السهم الذي تم بيعه بغير طلب من مالكة وأودع ثمنه في الحساب.

وفقاً للآتي:

- ١- ترى لجنة الفصل أن التعويض يكون بحساب متوسط سعر السهم من تاريخ البيع وحتى إقامة الدعوى، وذلك بالرجوع إلى متوسط سعر السهم لكل يوم واقع بين اليوم الذي تصرف فيه الوسيط واليوم الذي تقدم فيه المدعي بدعواه، وجمع متوسطات كل الأيام ثم قسمتها على عددها.
 - ٢- ترى لجنة الاستئناف أن التعويض عن هذا السهم يكون بأعلى قيمة سوقية وصلت إليها في المدة من وقت العلم بالتعدي إلى الوقت الذي يتحقق فيه الضرر من وقوع التعدي، ويحصل على المشورة المتخصصة ويتأكد له رفض المدعى عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وذلك باستنفاد الوسائل المناسبة لاسترداد حقه منه بالطرق المتاحة بحسب المتعارف عليه ودون تراخٍ أو إهمال.
 - ٢٥- رأي لجنة الاستئناف في التعويض عن السهم الذي تم بيعه بغير طلب من مالكة وأودع ثمنه في الحساب، وذلك بأعلى قيمة سوقية للسهم من وقت العلم بالتعدي إلى وقت إمكان المتضرر إصلاح الخطأ، وتوقف التعويض عند هذا الحد أسلم وأضبط، وإن كان التعويض بهذه الطريقة يحتاج إلى إثبات وأدلة.
- هذا ما تيسر جمعه وإيراده، فما كان فيه من صواب فمن الله، وما كان من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان، وأستغفر الله.

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

قائمة المصادر والمراجع

١. أحكام القرآن، علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، الملقب بعماد الدين، المعروف بالكنيا الهراسي الشافعي، المحقق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت: ط-٢، ١٤٠٥ هـ.
٢. أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم، فهد بن صالح العريض، دار كنوز أشبيليا، ط-١، ١٤٣١ هـ.
٣. أحكام المنازعات بين الوسيط والمستثمر في تداول الأوراق المالية، أحمد بن عبد الله بن صالح الخميس، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٨-١٤٢٩ هـ.
٤. الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، أحمد الخليل، الرياض: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٤ هـ.
٥. الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط-١، ١٤١٩ هـ.
٦. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الناشر: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١ هـ.
٧. الأم، الشافعي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ط- بدون طبعة، ١٤١٠ هـ.

٨. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالح الحنبلي، الناشر: دار إحياء التراث العربي.
٩. البيان، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ.
١٠. التاج والإكليل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ.
١١. التكييف الفقهي، محمد عثمان شبير، دار القلم، دمشق، ط-٣، ١٤٣٥ هـ.
١٢. التنبيه على مشكلات الهداية، صدر الدين علي بن علي ابن أبي العز الحنفي، تحقيق ودراسة: عبد الحكيم بن محمد شاكر، أنور صالح أبو زيد، الناشر: مكتبة الرشد ناشرون.
١٣. تهذيب اللغة، الأزهرى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط- الأولى، ٢٠٠١ م.
١٤. حاشية ابن عابدين = رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ.
١٥. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، الناشر: دار الفكر، بيروت، ط- بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤ هـ.
١٦. حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، محمد فتح الله النشار، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٢ م.
١٧. الخدمات الاستثمارية في المصارف، يوسف الشبيلي، الرياض: دار ابن الجوزي، ط ١، ١٤٢٥ هـ.

١٨. درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة: بدون طبعة، وبدون تاريخ.
١٩. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: عالم الكتب، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
٢٠. الذخيرة، القرافي (المتوفى: ٦٨٤ هـ)، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط - الأولى، ١٩٩٤ م.
٢١. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط - الثالثة، ١٤١٢ هـ.
٢٢. السراج الوهاج على متن المنهاج، محمد الزهري الغمراوي، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
٢٣. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني اليمني، الناشر: دار ابن حزم، ط - ١.
٢٤. الشرح الكبير "المطبوع مع المقنع والإنصاف"، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ط - الأولى، ١٤١٥ هـ.

٢٥. الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار النشر: دار ابن الجوزي، ط-١، ١٤٢٢ - ١٤٢٨ هـ.
٢٦. شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشي، الناشر: دار الفكر للطباعة، بيروت، ط- بدون طبعة، وبدون تاريخ.
٢٧. الشركات التجارية، سميحة القليوبي، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، ط-٣.
٢٨. شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، نشوان بن سعيد الحميري، دار الفكر المعاصر، (بيروت - لبنان)، ودار الفكر (دمشق - سورية)، ط- الأولى، ١٤٢٠ هـ. ط- بدون، ١٤١٤ هـ.
٢٩. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى بدر الدين العيني، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٣٠. العقود التجارية وعمليات البنوك، عبد الرحمن السيد قرمان، مكتبة العالم العربي، ط-٧، ١٤٣٨ هـ.
٣١. العناية شرح الهداية، دار الفكر، ط- بدون طبعة.
٣٢. الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ.
٣٣. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي.

٣٤. فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، محمد بن صالح العثيمين، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان وأم إسراء بنت عرفة بيومي، الناشر: المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، ط-١، ١٤٢٧هـ.
٣٥. الفروع، عالم الكتب، ط- الرابعة، ١٤٠٥هـ.
٣٦. الفروع، ابن مفلح، "ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي"، الناشر: مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٤هـ.
٣٧. الفعل الضار والضمان فيه، الشيخ مصطفى بن أحمد الزرقا، الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٨م.
٣٨. قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي، علي محيي الدين القره داغي، الناشر: العرب، ط-١، ١٤١٣هـ.
٣٩. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط-١، ١٤٢٧هـ.
٤٠. قواعد تداول، صادرة قديماً عن مؤسسة النقد العربي السعودي في ٢٠٠٦م.
٤١. كشف القناع، دار الفكر وعالم الكتب، ١٤٠٢هـ.
٤٢. كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، الناشر: دار الكتب العلمية، ط- الأولى، ٢٠٠٩م.
٤٣. لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط- الثالثة، ١٤١٤هـ.

٤٤. المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط- الأولى، ١٤١٨هـ.

٤٥. المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.

٤٦. مجلة الأحكام العدلية، إعداد: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.

٤٧. مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

٤٨. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، ط- بدون طبعة، وبدون تاريخ.

٤٩. مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ.

٥٠. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، الناشر: دار الفكر، بيروت، ط- بدون طبعة، وبدون تاريخ.

٥١. المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، دار الكتب العلمية، ط- ١، ١٤١٥هـ.

٥٢. المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.

٥٣. المغني، ابن قدامة، ت: التركي والحلو، دار هجر.
٥٤. مقاييس اللغة، ابن فارس، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٥٥. المنتقى شرح الموطأ، الباجي الأندلسي، الناشر: مطبعة السعادة، القاهرة، ط-١، ١٣٣٢هـ.
٥٦. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط-٢، ١٣٩٢.
٥٧. نظام السوق المالية ولوائحه.
٥٨. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، ط-أخيرة، ١٤٠٤هـ.
٥٩. الوجيز في القانون التجاري، مصطفى كمال، الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٦٥م.



التعويض عن الربح الفائت في غير الديون

دراسة تطبيقية مقارنة

إعداد

د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي



فضاء

المكتبة الوطنية
البحرانية



مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، نبينا محمد، عليه وعلى آله أفضل الصلاة وأتم التسليم.

أما بعد:

فهذا بحث في موضوع مهم، تمس الحاجة إلى تحديد نطاقه، وحصر جزئياته، وبحثه بحثاً دقيقاً يليق بأهميته.

وهذا الموضوع له صلة وثيقة بالواقع العملي؛ حيث الورود الكثير لهذه المسألة في الأحكام القضائية في القضاء العام أو الإداري، ولهذا ارتأيت بحثه بحثاً دقيقاً مقارناً بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ومكملاً لذلك بالتطبيقات القضائية في القضاء في المملكة العربية السعودية سواء في القضاء العام أو الإداري، مع التحليل المختصر -الذي يتناسب مع هذا البحث- لهذه الأحكام القضائية.

ولما رأيت أن مسألة التعويض عن الربح الفائت قد تناولها بعض من كتب فيها بتحديد جزئية من جزئياتها كـ "التعويض عن الربح الفائت في الديون"، ورأيت أن البعض خلط في هذه المسألة ولم يفرق بين التعويض عن الربح الفائت في الديون أو غيره حاولت أن أسير على خطى من فرّق بينهما؛ لصواب هذه الطريقة، واخترت أن أبحث هذه المسألة التي لم يسبق طرقها في هذه الجزئية إلا بعمومية غير مسلمة، لا تتناسب مع الفهم الدقيق لمسألة التعويض عن الربح

الفائت، واخترت أن يكون عنوان هذا البحث: (التعويض عن الربح الفائت في غير الديون - دراسة تطبيقية مقارنة).

وقد أخذت على نفسي في كتابة هذا البحث أن أسير باستقلالية تامة، مؤطرة بأطر البحث العلمي وحدوده وأدابه وشروطه.

سائلاً الله جَلَّ وَعَلَا أن يعلمني وأن ينفعني بما علمني، وأن يدلني على الصواب، ويهديني سبيل الرشاد، وأن يرزقني الإخلاص في القول والعمل، وأن يبعدني عن الخطأ والزلل؛ إنه ولي ذلك والقادر عليه.

أهمية الموضوع:

١- صلة هذا الموضوع بالواقع العملي القضائي، وأن هذه الجزئية مما يكثر اشتراطها في العقود من غير استثناء.

٢- أن هذه الجزئية من موضوع التعويض لم تلق اهتماماً وتحديداً دقيقاً لنطاقها في الأبحاث العلمية، مما اقتضى فحص جزئيات موضوع التعويض عن الربح الفائت، وعزل هذه الجزئية التي لم تلق إبرازاً ظاهراً عن الموضوع الأصل، ولم تبحث على هذا النحو الذي ذكرته.

أسباب اختيار الموضوع:

١- رغبة الباحث في الإسهام في دراسة مثل هذه المسائل التي تمس الواقع العملي، وتكثر الحاجة إليها.

٢- إبراز قيمة الفقه الإسلامي في معالجة جميع القضايا والنوازل التي تنزل

بالأمة أو تحتاج إليها، والذي أظهر هذا البحث في موضوعه هذه القيمة للفقه وأصوله وقواعده ومقاصده.

الدراسات السابقة:

رصد الباحث حين تكونت له فكرة دراسة هذا الموضوع ما تيسر له من الأبحاث التي يمكن أن يكون لها صلة بالموضوع، وسأذكر هذه الدراسات، ثم أبين وجه الافتراق بينها وبين هذا البحث، مع الاقتصار على الدراسات التي يمكن أن تشابه هذا البحث في العنوان وبعض التطبيقات، مع الاختلاف في التفاصيل وتخصص البحث الدقيق وشمولية تطبيقاته:

١- التعويض عن الربح الفائت في النظام الإداري السعودي وتطبيقاته القضائية دراسة مقارنة بالأنظمة الوضعية والفقه الإسلامي، د. عبد الفتاح محمد أبو اليزيد الشرقاوي. وهو في حقيقته بحث محكم، منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، فرع جامعة الأزهر بطنطا، بتاريخ ١١/٧/٢٠١٦م، العدد الحادي والثلاثون، الجزء الأول.

وهذا البحث يقع في مائة وأربع وسبعين صفحة، ظهر فيها جهد الباحث ظهوراً لا يخفى، إلا أنه قد أثر فيه تخصصه الدقيق، وغلب على بحثه، وهو الدراسة القانونية دراسة مستفيضة. ووصف هذا البحث واختلافه عن بحثي في النقاط الآتية:

- أطال الباحث في التمهيد الذي خصصه لبحث المسؤولية وأحكامها وأنواعها، ولو اختصر واقتصر على موضع الحاجة من هذه المسائل لما وصل إلى هذا الحد.

- أن الباحث قد خلط بين مواضع التعويض عن الربح الفائت، ولم يتفطن لكون هذا الموضوع يرد على شقين: أحدهما الديون، والآخر غيرها. وهذا البحث لاحظ الاختلاف بين مسائل البحث، وقام بدراسة جزئية منه، وترك ما سبقت دراسته؛ تأكيداً على الاختلاف بين مسائل البحث في التصور والأحكام، ومنعاً للتخليط بينهما، وحرصاً فيما وراء هذا على دقة الحكم في المسألة محل الدراسة.

- أن اهتمام الباحث بالجانب الفقهي الذي تعرض له الباحث هو اهتمام ثانوي؛ لأن أغلب مادة بحثه قائمة على القانون والأحكام القضائية الإدارية، وأما الجانب الفقهي فقد تعرض له تعرضاً لا يناسب دراسة المسائل الفقهية، وإرجاعها إلى أصولها، وذكر الخلاف فيها، والصناعة الفقهية في التخريج الفقهي لما لم ينص على حكمه، فكل هذا لم يكن محل اهتمام الباحث، وغاية ما ذكره الاكتفاء بالإشارة إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي والمعياري الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة في ضمان منفعة النقد، وكلاماً مقتضباً عن الفقهاء في منافع المغصوب، ولذا فالجانب الفقهي في حكم هذه المسألة يقع في خمس صفحات من هذا البحث الطويل. وأما هذا البحث فالأصل فيه هو الدراسة الفقهية لهذا الموضوع، وتكمُّله الأحكام القضائية الصادرة في هذا الموضوع، وشيء من المقارنة القانونية التي لا بد منها في دراسة جزئية من جزئيات هذا الموضوع.

- أن الباحث قد قصر نفسه وحصرها في التطبيقات القضائية على أحكام ديوان المظالم، وعلى الخصوص الأحكام الصادرة في القضايا الإدارية دون غيرها من القضايا

الأخرى التي كانت مشمولة بولاية الديوان في النظر القضائي. وأما هذا البحث فتناول الأحكام الصادرة من محاكم الديوان دون تقييد بنوع من القضايا، وكذا تعرض لأحكام القضاء العام أيضاً، وبين موقف القضاء العام في هذا الموضوع.

٢- موقف ديوان المظالم من التعويض عن الربح الفائت "دراسة تأصيلية"، الباحثة: أروى عبد الله الرميح. وهو بحث مقدم لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في الأنظمة، جامعة القصيم، في العام الدراسي ١٤٣٦ - ١٤٣٧ هـ، وجاء البحث بفهارسه في مائة وخمسة عشر صفحة. وقد بذلت الباحثة جهداً جيداً في بحثها، إلا أنه يتفق مع سابقه في بعض أوجه الافتراق التي بينها وبين هذا البحث، ويزيد في الآتي:

- أنها درست مسألة التعويض عن الربح الفائت مطلقاً، وكانت بمعزل في دراستها عن التفريق بينها وبين الديون، وهو ما يختلف هذا البحث معها فيه، فتطبيقاته ودراسته الفقهية كانت محصورة بالتعويض عن الربح الفائت في غير الديون فقط دون التعرض للتعويض عن الربح الفائت في الديون في الدراسة الفقهية، حيث إنه قد أشبع بحثاً.

- أن الباحثة قد أدارت البحث الفقهي في هذه المسألة على الدراسة الفقهية لضمان منافع المغصوب وضمان منافع الحر وضمان منفعة النقد. وأما هذا البحث فلم ير هذا التقييد؛ لأن المانعين أصلاً يرفضون هذا الإلحاق، فانطلق البحث وفق أصول الدرس الفقهي بالاستدلال بأصول الشريعة وكلياتها، والتي تكون لها الحاكمية

عندما يُعوزنا النص الخاص في أي واقعة أو نازلة، كما هو معروف في موضعه. يضاف إلى هذا أن البحث لم يغفل الدليل القياسي بإلحاق هذه المسألة بما يشبهها أو بما هو نظير لها، لكن باعتباره دليلاً، لا باعتبار انطباق هذه المسألة عليها بكليتها.

- أن الباحثة قد اقتصرت في التطبيقات الواردة في بحثها على الأحكام القضائية الصادرة من محاكم الديوان فقط، كما أنها اقتصرت على ذكر خمسة أحكام في كل جزئية من جزئيات البحث، وهذا لا يسمى استقراءً ولو ناقصاً. وأما هذا البحث فلم يقتصر في تطبيقاته على أحكام محاكم الديوان، بل اشتمل عليها وأضاف إلى ذلك بعض الأحكام الصادرة من القضاء العام، وبيان ما استقر عليه القضاء العام في جزئية البحث. كما أن هذا البحث حصر عينة الدراسة على الأحكام التي رصدها في التعويض عن الربح الفائت في غير الديون أو المنع منه، والتي يفوق عددها ما تم الرجوع إليه في بحث الباحثة، وقد ذكرت شيئاً منها في صلب البحث للاستشهاد والاعتماد، وأما التحليل فهو لجميع ما اطلع عليه الباحث من أحكام الديوان.

- أن هذا البحث بين عدم دقة الباحثة فيما ذهبت إليه في دراستها التحليلية لأحكام محاكم الديوان، حيث بينت في مواضع^(١) أن الأحكام التي صدرت من محاكم الديوان بالمنع من التعويض إنما كان مستندها: تحريم الربا^(٢)، وأما الأحكام

(١) ينظر في بيان هذا: الصفحات التالية من بحث الباحثة المشار إليه أعلاه: (ص: ١-٢، و٩٦).

(٢) وقد ورد حكم عن أحد المحاكم الإدارية عام (١٤١٢ هـ) يقضي بالتعويض عن التأخر في سداد المستحقات المالية لأحد المقلين على جهة الإدارة، وهذا يتنافى مع الإطلاق التي ذكرته الباحثة من أن ما كان يفرض إلى الربا فإن محاكم الديون تمنع منه، وعدم الاستقراء الصحيح هو الذي أدى إلى هذه النتيجة.

الصادرة من محاكم الديوان بالتعويض عن الربح الفائت فكان الحكم بها لكونها متعلقة بمنافع انعقد سبب وجودها، وهذا البحث مع كونه لا يبحث في التعويض عن الربح الفائت في الديون إلا أنه استدرك على الباحثة النتيجة التي توصلت إليها، وبين أن الأحكام الصادرة عن محاكم الديوان بالامتناع عن التعويض عن الربح الفائت لا تستند في المنع إلى مستند الربا فقط - كما حصرته الباحثة -، بل هذا المستند إنما يكون في الربح الفائت في الديون، وأما غيرها فأحكام الديوان الصادرة بالمنع تستند في المنع إلى كون الربح الفائت احتمالياً، ولذا لا يجوز التعويض عنه، وما توصلت إليه الباحثة في نتائجها التي استدركها هذا البحث ناتج من عدم التفريق في دراسة مسألة التعويض عن الربح الفائت بين الديون وغيرها، الأمر الذي جعل الباحث يقوم بحصر جزئيات هذا الموضوع، وتناول أحدها - مما لم ينل حظاً وافراً من البحث - بالدراسة النظرية التخصصية والتطبيقية.

خطة البحث:

جاء هذا البحث في مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

التمهيد: التعريف بمفردات العنوان، وأركان التعويض، ونطاق البحث، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفردات العنوان.

المطلب الثاني: أركان التعويض.

المطلب الثالث: تحديد نطاق البحث وصوره.

المبحث الأول: التعويض عن الربح الفائت في غير الديون في القانون.

المبحث الثاني: التعويض عن الربح الفائت في غير الديون في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: دراسة تحليلية لأحكام القضاء في التعويض عن الربح الفائت

في غير الديون، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أحكام القضاء العام في التعويض عن الربح الفائت في غير

الديون.

المطلب الثاني: أحكام القضاء الإداري في التعويض عن الربح الفائت في

غير الديون.

الخاتمة: وفيها أبرز نتائج البحث وخلاصة مسأله.

والله المستعان على كل حال، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمفردات العنوان:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التعريف الإفرادي:

أولاً: التعويض:

أ- تعريفه لغة:

قال ابن فارس ^(١) رَحِمَهُ اللَّهُ: «العين والواو والضاد كلمتان صحيحتان، إحداهما تدل على بدل للشيء، والأخرى على زمان.

فالأولى: العَوْضُ، والفعل منه العَوَّضُ، قال الخليل ^(٢): عاض يعوض عوضاً وعياضاً، والاسم العوض، والمستعمل ^(٣) التعويض، تقول: عوضته من هبته

(١) هو: العلامة اللغوي المحدث أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني المعروف بالرازي، المالكي اللغوي، نزيل همدان، وكان رأساً في الأدب، بصيراً بفقهِ مالك، مناظراً متكلماً على طريقة أهل الحق، ومذهبه في النحو على طريقة الكوفيين، جمع إتقان العلم إلى ظرف أهل الكتابة والشعر، وله مصنفات ورسائل، وتخرج به أئمة. مات بالري في صفر سنة (٣٩٥هـ)، ينظر: سير أعلام النبلاء (١٧/ ١٠٣).

(٢) هو: العلامة الخليل بن أحمد الفراهيدي، أبو عبد الرحمن، الإمام صاحب العربية ومنتشئ علم العروض، البصري، أحد الأعلام، وكان رأساً في لسان العرب، ديناً ورعاً قانعاً متواضعاً، كبير الشأن. ولد سنة (١٠٠هـ)، ومات سنة بضع وستين ومائة. ينظر: سير أعلام النبلاء (٧/ ٤٣٠).

(٣) أي: الذي يكثر استعماله هو عوضه لا عاضه. أفاده العلامة عبد السلام هارون في تعليقه على مقاييس اللغة. هامش (٤)، (١١٨/٤).

خيرًا^(١)، واعتاضني فلان: إذا جاء طالبًا للعوض والصلة، واستعاضني: إذا سألك العوض...»^(٢).

فحقيقة التعويض في اللغة إذا: إنه تبديل الشيء بالشيء. ويسمى المبدل "عوضًا"، ويجمعهما في المعنى: بدل الشيء.

ب- تعريف التعويض اصطلاحًا:

ظهر لي بعد التتبع في كلام الفقهاء أنهم لم يُعرفوا التعويض على طريقة الحد المعروفة، ولكن هذه اللفظة - أعني: لفظة التعويض - مستعملة في أكثر المصنفات الفقهية بالمعنى المعروف في اللغة، وهو بدل الشيء، أو العوض، أو ما يدفع في مقابل شيء ما، أو استبدال عوض مكان عوض آخر متفق عليه سلفًا. وهذا الأخير بعينه يسميه الفقهاء بالنص: "التعويض".

وهذه بعض نصوصهم في هذا الأمر:

قال القرافي رَحِمَهُ اللَّهُ^(٣): «وفسخ الهبة لا يحتاج للخرص، بل يجوز التعويض

(١) العين، مادة: "عوض" (١٩٣/٢).

(٢) مقاييس اللغة، مادة: "عوض" (١٨٨/٤). وينظر: تهذيب اللغة، مادة: "عوض" (٤٤/٣)، ولسان العرب، مادة: "عوض" (١٩٢/٧).

(٣) هو: العلامة الأصولي شهاب الدين الصنهاجي أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي، كان مالكيًا إمامًا في أصول الفقه وأصول الدين عالمًا بالتفسير وعلوم آخر. قال تقي الدين بن شكر: «أجمع الشافعية والمالكية على أن أفضل أهل عصرنا بالديار المصرية ثلاثة: القرافي بمصر القديمة، والشيخ ناصر الدين بن منير بالإسكندرية، والشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد بالقاهرة المعزية، وكلهم مالكية خلا الشيخ تقي الدين، فإنه جمع بين المذهبين». توفي القرافي سنة (٦٨٤هـ). ينظر: الوافي بالوفيات، للصفدي (١٤٦/٦)، والديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، لابن فرحون (٢٣٦/١).

بالقليل والكثير»^(١).

وقال أبو العباس ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ^(٢): «وأما من باع سلعة بدراهم فإنه لا يجب عليه أن يقتضي عن شيء منها فلوسًا إلا باختياره، وكذلك من اشتراها بدراهم فعليه أن يوفيهها دراهم، فإن تراضيا على التعويض عن الثمن أو بعضه بفلوس بالسعر الواقع جاز»^(٣).

وكذا قوله: «ولا يجوز له التعويض إلا بقيمة المثل، وما عوضه بدون القيمة بما لا يتغابن الناس به فإما أن يضمن ما نقص من حق الورثة، وإما أن يفسخ التعويض ويوفي الغريم حقه»^(٤).

وقال الشيخ منصور البهوتي رَحِمَهُ اللهُ^(٥): «من باع بدراهم قد استقرت بذمته فيتأتى التعويض عنها، وهنا لم تثبت القيمة بذمته»^(٦).

(١) الذخيرة (٢٠٢/٥).

(٢) هو: الإمام الرباني أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية الحراني، أحد أعلام الإسلام ومجتهدی الأمة، طبقت شهرته الآفاق، وألف التصانيف التي لم يسبق لمثلها. ولد سنة (٦٦١هـ)، وتوفي سنة (٧٢٨هـ).

ينظر: العقود الدرية في ذكر بعض مناقب شيخ الإسلام ابن تيمية، لابن عبد الهادي (ص: ٣)، وما بعدها.

(٣) مجموع الفتاوى (٤٥٦/٢٩).

(٤) مجموع الفتاوى (٣٢٥/٣١).

(٥) هو: العلامة أبو السعادات منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي البهوتي -نسبة إلى بُهوت، بلدة بمصر من الغربية-. ولد سنة (١٠٠٠هـ)، خدم المذهب الحنبلي خدمة فائقة، وأشهر كتبه شرحه على "الإقناع"، و"منتهى الإرادات" و"زاد المستقنع". توفي سنة (١٠٥١هـ). ينظر: خلاصة الأثر، للمحبي (٤٦٢/٤)، والسحب الوابلة (١١٣١/٣).

(٦) كشف القناع (١١٠/٤).

فيتبين بهذا مطابقة الفقهاء للغويين في استعمال هذه اللفظة وفق المعنى المعروف لغة، وإن لم يحدِّ الفقهاء للتعويض حدًّا، كما هو الحال في الضمان. وبهذا يتبين غلط بعض الباحثين المعاصرين حينما قال: «أما في اصطلاح الفقهاء فلم أقف على ذكرٍ للفظ التعويض بعينه، وإنما استعملوا بدلًا منه لفظ الضمان»^(١). فنحن نسلم بأنَّ الفقهاء لم يحدِّوا للتعويض حدًّا كما حدِّوا للضمان، ولكن ننفي الزعم القائل بأنَّ الفقهاء لم يستعملوا هذه اللفظة بالمعنى اللغوي المعروف الذي يقتضي إبدال الشيء.

وإذا ظهر ما تقدم فنتم ما سبق ببيان تعريف هذا المصطلح عند المعاصرين، وقد أكثر المعاصرون من التعريفات لمصطلح التعويض، وسنقتصر على ذكر أهمها إيضاحًا للمراد - لا استقصاء لكل ما ذكر -، فمن ذلك:

١ - هو: «دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير»^(٢).

٢ - «ردّ بدل التالف»^(٣).

٣ - «جبر الضرر الذي يلحق المصاب»^(٤).

٤ - «هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ»^(٥).

(١) واجبات العمال وحقوقهم في الشريعة الإسلامية، سمير محمد جمعة العواودة (ص: ٣٥).

(٢) الموسوعة الفقهية (١٣ / ٣٥).

(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، صبحي المحمصاني (١ / ١٥٨).

(٤) المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، سيد أمين محمد (ص: ١١٥).

(٥) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي (ص: ٨٧).

٥- «المال الذي يُحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال»^(١).

وكل هذه التعاريف تشترك في معنى واحد، هو: "جبر الضرر الذي لحق بالمضرور". كما أنها تشترك مع المعنى اللغوي في كون العوض المبذول يُعتبر بدلاً أو في مقابل الضرر أيّاً كان نوعه.

وعندي أن التعريف الأخير هو الأقرب؛ لاشتماله على أنواع الضرر الذي يقع على الإنسان أو على ما يملكه، بالإضافة إلى الوسيلة التي يحصل بها المتضرر على حقه في التعويض، وهي الحكم الملزم به. مع أنه يمكن القول بأنه قد يحصل المضرور على التعويض من غير حكم به، كما لو بادر المتسبب في الضرر بعرض التعويض على المضرور، واقتنع به المضرور، ولكن الغالب خلاف هذا.

وقد ارتضيتُ التعبير عن عنوان هذا البحث بلفظة "التعويض" بدلاً من الضمان؛ لاشتهار هذا المصطلح في التعبير به عن جبر الضرر في أحكام القضاء وفي أكثر الكتابات المعاصرة ذات الصلة، وتواضع الناس في هذا العصر عليه.

ثم إن جمهور الفقهاء لم يُعرّفوا الضمان بالمعنى المتوافق مع معنى التعويض الذي أشرنا له سلفاً، وإنما أرادوا بمعنى الضمان: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"، كما هو معروف عند أكثر فقهاء المالكية^(٢) والشافعية^(٣).

(١) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، محمد بن المدني بوساق (ص: ١٥٥).

(٢) ينظر: التلقين (٢/ ١٧٤)، والكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٧٩٣)، والتاج والإكليل لمختصر خليل (٧/ ٣٠). وتعريف الضمان عندهم: «شغل ذمة أخرى بالحق».

(٣) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٥/ ٢٤٠)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣١٢)، وأسنى المطالب في

والحنابلة^(١). وأما الضمان بالمعنى المقارب لمعنى التعويض فقد أشار إليه بعض فقهاء الحنفية^(٢) وغيرهم^(٣). مع الأخذ في الاعتبار أن الفقهاء قد يستعملون مصطلح الضمان بمعنى أعم، وهو "موجب الغرم مطلقاً"^(٤). إلا أن هذا في الاستعمال لا في الحد. والله أعلم.

ثانياً: الربح:

أ- تعريف الربح لغة:

النماء في التجر. ربح في تجارته ربحاً وربحاً. والعرب تقول للرجل إذا دخل في التجارة: بالربح والسماح^(٥).

ب- تعريف الربح اصطلاحاً:

لم يُحدِّد الفقهاء حدّاً للربح، إلا أن استعمالهم لهذا المصطلح يدلُّ على أنهم لا يريدون به غير المعنى اللغوي، وهو: النماء.

= شرح روض الطالب (٢/٢٥٣). وتعريف الضمان عندهم: «التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة، أو بدن من يستحق حضوره».

(١) ينظر: الكافي (٢/١٢٩)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/١١٤-١١٥)، والمبدع في شرح المقنع (٤/٢٣٣). وتعريف الضمان عندهم: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام دينه».

(٢) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٢٥٢)، وغمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٤/٦). وتعريفه عندهم: «الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً».

(٣) ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٥/٧٥٣). وعرفه بقوله: «والضمان: عبارة عن غرامة التالف».

(٤) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، مادة: "ضمن" (ص: ٢٩٢).

(٥) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم، مادة: "ربح" (٣/٣٢٢). وينظر: الصحاح وتاج اللغة، مادة: "ربح"

(١/٣٦٣)، ومقاييس اللغة، مادة: "ربح" (٢/٤٧٤).

قال إمام الحرمين الجويني رَحِمَهُ اللهُ^(١): «المال القليل لا يظهر له نماء، واعتبر مدة يفرض فيها النماء بالتاج أو الربح»^(٢).

وقال موفق الدين ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ^(٣): «الربح: نماء مال اليتيم، فلا يستحقه غيره إلا بعقد»^(٤).

وقال أيضًا: «الربح: أحد نوعي النماء»^(٥).

وغير ذلك من النصوص عن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ، والقصد هنا هو التمثيل ليتضح الكلام، وليس الاستقصاء والحصر.

ثالثاً: الفائت:

أ-الفائت لغة: اسم فاعل من: الفوت، ومعناه: السبق والذهاب وعدم الإدراك. تقول: فاتني كذا، أي: سبقني^(٦).

(١) هو: العلامة عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن محمد بن حيويه الجويني، أبو المعالي بن أبي محمد، الفقيه الشافعي، الملقب بـ"إمام الحرمين". قال ابن خلكان: «أعلم المتأخرين من أصحاب الإمام الشافعي على الإطلاق، المجمع على إمامته، المتفق على غزارة مادته وتفننه في العلوم من الأصول». له كتب في الفقه وأصوله وأصول الدين. توفي سنة (٤٧٨هـ)، ينظر: وفيات الأعيان (٣/ ١٦٧).

(٢) نهاية المطلب (٣/ ١٠٠).

(٣) هو: العلامة الفقهية الزاهد موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر بن عبد الله المقدسي ثم الدمشقي الصالحي. ولد بجماعيل سنة (٥٤١هـ)، وألف التصانيف الفقهية في المذهب، وأصبح عليها المعتمد. توفي سنة (٦٢٠هـ)، ينظر: ذيل طبقات الحنابلة (٣/ ٢٨١).

(٤) المغني (٤/ ١٨١).

(٥) المرجع السابق (٤/ ١٤٠).

(٦) لسان العرب، مادة: "فوت" (٢/ ٦٩). وينظر: العين، مادة: "فوت" (٨/ ١٣٧)، وتهذيب اللغة، مادة: "فوت" (٢٣٥/ ١٤).

وفي "تاج العروس"^(١): «فاته الأمر فوتًا وفواتًا: ذهب عنه... فات الأمر، والأصل: فات وقت فعله، ومنه: فاتت الصلاة: إذا خرج وقتها ولم تفعل فيه. وفاته الشيء: أعوزه».

ب- الفائت اصطلاحًا:

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، والمراد به هنا: ما ذهب على المتضرر من ربح نتيجة الخطأ الذي ارتكبه الفاعل.

رابعًا: الديون:

أ- الديون لغة:

جمع دين، «وكل شيء لم يكن حاضرًا فهو دين. وأدنت فلانًا أدينه، أي: أعطيته دينًا. ورجل مديون: قد ركبه دين»^(٢).

وفي "مقاييس اللغة"^(٣): «دين: الدال والياء والنون أصل واحد إليه يرجع فروعه كلها. وهو جنس من الانقياد والذل»^(٤). ثم قال: «ومن هذا الباب: الدين، يُقال: داينت فلانًا: إذا عاملته دينًا، إما أخذًا وإما إعطاء. والدين من قياس الباب المطرد؛ لأن فيه كل الذل والذل، ولذلك يقولون: "الدين ذل بالنهار وغم بالليل"».

(١) لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥ هـ)، ينظر: مادة: "فوت" (٣٣/٥).

(٢) العين، مادة: "دين" (٧٢/٨).

(٣) (٣٢٠/٢).

(٤) لأبي الحسين، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، المتوفى: (٣٩٥ هـ). مادة: "دين" (٣١٩/٢).

ب- الديون اصطلاحًا:

يستعمل الفقهاء الدين بمعنيين، أحدهما أعمُّ من الآخر.

أما المعنى الأعم فيريدون به: "مطلق الحق اللازم في الذمة"^(١)، بحيث يشمل كل ما ثبت في الذمة من أموال، أيًا كان سبب وجوبها، أو حقوق محضة كسائر الطاعات من صلاة وصوم وحج ونذر... إلخ^(٢).

وأما المعنى الأخص: فللفقهاء قولان في حقيقته:

أحدهما: أنه عبارة عن "ما يثبت في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض". وهذا هو قول جمهور الحنفية^(٣).

وعلى ذلك يخرج عنه كل ما ثبت بغير هذه الأسباب الثلاثة، كالزكاة، والدية، وأرش الجناية، ونحو ذلك^(٤).

وقال بعض الحنفية في التفريق بين الدين والقرض في الحد والحقيقة: «الدين ما له أجل، وما لا أجل له فقرض»^(٥).

الثاني: أن الدين "كل ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته".

(١) ينظر: فتح الغفار شرح المنار (٣/ ٢٢)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٣٣٤)، والغرر البهية (٣/ ٨٠).

(٢) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، أ. د. نزيه حماد، مادة: "دين" (ص: ٢٠٨).

(٣) ينظر: غمز عيون البصائر (٤/ ٥)، وحاشية الشلبي على تبين الحقائق (٤/ ١٦٤).

(٤) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، مادة: "دين" (ص: ٢٠٨).

(٥) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٥/ ١٠٨).

وهذا هو قول المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

وعلى ذلك: يدخل فيه كل ما لزم في الذمة من أموال، سواء ثبتت في نظير عين مالية، أو منفعة، أو ثبتت حقاً لله تعالى من غير مقابل، كالزكاة^(٤).

الفرع الثاني: التعريف المركب للتعويض عن الربح الفائت في غير الديون:

يقصد بالربح الفائت أو الكسب الفائت في الجملة: ما كان المضرور يأمل في الحصول عليه من كسب ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة^(٥).

وبتأمل جزئيات هذا الموضوع بنظرة شمولية والجزئية محل البحث يمكن أن نصل إلى تعريف التعويض عن الربح الفائت في غير الديون بأنه: "ما ذهب على المضرور تحقيقه بسبب الإخلال بالالتزام، أو بسبب الفعل الضار، ولم يكن محله ديناً في الذمة". أو يقال: "مال يُحكم به لصالح المضرور على المتسبب في تفويت الربح على وجه التعدي فيما لا يكون محله ديناً في الذمة".

فهذا التعريف الأخير شمل أموراً ثلاثة:

أ- وصف التعويض المحكوم به، وهو: أنه مال.

(١) ينظر: شرح الخرشي (١٩٧/٨)، ومنح الجليل (٥٩٧/٩).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج (٣٨٤/٦)، ونهاية المحتاج (٧-٦/٦).

(٣) ينظر: كشاف القناع (٤٠٤/٤)، ومطالب أولي النهى (٥٤٣/٤).

(٤) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، مادة: "دين" (ص: ٢٠٨).

(٥) ينظر: التعويض عن الربح الفائت في النظام الإداري السعودي وتطبيقاته القضائية، د. الشرقاوي (ص: ٢٦٨).

- ب- اشتماله على أركان التعويض الثلاثة: الخطأ - وعند الفقهاء: التعدي -،
والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر - وعند الفقهاء: الإفضاء -. وإليه
تشير الكلمات الواردة في التعريف "المضرور، والمتسبب، والتعدي".
- ج- حصر جزئية البحث، وهي: التعويض عن الربح الفائت في غير الديون،
وإليها الإشارة في التعريف: "مما لا يكون محله ديناً في الذمة"، أي: لا يكون محل
الربح: ديناً في الذمة.

المطلب الثاني: أركان التعويض^(١):

إنَّ مسؤولية المرء عن الضرر الناتج عن فعله لا تقوم إلا بثلاثة أركان، فإذا وجدت هذه الأركان فقد تحققت المسؤولية، ووجد موجب التعويض، وهذه الأركان هي:

الركن الأول: الخطأ:

والخطأ لغة:

بفتح الخاء: اسم وضع موضع المصدر^(٢). وأصل مادة الكلمة من الخاء والطاء والهمز تستعمل في معانٍ متعددة لا تخرج في مجملها عن الآتي:

١- الخطأ الذي هو: ضد الصواب، يُقال: أخطأ يُخطئ إذا تعدى الصواب، وسلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً. ويُقال: أخطأ: غلط وجانب الصواب^(٣). وفي القرآن العظيم: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥]. عُدَّاه بالباء؛ لأنه في معنى: عثرتُم، أو: غلطتم.

٢- الخطأ الذي هو: ضد العمد، سواء كان خطأ في الفعل أو خطأ في القصد^(٤)، ومنه: الخطأ والخطاء، وقد يُمدد. وقرئ بهما قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ

(١) سأسير في تعداد هذه الأركان على ما ذكره القانونيون؛ لكونهم هم اللذين أفردوا هذه الأركان بهذه المسميات، وجاءت أحكام القضاء الإداري على هذا الاستعمال، وفي ثنايا الحديث سأذكر موقف الفقه الإسلامي من كل ركن، وهل الفقه الإسلامي جاء موافقاً لهذا الركن أم مخالفاً؟ وهل وافق في الاسم والمعنى أيضاً أو وافق في أحدهما وخالف في الآخر؟

(٢) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، لأبي منصور محمد الأزهرى الهروي (ص: ٢٥٤).

(٣) ينظر: العين، مادة: "خطو" (٤/ ٢٩٢).

(٤) ينظر: العين، مادة: "خطو" (٤/ ٢٩٣).

لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ﴿٩٢﴾ [النساء: ٩٢].^(١)

وقيل: خطيء: إذا تعمد، وأخطأ: إذا لم يتعمد.

٣- الخطأ بمعنى: الذنب، يُقال: خَطِئَ يَخْطِئُ يَخْطِئُ: إذا أذنب، بمعنى: أخطأ،

والخطيئة: الذنب، أو ما تُعمد منه^(٢). ومنه قوله تعالى: ﴿إِنْ قُلْتُمْ كَانَ خَطِئًا

كَبِيرًا ﴿٣١﴾﴾ [الإسراء: ٣١].

الخطأ في الاصطلاح:

جرى الخلاف بين القانونيين والفقهاء في تعريف الخطأ الاصطلاحي الذي يقصده كل فريق، ولذا سنذكر تعريفه عند كل فريق، ثم نبين وجه الاتفاق والافتراق بينهما:

تعريف الخطأ عند القانونيين:

تعددت تعريفات القانونيين للخطأ باعتباره أحد أركان التعويض، وسنقتصر هنا على أهم هذه التعريفات:

- الإخلال بواجب سابق، مقترن بالإدراك^(٣).

- إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه^(٤).

(١) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص: ٢٥٤).

(٢) تهذيب اللغة، لأبي منصور الأزهري الهروي، مادة: "خطأ" (٧/ ٢٠٧).

(٣) دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية، د. محمد الدوسري (ص: ٢٨).

(٤) محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، د. سليمان مرقس (ص: ٦١-٦٢).

- الفعل المخالف للقانون^(١).

- انحراف في السلوك بحيث لا يُقدم عليه الرجل العادي إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسئول^(٢).

تعريفات الخطأ عند الفقهاء:

عرّف الفقهاء الخطأ بمعناه الشامل لوجوه الخطأ كلها، سواء في العبادات أم المعاملات، في الأقوال أم الأفعال أم الظنون^(٣)، ومن تلك التعريفات:

- «الخطأ ضد الصواب والعدول عنه»^(٤).

- «الخطأ: فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصودٍ سواه»^(٥).

- «أن يعمد إلى الفعل لا إلى المفعول»^(٦)، كمن رمى إلى إنسانٍ يظنه صيداً.

- «كل ما وقع من فاعله من غير قصد ولا إرادة»^(٧).

ويتضح مما سبق: أن مدلول الخطأ لدى الفقهاء لا يختلف عنه في اللغة، سواء أريد به ما هو ضد الصواب، أم ما هو ضد العمد، فمدلوله عندهم: أن يكون

(١) نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانوني، د. عبد اللطيف القرني (ص: ٤٢٦).

(٢) المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، د. محمد فوزي فيض الله (١/ ١٥٥).

(٣) المسؤولية التقصيرية في منظور الفقه الإسلامي، د. محمد المرزوقي (ص: ٥٢-٥٣).

(٤) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (٤/ ٣٨٠).

(٥) كشف الأسرار (٤/ ٣٨٠).

(٦) المرجع السابق.

(٧) الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر (٢/ ١١٠٦).

الفعل غير مقصود أصلاً، أو أن يكون مقصوداً ولكن تكون نتيجته على خلاف قصد الفاعل أو ظنه^(١).

وبقي الجزء الأهم في هذه المسألة، وهو: هل ثمت اتفاق بين القانونيين والفقهاء على معنى الخطأ؟ وهل هو -بمعناه الذي ذكره القانونيون- يعتبر ركناً في التعويض؟ ظهر للباحث بعد دراسة معنى الخطأ عند القانونيين والفقهاء: أن بين الفريقين تنافراً واختلافاً في معنى الخطأ هنا، وكونه ركناً من أركان التعويض، وأن الفقهاء كانوا أقرب إلى اللغويين في معنى الخطأ، وأن القانونيين كانوا أبعد، مما ترتب على هذه النتيجة أن تكون تسمية القانونيين لهذا الركن بالخطأ غير دقيقة من حيث اتساقها مع معناه في اللغة.

يضاف إلى هذا: إمكانية إيقاع اللبس في استعمال مصطلح "الخطأ" بالمعنى الذي أراده القانونيون مع المعنى الذي استقرّ عند اللغويين وفقهاء الشريعة، ولذا فإن تعبير الفقهاء عن المعنى الذي يقصده القانونيون هنا ليس هو الخطأ، بل هو التعبير بلفظ "التعدي"، وهذا ظاهر في استعمال الفقهاء، فإن الفقهاء لم يشترطوا لإيجاب الضمان خطأ الفاعل بالمعنى المعروف عند القانونيين، والذي يُقصد به: الإخلال بواجب نظامي مع قصد الإضرار، أو على الأقل مع إمكان توقع حدوث الضرر، بل اكتفوا في المباشر بمباشرته للفعل الضار في ترتيب المسؤولية على فعله، وإنما اشترطوا التعدي في حال التسبب في الضرر.

(١) المسؤولية التقصيرية في منظور الفقه الإسلامي، د. محمد المرزوقي (ص: ٥٥-٥٦).

فالفقهاء إذاً يُعبرون عن الخطأ الذي هو ركن في التعويض في القانون بلفظ: "التعدي"، الذي هو ركنٌ في الضمان. وهو تعبير أدقُّ وأشملٌ من لفظ الخطأ الذي قد يُوقع في اللبس، ولا يدلُّ على المراد منه إلا بتقييد؛ إذ لا يُشترط في التعدي هاهنا القصد، فالضمان لازمٌ لمباشر الضرر أو المتسبب فيه متى ما وجد التعدي^(١)، سواء قصد الإضرار أم لا، بينما في القانون يشترط فيه توافر ركنين، هما: العدوان، والإدراك^(٢).

وإذا ظهر هذا فالتعدي في استعمال الفقهاء يطلق على معان متعددة، يمكن إجمالها في ثلاثة أمور:

أ- العمل المحظور في ذاته شرعاً، أي: بدون حق أو جواز شرعي، سواء تجاوز في ذلك إلى حق الغير أم لا^(٣)؟

ب- مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة^(٤).

ج- التقصير والإهمال وقلة الاحتراز في الشيء^(٥).

(١) قال شمس الأئمة السرخسي في "المبسوط" (١٧٧/٢٠): «والسبب متى كان بطريق التعدي فهو كالمباشرة في إيجاب الضمان». وفي "الهداية" (٤٨٢/٤): «والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان».

وفي "البحر الرائق" (٢٩/٣): «في المباشرة لا يشترط التعدي...، وأما التسبب فلا بد من التعدي».

(٢) دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٦٧)، ونظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانوني (ص: ٤٢٥).

(٣) ينظر: الفعل الضار والضمان فيه، للأستاذ مصطفى الزرقا (ص: ٧٩)، والضرر في الفقه الإسلامي، د. أحمد موافي (٨٠٣/٢).

(٤) ينظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، د. محمد فوزي فيض الله (ص: ٩٢-٩٣)، والضرر في الفقه الإسلامي (٨٠٣/٢).

(٥) ينظر: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، د. سليمان محمد أحمد (ص: ٢٢٧)، مضافاً إليها المراجع السابقة.

«فكل هذه الإطلاقات الثلاثة داخلة في استعمال الفقهاء للفظ التعدي الموجب للضمان»^(١).

وعرّف بعض فقهاء المالكية التعدي بأنه: «التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه»^(٢).

ويوصف الفعل بالتعدي إذا كان محرماً بأصله، كإتلاف أموال الآخرين، أو كان محرماً بوصفه، وهو ما كان جائزاً في أصله لكن حرّم لما صاحبه من إهمال وتقصير، ومعيار الإهمال والتقصير هو: مجاوزة الحد المعتاد المألوف بين الناس، ويكون التعدي بالقصد السيء، أو بالإهمال والتقصير. ونظرة الشريعة للمسئولية من خلال ترتيبها على التعدي جعل من الممكن تحميل الصغير والمجنون ومن في حكمهم المسئولية عما يُحدثونه من أضرار تُصيب الآخرين بسبب تعديهم إما مباشرة أو تسبباً؛ لأن أساس الضمان في ذلك هو وجود التلف المتعلق بحقوق الآخرين، فمتى ما وجد التلف نظر إلى المتلف أهو مباشر أم متسبب؟ بقطع النظر عن كونه مكلفاً أم لا^(٣)؟

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ^(٤): «وربط الضمان بالإتلاف من باب ربط الأحكام بأسبابها، وهو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به، كما أوجب على القاتل

(١) دفع المسئولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٧٠).

(٢) ينظر: حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع (ص: ٣٥١)، والشرح الصغير على أقرب المسالك، للدردير (٦٠٧/٣).

(٣) دفع المسئولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٧١-٧٢).

(٤) هو: العلامة محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي ثم الدمشقي، الفقيه الأصولي المفسر النحوي، شمس

خطأ دية القتل، ولذلك لا يعتمد التكليف، فيضمن الصبي والمجنون والنائم ما أتلّفه من الأموال. وهذا من الشرائع العامة التي لا تتم مصالح الأمة إلا بها؛ فلو لم يضمنوا جنایات أيديهم لأتلّف بعضهم أموال بعض وادعى الخطأ وعدم القصد. وهذا بخلاف أحكام الإثم والعقوبات، فإنها تابعة للمخالفة وكسب العبد ومعصيته، ففرقت الشريعة فيها بين العائد والمخطئ»^(١).

ويظهر بهذا: أن الإسلام قد وضع للتعدي معياراً منضبطاً، يشمل جميع جوانب المسؤولية المدنية؛ إذ هو وصف متعلق بالفعل لا بالفاعل^(٢).

ولا يُشترط في التعدي هنا تعمد الفعل أو قصد الإضرار أو هما معاً؛ إذ الحكم بالتعويض من قبيل خطاب الوضع الذي يترتب على سببه، وهو ارتكاب فعل لم يأذن به الشارع؛ لكونه على خلاف الواجب، أو لتحريمه لما صاحبه من إهمال أو تقصير في النظر بالمأمور به شرعاً^(٣).

وعلى هذا: فإن سبب الحكم بالتعويض هو وجود واقعة مادية، إما فعل أو ترك اعتبرها الشارع من قبيل الخطأ الموجب للتعويض، دون نظر إلى نية الفاعل أو الباعث على ارتكاب هذا الفعل.

= الدين أبو عبدالله ابن قيم الجوزية، تفقه في المذهب وأفتى، ولازم الشيخ تقي الدين وأخذ عنه، وتفنن في علوم الإسلام، وله تصانيف كثيرة نافعة. توفي سنة (٧٥١هـ)، ينظر: المقصد الأرشد (٢/ ٣٨٤).

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢/ ١١٦).

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي، لعلي الحقيف (ص: ٦٥)، وضمان المتلفات في الفقه الإسلامي (ص: ٢٣٢)، ودفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٧٣).

(٣) دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٧٤).

وبهذا فإنَّ معيار التعدي لا يتعلق بالنية أو الباعث، وإنما يتعلق بالفعل ذاته وما فيه من مخالفة، سواء لما ألزم به الشارع الحكيم أو النظام أو ما عده الناس تعدياً^(١). والخطأ في القانون باعتبار نوعي المسؤولية ينقسم إلى:

١- الخطأ في المسؤولية المدنية العقدية، وهو: الإخلال بالتزام عقدي مدني. وهو إما التزام بتحقيق غاية ونتيجة، كالتزام البائع بإيصال البضاعة للمشتري، أو التزام ببذل عناية، كالتزام الطبيب تجاه المريض ببذل العناية لشفاء المريض من مرضه^(٢).

٢- الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية، وهو: الإخلال بالتزام نظامي مدني. وهو في الغالب التزام ببذل عناية، بأن يحرص الشخص في سلوكه على اليقظة والتبصر حتى لا يصيب الآخرين بالضرر، وقد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، بأن يتبغى المرء من سلوكه الوصول إلى تحقيق نتيجة معينة معتبرة. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان في استطاعته التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف كان هذا الانحراف خطأً يستوجب مسؤوليته التقصيرية عن الأضرار التي تترتب عليه^(٣). ومن توابع المسؤولية: لزوم التعويض.

(١) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د. محمد سراج (ص: ١٠١).

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، للسنيهوري (١/ ٧٧٧-٧٧٩)، والمسؤولية المدنية بوصفها جانباً من الضمان في

الفقه الإسلامي، د. محمد أبو سعد (ص: ٨٢)، ودفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٨٢-٨٣).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

إذا تبين هذا: فإن ركن الخطأ أو التعدي - حسب تعبير الفريقين - يُعتبر أول الأركان التي لا قوام للمسئولية إلا بها، وهو أسبقها وقوعاً، فلا تجب المسؤولية إلا إذا وقع خطأ - أو تعدٍ - نتج منه ضرر^(١).

الركن الثاني: الضرر:

-تعريف الضرر لغة:-

الضاد والراء ثلاثة أصول:

الأول: خلاف النفع.

والثاني: اجتماع الشيء.

والثالث: القوة^(٢).

والذي يناسب ما نحن فيه هو الأصل الأول.

وفي العين^(٣): «والضرر: النقصان يدخل في الشيء، تقول: دخل عليه ضرر في ماله». «وكل ما كان من سوء حال وفقر في بدن فهو ضرر، وما كان ضداً للنفع فهو ضرر»^(٤).

(١) المسؤولية التقصيرية في منظور الفقه الإسلامي، د. محمد المرزوقي (ص: ٤٩).

(٢) مقاييس اللغة، مادة: "ضر" (٣/ ٣٦٠).

(٣) مادة: "ضر" (٧/ ٧).

(٤) تهذيب اللغة، مادة: "ضر" (١١/ ٣١٤).

- تعريف الضرر في الاصطلاح:

أ- تعريف الضرر عند القانونيين:

وردت تعريفات كثيرة للضرر في المصادر القانونية، ولهذه التعريفات قدر مشترك فيما بينها، وسنقتصر على ذكر بعضها بياناً للمراد:

-الضرر: «هو الأذى الذي يصيب مال المضرور أو نفسه»^(١).

-وقيل: «هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته أو بهاله وحرите أو شرفه واعتباره، أو غير ذلك»^(٢).

ويلاحظ على هذا التعريف الاستطراء بذكر مستلزمات الضرر، والتفصيل في محل الضرر^(٣).

ولذا فالتعريف الأول أرجح؛ لاختصاره ووضوحه، فقد بين الماهية وحدد محل الضرر. فالضرر عند القانونيين -بناء على التعريف المختار-: «المساس بمصلحة للمضرور، سواء أكانت هذه المصلحة مالية، ويوصف الضرر عندئذ بأنه ضرر مادي، أم كانت مصلحة معنوية أو أدبية، ويوصف الضرر عندئذ بأنه معنوي أو أدبي»^(٤).

(١) النظرية العامة للالتزام، د. جميل الشرقاوي (ص: ٤٨٢).

(٢) محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، د. سليمان مرقس (ص: ٤٢).

(٣) دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٢٨٣).

(٤) النظرية العامة للالتزام، د. الشرقاوي (ص: ٤٨٢).

فكل ضررٍ قابلٌ للتعويض وانتفاء الضرر يستتبع سقوط التعويض؛ لأنَّ الدعوى لا تسمع في هذه الحالة؛ لانتفاء المصلحة، والقاعدة: "أنه لا دعوى بدون مصلحة". ويكفي أن تكون المصلحة مشروعة للمضرور^(١). جاء في المادة الثانية من نظام المرافعات الشرعية: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة...».

وينقسم الضرر عند القانونيين إلى قسمين:

١ - الضرر المادي، وهو: الإخلال بحق مالي للمضرور ذي قيمة مالية، أو بمصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية.

ولكي يتحقق الضرر المادي لا بد له من شرطين:

- أن يكون الضرر محققاً، فلا تسمع دعوى التعويض إذا لم يكن الضرر قد وقع فعلاً، ويكفي في تحققه أن يكون مما سيقع حتماً، وهو ما يسمى بـ"الضرر المستقبل" الذي تحققت أسبابه، وتراخت أثاره كلها أو بعضها.

- أن يترتب على الضرر إخلال بحق مالي أو بمصلحة مالية للمضرور، فالضرر الذي يُستحق عليه التعويض يجب أن يقع على حقٍ مالي من حقوق المضرور أو مصلحة من مصالحه^(٢).

(١) دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٢٨٤).

(٢) ينظر: النظرية العامة للالتزام، د. الشرقاوي (ص: ٢٨٦)، ودفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٢٨٥-٢٩٢).

٢- الضرر الأدبي أو المعنوي، وهو: ما يصيب الإنسان في عاطفته أو شرفه أو كرامته، فهو مساس بالناحية النفسية للإنسان دون أن يسبب له خسارة مادية، فهو لا يمس الذمة المالية، وربما كان الأدق تسميته بـ"الضرر غير المالي"^(١).

ب- تعريف الضرر عند الفقهاء:

وردت مادة "ضرر" في القرآن الكريم في أربعة وسبعين موضعاً بمعانٍ مختلفة، أوصلها بعض الباحثين إلى ثمانية معانٍ^(٢)، وكذا وردت مادة "ضرر" ومشتقاتها في أحاديث كثيرة للدلالة على عدد من المعاني^(٣). وأما الفقهاء فإن استعمالهم لهذه الكلمة لا يخرج عن ثلاثة معان:

- ١- استعمال الضرر في: مقابل النفع.
 - ٢- استعمال الضرر بمعنى: إلحاق المفسدة بالغير.
 - ٣- استعمال الضرر بمعنى: أن يُنقص الرجل أخاه شيئاً من حقوقه^(٤).
- وهذه جملة من تعريفات الفقهاء والأصوليين للضرر:
- الضرر: «إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً»^(٥).
 - الضرر: «النازل مما لا مدفع له»^(٦).

(١) ينظر: المرجعان السابقان.

(٢) ينظر: الضرر في الفقه الإسلامي، د. أحمد موافي (١/ ٢٢-٤٠).

(٣) المرجع السابق (١/ ٤١-٦٤).

(٤) المرجع السابق (١/ ٧١-٧٩).

(٥) وهو تعريف نجم الدين الطوفي. التعيين في شرح الأربعين (ص: ٢٣٦).

(٦) وهو تعريف الجرجاني في "التعريفات" (ص: ١٨٠).

- «النفع هو: الزيادة من الوجه الموافق للمصلحة، والضرر هو: النقصان من الوجه المخالف»^(١).

- «الضرر: عبارة عن تحصيل الألم، أو ما يكون وسيلة إليه»^(٢).
ويشترط الفقهاء في محل الضرر أربعة شروط:

- ١- أن يكون مألًا.
- ٢- أن يكون متقومًا، أي: له قيمة شرعًا، فلا ضمان في إتلاف خمر على مسلم؛ لعدم ماليته شرعًا.
- ٣- أن يكون مملوكًا، فلا ضمان في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد، كالكلأ في منابته، والماء في منابعه، إذا لم يتحقق من ذلك ضرر على أحد.
- ٤- أن يكون محترمًا، أي: غير مهدر، فلا ضمان في إتلاف مال حربي؛ لانعدام فائدة التضمين؛ لانتفاء الولاية عليه^(٣).

الركن الثالث: رابطة السببية:

لا تقوم مسئولية المرء عما يُصيب غيره من ضرر إلا إذا كان الخطأ الصادر عنه سببًا في حصول هذا الضرر، فوجود رابطة أو علاقة بين الخطأ والضرر بحيث يكون الأول سببًا في حصول الثاني هو الركن الثالث من أركان قيام مسئولية المرء عن الضرر الناتج من فعله وتصرفه^(٤).

(١) نفائس الأصول في شرح المحصول، لشهاب الدين أحمد القرافي (٩/ ٣٩٨٢).

(٢) المرجع السابق (٩/ ٤٠٠٠).

(٣) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، د. محمد فيض الله (ص: ٨٩).

(٤) ينظر: المسئولية التقصيرية في منظور الفقه الإسلامي (ص: ٢٦٩).

أ- تعريف السببية في اللغة:

مأخوذة من السبب، ويطلق لغة على: كل ما يُتوصل به إلى غيره. ومنه: سمي الحبل سبباً^(١).

ب- تعريف رابطة السببية في القانون:

عرفت رابطة السببية بتعريفات متعددة كنظائرها من الأركان السابقة، وسنقتصر هنا على ذكر بعضها بياناً للمراد:

- ف قيل هي: «ارتباط الضرر بالخطأ»^(٢).
- وقيل: «أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول، والضرر الذي أصاب المتضرر»^(٣).
- وقيل: هي: «الصلة الناتجة عن العمل المسبب للضرر»^(٤).
- وقيل: هي: «الصلة التي تربط ما بين الفعل والنتيجة، وتثبت أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة»^(٥).
- ويتبين من هذه التعريفات: أنَّ العلاقة السببية: صلة أو رابطة بين أمرين، هما: الخطأ والضرر. فهي إذاً: وصفٌ يلحق كلاً من هذين الركنتين^(٦).

(١) ينظر: لسان العرب، مادة: "سبب" (١/٤٥٨)، والحكم والمحيط الأعظم، مادة: "سبب" (٨/٤٢٤).

(٢) معجم المصطلحات الشريعة والقانون، د. عبد الواحد كرم (ص: ٢٠٥).

(٣) الوسيط في القانون المدني الجديد، للسنيهوري (٢/٩٩٠).

(٤) القاموس القانوني الثلاثي، لموريس نخلة وآخرون (ص: ١٠٦٦).

(٥) علاقة السببية في قانون العقوبات، د. محمود نجيب (ص: ٢٩٣).

(٦) نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانوني (ص: ٣٦).

ولا تتحقق رابطة السببية بين الخطأ والضرر إلا إذا كان الأخير أثرًا للأول ونتيجة له، بحيث تصحُّ نسبته إليه، وهذا يعني: أنه يُشترط لتحقيق هذه الرابطة ألا يقع بعد الخطأ ما يقطع نسبة الضرر إليه^(١).

ج- تعريف رابطة السببية في الفقه الإسلامي:

تأتي الرابطة السببية في الفقه الإسلامي وفق مصطلحات أخرى؛ إذ لم يستعمل الفقهاء رَجْمَهُمُ اللَّهُ مصطلح علاقة السببية، وإنما جاء هذا المصطلح ضمن المصطلحات القانونية الحديثة، إلا أن مضمون العلاقة السببية موجود في الفقه الإسلامي^(٢).

ويعبر الفقهاء رَجْمَهُمُ اللَّهُ عن رابطة السببية: بـ"الإفضاء"، أي: إفضاء الخطأ إلى إحداث الضرر، وإسناد الضرر ونسبته إلى فعل المتعدي^(٣).

أو: الرابطة بين التعدي "الخطأ" والضرر إما مباشرة أو تسببًا، فلا ضمان في غير المباشرة والتسبب^(٤). ويريدون بالسببية: ربط الضرر الذي أراد الشارع رفعه، أو الزجر عنه بفعل من الأفعال؛ من أجل ترتيب المسؤولية على فاعله وإلزامه بالضمان^(٥).

(١) ينظر: المسؤولية التقصيرية في منظور الفقه الإسلامي (ص: ٢٧٣).

(٢) ينظر: نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانوني (ص: ٣٧).

(٣) ينظر: دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٣٢٠).

(٤) ينظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، د. محمد فيض الله (ص: ٩٦).

(٥) ينظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي (ص: ١٦٤).

وإذا كان الفقهاء يُعبرون عن رابطة السببية بالإفضاء فسنتف عند هذا المصطلح قليلاً؛ لنجلي معناه في اللغة وفي استعمالات الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

تعريف الإفضاء لغة:

«الفاء والضاد والحرف المعتل: أصل صحيح يدل على: انفساح في شيء واتساع. من ذلك الفضاء: المكان الواسع»^(١).

وأفضى فلان إلى فلان وصل. ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]. عداه بإلى؛ لأن فيه معنى: وصل^(٢).

وأما الإفضاء في الاصطلاح فهو: أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع^(٣).

شروط اعتبار الإفضاء في الضمان:

يُشترط لاعتبار الإفضاء في الضمان ما يلي:

١- ألا يوجد للضرر أو الإتلاف سبب آخر غيره، سواءً أكان هو مباشراً أم تسبباً.

٢- ألا يتخلل بين السبب وبين الضرر فعل فاعل مختار، وإلا أضيف الضمان إليه لا إلى السبب؛ وذلك لمباشرته^(٤).

(١) مقاييس اللغة، مادة: "فضى" (٥٠٨/٤).

(٢) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم، مادة: "فضى" (٢٥١/٨).

(٣) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام (ص: ٩٦).

(٤) ينظر: مجمع الضمانات (ص: ١٤٦)، والموسوعة الفقهية (٢٨/٢٢٣-٢٢٤).

ويشمل الإفضاء هنا أمرين:

أ- السبب، وهو: ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير.

ب- العلة، وهي: ما شرع الحكم عنده تحصيلًا للمصلحة^(١).

وإفضاء الفعل إلى الضرر إما أن يكون بطريق المباشرة أو بطريق التسبب، ومن هنا وجدت القاعدة الفقهية: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً"^(٢).

هذه هي أركان المسؤولية، وإن شئت فقل: أركان التعويض. فإذا وجدت هذه الأركان فقد تحقق موجب التعويض، وإن فُقدَ واحدٌ منها لم يتحقق موجب التعويض، وكان للقضاء أن يصرف النظر عن دعوى المدعي بطلب التعويض؛ لعدم توافر هذه الأركان وتحقيقها.

(١) ينظر: دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٣٢٢).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٢٤٣). وينظر: دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية (ص: ٣٢٤).

المطلب الثالث: تحديد نطاق البحث وصوره:

أ- نطاق البحث:

يتحدد نطاق هذا البحث بمسألة التعويض عن فوات الربح في غير الديون، وأما التعويض عن الأرباح الفائتة نتيجة المماطلة في أداء الديون فقد كثرت فيها الأبحاث المستقلة، أو التابعة لأبحاث ورسائل علمية ذات صلة^(١)، فالباحث فيها قد أشبع من جميع جوانبه، ولم يبق إضافة فيه إلا في جانب الاختيار والترجيح، وهذا يختلف من باحث لآخر؛ بناء على ما صح لديه واقتنع به من حجج الفريقين.

وأما هذا البحث فإنَّ نطاقه ينحصر في التعويض عن الربح الفائت في غير الديون، فكل مسألة لا تعتبر ديناً وكانت المسؤولية فيها مسئولية مدنية -عقدية كانت أو تقصيرية- فإنها تكون داخلية ضمن نطاق البحث.

(١) ومن هذه الدراسات:

- ١- المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء، أ. د. نزيه حماد.
- ٢- د. تقي العثماني. ضمن كتابه "بحوث في قضايا فقهية معاصرة".
- ٣- جواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن، للشيخ مصطفى الزرقا.
- ٤- مطل الغني ظلم، للشيخ عبدالله بن منيع، منشور ضمن مجموع فتاوى وبحوث.
- ٥- التعويض عن الضرر من المدين المماطل، أ. د. محمد الزحيلي.
- ٦- أساسيات العمل المصرفي، د. عبد الحميد البعلي. ويبحث هذه المسألة ضمن مسائل الكتاب.
- ٧- الإجراءات المقترحة لمواجهة المماطلة، د. أحمد بن علي عبدالله.
- ٨- المماطلة في الديون، د. سليمان الدخيل.
- ٩- الشروط التعويضية في المعاملات المالية، د. عياد العنزي.
- ١٠- مجلة من الأبحاث تطرقت لهذه المسألة ومنشورة ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وخصوصاً العدد السادس والثامن. وكذا ضمن أعمال الندوة الرابعة لبيت التمويل الكويتي، ومجلة دراسات اقتصادية إسلامية، في العدد (م/٣، ع/٢)، وكذا مجلة جامعة الملك عبد العزيز في العدد (م/١، عام ١٤٠٩هـ)، والعدد (م/٣ عام ١٤١١هـ). وغيرها من الأبحاث والدراسات المستقلة أو المجموعة ضمن كتب ورسائل علمية.

فإذا عُرضت على القضاء واقعة ليس محلها ديناً وثبت للقضاء أن المدعى عليه قد ارتكب خطأ "تعدياً" تجاه مصلحة من مصالح المدعي، وكان من آثار هذا الفعل تضرر المدعي من فوات الأرباح التي سيجنيها لو لم يحصل من المدعى عليه ما أقدم عليه، وثبتت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وطالب المدعي فيها بالتعويض عما لحقه من ضرر ناتج عن فوات الأرباح التي تسبب فيها المدعى عليه فهل يُحكم للمضرور تعويضٌ عما فاتته من أرباح نتيجة قيام المسؤولية على المدعى عليه هنا؟ هذا هو محل البحث.

ب- أمثلة على صور تندرج تحت نطاق البحث:

- ١- لو قامت جهة حكومية -بموجب الصلاحية- بإغلاق محل تجاري -مثلاً- مدة معينة ثم تبين للقضاء ثبوت خطأ من الجهة تجاه قرار الإغلاق، وترتب على هذا الإغلاق فوات الأرباح التي لو لم يحصل مثل هذا الإغلاق لتحققت هذه الأرباح، وقد طالب المضرور بالتعويض عن الأرباح الفائتة نتيجة هذا القرار^(١).
- ٢- أخلّ المدعى عليه بأحد بنود العقد، وثبت لدى القضاء تعمد المدعى عليه الإخلال بهذا البند. والبند الذي حصل الإخلال فيه هو: أن المدعى عليه قد التزم للمدعي في العقد المبرم بينهما: بأن محل الاستثمار "المعقود عليه" ليس مشغولاً بعقد استثماري سابق، ثم تبين بعد بدء العمل أن محل الاستثمار مشغول بعقد

(١) هذه أحد الوقائع التي نظرتها إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم، وأصدرت فيها حكماً.

سابق، مما يقتضي تعارض العقدين، وتواردهما على محل واحد. وطالب المدعي باستمرار العقد، والتعويض عن الخسائر والأرباح الفائتة^(١).

٣- عقد استثماري بين طرفين، يقضي في أحد شروطه: بأن مالك الأرض يلتزم بإزالة أبراج الكهرباء التي تقف عائقاً أمام المستثمر في استثمار الأرض، وبعد بدء المستثمر في الإعداد الأولي للعمل ومطالبته لمالك الأرض الوفاء بالتزامه أعرض وتجاهل عنه، ولم يقم بهذا الالتزام، ولم يُبد أي عذر مقبول في الامتناع عن الوفاء به، وتعذر على المستثمر الاستمرار في العمل بدون إزالة هذه الأبراج الكهربائية، فطالب المدعي باستمرار العقد، ومطالبة المدعي عليه بالتعويض عن الخسائر والأرباح الفائتة^(٢).

٤- قيام جهة الإدارة بإغلاق أحد المحلات التجارية للمدعي؛ لكونه تأخر في تسديد الغرامات المستحقة عليه، وقد ثبت للقضاء صحة ما يدعي به المدعي، وطالب المدعي بالأرباح التي فاتت عليه جرّاء هذا الإغلاق^(٣).

(١) وأصل هذه الصورة قضية صدر فيها حكم من المحكمة العامة بجدة برقم (٣٨٢٤٣٦١٦)، وتاريخ (١٤٣٨/٧/٢هـ).

(٢) عقد استثماري بين شركة سعودية "المستثمر" وشركة إماراتية "المالك للأرض"، ومكان الاستثمار: دولة الإمارات العربية المتحدة.

(٣) ملخص لقضية صدر فيها حكم من المحكمة الإدارية برقم (٢٦/د/ف/٤٣) لعام (١٤٢٧هـ).

المبحث الأول

التعويض عن الربح الفائت في غير الديون في القانون

تمهيد:

إذا أخل أحدٌ بالتزام ما فيترتب على هذا الإخلال مسؤولية مدنية، فالمسئولية المدنية جزاءً يترتب على الإخلال بالتزام سابق، كما يترتب عليها تعويض عن الضرر الناجم عن إخلال الشخص "المسئول" بهذا الالتزام. وتكون هذه المسؤولية مسؤولية عقدية إذا كان مصدر الالتزام هو الإرادة، بينما تكون المسؤولية تقصيرية إذا كان مصدر هذا الالتزام هو القانون. والتعويض عن الربح الفائت هو مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية المدنية؛ لأن التعويض لا يجب إلا بناء على مسؤولية سابقة^(١).

التعويض عن الربح الفائت في غير الديون في القانون:

القاعدة العامة في معظم الأنظمة والقوانين الوضعية: أن التعويض عن الضرر يقوم على عنصرين أساسيين مهمين:

أ- ما لحق المضرور من خسارة.

ب- وما فاتته من كسب^(٢).

(١) التعويض عن الربح الفائت في القضاء الإداري، د. عبد الفتاح الشرقاوي (ص: ١٧٠).

(٢) المرجع السابق (ص: ١٧٧).

فالقانون لا يمنع أن يُعتبر الكسب الفائت عنصرًا من عناصر التعويض، وهو ما كان المضرور يأمل في الحصول عليه إذا توفرت شروط استحقاقه^(١).

جاء في المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري: «ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به».

وجاء في القانون المدني الأردني في المادة رقم (٢٦٦): «يُقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار».

وجاء في المادة رقم (٢٦٧) من وثيقة الكويت للقانون الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية - وصادقت عليها المملكة باعتبارها قانونًا استرشاديًا - ما نصه: «يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار».

وجاء في المادة (٢٠١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: «يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع إذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي».

(١) المرجع السابق (ص: ١٦٩).

وجاء في المادة (١٨١) من قانون المعاملات المدنية العماني: «يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار».

وجاء في المادة (٢٣٠) من القانون المدني الكويتي ما نصه: «يتحدد الضرر الذي يلزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع».

وجاء في المادة (١٦١) من القانون المدني البحريني: «أ- يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع».

ب- وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع إذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد».

وجاء في المادة (٢٠١) من القانون المدني القطري: «١- يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع».

٢- وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع إذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي».

فكل هذه القوانين تتفق على أن التعويض عن الضرر يكون على ما لحق المضرور من كسب وما فاته من خسارة.

وأما في المملكة العربية السعودية فلا يوجد فيها قانونٌ مدني ينظم أحكام الوقائع المدنية، وإنما النظام العام فيها هو: الشريعة الإسلامية، التي تتألف من الأصلين: كتاب الله تعالى، وسنة رسوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، كما جاء في النظام الأساسي للحكم في المادة الأولى منه: «المملكة العربية السعودية دولة إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**...».

وإذا صح ما تقدم فإن هذه المسألة من المسائل التي لم يرد فيها من الشريعة نصٌ خاص بعينه، بل يمكن الاستدلال عليها -جوازاً أو تحريماً- من الأصول الكلية والقواعد العامة في الشريعة، وهذا ميدان خصب لاختلاف أنظار الفقهاء المجتهدين فيه عند التطبيق. ويمكن الوقوف على الحكم المفصل في هذه المسألة من خلال الاطلاع ودراسة الأحكام الصادرة عن القضاء في المملكة العربية السعودية؛ لكون القضاء هو المخول بتطبيق أحكام الشريعة في الوقائع المعروضة عليه. وإذا ظهر هذا الارتباط فإننا نؤجل الكلام عن رأي القضاء في هذه المسألة إلى حيث أفردنا له الكلام، وذلك في المبحث الثالث.

وتقدير التعويض عن الضرر في الأنظمة والقوانين العربية -سواء أكان ذلك عن المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية- من المسائل التي يستقلُّ بها قاضي الموضوع، حيث يتعين على القاضي عند تقدير قيمة التعويض أن يُقدر أولاً ما

أصاب المضرور من خسارة، ثم يُقدر كذلك ما فات المضرور من كسب أو ربح، ومجموع ما لحق المضرور من خسارة بالإضافة إلى ما فاتته من كسب يُمثل قيمة التعويض المستحق له^(١).

وهنا مسألة، وهي: هل هناك فرق بين الربح الفائت وتفويت الفرصة؟ ذكر بعض القانونيين: أن هناك فرقاً بين الربح الفائت وتفويت الفرصة، فالأول: هو ما كان يأمله المضرور ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة. وهو أمر احتمالي. أما تفويت الفرصة: فينبغي أن يتسبب الفاعل بخطئه في تضييع فرصة على صاحب الشأن، تحرمه مما كان يتوقع تحقيقه من كسب، أو حتى تجنب خسارة، باعتبار أن التعويض هنا يكون عن تفويت الفرصة ذاتها باعتباره أمراً محققاً، وليس عن موضوع الفرصة لكونه أمراً احتمالياً.

ويتجلى الفرق: بكون الربح الفائت يُعتبر عنصراً من عناصر التعويض؛ لأن التعويض الذي يُقدره القاضي يتعين أن يشتمل على ما لحق المدعي من ضرر وما فاتته من كسب، أي: أنه يقوم على عنصرين: أحدهما: الضرر الذي لحق فعلاً بالمدعي، والآخر: الكسب الذي فاتته.

أما تفويت الفرصة فتعدُّ أساساً لاستحقاق التعويض، بمعنى: أن الكسب الفائت يمكن التعويض عنه على أساس تفويت الفرصة، والتي تعدُّ أمراً محققاً، بعكس الفرصة ذاتها، والتي تُعدُّ أمراً محتملاً^(٢).

(١) التعويض عن الربح الفائت في القضاء الإداري (ص: ١٦٩).

(٢) التعويض عن الربح الفائت في القضاء الإداري (ص: ٢٧٢).

ويقع على المضرور عبء إثبات الضرر الذي وقع عليه نتيجة تفويت الفرصة، باعتبار أن فرصة الربح لها قيمة بحد ذاتها، بغض النظر عن الكسب المحتمل في حالة عدم تفويتها، وطالما أنَّ لها قيمة فإن تفويتها على صاحبها يمثل ضرراً حقيقياً يستحق عنه تعويضاً، وكلما زادت قيمة هذه الفرصة ازداد الضرر المحقق الناجم عن تفويتها، واستحق صاحبها تبعاً لذلك تعويضاً أكبر؛ لذلك يتعين على المضرور أن يُثبت أن فرصة تحقيق الربح أو الكسب كانت حقيقية وجدية، وبالتالي لحق به ضرر محقق نجم عن تفويتها، ويجوز للمضرور إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن والخبرة، أي: لا يشترط تقديم دليل معين دون غيره لإثبات وقوع الضرر^(١).

(١) التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداري، لحمدي أبو النور (ص: ٢٤)، والتعويض عن الربح الفائت في القضاء الإداري (ص: ٢٦٧).

المبحث الثاني

التعويض عن الربح الفائت في غير الديون في الفقه الإسلامي

لم يتكلم الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ عن هذه المسألة بعينها بهذا الرسم، وبالتأمل لبعض من تطرق لهذه المسألة باقتضاب أو أشار إليها بإشارات غير وافية ودراسة غير متخصصة ولا متعمقة نجد أنه خرجها على مسألة ضمان منافع المغصوب، وذكر الخلاف المشهور بين الفقهاء في ضمان منافع المغصوب، واكتفى به.

وفي رأبي أن مسألة التعويض عن الربح الفائت في غير الديون بحاجة لأن تدرس كנازلة، لم يرد فيها نص خاص، ويُستدلُّ لها بالقواعد العامة والأصول الكلية في الشريعة^(١)، ولا بأس أن يكون ضمان منافع المغصوب أحد الأدلة القياسية لهذه المسألة، لا أن تُخرَّجَ عليها مسألتنا بالكلية.

وبتبعي للدراسات الفقهية المعاصرة والأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام والقضاء الإداري وجدت أن الخلاف في هذه المسألة يمكن أن يكون على رأيين: الرأي الأول: عدم جواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون. وذهب إلى هذا الشيخ علي الحفيف^(٢).

(١) قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُمُ اللَّهُ: «القرآن والحديث فيها كلمات جامعة هي قواعد عامة وقضايا كلية، تتناول كل ما دخل فيها، وكل ما دخل فيها فهو مذكور في القرآن والحديث باسمه العام، وإلا فلا يمكن ذكر كل شيء باسمه الخاص». مجموع الفتاوى (٢٠٧/٣٤).

(٢) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي (ص: ١٧، ١٩، و٤٦). وأيضاً: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، لمحمد بوساق (ص: ١٢٥-١٢٦).

وعليه استقر القضاء العام في المملكة العربية السعودية، وبعض الدوائر القضائية في القضاء الإداري^(١).

الرأي الثاني: جواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون إذا كان مؤكداً. وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي^(٢)، واختاره الشيخ مصطفى الزرقا^(٣)، والأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي رَحِمَهُمَا اللَّهُ^(٤)، والشيخ عبد الله بن منيع^(٥)، وأخذت بهذا الرأي بعض الدوائر القضائية في القضاء الإداري في المملكة.

أدلة أصحاب القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بالآتي:

١- قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا

أَنْ تَكُونُوا بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

(١) سيأتي معنا - إن شاء الله تعالى - في المبحث الثالث "الدراسة التحليلية لأحكام القضاء الصادرة في هذه المسألة" الإشارة إلى هذه الأحكام.

(٢) القرار رقم (١٠٩/١٢/٣) في شهر رجب من عام (١٤٢١هـ).

(٣) ينظر: الفعل الضار (ص: ١١٨).

(٤) ينظر: نظرية الضمان (ص: ٢٤، ١٠١).

(٥) ينظر: مجموع فتاوى وبحوث الشيخ عبد الله بن منيع (٣/ ١٩١).

وجه الدلالة: قال الجصاص^(١) في تفسير هذه الآية: «قال ابن عباس والحسن: أن يأكله بغير عوض»^(٢). والتعويض عما يُسمى بالربح الفائت أخذ مال بلا عوض^(٣).

ويمكن أن يُناقش من وجوه:

أ- أن الآية فسرت بمعانٍ أخرى غير ما ذكر، ففسرت بأن المعنى: «لا يأكل بعضكم مال بعض بشهادات الزور»^(٤).

وقال الجصاص^(٥): «وأكل المال بالباطل على وجهين:

أحدهما: أخذه على وجه الظلم والسرقة والخيانة والغصب، وما جرى مجراه. والآخر: أخذه من جهة محظورة، نحو القمار وأجرة الغناء والقيان والملاهي والنائحة وثمر الخمر والخنزير والحر وما لا يجوز أن يملكه وإن كان بطيية نفس من مالكة. وقد انتظمت الآية حظر أكلها من هذه الوجوه كلها».

فالنهى مقيد بوصف، وهو أن تأكله بالباطل، ويتضمن ذلك: أكل أبدال العقود الفاسدة، كأثمان البياعات الفاسدة وكل شيء ما أباحه الله تعالى، فأما الذي أباحه الله تعالى من العقود فلا مدخل فيه^(٦).

(١) هو: العلامة أحمد بن علي، أبو بكر الرازي، المعروف بالجصاص، وهو لقب له، الإمام الكبير الشأن. ولد سنة (٣٠٥هـ)، سكن بغداد وعنه أخذ فقهاؤها، وإليه انتهت رئاسة الأصحاب. له من المصنفات: "أحكام القرآن" و"شرح مختصر أبي الحسن الكرخي" و"شرح مختصر الطحاوي"، وغيرها. توفي سنة (٣٧٠هـ)، وله من العمر (٦٥) سنة. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/ ٨٥).

(٢) أحكام القرآن، لأبي بكر الجصاص (٣/ ١٢٧).

(٣) ينظر: الحكم الصادر من ديوان المظالم برقم (٢٠/ د/ ف/ ١٠) لعام (١٤١٦هـ).

(٤) غريب القرآن، لابن قتيبة (ص: ٧٠).

(٥) أحكام القرآن (١/ ٣١٢).

(٦) أحكام القرآن، للكبيا الهراسي (٢/ ٤٣٨).

وبناءً على هذه المعاني المذكورة للآية الكريمة فإنَّ التعويض عن الربح الفائت في غير الديون لا ينطبق عليه وصف من هذه الأوصاف والمعاني التي ذكرتها عن العلماء في تفسير الآية، وليس أحد المعنيين بأولى من الآخر.

فإن قيل: أخذ التعويض عن الربح الفائت في غير الديون يُعتبر من قبيل الظلم، فيكون مشمولاً بمعنى الآية، ويكون من قبيل أكل أموال الناس بالباطل. يُجاب عنه: بعدم التسليم بأنَّ التعويض عن الربح الفائت في غير الديون من قبيل الظلم، بل هو دائرٌ في فلك العدل والإنصاف؛ لأنَّ أصل الظلم في اللغة: وضع الشيء في غير موضعه^(١)، وفي الشريعة: عبارة عن التعدي عن الحق إلى الباطل، أو هو: التصرف في ملك الغير ومجاوزة الحد^(٢). والتعويض عن الربح الفائت في غير الديون ليس كذلك، بل هو أخذٌ بحق وفي مقابل تفويت حق؛ لأنَّ حقيقته جبر الضرر اللاحق للمضروور في فوات حقٍّ مؤكد تسبب الفاعل في تفويته بغير حق.

ب- أنه على التسليم بأن معنى الآية ما ذكرناه فإنَّ المعنى الذي ذكرناه لا ينطبق على مسألتنا هذه؛ إذ التعويض أو الضمان مقتضاه جبر الضرر الحاصل بفوات الربح، وليس هو مقايضة تقتضي ثمناً ومثمناً، حتى يُقال: إنه أخذ بغير عوض، فباب الضمان مفارقٌ لباب المعاوضات.

(١) المحكم والمحيط الأعظم، مادة: "ظلم" (٢٣/١٠)، والمخصص، مادة: "ظلم" (٣/٤٠٥).

(٢) ينظر: التعريفات، للجرجاني (ص: ١٤٤).

قال بدر الدين الزركشي^(١): «ضمان الأموال مبني على جبر الفائت، وضمان النفس مبني على شفاء الغليل»^(٢).

فإن قيل: المقصود بقول بعض السلف في تفسير معنى الآية بأنه: ما كان "بغير عوض" هو: مطلق المعنى اللغوي للتعويض، القائم على الإبدال. فالتعويض هنا عن الربح الفائت ليس له مقابل، وليس مقصودنا المعاوضة المالية التي ألزمتونا بها، والتي تقتضي ثمنًا ومثمنًا.

يُجاب عنه: بأن المعنى اللغوي للتعويض وهو الإبدال منطبق على التعويض عن الربح الفائت في غير الديون، وثبوت المقابل مما لا يُنكر؛ إذ أطراف التعويض متوفرة هنا، فالمعوض عنه هو: الضرر المادي الذي لحق المضرور بفوات الربح، والعوض: ما يُقدَّرُه القضاء لجبر هذا الضرر، والمُعَوَّض هو: مرتكب الضرر أو المتسبب فيه، والمُعَوَّض هو: المضرور. فصَحَّ بهذا شمول التعويض عن الربح الفائت للأصل اللغوي للتعويض، وعدم دخوله تحت النهي عن أكل أموال الناس بالباطل.

ج- أن المعنى الجامع لأكل أموال الناس بالباطل هو: ما كان فيه تجاوزًا لحق الله أو حق العباد في التعاملات، كالربا والقمار والميسر والظلم والسرقه

(١) هو: العلامة بدر الدين محمد بن عبد الله المصري الشهير بالزركشي، صاحب المصنفات المباركات النافعات، كان فقيهاً أصولياً أدبياً فاضلاً. ولد سنة (٧٤٥هـ)، وتوفي سنة (٧٩٤هـ)، ينظر: بهجة الناظرين إلى تراجم المتأخرين من الشافعية البارعين، للعامري (ص: ٧٦).

(٢) المنشور في القواعد (٢/ ٣٢٤). وبنحوه عند الجويني في البرهان (٢/ ٨١)، ونهاية المطلب (١٦/ ٣٠).

والغضب وسائر المحرمات التي تدخل في التعاملات المالية، والتعويض عن الربح الفائت ليس داخلاً تحت واحد من هذه المناهي التي تنضوي تحت الأصل المحرم، وهو: أكل أموال الناس بالباطل.

٢- حديث عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^{(١)(٢)}.

ولم يذكر المستدل بهذا الحديث وجه الدلالة منه على مسألتنا، ويظهر أن محل الاستشهاد من هذا الحديث هو: قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ولا ربح ما لم تضمن». ولكن وجه الاستدلال لا يتأتى مطلقاً، فَإِنْ قَصَدَ المستدل بوجه الاستدلال: أن المحكوم له بالتعويض عن الربح الفائت "وهو المضرور" قد ربح في شيء لم يضمه.

قيل جواباً عن هذا: بأن الاستدلال ووجهه غير صحيح، وأنه لا دلالة في هذا الحديث مطلقاً على عدم جواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون، وأن معنى الحديث يدور على معنيين: الأول: أن معنى (ما لم يضمّن) أي: ما لم يملك، وذلك هو الغصب، فإنه غير ملك للغاصب، فإذا باعه وربح في ثمنه لم يحل له الربح.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤)، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٢٨٣/٣)، والترمذي (١٢٣٤)، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٥٢٦/٢)، والنسائي (٤٦١١)، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع (٢٨٨/٧)، وأحمد في مسنده (٦٦٧١) (٢٥٣/١١). وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح». وقال الحاكم في "المستدرک" (٢١/٢): «هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح».

(٢) استدلل بهذا الحديث على المنع في هذه المسألة إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم في حكمها رقم (١٧٩/د/٣/تج/٣) لعام (١٤٢٧هـ).

الثاني: وهو المعنى الأشهر للحديث: أن معنى (ما لم يضمن): ما لم يقبض؛ لأن السلعة قبل قبضها ليست في ضمان المشتري، فإذا تلفت تلفت من مال البائع^(١). فباب الحديث في المعاوضات، وما نحن فيه من قبيل الضمان، وبين البابين فرق في الموضوع والغاية.

جاء في "شرح السنة"^(٢) في بيان معنى هذه اللفظة في الحديث: «ولا ربح ما لم يضمن»: «هو: أن يبيع ما اشتراه قبل أن يقبضه، فلا يصح؛ لأنه لم يدخل بالقبض في ضمانه».

٣- أن التعويض في صحيح فقه الشرع المطهر هو إحلال مالٍ مكافئ مكان مال مفقود، وهو لم يُشرع إلا جبراً لما يلحق بالمال من فوات أو نقصان فعلي، والتعويض عن الربح الفائت في غير الديون ليس كذلك^(٣).

ويمكن الجواب عنه: بعدم التسليم بأن الربح المؤكد -الذي كان سيحققه المضرور لو لم يحصل الفعل الضار- ليس بهال، بل هو مال متحقق مآلاً، ولو لم يكن مآلاً لما جاز التعويض عن المنفعة التي فوتها الغاصب؛ لأن المنفعة هنا لا تتحقق حالاً وإنما مآلاً؛ لأنها تحصل شيئاً فشيئاً.

٤- أن التعويض عن الربح الفائت في غير الديون يُوقع في الجهالة والغرر المنهي عنهما شرعاً، فإنَّ حساب الربح الفائت قائمٌ على مجرد التخمين والتوقع،

(١) ينظر: سبل السلام، للأمر الصنعاني (٢/ ٢١).

(٢) شرح السنة، لأبي محمد البغوي (٨/ ١٤٤)، ومرواة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن الهروي (٥/ ١٩٣٨).

(٣) ينظر: الحكم الصادر من إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم برقم (٣٠٢/ د/ ١٠) لعام (١٤٣١هـ).

فهو غير منضبط، ولا يمكن تحديد مقداره بصفة دقيقة^(١).

وُجِبَ عن هذا: بعدم التسليم بوقوع الجهالة والغرر المنهي عنهما شرعاً؛ لأن التعويض أو الضمان في أصله قائمٌ على التقدير، وليس على التحديد المنضبط، وعلى هذا تصرف الفقهاء واستعمالهم، إذ التحديد المنضبط والقطع به غير متصور في التقدير كشرط لا يصح بدونه.

ثم إن الجهالة والغرر منتفیان هنا، فإن القضاء هو الذي يُقدر التعويض - حين مطالبة المضرور به -، بناءً على معايير واضحة وأسس سليمة في التقدير، يطمئن القضاء بغلبة الظن - بناءً على المؤيدات والمعطيات التي بنى عليها - بأن هذا التقدير جابر للضرر الذي لحق المضرور، والمتمثل في تفويت الربح عليه لو لم يقع الضرر، فانتفى الزعم بوجود الغرر والجهالة ولحوقهما بالتعويض عن الربح الفائت في غير الديون.

ثم إن الغرر والجهالة وصفان شرعيان، جاءت الشريعة باعتبارهما أحد المناهي التي تلحق البيوع، فتحرمها، وتكسوها صفة البطلان متى لحقت بهما، ولا بد من معرفة معناهما هنا حتى نعلم دقة المستدل أو عدم دقته حين وصف التعويض عن الربح الفائت في غير الديون بأنه مبنيٌّ على الجهالة والغرر، وأنها يلحقان بالتعويض في هذه الحالة.

(١) ينظر: الحكم الصادر من إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم برقم (٩٢/د/٥) لعام (١٤٢٩هـ)، والحكم ذي الرقم (٢٢٨/٢٠/٢) لعام (١٤٣٢هـ).

فذهب ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ إِلَى أَنَّ الْجَهَالََةَ نَوْعٌ مِنْ أَنْوَاعِ الْغُرْرِ، فَكُلُّ جَهَالََةٍ غُرْرٌ، وَلَيْسَ كُلُّ غُرْرٍ جَهَالََةً^(١).

وقيل بالفرق بينهما، فالجهالة هي: التي تؤدي إلى القمار والغرر، ولا يدري العاقد على أي شيء يدخل^(٢).

والغرر هو: ما تردد بين الوجود والعدم^(٣)، أو بين الحصول والفوات^(٤)، أو ما طويت معرفته، وجهلت عينه^(٥).

وبين القرافي رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الْعُلَمَاءَ قَدْ يَتَوَسَّعُونَ فِي هَاتَيْنِ الْعِبَارَتَيْنِ - الْغُرْرُ وَالْجَهَالََةُ -، فَيَسْتَعْمِلُونَ إِحْدَاهُمَا مَوْضِعَ الْأُخْرَى، ثُمَّ ذَكَرَ الْفَرْقَ بَيْنَ الْجَهَالََةِ وَالْغُرْرِ، فَبَيَّنَ أَنَّ الْغُرْرَ: مَا لَا يَدْرِي هَلْ يَحْصُلُ أَمْ لَا، جَهَلَتْ صِفَتُهُ أَمْ لَا، كَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ.

والمجهول اصطلاحاً: ما علم حصوله وجهلت صفته، كييع الشخص ما في كفه، فهو يحصل قطعاً، لكنه لا يدري أي شيء هو. فكل واحد من الغرر والمجهول اصطلاحاً أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه^(٦).

(١) ينظر: القواعد النورانية الفقهية (ص: ١١٧).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ٢٦٥).

(٣) ينظر: الفروع (٤/ ٤٢٩).

(٤) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٧٢٨).

(٥) المرجع السابق.

(٦) ينظر: الفروق (٣/ ٢٦٥).

وبهذا يتبين أنَّ وصف الجهالة والغرر - بالحدود التي ذكرها الفقهاء - لا يمكن أن يُتصور في التعويض عن الربح المؤكد الفائت في غير الديون.

ثم لو سُلم أن هذين الوصفين قد يتصور لحوقهما بغير البيوع فإنهما ينتفيان عن التعويض عن الربح المؤكد - الذي نتحدث عنه هنا - بالتقدير المناسب والعادل الذي يقدره القضاء.

٥- قياس التعويض عن الربح الفائت في غير الديون على التعويض عنه في باب الديون، بجامع عدم تأكد حصول الربح في كلٍّ منهما^(١).

وُجِبَ عن هذا من ثلاثة وجوه:

أ- أن الأصل المقيس عليه غير متفقٍ عليه - وهو التعويض عن الربح الفائت في غير الديون -، بل وقع النزاع في جوازه من عدمه^(٢).

ب- أن القياس هنا قياس مع الفارق؛ فإن العماد الذي اعتمد عليه من منع من التعويض عن الربح الفائت في الديون: أنه يفضي إلى الربا، والتعويض عن الربح الفائت في غير الديون لا يتحقق فيه الإفضاء إلى الربا، فافترقا.

ج- أن قولكم بأن العلة هي: "عدم تأكد حصول الربح" هو محل النزاع أصلاً، ويختلف باختلاف الوقائع، والقضاء يبسط سلطته ونفوذه في تقدير تأكد الربح

(١) ينظر: الحكم الصادر من إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم برقم (٩٢/د/٥/١) لعام (١٤٢٩هـ).

(٢) ينظر: جواز إلزام المدين الماثل بتعويض الدائن، للشيخ مصطفى الزرقا (ص: ١٣)، ومطل الغني ظلم، ضمن مجموع فتاوى وبحوث الشيخ عبدالله بن منيع (٣/ ٢٤٠)، والماطلة في الديون، د. سليمان الدخيل (ص: ٣٥٩-٣٦٢).

من عدمه، بناءً على ما قُدِّمَ أمامه، فأصبح الخلاف خلافًا في تحقيق المناط لا في أصل المسألة.

٦- أن الفقهاء قد نصوا على عدم ضمان الغاصب للربح المفترض، ومنعُ المال من صاحبه بسبب الغصب والسرقة أشدُّ ظلمًا من منعه؛ بسبب المhapلة، ومع ذلك لم يوجبوا على الغاصب والسارق التعويض عن ضرر التأخر أو فوات منافع المال^(١). ويمكن الجواب عنه بأن يُقال: ما ذكرتموه عن الفقهاء بهذا الإطلاق غير دقيق، وسيأتي في أدلة المجيزين ما يردُّ هذا الذي ذكرتموه.

ثم لو سُلِّمَ صحة ما تقولون فإن في أدلة الشريعة وقواعدها العامة ما يمكن الاستناد إليه في القول بجواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون -كما سيأتي في أدلة المجيزين-.

٧- أن القواعد الفقهية والأصول الشرعية تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعًا، أو في مقابلة مال أُخذَ أو أُتلف، وإلا كان أكلاً له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضًا عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شرعًا؛ لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإذا قبل المال بغير مال كان أكلاً له بالباطل^(٢).

(١) ينظر: الحكم الصادر من إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم برقم (٩٢/د/٥) لعام (١٤٢٩هـ).

(٢) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي، لعلي الخفيف (ص: ١٩).

وُجِبَ عن هذا من وجوه:

أ- أن حصر أخذ المال في الطريقتين المذكورين - بالتبرع أو في مقابلة المال المأخوذ أو المتلف - غير مسلم، بل هو منتقض بالتعزير بالمال في قول طائفة من المحققين من أهل العلم. وهذا الأخير ليس داخلاً ضمن الطريقتين المذكورين.

ب- أن ما ذكره من أن القواعد الفقهية والأصول الشرعية تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً أو في مقابلة مال أُخذَ أو أُتلفَ تعميمٌ تنقصه الدقة والصحة. ثم هو مقابل بأن هناك من الأصول العامة في الشريعة ما يشهد لجواز أخذ المال مقابل ما فات المضرور من فوات الربح.

ج- إذا صحَّ ما تقدم فإن النتيجة - وهي أن التعويض هنا من قبيل أكل المال بالباطل - والتي بنيت على المقدمات المنقوضة في الفقرتين السابقتين تكون غير صحيحة، مضافاً إليها ما سبق بيانه من كلام العلماء في معنى الأكل بالباطل في مناقشة الدليل الأول للمانعين.

د- أن الربح المؤكد الذي كان سيحققه المضرور لو لم يحصل الفعل الضار يُعتبر مالاً، ولا يضره كونه غير موجود حالاً، فليس ذلك بشرط، بل يكفي أن يكون مؤكداً حصوله في المستقبل لو لم يَحُلْ الفعل الضار دونه، كما هو الحال في المنفعة التي يفوتها الغاصب بغصبه، فهي مضمونة - كما سيأتي -، وهي معدومة غير حاضرة؛ لأنها تحصل شيئاً فشيئاً، ولكنها مؤكدة الحصول في المستقبل؛ ولذا جاز التعويض عن فواتها.

٨- أن التعويض عن الربح الفائت في غير الديون هو في حقيقته: بذل مال في مقابل ضرر محتمل لم يثبت، والقاعدة الفقهية: "أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"^(١).

ويمكن الجواب عنه: بأن المال المأخوذ تعويضاً عن الأرباح المؤكدة الفائتة له سبب شرعي، وهو جبر الضرر اللاحق بالمضرور نتيجة تفويت الربح عليه.

٩- أن التعويض إنما يكون عن الضرر المادي الواقع فعلاً، لا الضرر الاحتمالي، وبما أن الربح الفائت يحتمل تحققه وعدم تحققه فإنه لا يستحق تعويضاً عنه^(٢). وقواعد الشريعة تأبى التعويض إلا عن الضرر الماثل الواقع فعلاً الذي يمكن تقويمه بالمال، أما المتوقع فلا تعويض فيه؛ لأنه معدوم وقت حدوث المخالفة، ولا قيمة للمعدوم، فلا يصح مقابله بهال^(٣).

ويمكن الإجابة عن هذا من وجوه:

أ- أن الربح الفائت الذي نتكلم عنه إنما هو الربح الذي تحققت فيه أركان التعويض، وهو الذي نسميه ربحاً مؤكداً، وليس احتمالياً، وإذا كان كلامنا في المؤكد لا في الاحتمالي فينبغي ألا يحصل خلاف حينئذٍ، وإن حصل فهو خلاف راجع إلى

(١) ينظر: الحكم الصادر من إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم برقم (٩٢/د/٥) لعام (١٤٢٩هـ).

(٢) ينظر: الحكم الصادر من إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم برقم (١٠١/د/تج/٣٠) لعام (١٤٢٣هـ)، وكذا

الحكم رقم (٥١/د/١٠) لعام (١٤٢٧هـ)، وكذا الحكم رقم (١٣٧/د/١/٣) لعام (١٤٣٣هـ)، والحكم رقم

(٢١/د/٩) لعام (١٤١٠هـ)، وكذا الحكم رقم (٢٠/د/ف/١٠) لعام (١٤١٦هـ)، وغيرها.

(٣) ينظر: الحكم الصادر من إحدى الدوائر القضائية التابعة لديوان المظالم برقم (٢١/د/٩) لعام (١٤١٠هـ).

مدى تحقق وصف الربح المؤكد في الواقعة التي يطلب المضرور فيها تعويضه عما فاته من ربح، فهو خلاف في تحقيق المناط لا في أصل المسألة - كما يظهر -، وهذا يختلف من واقعة لأخرى بحسب ظروفها وأحوالها، ويستبدُّ القضاء بسلطة التقدير هنا، مع القول بإمكانية وضع ضابط للربح المؤكد تحتكم إليه كافة الصور والوقائع - كما سيأتي في أدلة المجيزين - . ولكن الذي لا يُسلم به: أن يُطلق القول ويُجعل كالقاعدة والنظرية العامة بأن الشريعة لا تُجيز التعويض عن الربح الفائت، وأنه لا يعدو إلا شيئاً محتملاً، وأنه - على الدوام - متردّد بين الوقوع وعدمه، ويتج عن هذا السبب القول بعدم جواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون.

ب- أن تفويت الربح المؤكد هو في حقيقته ضرر مائل وواقع فعلاً - حسب تعبيركم -، فلمَ المنع من التعويض عن فواته إذا؟

ج- أن تسببكم للمنع من التعويض عن الربح الفائت في غير الديون بكونه معدوماً غير سليم؛ لأن الربح الفائت لا يتصور وقوعه فوراً أو حالاً حتى يُقال بهذا الاشتراط، فهو معدومٌ في حقيقته، ولكنه يؤول إلى التحقق والعلم به مآلاً لو لم يقع السبب المفوَّت له، ويتوصل إلى العلم به بتقدير أهل الخبرة للربح لو لم يقع المانع منه، أو بتقديره بالنسبة لنظائره وفق القواعد والمعايير التي يمارسها القضاء. ثم إنَّ وصف العدم هذا ينتقض بالتعويض عن منفعة العين المغصوبة، فالمنفعة حين الغصب معدومة، وليست ماثلة أو واقعةً فعلاً، بل تحصل في المستقبل شيئاً فشيئاً، ومع هذا أجاز بعض الفقهاء التعويض عن المنفعة التي فوتها الغاصب

بغضبه للعين التي تشتمل عليها المنفعة، وألزموا الغاصب أجرة مثلها مدة بقائها في يده - كما سيأتي معنا في أدلة المجيزين -.

٩- أن الربح الفائت غير منضبط، مما يترتب عليه عدم إمكانية تحديد مقداره، فلهذا منع من التعويض عنه^(١).

ويُجاب عنه: بعدم التسليم بما ذكر، إذ عدم إمكانية تحديد التعويض ليس معياراً للتعويض من عدمه، بل معيار التعويض هو وجود الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وهي أركان التعويض، فإذا وجدت استحق المضرور التعويض عما فاتته من ربح.

جاء في أحد الأحكام الصادرة عن إحدى محاكم ديوان المظالم^(٢): «ويجب ألا يقف القضاء في مثل هذه الحالات موقفاً سلبياً بعدم تعويض المضرور بحجة أن التعويض لا يمكن تقديره بشكل دقيق، فإن القضاء مطالبٌ بتحري العدالة في ذلك بتحديد التعويض بشكل دقيق وعادل، فإذا تعذر ذلك يصار إلى التعويض بما يغلب على الظن أنه جابر للضرر، فكما هو معلوم فإنه يجوز أن تبنى الأحكام على غلبة الظن، وهذا مسلم به، لذا فإنه يغلب على ظن الدائرة أن المدعي كان سيربح مدة الإغلاق ما كان يربحه في المدة السابقة للإغلاق -أي: إغلاق محله بدون سند نظامي-، كما تؤكد الدائرة أن هذا التعويض ليس تعويضاً عن أمر محتمل الوقوع، بل هو تعويض عن ضرر محقق، وهو تفويت فرصة الاستثمار المتاحة للمدعي».

(١) أحد ملاحظات محكمة الاستئناف الإدارية على الحكم ذي الرقم (٤٦٧٠ / ٢ / س) لعام (١٤٣٦هـ).

(٢) الحكم رقم (٤٦٧٠ / ٢ / س) لعام (١٤٣٦هـ).

أدلة أصحاب القول الثاني:

يمكن الاستدلال لمن ذهب إلى هذا القول بالآتي:

١- الأدلة العامة الدالة على نفي الضرر في الشريعة، وتحريم إلحاق الضرر

بالغير، ومن ذلك:

أ- ما رُوي عن النبي عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ**»^(١).

وجه الدلالة: أَنَّ الحديث دالٌّ على أنه ليس للإنسان أَنْ يُضَرَّ بِأَخَاهُ، فَيُنْقِصَهُ شيئاً من حقه^(٢). والضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، وقد جاء الشرع بالنهي عنه، ودلت النصوص على أَنَّ الضرر إذا وقع فإنه يُجبر بحسب حال الضرر ونوعه، ومن الضرر: تفويت الربح على صاحبه بغير حق.

ب- أَنَّ من أدلة الفقه: أَنَّ "الضرر يُزال"^(٣).

(١) روي هذا الحديث من طرق متعددة، وقد أخرجه مالك في الموطأ (٢٧٥٨)، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق (١٠٧٨/٤)، وأحمد في المسند (٢٨٦٥) (٥٥/٥)، وابن ماجه في السنن (٢٣٤٠)، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٧٨٤/٢)، والدارقطني في السنن (٤٥٣٩)، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت (٤٠٧/٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٣٨٤)، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار (١١٤/٦). وقد روي هذا الحديث موصولاً ومرسلاً. قال النووي: «وله طرق يقوى بعضها ببعض». وقال أبو عمرو بن الصلاح: «هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد قبله جماهير أهل العلم واحتجوا به، وقول أبي داود: إنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها يشعر بكونه غير ضعيف». والله أعلم. ينظر: شرح جامع العلوم والحكم (٢١١/٢)، وتنقيح التحقيق، لابن عبد الهادي (٦٨/٥)، وتنقيح التحقيق، للذهبي (٣٢٣/٢)، والجواهر النقي، لابن التركماني (١٥٨/٦)، ونصب الراية (٣٨٤/٤)، والتلخيص الحبير (٣٦٢/٤).

(٢) ينظر: شرح الزرقاني على الموطأ (٦٦/٤).

(٣) ينظر: التحبير شرح التحرير، للمرداوي (٣٨٤٦/٨).

قال السيوطي^(١): «هذه القاعدة ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه، من ذلك: الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط والتعزير وإفلاس المشتري وغير ذلك، والحجر بأنواعه، والشفعة؛ لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلف والقسمة ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين والبغاة وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار أو غير ذلك...»^(٢).

وإزالة الضرر تكون برفعه، وبجبر الضرر اللاحق بالمضرور نتيجة الضرر. قال الشيخ زكريا الأنصاري رَحِمَهُ اللهُ^(٣): «الضرر يزال "وجوباً، ومن مسائله: وجوب ردّ المغصوب وضمانه بالتلف»^(٤).

ويقول الزركشي رَحِمَهُ اللهُ: «الضرر يزال، ولعلها شرط الفقه، فإن مقصود الأحكام الفقهية مهمات جلب المنافع ودفع المضار، فالقسم الثاني كله وبعض

(١) هو: العلامة أبو الفضل جلال الدين عبد الرحمن بن كمال الدين أبي بكر بن محمد السيوطي المعروف بابن الأسيوطي، ولد في القاهرة ليلة الأحد مستهل رجب سنة (٨٤٩هـ)، وكان كثير الشيوخ والتأليف، بلغ عدة شيوخه إجازة وقراءة وساعاً نحو مائة وخمسين شيخاً، وقد جمعهم في معجمه، وانصرف إلى الجمع والتأليف وهو صغير، فبلغت عدة مؤلفاته نحو ستمائة ما بين رسائل في ورقة أو ورقتين وكتب في عدة مجلدات، والغالب في مصنفاته تلخيص كتب الآخرين. توفي سنة (٩١١هـ)، ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر، للعيدروس (ص: ٥١)، والبدر الطالع، للشوكاني (٣٢٨/١).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر (ص: ٨٤).

(٣) هو: العلامة، زين الدين زكريا محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السَّنِيكي الأزهري الشافعي. ولد عام (٨٢٦هـ)، تصدى للتدريس في حياة شيوخه، وانتفع به الفضلاء طبقة بعد طبقة، وشرح عدة كتب، وألف ما لا يحصى كثرة. توفي سنة (٩٢٨هـ)، ينظر: إمتاع الفضلاء بتراجم القراء فيما بعد القرن الثامن الهجري (١٢٣/٢).

(٤) غاية الوصول في شرح لب الأصول (ص: ١٤٧)، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع (٣٩٨/٢).

الأول مثال لهذه القاعدة...»^(١)، ثم ذكر أمثلة عليها: كالإتلافات والغصب والتفويت...، وأنها تزال بضمان المتلفات والغصب بأنواعها^(٢).

ففي هذه القاعدة دلالة على رفع الضرر والتعويض عنه، ومن ذلك: الربح الفائت في غير الديون، فإن الفعل الضار الحاجز دون تحقيق الربح يُرفع، ويضاف إليه جبر الضرر بالتعويض عما فات من ربح جرّاء الفعل الضار. فإن قيل: قاعدة "الضرر يُزال" مقيدة بقاعدة أخرى، وهي: أن "الضرر لا يُزال بالضرر"^(٣).

يُجاب عنه: بأننا لو سلمنا أنه يلحق مرتكب الفعل الضار بالحكم عليه بالتعويض ضرر فإن هذا إضرار بحق، وليس المقصود هو إلحاق الضرر نفسه، بل الضرر هنا جاء تبعاً لا أصلاً، والضرر إذا كان في استيفاء حق فإن الشريعة لا تمنع منه؛ لكون المستحق له هو من أدخل الضرر على نفسه بارتكابه للفعل الضار، كالحال في المحدود في الجلد أو مقابلة المعتدي بمثل اعتدائه، ففي كل منهما ضرر، ولكنه على وجه المقابلة والتعويض، فجاز.

٢- قياس التعويض عن الربح الفائت في غير الديون على ضمان منافع المغصوب، بجامع الاعتداء بتفويت الأموال والحقوق في كلٍّ منهما بغير حق.

(١) تشنيف المسامع بجمع الجوامع (٣/ ٤٦٤).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي (١/ ٤١)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٧٤).

جاء عند فقهاء المالكية: «من تعدى على منفعة غير منفعة الحر والبضع فلا يضمنها إلا بالفوات، سواء استعمل أو عطل، كالدار يغلقها، والدابة يجبسها، والعبد لا يستخدمه»^(١).

وعند الشافعية: «كل عين لها منفعة تستأجر لها يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة، حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة وطالعه أو مسكاً فشمه أو لم يشمه لزمه أجرته»^(٢).

وعند فقهاء الحنابلة: «ومن غصب شيئاً فعليه رده...، وعليه أجرة مثله مدة مقامه في يده؛ لأنه فوت عليه منفعته، والمنافع لها قيمة، فيضمنها كالأعيان»^(٣).

والربح أحد المنافع التي يمكن تقييمها، باعتبار أن الربح يمكن أن يتحقق لو لم يحصل المانع، ولهذا قال بعض المالكية^(٤): «للمغصوب منه قدر ما كان يربح فيها لو كان المال في يده». فجاز التعويض عن فوات الربح، كالمنفعة التي فوتها الغاصب على المغصوب منه، بجامع تفويت المنافع بغير حق، فالتسبب في تفويت الربح غصبٌ حكماً.

(١) ينظر: جامع الأمهات (ص: ٤١٢)، وشرح مختصر خليل، للخرشي (ص: ١٤٣)، والشرح الكبير على مختصر خليل، للدردير (٣/ ٤٥٥).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (١٣/ ٥)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٤٣).

(٣) ينظر: العدة شرح العمدة، لبهاء الدين المقدسي (ص: ٣٠١)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/ ١٨٢)، والمبدع شرح المقنع (٥/ ٤٥).

(٤) ينظر: شرح الخرشي (٦/ ١٤٣).

فإن قيل: لا يمكن التسليم بصحة هذا القياس؛ لوجود الفارق، وبيانه في الأمور الآتية:

أ- الفرق بين الغصب وبين تفويت الربح في غير الديون، وذلك أن ضابط تحقق الغصب يكون بالاستيلاء قهراً وغلبة ومجاهرة، وليس التفويت في مسألتنا كذلك. يُجاب عنه: بأن هذا الوصف الفارق الذي ذكرتموه غير مؤثر؛ لأن السبب في الحجب كقصد المنع في المعنى، وأما الأوصاف التي ذكرتموها فهي أوصاف تتعلق بحدود الصورة ولا تؤثر على المعنى، والاتفاق في الأخير ظاهر بينهما، واستعمالات الفقهاء في القياس تدلُّ على هذا المعنى، فقاوسوا على الغصب مسائل دون مسألتنا في قرب المعنى لأحكام الغصب، وهذا ظاهر جليٌّ، ومن تلك الأقيسة التي جُعِلَ الغصب فيها أصلاً، وهي فرع له:

اللاقط إذا أقبض اللقطة لنفسه^(١)، وإذا امتنع المودع من رد الوديعة لصاحبها^(٢)، وإذا منع البائع المشتري من قبض الثمن^(٣)، وإذا حبس الصانع الثوب على عمله^(٤)، وإذا استأجر المستأجر دابة ثم تجاوز بها المكان المحدد فأصابها فيه شيء^(٥)، فكل هذه الفروع وغيرها ألحقها الفقهاء بالغصب، ورتبوا

(١) ينظر: المبسوط (١١/١٣، ٩٨)، والكافي، لابن قدامة (٢/٢٠٢).

(٢) ينظر: المبسوط (١١/١١٤، ١١٧)، والكافي، لابن قدامة (٢/٢٠٢).

(٣) ينظر: كشف القناع (٣/٢٤٤).

(٤) ينظر: المغني (٥/٣٩٥)، والمبدع شرح المقنع (٤/٤٤٨).

(٥) ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/٢٤٠).

عليها أحكامها. وإذا تأملت مسألتنا - التعويض عن الربح الفائت في غير الديون - وجدتها مما يمكن إلحاقها بمشكلاتها، وأنها تشترك مع الغصب في المعنى، فتلحق به، بل هي أقرب إلى الأصل المقيس من الفروع التي ذكرناها مما ألحقه الفقهاء به في الأحكام.

ب- أن بعض الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ قد نصَّ على أن الربح الفائت في الغصب أو غيره لا يُعوض عنه، وهو أصرح وأقوى وأكثر انطباقاً على مسألة التعويض عن الربح الفائت في غير الديون من مسألة التعويض عن منافع المَغصوب، فتلحق بها ولا تُلحق بضمان منافع المَغصوب؛ لكون مسألتنا أقرب للأولى من الثانية.

جاء في شرح المنتهى^(١): «ولا يضمن ربحُ فات على مالكٍ بحبسٍ غاصبٍ مال تجارةٍ مدةً يُمكن أن يربح فيها إذا لم يتجر فيه غاصب».

وجاء في فتاوى الهيتمي^(٢): «ولا يضمن الوصي الربح الفائت بسبب عدم التجارة. فقد حكى أئمتنا وجهين فيما لو ترك الولي التصرف فنقص المال، أو تلف من غير تفريط في حفظه، كأن ترك تلقيح طلعه أو بيع فرصاده أو عمارة داره أو إيجارها أو علف دوابه حتى ماتت...».

ويجاب عنه: بأن النقل الأول الوارد عن بعض الحنابلة يحتمل احتمالات، منها: أن هذا النص الفقهي ينصرف إلى ربح النقود؛ لأنهم اشترطوا فيما تضمن منفعة

(١) (٢/ ٢٩٧). وهذه إحدى الزيادات التي وردت في المنتهى ولم ترد في الإقناع. والله أعلم.

(٢) (٣/ ٤٤). وينظر: كشف القناع (٤/ ٨٩).

أن يكون منفعة يجوز أخذ العوض عليها، والنقود ليست كذلك، فلا يُضمن الربح الذي فوته الماطل بعدم وفائه للدائن^(١)، وكلامنا هنا إنما هو في التعويض -أو الضمان- عن الربح الفائت في غير الديون، والمنفعة هنا متصورة، ويمكن تقويمها، سواء كانت محققة في الحال، بأن تكون في عين قائمة، أو آيلة إلى التحقق والحصول بعد قيام العين لو لم يحصل الفعل الضار بالتسبب في قيامها، ولو لم نقل بهذا لحصل التناقض بين هذا النقل وبين قول من قال من الفقهاء بضمان منفعة المغصوب التي فوتها على الغاصب^(٢). وسيأتي الاحتمال الآخر قريباً.

وأما النقل الآخر عن الهيتمي فهو ليس محل اتفاق بين الشافعية، فضلاً عن الفقهاء، بل أحد الوجهين عندهم أنه يضمنه^(٣)، وكذا نُقل عن جماعة من الفقهاء من غير الشافعية.

يقول ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ^(٤): «وإذا ترك العامل العمل حتى فسد الثمر فينبغي أن يجب عليه نصيب المالك، وينظر كم يجيء لو عمل بطريق الاجتهاد، كما يضمن لو يبس الشجر؛ وهذا لأن تركه العمل من غير فسخ العقد حرام وغرر، وهو سبب في عدم هذا الثمر، فيكون كما لو تلفت الثمرة تحت اليد العادية، كالضمان بالتسبب في الإتلاف».

(١) ينظر: المؤيدات الشرعية لحمل المدين الماطل على الوفاء، أ. د. نزيه حماد (ص: ٢٨٨-٢٨٩).

(٢) وهم: فقهاء الشافعية والحنابلة وبعض المالكية. وقد سبق نقل نصوصهم.

(٣) ينظر: كفاية النبي في شرح التنبيه، لابن الرفعة (١٠ / ٢٠)، وأسنى المطالب (٢ / ٢١١).

(٤) الفتاوى الكبرى (٥ / ٤٠٦)، والمستدرک علی مجموع الفتاوى (٤ / ٣٤).

ج- أن منافع المغمصوب موجودة؛ فلذلك وجب ضمانها، بخلاف الربح الفائت، فإنه غير موجود؛ فلذلك امتنع ضمانه والتعويض عنه. جاء في شرح المنتهى^(١): «ولا يضمن ربح فات على مالك بحبس غاصب مال تجارة مدة يمكن أن يربح فيها إذا لم يتجر فيه غاصب، كما لو حبس عبدا يريد مالكة أن يعلمه صناعة مدة يمكن تعلمها فيها؛ لأنها لا وجود لها».

ويجاب عنه: بأن يُقال: ماذا تقصدون بعدم الوجود هنا؟

فإن قصدتم: عدم الوجود الفعلي الذي يُقابل العدم فهذا ليس مانعا أو سببا للمنع؛ إذا لو قلتم به لانتقض مع قولكم بضمان منافع المغمصوب؛ لأن المنفعة في أصلها معدومة، وليست موجودة، وإنما تحدث شيئا فشيئا.

وإن قصدتم: أن الربح محتمل وغير محقق أو فعلي فقد يحصل وقد لا يحصل، وما كان مترددا فهو للعدم أقرب، فهو منتقض بضمان منافع المغمصوب أيضا؛ إذ أكثر من قال من الفقهاء - كما سبق - بضمان منافع المغمصوب لم يشترط أن يكون الغاصب قد استعملها، بل مجرد حجبها عن صاحبها ومنعه من استغلالها موجب لضمانها، مع أن انتفاعه باستغلالها أو ربحها - لو لم يحصل المانع - غير محقق، فربما تبقى العين في يده ولا يستأجرها أحداً منه، أو ينتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع عن طريق المعاوضة، فكذلك الربح الفائت في غير الديون، فلو فرضنا أن الفعل الضار لم يحصل فقد يستغل العين في ربح، وقد لا يتحقق له استغلالها فلا يقع الربح، فاستويا في الحكم؛ لاستوائهما في المعنى.

(١) (٢/ ٢٩٧). وينظر: كشاف القناع (٤/ ٨٩).

وإن قصدتم: أن الشيء الذي يُمكن الانتفاع به ويحصل الربح منه في حال الاستغلال غير موجود أصلاً - كما في المثال المنقول أعلاه في نص بعض فقهاء الحنابلة - كتعليم الصناعة للعبد فهي غير موجودة؛ إذ لم يتعلمها العبد بعد، وهي مظنة الربح، فإذا حبس الغاصب العبد عن سيده وتسبب حبسه في عدم تعليمه تلك الصناعة مما أدى إلى تفويت الربح الذي كان يمكن أن يجنيه السيد من عبده نظير تعليمه الصناعة فالنص الفقهي هنا يمنع من التعويض عن الربح؛ لكون محل الربح معدوماً أصلاً. ويمكن أن يلحق به في التمثيل: ما لو استأجر شخص أرضاً مدة طويلة الأجل على أن يقوم ببناء مشروع فيها مدرّ للربح والدخل، فتسبب مالك الأرض في خطأ أدى به إلى عرقلة قيام المشروع وفوات الربح الذي كان سينتج منه لولا قيام هذا الخطأ، فهنا أيضاً محل الربح - وهو المشروع - معدومٌ وغير موجود.

فيقال جواباً على هذا الاحتمال أو الافتراض: إنَّ هذا المعنى يمكن أن يكون أصحَّ تفسيرٍ للنص الفقهي الذي ذكره العلامة البهوتي رَحِمَهُ اللهُ، وبه يُجمع بين قولهم بمنع التعويض عن الربح الفائت في المغصوب، وبين قولهم بالتعويض عن منافع المغصوب وضمانه، وقد جاء في "مطالب أولي النهى"^(١) ما يؤيد هذا المعنى، فقال: «ولا يضمن ربحٌ فات على مالكٍ بحبس غاصبٍ مال تجارةً مدةً يُمكن أن يربح فيها إذا لم يتجر فيه غاصب، كما لو حبس عبداً يريد مالكة أن يعلمه صناعة

(١) لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولداً، ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، مطالب أولي النهى (٨/٤).

مدة يمكن تعليمه الصناعة فيها، فإن الصناعة لا تُقَوِّمُ على غاصبٍ في تضمين منافعها، ولا في تضمين عينه إن تلف؛ لأنها لا وجود لها).

ومع هذا كله فإنه يمكن القول بعدم التسليم بهذا الحكم - حتى مع توجه هذا التفسير -؛ وذلك لما سيأتي في الدليلين الثالث والرابع من أدلة المجيزين.

٣- أن المقصود من الضمان جبر الضرر بالتعويض عن الفائت. قال بدر الدين الزركشي رَحِمَهُ اللهُ^(١): «وَضَمَانُ الْأَمْوَالِ مَبْنِيٌّ عَلَى جَبْرِ الْفَائِتِ، وَضَمَانُ النَّفْسِ مَبْنِيٌّ عَلَى شَفَاءِ الْغَلِيلِ».

وقال موفق الدين بن قدامة رَحِمَهُ اللهُ^(٢): «الْقَصْدُ بِالضَّمَانِ جَبْرُ حَقِّ الْمَالِكِ بِإِجَابِ قَدْرِ الْمَفُوتِ عَلَيْهِ، وَقَدْرُ النَقْصِ هُوَ الْجَابِرُ». وقال الشيخ منصور البهوتي رَحِمَهُ اللهُ^(٣): «الْقَصْدُ بِالضَّمَانِ جَبْرُ حَقِّ الْمَالِكِ بِإِجَابِ قَدْرِ مَا فُوتَ عَلَيْهِ».

والتعويض عن الربح الفائت في غير الديون يتسق مع هذا المقصد ولا يُناقضه.

٤- قياس جواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون على جواز دفع العربون، بجامع تفويت الفرصة في كُلِّ منهما. ووجهه: أن ما يدفعه المشتري في حال عدوله عن إتمام عقد البيع هو تعويضٌ عن منفعة مظنونة الوجود، وهي تفويت فرصة بيع العين لشخصٍ آخر قد يكون فيها غبطة ومصلحة للبائع؛ لأنه قد باعها على المشتري -دافع العربون- بيعاً معلقاً يحتمل عدوله عنه بعد مدة من

(١) المنشور في القواعد (٢/ ٣٢٤). وبنحوه عند الجويني في البرهان (٢/ ٨١)، ونهاية المطلب (١٦/ ٣٠).

(٢) المغني (٥/ ١٨٥).

(٣) كشاف القناع (٤/ ٨٩).

الزمن، ومع هذا فقد اعتبر الضمان لتلك المنفعة المظنونة أمراً مشروعاً، فيُقاس عليه جواز إلزام المتسبب في تفويت الربح بالتعويض^(١)، بل هو أولى.

ويُجاب عنه: بأنَّ مبلغ العربون واضحٌ ومحدّدٌ ومعلوم، في حين أن التعويض عن الضرر الكامن في تفويت الربح مجهول، والجهالة فيه من جهة الوجود ومن جهة المقدار ومن جهة الزمن^(٢).

ونوقش هذا الجواب: بأنه لو سلمنا وجود الجهالة في الحال فإنها لا تؤثر في الحكم إذا آلت إلى العلم^(٣)، وهذا متحقق في التعويض عن الربح الفائت في غير الديون، فإنه وإن جهل في الحال إلا أنه آيلٌ إلى العلم، وفق قواعد التقدير المعروفة.

٥- تخريج التعويض عن الربح الفائت في غير الديون على التعزير بالمال؛ لأن الضرر في كلّ منهما عوّض عنه بالمال^(٤)، كما أن التعزير بالمال أنواع، فمنه إتلاف أو تغيير أو تملك للغير، ويدخل في هذا الأخير: تعويض المضرور عن فوات ربح ماله.

(١) بحث في مطل الغني ظلم (٣/ ٢١٤-٢١٩)، والمحاظلة في الديون (ص: ٣٩٢-٣٩٣).

(٢) ينظر: المحاظلة في الديون (ص: ٣٩٣).

(٣) وهو الذي يُفتي به شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في فروع متعددة. ينظر: مجموع الفتاوى (١٢٧/ ٣٤)، وإعلام الموقعين (٥/ ٣١٠).

(٤) نظرية الضمان، للزحيلي (ص: ٢٥). ومسألة التعزير بالمال حصل فيها خلاف بين الفقهاء رحمهم الله، والمذاهب الفقهية الأربعة على عدم جواز التعزير بالمال، بل حكى الدسوقي انعقاد الإجماع عليه. وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جواز التعزير بالمال إتلافًا وأخذًا، وبين ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ أَنْ العلماء اللذين نصوا على المنع يقولون بالجواز في تفاصيل بعض المسائل. ينظر في هذه المسألة: رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٦١-٦٢)، والبيان والتحصيل، لابن رشد (٩/ ٣٥٩)، والأم، للشافعي (٤/ ٢٦٥)، والمغني (١٢/ ٥٢٦)، والحسبة في الإسلام، لابن تيمية (ص: ٤٩)، ومجموع الفتاوى (٢٨/ ١١٠)، والطرق الحكمية (ص: ٢٢٥).

قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ^(١): «وهي تنقسم -أي: العقوبات المالية- إلى إتلاف، وإلى تغيير، وإلى تمليك الغير».

ونوقش: بالفرق بينهما، فالتعويض عن الربح الفائت تُعالجه قاعدة الجوابر، ولذا يجب في هذه الحالة أن يكون التعويض مساوياً للضرر الواقع، وهنا يصح أن نطلق على هذه الحالة مصطلح التعويض، بخلاف التعزير بالمال، فإنه مندرجٌ تحت قاعدة الزواجر. ويترتب على هذا: أن مقدار التعزير بالمال لا يُشترط أن يكون مساوياً للضرر الحقيقي الفعلي أو الربح الفائت، والمال المبذول في هذه الحالة يصدق عليه وصف العقوبة لا التعويض، فلم يصح التخريج والإلحاق في هذه المسألة، إلا إذا تعذر علينا القول بالتعويض المالي في بعض صور المسألة، فإنه يمكن القول بصحة التخريج، أخذًا بكونه عقوبة تعزيرية لا تعويضًا ماليًا متكافئًا.

٦- إلحاق التعويض عن الربح الفائت في غير الديون على الشرط الجزائي^(٢)، فالمنفعة في الأخير مظنونة الوجود، ومع هذا فقد اعتبر الضمان لتلك المنفعة المظنونة^(٣).

٧- أن الربح الفائت في غير الديون يعتبر في حقيقته إتلافًا، والإتلاف أحد موجبات التعويض، فصَحَّ بهذا أن التعويض عن الربح الفائت في غير الديون مستقيمٌ على قاعدة ضمان المتلفات والتعويض عنها. قال شيخ الإسلام ابن تيمية

(١) الحسبة في الإسلام، لابن تيمية (ص: ٤٩).

(٢) ينظر: الحكم الصادر عن إحدى محاكم الديوان، رقم (٤٦٧٠ / ٢ / س) لعام (١٤٣٦ هـ)، والشرط الجزائي في غير الديون جائز، بخلاف الديون، فإنه فيها محرم. وبهذا صدر قرار هيئة كبار العلماء بعدد (٣٥) وتاريخ (٢١ / ٨ / ١٣٩٤)، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٠٩ - ١٢ / ٣).

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٤١٩ / ٥).

رَحْمَةُ اللَّهِ^(١): «الإتلاف نوعان: إعدام موجود، وتفويت لمعدوم انعقد سبب وجوده». ومسألتنا مندرجة تحت النوع الثاني الذي ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ.

٨- أن التعويض عن الربح الفائت في غير الديون لا يؤدي إلى أمر محرم، كالربا والظلم والقمار والميسر ونحوها من المحرمات التي جاءت بها نصوص الكتاب والسنة، أو انعقد عليها إجماع سلف الأمة، بل يتسق مع قواعد الشريعة العامة التي جاءت برفع الضرر وجبره، وجاءت الأدلة القياسية متفقة معها لا معارضة لها. مع ما يضاف إلى هذا من تحريم تعطيل أموال الناس بغير حق، أو ما يؤدي إليها، كحجبها بارتكاب الفعل الضار المتسبب لفوات تحقيق المنافع المتمثلة في الربح، والتأخير أو الحجب كالإبطال في إيجاب الضمان^(٢)؛ لأن المنع من الشيء حتى تفوت منفعته على المستحق له موجب للضمان حتى وإن كانت المنفعة معدومة لم تظهر^(٣).

الموازنة والترجيح:

أ- الموازنة:

بعد العرض والدراسة لمسألة التعويض عن الربح الفائت في غير الديون يحسن بنا في ختام هذه الدراسة أن نقف على أهم المستمسكات التي يتحصن بها كل فريق؛ وذلك من باب العرض الموجز لما سبق، قبل أن نصل إلى النتيجة التي ظهرت للباحث بعد التأمل والدراسة.

(١) الفتاوى الكبرى (٥/٤٠٦)، المستدرک علی مجموع الفتاوى (٤/٤٣).

(٢) ينظر: المبسوط (٨/٨٩).

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى (٥/٤٠٦)، والمستدرک علی مجموع الفتاوى (٤/٤٣).

فأغلب المانعين يرون أن الربح الفائت في غير الديون إنما هو ربح احتمالي غير مؤكد، وهم في هذه الجزئية يلتقون مع المجيزين؛ لأنَّ المجيزين يقيّدون الجواز بكون الربح الفائت مؤكدًا وليس احتماليًا، فالخلاف في هذه النقطة يضيق، وتقترب نقطة الاتفاق فيما بينهم إلى حد ما، ويبقى الخلاف في تحقيق المناط في الواقعة التي يدعي صاحب المصلحة فيها أن الفعل الضار الذي ارتكبه المدعى عليه قد أدى إلى تفويت الربح عليه، هل الربح الذي فات يُعتبر مؤكدًا أم لا؟ وفي هذا دلالة على أن الضابط موجود، ولكن الخلاف إنما يكون في انطباق هذا الضابط على الواقعة المدعى فيها بتفويت الربح.

ثم أيضًا: نرى أن صور تأكد الربح تختلف من واقعة لواقعة، فاستدلالات المانعين تدل على أن الربح الذي يُعوّض عنه إنما هو في الأصول الموجودة التي تتضمن منافع -يمكن تقويمها- وقد تفوت بالحبس أو المنع منها، كالدار والدابة ونحوهما، وأما إذا كانت العين لم توجد وإنما توجد في المآل كمشروع استثماري لم ينته بعد فهذا يمنع منه؛ لكون الربح فيه احتماليًا، حتى وإن كان تفويت الربح أو فرصة الربح محققة، ويدل على هذا مناقشتهم للمجيزين المستدلين بضمان منافع المغصوب.

ب- الترجيح:

بعد التأمل والدراسة تبين أن الرأي في هذه المسألة المهمة لا بد فيه من تفصيل؛ لاختلاف الحالات التي استقرأها الباحث من الوقائع المعروضة أمام القضاء، مع

استصحابه للأصول العامة وقواعد الشريعة الحاكمة في مثل هذه المسائل، مما أدى إلى أن تكون النتيجة التي توصل إليها الباحث منتظمة في الآتي:

١- أن الضابط المنضبط في التعويض عن الربح الفائت في غير الديون هو: أن يكون الربح الفائت مؤكداً وليس احتمالياً، وأن تتحقق أركان التعويض الثلاثة التي سبق ذكرها في تمهيد هذا البحث. فتعرض جميع الصور والوقائع على هذا الضابط، فما اتفق معه جاز التعويض عنه، وما لا فلا، وبه يعرف احتمالية الربح أو تأكده.

٢- أن الاختلاف قد يحصل للناظر أو من يتصدر لفصل الخصومات في معرفة ما إذا كان الربح في هذه الصورة محققاً ومؤكداً أم لا، فهو اختلاف في تحقيق المناط لا في أصل المسألة، والاختلاف في هذا سائغ وواقع، ويرتفع هذا الإشكال في النقطة الثالثة.

٣- أن صور التعويض عن الربح الفائت في غير الديون لا تخلو من حالات -حسب استطلاع الباحث للقضايا المعروضة أمام القضاء-، وفي كل هذه الحالات يظهر للباحث أن التعويض عن تفويت الربح في غير الديون جائز، ويختلف وصف الحكم لكل حالة على حدة، حسب مكن الربح ومحلّه، ولا يخلو الحال حسب هذا الاعتبار الأخير من الآتي:

أ- أن يكون محل الربح المدعى فواته -بسبب الفعل الضار- في أصل من الأصول والأعيان القائمة، كالعقار والسيارة ونحوهما، فهنا يجوز التعويض عن الربح الفائت فيها، سواءً كان الفعل الضار في صورة حبس العين بغير حق عن

مالكها، أو من يملك منفعتها، أو نتيجة الإخلال بشرط من الشروط التي يترتب على عدم الوفاء بها عدم الانتفاع من العين، أو أي فعل آخر يُقدره القضاء؛ إلحاقاً لهذه الحالة بقول من قال من الفقهاء بجواز ضمان منافع المغصوب -استغلالها الغاصب أو حبسها دون استغلال-.

قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ^(١): «الإتلاف نوعان: إعدام موجود، وتقويت لمعدوم انعقد سبب وجوده». وهذا تقويت. وتقويت الربح في غير الديون ملحق بالنوع الثاني من الإتلاف الذي ذكره أبو العباس ابن تيمية، وهو: تقويت المعدوم الذي انعقد سبب وجوده. وعليه فيكون التعويض هنا على وفق قاعدة الجوابر لا الزواجر، بحيث يراعى في تقدير التعويض أن يكون مساوياً للضرر الواقع، والمتمثل في فوات الربح، وتحقق المساواة بين الضرر والتعويض في طريقة التقدير التي يراها القضاء من حيث عدد المقدرين، ومتوسط التقدير، وكيفيته. وفي الأحكام القضائية الصادرة في مثل هذا المسألة مزيد إيضاح وتبيان.

ب- أن يكون محل الربح المدعى فواته -بسبب الفعل الضار- غير موجود حالاً، وإنما سيوجد في المستقبل، وهذا يُوجد كثيراً في عقود الاستثمار على اختلاف أنواعها وصورها، كالمستثمر الذي يستأجر أرضاً من المؤجر بعقدٍ طويل الأجل؛ بغرض القيام بمشروع معين، ويشترط على المؤجر شروطاً مؤثرة، بدون تحقيقها لن يتمكن المستأجر من إقامة مشروعه وسيتعطل بناء المشروع،

(١) الفتاوى الكبرى (٥/٤٠٦).

ويتضرر المستأجر بفوات الربح في المشروع بسبب الإخلال بالشرط، فهنا المشروع غير موجود، ولكن سيكون موجوداً في المآل - لو نفذ المؤجر ما التزم به -، فهنا يكون التعويض على وفق قاعدة الزواجر؛ لتعذر تقدير الربح من الخبر، والمثل قد لا يتحقق، وعليه فيكون التعويض هنا من قبيل التعزير المالي، فلا يشترط أن يكون التعويض مساوياً للربح الفائت، فهو عقوبة، والتعويض جاء على سبيل التبعة. وفي هذا صون لأموال الناس وحقوقهم من تلاعب ضعاف النفوس. والزجر بالمال - خصوصاً في قضايا الاستثمار - له من الوقع في نفوس المتلاعبين ما ليس لغيره. وهذا يتسق مع ما جاءت به نصوص الشريعة من تحريم الإضرار بالمسلم، وأن ماله معصوم، وتؤيده نصوص الشريعة الواردة في التعزير المالي.

٤- إذا التزم أحد المتعاقدين في عقد من العقود بأنه عند الإخلال بالتزاماته المنصوص عليها في العقد فإنه يتحمل التعويض عن الربح الذي فات بسبب إخلاله بالتزاماته المنصوص عليها في العقد فهنا يجوز التعويض حتى وفق قاعدة الجوابر؛ لأنه شرط على نفسه هذا الشرط مختاراً، و"من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه"^(١).

(١) وهذه القاعدة من قول القاضي شريح رَحِمَهُ اللهُ. ينظر: صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم وإذا قال: مائة إلا واحدة أو ثنتين (٣/ ١٩٨)، ومصنف عبد الرزاق (١٤٣٠٣)، كتاب البيوع، باب الشرط في الكراء (٨/ ٥٩)، وإعلام الموقعين (٥/ ٣٧٦).

المبحث الثالث

دراسة تحليلية لأحكام القضاء المتعلقة بالتعويض

عن الربح الفائت في غير الديون

المطلب الأول: أحكام القضاء العام في التعويض عن الربح الفائت في غير الديون:

بعد التتبع الفاحص لأكثر الأحكام الصادرة من القضاء العام في هذا الموضوع وجدت أنه قد استقرَّ القضاء فيه على عدم مشروعية التعويض عن الكسب الفائت في غير الديون، وجاءت هذه الأحكام مختلفة المناطات، ما بين ربح - في نظر القضاء - أنه غير مؤكد وأنه لا يعدو أن يكون احتمالاً، والتعويض عن الربح الفائت لا يكون إلا لربح مؤكد، وما بين أحكامٍ أطلقت الرفض، فالاجتهاد الأول من قبيل الاختلاف في المناط، والثاني رفضٌ للمبدأ من أساسه.

وقد صدر من المحكمة العامة بجدة الصك ذي الرقم (٣٨٢٤٣٦١٦) وتاريخ ١٤٣٨/٧/٢ هـ، وموضوعه: نزاع في تنفيذ عقد بين إحدى المؤسسات التجارية وأحد الأندية الرياضية في المملكة، حيث تدعي المؤسسة بأنها قد أبرمت مع المدعى عليه "النادي" عقد استثمار لممتلكات النادي ومرافقه وأجهزته وشعاره لمدة عشر سنوات، مقابل بطاقة تصدرها للجمهور باشتراك سنوي، وتحول البطاقة حاملها الاستفادة من النادي ومرافقه، وفق ما تحدده شروط البطاقة، وقيمة العقد بين المؤسسة والنادي مائة مليون ريال، تدفعها المؤسسة للنادي على عشر دفعات في

عشر سنوات، وقد ادعت المدعية أن النادي قد حال بينها وبين تنفيذ العقد بتخلف النادي عن الوفاء بالتزاماته، وقد طلبت المدعية التعويض عن الربح الذي فاتها؛ نتيجة إخلال المدعى عليه بالتزاماته المنصوص عليها في العقد الذي بينهما.

وقد جاء منطوق الحكم - فيما يخص محل الشاهد وهو التعويض عن الربح الفائت -: «وبما أن طلب المدعية عن التعويض عن الربح الفائت المتوقع طلب غير شرعي؛ لكون التجارة تقع بين الغنم والغرم، ومثل هذا لا يقدر ولا يصار إليه؛ لكي لا يكون وسيلة للتكسب الغير مشروع».

ويلاحظ من التعليل الذي ابتنى عليه الحكم عدم القناعة بالمبدأ، مع عدم اتساق التعليل مع الحكم وظروف الواقعة، وبالإطلاع على مجريات الوقائع يظهر أن ثمت أمور مؤثرة تعمد الطرف الآخر "النادي" ارتكابها؛ للتأثير على سريان العقد وتنفيذه، ومثل هذا يُعتبر تعدُّ من الطرف الآخر بمنعه عن اكتساب حقه المشروع والانتفاع به، وقد نص الفقهاء رَحْمَهُمُ اللَّهُ في مسائل على أن منع الحق من صاحبه انتفاعاً أو تصرفاً يأخذ حكم الغاصب^(١)، فلا يمكن في مثل هذا أن يُقال: إن التجارة دائرة بين الغنم والغرم، وإنما التسليم بهذا في حال السلامة، أما في حال التعدي والتعمد في تفويت الحقوق فتُغلب قواعد الشريعة والأصول العامة القطعية القاضية برفع الضرر بعد وقوعه، وجبره بما يتفق والضرر. ويمكن في مثل هذه الأحوال إن لم يقنع القاضي بمبدأ التعويض لعدم إمكانية التقدير - مع عدم التسليم - أن يقرر تعزيراً مالياً يكف المعتدي عن تقحم مثل هذه المسالك.

(١) ينظر: المغني (١٢/ ٤٤٠)، وكشاف القناع (٣/ ٢٣٩).

المطلب الثاني: أحكام القضاء الإداري في التعويض عن الربح الفائت في غير الديون:

بتبعية لأكثر الأحكام الصادرة عن محاكم ديوان المظالم "القضاء الإداري"^(١) في هذا الموضوع ظهر لي أن القضاء الإداري ليس على اجتهادٍ واحدٍ في مثل هذا الموضوع، بل يختلف الأمر فيه بين اجتهاد يرى جواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون، ويقابله اجتهاد يرى المنع منه بعبارة مطلقة من غير تقييد -مع أن واقع القضية يدل على إمكانية اعتبار الربح فيها مؤكداً-.

وهناك أحكام نصت على أن قضاء الديوان قد استقر على أن التعويض عن الربح الفائت لا يكون إلا إذا كان مؤكداً. ويختلف الباحث مع جملة من الأحكام في تحقق وصف الربح المؤكد من عدمه، وهذا الميدان -أعني: ميدان تحقيق المناط- يكون محل اختلاف وتجادب بين الناظرين، وهو اختلاف سائغ في الجملة. وقد ورد في إحدى توصيات ورشة العمل المنعقدة بمقر محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض بتاريخ ١٦ / ١٠ / ١٤٣٧ هـ المعنونة: بـ(دعاوى التعويض عن الأضرار المترتبة على المشاريع) في الفقرة السادسة من التوصيات: «عدم التعويض عن الربح الفائت والأضرار المحتملة وفوات المنفعة وفق المستقر عليه في قضاء ديوان المظالم؛ لأنها أضرار احتمالية ليست حالة ولا مباشرة، لكن قد يجوز التعويض عن الربح الفائت بشرط أن يكون ما فات المضرور من كسب أكيد، كما يجوز التعويض عن المنفعة الفائتة التي انعقد سبب وجودها».

(١) شمل استطلاع الباحث لأحكام الدوائر التجارية -أيضاً- في الحقبة التي كانت تحت مظلة ديوان المظالم، قبل أن تسلك تلك الدوائر إلى المحاكم التجارية في القضاء العام.

ويلاحظ في هذه التوصية إطلاق المنع من التعويض عن الربح الفائت في بدايتها، ووصفه بإطلاق بأنه احتمالي من غير منح القضاء سلطة التقدير في الاحتمالية أو التحقق للربح من عدمهما، وفي آخر التوصية استثنت الربح الفائت المؤكد في آخرها بصيغة التقليل (لكن قد...)!

أ- الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم ديوان المظالم في التعويض عن الربح الفائت في غير الديون:

١- الحكم الصادر برقم (٢٦/د/ف/٤٣) لعام ١٤٢٧هـ، وموضوعه: مطالبة المدعي جهة الإدارة بتعويضه الربح الفائت عن إغلاق محل مواد البناء الذي يملكه، مع إلغاء قرارات الغرامات المفروضة عليه، وجاء في تسبيب الحكم ما نصه: «وحيث إن من الأسباب الموجبة للضمان: الحيلولة بين الحق وصاحبه سواء كان عيناً أو منفعة، ولما كانت الحيلولة هي منع صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو يؤدي إلى الإضرار به في نفسه أو ماله بمنعه من رعايته أو حفظه، وإذ أخطأت المدعى عليها بإغلاق محل المدعي مما أدى إلى الحيلولة بينه وبين التصرف فيه بالالتجار والرعاية، وحيث رتب ضرراً على المدعي، وذلك بالخسارة الناتجة عن إغلاق المحل، مثل دفع أجرة المحل وأجرة العمال وفوات الأرباح المتحققة التي كان يحصل عليها أثناء عمل المحل، فإنه يتعين تعويض المدعي عن جميع تلك الأضرار التي لحقت به جراء إغلاق محله، وإذ لا مجال لجبر الضرر الناتج عن إغلاق المحل إلا بتعويضه تعويضاً مادياً، قياساً على الغصب، بجامع تعطيل

المنفعة وتفويتها، والاستيلاء عليها في كل منهما، ولما كان من المقرر فقهاً وقضاءً أن أمر تقدير التعويض متروك للقاضي المنوط به الحكم في الدعوى، ولا تثريب عليه باعتباره قاضي الموضوع؛ لكون ذلك مما يستقل به في حدود سلطته التقديرية بما لا معقب عليه في هذا الشأن ما دام تقديره عادلاً لا وكس فيه ولا شطط، وما لم يكن ثمة نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه، ولذا فإنه يجوز أن يُقضى بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التي حاقّت بالمضرور».

٢- ومن الأحكام التي صدرت بالتعويض عن الربح الفائت: الحكم الصادر من إحدى المحاكم التابعة لديوان المظالم برقم (٩٥/د/تج/٢/٢ لعام ١٤٣٤هـ) في الدعوى المتضمنة أن المدعي سبق أن اشترى من المدعى عليه جهاز بروجكتر بقيمة (٥٠٠,٠٠٠) ريال، ودفع من قيمته مبلغ (٤٠٠,٠٠٠) ريال، ثم أدخل الجهاز للصيانة لدى المدعى عليه، إلا أنها قامت بحجزه ورفضت تسليمه، فأصدرت الدائرة حكمها النهائي بإلزام المدعى عليها بأن تعيد الجهاز للمدعي، وتدفع للمدعي مبلغ (٢٥٠,٠٠٠) ريال، كتعويض عن فوات عرض مقدم للمدعي من قبل مؤسسة تجارية لاستئجار ذلك الجهاز لمدة سنة.

٣- ومن الأحكام الصادرة بالتعويض عن الربح الفائت: الحكم الصادر عن إحدى محاكم الديوان رقم (٤٦٧٠/٢/س لعام ١٤٣٦هـ)، حيث طالب المدعي بتعويضه عن الأضرار المتمثلة في خسارته المتحققة وفوات الربح؛ نتيجة قرار مكتب العمل بإغلاق محله، واستند مكتب العمل في إغلاق المحل إلى كون

صاحب المحل لم يقيم بتوظيف العنصر النسائي في محله لبيع الإكسسوارات النسائية، وفق القرار الوزاري الخاص ببرنامج نطاقات، وقد تبين للدائرة القضائية أن القرار الوزاري لم يتضمن عقوبة إغلاق المحل ضمن العقوبات المقررة، ولا عقوبة إلا بنص، كما نصت عليه المادة (٣٨) من النظام الأساسي للحكم، مما تنتهي معه الدائرة إلى استحقاق المدعي تعويضاً عما فاتته من الربح المتوقع؛ نتيجة قيام المدعي بتفويتها على المدعي بلا وجه حق. وقد لاحظت محكمة الاستئناف على هذا الحكم، ونقضت بكون القضاء استقرَّ على عدم التعويض عن الربح الفائت. ولكن الدائرة مصدرة الحكم تمسكت برأيها في التعويض عن الربح الفائت، وسببت بتسييبات مهمة نرى عرضها في النقاط الآتية:

- لم تسلم الدائرة مصدرة الحكم للاستئناف فيما أطلقه من كون القضاء قد استقر على عدم التعويض عن الربح الفائت، وبينت الدائرة -مصدرة الحكم- أن هناك عددًا من "الأحكام قضت بالتعويض عن الربح الفائت متى ما انعقد سبب وجوده وتوفرت شروطه، ومنها الحكم رقم...".

- القياس على الشرط الجزائي، والاستناد إلى قرار هيئة كبار العلماء الصادر فيه برقم (٢٥) وتاريخ ١٣٩٤/٨/٢١ هـ، جاء في تسييب الحكم ما نصه: «كما أن هيئة كبار العلماء أصدرت قرارها رقم (٢٥) وتاريخ ١٣٩٤/٨/٢١ هـ، المتضمن مشروعية الشرط الجزائي، فذكرت فيه ما نصه: وبتأمله -أي: الشرط الجزائي- يتضح أنه في مقابلة فوات منفعة غير محققة وقوعها، ولكن نظرًا إلى أن المخالفة

المرتبة على تفويت فرصة اكتساب المنفعة صارت أهم عائق لتفويتها اتجه القول بضمان هذه المنفعة، ومثل ذلك مسألة العربون، فإن المشتري يبذل مبلغاً من المال مقدماً عند تمام عقد الشراء على أن يكون له الخيار مدة معلومة، فإن قرر الشراء صار العربون جزءاً من الثمن، وإن قرر عدم الشراء صار العربون مستحقاً للبائع في مقابلة عدم تمكنه من عرض بضاعته للبيع بعد ارتباطه مع المشتري بعقد البيع المعلق. ووجه استحقاق العربون في حال عدول المشتري عن الشراء: أنه في مقابلة تفويت فرصة بيع هذه السلعة بثمن أكبر من ثمن بيعها على المشتري بيعاً معلقاً يتحمل العدول عنه».

ب- الأحكام التي وردت بالامتناع عن التعويض عن الربح الفائت - مع قابليتها في النظر أن تكون أرباحاً مؤكدة - فهي كثيرة، وهي الأغلب على أحكام المحاكم التابعة للديوان، مما يمكن أن يعطي انطباعاً باستقرار قضاء الديوان عليه، ومنها:

١- الحكم الصادر من أحد المحاكم التابعة للديوان المظالم برقم (١٣٧/١/٣ لعام ١٤٢٩ هـ)، ومضمون الدعوى: مطالبة المدعي عما تمت إزالته من الأراضي الشمالية من مزرعته، وما فاتته من ربح؛ جراء حرمانه من إتمام عقد الإيجار، وتجديده مع شركة مقاولات، وإلزامه بإعادة مبلغ الغرامة التي سبق أن دفعها. وقد ثبت للدائرة خطأ المدعى عليها في الإزالة؛ حيث استندت إلى حكم قضائي صادر في شأن أرض أخرى غير التي تمت عليها الإزالة. وقد امتنعت الدائرة عن الحكم للمدعي بما طلبه من التعويض عن الربح الفائت، وسببت حكمها: «بأن

ما يتعلق بطلبه "المدعي" الربح الفائت من عدم إتمام عقد الإيجار وتجديده مع إحدى الشركات فإن المنفعة لم يبق لها وجود بفوات العين، والمنفعة متجددة، وهي تابعة لبقاء العين، فلا يمكن التعويض عن المنفعة بعد زوالها؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.... يضاف إلى هذا كونه ربحاً محتملاً، فقد يقع وقد لا يقع، ولا عبرة بالمحتمل، وهو ما استقر عليه قضاء.

٢- جاء في الحكم الصادر عن إحدى محاكم الديوان برقم (٢٣/د/إ/١٥ لعام ١٤٢٨هـ)، ومضمون الدعوى: قيام المدعي بإبرام عقد مع المدعى عليها لاستئجار محال تجارية لمدة سنة واحدة، وبعد استئجاره لتلك المحلات تبين عدم وجود عدادات كهربائية ومشاكل فنية أخرى، وقد ثبت للدائرة القضائية تأخير المدعى عليها في إيصال التيار الكهربائي للمحال التجارية دون وجود سبب من قبل المدعي في ذلك التأخير. وطالب المدعي بدفع تعويض لقاء خسائره المادية، وتعويضه عما فاته من كسب، وقد حكمت الدائرة على المدعى عليه بإرجاع الأجرة إلى المدعي، وأعرضت عن الحكم له بالكسب الفائت، وسببت لذلك: «بأن المتعين أن التعويض إنما يكون عن الأضرار المتيقنة والمحقة، ولا مجال للتعويض عن الأضرار المحتملة. وعليه فلا وجه لتحميل المدعى عليها مسؤولية هذه الأضرار المحتملة».

٣- جاء في الحكم الصادر عن إحدى محاكم الديوان برقم (٥١/د/إ/١٠ لعام ١٤٢٨هـ)، ومضمون الدعوى: أن المدعي يُطالب الجهة الإدارية بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به جراء امتناع الجهة عن تجديد تصريحه لخدمة حجاج الداخل،

ويطالب المدعي بتعويضه عما فاتته من ربح بسبب ذلك، وقد ثبت للدائرة القضائية: خطأ الجهة في عدم منح المدعي التصريح؛ لعدم وجود نص يؤيد الامتناع، وقد التفتت الدائرة عن التعويض عن الربح الفائت الذي سببه هذا الخطأ، وسببت لهذا الحكم: بأنه «قد استقر قضاء ديوان المظالم على عدم التعويض عن الربح الفائت؛ لأنه أمر احتمالي، والتعويض إنما يكون عن ضرر محقق الوقوع غير محتمل ولا متوهم، والربح الفائت غير محقق الوقوع، وإنما هو محتمل، فلا يعوض عنه، وتقضي الدائرة برفض طلبه عنه».

٤- من الأحكام الواردة في رفض التعويض عن الربح الفائت: الحكم الصادر من إحدى محاكم الديوان رقم (١٧٩/د/تج/٣ لعام ١٤٢٧هـ)، ومضمون الدعوى: أن المدعى عليه قامت بإخراج المدعية قسرًا من البوفيه الذي تشغله من الباطن، وطالبت المدعية التعويض عن الأرباح الفائتة نتيجة الخطأ الذي ارتكبه المدعى عليها. وقد ثبت للدائرة ارتكاب المدعى عليها للخطأ في حق المدعية بطردها من الموقع دون حق، ومع ذلك أعرضت الدائرة عن طلب المدعية بالتعويض عما فاتها من ربح، وسببت لرفض الحكم بذلك: «بأن التعويض عن الربح الفائت غير جائز فقهيًا؛ لما رواه عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَلَا بَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانٌ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحٌ مَالٍ يَضْمَنُ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(١)».

(١) سبق تخريج الحديث، كما سبق الاعتراض على الاستدلال به في هذه المسألة، وذلك عند ذكر أدلة المانعين.

٥- ومن الأحكام الصادرة برفض التعويض عن الربح الفائت: الحكم الصادر من إحدى محاكم الديوان رقم (٧/د/ف/٣٠ لعام ١٤١٧هـ)، ومضمون الدعوى: أن المدعى عليها قامت بنقل "الحصادة" بطريقة عشوائية، ترتب على إثرها أضرار لحقت بها، وطالب المدعي: التعويض عما أصاب الحصادة من أضرار، وعما فاتته من ربح خلال العام الزراعي الذي لم تستخدم فيه. وقد ثبت للدائرة أن المدعى عليها لم تبذل العناية اللازمة للحفاظ على الحصادة أثناء نقلها، مما يعني: ثبوت ركن الخطأ، ولكن الدائرة مع هذا أعرضت عن الحكم بالتعويض عما فات المدعي من ربح؛ نتيجة خطأ المدعى عليها المتمثل في عدم العناية بنقل الآلة. وسببت الدائرة الالتفات عن هذا الطلب: «لكون المطالبة بالتعويض عن الربح الفائت لا يوجد ما يسنده شرعاً أو يؤيده نظاماً».

٦- وجاء في الحكم الصادر عن إحدى محاكم الديوان أيضاً برقم (٢١/د/إ/٩ لعام ١٤١٠هـ)، ومضمون الدعوى: ادعاء المدعي على المدعى عليه أن الأخير باع عليه بضاعة مقلدة "أشرطة من علامة سوني"، وقد طالبت المدعية إلزام المدعى عليها تعويضها عن الربح الفائت بعدد الأشرطة المقلدة التي باعها المدعى عليه. وقد ثبت للدائرة بيع المدعى عليه لبضائع عليها علامة مقلدة، ولكن أعرضت الدائرة عن طلب المدعي التعويض عن الربح الفائت، وسببت الدائرة لهذا الإعراض: «أن الربح يتعلق بالكسب والعمل والسعي، وهي آثار متوقعة، وقواعد الشريعة تأبى التعويض إلا عن الضرر المائل الواقع فعلاً الذي

يمكن تقويمه بالمال، أما المتوقع فلا تعويض فيه؛ لأنه معدوم وقت حدوث المخالفة، ولا قيمة للمعدوم، فلا يصح مقابله بهال».

هذه أمثلة لبعض الأحكام الصادرة من محاكم الديوان برفض الحكم بالتعويض عن الربح الفائت.

وقد وقف الباحث أثناء رصده وحصره لهذه الأحكام على حكم له بُعد أعمق مما نحن فيه، وهو حكم صادر من إحدى محاكم الديوان برفض تنفيذ حكم أجنبي؛ لكون الحكم اشتمل على تعويضات مقابل الضرر المعنوي والربح الفائت، وذلك في الحكم الصادر برقم (٢٠/د/ف/١٠/العام ١٤١٦هـ)، ومضمون الطلب الذي تقدم به طالب التنفيذ لتنفيذ الحكم الذي لصالحه: أن المدعية تحمل حكماً لصالحها صادر من محكمة دبي، ويتضمن إلزام المؤسسة المدعى عليها بأن تدفع للمدعية المبالغ المحكوم بها لصالحها، وهذه المبالغ هي عبارة عما فات المدعية من أرباح نتيجة عدم قيام المدعى عليها بشراء السيارات وقطع الغيار محل العقد المبرم بينهما. وقد رفضت الدائرة طلب تنفيذ الحكم، وسببت لهذا الرفض: «بأن الحكم بالربح الفائت والضرر المعنوي يوقع بأحد الطرفين الضرر بأكل ماله بلا سبب حق، بل لربح لم يتحقق، بل يتوقع حصوله، وقد عاجلت الشريعة الإسلامية جريمة الغصب والسرقة، ووضعت لها أحكاماً وعقوبات دون أي تعويض مالي يُضاف إلى المال المسروق أو المغصوب عند استيفائه، مع أن السارق والغاصب قد فوتا على صاحب الحق الربح المتوقع فيما

لو كان المال المسروق أو المغصوب في يده، وهذا يدل على أن مبدأ الربح الفائت لا تقره الشريعة الإسلامية. وحيث إنه من المسلم به أيضاً: أن استحقاق التعويض رهين بتوفر أركانه الثلاثة: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، وأنه يشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع وليس احتمالياً، وحيث إن الضرر الذي تدعيه المدعية وتطلب التعويض عنه هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، مما يجعله احتمالاً غير مؤكد، وهو الأمر الذي يتخلف معه ركن الضرر اللازم توافره لاستحقاق التعويض الذي اشتمل عليه الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه».

ومع تقديرنا للتسبب الذي سببت به الدائرة حكمها إلا أنه في نظر الباحث كان تسيباً غير دقيق، فالصور والفروع الفقهية التي كانت محل استدلال الدائرة وكذا طريقة نسبتها للفقهاء من غير تقييد لمذهب معين جاءت كلها غير دقيقة، بل مخالفة لما قرره فقهاء الشافعية والحنابلة من ضمان منافع المغصوب مما سبق ذكره في أدلة المجيزين.

كما أن هذا التسبب جاء مخالفاً للأصول القضائية من حيث امتناع الدائرة عن تنفيذ حكم نافذ في مسألة من مسائل الاجتهاد التي يسوغ مثله فيها، حيث حكمت الدائرة برفض الطلب مع كونه قد صدر فيه حكم، ولم يكن الحكم مخالفاً لحكم قد استقر في الشريعة منعه وانعقد الإجماع عليه، بل هو من المسائل التي هي محل للاجتهاد، وما كان كذلك فلا ينبغي أن تتضاد الأحكام في مثله؛ حيث المورد والمحل واحد، بحيث يتضاد الحكم الأخير الناشئ مع الحكم السابق المستقر.

ولا يُقال اعتراضاً على هذا: إن الدائرة لم تحكم، وإنما امتنعت من التنفيذ؛ وذلك لأن رفضها لتنفيذ الحكم الأجنبي يعتبر حكماً لفظاً ومعنى، فأما اللفظ: فقد نصت الدائرة على أنها: حكمت برفضها لطلب التنفيذ، وأما المعنى: فالحكم الأول "محل التنفيذ" هو حكمٌ بمشروعية التعويض عن الربح الفائت واستحقاقه، ومقتضى هذا الحكم وثمرته: تنفيذه والإلزام به، وأما الحكم الأخير "رفض التنفيذ" فهو رفض الحكم بالتعويض؛ لعدم مشروعيته واستحقاقه!

هذا ما تيسر إirاده هنا من الأحكام القضائية التي ورد النص فيها على الامتناع عن الحكم بالتعويض عن الربح الفائت في غير الديون.

ومن خلال دراستي لهذه الأحكام التي ذكرتها هنا وكذا الأحكام النظرية الأخرى التي كانت محل دراسة للباحث في هذا الموضوع أيضاً^(١) ظهر لي ما يلي:

١- أن أغلب الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء الإداري قد نصت على الامتناع عن التعويض عن الربح الفائت مطلقاً، ووصفته بأنه احتماليٌّ، وأنه لا يوجد في الشريعة ما يُسوغ الحكم بالتعويض عن الربح الفائت إذا كان احتمالياً، كما أنه لا توجد هناك من الصور والمسائل الفقهية ما يمكن إلحاق التعويض عن الربح الفائت في غير الديون بها، وكانت أغلب هذه الأحكام تنصُّ على أن قضاء الديوان قد استقرَّ على الامتناع عن الحكم بالتعويض عن الربح الفائت؛ لكونه

(١) ذكرت هنا بعضاً من الأحكام القضائية للاستشهاد بها، وليست هي الأحكام التي وقفت عليها أو بنيت عليها هذا البحث فقط، بل الأحكام التي جمعتها وجعلتها هي العينة التي أجريت عليها الدراسة قاربت مائة حكم، وحتى لا تطول صفحات البحث جمعت هذه الأحكام، وجعلتها في مسردٍ خاص بها في نهاية البحث من جملة الملاحق.

احتمالاً. ويظهر بهذا أن الخلاف بين الأحكام الصادرة بالتعويض والأحكام الواردة بالمنع إنما هو خلاف في تحقيق المناط، لا في أصل المسألة.

٢- أن الأحكام التي جاءت بالمنع من التعويض لم تفرق بين تحقق التفويت وبين ظنية الربح، فأناطت الأحكام الواردة بالمنع بالاحتمالية من غير تفريق، وأما القانونيون فقد فرقوا بين التفويت والربح من حيث القطعية والظنية، فبينوا أن التفويت قد يكون بسبب قطعي، وأن تصور ذلك ممكن، والواقع يدلُّ عليه، ولذا نصوا على أن التعويض عن الربح الفائت مشروع بهذا الاعتبار، وهو كون التفويت متحققاً وليس احتمالياً. وهناك فرق في الرتبة والأحكام بينهما، فالربح حتى نحكم بالتعويض عنه لا يشترط أن يكون قطعي التحقق، بل يُكتفى بوجود الظنية الغالبة لوجوده لو لم يحصل الخطأ المانع من تحققه، وعلى هذا جرى الفقهاء "المجيزون" في تضمين منافع المغصوب وإن لم ينتفع بها الغاصب مدة مكثها عنده، بخلاف التفويت فلا بد من ظهور التحقق فيه.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

وبعد:

فهذا عرض لأبرز نتائج هذا البحث:

- ١- المقصود بالتعويض عن الربح الفائت هو: ما ذهب على المضرور تحقيقه بسبب الإخلال بالالتزام، أو بسبب الفعل الضار، ولم يكن محله ديناً في الذمة. أو يقال: مال يُحكم به لصالح المضرور على المتسبب في تفويت الربح على وجه التعدي فيما لا يكون محله ديناً في الذمة.
- ٢- يقوم التعويض على ثلاثة أركان: الخطأ "أو التعدي بتعبير الفقهاء"، والضرر، والعلاقة السببية "أو الإفضاء بتعبير الفقهاء".
- ٣- القاعدة العامة في معظم الأنظمة والقوانين الوضعية: أن التعويض عن الضرر يقوم على عنصرين أساسيين مهمين:
 - أ- ما لحق المضرور من خسارة.
 - ب- وما فاته من كسب.
 فالقانون لا يمنع أن يُعتبر الكسب الفائت عنصراً من عناصر التعويض، وهو ما كان المضرور يأمل في الحصول عليه إذا توفرت شروط استحقاقه.

٤- لم يتكلم الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ عن مسألة التعويض عن الربح الفائت في غير الديون، وبتتبع الباحث للدراسات الفقهية المعاصرة والأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام والقضاء الإداري ظهر أن الخلاف في هذه المسألة يمكن أن يكون على رأيين:

الرأي الأول: عدم جواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون. وذهب إلى هذا الشيخ علي الخفيف، وعليه استقر القضاء العام في المملكة العربية السعودية، وبعض الدوائر القضائية في القضاء الإداري.

الرأي الثاني: جواز التعويض عن الربح الفائت في غير الديون إذا كان محققاً ومؤكداً. وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، واختاره الشيخ مصطفى الزرقا والأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي رَحِمَهُمُ اللَّهُ والشيخ عبد الله بن منيع، وأخذت بهذا الرأي بعض الدوائر القضائية في القضاء الإداري في المملكة.

٥- استقرَّ القضاء العام على عدم مشروعية التعويض عن الكسب الفائت في غير الديون، وجاءت هذه الأحكام مختلفة المناطق، ما بين ربح - في نظر القضاء - أنه غير مؤكد، وأنه لا يعدو أن يكون احتمالياً، والتعويض عن الربح الفائت لا يكون إلا لربح مؤكد، وما بين أحكامٍ أطلقت الرفض، فالاجتهاد الأول من قبيل الاختلاف في المناط، والثاني رفضٌ للمبدأ من أساسه.

٧- جاءت أغلب الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء الإداري بالنص على الامتناع عن التعويض عن الربح الفائت مطلقاً، ووصفته بأنه احتماليٌّ.

مسرد بالأحكام القضائية التي رجع إليها الباحث الصادرة من محاكم القضاء العام وديوان المظالم:

رقم الحكم	الجهة المصدرة للحكم
(٣٨٢٤٣٦١٦ وتاريخ ٢/٧/١٤٣٨هـ)	المحكمة العامة بجدة
(٢٦/د/ف/٤٣ لعام ١٤٢٧هـ)	ديوان المظالم
(٩٥/د/تج/٢/٢ لعام ١٤٣٤هـ)	ديوان المظالم
(٤٦٧٠/٢/س لعام ١٤٣٦هـ)	ديوان المظالم
(١٣٧/١/٣ لعام ١٤٢٩هـ)	ديوان المظالم
(٢٣/د/١/١٥ لعام ١٤٢٨هـ)	ديوان المظالم
(٥١/د/١/١٠ لعام ١٤٢٨هـ)	ديوان المظالم
(١٧٩/د/تج/٣ لعام ١٤٢٧هـ)	ديوان المظالم
(٧/د/ف/٣٠ لعام ١٤١٧هـ)	ديوان المظالم
(٢١/د/١/٩ لعام ١٤١٠هـ)	ديوان المظالم
(٢٠/د/ف/١٠ لعام ١٤١٦هـ)	ديوان المظالم
(٢١/٢/ف/١٢ لعام ١٤١٤هـ)	ديوان المظالم
(٦٥/د/تج/٢ لعام ١٤٢٠هـ)	ديوان المظالم
(٣٦/د/تج/٢/٢ لعام ١٤٣٤هـ)	ديوان المظالم
(١٥٨٦٠/١/ق لعام ١٤٣٦هـ)	ديوان المظالم

رقم الحكم	الجهة المصدرة للحكم
(٩٣٩/١/ق لعام ١٤٣٥هـ)	ديوان المظالم
(٣٧٠/تج/٣/٣ لعام ١٤٣٥هـ)	ديوان المظالم
(٣٠٢/د/١/١٠ لعام ١٤٣١هـ)	ديوان المظالم
(٩٢/د/١/٥ لعام ١٤٢٩هـ)	ديوان المظالم
(٧/د/ف/٣٠ لعام ١٤١٧هـ)	ديوان المظالم
(٢٦٤/د/تج/١٠ لعام ١٤٣٠هـ)	ديوان المظالم
(٢٢٨/٢٠/٢ لعام ١٤٣٢هـ)	ديوان المظالم
(٢٦/د/تج/٤ لعام ١٤٣٣هـ)	ديوان المظالم
(١٠١/د/تج/٣٠ لعام ١٤٣٢هـ)	ديوان المظالم
(١١١/د/١/٣٣ لعام ١٤٢٩هـ)	ديوان المظالم
(٥٣/د/تج/٣/٢ لعام ١٤٣٥هـ)	ديوان المظالم
(٢٣/د/١/١٥ لعام ١٤٢٨هـ)	ديوان المظالم
(٥٩/د/١/٩ لعام ١٤٢٨هـ)	ديوان المظالم
(٦٢/د/١/١١ لعام ١٤٢٧هـ)	ديوان المظالم
(٨٨/د/تج/١٢ لعام ١٤٢٥هـ)	ديوان المظالم

فهرس المصادر والمراجع

- ١ - أحكام القرآن، تأليف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ٢ - أحكام القرآن، تأليف: علي بن محمد بن علي الطبري المعروف بالكنيا الهراسي الشافعي (ت: ٥٠٤هـ)، تحقيق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
- ٣ - أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تأليف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
- ٤ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ٥ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تأليف: جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي (ت: ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- ٦ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

- ٧- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تأليف: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت.
- ٨- الأم، تأليف: محمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- ٩- إمتاع الفضلاء بتاريخم القراء فيما بعد القرن الثامن الهجري، تأليف: إلياس بن أحمد حسين الشهير بالساعاتي، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- ١٠- أنوار البروق في أنواء الفروق، تأليف: أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، دار عالم الكتب.
- ١١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، بدون تاريخ.
- ١٢- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، تأليف: محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ١٣- البرهان في أصول الفقه، تأليف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، تحقيق: أ. د. عبد العظيم الديب، دار الأنصار، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.
- ١٤- بهجة الناظرين إلى تراجم المتأخرين من الشافعية البارعين، تأليف: محمد بن أحمد بن عبد الله الغزي العامري الشافعي (ت: ٨٦٤هـ)، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

١٥- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تأليف:

محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٦- التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم،

أبو عبد الله المواق المالكي (ت: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.

١٧- التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تأليف: علاء الدين علي بن سليمان

المرداوي (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين ود. عوض القرني ود. أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

١٨- تحفة المحتاج في شرح المنهاج "ومعه حاشيتا الشرواني والعبادي"،

تأليف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت: ٩٧٤هـ)، تحقيق: لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ١٣٥٧هـ.

١٩- تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي تأليف: محمد بن

عبدالله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، دراسة وتحقيق: د. سيد عبد العزيز ود. عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

٢٠- التعريفات، تأليف: علي بن محمد الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ) دار

الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

- ٢١- التعويض عن الربح الفائت في النظام الإداري السعودي وتطبيقاته القضائية، تأليف: د. عبد الفتاح محمد أبو اليزيد الشرقاوي، مجلة كلية الشريعة والقانون، فرع جامعة الأزهر بطنطا، تاريخ العدد ١١ / ٧ / ٢٠١٦ م.
- ٢٢- التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، تأليف: محمد بن المدني بوساق، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الثانية، ١٤٢٨ هـ.
- ٢٣- التعويض عن تفويت الفرصة في ضوء أحكام القضاء الإداري، تأليف: حمدي أبو النور، مجلة المنار، ٢٠١٣ م.
- ٢٤- التعيين في شرح الأربعين، تأليف: سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي (ت: ٧١٦ هـ)، تحقيق: أحمد حاج محمد عثمان، مؤسسة الريان، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.
- ٢٥- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تأليف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢ هـ)، علق عليه واعتنى به: أبو عاصم حسنين عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ.
- ٢٦- التلقين في الفقه المالكي، تأليف: عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت: ٤٢٢ هـ)، تحقيق: محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
- ٢٧- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، تأليف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت: ٧٤٨ هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ.

- ٢٨- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، تأليف: محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (ت: ٧٤٤هـ)، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الحباني، أضواء السلف، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- ٢٩- تهذيب اللغة، تأليف: محمد بن أحمد الأزهرى (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- ٣٠- جامع الأمهات، تأليف: ابن الحاجب الكردي المالكي.
- ٣١- الجامع الصحيح "وهو: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه"، تأليف: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، تشرف بخدمته والعناية به: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- ٣٢- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، تأليف: زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي ابن رجب الحنبلي، حققه: شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
- ٣٣- الجامع لأحكام القرآن، تأليف: محمد بن أحمد القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، حققه: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة - مصر، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
- ٣٤- جواز إلزام المدين الماثل بتعويض الدائن، تأليف: الشيخ مصطفى الزرقا، مقال منشور في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، العدد الثاني، المجلد الثاني، ١٤٠٥هـ.

٣٥- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تأليف: عبد القادر بن محمد القرشي الحنفي (ت: ٧٧٥هـ)، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٣٦- الجواهر النقي على سنن البيهقي، تأليف: علاء الدين علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني، الشهير بابن التركماني، دار الفكر.

٣٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر.

٣٨- حاشية الشلبي على تبين الحقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.

٣٩- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، تأليف: حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (ت: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية.

٤٠- الحسبة في الإسلام، تأليف: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.

٤١- خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، تأليف: محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي (ت: ١١١١هـ)، دار صادر، بيروت.

٤٢- درر الأحكام شرح غرر الأحكام، تأليف: محمد بن فراموز بن علي الشهير بملا خسرو (ت: ٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية.

٤٣- دفع المسؤولية المدنية وتطبيقاتها القضائية، تأليف: د. محمد الدوسري، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ.

٤٤ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تأليف: ابن فرحون المالكي (ت: ٧٩٩هـ)، تحقيق وتعليق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة - مصر.

٤٥ - الذخيرة، تأليف: أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٤٦ - الذيل على طبقات الحنابلة، تأليف: زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد الحنبلي (ت: ٧٩٥هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة - مصر، ١٣٧٢هـ.

٤٧ - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبو حنيفة، تأليف: محمد أمين بن عمر عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٤٨ - روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٤٩ - زاد المعاد في هدي خير العباد، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن قيم الجوزية، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ومكتبة المنار الإسلامية، الطبعة السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ.

- ٥٠- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تأليف: أبي منصور محمد الأزهرى الهروي (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد السعدني، دار الطلائع.
- ٥١- سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، تأليف: محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، حققه وخرج أحاديثه وضبط نصه: محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.
- ٥٢- السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة، تأليف: محمد بن عبد الله بن حميد النجدي الحنبلي، حققه وقدم له وعلق عليه: بكر أبو زيد وعبد الرحمن العثيمين، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- ٥٣- سنن ابن ماجه، تأليف: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية وفيصل عيسى البابي الحلبي.
- ٥٤- سنن أبي داود، تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
- ٥٥- سنن الترمذي، تأليف: محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت: ٢٧٩هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- ٥٦- سنن الدارقطني، تأليف: علي بن عمر الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط وحسن شلبي وجمال عبد اللطيف، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٥٧- السنن الكبرى، تأليف: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٥٨- السنن الكبرى، تأليف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٥٩- سنن النسائي، تأليف: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: أبو عبيدة مشهور حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

٦٠- سير أعلام النبلاء، تأليف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت: ٧٤٨هـ)، أشرف على تحقيق الكتاب وخرج أحاديثه: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.

٦١- شرح الزرقاني على موطأ مالك، تأليف: سيدي محمد الزرقاني، الطبعة الأخيرة، ١٣١٠هـ.

٦٢- شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، تحقيق وتخريج: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

٦٣- شرح السنة، تأليف: الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، تحقيق: زهير الشاويش وشعيب الأرناؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ.

٦٤- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، وبهامشه تعليق: أحمد محمد الصاوي المالكي، خرج أحاديثه: الدكتور مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، ١٩٨٦ م.

٦٥- الشرح الكبير على مختصر خليل، تأليف: أحمد الدردير (ت: ١٢٠١ هـ)، دار الفكر.

٦٦- شرح مختصر خليل للخرشي، تأليف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (ت: ١١٠١ هـ)، دار الفكر للطباعة، بيروت - لبنان.

٦٧- الصحاح وتاج اللغة وصحاح العربية، تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري (ت: ٣٩٣ هـ)، حققه: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة، ١٩٩٠ م.

٦٨- الضرر في الفقه الإسلامي، تأليف: د. أحمد موافي، دار ابن القيم، الطبعة الثانية، ١٤٢٩ هـ.

٦٩- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، تأليف: د. محمد سراج، دار المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ.

٧٠- ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، تأليف: د. سليمان محمد أحمد، مكتبة وهبة، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

٧١- الضمان في الفقه الإسلامي، تأليف: علي الخفيف، دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م.

٧٢- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تأليف: محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

٧٣- العدة شرح العمدة، تأليف: عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (ت: ٦٢٤هـ)، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٤هـ.

٧٤- العقود الدرية من مناقب شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، تأليف: محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن يوسف الدمشقي الحنبلي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكاتب العربي، بيروت.

٧٥- علاقة السببية في قانون العقوبات، تأليف: د. محمود نجيب، دار النهضة العربية، تاريخ النشر، ١٩٨٢م.

٧٦- غاية الوصول في شرح لب الأصول، تأليف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتب العربية الكبرى، مصر.

٧٧- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، تأليف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦هـ)، المطبعة الميمنية.

- ٧٨- غريب القرآن، تأليف: أبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (ت: ٢٧٦هـ)، تحقيق: أحمد صقر، دار الكتب العلمية، ١٣٩٨هـ.
- ٧٩- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، تأليف: أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي (ت: ١٠٩٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٨٠- الفتاوى الكبرى، تأليف: ابن تيمية، تحقيق وتعليق وتقديم: محمد ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ٨١- فتح الغفار بشرح المنار، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، تاريخ النشر: ١٣٥٥هـ.
- ٨٢- الفروع، تأليف: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، "ومعه تصحيح الفروع تأليف: المرداوي، وحاشية ابن قندس على الفروع"، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ودار المؤيد، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
- ٨٣- الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، تأليف: الأستاذ مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ١٤٠٩هـ.
- ٨٤- القاموس القانوني الثلاثي، تأليف: موريس نخلة، د. روجيه البعلبكي وصلاح مطر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤١٦هـ.

٨٥- القواعد النورانية الفقهية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: د. أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٨٦- الكافي في فقه الإمام أحمد، تأليف: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي (ت: ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٨٧- الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

٨٨- كتاب العين، تأليف: الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت: ١٧٠هـ)، ترتيب وتحقيق: د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

٨٩- كشف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

٩٠- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تأليف: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، دار الكتاب الإسلامي. بدون معلومات.

- ٩١ - كفاية النبيه في شرح التنبيه، تأليف: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري المعروف بابن الرفعة (ت: ٧١٠هـ)، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- ٩٢ - لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن علي ابن منظور (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
- ٩٣ - المبدع شرح المقنع، تأليف: برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٩٤ - المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت - لبنان ١٤٠٩هـ.
- ٩٥ - مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تأليف: أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي (ت: ١٠٣٠هـ) دراسة وتحقيق: د. محمد أحمد سراج ود. علي جمعة محمد، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ٩٦ - مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية - السعودية، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- ٩٧ - محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، تأليف: د. سليمان مرقس، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.

- ٩٨- المحكم والمحيط الأعظم في اللغة، تأليف: علي بن إسماعيل بن سيده (ت: ٤٥٨هـ)، حققه: عبد الستار أحمد فراج، معهد المخطوطات بجامعة الدول العربية، الطبعة الأولى، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- ٩٩- المخصص، تأليف: أبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- ١٠٠- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، تأليف: علي بن سلطان محمد الملا الهروي القاري، دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ١٠١- المستدرك على الصحيحين، تأليف: محمد بن عبد الله بن محمد الحاكم (ت: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- ١٠٢- المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمعه ورتبه: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (ت: ١٤٢١هـ)، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ١٠٣- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: أحمد بن محمد بن حنبل (ت: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وعادل مرشد وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

- ١٠٤ - المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، تأليف: د. محمد فوزي فيض الله، رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون -، ١٣٨٢ هـ.
- ١٠٥ - المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، تأليف: د. سيد أمين محمد، بدون دار نشر، القاهرة، تاريخ النشر: ٢٠٠١ م.
- ١٠٦ - المسؤولية التقصيرية في منظور الفقه الإسلامي، تأليف: د. محمد المرزوقي، مكتبة التوبة، الطبعة الثانية، ١٤٣٩ هـ.
- ١٠٧ - المسؤولية المدنية بوصفها جانباً من الضمان في الفقه الإسلامي، تأليف: د. محمد شتا أبو سعد، بحث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (٦) لشهر محرم، ١٤١٣ هـ.
- ١٠٨ - المصنف، تأليف: عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (ت: ٢١١ هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ.
- ١٠٩ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة الرحيباني مولداً (ت: ١٢٤٣ هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- ١١٠ - مطل الغني وأنه يحل عرضه وعقوبته، تأليف: الشيخ عبد الله بن منيع، منشور ضمن مجموع فتاوى وبحوث الشيخ، إعداد: سعد السعدان، دار العاصمة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ.

- ١١١ - معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، تأليف: أ. د. نزيه حماد، دار القلم، دمشق - سورية، الطبعة الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
- ١١٢ - معجم مصطلحات الشريعة والقانون، تأليف: د. عبد الواحد كرم، دار الكتب القانونية، تاريخ النشر، ١/١/٢٠١٣ م.
- ١١٣ - المغني شرح مختصر الخرقي، تأليف: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت: ٦٢٠ هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض - السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٧ هـ.
- ١١٤ - مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.
- ١١٥ - المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تأليف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت: ٨٨٤ هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.
- ١١٦ - الماطلة في الديون دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، تأليف: د. سليمان الدخيل، طبعة دار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ.
- ١١٧ - المنشور في القواعد الفقهية، تأليف: بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤ هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

- ١١٨ - منح الجليل شرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (ت: ١٢٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ١١٩ - الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٤-١٤٢٧هـ.
- ١٢٠ - موطأ الإمام مالك، تأليف: مالك بن أنس الأصبحي المدني (ت: ١٧٩هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف ومحمود خليل، مؤسسة الرسالة، ١٤١٢هـ.
- ١٢١ - الموطأ، تأليف: إمام دار الهجرة مالك بن أنس، "رواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي"، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ.
- ١٢٢ - المؤيدات الشرعية لحمل المدين الماثل على الوفاء، ضمن مجموعة أبحاث بعنوان: دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي، تأليف: أ. د. نزيه حماد، دار الفاروق، الطائف، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
- ١٢٣ - نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأمل في تخريج الزيلعي، تأليف: عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، حققه: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ودار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

- ١٢٤ - نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانوني دراسة تأصيلية مقارنة، تأليف: د. عبد اللطيف القرني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م.
- ١٢٥ - نظرية الضمان، تأليف: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٩هـ.
- ١٢٦ - النظرية العامة للالتزامات، تأليف: د. جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م.
- ١٢٧ - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، تأليف: صبحي المحمصاني، دار العلم للملايين، الطبعة الثانية، ١ / ١ / ١٩٨٣م.
- ١٢٨ - نفائس الأصول في شرح المحصول، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- ١٢٩ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، تأليف: محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: ١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ١٣٠ - نهاية المطلب في دراية المذهب، تأليف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، حققه وصنع فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

١٣١- النور السافر عن أخبار القرن العاشر، تأليف: عبد القادر بن شيخ بن عبد الله العيدروس (ت: ١٠٣٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

١٣٢- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تأليف: محمد علي الشوكاني، حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وآثاره وعلق عليه: محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

١٣٣- الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية "شرح حدود ابن عرفة"، تأليف: محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع المالكي (ت: ٨٩٤هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.

١٣٤- الهداية شرح بداية المبتدي، تأليف: برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

١٣٥- واجبات العمال وحقوقهم في الشريعة الإسلامية مقارنة مع قانون العمل الفلسطيني، تأليف: سمير محمد جمعة العواودة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، تاريخ النشر: ١٤٣١هـ.

١٣٦- الوافي بالوفيات، تأليف: صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (ت: ٧٦٤هـ)، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت - لبنان، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١٣٧ - الوسيط في القانون المدني الجديد، تأليف: د. عبد الرزاق السنهوري،

منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠م.

١٣٨ - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تأليف: أبي العباس أحمد بن

محمد بن أبي بكر بن خلكان (ت: ٦٨١هـ)، حققه: إحسان عباس، دار صادر،

بيروت - لبنان، ١٩٦٨م.



فُضَاء
الجمعية العلمية القضائية
بالتعاون مع

الحكم في التعارض بين التعيين والتقدير في الوصية

إعداد

د. عبد الله بن منصور الغفيلي

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء



فضاء

المكتبة الوطنية
البحرانية



مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله.

أما بعد:

فقد اعتنت الشريعة بأحكام التعاملات في الحياة كما عנית بها بعد الوفاة، فعقد الفقهاء كتاباً للوصايا سطوراً فيه مسائلها وحدوداً ضوابطها، ثم نزلت نوازل تتابع المعاصرون على حل مشكلاتها، وتفتيت معضلاتها، وقد كان منها ما استكتبت فيه من المؤسسة العلمية الرائدة "هيئة كبار العلماء" - في بلادنا المباركة، حفظها الله منارة للعلم والهدى -، وكانت المسألة في اختلاف التقدير عن التعيين في الوصية الصادرة من الموصي، ومحمل لفظ الموصي ومشموله عند تعيين الثلث ببعض أملاكه، فقد يزيد المال المعين عن مقدار الثلث وقد ينقص، كما سنبينه في صورة المسألة، وهي مسألة دقيقة لم أقف عليها في كتاب متقدم ولا متأخر، لذا توجهت في البحث للتركيز والاختصار والتخريج متجنباً كثيراً من المقدمات أو الاستطرادات، متبعاً ذلك بسبر الأحوال وتقسيمها، وبيان الحكم في كل منها، مستمداً التسديد والتيسير من العليم الحكيم القدير، وهو المستعان وعليه التكلان، وكمله الله بالقبول، وغفر للباحث الزلل، وأصلح له وللقارئ القول والعمل.

أهمية الموضوع:

تكمُن أهمية الموضوع في عدة أسباب، منها:

- ١ - كونها مسألة نازلة يحتاجها كثير من الناس لاسيما من الموصين والموصيات.
- ٢ - خلو المكتبة الفقهية من بحث في المسألة.
- ٣ - تعلق المسألة ببراءة ذمة الميت من حق الله وحق الخلق.
- ٤ - تفاوت الأحكام والصور في المسألة مما يستدعي بيانها.

الدراسات السابقة:

بعد الاطلاع على فهارس المكتبات الجامعية والمركزية والبحث على شبكة المعلومات وأدلة البحث لم أقف على من تناول هذه المسألة في بحث مستقل أو ضمّنها بحثاً آخر.

خطة البحث:

اشتمل البحث على ما يلي:

تمهيد بالتعريف بالوصية وحكمها ومق دارها.

المبحث الأول: التعيين في الوصية وأثره.

المبحث الثاني: الوقت المعتبر في تقدير العين الموصى بها وأثر ذلك.

المبحث الثالث: حكم اختلاف تعيين الموصى به عن تقديره المنصوص عليه

بالثلث. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: صورة المسألة.

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع.

المطلب الثالث: إذا كانت العين الموصى بها أقل من الثلث.

المطلب الرابع: إذا كانت العين الموصى بها أكثر من الثلث.

الخاتمة.

منهج البحث:

١ - تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها "إن احتاجت المسألة إلى تصوير".

٢ - إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليله -إن وجد- مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

٣ - إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبعها ما يلي:

أ - تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.

ب - ذكر الأقوال في المسألة وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهيّة.

ج - الاقتصار على المذاهب المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك بها مسلك التخريج.

د - توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

- هـ - استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها مناقشات، وما يجاب به عنها أذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.
- و - الترجيح مع بيان سببه وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.
- ٤ - الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية.
- ٥ - التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.
- ٦ - تجنب ذكر الأقوال الشاذة.
- ٧ - العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.
- ٨ - ترقيم الآيات وبيان سورها مضبوطة بالشكل.
- ٩ - تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما -، فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منها أو من أحدهما.
- ١٠ - تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.
- ١١ - التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.
- ١٢ - توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.
- ١٣ - العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء، وعلامات الترقيم.
- ١٤ - ذكر خاتمة متضمنة لأهم النتائج والتوصيات.
- ١٥ - إتباع البحث بفهارس المراجع والمصادر.

تمهيد

في تعريف الوصية وحكمها ومق دارها

تطلق الوصية ويراد بها عند الفقهاء: التملك المضاف إلى ما بعد الموت بالتبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع^(١).

وهي مشروعة بالكتاب، كما في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُنْفِقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

والسنة دالة على مشروعيتهما، كما جاء عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ». رواه البخاري^(٢).

والإجماع منعقد على استحباب الوصية لغير وارث من ثلث التركة^(٣)، فإن زادت عن الثلث كانت موقوفة على إجازة الورثة^(٤)، فإن أجازوها نفذت، وإلا لم

(١) الدر المختار ورد المحتار (٥/ ٤٥٧)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٥٧٩)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٨)، وكشاف القناع (٤/ ٣٣٦)، الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة: "وصية" (ج ٤٣).

(٢) صحيح البخاري، رقم: (٢٧٣٨).

(٣) نقل الإجماع جمع من أهل العلم. انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٧٦)، والمغني (٨/ ٣٩٠)، والإقناع في مسائل الإجماع (٢/ ٧٥)، وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (٤/ ٤٢٣).

(٤) وهذا مذهب جماهير العلماء كما أشار إليه ابن قدامة بقوله: «وجملة ذلك: أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة، وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم، فإن أجازوه جاز، وإن ردوه بطل في قول جميع العلماء». المغني (٨/ ٤٠٤)، وانظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٨/ ٢٠٧)، والتلقين في الفقه المالكي (٢/ ٢١٨)، والحاوي الكبير (٨/ ٢١٣)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٧/ ١٨٣).

ينفذ منها إلا الثلث، سواء كانت الوصية ملكاً معيناً أو مشاعاً؛ لأن الحق لهم، فمتى تنازلوا عن حقهم بالإجازة كان ذلك تبرعاً منهم.

ومما يؤكد مشروعية الوصية ما اقتضاه الكرم الإلهي والرحمة منه بالعباد أن فتح لهم أبواباً من الخير تبقى لهم بعد موتهم، يجري لهم الأجر منها حين انقطاع العمل، فشرع لهم الوصية بالتبرع بأموالهم به في وجوه الخير وسبل المعروف، بما لا يجاوز الثلث، ومن لفظة الثلث شاع في بعض المجتمعات إعلان الوصية وإشهارها بلفظ: الثلث أو "ثُلُثي"، مما سبب الإشكال واللبس لدى كثير من أهل الاختصاص والشأن في تحديد المراد بمثل تلك الصيغة، كما سنبينه في صورة المسألة - بعون الله -.

المبحث الأول حكم التعيين في الوصية وأثره

المراد بالوصية بالمعين هنا: التنصيب على التبرع بعين معلومة غير مشاعة.
وليس التعيين في الوصية شرطاً لجوازها أو صحتها؛ لما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما سأل النبي صلى عليه وسلم: «أيتصدق بثلثي ماله؟ فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لا، فقال سعد: فالشطر؟ فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لا، قال سعد: فالثلث، قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الثلث، والثلث كثير»^(١).
والشاهد منه: أن الثلث جزء مشاع لا معين، وعليه يخرج كلام الفقهاء في الوصية بالمشاع^(٢).

(١) رواه البخاري، رقم: (٢٧٤٤)، ومسلم، رقم: (١٦٢٨).

(٢) كقولهم في باب الوصية بالمشاع: «أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا أوصى للرجل بثلث جميع ماله فهلك من المال شيء أن الذي تلف يكون من مال الورثة والموصى له بالثلث». الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٤/٤٣١).

و«تجوز بما يخص الميت كالوكالة نحو الوصية بالثلث أو العتق أو بشيء في السبيل». الذخيرة للقرافي (٧/١٦٠).

و«تجوز الوصية بالمشاع والمقسم؛ لأنه تمليك جزء من ماله، فجاز في المشاع والمقسم كالبيع». المهذب (١/٥٩٠).

«ولا يلزم إلا الثلث، كما في الوصية بالمشاع». روضة الطالبين وعمدة المفتين (٦/١١١).

«ولا بد من معرفة الوارث قدر الزائد على الثلث وقدر التركة إن كانت الوصية بمشاع، لا معين، فلو جهل أحدهما لم يصح». إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (٣/٢٤٦).

كما أن الوصية تصح بمعين أيضاً باتفاق الفقهاء^(١)، ويدل لذلك ما روي عن عبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «**أنه أوصى بحديقة معينة لأمهات المؤمنين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم جميعاً**»^(٢).

وهذا التعيين يكون بالإشارة مع حضوره، أو بصفات كاشفة تميز هذا المعين عن غيره^(٣).

وإذا كانت الوصية لمعين والموصى له معين أيضاً فهنا يجب إعطاء الموصى له عين الوصية، ولا يحق لغيرهم تملكه أو مساومة الموصى له أو جعله مشاعاً^(٤). وكذا إذا كانت الوصية معينة لكن لغير معين كأهل البلد أو فقراء المدينة تنفذ الوصية على ما أوصى به الموصي، ولا تغير ولا تبدل^(٥)؛ لنص الآية: ﴿فَمَنْ

بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنفَاهُ إِنَّمَا عَلَى الَّذِينَ يَبْدِلُونَهُ﴾ [البقرة: ١٨١].

(١) الفتاوى الهندية (٤٤٦/٦)، والمدونة (٣٢٧/٤)، والأُم (١١١/٤)، والمغني (١٥٤/٦).

(٢) رواه الترمذي، رقم: (٣٧٥٠)، وقال: «حسن غريب». وصححه الألباني. واستدل به ابن حزم في المحلى (٣٥٥/٨).

(٣) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني (٢٦٠/٨).

(٤) ينظر: الأُم (١١١/٤)، والمنتقى (١٦٣/٦)، والمغني (١٥١/٦).

(٥) ينظر: ما سبق، والمعيان العرب والجامع المغرب (٤٢٦/٩)، ونصه: «وقد أجمعت الأمة أن الوصية إذا كانت بالثلث أو أقل لغير وارث إذا لم يقصد مضارة الورثة تنفذ، فإذا لم يقض عليهم بالتنفيذ بل كان موقوفاً على اختيارهم ورضاهم كان ذلك تمكيناً لهم من رد الوصية، والإجماع على خلافه، ولا أعلم في المذهب بل ولا في غيره قولاً بالفرق بين أن يكون الموصى له معيناً أو مجهولاً. وقد قال في المدونة: "إن هذه الوصية يحاص بها أهل الوصايا عند ضيق الثلث". ولا أعلم أيضاً في ذلك خلافاً».

ومما يترتب على التعيين عند الفقهاء للوصية: ذهابها على الموصى له إذا هلك أو تلفت قبل موته، بخلاف ما لو كانت مشاعة، قال مالك: «من أوصى له بعد فمات العبد فلا حق له في مال الميت. وقال غيره: لأن المال إنما ينظر إليه يوم ينظر في الثلث، فما مات أو تلف قبل ذلك فكأن الميت لم يتركه، وكأنه لم يكن أوصى فيه بشيء؛ لأنه لا يقوم لميت ولا يقوم على ميت. قال ذلك ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ»^(١). وهو محل اتفاق لدى الفقهاء^(٢).

(١) المدونة (٣٢٢/٤).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٣٨٥)، والأُم (٤/١١١)، والمغني (٦/١٥١).

المبحث الثاني

الوقت المعتبر في تقدير العين الموصى بها

اتفق الفقهاء على أن القدر الذي تصح الوصية به هو ثلث المال^(١).

وذهب أكثر أهل العلم إلى أن الوقت المعتبر في تقدير هذا الثلث إذا كان الموصى به عيناً هو: عند موت الموصي؛ لأن شرط تملكها هو بعد حياة الموصي، وبه استحق الموصى إليه المال الموصى به^(٢).

فما كان من زيادة في قيمة المال المعين الموصى به أو نقص بعد الوصية وقبل موت الموصي فلا يعتد به حتى تلزم الوصية بموت الموصي. وعليه فقد تكون الوصية مشروعة عند صدورهما من الموصي؛ لكونها لم تتجاوز الثلث، وغير مشروعة عند موت الموصي؛ لتجاوزها الثلث؛ لنقص مال الموصي، ما لم يجز الورثة المقدار الزائد عن الثلث^(٣).

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٢٠٧/٨)، والتلقين في الفقه المالكي (٢١٨/٢)، والحاوي الكبير

(٨/٢١٣)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٧/١٨٣).

(٢) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (٨/٤٧٩)، وشرح الزرقاني على مختصر

خليل وحاشية البناني (٨/٢٥٠)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/٣٤١)، والمغني لابن قدامة

(٦/٢٥٨)، وحاشية الدسوقي (٤/٤٢٧).

(٣) وهناك أقوال أخرى في المسألة نذكرها هنا إجمالاً:

القول الثاني: بعد موته تخرج مؤنة التجهيز والدفن، وتؤدي الديون، ثم ما بقي يخرج منه ثلث الوصية. وإليه

ذهب بعض المالكية وابن حزم. شرح الزرقاني (٨/١٣٩)، وابن حزم، ونص عبارته: «إن ترك شيئاً من المال قل

أو كثر: ديون الله تعالى إن كان عليه منها شيء، كالحنج والزكاة والكفارات ونحو ذلك، ثم إن بقي شيء أُخرج

المبحث الثالث

حكم اختلاف التعيين عن التقدير

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: صورة المسألة:

تتضح صورة المسألة فيما إذا كان لفظ الوصية بالثلث مع تعيين الموصى به الذي قد يتفق وقد يختلف قدره عن الثلث.

ومثاله: إذا قال الموصي: هذا العقار هو ثلثي، أو ثلثي هذا العقار، ثم عند وفاة الموصي كان العقار الموصى به مماثلاً أو أكثر أو أقل قيمة من الثلث، فما الحكم في هذه الحالات؟ وما المعتبر تعيينه أم تقديره؟

هذا ما سنحاول بيانه من خلال المطالب التالية:

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع:

أولاً: إذا كانت قيمة العقار مساوية لثلث تركه الموصي فلا إشكال في الاكتفاء

= منه ديون الغرماء إن كان عليه دين، فإن فضل شيء كفن منه الميت، وإن لم يفضل منه شيء كان كفنه على من حضر من الغرماء أو غيرهم، فإن فضل بعد الكفن شيء نفذت وصية الميت في ثلث ما بقي، ويكون للورثة ما بقي بعد الوصية». المحلى بالآثار (٨/ ٢٦٥).

القول الثالث: وقت الوصية؛ لأن الوصية مال يتجدد ويكثر أو يقل، فما زاد لم يقع عليه اسم الوصية، وجعلها على وقت الوصية أضبط. ينظر: فتح الباري (٥/ ٣٦٩).

القول الرابع: يوم التنفيذ، أي: يوم تنفيذ الوصية. وبه قال بعض المالكية. الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٧)، والميعار المغرب (٩/ ٤٠٨).

بالعقار في الوصية؛ لمطابقة لفظ الوصية للحقيقة وموافقتها لقيمة العين.

ثانياً: إذا أجاز الورثة الوصية بالثلث سواء زادت على العقار المعين واستوفت الثلث أو جاوزت الثلث لارتفاع قيمة العقار المعين، فالحكم هنا ظاهر في صحة الوصية ونفاذها.

ثالثاً: أن يكون هناك تفسير من الموصي أو شهادة على ذلك أو قرينة معتبرة دالة على مراد الموصي بحصر الوصية في العقار المعين، أو عدم ذلك.

رابعاً: أن يكون هناك تعارض بين الدلالة الحقيقية للفظ الموصي وبين الدلالة العرفية.

خامساً: إذا لم يكن هناك عرف ولا دليل يعارض الدلالة اللغوية.

والحكم ظاهر في الحالتين الأوليين، ويحتاج لبيان في الحالات الثلاث الأخيرة، كما سيأتي -بعون ربي-.

المطلب الثالث: إذا كانت العين أكثر من الثلث:

إذا قال الموصي: "هذا العقار هو ثلثي، أو ثلثي هو هذا العقار"، وكانت قيمة العقار أكثر من الثلث عند وفاة الموصي، سواء كانت كذلك عند صدور الوصية أو كانت أقل من الثلث ثم نمت قيمة العقار وزادت فصارت عند وفاته ولزوم الوصية أكثر من الثلث، فلذلك حالتان:

الأولى: ألا يكون للموصي ورثة:

فقد اختلف أهل العلم على أقوال، أبرزها قولان:

القول الأول: تصح الوصية بأكثر من الثلث. وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة^(١).

القول الثاني: لا تصح فيما زاد على الثلث. وهو مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد وقول الأوزاعي^(٢).

وسبب الخلاف فيما يظهر: أن المنع الوارد في حديث سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المتقدم^(٣) هل هو للتعبد أم هو معقول المعنى لدفع الضرر عن الورثة؟

فمن رأى أن المنع للتعبد حكم بعدم الصحة.

ومن رأى أن المعنى معقول المعنى أجازها^(٤)، وهو الأقرب؛ لحديث سعد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المتقدم، وفيه: «إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»^(٥).

(١) بدائع الصنائع (٣٧٠/٧)، والعناية شرح الهداية (٤١٧/١٠)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٢٠٥/٣)،

والجامع لأحكام القرآن (٢٦١/٢)، والمغني (٢٢٠/٦)، والشرح الكبير على المقنع ت: التركي (٢١٦/١٧).

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٤٩/٦)، وشرح منهج الطلاب (٤٩/٤)، والمغني (٢٢٠/٦).

(٣) سبق.

(٤) الوصايا والتنزيل لمحمد التأويل (ص: ٣٣٠).

(٥) ينظر: البحر المحيط (٤٠٤/٧)، وشرح مختصر الروضة للطوفي (٤١١/٣).

ولأن الأصل في الأحكام التعليل^(١)، وإنما يكون التعبد فيما لا تعقل علقته، خلافاً لحالتنا هذه.

الحالة الثانية: أن يوصي بأكثر من الثلث وله ورثة:

وقد اختلف أهل العلم على قولين:

القول الأول: صحة الوصية، لكنها موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإلا صحت في الثلث فقط. وهذا مذهب جمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢).

واستدلوا: بقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»**^(٣).

والمنع كان لأجل الورثة؛ لما تقدم، فلما أسقطوا حقهم صحت الوصية ونفذت.

القول الثاني: بطلان الوصية، وقد اختلفوا على رأيين:

- الرأي الأول: بطلان الوصية مطلقاً ولو بإجازة الورثة وهذا قول ابن

الماجشون من المالكية، والمزني من الشافعية، وإليه ذهب ابن حزم^(٤).

(١) رواه البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (١٦٢٨).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٥/٦٣)، والعناية شرح الهداية (١٠/٤١٧)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٣/٢٠٥)، والذخيرة للقرافي (٧/٣١)، والأم (٤/١١٠)، والمهذب (١/٥٨٩)، وفقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد محمد واصل (ص: ١١٦).

(٣) رواه البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (١٦٢٨).

(٤) الكافي (٢/١٠٢٤)، ومواهب الجليل (٦/٤٩٦)، ومغني المحتاج (٤/٤٧)، والمحلى بالآثار (٨/٣٥٦)، والاستذكار (٧/٢٧٣).

- الرأي الثاني: بطلان الوصية فيما زاد عن الثلث ما لم يجزها الورثة، فإذا أجازوها صحت ونفذت^(١).

قال ابن عبد البر: «وشذت طائفة، منهم عبد الرحمن بن كيسان، فلم يجيزوا الوصية بأكثر من الثلث وإن أجازها الورثة، وقالوا: ليس لهم أن يجيزوا للموصي ذلك، ولهم أن يعطوا الموصى له من فرائضهم وسائر أموالهم ما شاءوا»^(٢).

واستدلوا: بحديث عمران بن حصين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً»^(٣).

كما استدلوأ: بحديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع؛ فإن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: الثلث، والثلث كثير»^(٤).

والراجح هو: القول الأول؛ لما تقدم، ولأن المنع الوارد لحق الورثة، فإذا كان الورثة ذوي غنى أو ترك الموصي لهم مالاً كثيراً فأسقطوا حقهم رجاء الأجر للموصي واشتركوا في الأجر معه فلا يظهر ما يمنع ذلك.

(١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١٣٣/٢)، والمراجع السابقة.

(٢) الاستذكار (٢٧٣/٧).

(٣) رواه مسلم، رقم: (١٦٦٨).

(٤) رواه البخاري، رقم: (٢٧٤٣)، ومسلم، رقم: (١٦٢٩).

المطلب الرابع: إذا كانت العين الموصى بها أقل من قيمة الثلث:

وصورتها: أن تكون قيمة العين - كالعقار مثلاً - الموصى بها عند وفاة الموصي أقل من الثلث، سواء كانت مماثلة له أو أزيد أو أقل عند صدور الوصية في حياته. ومثال ذلك: لو قال الموصي: "هذا العقار هو ثلثي" ثم تبين أن قيمة العقار عند وفاة الموصي تساوي مليون ريالاً، بينما تركته تعادل خمسة ملايين، فصار العقار يساوي الخمس لا الثلث.

فالحكم في مثل هذه الصورة حسب الأحوال التالية:

الحالة الأولى: أن يكون هناك شهادة أو قرينة معتبرة دالة على مراد الموصي بحصر الوصية في العقار المعين أو عدم ذلك، فيؤخذ بها.

فيطلب الشهود إن وجدوا، ويسألون عن مراد الموصي بوصيته، ويعتبر قولهم؛ لأنهم الأعراف بمراده وسياق الكلام سباقه ولحاظه.

فالشهادة والقرينة هي المفسرة لكل ما لا يمكن العمل بموجب اللفظ المبهم. قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «والمعول في ذلك على القرائن، فإن قويت حكم بموجبها، وإن ضعفت لم يلتفت إليها، وإن توسطت طلب الاستظهار، وسلك طريق الاحتياط. وبالله التوفيق»^(١).

ومن القرائن المعتبرة الدالة على إرادة المال المعين - كالعقار مثلاً - دون المقدار، وهو الثلث المنصوص عليه في صيغة الوصية: كون قيمة العقار أقل بكثير من

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ط: عالم الفوائد (٢/ ٥٦٣).

ثلث التركة عند صدور الوصية من الموصي، كما لو كانت تعادل العشر مثلاً، فيعلم منه أنه لم يرد المقدار، وهو ثلث تركته، وإنما أراد الوصية بهذا المال المعين من عقار ونحوه بغض النظر عن مقداره.

الحالة الثانية: أن يكون هناك تعارض بين الدلالة الحقيقية اللغوية للفظ الموصي وبين الدلالة العرفية.

وهذه الحالة مفترضة فيما إذا كان هناك عرف ظاهر في بلد الموصي - كما هو الحال عندنا في نجد-، حيث يطلق عامة الناس لفظ الثلث بهذه الصيغة على مال معين كعقار ونحوه، ويريدون بها الوصية التي يتقرب الموصي بها لله بغض النظر عن مقدار هذا العقار من التركة^(١).

فقد اختلف أهل العلم في أيهما المقدم، على قولين:

القول الأول: تقديم الدلالة العرفية على الدلالة اللغوية. ونسب هذا إلى جماهير أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢).

(١) أفادني بهذا العرف مباشرة عدد من أصحاب الفضيلة المختصين من قضاة الأوقاف، ومنهم: د. عبد العزيز الكلية، رئيس محكمة الأحوال الشخصية بمكة، والشيخ سليمان أبا الخيل، قاضي الأوقاف في محكمة الأحوال الشخصية بالرياض، والشيخ سليمان الجاسر، المشرف العام على مركز واقف المتخصص بالوصايا والأوقاف، جزاهم الله خيراً.

وفي سؤال لمجموعة قضاة الأوقاف في المملكة حول دلالة مثل هذا اللفظ أجابوا: بقصر الوصية على العقار ولو كان أقل من الثلث، وأنه إذا قال الموصي: "ثلثي في العقار" فالأغلب أنه يقصد: وصيتي في العقار لاسيما عند العوام. ولم ينص أحد من أصحاب الفضيلة على مخالفة ذلك، كما أفادني به فضيلة الشيخ نايف النافع قاضي الأوقاف في محكمة الأحوال الشخصية بالرياض، جزاه الله خيراً.

(٢) تيسير التحرير (١٩/٢)، وشرح تنقيح الفصول (ص: ١١٢)، والبحر المحيط في أصول الفقه (٨٦/٥)، ومختصر التحرير شرح الكوكب المنير (٣/٤٣٥).

القول الثاني: تقديم الدلالة الحقيقية "اللغوية" على الدلالة العرفية. نسبه

الشنقيطي إلى الحنفية^(١)، كما نقله السيوطي عن بعض الشافعية^(٢).

= وهذه جملة من نقول الأئمة في بيان ما سبق:

الحنفية: تيسير التحرير (١٩/٢): «كما يقدم المعنى "الشرعي في لسانه" أي: في خطاب أهل الشرع "على ما سلف"، أي: اللغوي، "كذا العرفي في لسانهم"، أي: أهل العرف خاصاً كان أو عاماً يقدم على اللغوي». المالكية: شرح تنقيح الفصول (ص: ١١٢): «يحمل اللفظ على الحقيقة دون المجاز، والعموم دون التخصيص، والإفراد دون الاشتراك، والاستقلال دون الإضمار، وعلى الإطلاق دون التقييد، وعلى التأصيل دون الزيادة، وعلى الترتيب دون التقديم والتأخير، وعلى التأسيس دون التأكيد، وعلى البقاء دون النسخ، وعلى الشرعي دون العقلي، وعلى العرفي دون اللغوي».

الشافعية: البحر المحيط في أصول الفقه (٨٦/٥): «إذا تردد اللفظ بين المسمى العرفي واللغوي قدم العرفي المطرد، ثم اللغوي. كذا قاله الأصوليون. ويخالفه قول الفقهاء: ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف. فإنه صريح في تأخير العرف عن اللغة. وجمع بينهما بوجوه، منها: عدم ورودها على محل واحد، فكلام الفقهاء في الضوابط، وهي في اللغة أضبط، فتقدم اللغة بالنسبة إليها، وكلام الأصوليين في أصل المعنى، وهو في العرف أظهر، فيقدم بالنسبة إليه».

الحنابلة: مختصر التحرير شرح الكوكب المنير (٤٣٥/٣): «على القول الأول "إن تعذر" الحمل على الشرعي "فالعرفي"، أي: فإنه يحمل على العرفي؛ لأنه المتبادر إلى الفهم، ولهذا اعتبر الشارع العادات في مواضع كثيرة. فإن تعذر الحمل على العرفي "فاللغوي"، يعني: فإنه يحمل على اللغوي، كقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: (من دعي إلى وليمة فليجب، فإن كان مفطراً فليأكل، وإن كان صائماً فليصل).

(١) أضواء البيان (١٩٥/٦)، وانظر: كتاب تعارض الدلالات اللفظية، للدكتور عبد العزيز العويد (ص: ٥٢٥).

حيث ناقش نسبة الشنقيطي إلى الحنفية، وأن هذا وهم منه، وربما كان باعث النسبة أن الحنفية يقسمون العرف إلى عام وخاص، وقد نقل أكثرهم قولاً واحداً في المسألة، وهو تقديم الدلالة العرفية في العرف العام. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٨٣)، لكن نص غير واحد على عدم اعتبار العرف الخاص، فلا يقدم على الدلالة اللغوية، ونسب البعض إلى أن هذا هو المذهب. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٨٩)، والبحر الرائق (٢٥٣/٥)، ومجمع الضمانات (٤٥٣)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥١٨/٤)، وعلى هذا فالتعميم لا يصح، والأولى هو التفريق بين الحالين عند نقل الخلاف.

كما ينبغي عليه مسألتنا هذه، فعند الحنفية: يعتبر هذا العرف خاصاً بأهل نجد وإن كان عاماً بينهم، وعليه فلا يحكم بالعرف عندهم، وتقدم الدلالة اللغوية عندهم. والله أعلم.

(٢) وهو: القاضي حسين. الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٩٣).

وقد يقال بقول ثالث كما نقل عن ابن السبكي^(١) بالحكم بالإجمال عند تعارض الداليتين الحقيقية والعرفية^(٢).

والراجح هو: ما ذهب إليه جمهور أهل العلم، إلى تقديم الدلالة العرفية على الدلالة اللغوية؛ لأنه المتبادر إلى الفهم، ولهذا اعتبر الشارع العادات في مواضع كثيرة^(٣)، فيكون المقدم في صورتنا هو اعتبار دلالة العرف، فيكتفى بالعقار المعين وإن كان أقل من الثلث.

قال شيخ الإسلام: «وكلام الواقفين والخالفين والموصين ونحوهم محمول على الحقائق العرفية دون اللغوية»^(٤).

ومثل هذا ما ينقله الأثرم عن الإمام أحمد: «أنه سئل: عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل، أيجعل في الحج منها؟ قال لا، إنما يعرف الناس السبيل: الغزو»^(٥).

(١) نقله عنه الشنقيطي في كتابه: "أضواء البيان" (٦/ ١٩٥).

(٢) وهذه النسبة بحاجة إلى تحرير؛ لأن ما في كتبه فيه عدم وضوح بعض الشيء "بالنسبة إلي"، فقد قال في "الأشباه والنظائر": «فصل: واشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف، وهذا صريح في تقديم اللغة على العرف، وعند الأصوليين أن العرف مقدم على اللغة، ولا منافاة بين الأمرين؛ لعدم تواردهما على محل واحد، كما قررناه في شرحي المختصر والمنهاج، وحكيته عن الشيخ الإمام تغمده الله برحمته». الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٥١).

وقال في "تنشيف المسامع بجمع الجوامع": «ثم هو محمول على عرف المخاطب أبداً، ففي الشرع الشرعي؛ لأنه عرفه، ثم العرف العام، ثم اللغوي...». تنشيف المسامع بجمع الجوامع (١/ ٤٧٩).

(٣) قال ابن عثيمين: «إذا كان العرف مطرداً فيها ونعمت، وهذا هو المطلوب، ونمشي على ما جرى عليه العرف، وإذا لم يكن مطرداً وجب على كل منها أن يُبين للآخر ما عليه وما له؛ حتى لا يقع نزاع...». الشرح المتمتع على زاد المستقنع (٩/ ٤٥٦).

(٤) مجموع الفتاوى (٣١/ ١٤٤).

(٥) الشرح الكبير على متن المقنع (٦/ ٤٨١).

قال ابن تيمية: «وكلام أحمد يقتضيه في رواية، ويقبل في تفسير الموصي مراده وافق ظاهر اللفظ أو خالفه»^(١).

ويؤكد هذا المفهوم الشيخ عبد الرحمن السعدي بقوله: «يجب حمل كلام الناطقين على مرادهم مهما أمكن في العقود والفسوخ والإقرارات وغيرها»^(٢).

تنبيهان:

١. لو قيل هنا بالتفريق بين ما إذا كان الموصي طالب علم أو عامي؛ إذ الأول يميز بين الدلالات، وتلك قرينة على إرادته الحقيقة، بخلاف العامي، فيغلب عليه إرادة العرف، ويغيب عنه التمييز بين دلالات الألفاظ.
٢. يتوجه أن يندب الورثة للاحتياط في إتمام إخراج الثلث من باقي التركة لا سيما إذا كان لا يلحقهم بذلك ضيق؛ لغناهم وكثرة أموالهم؛ ليكونوا شركاء في الأجر مع مورثهم.

الحالة الثالثة: إذا لم يوجد عرف يعارض الدلالة اللفظية:

وصورتها: أن يقول الموصي: "هذا العقار ثلثي"، وليس من عرف أهل البلد إطلاق الثلث على الوصية، ولا هو معهود في لسان الموصي.

فيحتمل في الحكم هنا وجهان:

الوجه الأول: الأخذ بدلالة لفظ الموصي، وهو ثلث التركة، وعدم حصر

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٤٤٠).

(٢) القواعد والأصول الجامعة للشيخ عبد الرحمن السعدي، مكتبة السنة (ص: ١٩٧).

الوصية بالعقار المعين ونحوه؛ لأن ذلك مقتضى لفظه بل نصه، وقرنه بالإشارة لمال معين يدخل هذا المال فيه دخولاً أولياً ولا يقصره عليه.

وقد يؤيده: توسيع الفقهاء في ألفاظ الوصية، ومنه: أنه لا يشترط القبول بالألفاظ المعينة في الوصية وأمثالها، ويتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها. قال ابن قدامة: «لكن لا يتعين القبول باللفظ، بل يجزئ ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى»^(١). اهـ.

وهذا هو الأصل في فهم كلام الناس، كما بينه شيخ الإسلام بياناً واضحاً بقوله: «وكلام الواقفين والخالفين والموصين ونحوهم محمول على الحقائق العرفية دون اللغوية»^(٢).

على أنا نقول: هذا هو المفهوم من هذا الكلام في العرف، والأصل تقرير اللغة لا تغييرها، فيستدل بذلك على أن هذا هو مفهوم اللفظ في اللغة؛ إذ الأصل عدم النقل. الوجه الثاني: الأخذ بدلالة لفظ الموصي بحصر العقار في الثلث، لا للعرف، وإنما لكون ذلك مقتضى الدلالة اللغوية، حيث قال الموصي: "هذا العقار ثلثي"، أو نحو ذلك مما يفيد لغة بحصر الوصية بهذا العقار، ما لم يكن الفرق بينهما كبيراً عند صدور الوصية - كما ذكرنا-.

(١) المغني لابن قدامة (٦/١٥٦)، وانظر: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٤/٤٥٤).

(٢) مجموع الفتاوى (٣١/١٤٤).

ويؤيد هذا:

١. أن الزائد على العقار المشار إليه في الوصية مشكوك فيه، فبقى على اليقين، وهو الأصل ببقاء ملك للورثة الثابت بموت مورثهم الموصي^(١).
 ٢. أن الوصية بهال معين كعقار ونحوه تستلزم تعلق الحق بها، وفوات الاستحقاق بفواتها^(٢)، مما يقوي حصر الوصية بتلك العين.
- وكلا الوجهين قوي معتبر، ويتنازعهما أصلان:
- أصل إبراء ذمة الموصي والاحتياط لحق الخالق.
 - وأصل سلامة مال الورثة وحفظه.
- ولعل الأول أقوى؛ لكونه ظاهر اللفظ المطلق الذي لم تجر عادة خاصة أو عامة أو قرينة ظاهرة لتقييده، مع كونه الأبرأ لذمة الموصي والأحوط في حقه.
- وقد يختلف الترجيح بحسب ما يحتف بالحال لدى ناظر القضية.

(١) وهذا ما يقرره كثير من أهل العلم:

قال ابن تيمية: «ليس للموصي أن يقضي ما يدعي من الدين إلا بمسند شرع... فإما أن يضمن ما نقص من حق الورثة وإما أن يفسخ التعويض ويوفي الغريم حقه». مجموع الفتاوى (٣١/ ٣٢٥).

وقال أبو الوليد الباجي: «والدليل على ذلك: أن المنع إنما هو لحق الورثة، فإذا أجازوا فقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ». المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٥٧).

وقال ابن حجر: «في الأصل لحق الورثة، فإذا أجازوه لم يمتنع. واختلفوا بعد ذلك في وقت الإجازة، فالجمهور على أنهم إن أجازوا في حياة الموصي كان لهم الرجوع متى شاءوا، وإن أجازوا بعده نفذ». فتح الباري لابن حجر (٥/ ٣٧٣).

(٢) كما تقدم ذكره في حكم تعيين الوصية (ص: ١١).

الخاتمة

واشتملت على أهم نتائج البحث وتوصياته

- الوصية: التملك المضاف إلى ما بعد الموت بالتبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع.

- الإجماع منعقد على استحباب الوصية لغير وارث من ثلث التركة، فإن زادت عن الثلث كانت موقوفة على إجازة الورثة.

- الوصية تصح بمعين وبمشاع باتفاق الفقهاء.

- الوقت المعتبر في تقدير الثلث عند موت الموصي؛ لأنه به استحق الموصى إليه المال الموصى به.

- إذا قال الموصي: هذا العقار هو ثلثي، ثم عند وفاته كان العقار مماثلاً أو أكثر أو أقل قيمة من الثلث، فما المعتبر تعيينه أم تقديره؟ فيه حالات:

١- إذا كان أكثر من الثلث وأجازته الورثة فلا يظهر ما يمنع جواز ذلك.

٢- إذا كانت العين الموصى بها أقل من قيمة الثلث، فلا يخلو من أحوال:

أ- أن يكون هناك شهادة أو قرينة معتبرة دالة على مراد الموصي بحصر الوصية في العقار المعين أو عدم ذلك، فيؤخذ بها.

ب- أن يكون هناك تعارض بين الدلالة اللغوية للفظ الموصي وبين الدلالة العرفية، فتقدم الدلالة العرفية.

- ت- إذا لم يوجد عرف يعارض الدلالة اللفظية فالأخذ بدلالة لفظ الموصي -وهو ثلث التركة- إبراء للذمة واحتياطاً لدينه.
- ومما أوصي به هنا: حصر الألفاظ المتداولة بين الناس في الوصية، وتمييزها بحسب عرف البلد المتداولة فيه، وتنزيل الأحكام الشرعية عليها.
- توعية الناس بصيغ الوصايا وأحكامها وضوابطها الشرعية ومستجداتها.
- والله الموفق، والهادي إلى سواء السبيل، وهو حسبنا ونعم الوكيل، وبه يتم المقصود من هذا المکتوب.

فاللهم عفوك وقبولك ورضوانك، وصلاتك وسلامك على نبيك محمد وآله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر والمراجع

١. أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، خرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٢. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين الحنفي، تعليق: الشيخ محمود أبو دققة، مطبعة الحلبي - القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
٣. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م، الطبعة الأولى، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض.
٤. الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، خرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٥. الأشباه والنظائر، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٦. الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٧. الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبي حماد، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٨. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، عام النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٩. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
١٠. الإقناع في مسائل الإجماع، أبو الحسن علي بن محمد ابن القطان الفاسي، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
١١. الأم، تأليف: محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، دار النشر: دار الفكر، بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
١٢. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
١٣. الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، أبو بكر محمد بن المنذر، تحقيق: أبي حماد صغير أحمد ضيف، الطبعة الأولى، طيبة، ١٤٠٩هـ.

١٤. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة بيروت، الطبعة الثانية.
١٥. البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
١٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين الكاساني، دار النشر: دار الكتاب العربي - بيروت، ١٩٨٢ م، الطبعة الثانية.
١٧. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي "الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير"، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، دار المعارف، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
١٨. تشنيف المسامع بجمع الجوامع، لتاج الدين السبكي، دراسة وتحقيق: د سيد عبد العزيز ود. عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.
١٩. التلقين في الفقه المالكي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، تحقيق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
٢٠. تيسير التحرير، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، نسخة: مصطفى البابي الحلبي وصورته: دار الفكر، بيروت، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.

٢١. جامع الترمذي "المطبوع باسم: الجامع الصحيح"، محمد بن عيسى الترمذي،

تحقيق: أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٢٢. الجامع الصحيح المختصر، تأليف: محمد بن إسماعيل أبي عبد الله

البخاري الجعفي، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر.

٢٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد عرفه الدسوقي، دار

النشر: دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد عlish.

٢٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، تحقيق:

محمد عبد الله شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية.

٢٥. حاشية الرهوني على شرح الزرقاني، محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني،

الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٠٦هـ.

٢٦. حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار "حاشية ابن

عابدين"، تأليف: ابن عابدين، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٢٧. الحاوي الكبير، علي بن محمد الماوردي، دار الفكر للطباعة والنشر

والتوزيع، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢٨. الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار

الغرب، بيروت، ١٩٩٤م، والمكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها: مصطفى

محمد.

٢٩. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م.

٣٠. سنن الترمذي، تأليف: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، اعتنى به: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.

٣١. شرح الزرقاني على مختصر خليل "ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني"، المؤلف: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م.

٣٢. الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.

٣٣. الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.

٣٤. الشرح الكبير، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

٣٥. شرح الكوكب المنير "المسمى: مختصر التحرير"، للشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار، تحقيق: الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ١٤١٨ هـ.

٣٦. الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ - ١٤٢٨ هـ.

٣٧. شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، طبعة جديدة منقحة باعثناء: مكتب البحوث في الفكر، ١٤٢٤ هـ.

٣٨. شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق مجموعة منهم: د. عصمت الله عنایت الله محمد وأ. د. سائد بكداش ود. محمد عبيد الله خان، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، الطبعة الأولى، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.

٣٩. شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة، وبدون تاريخ.

٤٠. صحيح مسلم، تأليف: مسلم بن الحجاج أبي الحسين القشيري النيسابوري، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

٤١. الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، تحقيق د. نايف الحمد، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ.

٤٢. العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله الرومي البابرتي، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
٤٣. الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تیمیة، محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م.
٤٤. الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة: نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠ هـ.
٤٥. فتح الباري شرح صحيح البخاري، تأليف: أحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، دار النشر: دار المعرفة، بيروت، تحقيق: محب الدين الخطيب.
٤٦. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب "هو شرح للمؤلف على كتابه: منهج الطلاب الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي"، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
٤٧. فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد محمد واصل، المكتبة التوفيقية، مصر، بدون تاريخ.
٤٨. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم "أو: غنيم" بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، دار الفكر، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

٤٩. القواعد والأصول الجامعة، للشيخ عبد الرحمن السعدي، مكتبة السنة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.

٥٠. الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: محمد أحمد الموريتاني، دار النشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ.

٥١. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية.

٥٢. مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة، وبدون تاريخ.

٥٣. مجموع الفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تأليف: أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبي العباس، دار النشر: مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثانية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي.

٥٤. المحلى، تأليف: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبي محمد، دار النشر: دار الآفاق الجديدة، بيروت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي.

٥٥. المدونة الكبرى، مالك بن أنس الأصبحي "رواية سحنون"، تحقيق: حمدي الدمرداش محمد، الطبعة الأولى، مكتبة نزار الباز، ١٤١٩هـ.

٥٦. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الحنبلي، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٥٧. المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه: جماعة من الفقهاء، بإشراف: الدكتور محمد حجي.

٥٨. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف: محمد الخطيب الشربيني، دار النشر: دار الفكر، بيروت.

٥٩. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ.

٦٠. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢ هـ.

٦١. المذهب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.

٦٢. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين محمد بن محمد الطرابلسي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.

٦٣. موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، إعداد: د. أسامة بن سعيد القحطاني ود. علي بن عبد العزيز بن أحمد الخضيري وآخرين، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.

٦٤. الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة الباحثين، طبعة دار السلاسل.
٦٥. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبو العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
٦٦. الوصايا والتنزيل، لمحمد التأويل، منشورات: وزارة الأوقاف المغربية، ١٤٢٥هـ.



فضاء
الجمعية العلمية القضائية
السعودية

أثر التوبة في إسقاط الحد

دراسة فقهية مقارنة مع ذكر المبادئ القضائية في المملكة العربية السعودية

إعداد

د. محمد بن فهد بن عبد العزيز الفريح

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء



فضاء

المكتبة الوطنية
البحرانية



مُقَدِّمَةٌ

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 وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ءَالَآرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧٠-٧١].

أما بعد^(١):

فإن التوبة لها فضل كبير، وأجر عظيم، ولها آثار حسنة، ولعل من فضلها، وحسن أثرها أن كان لها تأثير في سقوط بعض الحدود، ولما رأيت ذلك أردت أن أجمع كلام أهل العلم حول "أثر التوبة في إسقاط الحد"، فكان هذا البحث والله الحمد والمنة. ولا شك أن العنوان يدل على الأهمية؛ إذ إنه يتعلق بشريحة من المجتمع، وقد يترتب على الجهل به أمور عظيمة، كإقامة الحد على من له شبهة أو له مانع من موانع

(١) انظر: خطبة الحاجة.

إقامة الحد كالتوبة، فكان من الواجب خاصة على القضاة أن يلم بجوانب الموضوع، ويدرك ماهيته وأهميته، ويعرف مظانّه، فلربما دعت إليه الحاجة في وقت ما.

الدراسات السابقة:

• وقفت على بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية بجامعة الملك سعود عنوانه: "أثر التوبة في إسقاط الحدود، لجابر إسماعيل الحجاجحة، جامعة آل البيت". ومع توافقه مع عنوان البحث إلا أنه تناول المسألة كلها في المبحث الثالث فقط، وفيما يقارب خمس صفحات، وجعل القسمة ثنائية بين حد الحراة وبقية الحدود، وبحث المسألة بناء على ذلك، وجعل الأقوال في القسم الثاني ثلاثة أقوال. وهذا إجمال في عموم المسألة، واختصار لكثير من تفاصيلها، كما أن هناك تفاصيل المهمة في الأقوال والأدلة لم يذكرها، كما أن هناك مسائل لم يتناولها في بحثه، كمسألة من تكررت رده، والزندق، وساب الله، وساب رسوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، وغيرها مما في هذا البحث.

• كما وقفت على بحث عنوانه: "أثر التوبة في جرائم الحدود، لغيث الفاخري، مجلة دراسات قانونية، بغداد". فوجدت البحث مجملًا في ذكر الأقوال والأدلة، جاعلاً لمواد القانون العراقي حضوراً في بحثه، وقد جعل البحث فيه على طريقة البحث الماضي في القسمة الثنائية، غير أنه أضاف أقوال الرافضة والزيدية في المسألة، وكذلك أدخل مظاهر التوبة فيها، ولم يتطرق إلى مسائل مهمة للقضاة من التي لها من ظهور في هذا العصر، كأثر توبة من تكررت رده على الحد أو من

ظهرت زندقته، أو توبة الساحر، أو -والعياذ بالله- الساب لجناب الله أو الساب لمقام رسوله ﷺ.

• كما وقفت على رسالة ماجستير مطبوعة قديماً بعنوان: "التوبة وأثرها في إسقاط الحدود في الفقه الإسلامي، إعداد: علي داود جفال، مقدمة عام ١٩٨١م إلى جامعة الأزهر". وهي وإن توافقت عنوان البحث معها إلا أن بحث المسائل مختلف في توثيق الأقوال والأدلة، وفي الترجيح وبيان أسبابه، كما أن هذا البحث تناول مسائل لم ترد في تلك الرسالة، منها:

١. أثر توبة من تكررت رده في سقوط الحد.
٢. أثر توبة الزنديق على سقوط الحد عنه.
٣. أثر توبة الساحر في سقوط الحد.
٤. أثر توبة ساب الله في سقوط الحد عنه.
٥. أثر توبة ساب الرسول ﷺ في سقوط الحد عنه.
٦. كما أن في هذا البحث تم ذكر المبادئ والقرارات القضائية في المملكة.

• كما وقفت على بحث تم تقديمه استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية من كلية الدراسات العليا من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عنوانه: "التوبة وأثرها في إسقاط الحدود". وقد فاته ما فات البحوث الماضية، فمثلاً في أثر التوبة على حد الردة وقع بحثها في صفحة واحدة فقط، ولم يرجع إلى كتاب فقهي من كتب المذاهب عند بحثها، معرضاً عن بحث مسألة أثر توبة الزنديق، والساحر، وساب الله، وساب رسوله ﷺ.

- وهناك بحث عنوانه: "أثر التوبة على عقوبة القذف في الفقه الإسلامي".
والبحث ظاهر منه الاقتصار على مسألة القذف فقط.
- وتم الوقوف على رسالة مقدمة عام ١٤١١ هـ للحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في الأدب تخصص فقه، عنوانها: "أثر التوبة في إسقاط الحد". وقد اقتصرت الباحثة على أثر التوبة في حد الردة وحد القذف وحد الزنا وحد شرب الخمر فقط، وقد فات هذه الرسالة ما يلي:
 ١. أثر التوبة في حد الحاربة.
 ٢. أثر توبة من تكررت رده في سقوط الحد.
 ٣. أثر توبة الزنديق على سقوط الحد عنه.
 ٤. أثر توبة الساحر في سقوط الحد.
 ٥. أثر توبة ساب الله في سقوط الحد عنه.
 ٦. أثر توبة ساب الرسول ﷺ في سقوط الحد عنه.
 ٧. كما أن في هذا البحث تم ذكر المبادئ والقرارات القضائية في المملكة.
ولأجل ما مضى رأيت أن البحوث والرسائل الماضية لا تعيق هذا البحث، وقد ازدان بذكر المبادئ والقرارات القضائية المعمول بها في المملكة العربية السعودية، وكما وُجد فيه بحث مسائل لم يتطرق لها أصحاب البحوث المذكورة.
وفقههم الله.

خطة البحث:

أولاً: المقدمة، واشتملت على:

- ١ - الاستهلال.
- ٢ - موضوع البحث.
- ٣ - أهمية الموضوع.
- ٤ - خطة البحث.
- ٥ - المنهج المتبع في البحث.

ثانياً: التمهيد، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التوبة وبيان فضلها.

المطلب الثاني: حكم التوبة من الذنوب ومن موجبات الحد.

المطلب الثالث: تعريف الحد والإسقاط.

ثالثاً: أثر التوبة في إسقاط الحد، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: أثر التوبة في حد الحرابة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر التوبة في حد الحرابة ووقتها.

المطلب الثاني: أثر توبة المحارب على الحدود الأخرى التي ارتكبها قبل

التوبة.

المبحث الثاني: توبة المرتد ومن في حكمه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر توبة المرتد في إسقاط الحد عنه وكيفيةها.

المطلب الثاني: تكرار الردة وأثرها في قبول التوبة.

المطلب الثالث: توبة الساحر والزنديق ومن سب الله تعالى أو سب

رسوله ﷺ.

المبحث الثالث: أثر توبة القاذف في إسقاط الحد عنه.

المبحث الرابع: أثر التوبة في إسقاط حد الزنا والسرقة وشرب المسكر.

رابعاً: الخاتمة، وفيها أهم النتائج والفوائد.

خامساً: فهرس مصادر والمراجع.

منهج البحث:

سرتُ على المنهج المتبع في كتابة البحوث، وذلك بجمع المادة العلمية من المصادر والمراجع الممكنة، وذكر الأقوال، كما عزوتُ الآيات إلى سورها بذكر رقمها واسم السورة، وخرجتُ الأحاديث والآثار، فإن كان الحديث متفقاً عليه اكتفيت بتخريجه منهما، وإن لم يكن فيهما خرجته من كتب السنة الأخرى.

وفي بحث المسائل العلمية ما كان محل اتفاق ذكرته، وإن كانت المسألة محل خلاف بيّنته مع الترجيح إن ظهر لي، وذكرت المبادئ القضائية في الموضع المناسب لها من البحث. والله المستعان.

التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التوبة وبيان فضلها:

في اللغة:

الرجوع عن الذنب، ومنها: التوب^(١)، قال الله تعالى: ﴿غَافِرِ الذَّنْبِ وَقَابِلِ التَّوْبِ

شَدِيدِ الْعِقَابِ ذِي الطَّوْلِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ إِلَيْهِ الْمَصِيرُ﴾ [غافر: ٣].

وتاب إلى الله يتوب توباً وتوبة ومتاباً: أناب ورجع عن المعصية إلى الطاعة^(٢).

وفي الاصطلاح:

الندم على ما سلف منه في الماضي من المعاصي، والإقلاع عنه في الحال، والعزم على ألا يعاوده في المستقبل^(٣).

وقيل في تعريفها: «الرجوع عن الأفعال المذمومة إلى الممدوحة»^(٤).

وقال الشيخ محمد الأمين الشنقيطي رَحِمَهُ اللهُ في تعريف التوبة: «هي: الرجوع عن الذنب والإنابة إلى الله بالاستغفار منه»^(٥).

(١) انظر: الصحاح، مادة: "توب"، والتعريفات (ص: ٩٥).

(٢) انظر: لسان العرب، مادة: "توب".

(٣) انظر: مدارج السالكين (١/ ١٤٤).

(٤) التعريفات (ص: ٩٥).

(٥) أضواء البيان (٦/ ١٣٨).

أما فضلها:

فإن للتوبة منزلة ليست لغيرها من الطاعات عند الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، ولهذا يفرح بتوبة عبده حين يتوب فرحاً عظيماً، وقد قرَّبه بالمثل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنَّ اللَّهَ أَشَدَّ فَرَحاً مِنْ فَرَحِ الْوَاجِدِ لِرَاحِلَتِهِ الَّتِي عَلَيْهَا طَعَامُهُ وَشِرَابُهُ فِي الْأَرْضِ الْمَهْلُكَةِ بَعْدَ مَا فَقَدَهَا»^(١). فالتوبة من أحب العبادات إلى الله تعالى، وهو سبحانه يحب

التوابين، ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

وقد يكون الذنب أنفع للعبد إذا اقترنت به التوبة من كثير من الطاعات^(٢).

كما أن التوبة سبب من أسباب الفلاح، قال الله تعالى: ﴿وَتَوْبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [النور: ٣١].

وبالتوبة تُبَدَّلُ السيئات حسنات، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَٰئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [الفرقان: ٧٠].

ومن أراد المتاع الحسن فعليه بالتوبة، قال الله تعالى: ﴿وَأَنِ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ يُمْنِعْكُمْ مَنَاعًا حَسَنًا إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [هود: ٣].

والتوبة من فضل الله أولاً وآخرًا، أولاً: في الهداية إليها، فهو سبحانه الذي جاد على عبده بأن وفقه للتوبة، وآخرًا: في قبولها منه.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الدعوات، باب التوبة، رقم (٦٣٠٨)، ومسلم في كتاب التوبة، باب في الحظ على التوبة والفرح بها، رقم (٢٧٤٤).

(٢) انظر: مدارج السالكين (١/ ٢٢٩).

المطلب الثاني: حكم التوبة من الذنوب ومن موجبات الحد:

حكمها: الوجوب.

قال النووي رَحِمَهُ اللهُ: «وقد تظاهرت دلائل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على وجوب التوبة»^(١).

فالتوبة واجبة على كل مكلف من كل ذنب اقترفه، وتأخير التوبة لا يجوز، فهو ذنب تجب منه التوبة^(٢).

قال النووي رَحِمَهُ اللهُ: «اتفقوا على أن التوبة من جميع المعاصي واجبة، وأنها واجبة على الفور، لا يجوز تأخيرها، سواء كانت المعصية صغيرة أو كبيرة. والتوبة من مهمات الإسلام وقواعده المتأكدة»^(٣).

وقال القرطبي رَحِمَهُ اللهُ: «لا خلاف بين الأمة في وجوب التوبة، وأنها فرض متعين»^(٤).

فإذا كان هذا في وجوب التوبة من الذنب عموماً فلا بد أن تتحتم في حق من وقع فيها أو جب حداً أولاً.

(١) رياض الصالحين (ص: ١٢).

(٢) انظر: أضواء البيان (٦/ ١٣٨).

(٣) انظر: شرح صحيح مسلم (١٧/ ٦٣).

(٤) الجامع لأحكام القرآن (١٢/ ٢١٧).

المطلب الثالث: تعريف الحد والإسقاط:

أولاً: تعريف الحد:

لغة: المنع، ويسمى الحاجز بين الشيئين: حداً؛ لأنه يمنع من اختلاط أحدهما بالآخر، ويقال للسَّجان: حداً؛ لأنه يمنع من الخروج^(١). وفصل ما بين كل شيئين حدٌّ بينهما، ومنتهى كل شيء حده^(٢).

وفي الاصطلاح: عقوبة مقدرة تجب -أو وجبت- حقاً لله تعالى^(٣).
كما عُرِّف بأنه: «عقوبة مقدرة شرعاً في معصية؛ لتمنع من الوقوع في مثلها»^(٤).

ومما ينبه عليه هنا: أن إطلاق الحد في لفظ الشرع أوسع مما حده به الفقهاء، حتى قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «الحدود في لفظ الكتاب والسنة يراد بها: الفصل بين الحلال والحرام، مثل آخر الحلال وأول الحرام، فيقال في الأول: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْدُوها﴾ [البقرة: ٢٢٩]. ويقال في الثاني: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُها﴾ [البقرة: ١٨٧]. وأما تسمية العقوبة المقدرة حداً فهو عرف حادث»^(٥).

(١) انظر: الصحاح، مادة: "حدد".

(٢) لسان العرب، مادة: "حدد".

(٣) انظر: المبسوط (٣٦/٩)، والتعريفات (ص: ١١٣).

(٤) منتهى الإرادات (١١٣/٥).

(٥) مجموع الفتاوى (٣٤٨/٢٨).

وقال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «فإن الحد في لسان الشارع أعم منه في اصطلاح الفقهاء؛ فإنهم يريدون بالحدود: عقوبات الجنايات المقدرة بالشرع خاصة، والحد في لسان الشارع أعم من ذلك، فإنه يراد به هذه العقوبة تارة، ويراد به نفس الجناية تارة... ويراد به تارة جنس العقوبة وإن لم تكن مقدرة»^(١).

ثانياً: تعريف الإسقاط:

سقط الشيء من يدي سُقوطاً وَأَسْقَطْتُهُ أنا: من السَّقَطِ، والسَّقَطُ مِنَ الْأَشْيَاءِ: مَا تُسْقِطُهُ فَلَا تَعْتَدُّ بِهِ، وَسَقَطُ الْوَلَدِ: مَا يَسْقُطُ قَبْلَ تَمَامِهِ، وَأَسْقَطَتِ النَّاقَةُ أَي: أَلْقَتْ وَلَدَهَا، يُقَالُ: تَكَلَّمَ بِكَلَامٍ فَمَا سَقَطَ بِحَرْفٍ وَمَا أَسْقَطَ حَرْفاً^(٢).

واصطلاحاً: هو: «إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحق»^(٣).
«وبمعنى الإسقاط: الخط؛ إذ يستعمله الفقهاء بالمعنى نفسه، ويستعمله الفقهاء أيضاً في إسقاط الحامل الجنين»^(٤).

(١) إعلام الموقعين (٢/٢٣).

(٢) انظر: الصحاح، مادة: "سقط"، ولسان العرب، مادة: "سقط".

(٣) الموسوعة الفقهية (١/١٤٣).

(٤) الموسوعة الفقهية (٤/٢٢٦).

المبحث الأول

أثر التوبة في حد الحرابة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر التوبة في حد الحرابة ووقتها:

أولاً: تعريف الحرابة أو المحاربة:

لغة: الحَرْب - بسكون الراء - مؤنثة، يقال: وَقَعَتْ بَيْنَهُمْ حَرْبٌ، وقد تَذَكَّرَ، وهي: ضد السلم، يقال: حَرَبَهُ يَحْرُبُهُ حَرْباً: إِذَا أَخَذَ مَالَهُ، وَتَرَكَه بِلَا شَيْءٍ، وقد حَرَبَ مَالَهُ، أَي: سَلَبَهُ، فهو محروب وحريب، وحربته: ماله الذي سُلِبَ، وقيل: حرية الرجل: ماله الذي يعيش به^(١).

واصطلاحاً: «هم القوم يعرضون بالسلاح للقوم حتى يغضبوهم مجاهرة في الصحاري والطرق»^(٢)، «اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث»^(٣). وقد جاء في المبادئ والقرارات القضائية ما نصه: «الحرابة لا تتحقق إلا إذا لم يستطع المحَارِب طلب الغوث أو الاستعانة بأحد»^(٤).

(١) انظر: الصحاح، مادة: "حرب"، ولسان العرب، مادة: "حرب".

(٢) الأم (٦/١٥٢)، والمغني (١٢/٤٧٤).

(٣) زاد المحتاج (٤/٢٤٨).

(٤) رقم المبدأ (١٣١٨).

«فكل من قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب»^(١).

و«الحرابة تعتمد على المغالبة، وإذا فقدت فلا حرابة»^(٢).

وعلى هذا «فالعلماء متفقون على أنها إشهار السلاح خارج المصر، أما داخله فخلافاً»^(٣).

وقد جاء النص في المبادئ والقرارات القضائية أن «الحرابة تكون في العمران، كما تكون في الصحراء»^(٤).

ثانياً: أثر التوبة في حد الحرابة:

لا يخلو أهل الحرابة من حالين:

الحال الأول: أن تكون توبتهم قبل القدرة عليهم، فتسقط عنهم حدود الله تعالى بالإجماع^(٥).

يدل لذلك قول الله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّهُ

اللَّهُ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٣٤﴾﴾ [المائدة: ٣٤]^(٦).

(١) مواهب الجليل (٨/ ٤٢٧).

(٢) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، رقم المبدأ (١٢٨٨).

(٣) بداية المجتهد (٤/ ٢٢٩).

(٤) رقم المبدأ (١٣٠١).

(٥) انظر: المحلى (١٢/ ١٦)، والمغني (١٢/ ٤٨٣)، ومجموع الفتاوى (٣٤/ ١٨٠)، وأضواء البيان (٢/ ٧٣).

وأشار بعضهم إلى قول مرجوح في مسألة قطع اليد، وأنه لا يسقط، وظاهر الآية سقوط الجميع. انظر: مغني المحتاج (٤/ ١٨٣)، وتفسير ابن كثير (٢/ ٥٣).

(٦) جاء في المبادئ والقرارات ما نصه: «توبة مرتكب حد الحرابة قبل القدرة عليه أقل أحواله أن يكون شبهة يدرأ بها الحد عنه». رقم المبدأ (١١٣٥).

ويبقى عليهم حقوق الأدميين، فيقتص منهم في الأنفس والجراح، وغرامة المال والدية لما لا قصاص فيه، ولولي الدم العفو، ولصاحب المال إسقاطه عنهم. هذا قول أكثر العلماء^(١).

الحال الثانية: بعد القدرة عليهم، فلا يسقط عنهم حد الحرابة مطلقاً.

يدل لذلك ما يلي:

١ - الإجماع المنعقد على أن التوبة بعد القدرة لا تُسقط الحد^(٢). قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «اتفق العلماء - فيما أعلم - على أن قاطع الطريق واللص ونحوهما إذا رفعوا إلى ولي الأمر ثم تابوا بعد ذلك لم يسقط الحد عنهم، بل تجب إقامته وإن تابوا، فإن كانوا صادقين في التوبة كان الحد كفارة لهم»^(٣).

٢ - لأنهم متَّهمون في إظهار توبتهم بعد القدرة عليهم، فلا تتحقق توبتهم؛ إذ قد تُتخذ ذريعة لتعطيل الحد، فليس للإمام ولا لأولياء الدم العفو عنهم؛ لأن ما وجب عليهم قبل التوبة حق لله تعالى، ليس من حق أحد أن يسقطه عنهم، لا الإمام ولا أولياء المقتول، وهذا يدل عليه قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ

(١) انظر: المبسوط (١٩٩/٩)، وبدائع الصنائع (٥٥/٦)، والمدونة (٣٠٠/٦)، والكافي (ص: ٤٨٧)، والذخيرة (١٣٣/١٢)، والإقناع لابن المنذر (٣٣٤/١)، وروضة الطالبين (١٥٩/١٠)، وشرح الزركشي (٣٧١/٦)، والإنصاف (٢٩٩/١٠)، وأحكام القرآن للجصاص (٥١٦/٢)، وأضواء البيان (٧٣/٢).

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٤٠٩/٣)، وشرح صحيح البخاري لابن بطلال (٢٤٢/٨)، والجامع لأحكام القرآن (١٤٩/٦)، وإعلام الموقعين (١٤٢/٣ و١٤٣).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠٠/٢٨).

تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٣٤﴾ [المائدة: ٣٤]. فالحد يسقط بالتوبة قبل القدرة عليهم، ودلت بالمفهوم أنه لا يسقط بعد القدرة عليهم^(١).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥٦/٦)، والمدونة (٣٠١/٦)، وزاد المحتاج (٢٥٣/٤)، والمغني (٤٨٣/١٢)، وشرح الزركشي (٩١/٤)، والجامع لأحكام القرآن (١٥٠/٦)، والفقهاء على المذاهب الأربعة (٤١٤/٥)، وأثر الشبهات في درء الحدود (ص: ٤٥٨).

المطلب الثاني: أثر توبة المحارب على الحدود الأخرى التي ارتكبها قبل التوبة:

لا يخلو ذلك من حالين:

الحال الأول: أن يكون قد ارتكب تلك الحدود أثناء الحرابة قبل القدرة عليه وقبل التوبة: ففي سقوطها بتوبته من الحرابة قولان:

القول الأول: أنها تسقط بالتوبة. وهو قول عند الحنفية^(١) وعند الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة إلا حد القذف^(٣). قال صاحب "كشاف القناع"^(٤): «ومن تاب منهم "أي: من قطاع الطريق" قبل القدرة عليه لا بعدها سقط عنه حق الله تعالى "من الصلب والقطع والقتل وانحتمام القتل". قال في "المبدع": بغير خلاف نعلمه... لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤]». "حتى حد زنا وسرقة وشرب" خمر، فيسقط عن المحارب إذا تاب قبل القدرة عليه؛ لعموم الآية، بخلاف حد القذف».

وعللوا قولهم^(٥):

١ - بأنها حدود الله تعالى، فسقطت بالتوبة كحد المحاربة، إلا حد القذف فإنه لا يسقط؛ لأنه حق آدمي.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (١٢/٤١١)

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٥٨).

(٣) انظر: المغني (١٢/٤٨٤)، وكشاف القناع (١٤/١٨٨).

(٤) (١٤/١٨٨).

(٥) انظر: المغني (١٢/٤٨٤).

٢- ولأن في إسقاطها ترغيباً له في التوبة.

القول الثاني: أنها لا تسقط بالتوبة. وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وقول المالكية^(٢)، والأظهر عند الشافعية^(٣)، ورواية عن الإمام أحمد^(٤)، وقد جعله ابن قدامة احتيلاً^(٥).

فيؤخذ المحارب بما سوى حد الحرابة من حقوق الله وحقوق الآدميين. وعللوا قولهم: «أنها لا تختص المحاربة، فكانت في حقه كهي في حق غيره»^(٦). الحال الثانية: أن يكون قد ارتكبها قبل الحرابة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه^(٧): فلا يسقط الحد الأول. جزم به ابن قدامة، إذ قال رَحِمَهُ اللهُ: «وإن أتى حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول؛ لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذي تاب منه دون غيره»^(٨).

(١) انظر: التجريد (١١/٥٩٤٩)، والجوهرة النيرة (٥/٤٢٤).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٤/٣٠٣)، وعقد الجواهر الشمينية (٣/٣٤٣).

(٣) انظر: المهذب (٣/٥٨١)، وروضة الطالبين (١٠/١٥٨).

(٤) انظر: الإنصاف (١٠/٣٠٠).

(٥) انظر: المغني (١٢/٤٨٤).

(٦) المغني (١٢/٤٨٤).

(٧) وهذا مفرع على القول الأول من الحال الأولى، ونص عليه بعض الحنابلة كابن قدامة في "المغني" (١٢/٤٨٤)، إذ أصحاب

القول الثاني لا يسقطون الحد بالتوبة. ولم أجد كلاماً مزيداً في هذه الحالة غير ما ذكره ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ. والله أعلم.

(٨) المغني (١٢/٤٨٤).

المبحث الثاني

توبة المرتد ومن في حكمه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر توبة المرتد في إسقاط الحد عنه وكيفيتها:

أولاً: تعريف المرتد:

هو لغة: من الردة، والارتداد: الرجوع، ومنه المرتد، والردة عن الإسلام والرجوع عنه^(١).

واصطلاحاً: الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ

مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيُمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ﴾ [البقرة: ٢١٧]^(٢).

ثانياً: أثر توبته في إسقاط الحد عنه:

إذا تاب المرتد بأن رجع إلى الإسلام سقط عنه حد الردة، وهذا محل إجماع. قال الإمام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «الأئمة متفقون على أن المرتد إذا أسلم عصم بإسلامه دمه وماله، وإن لم يحكم بذلك حاكم»^(٣). فتوبته تمنع من القتل^(٤).

(١) انظر: الصحاح، مادة: "ردد"، ولسان العرب، مادة: "ردد".

(٢) انظر: تبصرة الحكام (١/٢١٠)، والحاوي للهاوردي (١٣/١٤٩)، والمغني (١٢/٢٦٤).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٥/٢٠٥).

(٤) انظر: التجريد (١١/٥٨٥٢)، وتحفة الفقهاء (٣/٣٠٨-٣٠٩)، والكافي في فقه أهل المدينة (ص: ٤٨٥)، ومواهب

الجليل (٨/٣٧٣)، والأم (٣/١٥٨)، والحاوي (١٣/١٥١)، والمغني (١٢/٢٦٩)، وشرح الزركشي (٦/٢٣٦).

يدل لذلك: ١ - قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ

سَلَفَ﴾ [الأَنْفَال: ٣٨]. فهذا يدل على أن التوبة من الكفر تحو ما كان قبلها.

٢ - قول النبي ﷺ: «الإسلام يهدم ما كان قبله»^(١).

٣ - ولأن مقتضى قتله هو الردة، فإذا رجع وتاب زال المقتضي للقتل فسقط عنه بتوبته^(٢)، ولا يعزر إن لم تتكرر رده بالإجماع^(٣)؛ لأن في ذلك تنفيراً له عن الإسلام^(٤).

ثالثاً: كيفية توبته:

بأن يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ﷺ ويخلى سبيله، وإن كان كفره بجحد فرض ونحوه فتوبته مع إتيانه بالشهادتين: إقراره بالمجود به؛ لأنه كذب الله ورسوله بما اعتقده، أو يتبرأ مع الشهادتين من كل دين خالف الإسلام^(٥).

يدل على هذا قوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله، فقد عصم مني نفسه وماله إلا بحقه، وحسابه على الله»^(٦). وفي رواية: «ويؤمنوا بي وبما جئت به»^(٧).

(١) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب كون الإسلام يهدم ما قبله، رقم الحديث (١٢١).

(٢) انظر: شرح الزركشي (٢٣٦/٦).

(٣) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ١٧٥).

(٤) انظر: مطالب أولي النهي (٢٨٨/٦).

(٥) انظر: المغني (٢٨٨/١٢)، والممتع في شرح المقنع (٣٤٩/٤).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد، باب دعاء النبي ﷺ الناس إلى الإسلام والنبوة، رقم (٢٩٤٦)،

ومسلم في كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله، رقم (٢٠).

(٧) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله، رقم (٢١).

المطلب الثاني: تكرار الردة وأثره في قبول التوبة:

للعلماء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: أن المرتد إذا تكررت ردته يستتاب، ويدراً عنه الحد إذا تاب، سواء تكررت ردته مرتين أو أكثر. وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وقول المالكية^(٢) والشافعية^(٣)، ورواية عن الإمام أحمد^(٤).

القول الثاني: عدم قبول توبته. وهو القول الثاني عند الحنفية^(٥)، والرواية الثانية عن الإمام أحمد، وهي المذهب^(٦).

أدلة القولين:

أدلة القول الأول:

(١) قول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ

سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. فالآية عامة تتناول بعمومها من تكررت ردته^(٧).

(١) انظر: أحكام القرآن (٢/ ٣٥٨-٣٥٩)، وفتح القدير (٦/ ٧٠)، وحاشية ابن عابدين (١٣/ ١٧، و٤٣).

(٢) انظر: عيون المسائل (ص: ٤٧٩)، ومواهب الجليل (٨/ ١٩١).

(٣) انظر: الأم (٦/ ١٥٨)، وروضة الطالبين (١٠/ ٧٥-٧٦)، ومغني المحتاج (٤/ ١٤٠).

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٢٦٩)، وشرح الزركشي (٦/ ٢٣٨)، والإنصاف (١٠/ ٣٣٢)، فقد سئل الإمام أحمد

رَحِمَهُ اللَّهُ: «الرجل يسلم ثم يرتد ثم يسلم ثم يرتد؟ قال: ما دام يتوب يستتاب». مسائل الكوسج (٧/ ٣٧٠١)، رقم المسألة (٢٧٠١).

(٥) انظر: فتح القدير (٦/ ٧٠)، وحاشية ابن عابدين (١٣/ ١٧، و٤٣).

(٦) انظر: المغني (١٢/ ٢٦٩)، وشرح الزركشي (٦/ ٢٣٦)، والإنصاف (١٠/ ٣٣٢).

(٧) انظر: الحاوي (١٣/ ٤٤٩).

(٢) وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ يَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا﴾ (١٤٥)

إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ﴿[النساء: ١٤٥-١٤٦]﴾. وهذا يشمل حتى من تكررت ردة (١).

(٣) أن رجلاً من الأنصار أتى رسول الله ﷺ وهو في مجلس فساّره يستأذنه في قتل رجل من المنافقين، فجهر رسول الله ﷺ فقال: «أليس يشهد أن لا إله إلا الله؟ قال الأنصاري: بلى يا رسول الله! ولا شهادة له، قال رسول الله ﷺ: أليس يشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: بلى يا رسول الله! ولا شهادة له، قال: أليس يصلي؟ قال: بلى يا رسول الله! ولا صلاة له، فقال رسول الله ﷺ: أولئك الذين نهاني الله عنهم» (٢).

فالمرتد بتوبته ورجوعه إلى الإسلام ينطبق عليه الحديث وإن تكررت ردة، «فالنبي ﷺ كف عن المنافقين بما أظهروا من الشهادة، مع إخبار الله تعالى له بباطنهم» (٣).

(٤) أن المرتد إذا أتى بالشهادتين بعد الردة فإنه يحكم بإسلامه كما لو ارتد مرة ثم أسلم (٤).

(١) انظر: المغني (١٢/ ٢٦٩).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند، رقم (٢٣٦٧٠)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١/ ٢٤): «رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح». وقال البوصيري في تحاف الخيرة المهرة (١/ ١٢٥): «هذا إسناد رجاله رجال الصحيح».

(٣) المغني (١٢/ ٢٧١).

(٤) انظر: فتح القدير (٦/ ٧٠).

أدلة القول الثاني^(١):

(١) قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ءَزَادُوا كُفْرًا لَّمْ يَكُنْ

اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٣٧] الآية. فمن تكررت ردة انطبقت عليه الآية.

والجواب: أن هذا فيمن مات على كفره وثبت على ردة، لا من أسلم بعد تكرر الردة منه^(٢).

(٢) قوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ ثُمَّ أَزَادُوا كُفْرًا لَّنْ نُّقَبِّلَ تَوْبَهُمْ﴾ [آل عمران: ٩٠]. «والازدياد يقتضي كفراً متجدداً، ولا بد من تقدم إيمان عليه»^(٣).

والجواب: «أن من ازداد كفراً لم يتب، ومن تاب لم يزد كفراً»^(٤).

(٣) و«لأن تكررها قرينة تكذبه في توبته»^(٥).

(٤) «ولأن تكرار الردة منه يدل على فساد عقيدته وقلة مبالاته بالدين»^(٦).

والجواب: أن تكرار الإسلام بعد كل ردة شبهة تحقن بها الدماء، لا أنها تراقبها^(٧).

(١) انظر: المغني (٢٦٩/١٢)، وكشاف القناع (٢٥٣/١٤).

(٢) انظر: الحاوي (١٤٩/١٣)، والبيان (٥٢/١٢)، وشرح الزركشي (٢٤٠/٦).

(٣) كشاف القناع (٢٥٣/١٤).

(٤) الحاوي (١٥٥/١٣).

(٥) شرح الزركشي (٢٣٨/٦).

(٦) كشاف القناع (٢٥٣/١٤)، و٢٥٤.

(٧) شرح الزركشي (٢٣٩/٦).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول، وهو: أن من تكررت ردة إذا تاب ورجع إلى الإسلام سقط عنه حد الردة؛ إذ التوبة تهدم الذنب الذي تيب منه، قال الله تعالى:

﴿كَيْفَ يَهْدِي اللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ وَشَهِدُوا أَنَّ الرَّسُولَ حَقٌّ وَجَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ٨٦﴾ أُولَئِكَ جَزَاءُهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ لَعْنَةَ اللَّهِ وَالْمَلَكِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ ٨٧﴾ خَالِدِينَ فِيهَا لَا يُخَفَّفُ عَنْهُمْ الْعَذَابُ وَلَا هُمْ يُنْظَرُونَ ٨٨﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ٨٩﴾ [آل عمران: ٨٦-٨٩].

كما أن توبته تورث الشبهة الدائرة للحد، «فالدماء يحتاط لها أكثر من غيرها، ولا يصار لها إلا بيقين»^(١). وإذا ظهر لناظر القضية تعزيره لتكرار الردة منه فإنه يعزره^(٢) إن بانَّت المصلحة في ذلك.

تنبيه:

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: «الخلاف بين الأئمة في قبول توبتهم في الظاهر من أحكام الدنيا: من ترك قتلهم، وثبوت أحكام الإسلام في حقهم، وأما قبول الله تعالى لها في الباطن وغفرانه لمن تاب وأقْلَع ظاهراً أم باطناً فلا خلاف فيه، فإن الله تعالى قال في المنافقين: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَاعْتَصَمُوا بِاللَّهِ وَأَخْلَصُوا دِينَهُمْ لِلَّهِ فَأُولَئِكَ مَعَ الْمُؤْمِنِينَ ١٤٦﴾ وَسَوْفَ يُؤْتِي اللَّهُ الْمُؤْمِنِينَ أَجْرًا عَظِيمًا ١٤٧﴾ [النساء: ١٤٦]»^(٣).

(١) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، رقم المبدأ (١٥١١).

(٢) انظر: الحاوي (١٣/٤٤٩)، والبيان (١٢/٥٢).

(٣) المغني (١٢/٢٧١).

المطلب الثالث: توبة الساحر والزنديق ومن سب الله تعالى أو سب رسوله

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

أولاً: تعريف الساحر والزنديق:

السحر لغة: الأُخْذَةُ، وهو كل ما لطف مأخذه ودق، فهو سحر، وقد سَحَرَهُ يسْحَرُهُ سِحْرًا وَسَحَرَهُ أيضاً بمعنى: خَدَعَهُ، وكذلك إذا عَلَّلَهُ، ورجل ساحر من قوم سَحَرَةٍ وَسَحَّارٍ^(١).

واصطلاحاً: يطلق على:

١. اسم لكل أمر خَفِيَ سببه وَتُخَيَّلَ على غير حقيقته، فهو يجري مجرى التمويه والخداع^(٢).

٢. «عزائم ورقى وعُقد تُؤَثِّرُ في الأبدان والقلوب، فيَمْرِضُ ويَقْتُلُ ويُفَرِّقُ بين المرء وزوجه»^(٣). وهو المقصود هنا.

الزندقة لغة: الضيق، وليس في كلام العرب زنديق، وإنما تقول العرب: رجل زندق وزندقي: إذا كان شديد البخل، فإذا أرادوا معنى ما تقوله العامة قالوا: ملحد، ودهرى، والزنديق: القائل ببقاء الدهر، وزندقته أنه لا يؤمن بالآخرة ووحداية الخالق، وهو فارسي معرب، والجمع زنداقة، وقد تزندق، والاسم زندقة^(٤).

واصطلاحاً: «هو الذي يظهر الإسلام ويبطن الكفر»^(٥).

(١) انظر: الصحاح، مادة: "سحر"، ولسان العرب، مادة: "سحر".

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/ ٥٠).

(٣) الكافي لابن قدامة (٥/ ٣٣١)، وانظر: فتح المجيد (٢/ ٤٦٣).

(٤) انظر: الصحاح، مادة: "زندق"، ولسان العرب، مادة: "زندق".

(٥) الهداية لأبي الخطاب (ص: ٥٤٦).

ثانياً: توبة الساحر والزنديق ومن سب الله أو سب رسوله صلى الله عليه وسلم:

توبة الساحر:

اختلف العلماء في قبول توبته على قولين:

القول الأول: لا تقبل توبته، ويقام عليه الحد. وهو قول المشهور عند الحنفية^(١)، وهو قول مالك، وقيده: بما إذا ظهر عليه، أما إذا جاء تائباً قبل الظهور فتقبل توبته^(٢). وهو رواية عن الإمام أحمد، وهي المذهب^(٣).

القول الثاني: أن توبته تقبل. وهو قول الشافعي^(٤)، والرواية الأخرى عن الإمام أحمد^(٥).

قال ابن قدامة رحمه الله: «وهاتان الروايتان في ثبوت حكم التوبة في الدنيا من سقوط القتل ونحوه، فأما فيما بينه وبين الله تعالى وسقوط عقوبة الدار الآخرة عنه فتصح، فإن الله تعالى لم يسد باب التوبة عن أحد من خلقه، ومن تاب إلى الله قبل توبته، لا نعلم في هذا خلافاً»^(٦).

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٢٩٦/٧)، وفتح القدير (٩٩/٦).

(٢) انظر: الكافي (ص: ٥٨٥)، وعقد الجواهر الثمينة (٢٩٨-٢٩٩/٣).

(٣) انظر: المغني (٣٠٣/١٢)، والإنصاف (٣٣٢/١٠).

(٤) انظر: الحاوي (١٦٥/١٣)، والبيان (٦٧/١٢).

(٥) انظر: الكافي (٣٣٤/٥)، والإنصاف (٣٣٢/١٠).

(٦) المغني (٣٠٣/١٢).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١. أن الساحر كافر بنص الكتاب^(١)، قال الله تعالى: ﴿وَمَا يُعْلِمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّىٰ

يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة: ١٠٢].

٢. أن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لم يستتبعوا الساحر، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: «وهو

ظاهر ما نقل عن الصحابة، فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه استتاب ساحراً»^(٢). بل

جاء عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الأمر بقتلهم، فقد قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «اقتلوا كل ساحر»^(٣).

«وهذا اشتهر فلم ينكر، فكان إجماعاً»^(٤).

٣. «أن علم السحر لا يزول بالتوبة»^(٥)، و«لا طريق لنا إلى إخلاصه في توبته؛

لأنه يُضْمَرُ السحر ولا يجهر به»^(٦).

استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

١. أن «السحر ليس بأعظم من الشرك، والمشرک يستتاب، ومعرفته للسحر لا

تمنع قبول توبته، فإن الله تعالى قبل توبة سحرة فرعون»^(٧).

(١) انظر: المغني (٣٠٢/١٢).

(٢) المغني (٣٠٣/١٢).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند، رقم (١٦٥٧)، وأبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفبيء، باب في أخذ

الجزية من المجوس، رقم (٣٠٤٣)، وسكت عنه. وصححه ابن حزم في "المحلى" (٨/٥٢٠)، و(١٢/٤١٤)،

وابن القيم في الزاد (٦٢/٥).

(٤) المغني (٣٠٣/١٢).

(٥) الكافي لابن قدامة (٣٣٤/٥).

(٦) كشاف القناع (٢٥٥/١٤).

(٧) المغني (٣٠٣/١٢).

٢. «أن الساحر لو كان كافراً فأسلم صح إسلامه وتوبته، فإذا صحت التوبة منهما صحت من أحدهما كالكفر»^(١).

والجواب: أن هذا قياس مع الفارق كما سيأتي في الترجيح، ثم هو في مقابل إجماع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كما مر في أدلة القول الأول.

٣. و«كونه يحسن السحر لا يجب عليه شيء، كما لو قال: أنا أحسن السرقة ولا أسرق، فلا شيء عليه، كذلك هذا مثله»^(٢). «فعلمه بالسحر لا يمنع توبته؛ بدليل ساحر الكتاب إذا أسلم»^(٣).

والجواب: أن البحث «في ثبوت حكم التوبة في الدنيا من سقوط القتل ونحوه، فأما فيما بينه وبين الله تعالى وسقوط عقوبة الدار الآخرة عنه فتصح، فإن الله تعالى لم يسد باب التوبة عن أحد من خلقه، ومن تاب إلى الله قَبْلَ توبته، لا نعلم في هذا خلافاً»^(٤). «وحد الساحر القتل، والحد بعد ثبوته لا يسقط بالتوبة»^(٥)، وظاهر «الآثار القتل بكل حال»^(٦). قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ: «صح عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه أمر بقتله، وصح عن حفصة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا»^(٧).

(١) المغني (١٢/٣٠٣).

(٢) البيان (١٢/٦٨).

(٣) الكافي لابن قدامة (٥/٣٣٤).

(٤) المغني (١٢/٣٠٣).

(٥) كشف القناع (١٤/٢٥٤).

(٦) شرح الزركشي (٦/٢٤٢).

(٧) زاد المعاد (٥/٦٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو: القول الأول القائل بعدم قبول توبته؛ وذلك لقوة أدلتهم، فالصحابه لم يستتيبوا السحرة بل قتلوهم، ولا يصح قياس الساحر على المشرك؛ لأنه أكثر فساداً منه، وأيضاً قياسه على الساحر الكافر لا يصح؛ لأن الإسلام يجب ما قبله.

وقد صدرت فتوى اللجنة الدائمة للإفتاء بترجيح هذا القول، وأن الساحر يقتل مطلقاً^(١)؛ إذ بقاءه ضرر بالمجتمع، والغالب عليه عدم الصدق في التوبة^(٢). وجاء في المبادئ القضائية ما نصه: «السحر ليس بمنزلة الكفر المجرد الذي ينتهي بالتوبة منه، وعمل السحر وتعلمه وعمله للآخرين من أعظم الفساد»^(٣).

توبة الزنديق:

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم قبول توبته. وهذا قول عن أبي حنيفة^(٤)، وهو ظاهر المذهب عند الحنفية^(٥)، وهو قول مالك^(٦)، ورواية عن الإمام أحمد^(٧)، وهي المشهور من مذهبه^(٨).

(١) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة - المجموعة الأولى (١/ ٥٥٢).

(٢) انظر: مجموع فتاوى الشيخ عبد العزيز بن باز (٧/ ٨١)، وهو ما رجحه سياحته رَحِمَهُ اللهُ.

(٣) انظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، رقم المبدأ (١٣٤١).

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٣٥٩)، والتجريد (١١/ ٥٨٤٧).

(٥) انظر: البحر الرائق (٥/ ١٣٦).

(٦) انظر: عيون المسائل (ص: ٤٥٧)، والكافي (ص: ٥٨٥)، والقوانين الفقهية (ص: ٥٤٤).

(٧) انظر: المغني (١٢/ ٢٦٩)، والإنصاف (١٠/ ٣٣٣).

(٨) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢/ ٤٨٤).

القول الثاني: قبول توبته. وهو قول الشافعي^(١)، وقول عن أبي حنيفة^(٢)،
والرواية الثانية عن الإمام أحمد^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قال الله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنُّوا﴾ [البقرة: ١٦٠]. «والزندق لا تظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته؛ لأنه كان مظهراً للإسلام مسراً للكفر، فإذا وقف على ذلك فأظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها، وهو إظهار الإسلام»^(٤). فلا سبيل إلى العلم بتوبته، فإنه ما زال مظهراً للإسلام، فلم يتجدد بإسلامه الثاني حال مخالفة لما كان عليه، بخلاف الكافر الأصلي^(٥).
٢. ما ثبت عن علي وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنها اتفقا على قتل الزنادقة، واختلفا في صفة القتل^(٦).
٣. «أنه ربما أفسد عقائد المسلمين في الباطن، وفي ذلك خطر وضرر عظيم»^(٧)، «ومفسدة بقاءه بين أظهر المسلمين من أعظم المفاصد»^(٨).

(١) انظر: الحاوي (١٣/١٥٢)، والبيان (١٢/٤٩).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/١٣٦).

(٣) انظر: المغني (١٢/٢٦٩)، والإنصاف (١٠/٣٣٣).

(٤) المغني (١٢/٢٦٩).

(٥) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٨٤٧).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، رقم (٦٩٢٢).

(٧) شرح الزركشي (٦/٢٣٨).

(٨) إعلام الموقعين (٣/١٤٣).

٤. «أن الله سبحانه سَنَّ في عباده أنهم إذا رأوا بأسه لم ينفعهم الإسلام، وهذا إنما أسلم عند معاينة البأس»^(١).

٥. «أن الله تعالى سَنَّ في المحاربين أنهم إن تابوا قبل القدرة عليهم قبلت توبتهم، ولا تنفعهم التوبة بعد القدرة عليهم، ومحاربة الزنديق للإسلام بلسانه أعظم من محاربة قاطع الطريق بيده وسنانه، فإن فتنة هذا في الأموال والأبدان، وفتنة الزنديق في القلوب والإيمان، فهو أولى ألا تقبل توبته بعد القدرة عليه»^(٢).

٦. «لأريب أن محاربة الزنديق لله ورسوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** وإفساده في الأرض أعظم محاربة وإفساداً، فكيف تأتي الشريعة بقتل مَنْ صال على عشرة دراهم لذمي أو على بدنه ولا تقبل توبته، ولا تأتي بقتل مَنْ دأبه الصول على كتاب الله وسنة رسوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، والطعن في دينه وتقبل توبته بعد القدرة عليه»^(٣)؟

أدلة القول الثاني:

١. قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ يَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا﴾^(١٤٥) **إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا** [النساء: ١٤٥-١٤٦]. والزنديق ليس بعيداً عن المنافق فيأخذ حكمه. والجواب: أن الزنديق ظهرت زندقته فأخذ بها، بخلاف المنافق فهو مخفٍ لنفاقه.

(١) إعلام الموقعين (٣/ ١٤٢).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ١٤٢).

(٣) إعلام الموقعين (٣/ ١٤٣).

٢. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فمن

قال: لا إله إلا الله فقد عصم مني نفسه وماله إلا بحقه، وحسابه على الله»^(١).

فالحديث يدل على عصمة النفس والمال إذا نطق بالشهادة، وهذا حاصل في الزنديق التائب.

والجواب: ما مضى في أدلة القول الأول: أن الزنديق أعظم حرباً على الإسلام والمسلمين من المحارب، وفساده أكبر، وهو بزندقته والقدرة عليه وقتله بناء على ذلك قد أُخِذَ بحق الإسلام في الحفاظ على الدين، وبحق المسلمين في حمايتهم من الزنادقة.

٣. «النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَفَّ عن المنافقين لما أظهروا من الإسلام مع ما كانوا يطنون من خلافه، فوجب أن تُكفَّ عن المعطل والزنديق لما يظهرونه من الإسلام»^(٢).

والجواب: أن الزنديق ظهر منه ما يوجب قتله، بخلاف المنافق.

٤. أن أحكام الدنيا على الظاهر، وهذا قد تاب مما كان عليه، فيؤخذ بما ظهر لنا من توبته، قال ابن عبد البر رَحِمَهُ اللَّهُ: «أجمعوا أن أحكام الدنيا على الظاهر، وأن السرائر إلى الله عَزَّ وَجَلَّ»^(٣).

(١) سبق تخريجه.

(٢) المهذب (٣/ ٤١٣).

(٣) التمهيد (١٠/ ١٥٧).

والجواب: نعم، وهذا الزنديق قد أخذ بظاهر عمله، وهي الزندقة، وتوبته أمرها إلى الله، ولا تمنع من إقامة الحد عليه، وقد مضى أن ذكر كلام ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ في مسألة توبة الساحر^(١).

الترجيح: لا شك أن هذه المسألة من المسائل المهمة؛ لخطورتها، فهي تتعلق بالدماء، ولوجود الزنادقة في كثير من عصور الإسلام، ويزدادون حال ضعف المسلمين، وفي ترجيح القول الأول حسم كبير لباب الزندقة، فإذا علم كثير من الزنادقة أن توبته غير مقبولة وأنه يقتل فربما ترك إظهار زندقته؛ لتسلم رقبتة، قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «يا لله العجب، كيف يقاوم دليل إظهاره للإسلام بلسانه بعد القدرة عليه أدلة زندقته وتكررها منه مرة بعد مرة، وإظهاره كل وقت للاستهانة بالإسلام والقدح في الدين والطعن فيه في كل مجمع؟ مع استهانتهم بحرمات الله واستخفافه بالفرائض وغير ذلك من الأدلة؟ ولا ينبغي لعالم قط أن يتوقف في قتل مثل هذا، ولا تترك الأدلة القطعية لظاهر قد تبين عدم دلالتها وبطلانها، ولا تسقط الحدود عن أرباب الجرائم بغير موجب.

نعم لو أنه قَبْلَ رفعه إلى السلطان ظهر منه من الأقوال والأعمال ما يدل على حسن الإسلام وعلى التوبة النصوحة وتكرر ذلك منه لم يقتل... وهذا التفصيل أحسن الأقوال في المسألة»^(٢).

(١) انظر: المغني (١٢/٣٠٣).

(٢) إعلام الموقعين (٣/١٤٤).

فائدتان:

الفائدة الأولى: قال الزركشي رَحِمَهُ اللهُ: «كل موضع قلنا: لا تقبل التوبة فلا استتابة؛ لعدم فائدتها، وكل موضع قلنا بقبول التوبة فإنه لا يقتل حتى يستتاب؛ احتياطاً للدماء»^(١).

الفائدة الثانية: أنه إذا قُتل الزنديق بعد إعلان التوبة لا يقال: قد قُتل ظلماً، وهذا محل اتفاق، قال الإمام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «الفقهاء متنازعون في قبول توبة الزنديق، فأكثرهم لا يقبلها، وهو مذهب مالك وأهل المدينة، ومذهب أحمد في أشهر الروايتين عنه، وهو أحد القولين في مذهب أبي حنيفة ووجه في مذهب الشافعي، والقول الآخر: تقبل توبته، وقد اتفقوا على أنه إذا قتل مثل هذا لا يقال: قتل ظلماً»^(٢).

توبة من سب الله أو سب الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

أولاً: توبة من سب الله:

اتفق العلماء على أن سب الله كفر، قال إسحاق بن راهويه رَحِمَهُ اللهُ: «أجمع العلماء أن من سب الله عَزَّجَلَّ أو سب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أو دفع شيئاً أنزله الله أو قتل نبياً من أنبياء الله وهو مع ذلك مقر بما أنزل الله أنه كافر»^(٣).

(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٦/٢٤٦).

(٢) مجموع الفتاوى (٢/٤٨٤).

(٣) التمهيد (٤/٢٢٦).

وقال ابن حزم رَحِمَهُ اللهُ: «ما على ظهر الأرض مسلم يخالف في أنه كفر مجرد»^(١).

وأن الساب يقتل إن لم يتب من قوله، قال ابن تيمية: «فيمن سب الله تعالى فإن كان مسلماً وجب قتله بالإجماع؛ لأنه بذلك كافر مرتد، وأسوأ من الكافر؛ فإن الكافر يعظم الرب، ويعتقد أن ما هو عليه من الدين الباطل ليس باستهزاء بالله ولا مسبة له»^(٢).

وإن أظهر التوبة فقد اختلف العلماء في قبولها على قولين:
القول الأول: أنها تقبل، ولا يقام عليه الحد. وهو قول الحنفية^(٣) والشافعية^(٤)، ورواية عن الإمام أحمد^(٥).

القول الثاني: لا تقبل توبته، ويقام عليه الحد. وهو المشهور عند المالكية^(٦)، ورواية عن الإمام أحمد، وهي المذهب^(٧). وقال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «هذا القول له توجه وقوة»^(٨).

(١) المحلى (٤٣٥/١٢).

(٢) الصارم المسلول (١٠١٧/٣).

(٣) انظر: مجمع الأنهر (٦٧٧/١)، وحاشية ابن عابدين (٤٤/١٣).

(٤) انظر: نهاية المطلب (٤٦/١٨)، وروضة الطالبين (٧٥/١٠).

(٥) انظر: شرح الزركشي (٢٣٨/٦)، والإنصاف (٣٣٣/١٠).

(٦) انظر: الكافي (ص: ٥٨٥)، وعقد الجواهر الثمينة (٤٩٦/١)، والقوانين الفقهية (ص: ٥٤٤).

(٧) انظر: شرح الزركشي (٢٣٨/٦)، والمبدع (٤٨٦/٧)، والإنصاف (٣٣٢/١٠).

(٨) انظر: الصارم المسلول (١٠٢٩/٣).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١. أن من تاب تاب الله عليه، لا سيما أن هذا حق له سبحانه، والله أمر عباده بالتوبة، فالسب قد رجع عن هذا بتوبته، فلا يقام عليه الحد^(١).

٢. «أن النصارى يسبون الله بقولهم: هو ثالث ثلاثة، ويقولهم: إن له ولداً، كما أخبر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الله عزَّ وجلَّ أنه قال: «شتمني ابن آدم، وما ينبغي له ذلك، وكذبني ابن آدم، وما ينبغي له ذلك، فأما شتمه إياي فقلوه: إن لي ولداً، وأنا الأحد الصمد». وقال سبحانه: ﴿لَقَدْ كَفَرَ الَّذِينَ قَالُوا إِنَّ اللَّهَ ثَالِثُ ثَلَاثَةٍ﴾ [المائدة: ٧٣]، إلى قوله: ﴿أَفَلَا يَتُوبُونَ إِلَى اللَّهِ وَيَسْتَغْفِرُونَ﴾ [المائدة: ٧٤]. وهو سبحانه قد علم منه أنه يسقط حقه عن التائب، فإن الرجل لو أتى من الكفر والمعاصي بملء الأرض ثم تاب تاب الله عليه^(٢). و«التوبة من هذا مقبولة بالاتفاق»^(٣). فكذلك هنا.

٣. روي عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن من سب الله يستتاب، فإن تاب وإلا قتل^(٤).

(١) انظر: مجمع الأنهر (١/ ٦٧٧).

(٢) الصارم المسلول (٣/ ١٠٢٠).

(٣) الكافي لابن قدامة (٥/ ٣٢٤).

(٤) ذكره ابن تيمية في الصارم المسلول (٣/ ٦٤٥)، وقال: «في إسناد الحديث عنه مقال»، ثم وجهه بأنه سبه بناء على أنه لا يعتقد أنه رسول.

أدلة القول الثاني:

١. قوله تعالى: ﴿وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِإِلَهِ

وَعَيْنَيْهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ ﴿٦٥﴾ لَا تَعْذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ ﴿[التوبة: ٦٥-٦٦]﴾. فبين أنه لا عُذر له؛ «لأن ذنبه عظيم جداً، يدل منه على فساد عقيدته واستخفافه بالله تعالى»^(١).

٢. جاء عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: من سبَّ الله أو أحداً من الأنبياء فاقتلوه^(٢). قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «هذا مع أن سيرته في المرتد أنه يستتاب ثلاثاً، ويطعم كل يوم رغيفاً لعله يتوب، فإذا أمر بقتل هذا من غير استتابة علم أن جرمه أغلظ عنده من جرم المرتد المجرد»^(٣).

٣. «أن ذنبه عظيم جداً، أشبه الزنديق»^(٤)، فلا تقبل توبته، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأَعَدَّ لَهُمْ عَذَابًا مُهِينًا ﴿٥٧﴾﴾ [الأحزاب: ٥٧]. قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «فإنها تدل على قتل من يؤذي الله كما تدل على قتل من يؤذي رسوله»^(٥).

(١) كشف القناع (١٤/٢٥٤).

(٢) ذكره ابن تيمية في الصارم المسلول (٣/٧٩٨)، محتجاً به.

(٣) الصارم المسلول (٣/٧٩٨).

(٤) الممتع في شرح المقنع (٤/٣٤٧).

(٥) الصارم المسلول (٣/١٠٢٦).

الترجيح: الأظهر هو القول الثاني، وهو عدم قبول توبته؛ لورود ذلك عن الخليفة الراشد عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حتى قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «لم يبلغنا عن أحد من الصحابة أنه أمر باستتابة الساب إلا ما روى عن ابن عباس، وفي إسناد الحديث عنه مقال»^(١). وبهذا جاء المبدأ القضائي^(٢).

ثانياً: توبة من سب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

اختلف العلماء في قبولها على قولين:

القول الأول: أنه يقتل، ولا تقبل توبته. وهو قول جماهير العلماء^(٣)، بل حكى الإجماع عدد من أهل العلم^(٤).

(١) الصارم المسلول (٣/ ٦٤٥).

(٢) انظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، رقم المبدأ (١٣٣١).

(٣) انظر: فتح القدير (٩٨/ ٦)، والبحر الرائق (١٣٥/ ٥)، والتلقين (ص: ٣٧٨)، والقوانين الفقهية (ص: ٥٤٤)، ونهاية المطلب (٤٦/ ١٨)، والمغني (٢٩٩/ ١٢)، والإنصاف (٣٣٢/ ١٠).

(٤) قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «من سب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من مسلم أو كافر فإنه يجب قتله. هذا مذهب عليه عامة أهل العلم. قال ابن المنذر: "أجمع عوام أهل العلم على أن حد من سب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ القتل". وممن قاله مالك والليث وأحمد وإسحاق، وهو مذهب الشافعي، وقد حكى أبو بكر الفارسي من أصحاب الشافعي إجماع المسلمين على أن حد من يسب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ القتل، كما أن حد من سب غيره الجلد. وهذا الإجماع الذي حكاه هذا محمول على إجماع الصدر الأول من الصحابة والتابعين، أو أنه أراد به إجماعهم على أن سب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يجب قتله إذا كان مسلماً، وكذلك قيده القاضي عياض، فقال: "أجمعت الأمة على قتل متنقصه من المسلمين وسابه". وكذلك حكى عن غير واحد الإجماع على قتله وتكفيره. وقال الإمام إسحاق بن راهويه أحد الأئمة الأعلام: "أجمع المسلمون على أن من سب الله أو سب رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أو دفع شيئاً مما أنزل الله عز وجل أو قتل نبياً من أنبياء الله عز وجل أنه كافر بذلك، وإن كان مقرأً بكل ما أنزل الله". وقال الخطابي: "لا أعلم أحداً من المسلمين اختلف في وجوب قتله". وقال محمد بن سحنون: "أجمع العلماء على أن شاتم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المنتقص له كافر، والوعيد جار عليه بعذاب الله له، وحكمه عند الأمة القتل، ومن شك في كفره وعذابه كفر". الصارم المسلول (٢/ ١٣-١٦).

وانظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ١٧٤)، والتمهيد (٤/ ٢٢٦)، والشفا (٢/ ٢١٥).

قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «من سب نبياً من الأنبياء قتل باتفاق الفقهاء»^(١).

وقال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «يتعين قتل الساب لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأن قتله حد لا بد من استيفائه»، إلى أن قال: «وهذا إجماع من الخلفاء الراشدين، ولا يُعلم لهم في الصحابة مخالف»^(٢).

القول الثاني: أن له توبة، ويسقط الحد عنه بها. وقول عند الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤) والشافعية^(٥)، ورواية عن الإمام أحمد^(٦).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللهِ وَءَايَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ﴾ [٦٥] لَا تَعْنِدُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ ﴿[التوبة: ٦٥-٦٦].
فهؤلاء قد كفروا مع اعتذارهم ولم يقبل منهم، فالساب أولى ألا يقبل منه؛ لأن الله ذكر المستهزئ وهو دون الساب.

٢. ما نقله ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ من إجماع الخلفاء الراشدين رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ على قتله،

(١) مجموع الفتاوى (١٠/٢٩٠)، وانظر: (١٢٣/٣٥).

(٢) زاد المعاد (٣/٤٤٠).

(٣) انظر: فتح القدير (٦/٩٨)، والبحر الرائق (٥/١٣٥).

(٤) انظر: الكافي (ص: ٥٨٥)، وعقد الجواهر الثمينة (١/٤٩٦).

(٥) انظر: نهاية المطلب (١٨/٤٦)، البيان (١٢/٢٨٨).

(٦) انظر: شرح الزركشي (٦/٢٣٦)، والإنصاف (١٠/٣٣٣).

ولا يُعلم لهم في الصحابة مخالف^(١)، بل قال رَحِمَهُ اللهُ: «والآثار عن الصحابة بذلك كثيرة، وحكى غير واحد من الأئمة الإجماع على قتله»^(٢).

٣. القياس على عدم سقوط حد القذف بمجرد التوبة، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «لأن قتله مُوجِبُ السَّبِّ والقذف، فلا يسقط بالتوبة كحد القذف»^(٣).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدلوا بما يلي:

١. قول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. والساب كفر بسبه، ثم تاب من كفره فتقبل توبته، فدخل في عموم الآية.

٢. إن زعم الله ولداً فقد سب الله تعالى، وتوبته مقبولة بغير خلاف، فإذا قُبِلَت توبة من سب الله تعالى فتوبة من سب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أولى^(٤).

ونوقش: لا تقبل توبة ساب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لأنه حق آدمي لا يعلم إسقاطه، بخلاف توبة من سب الله تعالى، فالله يقبل التوبة في خالص حقه^(٥)، على ما مضى من الخلاف في خصوص الخلاف في ساب الله.

(١) انظر: زاد المعاد (٣/ ٤٤٠).

(٢) زاد المعاد (٥/ ٦٠).

(٣) الكافي (٥/ ٣٢٤).

(٤) انظر: الكافي (٥/ ٣٢٤)، والمبدع (٩/ ١٨٠-١٨١).

(٥) انظر: الفروع (١٠/ ١٩٤)، والإنصاف (١٠/ ٣٣٣).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول، وأن توبة من سب الرسول **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** لا تقبل بل يقتل؛ لعظيم ذنبه وكبير جرمه، فالخلفاء الراشدون **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ** قد أجمعوا على قتله وسفك دمه.

وبهذا جاءت المبدأ والقرار القضائي أن من سب النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** يقتل حداً؛ لوجوب الغيرة على حرمة المصطفى **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**^(١).

(١) انظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، رقم المبدأ (١٣٣٤)، و (١٣٣٥).

المبحث الثالث

أثر توبة القاذف في إسقاط الحد

المطلب الأول: أثر توبة القاذف في إسقاط الحد:

أولاً: تعريف القذف:

القذف لغة: الرمي بالحجارة، يقال: هم بين حاذف وقاذف، فالحاذف بالعصا، والقاذف بالحجارة، وقذف المحصنة أي: رماها، والتقاذف: الترامي^(١).
واصطلاحاً هو: رمي بزنا أو لواط أو شهادة بأحدهما ولم تكمل البيّنة^(٢).

ثانياً: أثر التوبة في إسقاط حد القاذف:

اتفق العلماء أن توبة القاذف لا تسقط عنه حد القذف. قال الماوردي رَحِمَهُ اللهُ:
«من قذف لم يسقط عنه بالتوبة الجلد باتفاق»^(٣).

وقال ابن رشد رَحِمَهُ اللهُ: «اتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد»^(٤).

ومن حكي الإجماع على ذلك الموفق ابن قدامة^(٥) والقرطبي^(٦) رَحِمَهُمَا اللهُ.

(١) انظر: الصحاح، مادة: "قذف".

(٢) انظر: كشف القناع (١٤ / ٧٠).

(٣) الحاوي (١٧ / ٢٥).

(٤) بداية المجتهد (٤ / ٢٨٤).

(٥) انظر: المغني (١٢ / ٤٠٥).

(٦) انظر: الجامع لأحكام القرآن (١٢ / ١٧٩).

المبحث الرابع

أثر التوبة في إسقاط حد الزنا والسرقة وشرب المسكر

تحرير محل النزاع:

الخلاف واقع إذا تاب قبل القدرة عليه، أما بعد القدرة فقد قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «الحدود لا تسقط بالتوبة بعد القدرة اتفاقاً»^(١).

محل الخلاف: إذا تاب قبل القدرة عليه:

فقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنها تسقط بالتوبة. وهو أصح القولين عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني: أنها لا تسقط بالتوبة. وهو المذهب عند الحنفية^(٤) والمالكية^(٥)، وقول عند الشافعية^(٦)، ورواية عن الإمام أحمد^(٧).

(١) إعلام الموقعين (٣/ ١٤٢-١٤٣).

(٢) انظر: الحاوي (١٣/ ٣٧٠)، والمهذب (٣/ ٥٨١)، والبيان (١٢/ ٥١١).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٤٨٤)، والفروع (١٠/ ١٥٩)، والإنصاف (١٠/ ٣٠٠).

(٤) انظر: التجريد للقدوري (١١/ ٥٩٤٩)، والبحر الرائق (٧/ ١٠٠)، وأحكام القرآن للجصاص (٢/ ٥١٦).

(٥) انظر: الإشراف (٢/ ٨٦٤)، وعقد الجواهر الثمينة (٣/ ٣٣٩)، والقوانين الفقهية (ص: ٥٤٠).

(٦) انظر: الحاوي (١٣/ ٣٧٠)، والمهذب (٣/ ٥٨١)، وروضة الطالبين (١٠/ ١٥٨).

(٧) انظر: المغني (١٢/ ٤٨٤)، والممتع في شرح المقنع (٤/ ٣٢٢)، وقال: «على المذهب». وانظر: الإنصاف (١٠/ ٣٠٠).

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول^(١) بما يلي:

(١) قول الله تعالى في الزاني: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا

وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا﴾ [النساء: ١٦].

(٢) قوله تعالى في حد السارق: ﴿فَن تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ

عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٩].

(٣) قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ

رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤]. قال ابن القيم رحمه الله: «نص الشارع على اعتبار توبة

المحارب قبل القدرة عليه، إما من باب التنبيه على اعتبار توبة غيره بطريق الأولى،

فإنه إذا دفعت توبته عنه حد حراية مع شدة ضررها وتعيديه فلأن تدفع التوبة ما

دون حد الحراب بطريق الأولى والأحرى»^(٢).

(٤) «أنه خالص حق الله تعالى، فيسقط بالتوبة»^(٣)، «والله سبحانه جعل الحدود

عقوبة لأرباب الجرائم، ورفع العقوبة عن التائب شرعاً وقدرأً، فليس في شرع

الله ولا قدره عقوبة تائب البتة»^(٤).

(١) انظر في أدلتهم: البيان (١٢/٥١١-٥١٢)، والمغني (١٢/٤٨٤)، وإعلام الموقعين (٢/٧٨).

(٢) إعلام الموقعين (٢/٧٨).

(٣) انظر: المغني (١٢/٤٨٤).

(٤) إعلام الموقعين (٢/٧٨).

أدلة القول الثاني^(١):

استدلوا بما يلي:

(١) قول الله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]. «وهذا عام

في التائب وغيره»^(٢).

(٢) وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ

اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨]. ولم يفرق بين تائب وغيره^(٣).

والجواب: أن هذا محمول بعد القدرة عليه لا قبلها مع التوبة.

(٣) أن النبي ﷺ أقام الحدود على من ارتكبها، وقد جاء بعضهم تائباً

طالباً التطهير ومع ذلك لم يسقط الحد عنهم^(٤).

(٤) «أن الحد كفارة، فلم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين والقتل»^(٥).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لظهور أدلته وقيام حجته، وقد قال

الرسول ﷺ: «من أصاب شيئاً من ذلك فستره الله عليه فأمره إلى الله،

(١) انظر في أدلتهم: التجريد للقدوري (١١/٥٩٤٩)، والإشراف (٢/٨٦٤)، والمغني (١٢/٤٨٥).

(٢) انظر: المغني (١٢/٤٨٥).

(٣) انظر: الإشراف (٢/٨٦٤).

(٤) انظر: المغني (١٢/٤٨٥)، وانظر في رجم الزاني في عهده ﷺ: صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الرّجم

بالمصل، رقم الحديث (٦٨٢٠)، وصحيح مسلم، كتاب الحدود، باب رجم الثيب في الزنى، رقم الحديث (١٦٩١).

(٥) المغني (١٢/٤٨٥).

«إن شاء عفا عنه وإن شاء عذبه»^(١). فلا مانع من كون التوبة مسقطة لهذه الحدود المذكورة، لأنه بارتكابها قد يكون مستوجباً للحد، لا أن الحد قد وجب عليه، فلا يحل إسقاطه، وهو بتوبته أسقط موجب الحد، وأمره إلى الله. وهذا كله مشروط -كما مضى- قبل وصولها للجهات المختصة القائمة مقام الإمام، وهي التي عُبر عنها بالقدرة عليه.

والقياس في هذه المسألة على المحاربة قياس أولوي. قال الإمام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «إن تاب من الزنا والسرقة أو شرب الخمر قبل أن يرفع إلى الإمام فالصحيح أن الحد يسقط عنه كما يسقط عن المحاربين بالإجماع إذا تابوا قبل القدرة»^(٢). وقال ابن القيم: «فإن قيل: فما عر جاء تائباً والغامدية جاءت تائبة، وأقام عليهما الحد.

قيل: لا ريب أنهما جاءا تائبين، ولا ريب أن الحد أقيم عليهما، وبهما احتج أصحاب القول الآخر، وسألت شيخنا عن ذلك فأجاب بما مضمونه: بأن الحد مطهر، وأن التوبة مطهرة، وهما اختارا التطهير بالحد على التطهير بمجرد التوبة، وأبياً إلا أن يطهرا بالحد، فأجابهما النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى ذلك، وأرشد إلى اختيار التطهير بالتوبة على التطهير بالحد، فقال في حق ماعز: **«هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه؟»** ولو تعين الحد بعد التوبة لما جاز تركه، بل الإمام مخير بين أن يتركه كما

(١) أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب الحدود كفارة، رقم الحديث (٦٧٨٤)، ومسلم في كتاب الحدود، باب الحدود كفارات لأهلها، رقم الحديث (١٧٠٩).

(٢) مجموع الفتاوى (١٨٠ / ٣٤).

قال لصاحب الحد الذي اعترف به: «**اذهب فقد غفر الله لك**». وبين أن يقيم كما أقامه على ماعز والغامدية لما اختارا إقامته وأبيا إلا التطهير به، ولذلك ردهما النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** مراراً وهما يأبيان إلا إقامته عليهما. وهذا المسلك وسط مسلك من يقول: لا تجوز إقامته بعد التوبة البتة، وبين مسلك من يقول: لا أثر للتوبة في إسقاطه البتة، وإذا تأملت السنة رأيتها لا تدل إلا على هذا القول الوسط^(١). والله يقول: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا الذُّنُوبَ مِنْهُمْ وَمَنْ يَغْفِرُ اللَّهُ ذُنُوبَهُ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [آل عمران: ١٣٥].

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٧٩).

الخاتمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.

أما بعد:

فأختم بأهم النتائج المستخلصة والفوائد المستنبطة من هذا البحث، فأقول:

- معنى التوبة، وهو: الندم على ما سلف في الماضي، والإقلاع عنه في الحال، والعزم على ألا يعود إليه في المستقبل.
- فضل التوبة ومكانتها في الشريعة، وأنها من أعظم المنن من الله، وهي الباب الذي يلج منه المذنب إلى الله سبحانه.
- التوبة واجبة من جميع الذنوب، خاصة ما أوجب حداً.
- معنى الحد، وهو: عقوبة مقدرة شرعاً في معصية لئلا تمنع من الوقوع في مثلها.
- تعريف الإسقاط، وهو: إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحق.
- تبين من خلال البحث أن توبة المحاربين قبل القدرة عليهم تسقط عنهم الحد بالإجماع، أما بعد القدرة عليهم فلا تسقط الحدود بالتوبة اتفاقاً.
- توبة المرتد تعصم دمه وماله بالاتفاق، ومن تكررت رده فعله قولين، وتم ترجيح قبولها في كونها تدرأ الحد. والله أعلم.
- توبة الساحر والزنديق لا تدرأ عنهما الحد على الصحيح.

- ومن سب الله أو سب رسوله ﷺ فيقام عليه الحد ولو تاب.
- توبة القاذف قد حُكي الإجماع على أنها لا ترفع الحد.
- وأما أثر التوبة في إسقاط حد الزنا والسرقة والسكر فالصحيح أنه إن تاب قبل رفعه إلى السلطان فالحد يسقط عنه.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.
وصلّى الله على النبي الكريم، وعلى آله وصحبه وسلم.

فهرس المصادر والمراجع

١. إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، المؤلف: أبي العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري الشافعي، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي بإشراف: أبي تميم ياسر بن إبراهيم، دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٢. أثر الشبهات في درء الحدود، تأليف: سعيد بن مسفر الوادعي، مكتبة التوبة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٣. أحكام القرآن، تأليف: أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ت/ عبد السلام محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٤. الإشراف، للقاضي عبد الوهاب بن نصر، تخرّيج: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ.
٥. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، تأليف: الشيخ محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، ت/ محمد الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٦. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد.
٧. الإفصاح عن معاني الصحاح، تأليف: الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي، منشورات: المؤسسة السعيدية بالرياض.

٨. الإقناع، للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن منذر النيسابوري، ت: عبدالله بن عبد العزيز الجبرين، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ.
٩. الأم، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٣ هـ.
١٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، ت: محمد بن حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت الطبعة الأولى، ١٣٧٧ هـ.
١١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، ط ٢، دار المعرفة، بيروت.
١٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: الإمام علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي، ت: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت.
١٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ت: عبد الحميد طعمة حلي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.
١٤. البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني، اعتنى به: قاسم النوري، دار المنهاج.
١٥. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تأليف: العلامة برهان الدين المالكي، ت: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ.

١٦. التجريد، لأبي الحسين محمد القدوري، ت: د. محمد سراج ود. علي محمد، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
١٧. تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، ت/ د. محمد عبد البر، مكتبة دار التراث، القاهرة، ط ٣، ١٤١٩هـ.
١٨. التلقين في الفقه المالكي، للقاضي عبد الوهاب بن نصر، ت/ محمد الغاني، مكتبة نزار الباز.
١٩. تفسير ابن كثير، لأبي الفداء إسماعيل بن كثير، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ.
٢٠. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري، ت/ مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ.
٢١. التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، ت: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة، ١٤١٨هـ.
٢٢. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، ت: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٢٣. الجوهرة النيرة، لأبي بكر علي الحداد، ت: د. سائد بكداش، دار أروقة، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.
٢٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تأليف: أبي الحسين علي بن محمد الماوردي، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٢٥. خطبة الحاجة، تأليف: محمد بن ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة، ١٤٠٠هـ.
٢٦. الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت: محمد بو خبزة، دار الغرب، الطبعة الأولى، ١٩٩٤هـ.
٢٧. رد المحتار على الدر المختار "المعروف بحاشية ابن عابدين"، لمحمد أمين ابن عمر بن عابدين، ت/ د. حسام الدين بن محمد، دار الثقافة والتراث، دمشق، ط١، ١٤٢١هـ.
٢٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
٢٩. رياض الصالحين، تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مؤسسة الرسالة ومكتبة الرياض، الطبعة الثامنة، ١٤١٤هـ.
٣٠. زاد المحتاج بشرح المنهاج، العلامة عبد الله بن حسن الكوهجي، ت: عبد الله الأنصاري، المكتبة العصرية، الطبعة الثامنة، ١٤٠٧هـ.
٣١. زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية، ت: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ.
٣٢. سنن أبي داود، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، ت: محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية.

٣٣. شرح الزركشي على متن الخرقى، تأليف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، ت: د. عبد الله الجبرين، دار أولى النهى، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤ هـ.
٣٤. شرح صحيح البخاري، لعلي بن بطّال، ت/ إبراهيم الصبيحي وياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط ٢، ١٤٢٣ هـ.
٣٥. الشفا بتعريف حقوق المصطفى، المؤلف: أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض السبتي، دار الفيحاء، عمان الطبعة الثانية، ١٤٠٧ هـ.
٣٦. الصارم المسلول على شاتم الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، للإمام أحمد بن تيمية، ت: محمد الحلواني ومحمد شودري، رمادي للنشر، الدمام، ط ١، ١٤١٧ هـ.
٣٧. الصحاح "تاج اللغة وصحاح العربية"، تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري، ت: أحمد عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٧٦ هـ.
٣٨. صحيح البخاري "المسمى: الجامع الصحيح من أمور الرسول وسننه وأيامه"، تصنيف: الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، ١٤١٩ هـ.
٣٩. صحيح مسلم: تصنيف: الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ١٤١٩ هـ.
٤٠. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تأليف: جلال الدين عبد الله بن شاس، ت/ محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ.

٤١. عيون المسائل، للقاضي عبد الوهاب بن نصر، ت/ علي بورويبة، دار ابن حزم، بيروت، ط ١، ١٤٣٠هـ.
٤٢. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع: أحمد الدويش، دار أولي النهى، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٤٣. فتح القدير، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، شركة ومكتبة الحلبي بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ.
٤٤. فتح المجيد لشرح كتاب التوحيد، تأليف: عبد الرحمن بن حسن بن الشيخ محمد بن عبد الوهاب، ت: الوليد بن فريان، دار الصميعي، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ.
٤٥. الفقه على المذاهب الأربعة، تأليف: عبد الرحمن الجزيري، دار الفكر.
٤٦. الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله القرطبي، مكتبة الرياض الحديثة، ت: محمد الموريتاني، الطبعة الأولى، ١٣٩٨هـ.
٤٧. الكافي، لموفق الدين عبد الله بن قدامة، ت/ عبد الله التركي، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية، ط ٢، ١٤١٩هـ.
٤٨. كشف القناع عن الإقناع، لمنصور البهوتي، ت/ لجنة متخصصة في وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، طباعة وزارة العدل، ط ١، ١٤٢٣هـ.
٤٩. لسان العرب، للعلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٥٠. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامية بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، إصدار: مركز البحوث بوزارة العدل المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤٣٨هـ.

٥١. المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار الدعوة، طبع بمطبعة السعادة بمصر، ١٣٢٤هـ.

٥٢. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المؤلف: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٤١٤هـ.

٥٣. مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، للشيخ عبد العزيز ابن باز رَحِمَهُ اللهُ، جمع: د. محمد بن سعد الشويعر، تحت إشراف: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، ط ٣، ١٤٢١هـ.

٥٤. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم، طباعة وزارة الشؤون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ.

٥٥. المحلى شرح المجلى، لعلي بن حزم، ت/ أحمد شاكر، وتصحيح: مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٤٢٢هـ.

٥٦. مدارج السالكين، لشمس الدين عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، دار إحياء التراث، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٥٧. مسند الإمام أحمد، لإمام السنة أحمد بن حنبل، أشرف عليه: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٤٢٩هـ.

٥٨. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المؤلف: مصطفى بن سعد الرحيباني الحنبلي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.

٥٩. المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، دار صادر، طبعت بمطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ.

٦٠. المغني، لابن قدامة، ت: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ.
٦١. الممتع في شرح المقنع، لزين الدين المنجي بن عثمان بن المنجي التنوخي، ت: عبد الملك الدهيش، ط ٣، ١٤٢٤هـ.
٦٢. الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
٦٣. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الشرييني، شركة ومكتبة مصطفى الحلبي بمصر، ١٣٧٧هـ.
٦٤. منتهى الإرادات، لمحمد بن أحمد الفتوحي "ابن النجار"، ت/ د. عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٩هـ.
٦٥. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا يحيى النووي، ت/ خليل شيخا، دار المعرفة، بيروت، ط ٥، ١٤١٩هـ.
٦٦. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن محمد المغربي الخطاب، ت: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية.
٦٧. نهاية المطلب في دارية المذهب، لعبد الملك الجويني، ت/ د. عبد العظيم الديب، دار المنهاج، جدة، ط ١، ١٤٢٨هـ.
٦٨. الهداية، لعلي المرغيناني، اعتنى به: طلال يوسف، دار إحياء التراث، ط ١، ١٤١٦هـ.



فضاء
الجمعية العلمية القضائية
السعودية

تفريق الشهود حال أداء الشهادة

دراسة مقارنة

إعداد

د. عبد الله بن أحمد سالم المحمادي

الأستاذ المشارك في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء



فضاء

المكتبة العامة القومية
بمملكة العربية السعودية



مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فالشهادة وسيلة من وسائل الإثبات؛ شُرعت حفظاً للحقوق وصيانة لها عن الضياع. وقد أجمعت الأمة على مشروعيتها، وأنها حجة شرعية ودليل للقضاء. والأصل أن تكون الشهادة بمجلس القضاء؛ لأن الغرض منها الحكم بموجبها، فلا بد أن تكون بحضرة الحاكم في مجلسه الذي نُصب ليفصل فيه بين المتنازعين^(١). ولا يُقبل أدائها إلا مشافهة - لا كتابة ولا إشارة - حال القدرة على النطق. جاء في المادة الرابعة والعشرين بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية ما نصه: «تؤدَّى الشهادة شفهيّاً، ولا يجوز الاستعانة في أدائها بمذكرات مكتوبة إلا بإذن القاضي، وبشرط أن تسوّغ ذلك طبيعة الدعوى»^(٢).

ولكن هل يُفَرَّق القاضي بين الشهود حال أدائهم الشهادة في مجلس القضاء، فيسمع شهادة كُلِّ شاهد على انفراد، وبدون حضور باقي الشهود، أم تُسمع الشهادة بحضورهم جميعاً دون حاجة إلى التفرقة؟

(١) طرق القضاء في الشريعة الإسلامية (ص: ١٨٩).

(٢) نظام المرافعات الشرعية (المادة: ١٢٤).

هذا مجال بحثي، وقد عنونت له بـ "تفريق الشهود حال أداء الشهادة - دراسة مقارنة".

خطة البحث:

وتشتمل على أربعة مباحث وخاتمة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف الشهادة.

المبحث الثاني: التفريق بين الشهود في الفقه.

المبحث الثالث: الحالات التي يُفرَّق فيها بين الشهود.

المبحث الرابع: التفريق بين الشهود في النظام.

الخاتمة، وتشتمل على أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث.

منهج البحث:

- ١ - تصوير المسألة المراد بحثها؛ ليتضح المقصود من دراستها.
- ٢ - تحرير محل النزاع بذكر مواطن الاتفاق والخلاف إن احتاجت المسألة إلى ذلك.
- ٣ - الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، وتوثيق الأقوال من الكتب المعتمدة في كل مذهب.
- ٤ - استقصاء أدلة الأقوال، وذكر ما يرد عليها من مناقشات أو اعتراضات، والجواب عنها ما أمكن.
- ٥ - ترجيح ما يظهر رجحانه، وبيان سبب الترجيح.

- ٦- عزو الآيات إلى سورها، بذكر اسم السورة ورقم الآية.
 - ٧- تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بذلك للحكم بصحته، وإلا خرّجته من المصادر الأخرى مع ذكر ما قاله أهل الحديث في درجته.
 - ٨- توثيق المعاني اللغوية من كتب اللغة المعتمدة.
 - ٩- التعريف بالمصطلحات وشرح الغريب من الكتب المعتمدة في هذا الفن.
 - ١٠- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.
 - ١١- العناية بدراسة ما له صلة واضحة بالبحث.
 - ١٢- ختم البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج.
- أسأل الله أن يوفقنا للصواب، وأن يجنّبنا الزلل، وأن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل.

المبحث الأول

تعريف الشهادة

أ- تعريف الشهادة في اللغة:

الشهادة: مصدر شَهِدَ يَشْهَدُ شهادةً، فهو شاهدٌ. قال ابن فارس: «الشين والهاء والذال أصل يدل على حضور وعلم وإعلام»^(١).

والشهادة في اللغة تأتي بعدة معانٍ، منها: الخبر القاطع، والحضور، والعلم، والإعلام، والمعاينة، والعلانية، والإقرار، والقسم أو اليمين. وأصل الشهادة: الإخبار بما شاهده وشَهِدَهُ.

وهي تُطْلَقُ على: التَّحْمُّلِ، تقول: شهدتُ بمعنى: تحمَّلتُ. وعلى الأداء، تقول: شهدتُ عند الحاكم بشهادة أي: أدَّيْتُهَا، وعلى المشهود به، تقول: تحمَّلتُ شهادة، بمعنى: المشهود به.

وتسميتها بالشهادة إشارة إلى أنها مأخوذة من المشاهدة المتيقنة التي تُبنى عن المعاينة؛ لأن الشاهد يُخبر عما شاهده وعايينه.

وقيل: هي مشتقة من الشهود، بمعنى: الحضور؛ لأن الشاهد يحضر مجلس القضاء للأداء، فسُمِّيَ الحاضر شاهداً، وأداؤه شهادة^(٢).

(١) مقاييس اللغة (ص: ٥١٧).

(٢) انظر: الصحاح (١/ ٤٢١)، والنهاية في غريب الحديث والأثر (ص: ٤٩٧)، والمغرب في ترتيب المعرب

بد تعريف الشهادة في الاصطلاح:

تعريف الحنفية:

إخبارٌ صدقٌ لإثبات حقٍّ بلفظ الشهادة في مجلس القضاء^(١).

تعريف المالكية:

إخبارٌ حاكمٍ عن علمٍ ليقضي بمقتضاه^(٢).

تعريف الشافعية:

إخبارٌ بحقٍّ للغير على الغير بلفظ أشهد^(٣).

تعريف الحنابلة:

الإخبار بما عَلمه بلفظٍ خاص^(٤).

وهذه التعريفات متقاربة المعنى مع اختلافٍ يسير في العبارات، وقد أفادت بأن الشهادة في اصطلاح الفقهاء هي: "الإخبار بحقٍّ للغير على الغير بلفظٍ خاصٍّ في مجلس القضاء".

هذا ويُطلِّق الفقهاء لفظ الشاهد على مَنْ تحمَّل الشهادة أو أدى الشهادة في مجلس القضاء.

= (ص: ١٤٩)، والمطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٤٩٦)، ولسان العرب (٣/ ٢٣٩)، والمصباح المنير (ص: ١٢٤)، والقاموس المحيط (ص: ٢٩٢)، وأنيس الفقهاء (ص: ٢٣١).

(١) فتح القدير (٢/ ٦)، وانظر: تبين الحقائق (٤/ ٢٠٧)، والبنية شرح الهداية (٩/ ١٠٠)، والبحر الرائق (٧/ ٥٦).

(٢) الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي (٤/ ١٤٦).

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة (٤/ ٣١٨)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (٥/ ٣٧٧).

(٤) شرح منتهى الإرادات (٦/ ٦٣٥)، وكشاف القناع (١٥/ ٢٥٨).

- والتَّحْمُلُ هو: عبارة عن فَهْمِ الحادثة وضبطها بالمعاينة أو بالسماع^(١).
- وبعبارة أخرى هو: أن يُدعى ليشهد ويستحفظ الشهادة^(٢).
- أما الأداء فهو: إعلامُ الشاهدِ الحاكمَ بشهادته بما يُحَصِّلُ له العلمَ بما شهد به^(٣).
- وبعبارة أخرى هو: أن يُدعى ليشهد بما عَلِمَهُ واستُحْفِظَ إياه^(٤).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٦٠٣٠).

(٢) تبصرة الحكام (١/ ١٧٥).

(٣) شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٩٨).

(٤) تبصرة الحكام (١/ ١٧٦).

المبحث الثاني

التفريق بين الشهود في الفقه

اتفق الفقهاء على استحباب التفريق بين الشهود في حال التهمة والريبة^(١).
واستدلوا بما يلي:

١ - قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»^(٢).

وجه الدلالة: دل الحديث على الأخذ بالاحتياط، ومن الاحتياط أن يُفَرَّق بين الشهود في حال التهمة والريبة^(٣).

٢ - رُوي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (أن سبعة نفرٍ خرجوا ففَقِدُوا واحداً منهم، فأَتَتْ زوجته علياً، فدعا الستة فسألهم عنه فأنكروا، ففَرَّقَهم، وأقام كل واحدٍ عند سارية ووَكَّلَ به مَنْ يحفظه، ودعا واحداً منهم فسأله فأنكر، فقال: الله أكبر. فظن

(١) انظر: مختصر الطحاوي (ص: ٣٢٨)، والمبسوط (٨٧/١٦)، وبدائع الصنائع (١٨/٧)، والمدونة (٢٦٨/٦)، والنوادر والزيادات (٨/٣٥٦)، ومواهب الجليل (٨/٢٠٦)، والأم (٨/١٢٩)، ونهاية المطلب (١٩/١٧)، وأدب القضاء (ص: ٩٦)، والمجموع (٢٢/٣٥٨)، ونهاية المحتاج (٨/٢٥٤)، والمبدع (١٠/٨١)، والإنصاف (٢٨/٤٨٨)، ومعونة أولي النهى (٩/١٤٦)، وكشاف القناع (١٥/١٤٩)، والسييل الجرار (٣/٣٥٧).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند (١/٢٠٠)، والترمذي في سننه، أبواب صفة القيامة والرقائق والورع (٤/٢٨٦)، رقم (٢٥١٨)، والنسائي في سننه، كتاب الأشربة، باب الحث على ترك الشبهات (٥/١١٧)، رقم (٥٢٠١)، والحاكم في المستدرک (٢/١٣)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا أو ثمن المحرم (٥/٣٣٥)، وقال عنه الترمذي: «هذا حديث صحيح». وصحَّحه الحاكم ووافقه الذهبي، وصحَّحه الألباني في إرواء الغليل (١/٤٤).

(٣) انظر: المبسوط (٨٧/١٦).

الباقون أنه قد اعترف، فدعاهم فاعترفوا، فقال للأول: قد شهدوا عليك وأنا قاتلك، فاعترف، فقتلهم^(١).

٣- أن تفريق الشهود مع الارتياح ندب من سنن الأنبياء والأئمة؛ لِمَا فيه من الاحتياط ونفي الارتياح^(٢).

٤- أنه مما يُتوصل به إلى إثبات الحق ودفع الباطل^(٣).

ونص بعض الفقهاء على أن التفريق في هذه الحالة يكون في رفق ولين. قال ابن فرحون: «ولا ينبغي للقاضي أن يُفرّق الشهود إلا عن تهمة، ويفعله في رفق كشفاً رفيقاً من كل ما يريد، حتى تصح له براءتهما من التهمة، أو تحق الريبة عليهما فتطرح شهادتهما. قاله ابن عبد الحكم^(٤)».

فإن انتفت التهمة والريبة فعامة الفقهاء يرون أنه لا حاجة حينئذ إلى التفرقة، بل صرح بعضهم بعدم جواز التفريق بين الشهود إذا كانوا عدولاً مرضيين^(٥).

(١) أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، باب الرجل يقتله النفر (٣٤٨/٩)، رقم (٧٧٤٦)،

والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الجنايات، باب النفر يقتلون الرجل (٤١/٨).

(٢) الحاوي الكبير (١٨٣/١٦).

(٣) السيل الجرار (٣٥٧/٣).

(٤) تبصرة الحكام (١٧٢/٢).

(٥) انظر: المبسوط (٨٧/١٦)، وبدائع الصنائع (١٨/٧)، والمدونة (٢٦٨/٦)، والنوادر والزيادات (٣٥٥/٨)،

وشرح الخرشي (١٩٩/٧)، والأُم (٥٠٧/٧)، والحاوي الكبير (١٨٣/١٦)، وأسنى المطالب (٣١٥/٤)،

والمغني (٧٠/١٤)، والممتع في شرح المقنع (٢٣٢/٦)، والمبدع (٨١/١٠)، والسيل الجرار (٣٥٧/٣).

ودليلهم في ذلك ما يلي:

- ١ - أن الشاهد أمين فيما يؤدي من الشهادة، ولم تظهر خيانتة للقاضي، فلا يتعنت ^(١) معهم، وقد أمرنا بإكرامهم ^(٢).
 - ٢ - أن التفريق يشوش عليهم عقولهم، فلا يمكنهم أداء الشهادة على وجهها ^(٣).
 - ٣ - أن التفريق يُفْتُّ في أعضادهم وعُضْدِ مَنْ شهدوا له بغير سبب يوجب ذلك، مع كونه لم يَرِدْ به شرعٌ يجب اتباعه ويتعين المصير إليه ^(٤).
 - ٤ - أن التفريق بلا موجب يؤدي إلى كراهة الناس للشهادة ^(٥)؛ لأن فيه غصاً منهم ^(٦).
- ونصّ بعض الشافعية على جواز التفريق بين الشهود حتى في حال عدم التهمة والريبة. قال النووي: «وإن لم يجد فيهم خفة ولا ريبة فالصحيح الذي عليه الجمهور أنه لا يفرقهم؛ لأن فيه غصاً منهم ^(٧)».

(١) التعنت: التشديد، فإذا قالت العرب: "فلان يتعنت فلاناً" فمرادهم: يُشَدِّد عليه، ويُلْزِمُه بما يصعب عليه أدائه، ويوقعه فيما يشق عليه تحمُّله. انظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص: ١٨٣)، ولسان العرب (٢/ ٦١)، والقاموس المحيط (ص: ١٥٦).

(٢) المبسوط (٨٧/ ١٦).

(٣) بدائع الصنائع (١٨/ ٧).

(٤) السيل الجرار (٣٥٧/ ٣).

(٥) الشرح الممتع (٣١٥-٣١٦).

(٦) روضة الطالبين (٨/ ١٥٧)، وأسنى المطالب (٤/ ٣١٥)، ومغني المحتاج (٤/ ٤٠٦).

(٧) غَصَّ منه يُغَضُّ: إذا وضع ونقص من قَدْرِهِ. انظر: الصحاح (١/ ٨٥٦)، ولسان العرب (٧/ ١٩٨)، والقاموس المحيط (ص: ٦٤٩).

وقال الروياني: يُفرّقهم. وقال البغوي: إن فرّقهم بمسألة الخصم فلا بأس^(١). ويرى المالكية التفريق في حال الشهادة على الزنا، وُجدت الريبة أو لم توجد^(٢). وعلى العكس من ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى جواز التفريق بين الشهود في كل شيء إلا في الشهادة على الزنا؛ لأن تفريق شهود الزنا وتأديتهم الشهادة على انفراد يعني عدم اكتمال النصاب أثناء تأدية كُلِّ واحدٍ لشهادته بمعزلٍ عن الآخر، فيكونون قذفة^(٣).

وهذا غير صحيح؛ لأنهم يأتون جميعاً، ويُفرّقون وقت الأداء فقط. قال العدوي في حاشيته: «قوله: يؤدون في وقت واحد أي: أن يكون إتيانهم جميعاً، فلا ينافي أنهم يُفرّقون حين التأدية بالفعل، أو أن التفريق الواقع في أزمنة قريبة كالزمن الواحد»^(٤).

وقال الدسوقي: «قوله: وفرّقوا أي: عند الأداء بعد إتيانهم محل الحاكم جميعاً»^(٥).

وقال الشوكاني: «وأما قوله: "إلا في شهادة زنى" فلا وجه له، وما علّلوا به من أنهم يكونون قذفة تعليلٌ باطلٌ، ليس عليه أثارة من علم، بل ولو شهد كل واحد

(١) روضة الطالبين (٨/١٥٧).

(٢) انظر: المدونة (٦/٢٦٨)، والنوادر والزيادات (٨/٣٥٥)، وتبصرة الحكام (٢/١٧٢)، وشرح الخرشي

(٧/١٩٩)، وحاشية الدسوقي (٤/١٦٥).

(٣) انظر: السيل الجرار (٣/٣٥٨).

(٤) حاشية العدوي بهامش شرح الخرشي (٧/١٩٩).

(٥) حاشية الدسوقي (٤/١٦٥).

منهم في وقت غير الذي شهد به الآخر وإن تباعدت الأوقات، كما وقع في شهادة الشهود على المغيرة، فإن زياداً تأخر وشهد في وقت آخر، وقد حضر ذلك أعيان الصحابة ولم يُنكروه، ولا قالوا: إن المتأخر قاذفٌ»^(١).

فالخلاصة: أن الفقهاء متفقون على جواز التفريق بين الشهود في حال التهمة والريبة؛ لأن ذلك من باب الاحتياط ودفع الريبة، لا من باب التعنت.

وإليك بعضاً من نصوص الفقهاء الواردة في هذا الشأن:

جاء في مختصر الطحاوي: «ولا ينبغي له أن يتعنت الشهود؛ فإن ذلك ربما خلط على الشاهد عقله وإن كان صحيحاً في شهادته، ولا بأس بأن يُفرَّق بين الشهود إذا اتهمهم»^(٢).

وفي المبسوط: «ولا يضر القاضي أن يُقدِّم الشهود جميعاً أو واحداً واحداً؛ لأن الثابت بالنص اشتراط العدد والعدالة في الشهود؛ وبذلك يظهر جانب الصدق، فالتفريق بينهم في المجلس يكون زيادة، والقاضي لا يتكلف لها إلا أن يرتاب في أمرهم، فعند ذلك عليه أن يحتاط؛ لقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «دَعِ مَا يَرِيكَ إِلَى مَا لَا يَرِيكَ»**^(٣). ومن الاحتياط أن يُفرَّق بينهم، إلا أنه لا ينبغي له أن يتعنت معهم؛ فإن التعنت يخلط على الرجل عقله وإن كان صحيحاً في شهادته، ولأن الشاهد أمين فيما يؤدي من الشهادة، ولم يظهر خيانتَه للقاضي، فلا يتعنت معهم، وقد أمرنا

(١) السيل الجرار (٣/ ٣٥٨).

(٢) مختصر الطحاوي (ص: ٣٢٨).

(٣) سبق تخريجه.

ياكرامهم، إلا أنه إذا اتهمهم وفرّق بينهم فلا بأس أن يسأل كل واحد منهم: أين كان هذا؟ وكيف؟ ومتى كان؟ فهو من باب الاحتياط ودفع الريبة، لا من باب التعنت. وإن اختلفوا في ذلك اختلافاً يُفسد الشهادة أبطلها، وإن كان لا يُفسدها أجازها، ولا يطرَحها بالتهمة والظن؛ فإن الظن لا يغني من الحق شيئاً^(١).

وفي بدائع الصنائع: «لا يعبث بالشهود؛ لأن ذلك يشوش عليهم عقولهم، فلا يمكنهم أداء الشهادة على وجهها، وإذا اتهم الشهود فلا بأس بأن يُفرّقهم عند أداء الشهادة، فيسألهم: أين كان؟ ومتى كان؟ فإن اختلفوا اختلافاً يوجب ردّ الشهادة ردّها، وإلا فلا»^(٢).

وجاء في كتاب الكافي: «ولا ينبغي له أن يُعنت الشهود؛ فإنه ربما أبهت الشاهد وخلط عليه، وإذا اتهم القاضي الشهود جاز له أن يُفرّقهم في الشهادة»^(٣).

وفي تبصرة الحكام: «قال ابن القاسم: كل الشهود لا يُسألون ولا يُفرّقون إن كانوا عدولاً، إلا الشهود على الزنا فإنهم يُفرّقون ويُسألون. وقال أشهب: لا يُفرّق بين الشهود في حدٍّ ولا غيره إلا أن يستراب من شهادتهم، فله أن يستدل على صحة ذلك بالتفرقة بينهم»^(٤).

(١) المبسوط (٨٧/١٦).

(٢) بدائع الصنائع (١٨/٧).

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (٩٥٩/٢).

(٤) تبصرة الحكام (١٧٢/٢).

وفي الشرح الكبير: «وفرّقوا وجوباً في الزنا فقط دون غيره؛ ليسأل كل واحد على حدته: كيف رأى؟ وفي أي وقت رأى؟ وفي أي مكان رأى؟ فإن اختلفوا أو بعضهم بطلت، وحُدُّوا»^(١).

وجاء في كتاب الأم: «ولا بأس أن يُفرّق القاضي بين الشهود إذا خشي عبثهم أو جهلهم بما يشهدون عليه، ثم يوقفهم على ما شهدوا عليه، وعلى الساعة التي يشهدون فيها، وعلى الفعل والقول كيف كان، وعلى من حضر ذلك معهم، وعلى ما يستدل به على صحة شهادتهم وشهادة من شهد معهم».

قال: «وهكذا إذا اتهمهم بالتحامل أو الحيف على المشهود عليه، والتحامل لمن يشهدون له أو الجنف له، فإن صحّحوا الشهادة قبلها، وإن اختلفوا فيها اختلافاً يُفسد الشهادة ألغاه»^(٢).

وفي روضة الطالبين: «إذا ارتاب القاضي بالشهود أو توهم غلطهم لخفة عقلٍ وجدها فيهم فينبغي أن يُفرّقهم»^(٣).

وفي مغني المحتاج: «ويُسَنُّ للقاضي قبل التزكية أن يُفرّق شهوداً ارتاب بهم، أو توهم غلطهم؛ لخفة عقلٍ وجدها فيهم، ويسأل كلاً منهم: عن زمان محل الشهادة عاماً وشهراً ويوماً أو غدوة أو عشية؟ وعمن كتب شهادته معه؟ وأنه كتب بحبر أو مداد؟ ونحو ذلك؛ ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم، وإلا

(١) الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي (١٦٥/٤).

(٢) الأم (١٢٩/٨).

(٣) روضة الطالبين (١٥٧/٨).

فيقف عن الحكم، وإذا أجابه أحدهم لم يدعه يرجع إلى الباقي حتى يسألهم؛ لئلا يخبرهم بجوابه، فإن امتنعوا من التفصيل ورأى أن يعظمهم ويحذرهم عقوبة شهادة الزور وعظمهم وحذرهم، فإن أصروا على شهادتهم ولم يفصلوا وجب عليه القضاء إذا وجدت شروطه، ولا عبرة بما يبقى من ريبة، وإنما استحب له ذلك قبل التزكية لا بعدها؛ لأنه إن اطلع على عورة استغنى عن الاستزكاء والبحث عن حالهم، وإن لم يرتب فيهم ولا توهم غلطهم فلا يفرقهم وإن طلب منه الخصم تفريقهم؛ لأن فيه غضاً منهم»^(١).

وجاء في المغني: «وإن ارتاب بشهادتهم فرّقهم، فسأل كل واحد عن شهادته وصفتها، فيقول: كنت أول من شهد، أو كتبت، أو لم تكتب؟ وفي أي مكان شهدت؟ وفي أي شهر، وأي يوم؟ وهل كنت وحدك أو معك غيرك؟ فإن اختلفوا سقطت شهادتهم، وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم»^(٢).

وفي المحرّر: «وإذا ارتاب الحاكم بشهود لم يخبر قوة ضبطهم ودينهم استحب أن يفرّقهم، ويسأل كل واحد: عن كيفية التحمل؟ وأين، ومتى، وبأي موضع كان؟ وهل تحمّل وحده أو مع غيره؟ فإن اختلفوا لم يقبلها، وإن اتفقوا وعظمهم وخوفهم، ثم حكم إن ثبتوا»^(٣).

(١) مغني المحتاج (٤/٤٠٥-٤٠٦).

(٢) المغني (١٤/٧٠).

(٣) المحرر في الفقه (ص: ٦٤٥).

وفي الفروع: «وإن ارتاب حاكم من بينة لزمه البحث، وفي "الكافي" و"المحرر": يستحب تفريقهم، ويسأل كل واحد: عن كيفية التحمل؟ هل تحمّل وحده؟ وأين، ومتى؟ فإن اتفقوا وعظ وخوّف، فإن ثبتوا حَكَمَ، وإلا لم يقبلها»^(١).

وقال الشوكاني: «أما إذا كانوا عدولاً مرضيين فلا يجوز هذا التفريق؛ لأنه يَفْتُ في أعضادهم وعَضُدٍ من شهدوا له بغير سبب يوجب ذلك، مع كونه لم يرد به شرعٌ يجب اتباعه ويتعين المصير إليه، وأما إذا كان حالهم عند الحاكم ملتبساً فأراد أن يختبر صدقهم واتفاقهم على ما شهدوا به فلا بأس بهذا؛ فإنه ممّا يتوصل به إلى إثبات الحق ودفع الباطل، وقد انتفعنا بهذا التفريق في غير قضية، ولا سيما إذا كان الشهود قد جاءوا في الشهادة بلفظ واحد من غير اختلاف؛ فإن ذلك ممّا يؤذن بالريبة ويدعو إلى التهمة بأنهم قد تواطؤوا أن يشهدوا بذلك اللفظ وتواصوا به بينهم، والغالب في شهادة الصدق أن يُؤدِّي كُلُّ شاهد معنى ما شهد به الآخر بالفاظ يُعبرُّ بها عند التّأدية، سواء وافقت لفظ مَنْ شهد معه أو خالفته مع الاتفاق على المعنى.

وممّا يوضح الصدق من الكذب مع الريبة أن يُفرّقهم الحاكم، ثم يسألهم عن صفاتٍ تتعلق بالزمان أو المكان أو الحال، ويُنَوِّع لهم ذلك؛ فإن الشهادة الكاذبة عند هذا تتعثر غاية التّعثر، ويظهر خللها ويتبيّن صدقها»^(٢).

(١) الفروع (٦/ ٤٧٤).

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (٣/ ٣٥٧-٣٥٨).

وقال الشيخ ابن عثيمين: «لا يجوز أن يُعنتَّ الشاهدين؛ لأن هذا يؤدي إلى كراهة الناس الشهادة، ولأنه إذا عنتها فإن بعض الناس ليس عنده تلك القوة، فربما يتضعف ويضعف في أداء الشهادة، فلا يجوز تعنيتهما، ولا انتهارهما ولا امتحانها، إلا إذا صار عنده شك فلا بأس أن يُفرَّق الشهود، ويطلب من كل واحد شهادة، وينظر هل تتناقض الشهادة أو لا؟»^(١).

وبعد النظر في آراء الفقهاء وأقوالهم يتبيّن لنا أن إجراءات الشهادة في الفقه الإسلامي تتميز باليسر والسهولة؛ انطلاقاً من يسر الشريعة وسهولتها، فقد تركت الأمر كله للقاضي، وأعطته السلطة الكاملة في اتخاذ ما يراه مناسباً للوصول إلى الحقيقة، ولم تُقيّد بالتفرد بالشاهد أو تفريقه عن غيره من الشهود، بل أرشدت إلى معاملة الشاهد معاملة حسنة؛ لأن الشاهد بشهادته يُعتبر مؤدياً رسالة سامية، حيث إنه بحضوره مجلس القضاء وإدلائه بما لديه من معلومات يكون خادماً للعدل ومُعِيناً على إحقاق الحق. ومن هنا فإن على القاضي أن يتفادى أيّ فعلٍ من شأنه أن يؤدي إلى امتناع الشاهد عن الشهادة، وفي التفرقة بين الشهود تغليبُ جانب الكذب والتهمة فيهم على جانب الصدق والبراءة، الأمر الذي لا يرتضيه الشهود لأنفسهم، فيحملهم ذلك على الامتناع عن الإدلاء بشهادتهم. ولهذا كُلِّه جعل الفقهاء التفرقة بين الشهود إنما تكون عند التهمة والريبة، فإن انتفت التهمة والريبة فلا وجه عندهم للتفرقة.

(١) الشرح الممتع (١٥/٣١٥-٣١٦).

وقد صدر بذلك قرار مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة رقم (٧٢٨ / ٤) في (١٥ / ٤ / ١٤٢٩ هـ) ونصّه: «على القاضي عند الرية في الشهادة تفرقة الشهود، وأن يحضروا في وقت واحد ما أمكن ذلك، وألاً يُمكنوا من مقابلة بعضهم لبعض وقت الشهادة»^(١).

وإذا كان الشهود نساءً فُسمع شهادة كُلِّ اثنتين منهم سوياً، فيُفرَّق بين كل اثنتين اثنتين، لا بين كل واحدة والأخرى؛ وذلك إعمالاً لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَصِلَ إِحْدَهُمَا فَتُكْرِ إِحْدَهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ولا تذكر إلا مع الاجتماع^(٢).

جاء في قرّة عيون الأخيار: «ولا يُفرَّق بينهما، أي: المرأتين. حكي: أن أم بشر شهدت هي وأم الشافعي عند الحاكم، فقال الحاكم: فرّقوا بينهما، فقالت: ليس لك ذلك، قال الله تعالى: ﴿أَنْ تَصِلَ إِحْدَهُمَا فَتُكْرِ إِحْدَهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فسكت الحاكم.

قال التاج السبكي بعد نقل هذه الحكاية: "وهذا فرعٌ حسن، واستنباطٌ جيد، ومنزَعٌ غريب، والمعروف في مذهب ولدها: إطلاق القول بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود استحب له التفريق بينهم. وكلامها صريح في استثناء النساء؛ للمنزع الذي ذكّرته، ولا بأس به"^(٣).

(١) المبادئ والقرارات (ص: ٥٥١).

(٢) انظر: قرّة عيون الأخيار تكملة حاشية ابن عابدين (٩٩ / ١١).

(٣) قرّة عيون الأخيار تكملة حاشية ابن عابدين (٩٩ / ١١).

المبحث الثالث

الحالات التي يُفرَّق فيها بين الشهود

١- في حال التهمة والريبة.

يجوز التفريق بين الشهود في حال التهمة والريبة باتفاق أهل العلم^(١).

قال الماوردي: «اعلم أنه لا يخلو حال مَنْ خفيت عليه عدالته من الشهود أن يراهم على كمال أو اختلال.

فإن رآهم على وفور العقل وشدة التيقظ وظهور الحزم لم يحتج إلى اختبارهم، ولا أن يُفرَّقهم لسؤالهم، واقتصر على إثبات أسمائهم؛ ليتولى أصحاب مسائله البحث عن عدالتهم.

وإن رآهم على اختلال من قلة الحزم وضعف الرأي واضطراب العقل اختبرهم قبل إثبات أسمائهم.

واختبارهم يكون بتفريقهم وسؤال كل واحد منهم على انفراده عن صفة شهادته، في سببها وزمانها ومكانها؛ لورود الشرع به عند الارتياب، كالذي روي: "أن أربعة من حواشي نبي الله داود همُّوا بإصابة امرأة فامتنعت عليهم، فشهدوا

(١) انظر: مختصر الطحاوي (ص: ٣٢٨)، والمبسوط (٨٧/١٦)، وبدائع الصنائع (١٨/٧)، والنوادر والزيادات (٣٥٦/٨)، والكافي في فقه أهل المدينة (٩٥٩/٢)، وتبصرة الحكام (١٧٢/٢)، والأم (١٢٩/٨)، والعزیز شرح الوجيز (٥٠٨/١٢)، وروضة الطالبين (١٥٧/٨)، والمغني (٧٠/١٤)، والطرق الحكيمة (ص: ١٢٣)، والمبدع (٨١/١٠)، وشرح منتهى الإرادات (٥٣١/٦)، والسييل الجرار (٣٥٧/٣).

عليها عند داود بالزنا، فهمَّ برجمها، فبلغ ذلك سليمان وهو يلعب مع الصبيان، فاستدعى أربعة من الصبيان فشهدوا بمثل ذلك، ثم فرَّقهم وسألهم، فاختلفوا، فردَّ شهادتهم، فبلغ ذلك داود، وفرَّقهم وسألهم، فاختلفوا، فردَّ شهادتهم^(١).

وقيل: "إنَّ أوَّل مَنْ فرَّق الشهود دانيال، شهد عنده أربعة على امرأة بالزنا، وفرَّقهم وسألهم، فاختلفوا، فدعا عليهم، فنزلت نار فأحرقتهم"^(٢).

وحكي: (أن سبعة خرجوا في سفر ففقدَ واحد منهم، فجاءت امرأته إلى علي بن أبي طالب تدَّعي عليهم قتلَه، وفرَّقهم، وأقام كل واحد منهم إلى سارية ووكل به رجلاً، واستدعى أحدهم وسأله فأنكر، فقال علي: الله أكبر. فظنوا حين سمعوا تكبيره أنه كَبَّرَ على إقرار الأول، ثم استدعاهم واحداً بعد واحد فأقروا، فقال الأول: أنا ما أقررت، فقال: قد شهد عليك أصحابك)^(٣).

فثبت أن تفريق الشهود مع الارتياب ندبٌ من سنن الأنبياء والأئمة؛ لِمَا فيه من الاحتياط ونفي الارتياب^(٤).

(١) أخرجه ابن عساكر في تاريخه (٧/ ٥٦٥-٥٦٦).

وقال ابن حجر في "تلخيص الخبير" (٤/ ١٩٤): «روى ابن عساكر في ترجمة سليمان من طريقه من حديث ابن عباس قصة طويلة لسليمان بن داود في الأربعة الذين شهدوا على المرأة بالزنا؛ لكونها امتنعت منهم أن يزنا بها، فأمر داود برجمها، فمروا على سليمان، وفرَّق بين الشهود، ودرأ الحد عنها. فعلى هذا هو أول من فرَّق».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأفضية، باب في التفريق بين الشهود (٧/ ٨٠)، رقم (٢٤٥٠)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب شهود الزنا إذا لم يجتمعوا على فعل واحد فلا حد على المشهود (٨/ ٢٣٥).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) الحاوي الكبير (١٦/ ١٨٣).

وقال عبد الرحمن ابن قدامة: «وجملة ذلك: أن الحاكم إذا ارتاب بشهادة الشهود احتاج إلى البحث عنهم؛ لقول الله تعالى: ﴿مَنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ولا نعلم أنه مرضي حتى نعرفه أو نُخبر عنه، فيُفَرَّقُهما؛ ليظهر له حالهما، فيُفَرَّقَهم ويسأل كل واحد: عن شهادته، وصفتها؟ فيقول: كنت أول مَنْ شهد، أو كتبت، أو لم تكتب؟ وفي أي مكانٍ شهدت؟ وفي أي شهر، وأي يوم؟ وهل كنت وحدك أو معك غيرك؟ فإن اختلفوا سقطت شهادتهم؛ لأنه قد ظهر له ما يمنع قبولها. ويقال: أوّل مَنْ فعل هذا دانيال. وقيل: سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ وهو صغير»^(١).

قال ابن القيم: «قال علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (أنا أوّل مَنْ فَرَّقَ بين الشاهدين)»^(٢).

٢- في حال الشهادة على الزنا.

يجب عند المالكية تفريق شهود الزنا، سواء حصلت ريبة أم لا. وقال بعضهم: التفرقة مندوبة لا واجبة^(٣).

جاء في النوادر والزيادات: «قال ابن القاسم: كل الشهود لا يُسألون ولا يُفَرَّقون إذا كانوا عدولاً، إلا الشهود على الزنا فإنهم يُفَرَّقون ويُسألون.

(١) الشرح الكبير (٢٨/٤٨٨-٤٨٩).

(٢) الطرق الحكمية (ص: ٥٧).

وقد أسند ابن أبي شيبة هذا الخبر فقال: «حدثنا علي بن هاشم عن أبيه عن محرز بن صالح: (أن علياً أول من فَرَّق بين الشهود)». انظر: المصنف، كتاب الأوائل، باب أول ما فُعل ومن فعله (١٤/١٠٣)، رقم (١٧٧٢٩).

(٣) انظر: المدونة (٦/٢٦٨)، والنوادر والزيادات (٨/٣٥٥)، وتبصرة الحكام (٢/١٧٢)، وشرح الخرشي (٧/١٩٩)، وحاشية العدوي بهامش شرح الخرشي (٧/١٩٩)، وحاشية الدسوقي (٤/١٦٥).

قال مالك: وينبغي أن يسألهم: كيف كانت شهادتهم؟^(١).

وفي شرح الخرشي: «شهود الزنا يُفرَّقون في شهادة الزنا وجوباً، سواء حصلت ريبة أم لا، بخلاف غير الزنا لا يُفرَّقون»^(٢).

قال العدوي: «وردّه اللقاني بأن التفرقة مندوبة لا واجبة»^(٣).

٣- في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والقتل.

اختلف الفقهاء في قبول شهادة الصبيان حين الأداء على قولين:

القول الأول: لا تُقبل شهادة الصبيان مطلقاً. وبه قال الحنفية^(٤) والشافعية^(٥)، والمذهب عند الحنابلة^(٦)، حيث اشترطوا البلوغ لأداء الشهادة.

القول الثاني: تُقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والقتل خاصة. وبه قال المالكية^(٧)، ورواية عند الحنابلة^(٨).

(١) النوادر والزيادات (٨/ ٣٥٥).

(٢) شرح الخرشي (٧/ ١٩٩).

(٣) حاشية العدوي بهامش شرح الخرشي (٧/ ١٩٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٤٢٢)، والبحر الرائق (٧/ ٩٠)، قرّة عيون الأخيار تكملة حاشية ابن عابدين (١١/ ٩٧).

(٥) انظر: الأم (٧/ ٥١)، والحاوي الكبير (١٧/ ٥٩)، والمجموع (٢٣/ ١٧-١٨).

(٦) انظر: الإرشاد إلى سبيل الرشاد (ص: ٥٠٧)، والشرح الكبير (٢٩/ ٣٢٣)، والممتع في شرح المقنع (٦/ ٣٢٧)، والإنصاف (٢٩/ ٣٢١).

(٧) انظر: الموطأ (٢/ ٢٥٠)، والمدونة (٥/ ١٦٣)، والتفريع (٢/ ٢٣٧)، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي (٢/ ٩٠٨)، وبداية المجتهد (٤/ ١٧٧٣)، والقوانين الفقهية (ص: ٢٢٩).

(٨) انظر: الإرشاد إلى سبيل الرشاد (ص: ٥٠٧)، والمحرم في الفقه (ص: ٦٨٠)، والمبدع (١٠/ ٢١٣)، والإنصاف (٢٩/ ٣٢٣).

واختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) وابن القيم^(٢).

واشترطوا القبول شهادتهم شروطاً، هي:

كونهم يعقلون الشهادة، أحراراً، ذكوراً، محكوماً لهم بالإسلام، اثنين فصاعداً، وأن تؤخذ شهادتهم قبل أن يتفرقوا إلى بيوتهم؛ لأن في تفرقهم مظنة تعليمهم، وأن يؤدوا الشهادة على انفراد، فيُفرَّقوا وقت الأداء، وأن يتفقوا في شهادتهم على شيء واحد، فإن اختلفت فلا تقبل، وألا يوجد معهم كبير، فمتى حضر كبار فشهدوا سقط اعتبار شهادة الصبيان، سواء كان الكبار رجالاً أو نساء؛ لأن شهادة النساء تجوز في الخطأ، وعمد الصبي كالخطأ^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ

وَأَمْرًا تَكُنِ مِمَّنْ رَضِيَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والصبيان ليسوا من رجالنا، وليسوا ممن نرضى من الشهداء^(٤).

٢ - قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠٦/١٥).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (١/٨٤)، والطرق الحكمية (ص: ١٤٤).

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٣/١٣٨)، والذخيرة (١٠/٢١١)، وتبصرة الحكام (٢/٣٩)، وشرح الخرشي

(١٩٧/٧)، والطرق الحكمية (ص: ١٤٦)، وحاشية الروض المربع (٧/٥٩٠-٥٩١).

(٤) انظر: الأم (٧/٥١)، والحاوي الكبير (١٧/٦٠)، والمغني (١٤/١٤٧)، والمبدع (١٠/٢١٣).

فهذا نهي، والنهي لا يتناول الصبي، فدل على أنه ليس من الشهداء^(١).

٣- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ

قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

فأخبر سبحانه أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم، والصبي لا يأثم، فدل على أنه ليس بشاهد^(٢).

٤- عن ابن أبي مليكة: (أنه سأل ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن شهادة الصبيان، فقال: لا أرى أن تجوز شهادتهم، إنما أمرنا الله ممن نرضى، وإن الصبي ليس بمرضى)^(٣).

قال الزرقاني في شرحه للموطأ: «وحمل مالك قول ابن عباس بعدم إجازتها على شهادتهم على الكبار»^(٤).

٥- أن الصبي لا يُقبل قوله على نفسه في الإقرار، فأولى ألا تُقبل شهادته على غيره^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤٢٣/٦)، والذخيرة (٢١٠/١٠).

(٢) انظر: المجموع (٢٠/٢٣)، والشرح الكبير (٣٢٣/٢٩)، والمبدع (٢١٣/١٠).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الشهادات، باب شهادة الصبيان (٣٤٨/٨)، رقم (١٥٤٩٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب من ردَّ شهادة الصبيان ومن قبلها في الجراح ما لم يفرقوا (١٠/١٦١).

(٤) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك (٢١/٤).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٦٠/١٧)، والمغني (١٤٧/١٤)، ومعونة أولي النهى (٣٥٩/٩)، وشرح منتهى الإرادات

(٦٥٧/٦).

٦- أن الشهادة فيها معنى الولاية، والصبي مؤلّى عليه^(١).

٧- أن الصبي لا تحصل الثقة بقوله؛ لعدم خوفه من مآثم الكذب^(٢).

٨- أن الشهادة في الأموال أخف منها في الدماء، وهي غير مقبولة منهم في الأموال، فأولى ألا تُقبل في الدماء^(٣).

أدلة القول الثاني:

١- أن الرجال لا يحضرون مع الصبيان في لعبهم، وقد يجرح بعضهم بعضاً، فجاز للضرورة أن تُقبل شهادة بعضهم على بعض؛ حتى لا تضيع الحقوق^(٤).

٢- أن الشرع قد ندب إلى تعليم الصبيان الرمي والصراع وغيرهما مما يدرّبهم على الحرب من معرفة الكر والفر وحمل السلاح، ومعلوم أنهم في غالب أحوالهم يخلون بأنفسهم في ذلك، وقد يجني بعضهم على بعض، فلو لم يُقبل قول بعضهم على بعض لأهدرت دماءؤهم. وقد احتاط الشرع بحق الدماء حتى قَبِلَ فيها اللوث واليمين، وإن كان لم يقبل ذلك في درهم واحد^(٥).

٣- أنه قد تواطأت مذاهب السلف الصالح على قبول شهادتهم، فقال به من الصحابة: علي بن أبي طالب، ومعاوية بن أبي سفيان، وعبد الله بن الزبير. ومن

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/٤٢٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٢٩/٣٢٤)، والمبدع (١٠/٢١٣).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/٦٠)، والمغني (١٤/١٤٧).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/٥٩)، وإعلام الموقعين (١/٨٤).

(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٣/١٣٧)، والذخيرة (١٠/٢١٠)، والفواكه الدواني (٢/٣٠٧)، والشرح الكبير

للدردير بهامش حاشية الدسوقي (٤/١٦٣)، والطرق الحكمية (ص: ١٤٥).

التابعين: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وعمر بن عبد العزيز، والشعبي، والنخعي، وشريح، وابن أبي ليلى، وابن شهاب، وابن أبي مليكة، وقال: (ما أدركت من القضاة إلا وهم يحكمون بقول ابن الزبير). وقال أبو الزناد: (هي السنة)^(١).

الترجيح:

الراجح قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والقتل للضرورة؛ لأن الغالب عدم حضور الكبار معهم، فلو لم تُقبل شهادة بعضهم على بعض لأدى ذلك إلى إهدار دمائهم وضياع الحقوق، مع غلبة الظن بصدقهم إن لم يكن يقيناً، لا سيما إذا جيء بهم عند المصيبة، وفُرّقوا وقت الأداء، واتفقت كلمتهم، فإن الغالب مع تلك الشروط الصدق وندرة الكذب.

قال القرافي: «فتدعو الضرورة لقبول شهادتهم على الشروط المعتبرة، والغالب مع تلك الشروط الصدق وندرة الكذب، فتقديم المصلحة الغالبة على المفسدة النادرة هو دأب صاحب الشرع»^(٢).

وقال ابن القيم: «وكذلك عَمِلَ الصحابة وفقهاء المدينة بشهادة الصبيان على تجارح بعضهم بعضاً، فإن الرجال لا يحضرون معهم في لعبهم، ولو لم تُقبل شهادتهم لضاعت الحقوق وتعطلت وأهملت، مع غلبة الظن أو القطع بصدقهم،

(١) انظر: الموطأ (٢/٢٤٩-٢٥٠)، والمدونة (٥/١٦٣)، ومصنف عبد الرزاق (٨/٣٤٨-٣٥١)، والمحلى (١٠/٢٨٧-٢٨٨)، والسنن الكبرى (١٠/١٦٢)، وعقد الجواهر الثمينة (٣/١٣٨)، والمغني (١٤/١٤٦)، والطرز الحكمية (ص: ١٤٥-١٤٦)، وتبصرة الحكام (٢/٣٨-٣٩)، وشرح الزرقاني (٤/٢١).

(٢) الذخيرة (١٠/٢١٠).

ولا سيما إذا جاءوا مجتمعين قبل تفرقهم ورجوعهم إلى بيوتهم وتواطئهم على خبر واحد، وفُرقوا وقت الأداء، واتفقت كلمتهم، فإن الظن الحاصل حينئذ من شهادتهم أقوى بكثير من الظن الحاصل من شهادة رجلين. وهذا مما لا يمكن دفعه وجحده. فلا نظن بالشرعية الكاملة الفاضلة المنتظمة لمصالح العباد في المعاش والمعاد أنها تهمل مثل هذا الحق وتضيعه مع ظهور أدلته وقوتها، وتقبله مع الدليل الذي هو دون ذلك»^(١).

(١) إعلام الموقعين (١/ ٨٤).

المبحث الرابع

التفريق بين الشهود في النظام

جاء في نظام المرافعات الشرعية السعودي ما نصه: «تُسمع شهادة كل شاهد على انفراد بحضور الخصوم دون حضور باقي الشهود الذين لم تُسمع شهادتهم»^(١).

وجاء في نظام الإجراءات الجزائية ما نصه: «تُؤدَّى الشهادة في مجلس القضاء، وتُسمع شهادة كل شاهد على حدة»^(٢).

فالنظام يُلزم القاضي بأن يسمع شهادة كل شاهد على انفراد بدون حضور مَنْ يليه من الشهود، أي: الذين لم تُسمع شهادتهم بعد، أما بالنسبة لمن تم سماع شهادتهم فلا مانع من سماع شهادة الشاهد في حضورهم.

فالمقصود بالانفراد هنا هو بالنسبة لمن لم تُسمع شهادتهم من الشهود، دون الشهود السابقين الذين أدلوا بالفعل بشهادتهم^(٣).

والحكمة من ذلك: حتى لا يتأثر الشاهد اللاحق بالشاهد السابق عند الإدلاء بشهادته أمامه. فبالترقية يتحقق القاضي من صدق الشاهد، ويتوصل إلى معرفة الحقيقة^(٤).

(١) نظام المرافعات الشرعية (المادة: ١٢٣).

(٢) نظام الإجراءات الجزائية (المادة: ١٦٨).

(٣) انظر: إجراءات الإثبات بالشهادة واليمين في نظام المرافعات الشرعية (ص: ٦١)، وحقوق الشاهد وواجباته (ص: ٥٢)، وأحكام الإثبات في ضوء قانون الإثبات الاتحادي (ص: ٤٣٣)، وقانون الإجراءات الجنائية (ص: ٨٧٠).

(٤) انظر: إجراءات الإثبات بالشهادة واليمين في نظام المرافعات الشرعية (ص: ٦٢)، وشرح نظام المرافعات الشرعية (ص: ٣٦٩)، والوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي (ص: ٣٥١)، وإيضاحات على نظام الإجراءات الجزائية (ص: ٣٩٥).

وإذا كان الشهود من النساء فُتسمع شهادة كل اثنتين منهن سوياً، وبذلك جاءت الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية للمادة الثالثة والعشرين بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية، ونصّها: «إذا كان الشهود نساءً فَيَتِمُّ التفريق بين كل اثنتين منهن سوياً»^(١).

قال الشيخ عبد الله بن خنين: «يُفَرَّقُ بين الشهود عند استشهادهم، وتُسمع شهادة كل شاهد منفرداً عن الشاهد الآخر، كما تُقرره هذه المادة»^(٢).

وهو أمرٌ مهمٌ بخاصة مع الريبة، إلا النساء، فقد جاء النص دالاً على منع تفريق النساء عند أداء الشهادة، يقول الله تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وبذلك صرّح الحنفية^(٣).

فعليه يُفَرَّقُ بين كل اثنتين اثنتين، لا بين كل واحدة والأخرى.

وقد أخذت بذلك الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية لهذه المادة، ونصّها: «إذا كان الشهود نساءً فيتم التفريق بين كل اثنتين منهن سوياً»^(٤).

وإذا لم يلتزم القاضي بمقتضى هذا النظام وسمع شهادة أحد الشهود بحضور شاهد آخر لم تُسمع شهادته بعد فلا يترتب على ذلك بطلان الشهادة؛ لأن المنظم لم يقصد البطلان بالمخالفة، وإنما أرشد إلى السلوك الوقائي الأمثل في التعامل مع

(١) اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية (ص: ١٠٧).

(٢) المادة الثالثة والعشرون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (ص: ٢٢٨)، وقرة عيون الأخيار تكملة حاشية ابن عابدين (٩٩/١١).

(٤) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي (١/ ٦٠٥).

شهادة الشهود، وقصده في ذلك عدم تأثر الشاهد اللاحق بالشاهد السابق، ولا تقوى مثل هذه المخالفة إلى درجة إبطال الشهادة، ولكن تؤثر في قيمة شهادة الشاهد الثاني، وقد تُضعف من قيمتها؛ لاحتمال تأثرها بشهادة الشاهد الأول^(١).

فهذه الإجراءات لا تُعدُّ جوهرية حتى يترتب على مخالفتها بطلانٌ ما، وكل ما في الأمر أن للمحكمة تقدير شهادة الشاهد المؤدّة في هذا الظرف^(٢).

وقد أجاز النظام عند الاقتضاء مواجهة الشهود بعضهم ببعض بعد تفريقهم؛ لتفنيده ما قد يقع بين أقوالهم من تناقض. جاء في نظام الإجراءات الجزائية ما نصه: «تؤدّي الشهادة في مجلس القضاء، وتُسمع شهادة كل شاهد على حدة، ويجوز عند الاقتضاء تفريق الشهود ومواجهة بعضهم ببعض»^(٣).

فواضح أنّ غاية المنظم من تلك المادة هو الوصول إلى معرفة الحقيقة في شأن ما وقع فيه اختلاف بين الشهادات^(٤).

والخلاصة: أن النظام يلزم القاضي بتفريق الشهود وسماع شهادة كلّ شاهد على انفراد في جميع القضايا مطلقاً، ودون تحديد بحال التهمة والريبة.

(١) انظر: إجراءات الإثبات بالشهادة واليمين في نظام المرافعات الشرعية (ص: ٦٢)، وأحكام الإثبات في ضوء قانون الإثبات الاتحادي (ص: ٤٣٣).

(٢) انظر: قانون الإجراءات الجنائية (ص: ٨٧٠).

(٣) نظام الإجراءات الجزائية (المادة: ١٦٨).

(٤) انظر: شرح نظام الإجراءات الجزائية (ص: ١٤٩)، وقانون الإجراءات الجنائية مُعلّقاً عليه بآراء الفقهاء وأحكام القضاء (ص: ٦٧٧).

الخاتمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.

وبعد:

فأختم هذا البحث بأهم النتائج التي توصلت إليها، وهي:

١- أن الشهادة هي: الإخبار بحق للغير على الغير بلفظٍ خاص في مجلس القضاء.

٢- أن الأداء يُقصد به: أن يُدعى الشاهد ليشهد بما عَلمه واستُحفظ إياه.

٣- اتفق الفقهاء على استحباب التفريق بين الشهود في حال التهمة والريبة، فإن انتفت التهمة والريبة فعامة الفقهاء يرون أنه لا حاجة حينئذٍ إلى التفرقة، بل صرَّح بعضهم بعدم جواز التفريق بين الشهود إذا كانوا عدولاً مرضيين.

٤- الحالات التي يُفرَّق فيها بين الشهود عند الفقهاء، هي:

أ- في حال التهمة والريبة. وذلك باتفاق أهل العلم.

ب- في حال الشهادة على الزنا، سواء حصلت ريبة أم لا. وذلك عند المالكية.

ج- في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والقتل. على رأي المالكية، ورواية عند الحنابلة.

٥- أن النظام يُلزم القاضي بأن يسمع شهادة كل شاهد على انفراد في جميع القضايا دون تحديد بحال التهمة والريبة.

٦- أن المقصود بالانفراد بالشاهد هنا: ليس الانفراد به مطلقاً، ولكن انفراده عن باقي الشهود الذين لم تُسمع شهادتهم بعد، دون الشهود السابقين الذين أدلوا بالفعل بشهادتهم.

٧- أن الحكمة من التفريق: حتى لا يتأثر الشهود ببعضهم البعض.

٨- إذا كان الشهود من النساء فتُسمع شهادة كل اثنتين منهن سوياً، فيُفَرَّق بين كل اثنتين اثنتين، لا بين كل واحدة والأخرى.

٩- إذا لم يلتزم القاضي بمقتضى النظام وسمع شهادة أحد الشهود بحضور شاهد آخر لم تُسمع شهادته بعد فلا يترتب على هذه المخالفة بطلان الشهادة، ولكن تُضَعِّف من قيمة شهادة الشاهد الثاني؛ لاحتمال تأثرها بشهادة الشاهد الأول.

١٠- أجاز النظام عند الاقتضاء مواجهة الشهود بعضهم ببعض بعد تفريقهم؛ وذلك بهدف الوصول إلى معرفة الحقيقة في شأن ما وقع فيه اختلاف بين الشهادات.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

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

قائمة المصادر والمراجع

- ١ - القرآن الكريم.
- ٢ - إجراءات الإثبات بالشهادة واليمين في نظام المرافعات الشرعية دراسة مقارنة، عبد المحسن بن عبد الرحمن آل الشيخ، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٢ هـ.
- ٣ - أحكام الإثبات في ضوء قانون الإثبات الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢ م في المعاملات المدنية والتجارية، د. محمد المرسى زهرة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م.
- ٤ - أدب القضاء "وهو: الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات"، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي، تحقيق: د. محمد مصطفى الزحيلي.
- ٥ - الإرشاد إلى سبيل الرشاد، الشريف محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي.
- ٦ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.
- ٧ - أسنى المطالب شرح روض الطالب، أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، المكتبة الإسلامية لصاحبها: الحاج رياض الشيخ.

- ٨- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
- ٩- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م، تحقيق: عصام الدين الصباطي.
- ١٠- الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م، تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب.
- ١١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي.
- ١٢- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، الشيخ قاسم القونوي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ، تحقيق: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي.
- ١٣- إيضاحات على نظام الإجراءات الجزائية وفق آخر التعديلات، د. إبراهيم بن حسين الموجدان، الطبعة الرابعة، ١٤٣٧هـ- ٢٠١٦م.
- ١٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ١٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م، تحقيق: محمد خير طعمة حليبي.

- ١٦ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، تحقيق: ماجد الحموي.
- ١٧ - البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد العيني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، تحقيق: أيمن صالح شعبان.
- ١٨ - تاريخ دمشق، الحافظ أبو القاسم علي بن الحسن المعروف بابن عساكر، مكتبة الدار، المدينة المنورة، ١٤٠٧هـ.
- ١٩ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، أبو الوفاء إبراهيم بن فرحون المالكي، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- ٢٠ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.
- ٢١ - التفریع، عبيد الله بن الحسين بن الجلاب، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م، تحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني.
- ٢٢ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ٢٣ - حاشيتا قليوبي وعميرة، شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- ٢٤ - حاشية الجمل على المنهج، الشيخ سليمان الجمل، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

- ٢٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت.
- ٢٦- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السادسة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٢٧- حاشية العدوي على شرح الخرشي، علي بن أحمد العدوي، "مطبوعة بهامش شرح الخرشي"، دار صادر، بيروت.
- ٢٨- الحاوي الكبير، علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، تحقيق: الشيخ علي معوض والشيخ عادل عبد الموجود.
- ٢٩- حقوق الشاهد وواجباته دراسة مقارنة، حسين بن مشوح المشوح، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٦هـ.
- ٣٠- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، تحقيق: محمد بو خبزة.
- ٣١- روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق: الشيخ عادل عبد الموجود والشيخ علي معوض.
- ٣٢- سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م، تحقيق: د. بشار عواد معروف.
- ٣٣- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين البيهقي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٥٢هـ.

- ٣٤- سنن النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي.
- ٣٥- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي الشوكاني، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة الرابعة، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق.
- ٣٦- شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، تحقيق: د. محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري.
- ٣٧- شرح الخرشي على مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشي، دار صادر، بيروت.
- ٣٨- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الحديث، القاهرة، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- ٣٩- الشرح الكبير، عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة المقدسي، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي.
- ٤٠- الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدردير، "مطبوع بهامش حاشية الدسوقي"، دار الفكر، بيروت.
- ٤١- الشرح الممتع على زاد المستقنع، الشيخ محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

- ٤٢- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، تحقيق: د. عبد الله التركي.
- ٤٣- شرح نظام الإجراءات الجزائية، د. عبد الحميد بن عبد الله الحرقان، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
- ٤٤- شرح نظام المرافعات الشرعية وفق آخر التعديلات، د. إبراهيم بن حسين الموجدان، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
- ٤٥- الصحاح، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، تحقيق: شهاب الدين أبي عمرو.
- ٤٦- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، تحقيق: سيد عمران.
- ٤٧- طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، أحمد إبراهيم بك، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١٢م.
- ٤٨- العزيز شرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، تحقيق: الشيخ علي معوض والشيخ عادل عبد الموجود.
- ٤٩- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، عبد الله بن نجم بن شاس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، تحقيق: الدكتور محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور.

- ٥٠ - فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣١٥هـ.
- ٥١ - الفروع، أبو عبد الله محمد بن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، تحقيق: حازم القاضي.
- ٥٢ - الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الرابعة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٥٣ - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثالثة، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
- ٥٤ - القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ٥٥ - قانون الإجراءات الجنائية، د. محمد محمد مصباح القاضي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
- ٥٦ - قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بآراء الفقهاء وأحكام القضاء والمشكلات العملية في تطبيقه، د. محمد محمود سعيد، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٥٧ - قرّة عيون الأخيار تكملة حاشية ابن عابدين، محمد علاء الدين أفندي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلبي.

- ٥٨ - القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ٥٩ - الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله بن محمد بن خنين، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ٦٠ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، أبو عمر يوسف بن عبد البر، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني.
- ٦١ - كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ٦٢ - اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية مع تعديلات الوزارة الجديدة على اللائحة، فهرسها: علي بن يحيى بابكر، دار المغني للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ٦٣ - لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ٦٤ - المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ، إصدار: مركز البحوث بوزارة العدل، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.

- ٦٥- المبدع في شرح المقنع، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح، المكتب الإسلامي، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م.
- ٦٦- المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.
- ٦٧- المجموع شرح المذهب، يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، تحقيق: محمد نجيب المطيعي.
- ٦٨- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- ٦٩- المحرر في الفقه، أبو البركات عبد السلام ابن تيمية، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، تحقيق: عبد العزيز الطويل وأحمد الجهاز.
- ٧٠- المحلى، أبو محمد علي بن حزم، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٧١- مختصر الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، دار إحياء العلوم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، تحقيق: أبي الوفاء الأفعاني.
- ٧٢- المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار صادر، بيروت.
- ٧٣- المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب.

- ٧٤- مسند الإمام أحمد، أحمد بن حنبل الشيباني، دار صادر، بيروت.
- ٧٥- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٠م.
- ٧٦- المصنف، عبد الرزاق الصنعاني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
- ٧٧- المصنف في الأحاديث والآثار، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ - ١٩٨١م، تحقيق: مختار أحمد الندوي.
- ٧٨- المطلع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح البعلي، مكتبة السوادني، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين الخطيب.
- ٧٩- معونة أولي النهى شرح المنتهى، محمد بن أحمد الفتوح الشهير بابن النجار، دار خضر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، تحقيق: د. عبد الملك بن عبد الله بن دهميش.
- ٨٠- المغرب في ترتيب المغرب، أبو الفتح ناصر المطرزي، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار.
- ٨١- المغني، موفق الدين عبد الله ابن قدامة المقدسي، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو.

- ٨٢- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الشرييني الخطيب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- ٨٣- مقاييس اللغة، أحمد بن فارس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- ٨٤- الممتع في شرح المقنع، زين الدين المنجي التنوخي الحنبلي، دار خضر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، تحقيق: د. عبد الملك بن دهيش.
- ٨٥- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- ٨٦- الموطاء، مالك بن أنس، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، تحقيق: خليل مأمون شيحا.
- ٨٧- نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢)، وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.
- ٨٨- نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١)، وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.
- ٨٩- النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- ٩٠- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، أبو العباس أحمد بن حمزة الرملي، المكتبة الإسلامية لصاحبها: الحاج رياض الشيخ.

- ٩١- نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله الجويني، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، تحقيق: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب.
- ٩٢- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، تحقيق: محمد الأمين بو خبزة.
- ٩٣- الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. متولي عبد المؤمن المرسى، دار الإجازة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.



الجمعية العلمية لدراسات العلوم الإسلامية