



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
الجمعية العلمية القضائية السعودية



قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد السادس والثلاثون • محرم ١٤٤٦هـ • أغسطس ٢٠٢٤م

ولاية النساء للدم في القصاص

د. عبد الهادي بن ناصر المرّي

كف الطغام عما أحدث في وادي
زيد من البلايا العظام - دراسة وتحقيقًا

د. عبد العزيز بن ناصر التميمي

تعليق نظارة ناظر الوقف

د. عبد الرحمن بن علي الدعيلج

إجبار القاضي للممتنع من الورثة
على البيع

د. زياد بن صالح التويجري

تجديد الاجتهاد وتطبيقاته في
المعاملات المالية المعاصرة

د. عبد المجيد بن خالد المبارك

حصص التأسيس في شركات
المساهمة

د. محمد بن ناصر التريكي

الجريمة الفكرية

د. الوليد بن عيسى الحميد

مسوّغات طلب المرأة فسخ النكاح
لمصلحتها

أ. د. عمر بن عبد العزيز السعيد

قضاء

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد السادس والثلاثون • محرم ١٤٤٦هـ • أغسطس ٢٠٢٤م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

✂ qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٦هـ (٢٠٢٤م)
تعتبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند
قبول البحث للنشر تؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

الرقم الدولي المعياري: (ردمد: ISSN 1658-984X)

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيِّ

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

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُصْلِحِ

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

فضيلة أ. د. عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ حَمَدِ الْمَرْزُوعِ

أستاذ الأنظمة بكلية الشريعة والقانون
نائب رئيس جامعة الإمام عبد الرحمن بن فيصل
للشؤون الإدارية والمالية

فضيلة أ. د. مُحَمَّدُ بْنُ جَبْرِ الْأَلْفِيِّ

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

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدِ آلِ عَسْكَرٍ

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعُمَيْرِ

عميد كلية الحقوق بكلية الشرق العربي

فضيلة الشيخ / عَبْدِ الْإِلَهِ بْنِ إِبْرَاهِيمِ الْعَرَوَانِ

محامٍ

ضوابط النشر في مجلة قضاء

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

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

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

المرحلة الثانية:

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

المرحلة الثالثة:

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

المرحلة الرابعة:

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

محتويات العدد

٧ | كلمة التحرير

٩ | كَفُّ الطَّغَامِ عَمَّا أُحْدِثَ فِي وَادِي زَبِيدٍ مِنَ الْبَلَايَا الْعِظَامِ - دراسةٌ وتحقيقًا
د. عبد العزيز بن ناصر التميمي

٨٩ | إجبار القاضي للممتنع من الورثة على البيع
د. زياد بن صالح بن حمود التويجري

١٥١ | حصص التأسيس في شركات المساهمة
د. حمد بن ناصر بن عبد العزيز التركي

٢٣٩ | مسوِّغات طلب المرأة فسخ النكاح لمصلحتها
أ. د. عمر بن عبد العزيز السعيد

٢٠٧ | ولاية النساء للدم في القصاص
د. عبد الهادي بن ناصر المرِّي

٣٦١ | تعليق نظارة ناظر الوقف
د. عبد الرحمن بن علي بن عبد الله الدعيلج

٤٥٩ | تجديد الاجتهاد وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة
د. عبد المجيد بن خالد بن عبد العزيز المبارك

٥٢١ | الجريمة الفكرية
د. الوليد بن عيسى بن محمد الحميد

كلمة التحرير

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

فتضع الجمعية العلمية القضائية السعودية بين أيديكم العدد السادس والثلاثين من «مجلة قضاء»، الذي حوى في طياته عدداً من الموضوعات المتنوعة؛ إذ يتناول البحث الأول دراسة وتحقيق «كف الطعام عما أحدث في وادي زيد من البلايا العظام»، وهو مخطوط لم يسبق تحقيقه، وموضوعه في فقه النوازل التي تعد مادة موثقة لنقل جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، بينما يتناول البحث الثاني «إجبار القاضي للممتنع من الورثة على البيع» أمراً متكرراً فيما يحتاج الناس إلى الفصل فيه بينهم؛ لكثرة تكراره، وعظيم ضرره على الورثة، ويناقش البحث الثالث «حصص التأسيس في شركات المساهمة» في زاوية دقيقة ربما لم تنل حظها من الدراسة فيما سبق بشكل تفصيلي، ويتناول البحث الرابع مسوغات طلب المرأة فسخ النكاح لمصلحتها، ويأتي البحث الخامس متناولاً مسألة مهمة حول ولاية النساء للدم في القصاص، ويغطي البحث السادس مسألة مستجدة وهي تعليق نظارة ناظر الوقف، بينما يتناول البحث السابع تجديد الاجتهاد وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة، ويختتم العدد ببحث يتناول التعدي على الملكية الفكرية.

وتحرص هيئة التحرير على التنوع في الأبحاث المنشورة لتشمل اهتمامات أوسع لقرائها. وغني عن الذكر أن جهد الباحثين واجتهاداتهم العلمية فيما طرحوا من مسائل لا تمثل وجهة نظر المجلة، ولا هيئة التحرير، وترحب المجلة بكل ما يثري المحتوى العلمي فيها من نقد، أو تعليق، أو تعقيب.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير

أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيِّ



كُفُّ الطَّغَامِ
عَمَا أُحْدِثُ فِي وَادِي زَيْدٍ مِنَ الْبَلَايَا الْعِظَامِ
تأليف الشيخ العلامة
محمد بن زياد الوضاحي الشرعبي الزبيدي
دراسةً وتحقيقاً

د. عبد العزيز بن ناصر التميمي
عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

مقدمة المحقق

الحمد لله الذي جعل العلم روضاً للطالب، وكفاية للراغب؛
وسبيلاً إلى أعلى المطالب، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له
رب المشارق والمغارب.

وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بهديه تنال
الرغائب، صلوات ربي وسلامه عليه، وعلى آله وأصحابه، عدد ما
خط بالأقلام كاتب.

وبعد:

فإن المذهب الشافعي قد امتاز بالتنقيح والتحقيق؛ والتصحيح
والتدقيق؛ وأخذ بحظ وافر من التصانيف الموسومة بحسن التحرير،
وجمال الترتيب؛ فقد أكثر فقهاء المذهب رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في تصنيف الفروع
من المبسوطات والمختصرات؛ وأودعوا فيها من الأحكام والقواعد
والنفائس الجليلة ما هو مشهور لدى أهل العناية؛ ومن أشملها
جمعاً، وأجلها وضعاً؛ وأكملها نفعاً كتب النوازل الواقعات، ومن
ذلك كتاب «كف الطغام عما أحدث في وادي زبيد من البلى العظام»
للإمام الجليل العلامة محمد بن زياد الوضاحي الشرعبي الزبيدي
اليمني رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى؛ فهو كتاب عظيم الفوائد، جليل العوائد.

أهمية المخطوط وأساب اختياره:

تتحقق أهمية الموضوع فيما يلي:

أولاً: لأنه لم يسبق تحقيق هذا المخطوط النفيس من قبل؛ وذلك بعد البحث، وسؤال المختصين.

ثانياً: جلاله مصنفه؛ وعلو قدره؛ حيث يُعدُّ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى من الفقهاء المبرزين في المذهب الشافعي في بلاد اليمن، فقد كان رَحْمَةُ اللَّهِ مفتياً لمدينة زبيد ونواحيها، وهي التي خرّجت العلماء، وطلاب العلم.

ثالثاً: كثرة مصادر المؤلف، واعتماده على الموثوق منها، وبعضها من الكتب المخطوطة التي لم تنشر حتى الآن، كفتاوى الإمام السمهودي رَحْمَةُ اللَّهِ، مع جودة العرض، وحسن الترتيب، والاختصار.

رابعاً: أهمية كتب النوازل؛ إذ يستطيع الباحث أن يستخرج منها معلومات جيدة موثقة عن جوانب الحياة: الاجتماعية، والاقتصادية، والثقافية.

خامساً: تميز الكتاب بانتمائه إلى فقه النوازل ذات الطابع المحلي، فلا يبقى القارئ سابقاً في المطلق كما هو شأن كتب الفقه العامة، وإنما تتحدد مسائله في المكان، والزمان، والموضوع، بحسب ما تأتي به الأسئلة التي تنبني عليه.

سادساً: المشاركة، والمساهمة، بجهد المقل، في إخراج كتب التراث، وإثراء المكتبة الإسلامية.

الدراسات السابقة:

من خلال البحث، والاطلاع في قواعد معلومات مكتبات الجامعات، والشبكة العنكبوتية، والمجلات العلمية المحكمة؛ لم أعتز على تحقيق لهذا المخطوط من قبل.

منهج عملي في هذا الكتاب:

أولاً: إثبات النص بناء على ما توفر لدي من النسخ.

ثانياً: ضبط وشرح ما قد يشكل من الألفاظ.

ثالثاً: وضع علامات الترقيم؛ لتسهيل قراءة النص.

رابعاً: التعليق والشرح لبعض المسائل، وإضافة بعض الفروع، والفوائد المهمات.

خامساً: ربطت الكتاب بمصادره التي أفاد منها إفادة مباشرة قدر الإمكان.

سادساً: وثقت الآراء التي ذكرها المؤلف من مصادرها؛ وأشرت لما أغفله المؤلف منها.

سابعاً: وثقت مسائل المخطوط من كتب المذاهب المعتمدة.

ثامناً: عزوت الآيات إلى سُورِها مرقومة، وكتبتها بالرسم العثماني.

تاسعاً: خَرَّجْتُ الأحاديث النبوية، والآثار من مصادرها الأصلية، معتمداً على الكتب التسعة، ومُحَرِّجاً منها، وما ورد في صحيحي

الإمامين البخاري ومسلم، ذكرت كتابه وبابه، وما ورد في سواهما ذكرت تخريجه، وبينت الحكم عليه من مدونات التخرىج والحكم على الحديث.

عاشراً: شرحت المفردات اللغوية، والفقهية، والحديثية الغربية التي وردت.

حادى عشر: ترجمتُ للأعلام غير المشهورين وذلك بإيراد ترجمة قصيرة، تتضمن اسم العلم، وكنيته، ومذهبه، وبعض كتبه، ووفاته.

ثانى عشر: وضعت فهرساً للمصادر والمراجع.

القسم الأول قسم الدراسة

ويتضمن التعريف بالمؤلف وبالمخطوط، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بمؤلف المخطوط.

المبحث الثاني: التعريف بالمخطوط.



المبحث الأول التعريف بمؤلف المخطوط

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: اسمه، ونسبه، وولادته، ونشأته:

اسمه ونسبه:

هو الإمام العلامة، الورع الفقيه الحبر الفهامة، ذو التصانيف الكثيرة المفيدة، في الفنون العديدة، مفتي زبيد، ومن أكابر علماء اليمن: كمال الدين، محمد بن زياد الوضاحي الشرعبي ثم الزبيدي اليمني الشافعي^(١).

والوضاحي: نسبة إلى قرية الوضيحة في منطقة شرعب.

والشرعبي: نسبة إلى منطقة شَرْعَب، وهي الآن منطقة تابعة إدارياً لمحافظة (تعز) في الجمهورية اليمنية، وتقع في الشمال الغربي لمدينة تعز، ومن مدينة زبيد أيضاً.

(١) انظر: النفس اليمني والروح الروحاني في إجازة القضاة بني الشوكاني، لعبد الرحمن الأهدل (ص: ٧٦)، وزبيد، للحضرمي (ص: ٤٧)، ومصادر الفكر الإسلامي في اليمن، للحبشي (١٠٢، ١٥٥، ٢٥٩، ٣٩٥، ٥٦٠)، ونزهة رياض الإجازة المستطابة، للمزجاجي (ص: ١٢٣)، والأعلام، للزركلي (٦/ ١٣١)، ومقدمة تحقيق مواهب الديان في شرح فتح الرحمن، لمحمد باذيب (ص: ١٩)، ومقدمة تحقيق تحفة الإخوان شرح فتح الرحمن، لمحمد باذيب (ص: ٢٧).

الزبيدي: نسبة إلى بلدته زبيد، وهي من بلاد اليمن، تقع في محل متوسط من سهل تهامة، على مسافة خمسة وعشرين كيلاً من البحر الأحمر، وهي مدينة كبيرة عامرة، أحدثت في أيام المأمون، وكانت مجتمع التجار من أرض الحجاز، والحبشة، والعراق، ومصر^(١)، وتتبع الآن إدارياً لمديرية زبيد، وجغرافياً لمحافظة الحديدة.

ولادته:

ولد الشيخ محمد بن زياد في بلدته زبيد، ولم يتيسر الوقوف على ذكر تاريخ ولادته.

نشأته:

نشأ في بلدته زبيد، فيها تلقى مبادئ العلوم والمعارف، وأخذ جميع العلوم أو غالبها على مفتي زبيد في وقته العلامة أحمد السانة - كما سيأتي-، حتى صار من الفقهاء والأدباء المبرزين الذين يتلقى عنهم العلم، ويقصدهم الطلاب، وكان رَحْمَةُ اللَّهِ مع تميزه في الفقه وعلوم الشريعة واللغة العربية؛ مشاركاً في فنون عديدة كالمنطق، والحساب، والآلات، حيث قال عنه عبد الرحمن الأهدل: ((وأما في الحساب،

(١) ينظر: الأنساب، للسمعاني (٦/ ٢٦٢)، ومعجم البلدان، للحموي (٣/ ١٣١)، وتاج العروس (٨/ ١٣٤).

والفرائض، والآلات فكانت له اليد الطولى، والمصنفات العديدة، أخذ جميع العلوم أو غالبها على مفتي زبيد^(١).

والذي يظهر من مؤلفاته رَحْمَةُ اللَّهِ ومنها كتابنا هذا: أنه كان واسع الاطلاع والقراءة في كتب العلماء، وخاصة كتب الفقهاء، والفتاوى للمتقدمين منهم، والمتأخرين، والمعاصرين له في حياته.

المطلب الثاني: عقيدته، ومذهبه الفقهي:

عقيدته:

المؤلف - رحمه الله وعفا عنه - على مذهب الأشاعرة في الاعتقاد، ويدل على ذلك، ما جاء عنه في بيانه لمعنى الإيمان بالكتب؛ حيث قال في كتابه «فتح الرحمن في بيان الإسلام والإيمان وما يتعلق بهما من الأحكام» في صفة الكلام: «ومعنى الإيمان بكتب الله: الإيمان بأنها كلام الله الأزلي القديم، القائم بذاته، المنزه عن الحرف والصوت»^(٢).

فبالنظر إلى عبارات المؤلف التي ضمنها كتابه: «فتح الرحمن» نجد أنها موافقة لمعتقد الأشاعرة، ومن ذلك النقل المتقدم الذي جاء فيه وصف كلام الله سبحانه بأنه أزلي قديم قائم بذاته منزّه عن الحرف والصوت.

(١) النفس اليماني والروح الروحاني في إجازة القضاة بني الشوكاني (ص: ٧٦-٧٧)، وينظر: مقدمة تحقيق تحفة الإخوان (ص: ٢٨).

(٢) فتح الرحمن في بيان الإسلام والإيمان ما يتعلق بهما من الأحكام (ص: ٤٤).

مذهبه الفقهي:

ينتسب المؤلف رَحْمَةُ اللَّهِ إِلَى مذهب الإمام الشافعي، حيث تفقه على مذهبه، وجلس للتدريس والتصنيف والفتيا، وأغلب مؤلفاته الفقهية على المذهب الشافعي.

المطلب الثالث: شيوخه، وتلامذته:

شيوخه:

لم يذكر المؤرخون له من الشيوخ سوى واحد -فيما وقفت عليه- وهو أحمد السانة الآتي ترجمته، إلا أن المؤلف قد أشار إلى اثنين من شيوخه في كتابه الذي بين أيدينا، فمن شيوخه:

١. الإمام، العلامة، المحقق، الفقيه، المحدث، مفتي زبيد، الشيخ أحمد بن عبد الله السانة الزبيدي الشافعي، وهو من قرية السانة^(١)، من مخلاف نقد، إحدى قرى بلاد وُصاب العالي، اختلف في سنة وفاته، ف قيل بعد سنة: ١١٠٥هـ، وقيل: ١١١٦هـ، وقيل: ١١٣١هـ حيث إن الزيادة التي أحدثها في جامع زبيد كانت في هذه السنة، ولعل الأقرب أنه عاش إلى سنة ١١١٦هـ؛ حيث انتقل من زبيد في هذه السنة كما

(١) قال في معجم البلدان (٣/ ١٧٩): «السانة: حصن في جبل وصاب من أعمال زبيد باليمن».

جاء في كتاب: «هجر العلم ومعاقله في اليمن»، وكتاب «مصادر الفكر الإسلامي في اليمن»^(١).

قال صاحب كتاب النفس اليماني عن ابن زياد: «أخذ جميع العلوم أو غالبها على مفتي زبيد الإمام المحقق أحمد السانة»^(٢).

تولى الشيخ أحمد السانة أعمال أوقاف زبيد، وكان يقوم إلى جانب هذا العمل بالإفتاء، والتدريس، وخلال وجوده في زبيد، وسَّع جامعها- الجامع الكبير- بزيادة على ما كان عليه، فاعترض عليه عدد من العلماء، ومنهم: العلامة يحيى بن عمر بن مقبول الأهدل، وسعى لهدم تلك الزيادة، فقام ابن زياد بتأليف رسالة ينصر فيها رأي شيخه، وسمّاها: «الضوء اللامع في الرد على منكري زيادة الجامع»^(٣).

ولأحمد السانة مؤلفات عدة، منها: «المفهم المنطق في علم المنطق»، و«إعانة الإخوان في الوصية بمثل نصيب وارث لو كان»، و«ترتيب

(١) ينظر: النفس اليماني، لعبد الرحمن الأهدل (ص: ٧٦-٧٧)، وهجر العلم ومعاقله في اليمن، لابن الأكوع (٢/ ١١٤٦)، وملحق البدر الطالع (ص: ٣٧)، والأعلام، للزركلي (١/ ١٦١)، ومصادر الفكر الإسلامي في اليمن، للحبشي (١٥٥، ٢٥٨)، ومقدمة تحقيق مواهب الديان (ص: ١٩-٢٢).

(٢) النفس اليماني، للأهدل (ص: ٧٦-٧٧).

(٣) ينظر: هجر العلم ومعاقله (٢/ ١١٤٦-١١٤٧)، وملحق البدر الطالع (ص: ٣٧). ومقدمتا تحقيق مواهب الديان (ص: ٢٢، وتحفة الإخوان ص: ٢٧-٢٨).

الأهم ما حكى من طبقات السبكي»، و«طرفة الطلاب لعلم الحساب»، وغيرها^(١).

٢. جمال الدين محمد بن أبي بكر الأشخر، فقيه شافعي يماني، مولده ووفاته في قرية بيت الشيخ، بقرب الضحى في اليمن، تفقه في زبيد، وغلبت عليه السوداء في أواخر أعوامه، فانقطع عن أكثر الناس. له شرح بهجة المحافل وبغية الأمثال جزءان في تلخيص المعجزات والسير والشمائل لأبي بكر العامري، وفتاوى مرتبة على أبواب الفقه، ومنظومة في أصول الفقه وشرحها، وألفية في النحو، ومنظومة في رجال الحديث، وغير ذلك^(٢).

٣. صفى الدين أحمد بن عبد الرحيم الناشري، وصفه المؤلف بالمحقق، ونقل عنه في موضع واحد من هذا الكتاب، ولم أقف له على ترجمة.

تلامذته:

أخذ عنه جمع من طلاب العلم في زبيد ونواحيها، ومن وقفت عليه منهم، ما يلي:

(١) ينظر: النفس اليماني (ص: ٧٦-٧٧)، وهجر العلم ومعاقله (٢/ ١١٤٧)، ومصادر الفكر الإسلامي (١٥٥، ٢٥٨).

(٢) انظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر (٢/ ٢٢)، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (١/ ٢٢٤).



١. أحمد بن محمد شريف مقبول الأهدل الحسيني الزييدي، وهو من أشهر تلاميذه، كان من العلماء الراسخين، والعباد الزاهدين، له اليد الطولى في علم القراءات والتفسير، والحديث، والفقه، والنحو والصرف، والمعاني والبيان والبديع، والمنطق، والحساب، والهندسة، والفلك، وغيرها، وهو ممن تدور عليهم الرواية من علماء زبيد في إسناد الصحيحين، وهو من شيوخ صاحب كتاب النفس اليماني، توفي سنة: ١١٦٣ هـ^(١).

٢. المساوي بن إبراهيم بن المساوي، درس على الفقيه (محمد بن زياد) في الفقه، والفرائض، والحساب، والمنطق، والأصول، وعلم القراءات، وغيرها، ثم عاد إلى قرية المنيرة، توفي سنة: ١١٦٧ هـ^(٢).

٣. سعيد بن عبد الله الكبودي الزييدي، العلامة، الفقيه، الشافعي، الصالح، الورع، تولى إفتاء زبيد بعد وفاة شيخه (محمد بن زياد)، توفي سنة: ١١٦٨ هـ^(٣).

(١) ينظر: النفس اليماني، للأهدل (ص: ٦٧ وما بعدها)، والتاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول، للقنوجي (ص: ٤٨٨)، ومقدمتا تحقيق مواهب الديان (ص: ٢٠)، وتحفة الإخوان (ص: ٢٨).

(٢) ذكره الدكتور/ عبد الولي الشميري في موقعه (موسوعة أعلام اليمن ومثقفيه): www.al-aalam.com، ولم أقف عليه في كتب التراجم.

(٣) ينظر: النفس اليماني، للأهدل (ص: ٧٧)، والتاج المكلل (ص: ٤٨٩)، وتاج العروس (٥٦/١٥).

٤. محمد بن علاء الدين المزجاجي الزبيدي، العلامة، المحدث، المسند، الفقيه، الحنفي، أخذ عن الشيخ (محمد بن زياد) علم النحو والصرف، توفي سنة: ١١٨٠هـ^(١).

٥. عبد الله بن سليمان الجوهرري أو الجرهمزي، الزبيدي، المحدث، الفقيه، الشافعي، كان كثير التأليف، ألف نحو خمسين مؤلفاً، منها: «معين الإخوان في شرح فتح الرحمن» لشيخه (محمد بن زياد)، و«المواهب السنوية شرح الفرائد البهية»، توفي سنة: ١٢٠١هـ^(٢).

المطلب الرابع: مناصبه، ومصنفاته:

مناصبه:

تولى الشيخ محمد بن زياد رَحْمَةُ اللَّهِ مِنْصِبَ الإِفْتَاءِ بزبيد، بعد وفاة شيخه أحمد السانة، إلى أن توفي في سنة ١١٣٥هـ، ثم خلفه عليها في الفتوى الفقيه سعيد الكبودي (ت ١١٦٨هـ)^(٣)، وكان -مع منصبه للإفتاء- يدرس العلوم في مسجد (زيالغ) الذي صار يعرف بمسجد (قروش)^(٤).

- (١) ومن تلامذة المزجاجي: الزبيدي صاحب تاج العروس. ينظر: نزهة رياض الإجازة المستطابة، للمزجاجي (ص: ١٢١-١٢٥)، والنفس اليماني (ص: ٢٦١)، وتاج العروس (٥٦/١٥)، ونزهة الخواطر، للطالبي (٧/١١٠٩).
- (٢) ينظر: التاج المكلل (ص: ٤٨٥)، وتاج العروس (٢/٢٦٤).
- (٣) ينظر: النفس اليماني (ص: ٧٦-٧٧). ومصادر الفكر الإسلامي (ص: ١٥٥)، والأعلام، للزركلي (٦/١٣١).
- (٤) ينظر: مقدمة تحقيق تحفة الإخوان (ص: ٢٨، ٣٠).

مصنفاته:

تعددت مصنفاته، وتنوعت بين العلوم، ومن أبرزها ما يلي:

١. الفوائد النافعة شرح الفريدة الجامعة في نظم العقيدة النافعة، أو الفوائد النافعة في حل ألفاظ الفريدة الجامعة، شرح منظومة النمازي في العقائد، لصالح بن صديق النمازي الزبيدي (ت ٩٧٥هـ)^(١).

٢. فتح الرحمن وزيادته في بيان الإسلام والإيمان وما يتعلق بهما من الأحكام^(٢).

(١) له نسخة في مكتبة الأحقاف بترميم، برقم: (٢٦١٥). ينظر: النفس اليماني (ص: ٧٦)، ومصادر الفكر الإسلامي (ص: ١٥٥)، ومقدمتا تحقيق مواهب الديان (ص: ٢١)، وتحفة الإخوان (ص: ٢٩)، وفهرس مكتبة الأحقاف بترميم.

(٢) له نسخة في جامعة الملك سعود، برقم: (١٥٥٢)، وأخرى في المتحف البريطاني، برقم: (١٥٦٧)، وأخرى في مركز الملك فيصل، برقم: (٤٥٠٥٦). والكتاب مطبوع، وعليه شروحات مطبوعة منها: مواهب الديان شرح فتح الرحمن، لباعشن، وتحفة الإخوان شرح فتح الرحمن لباصهي، وله شروحات مخطوطة منها: الدرر الحسان على فتح الرحمن فيما يحصل به الإسلام والإيمان، لإبراهيم الباجوري، منه نسخة بجامعة الملك سعود، برقم: (١٣٩)، والإعلام والبيان لمعنى فتح الرحمن، لباسودان، منه نسخة بجامعة الملك سعود، برقم: (٢٠٤٤)، ومعين الإخوان شرح فتح الرحمن، للجوهري، منه نسخة بمكتبة جامع صنعاء الغربية برقم: (٣٦٤)، وفيض المنان شرح فتح الرحمن، للمكي، منه نسخة بجامع صنعاء الغربية برقم: (١٢٤٧). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (١٥٥)، ومقدمة تحقيق مواهب الديان (ص: ٢٦-٢٧)، وخزانة التراث (٤٦/١٥٩).

٣. شرح الهمزية في مدح النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(١).

٤. فتح الصمد بشرح الزبد، وهو شرح على المنظومة الشهيرة
بـ«صفوة الزبد فيما عليه المعتمد»^(٢).

٥. المصباح المنير والمرشد للعابر في المسير فيما يتعلق بالحج والأجير^(٣).

٦. تجريد المقال في حكم مشترك الأموال^(٤).

(١) للبوصيري. ينظر: النفس السمانى، للأهدل (ص: ٧٦)، والأعلام، للزركلي (١٣١/٦)، ومصادر الفكر الإسلامى (ص: ١٠٢)، ومقدمة تحقيق مواهب الديان (ص: ٢٣).

(٢) لابن رسلان الرملى، له نسخة في مكتبة جامع صنعاء الغربية، برقم: (١٢٤٧)، وأخرى في المتحف البريطانى، برقم: (٦٧٨)، وأربع نسخ في مكتبة الأحقاف بتريم، بالأرقام: (٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥)، وأخرى في مركز الملك فيصل، برقم: (١٥٢٢٩-١٥٢٣٣٣-ب). ينظر: النفس السمانى (ص: ٧٦)، والأعلام، للزركلي (١٣١/٦)، ومصادر الفكر الإسلامى (ص: ٢٥٩)، وخزانة التراث (٦٧٦/٩٤)، ومقدمة تحقيق مواهب الديان (ص: ٢١) وتحفة الإخوان (ص: ٢٩)، وفهرس مكتبة الأحقاف بتريم، والفهرس الشامل للتراث العربى والإسلامى (٢٧٠/١٠).

(٣) له نسخة في مكتبة جامع صنعاء الغربية، برقم: (٣١٢)، وأخرى في جامعة صنعاء أوقاف، برقم: (١٢٤٧)، وأخرى في مركز الملك فيصل، برقم: (٦٠١٠٣)، ونسختان في مكتبة الأحقاف، برقم: (٣٠٥٩، ٣٠٦٧) ينظر: مصادر الفكر الإسلامى (٢٥٩)، وخزانة التراث (٩٣٩/٥٩)، وفهرس مكتبة الأحقاف بتريم، والفهرس الشامل للتراث (٦٨١/٩).

(٤) مطبوع، بتحقيق الدكتور عبدالإله بن أحمد الدويش.



٧. المصباح في الإيضاح لأركان النكاح^(١).
٨. سؤال وجواب، أو نظم سؤال وجواب^(٢).
٩. الضوء اللامع في الرد على منكري زيادة الجامع^(٣).
١٠. غاية المرام في تحقيق موقف المأموم والإمام^(٤).
١١. فتح الكريم المتفضل شرح ألفاظ كتاب المدخل^(٥).
١٢. الفوائد المنتخبة من كتاب طلبة الطلبة، أو شرح طلبة الطلبة في طريق العلم لمن طلبه^(٦).

- (١) له نسخة في جامع صنعاء الغربية، برقم: (٤٥٦). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (٢٥٩)، ومقدمة تحقيق مواهب الديان (ص: ٢٢).
- (٢) يوجد ضمن مجموع رقم: (٢٧٠٢، ٣٠٧٦) بمكتبة الأحقاف بترميم. ينظر: مقدمة تحقيق تحفة الإخوان (ص: ٢٩)، وفهرس مكتبة الأحقاف بترميم.
- (٣) ينظر: هجر العلم ومعاقله (٢/ ١١٤٦-١١٤٧)، وملحق البدر الطالع (ص: ٣٧)، ومقدمتا تحقيق مواهب الديان (ص: ٢٢)، وتحفة الإخوان (ص: ٢٧-٢٨).
- (٤) له نسخة في جامع صنعاء الغربية، برقم: (٢٤٣). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (٢٥٩)، ومقدمة تحقيق مواهب الديان (ص: ٢٢).
- (٥) له نسخة في مكتبة أحمد عبد القادر الأهدل بزبيد، وأخرى في مكتبة جامع صنعاء الغربية، برقم: (٨٨٧٠، ٣٣٥)، وأخرى في الجامعة الإسلامية، برقم: (٢٦٤)، وأخرى في مركز الملك فيصل، برقم: (١٩٦٩-ف). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (٣٩٥)، وخزانة التراث (١٤/٥٨).
- (٦) له نسخة في جامعة الملك سعود، برقم: (١٢٧٠)، وأخرى في مكتبة جامع صنعاء الغربية برقم: (٢٢٠٩)، وأخرى في الظاهرية، برقم: (٤٨٤٥). ينظر: النفس اليمني (ص: ٧٦)، ومصادر الفكر الإسلامي (ص: ٥٦٠-٥٦١)، وخزانة التراث (٧/٦٢)، والفهرس الشامل للتراث (٧/٨١٦).

١٣. إعانة ذوي الألباب إلى استخراج أصول الأمثلة^(١).
١٤. كف الطَّعام عما أحدث في وادي زبيد من البلىا العظام (في أحوال الربي والمساقى)، وهو كتابنا هذا^(٢).
١٥. شرح على لامية الأفعال في الصرف^(٣).
١٦. رسالة في العبادات^(٤).

المطلب الخامس: وفاته، وثناء العلماء عليه:

توفي الشيخ محمد بن زياد في زبيد، سنة: ١١٣٥ هـ في أثناء توليه منصب الإفتاء، وقد رثاه الأديب أحمد بن محمد الخليل الزبيدي بقوله^(٥):

معضلات الخطوب مدت أيادي

أشعلت في القلوب وري الزناد

- (١) له نسخة في مكتبة الأحقاف بترميم برقم: (١٠١٣). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (ص: ٢٥٩).
- (٢) له نسخة في مكتبة الأحقاف بترميم برقم: (١٠١٣). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (٣/١٨٤٨). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (ص: ٢٥٩)، وخزانة التراث (٧/٦٢).
- (٣) ذكره في كتاب نثر الجواهر والدرر في علماء القرن الرابع عشر، للدكتور يوسف المرعشلي، حيث ذكره في سيرة: عبد الرحمن الأهدل (ص: ٦٨٥).
- (٤) له نسخة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، برقم: (٦٢١٤).
- (٥) قال الأهدل: «نقلته من خط شيخنا عبد الله بن عمر الخليل». ينظر: النفس اليساني (ص: ٧٧-٧٨) ومصادر الفكر الإسلامي (ص: ١٠٢، ١٥٥)، ومقدمتا تحقيق مواهب الديان (ص: ٢٠-٢١)، وتحفة الإخوان (ص: ٣٠-٣١).



وأثارت نفع المصيبة لما
أن نعى بالعزا عشاءً منادي
بادروا بالصلاة يرحمكم الله
توفي محمد بن زياد
فبكته الرجال أهل المعالي
الفحول الكرام عين البلاد
وأثرت من العيون دموع
خددت من سيولها أخداد
وتعالى من الجوى زافرت
فطرت من صعودها أكبادي
كيف لم يُبك من رقى في المعالي
وروى من علومه كل صادي

المبحث الثاني التعريف بالمخطوط

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسم الكتاب:

الاسم الكامل لهذا الكتاب هو: «كفُّ الطَّغامِ عما أحدث في وادي زبيد من البلىا العِظام». وقد اقتصر اسم المخطوط على ما ذكر؛ حيث قال المؤلف رَحْمَةُ اللَّهِ: «وسميتُه كفُّ الطَّغامِ عما أحدث في وادي زبيد من البلىا العِظام».

وقد أثبت الاسم كاملاً على غلاف الكتاب؛ استناداً إلى المخطوطة^(١).

المطلب الثاني: سبب تأليف الكتاب:

نصَّ المصنّف رَحْمَةُ اللَّهِ في مقدمة كتابه هذا على سبب تصنيفه له؛ حيث قال: «أما بعد: فإن الشيخ العلامة المحقق كمال الدين موسى بن أحمد الحكمي الضُّجاعي الذي شاع فضله، وعُرفَ من العلم محلّه، ألّف في التّحذير من العدول بالقناعات، وبيان ما في زبيد من القبائح الشّنيعات، مؤلِّفاً فيه الكفاية لمن وفق للسداد، شكر الله له، وبَلَّ بوابلِ رحمته ورضاهُ مثواه، أمين».

(١) له نسخة في مكتبة الأحقاف بترميم برقم: (١٠١٣). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (٣/١٨٤٨). ينظر: مصادر الفكر الإسلامي (ص: ٢٥٩)، وخزانة التراث (٧/٦٢).

فقد أشار رَحْمَةُ اللَّهِ فِي هَذَا النَّصِّ، إِلَى أَسْلِ الْكِتَابِ الَّذِي بَيْنَ أَيْدِينَا، وَهُوَ مُؤَلَّفٌ لِلشَّيْخِ كِمَالِ الدِّينِ الضَّجَاعِيِّ، الَّذِي شَاعَ فَضْلُهُ، وَعُرِفَ مِنَ الْعِلْمِ مَحَلُّهُ، مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ صَاحِبُ مَكَانَةٍ عَظِيمَةٍ فِي الْعِلْمِ وَالْقَدْرِ عِنْدَ أَهْلِ بَلَدِهِ.

ثُمَّ بَيَّنَّ رَحْمَةُ اللَّهِ سَبَبَ تَصْنِيفِهِ: أَنَّهُ كَانَ بِإِشَارَةِ أَحَدِ الْفُضَلَاءِ الْمَوْصُوفِينَ بِالْعِلْمِ وَعُلُوِّ الْمَقَامِ، إِلَى أَنَّ يَخْتَصِرُ كِتَابَ الشَّيْخِ كِمَالِ الدِّينِ الضَّجَاعِيِّ، فَأَجَابَهُ إِلَى مِرَادِهِ، بِإِخْتِصَارِ ذَلِكَ الْمَوْلَفِ بِعِبَارَاتٍ وَجِيزَةٍ، مُضَمَّنًا الْفُرَائِدَ الْعَزِيزَةَ، وَاقْتَصَرَ فِي التَّأْلِيفِ، وَالِإِخْتِصَارِ مِنْ ذَلِكَ، عَلَى مَا يَنْفِي عَنِ النَّظَرِ الْجَهَالَةِ، وَيَغْنِي الْفِطْنَ عَنِ الْإِطَالَةِ، وَزَادَ فُرَائِدَ فُرَائِدِهَا هِيَ لِنَحْوَرِ التَّحْقِيقِ قَلَائِدَ.

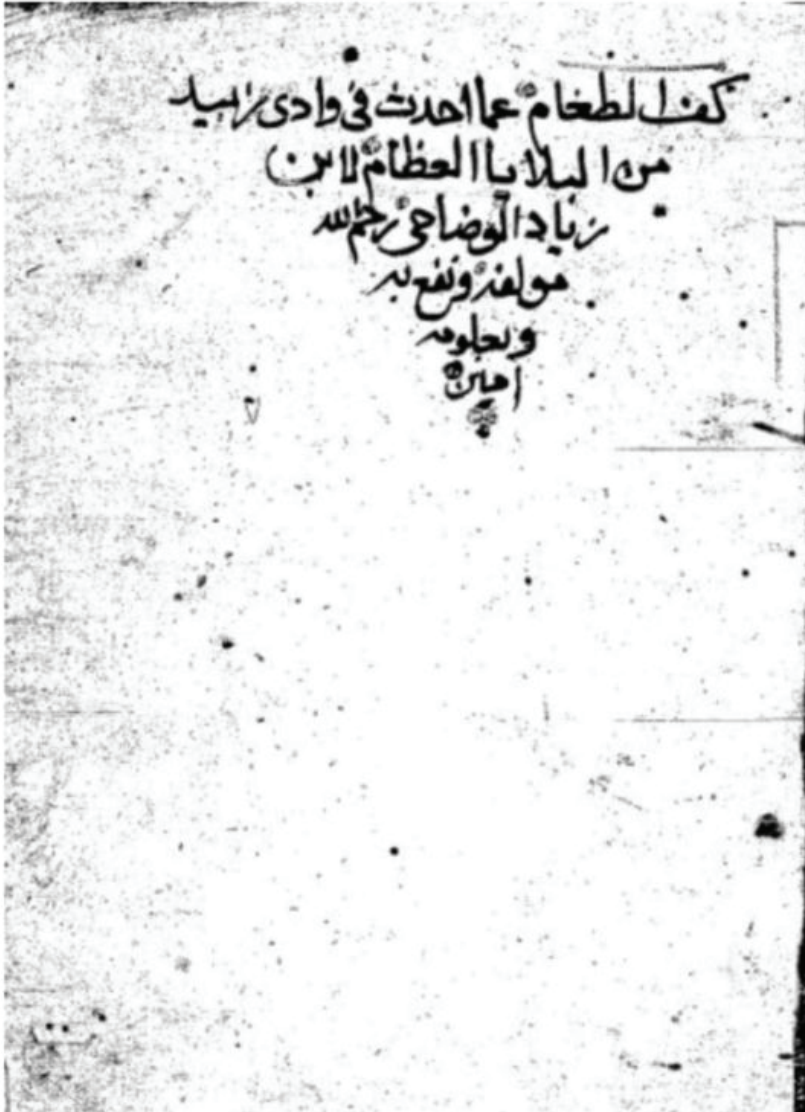
ثُمَّ لَمْ يَنْسَ الْمَصْنُفَ رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يَنْسِبَ الْفَضْلَ لِأَهْلِهِ، فَقَالَ مِثْنِيًّا عَلَى الشَّيْخِ كِمَالِ الدِّينِ: «عَلَى أَنَّنِي لَا أَغْتَرِفُ إِلَّا مِنْ بَحْرِهِ، وَلَا أُسْرِي ذَلِكَ الْمَسْرَى إِلَّا بِدَلَالَتِهِ».

وَلَا رَيْبَ أَنَّ هَذَا شَأْنُ أَهْلِ الْعِلْمِ كَابِرًا عَنِ كَابِرٍ فِي التَّوَاضُعِ مَعَ مَعْلَمِيهِمْ، وَحَفْظِ حَقِّهِمْ، وَمَعْرِفَةِ قَدْرِهِمْ وَمَكَانَتِهِمْ.

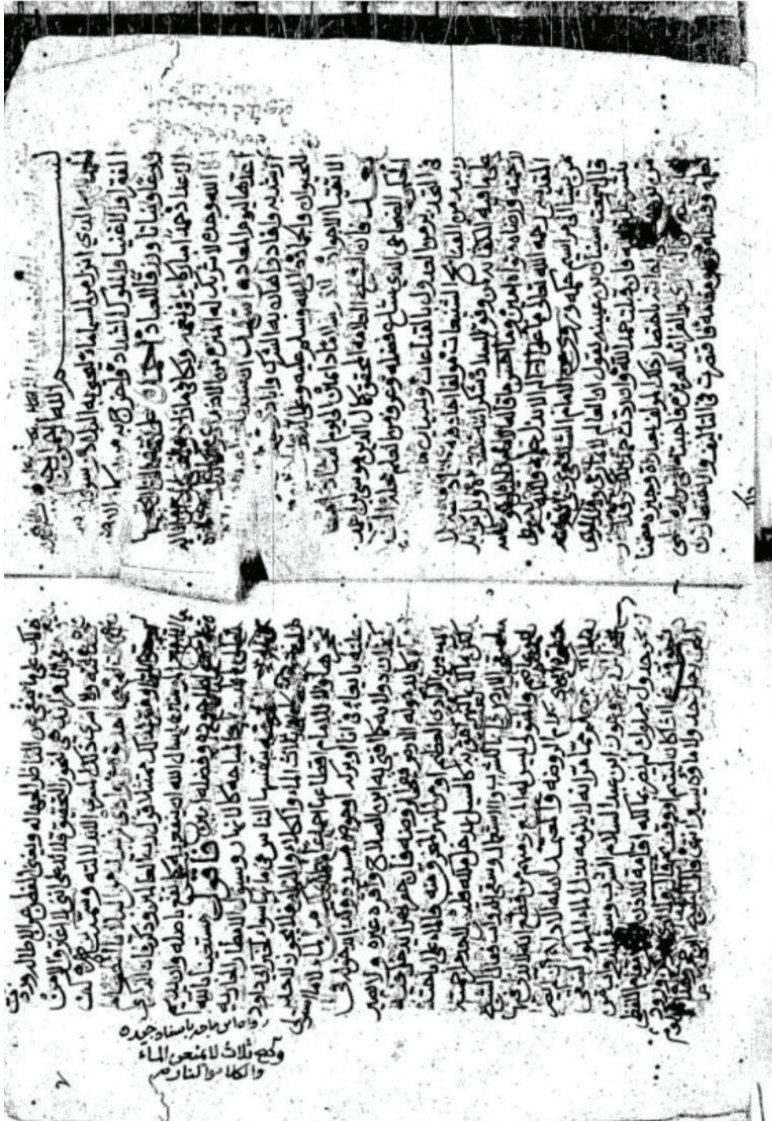
هَذَا وَأَرْجُو أَنْ أَكُونَ قَدْ أَسْهَمْتُ - وَلَوْ سِيْرًا - فِي خِدْمَةِ الْفَقْهِ عَمُومًا، وَهَذَا الْكِتَابُ الْقِيمُ خُصُوصًا، سَائِلًا الْبَارِي عَزَّوَجَلَّ أَنْ يَنْفَعُ بِهِ الْعَالِمَ وَالْمَتَعَلِّمَ، وَالطَّالِبَ وَالرَّاعِبَ، وَأَنْ يَتَقَبَّلَ مِنِّي مَا بَدَّلْتَهُ فِيهِ مِنْ جَهْدٍ، وَيَجْعَلَهُ خَالِصًا لَوَجْهِهِ الْكَرِيمِ، وَأَنْ يَنْفَعَنِي بِهِ وَالْمُسْلِمِينَ، إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ. آمِينَ.

صور المخطوط

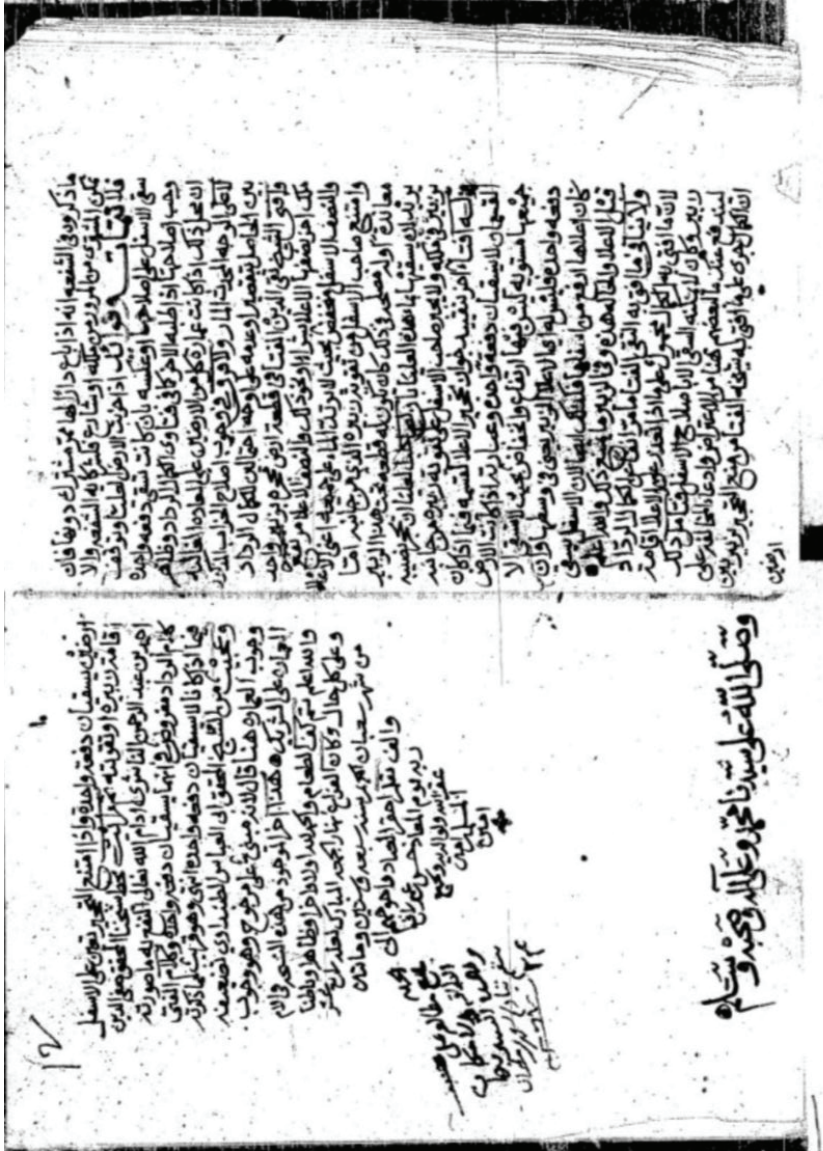
الغلاف



الورقة الأولى من المخطوط



الورقة الأخيرة من المخطوط



وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

١٢



القسم الثاني قسم التحقيق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

الحمد لله الذي أنزل من السماء ماءً ليحيي به البلاد، وسوى بين الفقراء والأغنياء والملوك الشداد، وأخرج به من بركات الأرض زرعاً ونباتاً ورزقاً للعباد، أحمدته على نعمه التي لا تحصيها الأعداد، حمداً مباركاً يوافي نعمه ويكافئ ما زاد، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، المنزه من الأدران والأولاد، شهادةً أعدها ليوم المعاد، وأشهد أن سيدنا [...] ^(١) أرشد به وأفاد، وأهان به الشرك وأباد، [...] ^(٢) للحيوان والجماد، صلى الله وسلم عليه وعلى آله [...] ^(٣) الأتقياء الأجواد، صلاةً وسلاماً دائمين إلى يوم التناد. أما بعد: فإن الشيخ العلامة المحقق كمال الدين موسى بن أحمد الحكمي الضُّجاعي ^(٤)

(١) بياض في الأصل، ولعلها [محمدًا عبده ورسوله].

(٢) بياض في الأصل.

(٣) بياض في الأصل.

(٤) كمال الدين موسى بن أحمد بن أبي بكر اليمني الضُّجاعي، الشافعي، عالم اليمن، أخذ عن صاحب القاموس، وغيره من الأكابر، وكان بعيد الصيت، مات في ذي الحجة، سنة إحدى وخمسين وثمانمائة. انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، للسخاوي (١٠ / ١٩٠)، وطبقات صلحاء اليمن، للبرهسي (ص: ٣١٠)، وهجر اليمن ومعاقله، للقاضي الأكوع (٣ / ١١٨٨).

الذي شاع فضله، وعُرفَ من العلم محلّه، أَلَفَ في التَّحذِير من العدول بالقناعات، وبيان ما [...] ^(١) زبيد ^(٢) من القبائح الشَّنيعات، مُؤَلَّفًا ^(٣) أجاد فيه وأفاد [...] ^(٤) على ما فيه الكفاية لمن وفق للسداد، شكر الله [...] ^(٥)، وبَلَّ بوابِلِ رَحْمَتِهِ ورضاهُ مثواه. آمين.

وما أحسن ما قاله الإمام الجليل أبو شامة المقدسي ^(٦) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «ما على العالم إلا بذل حُكْمِهِ، والله يهدي من يشاء إلى مراسيم حِكْمِهِ» ^(٧)، وروي عن الإمام الشافعي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: سمعت سفيان بن عيينة يقول: «إِنَّ الْعَالَمَ لَا يَمَارِي وَلَا يَدَارِي، يَنْشُرُ حِكْمَةَ اللَّهِ، فَإِنْ قَبِلْتَ حَمْدَ اللَّهِ، وَإِنْ رَدَّتْ حَمْدَ اللَّهِ» ^(٨).

(١) بياض في الأصل، ولعلها [في].

(٢) زبيد: بفتح أوله، وكسر ثانيه، ثم ياء مثناة من تحت، اسم وادٍ به مدينة يقال لها: الحصب، ثم غلب عليها اسم الوادي، فلا تعرف إلا به، وهي مدينة مشهورة باليمن، أحدثت في أيام المأمون، وبازائها ساحل غلافقة، وساحل المنذب، وهو علم مرتجل لهذا الموضوع، ينسب إليها جمع كثير من العلماء. انظر: معجم البلدان لياقوت الحموي (١٣١ / ٣)، ومراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع للقطيعي (٦٥٨ / ٢)، والروض المعطار في خبر الأقطار للحميري ص (٢٨٤).

(٣) بدون الهمز في الأصل.

(٤) بياض في الأصل.

(٥) بياض في الأصل، ولعلها [مسعاه].

(٦) لم أقف عليه.

(٧) لم أقف عليه.

(٨) تاريخ دمشق، لابن عساكر (٥٢٨ / ٤١)، وفي طبقات الحنابلة منسوب إلى الحسن، ولفظه: حدثنا سفيان بن عيينة سمعت أيوب سمعت الحسن يقول: =

[...] ^(١) إجابته باختصار ذلك المؤلف بعبارات وجيزة، مضمناً

[...] ^(٢) والفرائد ^(٣) العزيزة، فأجبتة إلى مراده؛ لما لعلمه، وفضله، وعلوِّ

مقامه، فاقترت في التّأليف، والاختصار من ذلك على ما ينفي عن

النّاظر الجهالة ^(٤)، ويغني الفطن ^(٥) عن الإطالة، وزدت فيه فوائد فرائد

هي لنحور التحقيق قلائد، على أنني لا أعترف إلا من ثمالته ^(٦)، ولا

أسري ذلك المسرى إلا بدلالته، وسميته «كَفُّ الطَّغَامِ» ^(٧) عما أحدث في

= «ما رأيت فقيها قط يداري ولا يهاري، إنما ينشر حكمته، فإن قبلت حمد الله، وإن ردت حمد الله». طبقات الحنابلة، لابن أبي يعلى (٢/ ١٥٠).

(١) غير واضحة في الأصل ولعلها [وقد أشار من نوهت إلى].

(٢) غير واضحة في الأصل.

(٣) الفرائد: الدر إذا نظم، وفصل بغيره. والفريدة: الجوهرة النفيسة. انظر: التوقيف على مهمات التعاريف (ص: ٢٥٠)، دستور العلماء (٣/ ٢١)

(٤) الجهالة: الأمية. انظر: المعجم الوسيط (ص: ١٤٤).

(٥) الذكي: البصير الذي يتبين عواقب الأمور بأدنى لمحة تلوح له. انظر: الفروق اللغوية (ص: ٨٥)، لسان العرب (٣/ ١٩٧).

(٦) الثمالة: الرغوة. وقد أثلم اللبن، أي كثرت ثمالته. والثمالة أيضاً مثل الثملة، وهي البقية في أسفل الإناء أو الحوض، وقد أثلت الشيء، أي أبقيته، وثلته تميلاً: ببقيته، وهو كناية عن سعة علمه وغزارته. انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٤/ ١٦٤٩).

(٧) الطَّغَامُ: أوغادُ الناس. وفي التهذيب: «العرب تقول للرجل الأحمق النذل: طغامةٌ ودغامةٌ، والجميع الطغامُ؛ وفيه: طغومةٌ وطغوميةٌ: أي: حمقٌ ودناءةٌ». تهذيب اللغة (٨/ ٨٦)، وانظر: كتاب العين (٤/ ٣٨٩)، الدلائل في غريب الحديث (٢/ ٥٠٩).

وادي زبيد من البلى العظام»^(١)، [...] ممتثلاً قول رب العالمين:
﴿وَذَكَرْ فَإِنَّ الدِّكْرَى تَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٣)، أسأل الله أن ينفع به كما نفع
 بأصله، [...]»^(٤) وأن يديم عليَّ جوده وفضله، آمين.

فأقول -مستعيناً بالله تعالى-: المياه المباحة كالأنهار، وسيول
 الأمطار الجارية، [...]»^(٥) الناس في مائها سواء؛ لخبر أبي داود: ((الناس
 شركاء في ثلاث: الماء، والكلاء، والنار))^(٦) رواه ابن ماجه بإسناد جيد^(٧).

(١) العظامة: مصدرُ الأمرِ العظيم. يقال: عَظُمَ الأمرُ عَظَامَةً. وَعَظَّمَهُ يُعَظِّمُهُ تَعْظِيماً،
 أي: كَبَّرَهُ. وسمعتُ خبراً فأعَظَّمْتُهُ، أي: عَظَّمْتُ في عيني. ورأيتُ شيئاً فاستعَظمتُهُ.
 والمعنى: الأمورُ الكبيرة التي ينكرها الشرع، ويستعَظمتها أصحاب العقول
 الرشيدة. انظر: كتاب العين (٢ / ٩١).

(٢) في الأصل: كلام فيه تداخل لعلها كلمتين أو ثلاث.

(٣) الذاريات: ٥٥.

(٤) في الأصل: كلام فيه تداخل لعلها كلمتين أو ثلاث.

(٥) في الأصل: كلام فيه تداخل لعلها ثلاث كلمات أو أربع.

(٦) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٣ / ٥٢٨)، برقم: (٢٤٧٢)، (أبواب الرهون، باب
 المسلمون شركاء في ثلاث) بلفظ: ((المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلاء
 والنار، وثمنه حرام)). قال الألباني: «قلت: وهذا إسناد ضعيف جداً»، إرواء
 الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (٦ / ٦)

(٧) هذا الكلام فيه نظر، فسنن الحديث ضعيف جداً. قال أبو حاتم: «فيه عبد الله
 بن خراش. قال فيه أبو حاتم ذاهب الحديث»، وقال البخاري: «عبد الله بن
 خراش عن العوام بن حوشب منكر الحديث». نصب الراية لأحاديث الهداية
 (٤ / ٢٩٤).

وصح ((ثلاث لا يمتنع: الماء، والكلاء، والنار))^(١)، فلا يجوز لأحدٍ

تحجرها^(٢)، ولا للإمام إقطاعها^(٣) إجماعاً^(٤). ولا يملك من الماء إلا ما

استولى عليه بإيعاء^(٥) في إناء، أو بركة، أو حوض مسدود، وكذا بدخوله

في كيزان^(٦) دولابه^(٧)،

(١) أخرجه ابن ماجه، أبواب الرهون باب المسلمون شركاء في ثلاث (٣/ ٥٢٩)، رقم (٢٤٧٣). إسناده صحيح، ورجاله موثقون إلا محمد بن عبد الله بن يزيد أبا يحيى المكي، وثقه النسائي وابن أبي حاتم وغيرهما، وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين. انظر: حاشية السندي (٢/ ٩٢). وقال ابن حبان: «سند صحيح». انظر: التلخيص الحبير (٣/ ١٤٣).

(٢) التحجر: «أن يتدئ الرجل تحقيق قصده في إحياء بقعة، فينصب عليها علامة، بأن يخط حولها خطوطاً بينة، أو يغرز خشباً وقصبات، أو يجمع حولها تراباً» نهاية المطلب في دراية المذهب (٨/ ٢٩٧).

(٣) أي: لا إقطاع تملك ولا إرفاق. تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٦/ ٢٢٧).

(٤) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٦/ ٢٢٧).

(٥) الإيعاء: هو الجمع، يقال: وعى العلم يعيه وعياً. إذا جمعه في صدره، وفي التنزيل: ﴿وَوَعِيَهَا أَذُنٌ وَّاعِيَةٌ﴾. وأوعى المتاع يوعيه إيعاء إذا جمعه في وعاء. وفي التنزيل: ﴿وَجَمْعٌ فَاوَعَى﴾. انظر: جوهرة اللغة، لابن دريد (١/ ٢٤٢).

(٦) كيزان: جمع كوز، والكوز: هو الكوب والكأس بعروة، فإن كان بلا عروة فلا يسمّى كوزاً، وإنما هو كوب أو كأس. وروى أبو العباس عن ابن الأعرابي: كاب يكوب إذا شرب بالكوب، وهو الكوز بلا عروة، فإذا كان بعروة فهو كوز. ينظر: تهذيب اللغة، للأزهري، (١٠/ ١٧٥)، الصحاح، للجوهري، (٢/ ٨٩٢).

(٧) الساقية عند العامة، يستقى به الماء، وسقى أرضه بالدولاب، بالفتح، وهم يسقون بالدواليب، وهو معرب. انظر: تاج العروس (٢/ ٤١٠).

..... كما أفتى به ابن الصلاح^(١)^(٢)، وأقره غيره^(٣). ولا يصير مملوكًا بدخوله الأرض، ففي الروضة: «إن حفر نهرًا يدخل فيه الماء من الوادي العظيم، أو من النهر المنخرق منه، فالماء على إباحته، لكن مالك النهر أحق به كالسَّيل يدخل ملكه، فليس لأحد مزاحمته لسقي الأرض، وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب، فقال الشيخ أبو عاصم^(٤)،.....»

(١) عثمان بن عبد الرحمن بن موسى تقي الدين، أبو عمرو، المعروف بابن الصلاح، كردي الأصل من أهل شهرزور - كورة واسعة في الجبال بين إربل وهمدان، أهلها كلهم أكراد - من علماء الشافعية. كان عارفًا بالتفسير والأصول والنحو، تفقه أولاً على والده الصلاح، ثم رحل إلى الموصل، ثم رجع إلى الشام ودرس في عدة مدارس. من تصانيفه: «مشكل الوسيط» في مجلد كبير، و«الفتاوى» و«علم الحديث» المعروف بمقدمة ابن الصلاح، توفي سنة ٦٤٣هـ. انظر: شذرات الذهب (٥ / ٢٢١)، وطبقات الشافعية لابن هداية (ص: ٨٤)، ومعجم المؤلفين (٦ / ٢٥٧).

(٢) قال ابن الصلاح - في فتاويه -: «الدولاب الذي يديره الماء إذا دخل الماء في كيزانه، ملكه صاحب الدولاب بذلك، كما لو استقاه بنفسه». انظر: مغني المحتاج (٣ / ٥١٨)، نهاية المحتاج (٥ / ٣٤٥).

(٣) كالبُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، انظر: حاشية البجيرمي (٣ / ٢٤٠)، وقال أبو البقاء الشافعي (المتوفى: ٨٠٨هـ): «نقل عن ابن المنذر فيه الإجماع». مغني المحتاج (٣ / ٥١٨).

(٤) الإمام، شيخ الشافعية، القاضي، أبو عاصم محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الله بن عباد العبادي، الهروي، الشافعي. صنف كتاب (المبسوط)، وكتاب (الهادي)، وكتاب (أدب القاضي)، وكتاب (طبقات الفقهاء) وغير ذلك. وتوفي: في شوال سنة ٤٥٨هـ. انظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (١٨ / ١٨١).

.....والمتولي^(١): «ليس له المنع، ومنهم من قطع^(٢) أنه لا يدلي فيها بدلوه^(٣)»^(٤). انتهى كلام الروضة. والمعتمد: أن له الإدلاء إن لم يضر بالملاك. وعلم مما مر: أنه لا يلزمه بذل الماء المملوك لسقي [...]^(٥)، وجوز ابن عبد السلام^(٦): الشُّرْبُ وَسَقْيُ الدَّوَابِّ من نحو جدول^(٧)

(١) عبد الرحمن بن مأمون بن علي، المتولي، أبو سعد، من أهل نيسابور، أحد الأئمة الرفعاء من فقهاء الشافعية. كان فقيهاً محققاً وخبيراً مدققاً. من تصانيفه: «تتمة (الإبانة) للفوراني» لم يتم التتمة، بل بلغ إلى حد السرقفة فكملها جماعة، وكتاب في الفرائض (مختصر)، وكتاب في أصول الدين (مختصر) توفي سنة ٤٧٨ هـ. انظر: طبقات الشافعية، للسبكي (٣/ ٢٢٣)، وطبقات الشافعية، لابن الهداية (ص: ٦٢)، شذرات الذهب (٣/ ٣٨٨)، ومعجم المؤلفين (٥/ ١٦٦)، والأعلام (٩٨ / ٤).

(٢) كذا في الأصل، وفي الروضة المطبوع (أطلق).

(٣) كذا في الأصل، وفي الروضة المطبوع (يدلي أحد فيه دلوا).

(٤) روضة الطالبين (٥/ ٣٠٧).

(٥) ساقطة، ولعلها: (الدواب) بدلالة السياق.

(٦) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن بن محمد السلمى شيخ الإسلام والمسلمين وأحد الأئمة الأعلام يلقب: سلطان العلماء، إمام عصره، القائم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في زمانه، المطلع على حقائق الشريعة وغوامضها العارف بمقاصدها، تفقه على الشيخ فخر الدين ابن عساكر وقرأ الأصول على الشيخ سيف الدين الأمدي وغيره، برع في المذهب، له تصنيفات منها: اختصار النهاية، والقواعد الكبرى، والكلام على الأسماء الحسنی، وكتاب الصلاة فيه اختيارات كثيرة اتباعاً للحديث، والقواعد الصغرى، وفتاوى كبيرة وغير ذلك، توفي سنة ٦٦٠ هـ. ينظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٨/ ٢٠٩) وطبقات الشافعيين ص (٨٧٣).

(٧) اسْمٌ لِلنَّهْرِ الصَّغِيرِ، انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٤/ ١٦٥٤).

مملوك لم يضر بمالكه^(١)؛ إقامة للإذن^(٢) [...] مقام اللفظي^(٤)، ثم توقف فيما إذا كان لیتیم، أو وقف. ثم قال: «ولا أرى جواز ورود ألف إبل جدولاً ماؤه يسير»^(٥). انتهى.

قال الشيخ ابن حجر^(٦):

(١) يؤخذ منه: أنه لا فرق في جواز ذلك: بين أن يشرب، أو يسقي دابته منه في موضعه، وبين أن ينقله إلى محله؛ ليشرب منه بعد أو يسقي دابته. انظر: نهاية المحتاج (٥ / ٣٥٦).

(٢) أي: الإذن العرفي.

(٣) كلمة غير مستبينة.

(٤) أي: ما لم يمنع صاحب الجدول عنه، فإن منع امتنع على غيره فعل ذلك. انظر: تحفة المحتاج (٦ / ٢٣٢).

(٥) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنعام للعز بن عبد السلام (٢ / ١١٣)، وتمام عبارته: «الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إذا كان السقي لا يضر بمالكها جائز إقامة للإذن العرفي مقام الإذن اللفظي. فلو أورد ألفاً من الإبل إلى جدول ضعيف فيه ماء يسير، فلا أرى جواز ذلك فيما زاد على المعتاد لأنه لا يقتضيه إذن لفظي ولا عرفي، ولو كان الجدول أو النهر لمن لا يعتبر إذنه كالیتیم والأوقاف العامة أو سقط من یتیم أو من وقف على المساجد ما لو كان مالك يعبر إذنه لأبيح، فعندي في هذا وقفة لأن صريح إذن المستحق لا يؤثر هنا، فكيف يؤثر ما قام مقامه من العرف المعتاد؟».

(٦) أحمد بن حجر الهيتمي (وعند البعض: الهيتمي بالثاء المثناة) السعدي، الأنصاري، شهاب الدين أبو العباس. وُلِدَ في محلة أبي الهيثم بمصر، ونشأ وتعلم بها. فقيه شافعي. من تصانيفه: «تحفة المحتاج شرح المنهاج»، و«الإيعاب شرح العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعية والأصحاب»؛ و«الصواعق المحرقة في الرد على أهل البدع والزندقة»، و«إتحاف أهل الإسلام بخصوصيات الصيام» توفي سنة ٩٧٣هـ. انظر: البدر الطالع (١ / ١٠٩)، ومعجم المؤلفين (٢ / ١٥٢)، والأعلام للزركلي (١ / ٢٢٣).

.....«وهذا معلوم من قوله: لم يضر بما لكه»^(١)، وخالفه البلقيني^(٢) فيما توقف فيه، فأفتى بالجواز، ثم قال: «ويجاب عن توقفه: بأن الإذن ليس شرطاً، وإنما الشرط عدم المنع، ويعلم بالعادة: أن نحو الصغير لو رشد لم يمنع، فاكْتَفَى بذلك في الإباحة في تناول ما ذكر؛ لعدم توقفه على الإذن، والأصل عدم المنع»^(٣). انتهى.

ولا يملك [...]»^(٤) ما استولى عليه بأخذٍ، أو بإحياء مواتٍ فيه،
[...]»^(٥) لا يثبت فيها اختصاص بتحجر^(٦) ولا [...]»^(٧)^(٨) بملكه ما لا

(١) انظر: تحفة المحتاج (٦ / ٢٠٢).

(٢) عمر بن رسلان بن نصير، البلقيني، الكناني، أبو حفص، سراج الدين، شيخ الإسلام، عسقلاني الأصل. وُلِدَ في (بلقينة) بغربية مصر. أقدمه أبوه إلى القاهرة وهو ابن اثنتي عشرة سنة، فاستوطنها، واشتغل على علماء عصره. من تصانيفه: «تصحيح المنهاج» في الفقه ست مجلدات، و«حواش على الروضة» مجلدان، وشرحان على الترمذي، توفي سنة ٨٠٥ هـ. انظر: الضوء اللامع (٦ / ٨٥)، وشذرات الذهب (٧ / ٥١١)، ومعجم المؤلفين (٥ / ٢٠٥).

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى (١ / ١٧٠).

(٤) ساقطة من الأصل بمقدار كلمتين.

(٥) غير واضحة في الأصل.

(٦) التحجر: من الحجر: وهو المنع لأنه يمنع غيره منه. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه، للإمام النووي (١ / ٢٣٢).

(٧) غير واضحة في الأصل، ولعلها [إقطاع]. انظر: منهاج الطالبين (ص: ١٦٧).

(٨) انظر: النجم الوهاج (٥ / ٤٣٥)، والإقطاع إعطاء السلطان أرضاً ونحوها للانتفاع. طلبة الطلبة (١ / ٢٠).

يلزمه بذله من النار إلا بإشعال [...] (١)، لكن ليس له المنع من الاصطلاء بها، ولا من الاستصباح (٢).

وأما المياه المباحة: فيقدم فيها عند الازدحام وقد ضاق الماء أو مشرعه (٣) السابق على غيره، وإلا أقرع، وعطشان (٤) على غيره، وطالب شرب على طالب سقي (٥)، وإن أراد قوم سقي أراضيهم، فإن امتنع وكان لكل أحد ساقية يرسلها إلى أرضه، سقى من شاء متى شاء، أمّا إذا كان مخرج الماء من النهر واحداً، لا يمكن أن يسقي منه إلا مرتباً، فيقدم الأول إحياءً فالأول، قاله الأذرعي (٦).

ومن ثمّ قال الكمال الدميري (٧): «قد يُظنُّ أنّ الأنهار الكبار لا

(١) ساقطة.

(٢) انظر: أسنى المطالب (٢/ ٤٥٧).

(٣) أي: طريقه. تحفة المحتاج (٦/ ٢٢٧).

(٤) أي: ويقدم عطشان - ولو كان مسبوفاً - على غيره أي ولو أدى ذلك إلى هلاك الدواب حيث كان الأدمي مضطراً. انظر: تحفة المحتاج (٦/ ٢٢٧).

(٥) أي: يقدم طالب شرب ولو كان مسبوفاً. تحفة المحتاج (٦/ ٢٢٧).

(٦) أحمد بن حمدان بن عبد الواحد بن عبد الغني الأذرعي، فقيه شافعي من تلاميذ الذهبي، ولد بأذرعات بالشام، وتولى القضاء بحلب. وأرسل السبكي الكبير بالمسائل الحلييات، وهي مجلد مشهور. من تصانيفه: «غنية المحتاج في شرح المنهاج»، و«قوت المحتاج»، توفي سنة ٧٨٣هـ. انظر: معجم المؤلفين (١/ ١٥١)، والبدر الطالع (١/ ٣٥)، والأعلام (١/ ١١٩).

(٧) محمد بن موسى بن عيسى بن علي الكمال، أبو البقاء، الدميري الأصل، القاهري. فقيه شافعي، مفسر، أديب، نحوي، ناظم، مشارك في غير ذلك. من تصانيفه: «النجم الوهاج شرح منهاج الطالبين»، و«الديباج شرح سنن ابن ماجه»، =



تحتاج إلى هذا الترتيب- أي: الأعلى فالأعلى^(١)- لسعتها، وليس كذلك، فإنّ أعظم الأنهار: نيل مصر، وسقي بلادها منه يحتاج إلى ضبط بالجسور ونحوها؛ لتروي بلادها، وإلا فيصنع على بعضها، وكذلك أنهار الشام بالنسبة إلى بساينها ودورها^(٢). انتهى.

وبحث الأزرق^(٣) في نفاثه: تقديم الأعلى مطلقاً إذا اعتاد السقي قبل الأسفل، ولعله محمولٌ على: ما إذا خيف من تقدم الأسفل، أو مشاركته حدوث استحقاق لم يكن، وإن ضاق سقي الأعلى فالأعلى مرة فأكثر؛ لأن الأعلى - ما لم يجاوز أرضه - هو أحق به، ما دامت له به حاجة.

وإن هلك، زرع الأسفل قبل انتهاء النوبة إليه، فإن انتهت إليه النوبة، فليس للأول منعه ولو احتاج لسقي أرضه مرة أخرى، ففي العباب: «من قدم بالسقي فاحتاجت أرضه سقية أخرى، فإن كان قبلاً وصوله إلى من بعده مُكَّن، وإلا فلا حتى يفرغ»^(٤).

= و«حياة الحيوان الكبرى»، و«شرح المعلقات السبع»، توفي سنة ٨٠٨ هـ انظر: شذرات الذهب (٧ / ٧٩)؛ والضوء اللامع (١٠ / ٥٩)، والبدر الطالع (٢ / ٢٧٢).

(١) رسمت بالألف، لا المقصورة، وهي كذلك في جميع المخطوط.

(٢) النجم الوهاج في شرح المنهاج (٥ / ٤٤٣).

(٣) علي بن أبي بكر بن إبراهيم بن خليفة بن نوب، أبو الحسن الأزرق، ويلقب بنور الدين وموفق الدين. ولد في بلدة أبيات حسين سنة ٧٣٠ هـ، وأرخ له تلميذه البدر حسين الأهدل في كتابه تحفة الزمن. انظر: تحفة الزمن (٢ / ١٢٢)، الضوء اللامع للسخاوي (٣ / ٢٢).

(٤) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج. (٦ / ٢٢٨).

[...] ^(١) ومن هنا أخذ الكمال الضجاعي رَحْمَهُ اللهُ أنه لو خربت الأرض [...] ^(٢) فأرسل صاحبها الماء إلى من بعده فأصلحها؛ ليس له [...] ^(٣) قبل فراغ الذي هو معه. انتهى، وفيه نظر والظاهر: أنه إذا تعسرت عليه السقية الأولى، ثم تمكن مُكِّنَ منها، كما يؤخذ من كلام العباب «من قدم بالسقي» ^(٤)، ومن قول الروضة الآتي في المهايأة: أن من رجع من الأولين، مكن من سقيه أرضه ^(٥)، وفي فتاوى شيخ الإسلام أبي الحسن البكري ^(٦)، وخاتمة المحققين أحمد بن حجر الهيتمي، ما يؤيد ما ذكرته.

وعبارة الأول: إذا تعطل شرب المحل المقدم، لم يجبر صاحبه على تعهده ولا على إصلاحه، بل يصير لمن خلفه على الترتيب الذي كان عليه، غير أنه لو فرض أنه أصلحه، عاد مقدماً على حاله الأول؛ لكون الأمر زال لسبب، فعاد بانتفائه. انتهى.

(١) ساقطة.

(٢) كلمة غير مستبينة.

(٣) كلمة غير مستبينة.

(٤) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٦ / ٢٢٨).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥ / ٣١٢).

(٦) محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن عوض بن عبد الخالق، أبو الحسن البكري الصديقي: مفسر، متصوف، مصري، من علماء الشافعية. في تفسير القرآن، ويسمى (تفسير البكري) و(شرح العباب) توفي سنة ٩٥٢ هـ. انظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر للعيدروس (ص: ٣٧٠)، والأعلام (٧ / ٥٧)

وحاصل ما أجاب به الثاني: أنه إذا فرض بأنه أصلحه، عاد حق الأول بحاله، وصار مقدما على من بعده^(١)، والمراد بالأعلى^(٢): مَنْ نهره أقرب إلى أصل الوادي المباح وإن بعدت الأرض المسقية به، فلو فرض أن نهر الأسفل أسبق إحياءً، فالعبرة به، فعلم من ذلك أن المراد بالأعلى: المحيى قبل الثاني وهكذا، لا الأقرب إلى النهر، وإنما عبروا بذلك: جرياً على الغالب، من أن من أحيا أرضاً يتحرى قربه ما أمكن؛ لما فيه من سهولة السقي، وخفة المؤنة، وقرب عروق الشجر من الماء^(٣)، قال الكمال الدميري: «وكثير من الناس يغلطون في ذلك ويحكمون على ظاهر قولهم: الأعلى فالأعلى، وإنما خرج ذلك على الغالب، وبعضهم يقول: الأول فالأول، والمراد الأول إحياءً. وما أوهم خلاف ذلك من كلام الماوردي^{(٤)(٥)}.....»

(١) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ١٧٩).

(٢) هكذا رسمت.

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣/ ٥١٧)، أسنى المطالب (٢/ ٤٥٤).

(٤) علي بن محمد بن حبيب الماوردي، نسبته إلى بيع ماء الورد. ولد بالبصرة، وانتقل إلى بغداد. إمام في مذهب الشافعي، كان حافظاً له. وهو أول من لقب بـ«أقضى القضاة» في عهد القائم بأمر الله العباسي. توفي في بغداد. من تصانيفه: «الحاوي» في الفقه ٢٠ مجلداً، و«الأحكام السلطانية»، و«أدب الدنيا والدين»، و«قانون الوزارة» توفي سنة ٤٥٠ هـ. انظر: طبقات الشافعية (٣/ ٣٠٣-٣١٤)، والأعلام للزركلي (٥/ ١٤٦).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٥١٠).

.....وابن الصباغ^(١)، مؤول^(٢). انتهى.

فلو أحيوا معاً، أو جهل الحال، قدم الأقرب إلى النهر، ولو استوت أرضون في القرب من النهر، وجهل المحيى أولاً، أقرع للمتقدم، ولهم المنع من الإحياء، ويرجع في قدر السقي للعادة والحاجة؛ لاختلافهما زمناً ومكاناً، فاعتبرت في حق أهل كل محل بما هو المتعارف عندهم.

والخبر جارٍ على عادة أهل الحجاز، ويعمل فيما جهل قدره ووقته وكيفيته في المشارب والمساقى بالعادة المطردة؛ لأنها محكّمة في هذا وأمثاله، ولهم منع من أراد إحياء موات وسقيه منه إن ضيق عليهم. وفي شرح المنهاج لشيخ الإسلام ابن حجر: «للمقدم بالسقي منع من أراد إحياء أقرب منه إلى النهر، كما صرح به جمع، واقتضاه كلام الروضة؛ لئلا يستدل بقربه على أنه مقدم عليه»^(٣) انتهى.

- (١) عبد السيد محمد بن عبد الواحد، أبو نصر، المعروف بابن الصباغ. ولد وتوفي ببغداد. كان فقيهاً شافعيّاً، أصولياً محققاً. من تصانيفه: «تذكرة العالم»، و«العدة»، و«الكامل»، و«الشامل» توفي سنة ٤٧٧هـ. انظر: طبقات الشافعية، للسبكي (٣ / ٢٣٠)، ووفيات الأعيان (٢ / ٣٨٥)، والأعلام للزركلي (٤ / ١٣٢).
- (٢) انظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج (٥ / ٤٤٢).
- (٣) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٨ / ٢٢٩)، وانظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٥ / ٣٦٢).

وما تقرر من تقديم الأعلى فالأعلى، هو ما قضى به النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سيل مهزور- بتقديم الزاي- ومُذْنِب^(١)، وهما: موضعان بالمدينة، كما رواه الحاكم عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا^(٢)، وأبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده^(٣).

فمَّا عَمَّتْ بِهِ الْبَلْوَى الْمَهْيَاةُ^(٤) وَالنُّوبُ^(٥) بَيْنَ أَهْلِ الشَّرْحِ^(٦) النَّازِعَةِ لِلْمَاءِ مِنْ وَادِي زَيْدٍ، وَالْإِلْزَامُ بِهَا مِنَ الْحُكَامِ، وَهِيَ: بَأَنَّ يَجْعَلُ

(١) واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر. انظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد (١٧/ ٤١٠).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين (٧١ / ٢) حديث رقم (٢٣٦٢) عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِي سَيْلِ مَهْزُورٍ وَمَذْنِبٍ: «أَنَّ الْأَعْلَى يُرْسَلُ إِلَى الْأَسْفَلِ وَيَجْبَسُ قَدْرَ كَعْبِينَ». وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. وأعله الدارقطني بالوقف»، انظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (٣ / ١٤٤).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، أبواب من القضاء سنن أبي داود (٢ / ٣٤٠) حديث رقم (٣٦٣٩) بلفظ: «قضى في السيل المهزور أن يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل»، وهو عند ابن ماجه بلفظ: «قضى في سيل مهزور، أن يمسك حتى يبلغ الكعبين، ثم يرسل الماء». انظر: سنن ابن ماجه أبواب الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء (٣ / ٥٣٥) حديث رقم: (٢٤٨٢).

(٤) المهياة هي المناوبة. ينظر: المغرب في ترتيب المغرب، للمطرزي (١ / ٥٠٩).

(٥) جمع نوبة، تقول: جاءت نوبتك ونيابتك. وهم يتناوبون النوبة فيما بينهم، في الماء وغيره. انظر: الصحاح، للجوهري (١ / ٢٢٩).

(٦) الشُّرْحُ: مجرى الماء من الحرّة إلى السهل والجمع شراج والشرح يجمع على شُرْحٍ كرهن ورُهْنٍ انظر: الفائق في غريب الحديث للزمخشري (٢ / ٢٣٣)، والمغرب في ترتيب المغرب للخوارزمي (١ / ٢٤٧).

لأهل الشرح العليا فصولاً معلومة، ولأهل الوسطى والسفلى كذلك، ولا أصل لها في اللزوم في الشرع الشريف، وسبب ذلك - كما أفاده كمال الدين الضجاعي - : فتنة جرت في الدولة الغسانية في نيابة القاضي موفق الدين علي بن أبي بكر الناشري^(١). انتهى. وغاية أمر المهياة: أنها مسامحة من الراضين، إذا كانوا من أهل التبرعات، وفي الروضة آخر إحياء الموات: «فرع: الذين يسقون أرضهم من الأودية المباحة، لو تراضوا بمهياة، وجعلوا للأولين أياماً، وللآخرين أياماً، فهذه مسامحة من الأولين بتقديم الآخرين، وليست بلازمة. والظاهر: أن من رجع من الأولين، مُكِّنَ من سقي أرضه»^(٢). انتهى.

وفي التوسط: «ينبغي أن يخص هذا بالمالكين المطلقين^(٣) التصرف، وأمّا لو كان الشريك محجوراً عليه لصبى أو غيره أو كان جهة وقف،

(١) علي بن أبي بكر بن علي بن محمد بن أبي بكر بن عبد الله بن عمر بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يعقوب بن جابر بن سعد بن جري بن ناشر موفق الدين أبو الحسن بن الرضي بن الموفق بن الجمال اليماني الزبيدي الشافعي ويعرف بالناشري، ولد بزبيد ونشأ بها، ولي قضاء حيس، ثم انفصل عنها واستقر في قضاء زبيد ثم ولي تدريس الأشرفية بها، وحمدت سيرته في ذلك كله وعظمه السلطان، وكان حسن الخلق شريف النفس عالي المهمة، توفي سنة (٨٤٤هـ). انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع (٥ / ٢٠٥).

(٢) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٥ / ٣١٢)، العزيز شرح الوجيز (٦ / ٢٤٢).

(٣) كذا كُتِبَ في المخطوط، والصواب: [المطلقين]؛ بحذف نون جمع مذكر سالم؛ لأنه مضاف.

فيجب مراعاة الأحظ للمولى عليه، ولا يجوز المهايأة، والأحظ له القسمة بالثقب. وهذا ظاهر وقد يغفل عنه^(١). انتهى.

وشبه ذلك في الجواهر بما إذا وهبت الضرة نوبتها من الضرة^(٢)، قال شيخ مشايخنا خاتمة المحققين الأجداد الوجيه ابن زياد^(٣) رَحِمَهُ اللهُ: «أما إذا صدرت المهايأة المذكورة من النُّظَارِ عَلَى الأوقاف وعلى أراضي بيت المال ومن أولياء المحجورين فلا تجوز، وأما المكتوب أي: بالمهايأة في الشرح المذكورة على الوجه المذكور فالفساد والبطلان لائحان^(٤) عليه من وجوه:

(١) التوسط والفتح بين الروضة والشرح، لشهاب الدين أحمد بن حمدان الأذرعي، تحقيق: عبدالرحمن بن محمد الرميح (ص: ٣٥٣).

(٢) انظر: الجواهر البحرية في شرح الوسيط، للقاضي نجم الدين القمولي من بداية الباب الثاني في حكم الإجارة الصحيحة من كتاب الإجارة إلى نهاية كتاب الوقف، تحقيق: حمزة كاوناوي قاسم (ص: ٣٥٢).

(٣) أبو الضياء عبد الرحمن ابن عبد الكريم بن إبراهيم بن علي بن زياد الغيثي المقصري، نسبة إلى المقاصرة بطن من بطون عك بن عدنان الزبيدي الشافعي مذهباً، الأشعري معتقداً. دفن إلى جنب والده بمقبرة باب القرتب من مدينة زبيد، وكان له مشهد عظيم لم تر الأعين مثله رَحِمَهُ اللهُ. من مصنفاته: «تحرير المقال في حكم من خبر برؤية هلال شوال»، و«إثبات سنة رفع اليدين عند الإحرام والركوع والاعتدال والقيام من الركعتين». انظر ترجمته: النور السافر عن أخبار القرن العاشر (ص: ٢٧٢، ٢٧٨).

(٤) كذا في الأصل، وهو اسم فاعل من لاح الشيء يلوح لوحاً، أي: ملح، ولاح الرجل وألاح فهو لائح ومليح أي: برز وظهر. انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (١/ ٤٠٢)، وتهذيب اللغة (٥/ ١٦١).

منها: أن المهايأة إذا صدرت من أهل التبرع، تبطل بانقراض الراضين بها، وقد انقروا.

ومنها: أنا نقطع أن الشرح المذكورة حال المهايأة فيها أراضي وقف، وأراضي بيت المال وأراضي محجورين، وقد علم من قواعد الشرع أن المتكلمين على الأراضي المذكورة لا تجوز مساحتهم بشيء من حقوق الأراضي المذكورة.

ومنها: وهو من أدلها على الفساد: أن فيه ما حاصله: أنه لما جرت المنازعة بين أهل الشرح في الأسبق إحياء، جرت المقاسمة الصحيحة الشرعية بينهم بالأشهر المقدرة.

فانظر كيف أقدم هذا الواضع على تسمية هذا الباطل قسمةً صحيحةً شرعيةً، وقد جرت سنة الله أن المكاتبه الفاسدة لا تستقيم ألفاظها، وإن صدرت من أهل الحذق.

والذي نعتمده وهو الحق الجاري على القواعد: بطلان هذا المكتب، ومن حكم بإلزام ما فيه، فقد حكم بغير ما أنزل الله ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(١) وفقنا الله لصالح العمل، وجنبنا طريق الزلل آمين». انتهى ملخصاً، وهو في غاية التحقيق.

(١) المائة: من الآية ٤٥.

لقد أسمعت لو ناديت حيًّا

ولكن لا حياة لمن تنادي^(١)

قال الضجاعي: «وما أخذ البطلان في المهياة بانقراض أهلها: ما ذكروه في العارية أنها تبطل بزوال أهلية أحد المتعاقدين، والجامع بينهما المسامحة». انتهى.

وقد علمت أن محل ذلك في مطلقي التصرف، لا كما عمت به البلوى - أزال الله الشكوى - وفي فتاوى شيخنا علامة الإسلام محمد بن أبي بكر الأشخر رَحِمَهُ اللهُ نَقْلًا عن المتولي ما لفظه: «الذين يسقون أرضهم على الأودية المباحة، لو توافقوا على مهياة، وجعلوا للأولين أيامًا وللآخرين أيامًا على ما يعتاد في بلاد قزوين، فهذا رضى من الأولين بتقديم الآخرين ومسامحة غير لازمة، ولها شبه بأمر منها: هبة الضرة نوبتها من الضرة. والظاهر: أن من رجع من الأولين يُمَكَّنُ من سقي أرضه»^(٢). انتهى.

(١) أورده العمالي في أسرار البلاغة ولم ينسبه، والبيت مختلف في نسبه؛ فقد أسند إلى عمرو بن معدي كرب، ومنسوب أيضًا إلى عبد الرحمن بن الحكم. وذكر ابن نباتة المصري في شرح العيون في شرح رسالة ابن زيدون أن البيت لعمرو بن معد يكرب، وذكر معه بيتًا آخر، ثم عاد فذكر أن البيت يروى لدريد بن الصمة. نَقْلًا عن الدكتور فؤاد عبد المنعم في تحقيقه لكتاب الأمثال والحكم للهاوردي (ص: ١١٣).

(٢) انظر: العزيز شرح الوجيز (٦/ ٢٤٢).

فإنه صريحٌ في تمكين الأعلى من السقي مقدّمًا على من هو أسفل منه ممن كان سمح له، وحرمة منازعة الأسفل - حينئذٍ - للأعلى، فإذا ثبت ذلك مع كون الساقى قبله لم يعص بالتقدم عليه؛ لمسامحته إياه، فما ظنك بما إذا عصى به لكون التقدم بدون رضاه، لكن هل ذلك كبيرة، أو صغيرة؟ يظهر بناؤه على الخلاف في المَطْل، فإن النووي صحح أنه صغيرة. انتهى المقصود.

وفي معيد النعم: «فعلية - يعني: المحتسب - الاحتراز في شأنها - يعني: المياه - وقد جرت عادة الناس في الشام أن يشتري بعضهم قدرًا معلومًا من ماء نهر أياما مثلاً، ويتحيل لصحته بأن يورد العقد على مقرّه بما له فيه من حقّ الماء، وهو كذا إصبغًا، ثم يسوقه، ويحمله على مياه الناس برضا طائفة يسيرة منهم. وكان الشيخ الإمام رَحْمَهُ اللهُ^(١) يشدّد النكير في هذا. وله فيه تصنيفة سماها «الكلام على أنهار دمشق»، والحاصل أنّ الخلق في أنهار دمشق سواء، يقدّم الأعلى منهم فالأعلى. ولا يجوز بيع شيء من الماء ولا مقرّه، ولا يقيد برضى قوم ولا كلهم؛

(١) عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن موسى بن تمام السبكي الشافعي، أبو نصر، الشيخ الإمام الباحث المؤرخ، صاحب (طبقات الشافعية الكبرى)، ولد في القاهرة سنة ٧٢٧هـ، وسمع بمصر من جماعة، ثم قدم مع والده إلى دمشق سنة ٧٣٩هـ، وسمع بها من جماعة، وقرأ على الحافظ المزي، ولازم الذهبي، وأجازه شمس الدين بن النقيب بالإفتاء والتدريس، وأفتى ودرس، وصنف، واشتغل بالقضاء، وحصل له فتنة شديدة، وسجن بالقلعة نحو ثمانين يومًا، ثم عاد إلى القضاء مات شهيدًا بالطاعون في سنة ٧٧١هـ. ينظر في ترجمته: شذرات الذهب (١/ ٦٦).

لأنهم لا يملكون إلا الانتفاع، بل ولا رضى أهل الشام بجملتهم؛ لأنَّ رضاهم لا يكون رضى من بعدهم مِمَّنْ يَحْدُثُ مِنَ الْخَلْقِ»^(١). انتهى، ونحوه: أن يبيع أحد ملاك قناة مشتركة اعتادوا أن ينتفع بها كل واحد يوماً وليلةً أبداً، نوبته أي: يوماً وليلةً، سواءً بينهما أم لا، فهو غير صحيح، كما صرح به القاضي حسين^(٢) في الثانية، والغزي^(٣) في الأولى.

قال الكمال الضجاعي: «ومن هذا القبيل ما اعتاده كثير من بذل المال لسقي أرض لا تستحقه من الوادي، أو من الشريح، أو التقدم، ويجعل ذلك بتناول الزمن دليلاً على استحقاقه، وربما كان بسببه الوساب^(٤) على

(١) معيد النعم ومبيد النقم للسبكي (ص: ٥٦).

(٢) القاضي حسين بن محمد بن أحمد المروروذى، من خراسان، من كبار أصحاب القفال، قال الرافعي في التهذيب: «كان غواصاً في الدقائق»، من أصحاب الفرياني، وكان يلقب بحبر الأئمة، وهو شيخ الجويني المشهور بإمام الحرمين. له «التعليقة» في الفقه، توفي سنة ٤٦٢هـ. انظر: طبقات الشافعية للحسيني (ص: ٥٧)، وطبقات الشافعية للسبكي (٣ / ١٥٥ - ١٦٠).

(٣) محمد بن قاسم بن محمد بن محمد، شمس الدين الغزي، يعرف بابن قاسم، وبابن الغرابلي، فقيه شافعي. ولد ونشأ بغزة، وتعلم بها وبالقاهرة، وأقام بها، وتولى أعمالاً في الأزهر وغيره، من تصانيفه: «فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب» يعرف بشرح ابن قاسم على متن أبي شجاع. وله «حواش على حاشية الخيالي» في شرح العقائد النسفية توفي سنة ٩١٨هـ. انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع (٨ / ٢٨٦)، والأعلام للزركلي (٧ / ٥).

(٤) الوساب: مأخوذ من الفعل (وسب) يقولون: أوسبت الأرض: أعشبت. والنبات وسب. وكبش موسب: كثير الصوف. حكاه أبو بكر. معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٦ / ١١١)، وفي اللسان: (١ / ١٩٦): «الوسب: العشب والبييس. وسبت الأرض وأوسبت: كثر عشبها؛ ويقال لنباتها: الوسب، بالكسر».

المستحقين، أو تأخر سقيهم فتضعف زراعتهم بسببه، وحكمهم بذلك حكم العادل بالقناعة. وسيأتي إن شاء الله تعالى». انتهى.

وأيده بما مر: من أن الماء المباح لا يصير مملوكًا بدخوله الأرض، أي: فلا يجوز أخذ العوض على الماء المباح، والحال ما ذكر ممن له فيه حقٌّ، فضلًا عن غيره؛ لأنه غير مملوك^(١).

وقد سأل الجمال ابن ظهيرة^(٢) الشيخ سراج الدين البلقيني بما حاصله: العيون التي بمكة المشرفة وغيرها من بلاد الحجاز لا يعرف الذي تنبع منه غالبًا، وإنما تجري في مجارٍ إلى أن تبرز إلى الأرض التي تُسقى بها، ويتبايعونه بالليالي والأيام والساعات، يشتري الشخص من آخر ساعة من النهار إلى^(٣) الليل بثمن معلوم، ويتصرف فيها، فهل

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٥٠٩).

(٢) محمد بن عبد الله بن ظهيرة بن أحمد بن عطية بن ظهيرة بن مرزوق بن محمد بن علي بن عليان بن هاشم بن حزام، المخزومي الشافعي الإمام العلامة الحافظ قاضي مكة، وخطيبها وناظر حرمة وأوقافها والحسبة بها، وشيخها في الفتوى والتدريس. انظر ترجمته في: طبقات الشافعية، لابن قاضي شعبة (٤/ ٥٤)، ولحظ الأبحاث بذيل طبقات الحفاظ (ص: ١٦٦).

(٣) كذا في الأصل، وفي فتاوى البلقيني المطبوع [أو] ولعل الصواب المثبت هنا، وما نقله ابن حجر الهيتمي في مواضع من فتاواه الكبرى، وهو المعنى الصحيح؛ لأن المقصود الساعة التي من آخر النهار الممتدة إلى الليل، ولا دليل في الجواب، لأن البلقيني يبين لابن ظهيرة أنه لا فرق بين آخر ساعة من الليل أو من النهار، من باب زيادة العلم وجواب الحكيم. ينظر: فتاوى البلقيني، دراسة وتحقيق مصطفى محمود الأزهرى (١/ ٢٣٥).

يصح هذا، ويملكه؟^(١).

ثم قال السائل بعد أسطر: وجرت عاداتهم بأنهم يكتبون: اشترى فلان بن فلان ساعةً من قرار كذا، فهل ذلك معتبر أم لا؟^(٢).

فأجاب البلقيني -وأطال- وعبارته بعد فرضه الكلام في ملك محل النبع والمجرى: «وأما شراء الماء المذكور ساعة من النهار أو الليل، فهذا لا يصح لجهالة المبيع»^(٣) -وبعد فرضه الكلام في ملك الثاني فقط- وإذا صدر بيعٌ في هذه الصورة على الماء الكائن^(٤) في الأرض فلا يصح؛ لأنه غير مملوك لصاحب الأرض»^(٥).

ثم قال: «وما ذكره السائل في السؤال من أنه لا يعرف الأصل الذي ينبع منه غالباً، جوابه: أنه لا يصح البيع في هذه الصورة؛ لأنه غير مملوك، والتبايع الواقع بالليالي والأيام والساعات، كله غير صحيح؛ لأنه لم يصادف ملكاً للبائع في ذلك، ولا يملك المشتري شيئاً

(١) فتاوى البلقيني، دراسة وتحقيق مصطفى محمود الأزهرى (١/ ٢٣٥)، وينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ١٤٤).

(٢) المصدرين السابقين.

(٣) فتاوى البلقيني، دراسة وتحقيق مصطفى محمود الأزهرى (١/ ٢٣٦).

(٤) كذا في الأصل بـ (الياء)، وفي فتاوى البلقيني: الكائن بـ (الهمز).

(٥) فتاوى البلقيني، دراسة وتحقيق مصطفى محمود الأزهرى (١/ ٢٣٩).

من ذلك. ولو فرعنا على الصحيح أن الماء يملك، فإنه ليس هنا سبب يقتضي ملك الماء». انتهى^(١).

وللشيخ العلامة مفتي الحجاز شهاب الدين ابن حجر رَحْمَةُ اللَّهِ هُنا كلامٌ حسنٌ مفيدٌ حاصله: أن عيون مكة مملوكة لأربابها قرارًا، ومنبعًا؛ لأنهم أصحاب يد وانتفاع.

وأن المتبايعين إن أرادوا بقولهما: ساعة أو ساعتين من قرار عين كذا جزاءً معينًا من محل النبع أو المجرى المملوك، صحَّ البيع نظير ما ذكره في مسائل منها:

بيع ذراع من أرض مع إرادة الشيوخ أو التعيين، ولم ينظروا إلى أن الشيوخ لا يفهم من مطلق لفظ الذراع إلا بتأويل.

وإن لم يريد شيئًا فإن اطرده في عرفها التعبير بالساعة في مثل هذا التركيب عن الجزء المعين من القرار المملوك، صحَّ البيع أيضًا؛ لأنَّ للعرف تأثيرًا في تخصيص المطلق في البيع به؛ أخذًا من التعبير بالدراهم عن الدينار مجازًا، كقولك في عشرين درهمًا: هذه دينار إذا كان ذلك هو صرفها، أي: هذه صرف دينار فهو من مجاز الحذف.

(١) فتاوى البلقيني، دراسة وتحقيق مصطفى محمود الأزهرى (١/ ٢٤٠). وانظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/ ١٤٤).

نعم، لو أطلقا واطرد عرفهما بأن المراد بذلك بيع الماء مقدراً بزمان، لم يبعد القول بالبطلان حينئذٍ، ولو اختلفا في الإرادة صدق مدعي الفساد، نظير ما في الذراع.

وحاصل ما مر، وبه تجتمع العبارات -عبارات الروضة-: أن المملوك إن كان محل النبع، فوقع البيع على ذلك كله أو على جزء شائع منه معين، صح وجرى في دخول الماء الموجود عند البيع ما قرره في باب الأصول والثمار.

وإن كان المملوك هو القرار الذي يتحصل الماء فيه، أو كان هو القناة دون محل النبع، فإن ورد البيع على القرار، صح أيضاً، ولكن لا يدخل الماء؛ لأنه في هذه الصورة غير مملوك له، وإنما يدخل في ذلك استحقاق الأرض فيه المسمى بالشرب، ومراد الروضة بعدم الصحة في الماء في الصورة التي أجري فيها خلاف تفريق الصنفقة: أنه لا يصح بطريق الملك إلا في الأرض دون الماء، فإنه إنما يصح فيه بطريق الاستحقاق؛ لأن ملك القرار لا يستلزم ملك الماء، بل يكون المالك أحق به.

وأما محل نبعه وقراره غير المملوك، فلا يصح البيع فيهما، ولا يشكل صحة البيع في تلك العيون منبعا وقراراً لعدم الرؤية؛ لأن ما تحت الأرض من مجرى العين وذيلها، لا يشترط رؤية جميعه؛ لتعذره كأساس الجدار، وإنما يشترط رؤية ما يختلف به الغرض؛ أخذاً من أن البئر لا يشترط رؤية جميعها، بل ما يختلف به الغرض منها عند أهل

الخبرة من جدرانها ونحوها، وأما القناة الظاهرة فلا بد من رؤية جميعها، بأن يجس الماء عنها، ولا يكفي رؤيتها من ورائه وإن كان صافياً^(١). انتهى.

ومن البدع التي يجب إنكارها أيضاً: إعطاء الأرض التي لا تستحق السقي من شريح كذا، متعلّياً بجزء منها ليسقيها من محل لا تستحق منه.

ومنها: بذل المال، وهو المعبر عنه في عرفهم بالتوجيه للمتكلم على الماء الذي واجبه تقديم الأقمع فالأقمع، فيقدم المتأخر والحالة هذه، أو يأتي فيها ما مر، ويأتي ولا شك في تأثيم فاعل ذلك، وقد أنكر ابن الرفعة^(٢)، وتلميذه التقى السبكي، وغيرهما، على وكلاء بيت المال أخذ عوض ممن يرتفق بالجلوس في الطريق زاعمين أنه فاضل عن حاجة

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٢ / ١٤٦ - ١٧٠).

(٢) أحمد بن محمد بن علي بن مرتفع بن حازم، أبو العباس، الأنصاري، المصري، المعروف بابن الرفعة. فقيه شافعي، من فضلاء مصر: تفقه على الظهير الترمذي، والشريف العباسي، ولقب بالفقيه، وسمع الحديث من محيي الدين الدميري، ودرس بالمدرسة المعزية، من تصانيفه: «المطلب في شرح الوسيط» و«الكفاية في شرح التنبيه»، و«بذل النصائح الشرعية فيما على السلطان وولاية الأمور وسائر الرعية» و«الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان» و«الرتبة في الحسبة» توفي سنة ٧١٠هـ. انظر: شذرات الذهب (٦ / ٢٢)، والبدر الطالع (١ / ١١٥)، وطبقات الشافعية (٥ / ١٧٧)، ومعجم المؤلفين (٢ / ١٣٥)، والأعلام (١ / ٢١٣).

المسلمين؛ لاستدعاء البيع تقدم الملك وهو منتفٍ، ولو جاز لجاز بيع الموات، ولا قائل به^(١).

قال ابن الرفعة: «ولا أدري بأي وجه يلقي الله تعالى من يفعل ذلك»^(٢). انتهى.

وهذا ليس بأولى مما نحن فيه، وكثيراً ما يظن استحقاق ذلك المتأخر قبل المتقدم؛ لطول مدة التغلب، وأفتى العلامة ابن زياد: في شخص أعطى أرضه متغلباً فسقاها من شريح لا تستحق السقي منه، ومضى على ذلك مدة، ثم حصل بين مالك الأرض وبين شخص من المقهورين ممن يستحق السقي منازعة في السقي، وأراد المقهور أن يمنعه من السقي من المحل الذي لا يستحق السقي منه.

بأن: للمقهور منعه من سقي أرضه من غير طريقها المعتاد، ويجب على ولي الأمر إعانة المانع على المذكورين.

وأفتى أيضاً: في أرضين متجاورتين يملكهما شخص، ولكل واحدة شريح غير شريح الأخرى.

(١) يقول الإمام السبكي: «ليس للإمام ولا لغيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس، والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف، (ولا) إن أقطعه (تخليكاً) وإن فضل عن حاجة الطروق، ومن هنا لا يجوز بيع شيء منه، وما يفعله وكلاء بيت المال من بيع ما يزعمون أنه فاضل عن حاجة المسلمين باطل». أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/٤٥٠).

(٢) انظر: معني المحتاج (١/٥٠٨)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (٣/٥٦٩).

أنه: لا يجوز له سقيها من محل واحد؛ لأنه يجعل بذلك لكل واحدة من الأرضين استحقاقاً لم يكن، وإذا عدل بالماء عن طريقه المعتاد، فلا يخلو من أن يكون عدوله بكسر أرض غيره أو لا، فإن كان بكسرها أو بتسبب إليه وجب عليه إعادتها كما كانت.

كما أفتى به الجمال العامري، وأقره شيخ مشايخنا العلامة ابن زياد، بعد أن أفتى بخلافه، وهو وجوب الأرش^(١)، كما في نظيره من الجدار، لكن الفرق بينهما: وجود المائلة بالإعادة في إعادة الزبير^(٢) لا الجدار، وإذا فجر الأرض والماء فيها قبل استيفائها لشربها، فقال الجمال العامري: الذي يتبين لي أنه يجب عليه تسوية الأرض كما كانت قبل الكسر، ويجب عليه أرش النقص، وهو ما بين قيمتها والماء فيها مستوٍ عليها غير مكسورة، وبين قيمتها الآن يابسة مصلحة بما أصلحها.

(١) من معاني الأرش في اللغة: الدية والخدش، وما نقص العيب من الثوب؛ لأنه سبب للأرش. واصطلاحاً: هو المال الواجب في الجناية على ما دون النفس، وقد يطلق على بدل النفس، وهو الدية. انظر: العين (٦/ ٢٨٤)، النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ١٢٢)، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً (ص: ٢٠).

(٢) مادة (زبر) تدل على إحكام الشيء وتوثيقه، يقال: زبرت البئر، إذا طويتها بالحجارة، والزبير: وضع البنيان بعضه على بعض. انظر: مقاييس اللغة (٣/ ٤٤)، وتاج العروس (١١/ ٣٩٨).

وأقره جمعٌ أجلاء متأخرون: كالقاضي الطيب الناشري^(١)، والكمال الرداد^(٢)، والوجيه ابن زياد، وغيرهم، وأيده الكمال الضجاعي بما في آداب القضاء للغزي عن ابن الصلاح: لو فتق بعض ملاك العيون الجارية فتقاً تحت الأرض، فنزل الماء إلى العين المختصة به، ونشف الباقي، فعليه رد الماء بإزالة المانع، فإن يبس الشجر بذلك ضمنه^(٣).

ويؤيده أيضاً: ما أفتى به الشرف الحضرمي موقف الشمس: في رجلين لكلٍّ منهما زرع في أرضٍ، ولها رسم شرب مشترك بينهما، فأخذ أحدهما جميع الرسم، فسقى به زرعه فهلك زرع الآخر؛ بسبب العطش بحبس الشرب.

من أنه: إن كان الماء مملوگاً لهما، فمنع فهلك الزرع - وقلنا الماء يملك - فينبغي أن يضمن قيمة الزرع في ذلك الوقت عند من يطلب

(١) جمال الدين، محمد الطيب بن أحمد بن أبي بكر بن علي بن محمد الناشري، الزبيدي، الشافعي، من مؤلفاته: إيضاح الفتاوي في النكت المتعلقة بالحاوي. توفي سنة ٨٧٣هـ. انظر: الضوء اللامع (٦ / ٢٩٨).

(٢) العلامة الكبير، مفتي مدينة زيد وعالمها، شيخ الإسلام، مفيد الطالبين، كمال الدين موسى بن زين العابدين بن أحمد بن أبي بكر الرداد البكري الصديقي الشافعي، الجهبذ المحقق المصقع المدقق، شافعي زمانه، ورئيس أقرانه علما وعملا. روى فقه الشافعي من طرق العراقيين. وله الجوابات الرائقة والبحوث الفائقة والتفقهات الخارقة والمصنفات المقبولة والشروح المتداولة المنقولة، فمنها: الكوكب الوقاد شرح الإرشاد (في نحو أربع وعشرين مجلداً). توفي سنة ٩٢٢هـ. انظر ترجمته: النور السافر عن أخبار القرن العاشر (ص: ١٠٨).

(٣) فتاوى ابن الصلاح (ص: ٢٥٦).

بقاءه مع كونه ساقياً، وإن كان الماء غير مملوكٍ فقد ذكروا: أن أجنياً لو دخل الأرض، وأخذ من هذا الماء ملكه، فيلزم عليه أن لا ضمان عليه.

والذي استظهره العلامة الضجاعي: عدم الضمان في الثانية، وهو فيه جارٍ على المذهب، كما في نظيره مما لو عطل شرب الأرض، لكن المختار في الفتوى الضمان فيهما. كما سيأتي نقله عن جمع من المحققين.

وما قيد به الحصري، يؤيده ما أفتى به الشيخ جلال الدين البلقيني، وعبارته: «لو أخذ ماءً لبستانٍ فسقى به زرعه حتى فسد البستان، ولم يعلم المالك بذلك، لم أر من تعرض له، وقد وقعت هذه المسألة والفتوى على أنه يضمن الماء، ولا يضمن ما فسد من البستان، بخلاف ما إذا منعه من السقي، فإنه يضمن عند شيخنا، خلافاً لما في الروضة؛ لأنه هنا لم يمنعه من السقي؛ لجواز أن يسقي من ماءٍ آخر». انتهى.

وأفتى الوجيه ابن زياد: في أرض مشتركة بين اثنين بزبير واحد محتوٍ عليها: أحدهما في نصيبه انخفاض، والثاني في نصيبه ارتفاع، فلما امتلأ المنخفض، كسر صاحب الزبير قبل استيفاء شريكه لما يستحقه.

فإنه يجب على الكاسر أرش نقص نصيب شريكه «وهو ما بين قيمة نصيب شريكه والماء فيه بتقدير بقاءه إلى استيفاء شريكه، وبين قيمته عند الكسر قبل استيفاء شريكه». قال رحمه الله: فافهم ذلك فإنه مهم دقيق.



قال كمال الدين الضجاعي: «وإنما لم يوجب عليه تسوية الزبير؛ لأنه ملكه؛ ووجوب الأرش هو: الأعد بالذهب من وجوب الأجرة؛ لأنه لم يستول عليها، وإنما عيَّها، ولعله مراد من عبَّر بها لأنها في معنى الأرش». انتهى، وفيه نظر، وسيأتي الفرق بينها.

وإذا عدل بالماء عن الأرض العليا بسبب كسر معقمها^(١)، فالواجب على الكاسر إعادته كما كان، وعليه أجرة مثل منفعة الأرض مسقية بذلك الماء، كما جرى عليه جمع متأخرون، وأفتى به القاضي صفي الدين أحمد بن عمر المزجد^(٢).

وقال الكمال الرداد: «لو منع الظالم المالك من سقي ماشيته أو زرعه ففسد أي وضمَّناه على ما هو رأي جماعة من المتأخرين، فهل يقاس عليه منع الظالم المالك من سقي أرضه أو زرعه الظاهر؟

نعم، فيجب ضمان المنفعة؛ لكونه تسبب إلى إبطال انتفاعه بأرضه، ولا يقدر في ذلك كون الماشية والغرس عينا محسوسة؛ لأننا نقول المنفعة مال كالأعيان، ويتعين القول به في هذا الزمان». انتهى. قال

(١) معاقم الحوض: ما بين الصِّفاح. يقال قد سدَّ معاقمه، والواحد معقم. انظر: الجيم لأبي عمرو والشيباني (٢/ ٢٢٧).

(٢) أحمد بن عمر، الشيخ الإمام، العالم العلامة قاضي القضاة القاضي صفي الدين المزجد الزبيدي الشافعي صاحب العباب. (ت ٩٣٠هـ)، من أشهر مؤلفاته: تحفة الطلاب في مسائل الإرشاد، وهي منظومة في ٥٨٤ خمسة آلاف وثمانمائة وأربعين بيتاً، ألفها سنة ٩٢٩هـ. انظر ترجمته: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة (٢/ ١١٤).

العلامة ابن زياد: «فما ظنك بزماننا هذا؟». قلتُ: ويرحم الله هذين الشيخين فكيف لو أدركا زماننا هذا؟!

قال الكمال الضجاعي -رحمة الله عليه-: «هذا إذا كان العدول بكسر أرض الغير أو التسبب إليه، وإن لم يكن بكسرها، بأن عدل بلا كسر، وجب عليه مع الإثم والتعزير: الأرش على ما تقدم تقريره، وهو: ما بين قيمتها والماء متوجه إليها يمكن سقيها به، وبين قيمتها يابسة لا يمكن سقيها هذه السنة مثلاً، إن تعذر فيها أو مسقية بسقي ضعيف إن أمكن به، وأما إذا أمكن السقي من غير ضعف فيه، وامتنع المالك منه، فلا ضمان». انتهى.

وما ذكره من وجوب الأرش المذكور فيه نظراً، والظاهر: وجوب أجرة منفعة الأرض مسقية بذلك في الصورة الأولى.

وفي شرح المنهاج لشيخ مشايخنا الشهاب ابن حجر الهيتمي: «وأفتى بعضهم فيمن لأرضه شربٌ من ماءٍ مباح، فعطله آخر بأن أحدث ما ينحدر به الماء عنه، بأنه يآثم وعليه أجرة منفعة الأرض مدة تعطيلها لو سقيت بذلك الماء، وجرى على ذلك جمع متأخرون في نظيره»^(١). انتهى.

وفي الثانية ما بين أجزتها مسقية بذلك الماء ومسقية بما دون العادة، وهذا هو الأقرب لإفتاء أولئك -وليكن-؛ لأن الفأنت هو المنفعة والعين لم يفت منها شيء، ووجوب الأرش المذكور في إفتاء العامري

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٦/ ٢٢٨).

ومن تبعه هو الأقد؛ لأن الجناية على العين وبه فارق ما مر، ومنها: ما اعتيد من أن المالك يكسر معقم نفسه عند وصول الماء الكثير إليه؛ خوفاً من تخريب أرضه، فإن كان بعد أرضه أرض أخرى لا يخاف خرابها إن بقي المعقم تستحق السقي من أرضه على معقمه، وجب عليه ضمان منفعتها، ولا يجب عليه إعادة المعقم، وإن كان مشتركاً بينه وبين غيره، كما في نظيره من الجدار المشترك، وللأسفل الإجراء للماء في أرض الأعلى، وإن تضرر به الأعلى: بأن كانت أرضه قد سقيت، أو كانت مزروعة مثلاً، إن ثبت ذلك بعادة قديمة لا يعرف لها ابتداء، كما نبه عليه الأذرعى، وأفتى به الكمال الرداد وغيره. وسيأتي لذلك مزيد تحقيق إن شاء الله تعالى.

ولو لم يتصل صاحب السفلى إلى سقي أرضه إلا بإصلاح خراب العليا، فإن كانت العليا غير موقوفة، وحصل خرابها بتقصير مالكها؛ وجب عليه عمارتها ليتوصل صاحب السفلى إلى حقه على ما أفتى به الكمال الرداد، وإن حصل بغير تقصير فأبدى الكمال الرداد فيه احتمالين، أحدهما: يجب واستوجهه. والثاني: لا. وسيأتي لذلك مزيد إن شاء الله على ترتيب الأصل.

وأما الموقوفة: فالظاهر وجوب العمارة على ناظر الوقف من غلتها، ومثلها: أراضي بيت المال.

ومما عمت به البلوى: أن أهل الشرح يقيمون معاقماً طوالياً قويةً في عرض الوادي المباح، ويقطعون الماء بالكلية، أو يأخذون منه فوق

العادة المستحقة؛ بحيث لا ينزل منه شيء للأسفلين، إلا إذا كثر الماء وأضر بها نزل إلى المستحقين، وقد أفتى مشايخ الإسلام: بأنهم يُمنعون من ذلك ويكلفون إزالة ما أحدثوه.

وفي آداب القضاء للغزي -أخذاً من فتاوى ابن الصلاح-: «لا يجوز لأحد أن يبني سكرًا في النهر العام الكبير الذي ليس بمملوك؛ لأن طريق الماء العام كالطريق المسلوك العام، ولو أراد أن يضع صخرة في واسع منه منع»^(١). انتهى.

فليس للمذكورين أن يقطعوا الوادي، ولا يحملوا إلا بمقدار ما يحمله شريحهم على العادة، وما زاد على ذلك يستحقه أصحاب الشريح الأسفل، كما أفتى به الكمال الرداد.

قال الضجاعي: «وبه أفتى أيضاً الجمال ابن ظهيرة، وأقره السيد السمهودي^(٢) في فتاويه، وعبارته: وليس له -أي: الأعلى- أن يبني ما يجبس به الماء من النزول إلى جاره الأسفل، أو يغرس فيها كرمًا أو نحو ذلك مما يمنع الماء»^(٣). انتهى.

(١) انظر: فتاوى ابن الصلاح (١/ ٣٥٧).

(٢) علي بن عبد الله بن أحمد الحسني الشافعي، نور الدين أبو الحسن السمهودي، ولد في سمهود بصعيد مصر، ونشأ في القاهرة. واستوطن المدينة سنة ٨٧٣هـ، وتوفي بها، من كتبه «وفاء الوفا بأخبار دار المصطفى» في مجلدين، و«الفتاوى». انظر: الضوء اللامع (٥/ ٢٤٥)، وشذرات الذهب (٨/ ٥٠)، ومعجم المؤلفين (٧/ ١٢٩)، والأعلام (٥/ ١٢٢).

(٣) لم أقف على فتاوى الإمام السمهودي رَحِمَهُ اللهُ.

وأفتى الشيخ شهاب الدين ابن حجر: «بأن من أراد إحداث نحو شجرٍ في أرضه مما يحتاج لزيادة سقي أنه لا يطلق القول بمنعه، بل فيه تفصيل كما هو ظاهر؛ وذلك لأن أرضه تارة تكون بعدها أرض أخرى تستحق الشرب مما يصل إليها، وتارة لا يكون بعدها شيء، بأن تكون هي آخر الأرض التي تشرب من ذلك النهر.

ففي الحالة الأولى: يمنع من إحداث ما ذكر فيها؛ لأنه إضرار على من بعده، وفي الحالة الثانية: لا وجه لمنعه؛ لأن ما ينزل في أرضه من الماء لا حق لأحد فيه، فله أن يتصرف فيه بما أراد.

وفي الحالة الأولى: لو أراد بعضهم أن يحدث في أرضه ما لم تجر العادة به مما يأخذ أكثر مما يعتاد من الماء [منعه شركاؤه]^(١)^(٢). انتهى.

ويجوز للأسفلين أن يقطعوا ما أحدثه أهل الشرح العليا، مما جرت العادة بخلافه، ففي فتاوى الكمال الرداد: أحدث شخص حدثاً؛ ليمنع به صاحب الأرض من استحقاق السقي بالماء، ويعدل بقناعته، أجاب: «بأن لصاحبها إزالة ذلك، ولا أرش عليه». انتهى.

(١) كذا في الأصل، وتام النقل عن ابن حجر كما في الفتاوى الفقهية الكبرى: «وفي الحالة الأولى لو أراد بعضهم أن يحدث في أرضه ما لم تجر العادة به مما يأخذ أكثر مما يعتاد من الماء فمنعه شركاؤه فقال: أنا أسوق له من محل آخر ما يكفيه من الماء فهل يجاب هو أو هم...».

(٢) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ١٨٤).

ومن هنا يؤخذ: امتناع الجسور في الأنهار المباحة، وهي: بناءً في عرض الشريح بالأجر والحجارة والجص، يحسون به الماء، ويوعونه زائداً^(١) على العادة، وهو من المحرمات التي يجب إنكارها، اللهم^(٢) إلا إن احتيج إليه لانحفار النهر، وارتفاع الأرض، وكان لا يمكن سقيها إلا به، ففيه احتمالان للكمال الضجاعي، وأقربهما عنده عدم الجواز؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، والأوجه الجواز؛ لو صوله به إلى حقه، ومر في كلام الكمال الدميري ما قد يؤيد ذلك لكن بشرط: أن لا يجبس الماء زائداً^(٣) على العادة، فإن زاد عليها جرى عليه حكم العادل بالقناعة، وأما القناطر التي تبنى على الأنهار، فيجوز لكل أحد بناؤها إن كانت في موات، كما يوجد في بعض شرج وادي زبيد، أو ملك الباني، أو في عمران واسع، وبإذن الإمام إن كانت في عمران ضيق: كحفر البئر للمسلمين في الشارع.

وأما المخارج التي تبنى بذلك للأراضي، فتجوز لحصولها في ملك الباني، لكن بالشرط المذكور، وأفتى الشيخ أبو الحسن البكري رَحِمَهُ اللهُ

(١) بالياء، كما في الأصل.

(٢) كلمة (اللهم) من المصطلحات التي ترد في كتب الشافعية وقد تجيء حشواً، أو بعد عموم، حثاً للسامع ليتنبه للقيود المذكور، فهي بمثابة نستغفرك، كقولك: «إنا لا نقطع عن زيارتك، اللهم إلا أن يمنع مانع»، ولذا لا يكاد يفارق حرف الاستثناء. انظر: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، للدكتور علي جمعة (ص: ٦٠).

(٣) بالياء، كما في الأصل.

بما لفظه: «إذا كان لاثنين أرضان، أحدهما: يشرب قبل الأخرى، وماء السفلى يخرج من العليا، فأراد صاحب العليا أن يجعل المكان الذي ينفذ فيه الماء إلى السفلى بمحل أرفع مما كان، أو أراد أن يحوله إن كان ذلك يضر صاحبه في مقدار حقه، أو إتلاف لشيء من ملكه، أو يطول نزول الماء إليه، بحيث يتأخر إدراك زرعه أو نموه عن العادة: منع من ذلك، وإذا لم يضر صاحبه لكن نفع صاحب العليا فقط، فلا وجه للمنع منه إذا لم يحصل به إحداث زيادة شرب ونحوه». انتهى.

ومنه يؤخذ ضبط مدة الحبس الذي لا يجوز، ولا ينافي ما مر من حرمة بناء الجسور على ما مر فيه، وجواز إقامة المعاقم في الشرح؛ لأن العادة فيها ذلك، وهي محكمة هنا كما مر.

ومن ثمّ أفتى الكمال الرداد: في وادٍ دفاع يقام عليه جملة شرح، ومن العادة من أقام شريجه قطع الوادي جميعه، وهم شريج تحت شريج، يأخذ الأعلى بشربه ويرسله إلى من تحته، وقد يترك أصحاب الشرح قطع الوادي؛ خوفاً من كثرة الماء، فيقيم البعض ويترك البعض، فحصل جور في الماء، وعدل إلى جانب آخر، فجاء بعض أصحاب الشرح الذي ترك القطع وأقام شريجه، ومنع نزول الماء، فمنعه من هو أسفل منه، وقال: هذا الماء لي أستحقه دونك، فهل له المنع؟

بأنه ليس له المنع^(١).

ومن البدع: إحياء حافات وادي زبيد: كغيره من الأودية المباحة باتخاذها مزارع، ويلقبون ذلك بالترابي - بفتح التاء الفوقية وبالباء الموحدة بعد الألف - فما تحقق حدوثه منع، ووجب على كل قادر إنكاره؛ لأن الوادي كالطريق لا يجوز إحياءه.

وقد أفتى الكمال الرداد: بأنه يجب على الحاكم إجبار المحدث للأرض بنسف أرضه، حتى يمر الماء منه على عادته من الوادي.

وقال الشيخ تقي الدين السبكي في فتاويه: «الأنهار ومجارها العامة ليست مملوكة، بل هي: إمّا مباحة لا يجوز لأحد تملكها، وإمّا وقف على المسلمين الجميع، ولا شك أن الأنهار الكبار: كالفرات والنيل مباحة كما صرحوا به^(٢)، ولا يجوز تملك شيء منها بالإحياء ولا بالبيع من بيت المال ولا بغيره، وكذلك حافات التي عموم الناس يحتاجون

(١) هذه الجملة هي فتيا الكمال الرداد للمستفتي.

(٢) جاء في المجموع: «المياه الجارية في الأنهار: كالفرات، ودجلة، وجيحون، والنيل، وغيرها من الأنهار الكبار والصغار؛ ليست مملوكة لأحد، وجهاً واحداً؛ لأنها تنبع من المواضع التي ليست مملوكة: كالجبال والشعاب». وقال السيوطي: «ولا شك أن الأنهار الكبار كالنيل والفرات، مباحة كما صرح به الفقهاء في كتبهم، ولا يجوز تملك شيء منها بالإحياء لا بالبيع من بيت المال، ولا بغيره، وكذلك حافات التي عموم الناس إلى الارتفاق بها لأجلها، والأنهار الصغيرة التي حفرها قوم مخصوصون معروفون مملوكة لهم: كسائر الأملاك المشتركة انتهى بحروفه، وهو تصريح بالنقل عن الفقهاء أن حافات النيل لا يجوز تملكها ولا إحياءها». المجموع شرح المذهب (١١ / ٢٨)، الحاوي للفتاوي (١ / ١٦٠).

إليها إلى الارتفاق بها لأجلها»^(١). انتهى كلام السبكي في فتاويه، كما نقله الكمال الضجاعي. ثم قال^(٢): «ولا شك أنَّ النهر الكبير المعروف بوادي زيد مباح حكمه حكم الأنهار المذكورة». انتهى.

وأما ما لم يعلم حدوثه منها، وإنما السيل أخرجها، وجر ترابها، ففي هذه الصورة لا يجوز المنع؛ لأنها ملكهم.

قال الشيخ تقي الدين السبكي في شرح المنهاج: «رأيت في ديار مصر من الفقهاء من يستنكر^(٣) العمارة التي على حافات النيل، ويقول: «إنه لا يجوز إحيائها»، قال: «فإذا رأينا عمارة على حافات نهر لا غيرها؛ لاحتقال أنها وضعت بحق، وإنما الكلام في الابتداء، وفيما عرف حاله»^(٤). انتهى.

(١) فتاوى السبكي (١/ ٤٥٠).

(٢) أي: الكمال الضجاعي.

(٣) كذا في الأصل وهو الصواب، والمثبت في شرح السبكي للمنهاج (يسكن) ولعله تصحيف، ويأباه السياق؛ إذ كيف يسكن الفقيه ثم يقول: لا يجوز إحياءه!! وقد نقل هذا النص عن التقي السبكي جماعة، وعندهم كلهم (يستنكر).

(٤) انظر: الابتهاج في شرح المنهاج للسبكي، تحقيق: ماجد بن نعيمش الأحمدي، رسالة علمية لنيل درجة الماجستير في الفقه بجامعة أم القرى ١٤٢٩ هـ - ١٤٣٠ هـ (ص: ٤٠٤).

والحق ممّا مرّ: أنّ ما علم إحداثه في مسيل الوادي، تجب إزالته^(١)، وما لم يعلم بأن علم أنه كان مملوكًا أو شك فيه، فلا تجوز إزالته؛ لاحتمال أنه وضع بحق، كما مر في نظيره عن الشيخ تقي الدين.

قال كمال الدين الضجاعي: «وفي حفطي أنّ في سنة اثنتين وثلاثين وتسعمائة أراد الأمير حسين بك أن يرفع أيدي أهل الترابي؛ محتجًا بأنها من النهر المباح، فمنعه فقهاء زبيد؛ ولعل مستندهم في ذلك ما تقدم عن السبكي».

ونحو ذلك ما أفتى به شيخ الإسلام زكريا الأنصاري^(٢): من وجوب هدم ما بني في الشوارع^(٣)، إلا إن وُضِعَ بحق، بأن حكم به حاكم يراه، أو لم يعلم سبب وضعه، واحتمل وضعه بحق، ولا فرق في

(١) وهذا مما اتفق عليه عند أصحاب المذاهب الأربعة، قال الإمام السيوطي رَحْمَةُ اللَّهِ: «ولا نعلم في ذلك خلافًا في المذهب، بل ولا في بقية المذاهب الأربعة، بل الأئمة وأتباعهم متفقون على هذا الحكم». الحاوي للفتاوي (١/ ١٥٦).

(٢) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أبو يحيى، فقيه شافعي محدث مفسر قاض، من أهل مصر، لُقِّبَ بشيخ الإسلام، كان فقيرًا معدمًا، ثم طلب العلم فنبغ، ولي قضاء قضاة مصر، مكث من التصنيف، من مؤلفاته: «الغرر البهية في شرح البهجة الوردية» في خمسة مجلدات، و«منهج الطلاب»، و«أسنى المطالب شرح روض الطالب»، وكلها في الفقه، وله «الدقائق المحكمة» في القراءات، و«غاية الوصول شرح لب الأصول» في أصول الفقه، وله تأليف في المنطق والتفسير والحديث وغيرها، توفي سنة ٩٢٦هـ. انظر: الكواكب السائرة (١ / ١٩٦)، والأعلام للزركلي (٣ / ٨٠).

(٣) جاء عن ابن حجر الهيتمي: «لو بنى في حريم النهر بناء، ووقفه مسجدًا فإنه باطل؛ لأنه مستحق الإزالة» تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٦ / ٢٤٠).

ذلك بين الشوارع الضيقة والواسعة، ووضع الأبنية فيها معصية ما لم يحكم به حاكم يراه، وإذا كان معصية فيجب إنكاره، ويثاب ولي الأمر أيده الله على إزالتها. انتهى.

وأفتى الكمال الرداد: في قوم يملكون شريجًا يسقي أرضهم، وأحدهم له القنعة عليهم، وفي الشريج المذكور فضاء نفيس للشريج من أعلاه، ومن مرافقه يتفشى فيه الماء، فأراد الأسفلون أن يحيا الفضاء المذكور أرضًا يزرعونها؟ بأن: لصاحب القنعة المنع من ذلك. انتهى.

وهو ظاهر؛ لأنه لا يجوز إحياء حريم النهر، ويستفاد من الجواب: معرفة حريم الشريج، وكثيرًا ما يحبس الماء أهل الترابي المذكورة، أو نحوهم، ممن هو قريب منهم من النهر على من بعدهم؛ لأجل تكثير أرضهم بالتراب الذي يحمله السيل، فيضعون أشجارًا وأحجارًا في وجه مخرج الماء، فيكون الماء يدخل الأرض بما يحمله السيل من التراب، ويخرج منها صافيًا، ويلقبون ذلك بالتعبير، وهم وإن ملكوا التراب بذلك، لكن الحبس المذكور حرام، وحكمه حكم العادل بالقنعة، وقد مر.

وكثيرًا ما توضع الأشجار في عرض النهر، وتسمى في عرفهم بالحجاية؛ ليرجع ماء الشريج إلى الأرض التي تستحق السقي منه، فإذا كانت العادة أن يوضع الأشجار ونحوها من الخصف ينقطع ماء الشريج بالكلية، بحيث لا يخرج منه شيء، وأراد الواضع المذكور بحق

أن يجعل بدل ما ذكر زبيراً، جاز له ذلك ولا يجوز منعه، وكثيراً ما تحصل المنازعة من أسفل من الواضع، ولا معنى لمنازعتهم والحال ما ذكر.

وفي فتاوى العلامة خاتمة المحققين الأنجابه أحمد بن حجر الهيتمي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى مسألة: «لو جرت العادة ببلدٍ أن الأول يسدُّ على من بعده بتراب معلوم، أو بخشب، أو سعف نخل، هل هذه عادة لازمة متبعة مع عدم انضباطها مع أنه لا خفاء أن التراب يسد جميع الماء، بحيث إنه لا يخرج إلى الأسفل شيء؟»

أجاب بقوله: لا خفاء أن الحق للأول بسد الماء إلى تمام حاجته بما شاء من حجرٍ وغيره، نعم إن اعتيد السدُّ بشيء ينزل الماء من خلاله إلى أرض من بعده، وكان في ذلك نفعٌ لها بما يصلها من هذا الماء القليل قبل أن يأتيتها الكثير، واطردت العادة بذلك؛ فلا يبعد أن يجب على الأول أن يسد بذلك، ولا يجوز له أن يسد بما يمنع أكثر مما اعتيد فضلاً عن أن يسد بما يمنع الماء بالكلية»^(١). انتهى.

وأجاب الشيخ أبو الحسن البكري رَحِمَهُ اللهُ: «بأن جريان العادة بسد الماء لا يضر فيه كونه بجريد ولا بسعف ولا بتراب ونحو ذلك؛ إذ الحق للأول كيف كان، فلا يلتفت للعادة». انتهى.

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ١٧٩).

وما جرى عليه ابن حجر رَحْمَةُ اللَّهِ أَفْتَى بِهِ بَعْضُ مِتْأَخْرِي الْفَضْلَاءِ وَهُوَ الْأَقْرَبُ، وَأَمَّا مَا أَحْدَثَهُ أَهْلُ الْأَرْضِي مِنْ عَمَرَتِهَا عَمْرَةَ مَخَالِفَةَ لِلْعَادَةِ؛ لِتَأْخُذَ مِنَ الْمَاءِ أَكْثَرَ مِنَ الْعَادَةِ الْمَقْضِي بِهَا، وَهِيَ فِي غَالِبِ أَرْضِي وَادِي زَبِيدٍ نَحْوَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ؛ فَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ إِنْ حَصَلَ بِهِ تَضْيِيقٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ الْعُلْيَا بَعْضُهَا مَرْتَفِعٌ وَبَعْضُهَا مُنْخَفِضٌ، وَلَوْ سَقِيَا مَعًا لَزَادَ الْمَاءُ فِي الْمُنْخَفِضِ عَلَى الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ، أَفْرَدَ كُلُّ بَعْضٍ بِالسَّقْيِ، بِأَنْ يَسْقَى الْمُنْخَفِضَ عَلَى الْعَادَةِ ثُمَّ يَسِدُهُ ثُمَّ يَسْقَى الْمَرْتَفِعَ.

قال الكمال الضجاعي رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى: «مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ وَالتَّجْرِبَةِ أَنَّ زِرَاعَةَ وَادِي زَبِيدٍ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى هَذَا السَّقْيِ؛ وَلِهَذَا لَمْ تَكُنْ مَوْجُودَةً فِي الْأَزْمِنَةِ الْمَتَقَدِّمَةِ، وَكَانَتِ الْعِلَّةُ أَكْثَرَ مِنْهَا الْآنَ، وَقَدْ شَاهَدْنَا إِذَا كَانَ سَقْيُ الْمَرْتَفِعِ الْمَسْمُومِ فِي عَرَفِ رِعَايَا زَبِيدٍ «الصدر إلى الساق» وَالْمُنْخَفِضِ الْمَسْمُومِ فِي عَرَفِهِمْ «بالسوم إلى الركبتين» تَكُونُ الزِرَاعَةُ وَاحِدَةً، وَرَبْمَا كَانَ الْمَرْتَفِعُ أَصْلَحَ؛ وَإِنَّمَا الْمَحْجُوجُ لِهَذِهِ الْعِمَارَةِ الْمُتَعَدِّ بِهَا تَحْمِيلُ الشَّرْحِ أَكْثَرَ مِمَّا تَسْتَحِقُّهُ». انتهى.

وهو كلام نفيس مهم، ومع تعديهم بحبس الماء على الوجه المذكور يجرم إرسالهم للماء دفعة واحدة على من بعدهم، فيتلفون الأراضي السفلى؛ لعدم عمارتها كالعليا، ولا شك أن هؤلاء ضامنون ما تلف من أراضي جارهم بسبب الإرسال المذكور، وأنهم مخالفون لوصية رسول

الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالجار الواردة في الحديث الصحيح ((ما زال جبريل يوصيني بالجار؛ حتى ظننت أنه سيورثه))^(١).

ولا يجوز للأعلا إرسال الماء إلى أرض الأسفل إلا على الوجه المعتاد، وأمّا إذا لم يُعتد الإرسال لا يجوز إخراج الماء إلى الأسفل إلا بإذنه كما أفتى به الشرف ابن المقرئ^(٢) وفي الروضة في الديات: «لو سقى أرضه فخرج الماء من جحر فأرة، أو شق، فدخل أرض غيره فأفسد زرعه؛ فلا ضمان إلا أن يجاوز العادة في قدر الماء أو كان عالماً بالجحر أو الشق فلم يحتط؛ فإنه يضمن»^(٣). انتهى.

فهذا صريح في ضمان المذكور، فعلى ذي العليا الاحتياط التام، والإخراج على العادة، وليس له العدول عنه، فلو استحق عليه إجراء الماء من محلّ معلوم فأراد إجراءه من طريق أخرى؛ فليس له ذلك، ويجبره الحاكم الشرعي على الإجراء من المحل المعتاد.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الأدب، باب الوصاة بالجار (٨ / ١٠)، برقم: (٦٠١٥).

(٢) إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله المقرئ بن إبراهيم بن علي بن عطية بن علي الشرف، اليسانى، الحسينى، الشافعى، ويعرف بابن المقرئ، ولد سنة خمس وخمسين، أو أربع وخمسين وسبعائة، كما ذكره السخاوى. من مؤلفاته: كتاب الروض، وإرشاد الغاوى إلى مسالك الحاوى. انظر: الضوء اللامع ٢ / ٢٩٢، طبقات صلحاء اليمن ص ٣٠٥.

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين (٩ / ٣٢٠)

ومن ثم أفتى الكمال الرداد: «بأن من يعتاد السقي من قصبه معينة في ملكٍ: ليس للمالك المنع منه، والعدول إلى غيره، ويجبر من تمكينه من السقي من الموضع المعين». انتهى.

ووجهه القاضي صفي الدين أحمد بن عمر المزجد: بأن استحقاق الإجراء - كما ذكر - إمَّا بملك المجري ومنفعته، أو منفعته فقط، فبذل مالك الأرض له مجرى آخر معاوضة، وشرطها التراضي، وظاهر ما أفتى الكمال: أن الأعلى يجبر على إرسال الماء من المحل المعتاد، وإن أدى إلى إفساد نحو زرعه مثلاً لو كان.

وهو ظاهر ما أفتى به الإمام الغزالي، وأقره جمعٌ متأخرون، وعبارة الشيخ ابن حجر في تحفته، وأفتى الغزالي: بأن لصاحب السفلى إجراء الماء المستحق إجراءه، وإن أضر بنخلها أو زرعها، ولا غرم عليه؛ لتقصير صاحبها بالزرع والغرس في المجري المستحق الأسفل^(١). انتهى.

وقيده الجمال القماط^(٢) بما إذا لم يمكن للأسفل السقي من محل آخر، أما إذ أمكنه فليس له ذلك؛ للضرر. وهو تقييد حسن.

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٦ / ٢٣٤).

(٢) الفقيه المفتي القاضي الشيخ العلامة جمال الدين، مفتي المسلمين، محمد بن حسين بن محمد بن حسين القماط الزبيدي، كان إماماً علامة، قوي الحافظة، حسن الفاهمة، مشاركاً في فنون، طلق اللسان، محباً في العلم والمذاكرة والمباحثة، غير منفك عن التحصيل، توفي سحر ليلة الأربعاء السادس عشر من جمادى الأولى، سنة ٩٠٣هـ. انظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر (ص: ٣٧).

ويؤيده ما ذكره في الشفعة: أنه إذا باع دارًا لها ممرٌ مشتركٌ دونها، فإن تمكن المشتري من المرور من ملكه أو شارع؛ فلشركائه الشفعة وإلا فلا^(١).

تتمت وفوائد:

إذا خربت الأرض العليا، وتوقف سقي الأسفل على إصلاحها أو عكسه، بأن كانت تسقى دفعة واحدة؛ وجب إصلاحها إذا طلبه الآخر، كما في فتاوى الكمال الرداد.

وظاهرٌ أن محل ذلك إذا كانت عمارة كل من الأرضين على العادة الغالبة لا على الوجه المحدث المار، ولا فرق في وجوب إصلاح الخراب المذكور بين الحاصل بتقصير أو عدمه على أوجه احتمالين، للكمال الرداد.

وأفتى الشيخ تقي الدين الفتى^(٢) في قطعة أرض محجرة بزبير واحد، ملكٌ آخر نصفها الأعلى بشرائه أو نحو ذلك، والنصف الأعلى مرتفع، والنصف الأسفل منخفض، بحيث لا يرتد الماء على جميعه -أعني الأعلى-، وامتنع صاحب الأسفل من تقوية زبيره الذي من

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز (١١ / ٣٨٨)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (٥ / ٢٢٨).

(٢) تقي الدين عمر بن محمد الفتى بن معيبد الأشعري الإمام العالم العلامة، تفقه بشرف الدين إسماعيل بن أبي بكر المقرئ وغيره، وبرع في الفقه، وله فيه مصنفات مفيدة، منها: «مختصر المهمات» و«أنوار الأنوار مختصر الأنوار» وغير ذلك. وكان عبداً صالحاً متواضعاً. تخرج به جماعة، وصاروا أئمة علماء، توفي بزبيد سنة ٨٨٧هـ. انظر: قلادة النحر في وفيات أعيان الدهر (٦ / ٤٧٣).



جانبه؛ إما معاندةً أو له مصلحة في ذلك كأن يكون له قطعة تحت هذا الزبير، يريد أن يسقيها بماء هذه العليا، بأن لصاحب العليا أن يحجز نصيبه بزبير في ملكه، ولا يجبر صاحب الأسفل على تقوية زبيره من جانبه.

وله إفتاء آخر: بتقييد جواز تحجير الأعلى لقسمه فيما إذا كان القسمان لا يسقيان دفعة واحدة، وعبارته: إذا كانت الأرض جميعها مستوية ليس فيها ارتفاع وانخفاض، بحيث لا تسقى إلا دفعة واحدة؛ فليس له -أي: الأعلى - الزبير، يعني: في وسطها، وإن كان أعلاها أرفع من أسفلها، فكذلك أيضاً؛ لأن الأسفل يسقى قبل الأعلى والحالة هذه، وفي الزبير ما يمنع ذلك. والله أعلم.

ولا ينافي ما أفتى به التقي الفتي ما مرَّ آنفاً عن الكمال الرداد؛ لأن ما أفتى به الكمال محمودٌ على ما إذا تعذر على الأعلى إقامة زبير، وكان لا يمكنه السقي إلا بإصلاح الأسفل، فتأمل ذلك؛ ليندفع عنك ما لبعضهم هنا من الاعتراض وادعاء المخالفة.

على أن الكمال جرى على ما أفتى به شيخه الفتي من منع التحجير بزبير بين أرضين يسقيان دفعة واحدة، وإذا امتنع التحجير تعين على الأسفل إقامة زبيره أو تقويته.

ثم رأيت بخط شيخنا المحقق صفى الدين أحمد بن عبد الرحمن الناشري -أدام الله تعالى النفع به - ما صورته: «كلام الرداد مفروض

في أنهما يسقيان دفعة واحدة، وكلام الفتى فيما إذا كانا لا يسقيان دفعة واحدة». انتهى.

وهو قريبٌ مما ذكرته، وعجيب من الشيخ المحقق أبي العباس الطنبداوي^(١) تضعيفه وجوب العمارة هنا، قال: «لأنه مبنيٌّ على مرجوح، وهو وجوب العمارة على الشريك».

هذا آخر الموجود من هذه النسخة في الأم، والله أعلم. تم «كف الطغام»، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً وعلى كل حال، وكان الفراغ نهار الجمعة المبارك، لعله رابع عشر من شهر شعبان الكريم سنة سبعة وستين ومائتين وألف، بقلم أحقر العباد وأوجههم إلى ربه يوم المعاد حسن بن عمر رافع - غفر الله^(٢) ولوالديه ولجميع المسلمين - أمين أمين^(٣).

(١) الإمام، شيخ الإسلام، مفتي اليمن، الشيخ شهاب الدين، أبو العباس، أحمد بن الطيب البكري التيمي القرشي، الشهير بالطنبداوي الزبيدي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، كان أحد أعيان فقهاء زبيد، والمشار إليه في زمانه. وكان يقال له: الباز الأشهب: كتسمية الإمام العلامة أبو العباس بن شريح رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، وله فتاوي مشهورة عليها الاعتماد بزبيد، وشرح التنبيه في أربع مجلدات، توفي سنة (٩٤٨هـ). انظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر (ص: ٢١٩).

(٢) كذا في الأصل، ولعل هناك سقط [له].

(٣) جاء في آخر المخطوط بخط مغاير لخط الناسخ: «الحمد لله بلغ مطالعةً على حسب الطاقة والإمكان، وحسب السير بها. تم بتاريخ شهر رمضان ٢٤ سنة ١٢٦٧هـ».

فهرس المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الابتهاج في شرح المنهاج، لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، (المتوفى: ٧٥٦هـ)، (كتاب إحياء الموات - دراسة وتحقيقًا)، رسالة علمية لنيل درجة الماجستير في الفقه بجامعة أم القرى، إعداد: ماجد بن نعيمش الأحدي.
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٤. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبي يحيى السنيكي، (المتوفى: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
٥. الأمثال والحكم، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق ودراسة: المستشار الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٦. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، دار الكتاب الإسلامي.
٧. تاريخ دمشق، للأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله، المعروف بابن عساكر، (المتوفى: ٥٧١هـ)، تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٥هـ.
٨. تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، (المتوفى: ١٢٢١هـ)، دار الفكر، الطبعة بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٩. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، (المتوفى: ٩٧٤هـ)، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، لصاحبها: مصطفى محمد، بدون طبعة، ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م.
١٠. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ.
١١. تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبي منصور، (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
١٢. التوسط والفتح بين الروضة والشرح، لشهاب الدين أحمد بن حمدان الأذرعي، (المتوفى: ٧٨٣هـ)، رسالة علمية لنيل درجة الماجستير في الفقه بجامعة أم القرى، إعداد: عبدالرحمن بن محمد الرميح.
١٣. التوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد، المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، (المتوفى: ١٠٣١هـ)، عالم الكتب، عبد الخالق ثروت، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
١٤. الجواهر البحرية في شرح الوسيط، للقاضي نجم الدين أبي العباس أحمد بن محمد القمولي، (المتوفى: ٧٢٧هـ)، (من بداية الباب الثاني في حكم الإجارة الصحيحة من كتاب الإجارة إلى نهاية كتاب الوقف)، رسالة علمية لنيل درجة العالمية الماجستير بقسم الفقه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، إعداد: حمزة كاوناوي قاسم.



١٥. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي - وهو شرح مختصر المزني -،
لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير
بالموردي، (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ
عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة
الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
١٦. الحاوي للفتاوي، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي،
(المتوفى: ٩١١هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ -
٢٠٠٤م.
١٧. دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، للقاضي عبد النبي
بن عبد الرسول الأحمدي، (المتوفى قبل: ١٢٠٠هـ)، عرب عباراته
الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة
الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
١٨. الدلائل في غريب الحديث، لقاسم بن ثابت بن حزم العوفي السرقسطي،
أبي محمد، (المتوفى: ٣٠٢هـ)، تحقيق: د. محمد بن عبد الله القناص، مكتبة
العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
١٩. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا يحيى الدين يحيى بن شرف
النووي، (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي،
بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٢٠. سير أعلام النبلاء، لشمس الدين، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن
قَإِيْمَازِ الذَّهَبِيِّ، (المتوفى: ٧٤٨هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف
الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ -
١٩٨٥م.
٢١. طبقات الحنابلة، لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، (المتوفى:
٥٢٦هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.

٢٢. العزيز شرح الوجيز- المعروف بالشرح الكبير، لعبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبي القاسم الرافعي القزويني، (المتوفى: ٦٢٣هـ)، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٢٣. العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، (المتوفى: ١٧٠هـ)، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، بدون تاريخ.
٢٤. فتاوى ابن الصلاح، لعثمان بن عبد الرحمن، أبي عمرو، تقي الدين، المعروف بابن الصلاح، (المتوفى: ٦٤٣هـ)، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
٢٥. فتاوى البلقيني، لأبي حفص عمر بن رسلان بن نصير البلقيني، (المتوفى: ٨٠٥هـ)، دراسة وتحقيق: مصطفى محمود الأزهرى، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.
٢٦. فتاوى السبكي، لأبي الحسن، تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، (المتوفى: ٧٥٦هـ)، دار المعارف.
٢٧. الفتاوى الفقهية الكبرى، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبي العباس، (المتوفى: ٩٧٤هـ)، جمعها: تلميذ ابن حجر الهيتمي الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي، (المتوفى: ٩٨٢هـ)، المكتبة الإسلامية.
٢٨. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب - المعروف بحاشية الجمل، (منهج الطلاب، اختصره: زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي، ثم شرحه في شرح منهج الطلاب)، سليمان بن عمر بن منصور



العجيلي الأزهري، المعروف بالجمال، (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، دار الفكر، الطبعة بدون طبعة، وبدون تاريخ.

٢٩. الفروق اللغوية، لأبي هلال، الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، (المتوفى: نحو ٣٩٥هـ)، حققه وعلق عليه: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، بدون تاريخ.

٣٠. القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا، للدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر. دمشق، سورية، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٣١. قلادة النحر في وفيات أعيان الدهر، لأبي محمد الطيب بن عبد الله بن أحمد بن علي باخرمة، الهجراني الحضرمي الشافعي، (٨٧٠-٩٤٧هـ)، عني به: بوجمعة مكري، خالد زواري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٨م.

٣٢. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، لنجم الدين محمد بن محمد الغزي، (المتوفى: ١٠٦١هـ)، المحقق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٣٣. لحظ الأحاظ بذيل طبقات الحفاظ، لمحمد بن محمد بن محمد، أبي الفضل تقي الدين ابن فهد الهاشمي العلوي الأصفوني ثم المكي الشافعي، (المتوفى: ٨٧١هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٣٤. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

٣٥. المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، لأبي زكريا، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (المتوفى: ٦٧٦هـ)، دار الفكر.



٣٦. المحكم والمحيط الأعظم، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٣٧. المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، لعلي جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٣٨. معجم البلدان، لشهاب الدين، أبي عبد الله، ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، (المتوفى: ٦٢٦هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٥م.
٣٩. معيد النعم ومبيد النقم، للشيخ الإمام، قاضي القضاة، تاج الدين عبد الوهاب السبكي، (المتوفى سنة ٧٧١هـ)، مؤسسة الكتب الثقافية.
٤٠. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٤١. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، لأبي زكريا، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.
٤٢. النجم الوهاج في شرح المنهاج، لكمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبي البقاء الشافعي، (المتوفى: ٨٠٨هـ)، دار المنهاج (جدة)، تحقيق: لجنة علمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٤٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس، أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٤٤. النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين، أبي السعادات، المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري، ابن الأثير،



(المتوفى: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي،
المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٤٥. النور السافر عن أخبار القرن العاشر، لعبد القادر بن عبد الله العيدروس،
(المتوفى: ١٠٣٨هـ)، تحقيق: أحمد حالي، محمود الأرنؤوط، أكرم البوشي،
دار صادر، ٢٠٠١م.

٤٦. النور السافر عن أخبار القرن العاشر، لمحيي الدين عبد القادر بن شيخ
بن عبد الله العيْدُرُوس، (المتوفى: ١٠٣٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت،
الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.







إجبار القاضي للممتنع من الورثة على البيع دراسة فقهية مقارنة بنظام المعاملات المدنية

د. زياد بن صالح بن حمود التويجري

الأستاذ المشارك بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

zsaltwuijri@imamu.edu.sa

المقدمة

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

فإن الإسلام دين متكامل، صالح لكل زمان ومكان، نزل به الروح الأمين على أصدق الأنبياء والمرسلين، وهو الدين الذي رضي به الله عز وجل ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(١)، هذا الدين جاء ببيان الحقوق والواجبات للأفراد جميعهم، ولأن الخالق عز وجل عالم بطبائع الخلق وما جُبلوا عليه من طمع وحب تملك واستئثار، مع اختلافهم في الأفهام والأخلاق، فقد جعل ولي الأمر هو المرجع في حسم الخلافات والنزاعات ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٢)، قال جمع من أهل العلم: نزلت الآية في ولاة الأمور، عليهم أن يؤدوا الأمانات إلى أهلها، وإذا حكموا بين الناس أن يحكموا بالعدل^(٣).

فكان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هو ولي الأمر، فكان يقضي بين الناس بالعدل، لا يفرق بين شريف ووضيع، ولا قوي وضعيف، ومن تمام

(١) سورة المائدة، الآية: (٣).

(٢) سورة النساء، الآية: (٥٨).

(٣) ينظر: جامع البيان، الطبري (٨/ ٤٩٠-٤٩١)؛ والجامع لأحكام القرآن، القرطبي (٥/ ٢٥٥-٢٥٦)؛ وتفسير القرآن العظيم، ابن كثير (٢/ ٣٤١).

عدله أن قال كما في قصة المخزومية: ((لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها))^(١)، وقضى على العسيف بالجلد والتغريب، وعلى المرأة بالرجم إن اعترفت^(٢)، وقضى في الحدود والحقوق، والأحاديث في ذلك كثيرة مشتهرة، وكان يقسم الموارد بين الورثة، ومن تمام عدله أن بين أنه يحكم بنحو مما يسمع، وأن ما حكم به لا يدل على جواز أخذ المقضي له الظالم ما قضى له به، فهو إنما يقطع له قطعة من النار، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وأفضل القضاة العالمين العادلين سيد ولد آدم محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقد ثبت عنه في الصحيحين أنه قال: ((إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض، وإنما أضي بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار))^(٣)، فقد أخبر سيد الخلق أنه إذا قضى

(١) متفق عليه واللفظ لهما، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، رقم الحديث (٣٤٧٥) (١٧٥/٤)؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، رقم الحديث (١٦٨٨) (١٣١٥/٣).

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود، رقم الحديث (٢٧٢٤) (١٩١/٣)؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، رقم الحديث (١٦٩٧) (١٣٢٤/٣).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم الحديث (٧١٦٨) (٦٩/٩)؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، رقم الحديث (١٧١٣) (١٣٣٧/٣).

بشيء مما سمعه وكان في الباطن بخلاف ذلك لم يجز للمقضي له أن يأخذ ما قضى به له، وأنه إنما يقطع له به قطعة من النار»^(١).

ثم لما اتسعت البلاد أرسل من يقضي بين الناس، فبعث علياً ومعاذاً وأبا موسى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ إلى اليمن^(٢)، وهكذا الخلفاء من بعده كانوا يحكمون بين الناس ويقضون بينهم، ويرسلون من يقضي بينهم نيابة عنهم، فالقاضي إنما يستمد سلطانه من سلطان ولي الأمر، فينظر في خصومات الناس، ويحكم فيها بالعدل، ويجبرهم على إنفاذ حكمه متى اكتسب الحكم النفاذ.

ومن الخصومات والنزاعات التي تقع ويجب الفصل فيها، ما قد يقع بين الشركاء من ورثة أو غيرهم في بعض ما هو مُشترك بينهم، كأرض، ومنزل، ودابة، وسيارة ونحو ذلك، فإن كان مما ينقسم، فإن القاضي يقسمه بينهم، ذلك أن القسمة على نوعين^(٣):

الأول: ما يمكن قسمته بين الشركاء بلا رد عوض ولا ضرر، وهي قسمة الإفراز والتعديل.

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (١١/ ٢٦٢-٢٦٣).

(٢) ينظر: صحيح البخاري، باب بعث علي بن أبي طالب وخالد بن الوليد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا إلى اليمن قبل حجة الوداع (٥/ ١٦٣)، وباب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع (٥/ ١٦١).

(٣) ينظر: المغني، ابن قدامة (١٠/ ١٠٠)؛ والمحزر في الفقه، المجد ابن تيمية (٢/ ٢١٥)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٣/ ٥٤٤-٥٤٨)؛ وكشاف القناع عن الإقناع، البهوتي (٦/ ٣٧١-٣٧٥).

والثاني: ما لا يمكن قسمته بين الشركاء بلا رد عوض ولا ضرر، وهي قسمة الرد.

أما النوع الأول، فيجب قسمته بين الورثة، ويجبرهم القاضي على قسمته، وتسمى قسمة الإجبار، وأما النوع الثاني فلا يمكن إجبار الورثة على قسمته، وهي ما يسمى بقسمة التراضي، كالأرض أو المنزل الصغير الذي لا يمكن قسمته بين الورثة، وكذا السيارة ونحو ذلك مما لا يمكن قسمته بين الورثة بلا رد عوض ولا ضرر، وهذا النوع إن تراضى الورثة على قسمته بينهم، فيقسم بحسب اتفاقهم، ويكون هناك رد عوض على من دخل عليه النقص، أما إن لم يتفقوا على القسمة، فإن القاضي لا يجوز له إجبارهم على القسمة، لكن إن طلب أحدهم البيع، وامتنع أحد الورثة أو بقيتهم عن البيع، فهل يبيع القاضي عليهم؟ بمعنى أن القاضي يجبرهم على بيع المحل المشترك بينهم.

هذه المسألة وهي (إجبار القاضي للممتنع من الورثة على البيع) مدار البحث في هذه الورقات، أسأل الله عزَّوجلَّ بمنه وكرمه أن يسدني ويهديني إلى الصواب، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية هذا الموضوع في النقاط الآتية:

١- أن غالب التركات تقع فيها هذه المسألة، بأن يمتنع أحد الورثة عن بيع بعض أعيان تركة المورث التي لا يمكن قسمتها بين الورثة، ولا يمكنه شراؤها، فتبقى هذه الأعيان معلقة.

٢- بقاء كثير من أعيان التركات معلقة لعدة سنوات؛ مما يتسبب في وقوع الخلاف بين الورثة، بل ربما انتهت إلى القطيعة بينهم، وهذا محذور شرعي، فقد نهت الشريعة عن قطيعة الرحم.

٣- أن بقاء هذه الأموال معلقة يؤدي غالباً إلى تعطل قسمة التركات، وهذا له تأثير اقتصادي على الدولة، لا سيما مع كثرة التركات.

٤- حاجة كثير من القضاة والمحامين والمهتمين بالجانب القضائي لمثل هذه الدراسات، التي تبين الحكم في هذه المسألة المهمة وتوضحها.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في فهارس المكتبات العامة كمكتبة الملك عبد العزيز، ومكتبة الملك فهد، ومكتبة الملك سلمان، ومركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، وبعد البحث في الشبكة العنكبوتية العالمية (الإنترنت) لم أقف على دراسة خاصة لهذه المسألة.

منهج البحث:

التزمت في إعداد هذا البحث المنهج الآتي:

(١) صورت المسألة تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها - إن احتاجت المسألة إلى تصوير -.

(٢) إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق ذكرت حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

(٣) إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف اتبعت ما يلي:

أ- تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب- ذكر الأقوال في المسألة ومن قال بها، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، مع تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

ج- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وإذا لم يتم الوقوف على المسألة في مذهب ما فيسلك فيها مسلك التخريج.

د- توثيق الأقوال من مصادرها الأصيلة.

هـ- استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن أمكن، ويكون ذلك بعد ذكر الدليل مباشرة.

و- الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف -إن وجدت-.

(٤) اعتمدت على أمهات كتب المصادر الأصيلة إن وجدت فيها

ما يغني عن غيرها وذلك في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.



- (٥) ركزت على موضوع البحث وتجنبت الاستطراد.
- (٦) اعتنيت بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.
- (٧) كتبت الآيات وفق الرسم العثماني مضبوطة بالشكل.
- (٨) خرجت الأحاديث والآثار من مصادرها المعتمدة، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما. وإن لم يكن الحديث في أحدهما خرجته من المصادر التي وقفت عليه فيها، ثم ذكرت ما وقفت عليه من كلام أهل العلم عليه تصحيحاً أو تضعيفاً.

خطة البحث:

انتظم البحث في مقدمة، وأربعة مباحث، وخاتمة.

المقدمة:

وفيها أهمية الموضوع وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته.

المبحث الأول: تعريف إجبار القاضي للممتنع من الورثة على البيع:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإجبار.

المطلب الثاني: تعريف القاضي.

المطلب الثالث: تعريف الامتناع.



المطلب الرابع: تعريف الورثة.

المطلب الخامس: تعريف البيع.

المبحث الثاني: قسمة المال على الورثة.

المبحث الثالث: إجبار القاضي الممتنع من الورثة على البيع.

المبحث الرابع: التطبيقات القضائية.

الخاتمة:

وفيها أبرز النتائج وأهم التوصيات.

وأتبعت ذلك بفهرس للمصادر والمراجع، وفهرس للمحتويات.

المبحث الأول

تعريف إجبار القاضي للممتنع من الورثة على البيع

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإجبار:

الإجبار في اللغة: الإكراه، يقال: أجبر الرجل على الأمر يجبره جبراً وجبوراً: أكرهه، ويقال: أجبر القاضي الرجل على الحكم إذا أكرهه عليه^(١).

وأما في الاصطلاح، فلم أقف على تعريف له في الكتب التي تعنى بذلك، ولا في كتب الفقهاء، والإجبار لا يخرج عن المعنى اللغوي، فالإجبار هو الإكراه، فالقاضي يجبر الخصوم على الحكم، بمعنى أنه يكرههم عليه ويلزمهم به.

ثم إنني وقفت على تعريف له في موسوعة الفقه الإسلامي، عرفوا الإجبار بأنه: «حمل الغير من ذي ولاية بطريق الإلزام على عمل تحقيقاً لحكم الشرع»^(٢).

وهذا التعريف يقيد الإجبار بأن يكون صادرًا من ذي ولاية، وهو الفرق بينه وبين الإكراه، فالإكراه قالوا هو الذي يكون من ذي قوة

(١) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري (٢/٦٠٨)؛ والمحكم والمحيط الأعظم، المرسي (٧/٤٠٥)؛ ولسان العرب، ابن منظور (٤/١١٦).

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، وزارة الأوقاف المصرية (٢/٣٣٩).

على تنفيذ ما توعد به، وأما الإجبار فيكون ممن له ولاية شرعية في حمل الغير على فعل مشروع^(١)، وهو فرق دقيق لطيف.

المطلب الثاني: تعريف القاضي:

القاضي في اللغة: أصله من قضى، والقضاء: الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾^(٢) أي حكم، يقال: قضى عليه يقضي قضاءً، قال ابن فارس: «سمي القاضي قاضيًا؛ لأنه يحكم الأحكام وينفذها»^(٣) وقاضيته حاكمته^(٤).

وأما في الاصطلاح فهو: «من نصبه الإمام بناحية مخصوصة لينفذ بها الأحكام، ويأخذ على أيدي مرتكبي خلاف الحق»^(٥).

المطلب الثالث: تعريف الممتنع:

الممتنع في اللغة: من المنع، وهو أن تحول بين الرجل والشئ الذي يريد، يقال: منعه يمنعه منعًا، وهو خلاف الإعطاء^(٦).

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) سورة الإسراء، الآية: (٢٣).

(٣) مقاييس اللغة، ابن فارس (٥/٩٩).

(٤) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري (٦/٢٤٦٣)؛ والمحكم والمحيط الأعظم، المرسي (٦/٤٨٢)؛ ولسان العرب، ابن منظور (١٥/١٨٦)؛ والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي (٢/٥٠٧).

(٥) التوقيف على مهمات التعاريف، المناوي (ص ٢٦٦).

(٦) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري (٣/١٢٨٧)؛ ومقاييس اللغة، ابن فارس (٥/٢٧٨)؛ والمحكم والمحيط الأعظم، المرسي (٢/٢٠٣)؛

وأما في الاصطلاح فالممتنع: الكاف عن الأمر^(١).

وبالنظر في المعنى الاصطلاحي نجد أنه لا يخرج عن المعنى اللغوي، فالممتنع يحول بين الرجل وما يريده صراحةً بالمنع والرفض، أو بعدم الفعل، كعدم التوكيل في البيع مع عدم الحضور، بحيث لا يتمكن الشريك من البيع.

المطلب الرابع: تعريف الورثة:

الورثة في اللغة: جمع وارث، مأخوذ من الورث، وهو كما يقول ابن فارس: «أن يكون الشيء لقوم ثم يصير إلى آخرين بنسب أو سبب»^(٢)، تقول: ورثة فلان، وهم من يصير لهم ماله بعد موته، يقال: أورثه الشيء: أعقبه إياه^(٣).

وأما في الاصطلاح، فيمكن أن نعرف الورثة بأنهم: من يكون لهم مال الميت شرعاً من فروعه، وأصوله، وفروع أصوله، وزوجه، ومولاه، وذوي رحمه، وسواء أكان منفرداً أو مع غيره.

ولسان العرب، ابن منظور (٣٤٣ / ٨).

(١) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي (٥٨٠ / ٢).

(٢) مقاييس اللغة، ابن فارس (١٠٥ / ٦).

(٣) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري (٢٩٥-٢٩٦)؛ ولسان العرب، ابن منظور (٢٠١ / ٢)؛ والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي (٢ / ٦٥٥)؛ وتاج العروس، الزبيدي (٣٨١-٣٨٣).

المطلب الخامس: تعريف البيع:

البيع في اللغة: مبادلة مال بمال، وقيل: البيع: مطلق المبادلة. وهو ضد الشراء، ويطلق على الشراء أيضاً، وهو من الأضداد، يقال: بعت الشيء: إذا ابتعته من غيرك، وبعته: اشتريته، والشيء مبيع ومبيوع، ويطلق على كل من المتعاقدين أنه بائع، لكن المتبادر إلى الذهن هو باذل السلعة^(١).

وأما في الاصطلاح فهو: «مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً»^(٢).

(١) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري (٣/ ١١٨٩)؛ والمحكم والمحيط الأعظم، المرسي (٢/ ٢٦١)؛ ولسان العرب، ابن منظور (٨/ ٢٣-٢٤)؛ والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي (١/ ٦٩)؛ وتاج العروس، الزبيدي (٢٠/ ٣٦٥-٣٦٨).

(٢) التعريفات، الجرجاني (ص ٤٨).

المبحث الثاني قسمة المال على الورثة

اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ على أن المال المشترك إن أمكن قسمته بين الورثة، قسم بينهم^(١).

وهو ما أخذ به نظام المعاملات المدنية، فقد نص على أن الشركاء إذا اتفقوا جميعاً على القسمة صحت القسمة، ولو أنقصت منفعة المال أو قيمته^(٢).

وقد أجاز النظام لمن أراد الخروج من الشيوع أن يطالب بالقسمة القضائية، ما لم يوجد اتفاق أو نص نظامي يمنع من ذلك، أو يتبين أن الغرض الذي خصص له المال يحتم عليه أن يبقى دائماً على الشيوع^(٣).

(١) ينظر: المبسوط، السرخسي (٩/١٥)؛ والهداية، المرغيناني (٤/٣٢٧)؛ والمحيط البرهاني، ابن مازة (٧/٣٤١)؛ والكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر (٢/٨٦٨)؛ والذخيرة، القرافي (٧/١٩٠)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزري (ص ١٨٨)؛ والحاوي الكبير، الماوردي (١٦/٢٥٠-٢٥١)؛ ونهاية المطلب، الجويني (١٨/٥٤٤)؛ وروضة الطالبين، النووي (١١/٢٠٤، ٢٠٨)؛ ومغني المحتاج، الشربيني (٤/٥٦١)؛ والهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوذاني (ص ٥٧٩)؛ والمغني، ابن قدامة (١٠/١٠٠-١٠١)؛ والمحلى بالآثار، ابن حزم (٦/٤٢٢).

(٢) ينظر المادة (٦٢٦) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) ينظر المادة (٦٢٧) من نظام المعاملات المدنية.

وفي هذه الحال نجد أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تكلموا عن المهايأة^(١) وهي قسمة منفعة المال الشائع بين الشركاء بالزمان أو بالمكان، فما دام أن المال لا يمكن قسمته، فإنه منفعته تقسم بينهم، وقد وقع الاتفاق بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ على أن ما لا يمكن قسمته^(٢)، ورضي الشركاء بالمهايأة بينهم في المشترك، فإنه يقسم بينهم مهايأة^(٣).

وبالنظر في نظام المعاملات المدنية نجد أنه أجاز قسمة المهايأة بين الشركاء زمانياً أو مكانياً بمقدار حصصهم^(٤)، ويفهم من ذلك أن

(١) المهايأة في الاصطلاح: هي قسمة المنافع على التعاقب والتناوب، وذلك بأن يتراضى الشريكان مثلاً على أن ينتفع أحدهما بتلك الدار على أن ينتفع الآخر بالدار الأخرى، أو ينتفع أحدهما بنصف هذه الأرض الصالحة للزراعة التي لا يمكن قسمتها، والآخر بالنصف الآخر، وهذه مهايأة مكانية، وأما المهايأة الزمانية فبأن ينتفع أحدهما بكامل الأرض في هذه المدة الزمنية المتفق عليها، ثم ينتفع الآخر بها بقدر مدة الأول. ينظر: التعريفات، الجرجاني (ص ٢٣٧)، وقد عرفها نظام المعاملات المدنية في المادة (٦٣٤) بأنها: «قسمة منفعة المال الشائع بين الشركاء زمانياً أو مكانياً بمقدار حصصهم».

(٢) على خلاف بينهم فيما لا يمكن قسمته.

(٣) ينظر: الهداية، المرغيناني (٣٣٥/٤)؛ والمحيط البرهاني، ابن مازة (٣٧٩/٧)؛ والذخيرة، القرافي (٢٠٠/٧)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزري (ص ١٨٨)؛ والتاج والإكليل لمختصر خليل، المواق (٤٠٥/٧)؛ ونهاية المطلب، الجويني (٥٦٦/١٨)؛ وروضة الطالبين، النووي (٢١٧/١١)؛ ومغني المحتاج، الشربيني (٥٦٦/٤)؛ والهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوزاني (ص ٥٧٩)؛ والمغني، ابن قدامة (١١٥/١٠)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٥٤٦/٣)، وكشاف القناع عن الإقناع، البهوتي (٣٧٣/٦)؛ والمحلى بالآثار، ابن حزم (٤٢٢/٦).

(٤) ينظر المادة (٦٣٤) من نظام المعاملات المدنية.

الورثة (الشركاء) لو اتفقوا على المهايأة فيما لا يمكن قسمته أن لهم ذلك، لأن النظام صرح بأنه «إذا طلب أحد الشركاء المهايأة وامتنع الآخرون، ولم يطلبوا القسمة، فإنهم يجبرون على المهايأة»^(١)، فكان الاتفاق من باب أولى.

وللورثة (الشركاء) أن يتفقوا على الانتفاع بهذا المال المشترك بالمهايأة في أثناء إجراءات قسمة المال حتى تتم القسمة، فإذا تعذر اتفقهم فللمحكمة بناء على طلب أحدهم إجبارهم على المهايأة^(٢).

وهذا ما ذهب إليه الحنفية^(٣)، وهو وجه عند الشافعية^(٤)، فقالوا بإجبار القاضي للشركاء على المهايأة إذا طلبها أحدهم، وخالف في ذلك الجمهور^(٥)، فذهبوا إلى عدم الإجبار في المهايأة.

(١) ينظر المادة (٦٣٨/٢) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر المادة (٦٣٧) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) ينظر: الهداية، المرغيناني (٤/٣٣٥)؛ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي (٥/٢٧٥). ونسب ابن قدامة رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى هذا القول للمالكية في المغني (١٠/١١٤)؛ ولم أقف عليه في كتبهم.

(٤) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي (٣/٤٠٩)؛ ونهاية المطلب، الجويني (١٨/٥٦٦).

(٥) ينظر: روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ابن بزيمة (٢/١١٩٧)؛ والذخيرة، القرافي (٧/٢٠٠)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزري (ص ١٨٨)؛ والحاوي الكبير، الماوردي (٦/١٥)؛ والمهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي (٣/٤٠٩)؛ ونهاية المطلب، الجويني (١٨/٥٦٦)؛ والهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوزاني (ص ٥٧٩)؛ والمغني، ابن قدامة (١٠/١١٤)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٣/٥٤٦).

على أن الوارث (الشريك) إذا طلب قسمة المال أثناء سريان المهياة، فإن المحكمة تقبل طلبه قسمة المال^(١).

ولو طلب أحد الورثة (الشركاء) قسمة المال، وطلب الآخرون المهياة، فإن المحكمة تقبل طلب قسمة المال^(٢).

وهذا هو مذهب الجمهور في كلتا المسألتين، فذهب الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، إلى أن المهياة غير لازمة، فإذا طلب أحدهم القسمة فله ذلك، وذهب المالكية إلى التفريق بين المهياة الزمانية والمكانية، فذهب بعضهم إلى لزومها في الزمانية إن عين الزمن، وإلى عدم اللزوم إن لم يعين، بخلاف المهياة المكانية فإنها غير لازمة عندهم^(٦).

فإذا طلب أحد الورثة (الشركاء) قسمة المال الشائع وامتنع الآخرون، وكان هذا المال قابلاً للقسمة عيناً دون أن يترتب على ذلك

(١) ينظر المادة (١/٦٣٨) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر المادة (١/٦٣٨) من نظام المعاملات المدنية.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني (٣٢/٧)؛ والمحيط البرهاني، ابن مازة (٣٨١/٧)؛ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي (٢٧٦/٥).

(٤) ينظر: نهاية المطلب، الجويني (٥٦٧/١٨)؛ وروضة الطالبين، النووي (٢١٨/١١).

(٥) ينظر: المغني، ابن قدامة (١١٥/١٠)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٥٤٦/٣)؛ وكشاف القناع عن الإقناع، البهوتي (٣٧٤/٦).

(٦) ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل، الخرشي (١٨٤/٦)؛ والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، النفراوي (٢٤٢/٢)؛ والشرح الكبير، الدردير (٤٩٨/٣).

تعطل الانتفاع به، أو نقص كبير في قيمته، فإنه يجب على المحكمة قسمته، وفي حال ترتب على القسمة تعطل الانتفاع أو النقص الكبير في القيمة، فإن المحكمة تأمر ببيع المال في المزداد^(١).

فإن كان طالب القسمة يستطيع أن يبيع حصته بما لا يقل عن قيمتها لوبيع المال كاملاً، لم يُلزم الشركاء بالبيع في المزداد، لأن طالب القسمة يمكنه البيع مع عدم دخول نقص عليه في القيمة ف«لا ضرر ولا ضرار»^(٢) - وللشركاء في حال ترتب على بيع الحصة نقصان القيمة أن يتوقوا البيع في المزداد، بأن يؤدوا لطالب القسمة مقدار ما يلحق حصته من نقص بسبب بيعه إياها منفردة^(٣).

وعلى ذلك فإن النظام أخذ بإجبار القاضي للممتنع من الورثة على البيع، وهو مذهب المالكية والحنابلة كما سيأتي بسط ذلك في المبحث التالي.

(١) ينظر المادة (١/٦٢٨) من نظام المعاملات المدنية.

(٢) ينظر: مجلة الأحكام العدلية (ص ١٨)؛ والوجيز في إيضاح القواعد، البورنو (١/٢٥١)؛ وشرح القواعد السعدية، الزامل (ص ١٤٥).

(٣) ينظر المادة (٢/٦٢٨) من نظام المعاملات المدنية.

المبحث الثالث

إجبار القاضي للممتنع من الورثة على البيع

صورة المسألة فيما لو اختصم وارثان إلى القاضي في مال المورث، وكان من ماله منزل أو سيارة أو أرض أو بهيمة أو سيف أو حُلِي ونحو ذلك، وكان مما لا ينقسم بين الورثة، ولم يرغبوا في الانتفاع به مهياً، ورغب أحد الورثة في البيع؛ ليحصل على نصيبه، وامتنع الآخر، فهل للقاضي إجبارهما على البيع؟

تحرير محل النزاع:

١- اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ على أن المشترك إن أمكن قسمته بين

الورثة، قسم بينهم^(١).

(١) ينظر: المبسوط، السرخسي (٩/١٥)؛ والهداية، المرغيناني (٣٢٧/٤)؛ والمحيط البرهاني، ابن مازة (٣٤١/٧)؛ والكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر (٢/٨٦٨)؛ والذخيرة، القرافي (٧/١٩٠)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزري (ص ١٨٨)؛ والحاوي الكبير، الماوردي (١٦/٢٥٠-٢٥١)؛ ونهاية المطلب، الجويني (١٨/٥٤٤)؛ وروضة الطالبين، النووي (١١/٢٠٤، ٢٠٨)؛ ومغني المحتاج، الشربيني (٤/٥٦١)؛ والهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوذاني (ص ٥٧٩)؛ والمغني، ابن قدامة (١٠-١٠٠-١٠١)؛ والمحلى بالآثار، ابن حزم (٦/٤٢٢).

٢- فإن كان مما لا يمكن قسمته - لوجود ضرر أو رد عوض -، ورضوا بالمهاياة بينهم في المشترك، فوقع الاتفاق بين الفقهاء على أنه يقسم بينهم مهاياة^(١).

٣- فإن لم يرغبوا في المهاياة، وكان مما لا يمكن قسمته - لوجود ضرر أو رد عوض -، ولا يرغب أحدهم بالاستقلال بملكه، وطلب أحدهم بيعه وامتنع الآخر، فهل للقاضي إجبار الممتنع على البيع؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: منع القاضي إجبار الممتنع من الورثة على البيع،

فتبقى الشراكة بينهم قائمة، وهو مذهب الحنفية^(٢)، وهو المذهب عند

(١) ينظر: الهداية، المرغيناني (٤/٣٣٥)؛ والمحيط البرهاني، ابن مازة (٧/٣٧٩-٣٨٠)؛ والذخيرة، القرافي (٧/٢٠٠)؛ والقوانين الفقهية، ابن جزري (ص ١٨٨)؛ والتاج والإكليل لمختصر خليل، المواق (٧/٤٠٥)؛ ونهاية المطلب، الجويني (١٨/٥٦٦)؛ وروضة الطالبين، النووي (١١/٢١٧)؛ ومغني المحتاج، الشربيني (٤/٥٦٦)؛ والهداية على مذهب الإمام أحمد، الكلوزاني (ص ٥٧٩)؛ والمغني، ابن قدامة (١٠/١١٥)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٣/٥٤٦)، وكشاف القناع عن الإقناع، البهوتي (٦/٣٧٣)؛ والمحلى بالآثار، ابن حزم (٦/٤٢٢).

(٢) ينظر: المبسوط، السرخسي (١٥/٥٥)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني (٧/٢٠)؛ والدر المختار، الحصفكي (ص ٦٣١). وقد نسب شيخ الإسلام القول بالإجبار إلى الحنفية، ولم أقف على من قال به منهم. ينظر: مجموع الفتاوى ٢٨/٩٦-٩٧ (٢٩/٢٤٨) (٣٥/٤١٦).

الشافعية^(١)، واحتمال عند الحنابلة^(٢)، وهو مذهب الظاهرية^(٣).

القول الثاني: يجوز للقاضي إجبار الممتنع من الورثة على البيع، وهو مذهب المالكية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥)، واشترط المالكية لجواز الإجبار تعذر القسمة، ووقوع الضرر بنقص حصة الطالب لو باعها مفردة^(٦)، وبهذا أخذ نظام المعاملات المدنية^(٧).

أدلة أصحاب القول الأول:

واستدل أصحاب القول الأول بعدة أدلة منها:

- (١) ينظر: الأم، الشافعي (٢٣٠ / ٦)؛ ونهاية المطلب، الجويني (٥٦٧ / ١٨)؛ والتهديب، البغوي (٢١٤ / ٨)؛ والعزيز، الرافعي (٥٤٦ - ٥٤٧ / ١٢)؛ وروضة الطالبين، النووي (٢١٨ / ١١).
- (٢) ينظر: الفروع، ابن مفلح (٢٣٧ / ١١)؛ والإنصاف، المرادوي (٣٣٥ / ١١).
- (٣) ينظر: المحلى بالآثار، ابن حزم (٤٢٢ / ٦).
- (٤) ينظر: التهديب في اختصار المدونة، ابن البراذعي (٢٢٣ / ٤)؛ والكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر (٨٧١ / ٢)؛ والذخيرة، القرافي (١٩١، ١٩٦)؛ والشرح الكبير، الدردير (٥١٣ / ٣).
- ويقال لمن امتنع عن البيع: إما أن تبيع، أو تأخذ أنصباء البقية بما يبلغ به من الثمن، فإن أبى أجبر على البيع. ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر (٨٧١ / ٢)؛ والذخيرة، القرافي (١٩١ / ٧).
- (٥) ينظر: الإنصاف، المرادوي (٣٣٥ / ١١)؛ وشرح منتهى الإرادات، البهوتي (٥٤٤ / ٣)؛ وكشاف القناع عن الإقناع، البهوتي (٣٧٢ / ٦).
- (٦) ينظر: الذخيرة، القرافي (١٩٦ / ٧)؛ والشرح الكبير، الدردير (٥١٣ / ٣).
- (٧) ينظر المادة (١ / ٦٢٨) من نظام المعاملات المدنية.

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١).

وجه الدلالة: أن البيع لا بد فيه من الرضا، والإجبار على البيع ينافيه^(٢).
ونوقش: بأن نفي الضرر لا يشترط فيه الرضا^(٣).

الدليل الثاني: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِنْ دَمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامَ عَلَيْكُمْ، كَحَرَمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بِلَدِكُمْ هَذَا))^(٤).

وجه الدلالة: أن إخراج مال أحد عن ملكه بغير رضا منه، وإجباره على إزالة ملكه حرام غير مشروع، وهو من الظلم^(٥).
ونوقش: بأن امتناع الممتنع إضرار بالآخر^(٦).

وأجيب: بأن لا ضرر في ذلك، بل الضرر كله في أن يجبر الإنسان على إخراج ملكه عن يده، فهذا هو الضرر المحرم بالكتاب والسنة^(٧).

(١) سورة النساء، الآية: (٢٩).

(٢) ينظر: الذخيرة، القرافي (١٩٦/٧).

(٣) المرجع السابق.

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، واللفظ له، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، رقم الحديث (١٧٤١) (١٧٦/٢)؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، رقم الحديث (١٦٧٩) (٣/١٣٠٦).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٧/٢٠)؛ والمحلى بالآثار، ابن حزم (٦/٤٢٢).

(٦) ينظر: المحلى بالآثار، ابن حزم (٦/٤٢٢).

(٧) ينظر: المرجع السابق.

ويمكن أن يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الضرر على الممتنع من البيع موهوم، وضرر بقاء الشراكة مع عدم القدرة على القسمة، وعدم تراضيها بالمهاياة ضرر محقق واقع لا موهوم، والخلاص من ضرر الشراكة مصلحة معتبرة، وحصول كل واحد من الشركاء على نصيبه من الثمن مصلحة معتبرة.

الوجه الثاني: على وجه التسليم بأن إجبار القاضي الممتنع على البيع فيه ضرر عليه، فإن امتناع الممتنع إضرار بالآخر، وهو الظلم الحقيقي الواقع، والقاعدة الشرعية «ألا ضرر ولا ضرار»، وأن «الضرر يزال»^(١)، وأن «أعظم الضررين يدفع بارتكاب أخفهما»^(٢).

الدليل الثالث: أن كل واحد من الورثة متمكن من بيع نصيبه وحده؛ لأن الملك مشاعٌ بينهم، فلا حاجة إلى إجبار بقية الورثة على ذلك^(٣).

نوقش: بأن فيه ضرراً عليه؛ لأن الوارث إذا أراد بيع نصيبه وحده من المشاع، فإن الأشقاص لا تشتري إلا بثمن وكس^(٤).

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، السبكي (٤١ / ١)؛ والأشباه والنظائر، السيوطي (ص ٨٣)؛ الأشباه والنظائر، ابن نجيم (ص ٧٢).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، السبكي (١٢ / ٢)؛ وغمز عيون البصائر، الحسيني (١ / ٣٢٢)؛ وموسوعة القواعد الفقهية، البورنو (٢ / ٢٦٨).

(٣) ينظر: المبسوط، السرخسي (٥٥ / ١٥).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

أجيب: بأن هذا هو قيمة نصيبه، فهو لا يملك إلا هذا النصيب، فيبيعه بسعره، أما ما يحصل من الزيادة فهو لانضمام نصيب غيره، فالزيادة لا حق له فيها^(١).

ورد: بأن حق الشريك في نصف قيمة الجميع لا في قيمة النصف، ولا يمكن إعطاؤه ذلك إلا ببيع الجميع، والدليل على ذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق))^(٢)، فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل حق الشريك في نصف قيمة الجميع، وأمر بتقويم جميع العبد، لا بتقويم حصة الشريك فقط^(٣).

الدليل الرابع: أن من له قطعة أرض صغيرة إلى جانب أرض لغيره، لو بيعتا معاً لتضاعفت القيمة لهما، وإن بيعتا متفرقتين نقصت القيمة، ولا قائل بإجبار الغير على البيع، فكذا هنا^(٤).

ويمكن أن يناقش: بأنه قياس مع الفارق، ففرق بين المال المشترك وغير المشترك، ولكل واحد منهما أحكامه التي تخصه، والإجبار على

(١) ينظر: المبسوط، السرخسي (٥٥ / ١٥).

(٢) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين، أو أمة بين الشركاء، رقم الحديث (٢٥٢٢) (٣ / ١٤٤)؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث (١٥٠١) (٢ / ١١٣٩).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٤٨ / ٢٩).

(٤) ينظر: المحلى بالآثار، ابن حزم (٤٢٢ / ٦).

البيع إنما هو لضرر الشراكة، بل إن الشفعة ثبتت في المال المشترك فقط دون المقسوم لدفع ضرر الشراكة، جاء في الحديث: ((الشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة))^(١).

الدليل الخامس: أن ولاية القاضي للإجبار هي لمعنى الإحراز وتحصيل الملك كما في القسمة، أما هنا فلا يملك الإجبار على إزالة الملك، وللناس في أعيان الملك أغراضاً شتى^(٢).

ويمكن أن يناقش: بأن ولاية القاضي مستمدة من ولاية السلطان فولايته عامة، وهي السلطة على إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه دون تفويض منه، فيدخل فيها إجباره للممتنع من الخصوم على بيع المشترك بينهم؛ رفعاً للضرر عن الآخرين.

الدليل السادس: أنه ليس لواحد من الورثة أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه، فلأن لا يكون له أن يجبره على بيع نصيبه من غيره أولى^(٣).

ويمكن أن يناقش: بأن طالب البيع لا يتولى هو الإجبار ولا البيع، وإنما الذي يتولاه من حول له الشارع حسم النزاعات، وهو الحاكم ونائبه وهو القاضي.

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الشريك من شريكه، رقم الحديث (٢٢١٣) (٧٩/٣).

(٢) ينظر: المبسوط، السرخسي (٥٥/١٥).

(٣) ينظر: المبسوط، السرخسي (٥٥/١٥).

الدليل السابع: أن في إجبار القاضي الورثة على البيع، معنى الحجر على الحد، وهو غير جائز عند الحنفية^(١).

أدلة أصحاب القول الثاني:

واستدل أصحاب القول الثاني بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: ما جاء عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق))^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل حق الشريك في نصف قيمة الجميع، لا في قيمة نصف الجميع، فأمر بتقويم جميع العبد، لا بتقويم حصة الشريك، ولا يمكن إعطاء الشريك حقه إلا ببيع الجميع، وهكذا العقار ونحوه مما لا يقسم، فإن الشريك حقه نصف قيمة الجميع، لذا فإن العقار يباع، ويعطى كل شريك حصته من الثمن^(٣).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «وبهذا يرتفع عنه الضرر، وبهذا يتبين كمال محاسن الشريعة، وما فيها من مصالح العباد في المعاش والمعاد»^(٤).

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) سبق تحريجه في الصفحة السابقة.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٠ / ٣٨٤).

(٤) المرجع السابق.

الدليل الثاني: أن في البيع تخليصًا للطالب من ضرر بقاء الشركة بينهما^(١).

الدليل الثالث: أن إجبار الممتنع على البيع كبيع الرهن إذا امتنع الراهن^(٢).

ويمكن أن يستدل لهم: بأن الشريعة أمرت برفع الضرر وإزالته، وفي بقاء الشركة بينهما مع تعذر القسمة والمهايأة ضرر على طالب البيع وظلم واقع عليه بعدم انتفاعه بالمشترك فيه و«الضرر يزال».

ويمكن أن يناقش: بأن الضرر في إجبار الممتنع على البيع وإخراج ملكه من يده جبرًا، وأن هذا محرم كما ذكره ابن حزم رَحِمَهُ اللهُ^(٣).

ويمكن أن يجاب من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الشارع الذي حرم أكل مال الناس بالباطل، وحرم إخراج مال أحد عن ملكه إلا برضا منه، وجعل للأموال حرمة وحرم أكلها، هو من بين الحكم في إخراج العبد المشترك بإعتاق جزء منه، من مال الشريك الذي لم يُعْتَق، فبين أن المُعْتَق إن كان له مال، فإن العبد يقوم عليه بكامل قيمته لا وكس ولا شطط، ويُعطى الشريك قسطه من القيمة، فهذا هو حكم الشارع، وهذا من تمام العدل وكمال الشريعة.

(١) ينظر: وكشاف القناع عن الإقناع، البهوتي (٦/٣٧٢).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: المحلى بالآثار، ابن حزم (٦/٤٢٢).

الوجه الثاني: أن الضرر الواقع على الممتنع من البيع على فرض التسليم به، فإنه ضرر موهوم، ذلك أن ضرر بقاء الشركة بينهم مع عدم القدرة على القسمة، وعدم الرضا بالمهاياة للانتفاع بالمشترك ضرر حقيقي واقع وهو ضرر أعلى، والقاعدة أن «أعظم الضررين يدفع بارتكاب أخفهما»، و«الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»^(١).

الوجه الثالث: على وجه التسليم بأن إجبار القاضي الممتنع على البيع فيه ضرر عليه، فإن امتناع الممتنع إضرار بالآخر وظلم له، والقاعدة «ألا ضرر ولا ضرار»، وأن «الضرر يزال»، وأن «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، فللقاضي أن يجبر الممتنع من الورثة على البيع؛ لأن حق طالب البيع في جميع المشترك، ولا يمكن الوصول إلى هذا الحق عند عدم إمكان القسمة وعدم الرضا بالمهاياة إلا ببيع الجميع؛ ولأن في امتناع الممتنع إضراراً ببقية الورثة أصحاب الحق، والشريعة نصبت السلطان ونوابه للفصل في الخصومات، وأمرت برفع الضرر وإزالته؛ وألا ضرر ولا ضرار؛ وأن أعظم الضررين يدفع بارتكاب أخفهما، وقد اختار هذا القول شيخ الإسلام ابن

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، السبكي (١/٤٧)؛ ومجلة الأحكام العدلية (ص ١٩)؛ وموسوعة القواعد الفقهية، البورنو (٦/٢٥٣).

تيمية^(١)، وتلميذه ابن القيم^(٢) رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى، كما قرر الفقهاء في عدد من المسائل مشروعية إلزام الشريك بالبيع إذا كان في إبقاء الشراكة إضراراً بالشريك الآخر أو بأحد الشركاء، وقد أفرد ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ قَاعِدَةً في ذلك قال: «الشَّرِيكَانِ فِي عَيْنِ مَالٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ، إِذَا كَانَا مُحْتَاجِينَ إِلَى دَفْعِ مَضْرَّةٍ أَوْ إِبْقَاءِ مَنْفَعَةٍ؛ أُجْبِرَ أَحَدُهُمَا عَلَى مَوَافَقَةِ الْآخَرِ»^(٣).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٢٩ / ٢٤٨) (٣٠ / ٣٨٤) (٣٥ / ٤١٦).

(٢) ينظر: الطرق الحكمية، ابن القيم (٢ / ٦٧١).

(٣) ينظر: القواعد، ابن رجب، القاعدة (٧٦) (٢ / ٥).

المبحث الرابع التطبيقات القضائية

وفيه ثلاثة تطبيقات^(١)

التطبيق الأول: ملخص الحكم القضائي^(٢):

الدعوى:

أقام المدعون ضد المدعى عليها، ولم تحضر المدعى عليها... وكان قد وردنا عبر نظام ناجز أنها تبلغت لشخصها عبر رسائل الجوال بمهمة التبليغ رقم... وبسؤال المدعي عن دعواه قال: لقد توفي مورثنا... بتاريخ ٠٩ / ٠٩ / ١٤٣٥ هـ وانحصر ورثته في بناته... و... و... وفي إخوته الأشقاء... و... وأخته الشقيقة...، لا وراث له سواهم، بموجب صك الورثة الصادر من الدوائر الإنهائية بالرياض، وقد ترك تركة عبارة عن عقارات نطلب بيعها وقسمتها هذه دعوانا^(٣).

(١) تواصل الباحث مع عدد من القضاة للحصول على تطبيقات قضائية بعد صدور نظام المعاملات المدنية، ولم يتيسر له الحصول على ذلك، وجميع هذه التطبيقات حاول الباحث اختصارها وتلخيصها بما لا يخل بفائدتها، والأول منها غير منشور سابقاً.

(٢) حكم قضائي صادر من محكمة الأحوال الشخصية بمدينة الرياض غير منشور، حصل عليه الباحث من الدائرة.

(٣) هذه الدعوى الطلب فيها محددٌ وهو بيع العقارات التي هي عبارة عن التركة، وقسمة ثمنها بينهم.

الإجابة:

وبعرض الدعوى على المدعى عليهم أجابوا بأن ما جاء في الدعوى كله صحيح ولا مانع لدينا من قسمة العقارات.

وبسؤال المدعي عن صكوك العقارات أبرز صك العقار رقم... الواقع شمال شرق جامعة الملك سعود ومساحته (٩٠٠ متر) والصك رقم... الواقع في حي المغرقات بمدينة الرياض ومساحته (٣٠٠ متر) الصادرة من كتابة العدل...، وتم الاطلاع على الصكوك المرصودة في الدعوى^(١)، وأمرت بالكتابة إلى مصدري الصكوك للاستفسار عن سريانها.

وفي جلسة أخرى حضرت المدعى عليها... وكان قد وردنا كتاب رئيس كتابة العدل... المتضمن سريان مفعول الصكوك^(٢). وبعرض الدعوى على المدعى عليها... صادقت على ما فيها، وأنه لا مانع لديها من القسمة، وقررت هي وأختها رغبتهن في شراء نصيب من يرغب في البيع في العقار المملوك بالصك رقم... الصادر من كتابة العدل... هكذا أجابت^(٣)، ثم أمرت بتقييم العقار، والكتابة إلى صندوق التنمية

(١) وذلك للتحقق من ثبوت موت الميت، وحياة الوارث، وأنه هؤلاء هم الورثة لا وارث سواهم، ولتحقق من ملك الميت للعقارات محل الدعوى، وأنه ساري المفعول.

(٢) وذلك للتحقق من ثبوت ملكية الميت للعقارات، وأنه ساري المفعول.

(٣) طلب المدعى عليهن بنات الميت شراء نصيب من يرغب في البيع في العقار المرهون لدى صندوق التنمية العقارية.

العقارية بخصوص العقار الآخر والإفادة عن المبلغ المتبقي إن وجد، والإذن بالبيع بشأن مبلغ الرهن^(١).

وفي جلسة أخرى وردنا كتاب رئيس كتابة العدل... المتضمن سريان مفعول صك العقار... وأنه مرهون لدى صندوق التنمية العقارية، كما وردنا كتاب صندوق التنمية العقارية المتضمن: أن الصندوق لا يمانع من بيع العقار بشرط سداد كامل مبلغ القرض ٤٠٠, ٢٢٤ ريال بشيك مصدق باسم (صندوق التنمية العقارية)، مع العلم أنه لن يُفك الرهن حتى يتم سداد مبلغ القرض كاملاً. كما وردنا كتاب قسم الخبراء المتضمن الوقوف على العقار رقم... والواقع في حي الوادي، وليس كما هو مدون بالصك حي المغرقات وهو عبارة عن فيلا مكونة من دورين وعمرها أكثر من ١٠ سنوات، وتقدر قيمة العقار في الوقت الحالي بمبلغ ٠٠٠, ٩٢٠ ريال^(٢). وقرر المدعيات رغبتهن في شراء نصيب من يرغب في البيع في العقار المملوك بالصك رقم... الواقع شمال شرق جامعة الملك سعود^(٣). وأمرت بالكتابة لقسم الخبراء لتقييم العقار^(٤).

- (١) أمر القاضي بالتقييم للعقارات من قبل قسم الخبراء بالمحكمة، كما أمر بالكتابة للصندوق للإفادة عن المبلغ المتبقي والإذن في البيع بفك الرهن.
- (٢) ورد الجواب عما أمر به القاضي في الجلسة السابقة.
- (٣) إعادة لطلب المدعى عليهن بنات الميت شراء نصيب من يرغب في البيع في العقار المرهون لدى صندوق التنمية العقارية.
- (٤) أمر القاضي بتقييم العقار المرهون من قسم الخبراء.

وفي جلسة أخرى وردنا قرار قسم الخبراء المتضمن الوقوف على العقار الواقع شمال شرق جامعة الملك سعود، وهي عبارة عن فيلا عظم لم تكتمل التشطيبات، ويزد عمرها عن ٢٠ سنة، ونقدر قيمتها في الوقت الحالي ١١٥,٠٠٠ ريال^(١). فوافق الأطراف على التقييم^(٢)، وأكد المدعيات رغبتهن في الشراء^(٣)، وطلبن التأجيل مدة شهرين لإصدار شيك مصدق لسداد الصندوق^(٤).

وفي جلسة أخرى وبسؤال المدعى عليهن عما استمهلن من أجله. أجابت إحداهن: بأنه لم يتيسر لنا ذلك بسبب أن وزارة الإسكان طلبوا منا وكالة من الورثة^(٥)؛ ولا مانع لدينا من شراء نصيب المدعين في العقار رقم... وقدره ٦٧, ٦٦٦, ٣٠٦ نصيب المدعين، ونطلب مهلة

(١) ورد الجواب عما أمر به القاضي في الجلسة السابقة.

(٢) وافق الأطراف جميعهم على تقييم العقار.

(٣) إعادة لطلبهن السابق للتأكيد عليه.

(٤) طلب المدعى عليهن الإمهال مدة شهرين لإصدار شيكات مصدقة بقيمة المبلغ المتبقي من الرهن، في حال لم يحصل الإعفاء من وزارة المالية، تقدمهم بذلك.

(٥) ادعى المدعى عليهن بعدم تمكنهن من سداد الرهن، بعذر أن وزارة الإسكان طلبت وكالة من بقية الورثة، ولم يتحقق فضيلة ناظر القضية من صحة هذه الدعوى؛ فبقية الورثة ليس لديهم مانع، ثم لم يحضروا شيكاً مصدقاً بقيمة الرهن وهو ما طلبوا المهلة من أجله.

لإحضار المبلغ في الجلسة القادمة^(١)، فذكر الناظر بأن المهلة القادمة هي آخر مهلة لهم^(٢).

وفي جلسة أخرى قدم المدعى عليهم شيكاً مصدقاً بمبلغ وقدره ٦٧, ٦٦٦, ٣٠٦ نصيب المدعين في العقار رقم... ووافق المدعون أصالة^(٣)، وبسؤالهم عن العقار الثاني المملوك بالصك رقم... أجاب المدعون أصالة أنهم أحضروا مشترياً لهذا العقار على التقدير السابق بمبلغ وقدره ١١٥, ٠٠٠, ٢ ريال يخصم منها ٢٢٤, ٠٠٠ ريال قيمة سداد مستحقات صندوق التنمية العقارية، وقد فُكَّ الرهن عن هذا العقار، وطلبوا إدخال المشتري... والذي قدم إشعار سداد مستحقات الصندوق، وبرنت عن صفحة المتوفى تضمن: تم سداد كامل القرض، وإشعار سداد على مطبوعات مصرف الإنماء بالمبلغ، كما قدم مبلغ وقدره ٦٠٠, ٨٩٠, ١ ريال، وبقي ٤٠٠ ريال، طلب المدعي... أنها

(١) طلب جديد من المدعى عليهم بشراء نصيب من يرغب في البيع في عقار حي الوادي، وطلب المهلة لإحضار القيمة.

(٢) المهلة لأمرين: استكمال للمهلة السابقة في توفير صك مصدق بقيمة الرهن للعقار المرهون، ومهلة لإحضار نصيب المدعين في عقار حي الوادي.

(٣) أحضر المدعى عليهم نصيب المدعين من عقار حي الوادي، وطلبوا نقله باسم أحد المدعى عليهم، ووافق المدعون على ذلك بشرط حصول كل منهم على نصيبه، ولم يحضر المدعى عليهم شيكاً مصدقاً بقيمة الرهن ليُفك، أو قيمة العقار ليتم سداد الرهن منه وسداد نصيب المدعين منه، وكان قد أمهلهم فضيلة ناظر القضية لأجل ذلك مرتين.

تخصم من نصيبه^(١). واعترض المدعى عليهم وأنهم لا يرغبون في البيع، ويطلبون مهلة إضافية لإحضار المبلغ^(٢)، وبسؤالهم: ذكرتم سابقاً أنه لا مانع لديكم من بيعه والبحث عن مشتري. فأجابوا: بأن هذا كان سابقاً ويتراجعون عنه، ويطلبون مهلة لإحضار المبلغ^(٣).

الأسباب:

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة والمطالبة المدعين بالقسمة، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))، ولأن (الضرر يزال)، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من ترك ما لا فلورثته))، ولأن الورثة جميعاً اتفقوا في البداية على مخاطبة مشتري لشراء العقار المملوك بالصك رقم... ولوجود المشتري، ولإقرار المدعين أن المشتري سدد الرهن الذي على المورث.

- (١) لما لم يحضر المدعى عليهم ما استمهلوا من أجله مرتين، أحضر المدعون مشترياً للعقار، وقام بسداد الرهن وفكه، وأحضر قيمة العقار بالقيمة التي قيمها به قسم الخبراء في المحكمة، وكان فيها نقص بمقدار أربعمائة ريال، فقرر أحد المدعى عليهم أصالة أنه لا مانع لديه من خصمها من نصيبه.
- (٢) قرر المدعى عليهم عدم موافقتهم على البيع، وطلب مهلة ثالثة لإحضار قيمة العقار.
- (٣) يظهر أن فضيلة القاضي لم يرصد في الضبط عدم ممانعتهم من البيع وإحضار مشتري، لكنه استدرك ذلك بسؤالهم لإثبات إقرارهم السابق بعدم ممانعتهم من البيع وإحضار مشتري، فأقروا بذلك وطلبوا التراجع عنه والإمهال.

الحكم:

حكمت أولاً: ثبت لدي شراء المدعى عليهم نصيب المدعين من العقار المملوك بالصك رقم... بمبلغ وقدره ٦٧, ٦٦٦, ٣٠٦ ريال^(١).
ثانياً: إفراغ العقار المملوك بالصك رقم... للمدعى عليها...^(٢). ثالثاً:
ثبت لدي شراء... العقار المملوك للورثة بالصك رقم.... رابعاً: إفراغ العقار للمشتري...^(٣). خامساً: قسمة المبلغ النقدي الموجود في الشيكات المصدقة على الورثة لأبناء المتوفى الثلثان بمبلغ ٤٠٠, ٢٦٠, ١ ريال، ولإخوته الثلث بمبلغ ٢٠٠, ٦٣٠ ريال^(٤).
سادساً: يخصم من نصيب الوارث... مبلغ وقدره أربعمائة ريال^(٥).
وبذلك حكمت.

- (١) حكم القاضي بالطلب الثاني للمدعى عليهن وهو شراء نصيب المدعين من عقار حي الوادي.
- (٢) حكم القاضي بطلب المدعى عليهن نقل العقار باسم إحداهن، وحققة العقار أنه مملوك لجميع المدعى عليهن ملكاً شائعاً، ولذا كان الأولى من القاضي عدم إجابة ذلك؛ لإمكان تسجيل العقار باسمهن جميعاً ويكون الملك شائعاً بينهن، كما أنه لم يبين مقدار نصيب كل واحدة منهن من العقار بالنسبة، وقد لاحظ فضيلة قضاة الاستئناف ذلك على فضيلة ناظر القضية.
- (٣) حكم القاضي ببيع العقار الذي كان مرهوناً على المشتري الذي فك الرهن، ونقل العقار باسمه، ولم يتثبت فضيلة القاضي من فك الرهن والتهميش على صكه بذلك، وقد لاحظ ذلك فضيلة قضاة الاستئناف.
- (٤) قسم القاضي قيمة العقار على ورثة الميت كل بحسب نصيبه الشرعي.
- (٥) حكم القاضي بإدخال النقص من قيمة العقار على هذا المدعي لطلبه إدخال النقص عليه.

وفي جلسة أخرى قدمت المدعى عليها... لائحة الاعتراض، واطلعت عليها ولم أجد فيها ما يؤثر، وأمرت بالرفع لمحكمة الاستئناف لتدقيق الحكم.

وفي جلسة أخرى عادت المعاملة من محكمة الاستئناف وبرفقتها قرار الملاحظات الآتية:

- ١- لم تحدد الدائرة نسبة تملك كل واحدة من المدعى عليهن في العقار المملوك بالصك رقم... ٢- ما حكمت به الدائرة في الفقرة الثانية من الحكم من إفراغ العقار المملوك بالصك رقم... للمدعى عليها... في غير محله؛ والواجب إفراغه باسم المدعى عليهن حسب نسبة التملك. ٣- ما حكمت به الدائرة في الفقرة الرابعة من إفراغ العقار المملوك بالصك رقم... باسم المشتري... محل نظر؛ لأن المدعى عليهن لم يعبئ نصيبهن للمذكور، ويطلبن الشفعة في نصيب المدعين.
- ٤- لم تتحقق الدائرة من فك الرهن عن العقار إما بسؤال الصندوق العقاري أو الاطلاع على الصك وما جرى عليه من تهميش إن وجد. وعليه ولوجاهة ملاحظات قضاة الاستئناف، وأنها تستدعي حضور الأطراف رفعت الجلسة.

وفي جلسة أخرى حضر المتداعون أصالة وردًا على ما ذكره فضيلة قضاة الاستئناف أجيبهم بما يلي: الملاحظة الأولى فإن نصيب كل واحدة من المدعى عليهن... و... و... من العقار المملوك بالصك رقم... هو

الثالث (٣٣٣٣, ٣٣٪) ^(١). وأما الملاحظة الثانية فإن الدائرة تراجعت عما حكمت به سابقاً من تسجيل العقار باسم المدعى عليها... وقررت تسجيله باسم المدعى عليهن... و... ويكون الصك مشاعاً بينهن كل واحدة منهن لها الثلث (٣٣٣٣, ٣٣٪) ^(٢). وأما الملاحظة الثالثة فإن الدائرة سبق وأن أعطت أكثر من مهلة للمدعى عليهن من أجل شراء نصيب بقية الورثة من العقار المملوك بالصك رقم... ولم يحضروا المبلغ وقرروا سابقاً رغبتهم في بيعه، وحضر المشتري... وأحضر الشيك وقام بسداد رهن العقار ولم يعترض المدعى عليهن على الشراء آنذاك؛ لذا فإن الدائرة باقية على ما حكمت به في هذه الفقرة ^(٣). وأما الملاحظة الرابعة فقد جرى مخاطبة صندوق التنمية وورد جوابهم: بأنه تم سداد كامل القرض، ولم يُفك الرهن عن الصك حتى تاريخه، ويمكن لصاحب القرض أو وكيله مراجعة الصندوق وإحضار أصل الصك لإتمام عملية فك الرهن ^(٤). وبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة وملاحظة أصحاب الفضيلة والإجابة عنها لذا ولكل ما

- (١) بين القاضي مقدار نصيب كل من المدعى عليهن من عقار حي الوادي بالنسبة.
- (٢) تراجع فضيلة القاضي عما حكم به سابقاً من تسجيله باسم المدعية... وحكم بتسجيله باسمهن جميعاً، ملكاً شائعاً بينهن.
- (٣) ثبت القاضي على ما حكم به، وكان الأولى بفضيلته أن يبين النصوص التي تسند ما حكم به.
- (٤) أثبت القاضي جواب الراهن صندوق التنمية العقارية، وعدم مانعتهم في فك الرهن.

تقدم، فإن الدائرة تقرر ما يلي^(١): أولاً: فإن الدائرة تراجعت عما حكمت به سابقاً من تسجيل العقار المملوك بالصك رقم... باسم المدعى عليها... وقررت تسجيله باسم المدعى عليهن... و... و... ويكون الصك مشاعاً بينهن كل واحدة منهن لها الثلث (٣٣,٣٣٣٣٪). ثانياً: ثبت لدي شراء المدعى عليهن نصيب المدعين من العقار المملوك بالصك رقم... بمبلغ ٦٧,٦٦٦٦ ريال، ويكون نصيب كل واحدة منهن (٣٣,٣٣٣٣٪). ثالثاً: إفراغ العقار المملوك بالصك رقم... للمدعى عليهن... و... و... ويكون الصك مشاعاً بينهن كل واحدة منهن الثلث (٣٣,٣٣٣٣٪)^(٢). رابعاً: ثبت لدي شراء... العقار المملوك للورثة بالصك رقم... خامساً: إفراغ العقار المملوك بالصك رقم... للمشتري...^(٣). سادساً: قسمة المبلغ النقدي الموجود في الشيكات المصدقة على الورثة: لأبناء المتوفى الثلثان بمبلغ ٤٠٠,٢٦٠,١ ريال، ولإخوته الثلث بمبلغ ٢٠٠,٦٣٠ ريال. سابعاً: يخصم من نصيب الوارث... مبلغ وقدره أربعمئة ريال^(٤). وبذلك حكمت.

(١) الحكم الجديد بعد إكمال الملاحظات الوجيهة من محكمة الاستئناف.

(٢) الحكم بطلب المدعى عليهن بشراء نصيب المدعين في عقار الوادي، وتسجيله باسمهن جميعاً ويكون ملكاً بينهن مشاعاً نصيب كل واحدة منهن الثلث.

(٣) الحكم ببيع العقار الثاني على المشتري ونقل ملكية العقار له.

(٤) الحكم بقسمة ثمن العقار على الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي.

وفي جلسة أخرى قدم المدعى عليهم لائحة اعتراضية اطلعت عليها ولم أجد فيها ما يؤثر فقررت الرفع لمحكمة الاستئناف لتدقيق الحكم.

وفي جلسة أخرى عادت المعاملة من محكمة الاستئناف وبرفقها قرار الملاحظة الآتية: لوحظ أن ما أجابت به الدائرة غير منه للملاحظة الثالثة حيث إن الدائرة قررت بأنه ثبت لديها شراء المدعو... للعقار المملوك برقم... والمدعى عليهن قررن بأنهن لم يبيعن العقار على المدعو... (والبيع إنما يكون عن تراض)، أما في حال امتناع المدعى عليهن من البيع، ورأت الدائرة الحكم ببيع العقار، فيكون البيع بالمزاد العلني، وليس على شخص معين وبثمن معين تحده الدائرة، لذا فعلى الدائرة إعادة التأمل في ذلك وإكمال ما يلزم. وفي هذه الجلسة حضر المدعون والمدعى عليهن، وحضر لحضورهم وكيل المشتري... وقدم مذكرة طلب رصدها وتضمنت: وإشارة إلى ملاحظات دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة الاستئناف بالرياض على الحكم، صاحب الفضيلة: بجلسة ٢٧/١٢/١٤٤٠هـ، طلبت المدعى عليهن شراء العقار رقم...، ثم أمرت المحكمة الكتابة لقسم الخبراء لتقييم العقار، وقد تم تقييم العقار من قسم الخبراء بالمحكمة بالخطاب رقم... وتاريخ...، والذي قيم العقار بمبلغ ٢١١٥٠٠٠ ريال، وقرر الأطراف بتلك الجلسة موافقتهم على ذلك التقييم ولم يعترض أحد. ويتضح من ذلك أن الدائرة ليست هي من حددت ثمن العقار، ووافقت المدعى عليهن

على ذلك صحيفة رقم / ٧ من ١٠ من الصك رقم: (٢١٧٥٨٢١٢٤) ١٣/٠٦/١٤٤٢. ولم ينازعن في طريقة تقييمه أو في ثمن العقار، كما لم يطلب أي أطراف الدعوى بيع العقار بالمزاد العلني. وعليه فلا يوجد خلاف على ثمن العقار أو طريقة تقييمه أو بيعه. وفي جلسة أخرى بتاريخ... وافق المدعى عليهن على شراء العقار رقم... بالثمن الذي حدده قسم الخبراء، وطلبن أجلاً مدته شهرين لمحاولة الحصول على إعفاء من سداد قرض الصندوق العقاري، أو إحضار شيك مصدق لسداد القرض عند عدم الإعفاء، وسداد نصيب بقية الورثة. وفي جلسة بتاريخ... قررت المدعى عليهن عدم تمكنهن من الإعفاء من سداد القرض، أو إحضار شيك مصدق بقيمته، ولم يتمكن من إحضار نصيب بقية الورثة. وقررن بتلك الجلسة عدم وجود مانع لديهن من بيع العقار والبحث عن مشتر. وفي جلسة بتاريخ... وبناء على موافقة المدعى عليهن بيع العقار بالثمن المحدد من قسم الخبراء، تقدم موكلي لشراء العقار، وقام بسداد قرض الصندوق العقاري، كما قدم شيكات مصدقة ببقية ثمن العقار للورثة، إلا إن المدعى عليهن في آخر تلك الجلسة تراجعن عن رغبتهن في البيع إلى عدم رغبتهن في بيع العقار، وطلبن مهلة إضافية لإحضار المبلغ، بالرغم من إعطاء الدائرة لهن أكثر من مهلة دون جدوى. صاحب الفضيلة: لقد تم انعقاد البيع شرعاً ونظاماً، وكل إجراءات البيع قد تمت في مجلس فضيلتكم وأمام دائرتكم الموقرة. ثم إن قرار المدعى عليهن بعدم بيع العقار هو قرار

متأخر على قرارهن السابق بالموافقة على البيع؛ لأنه بناء على قرارهن الموافقة على البيع ترتبت عليه آثار قانونية، منها سداد موكلي لقرض الصندوق العقاري، وتحريره لشيكات مصدقة ببقية ثمن العقار، وإيداعها لدى الدائرة منذ أكثر من تسعة أشهر؛ لذلك فإن عدم إفراغ العقار لموكلي يلحق به أضراراً مادية كبيرة. لذا فإنني أطلب من فضيلتكم الحكم بإلزام الورثة بإفراغ العقار رقم... لموكلي. وبعرض ذلك على المدعى عليهن طلبن مهلة للرد، فأجبتهن لطلبهن وعليه رفعت الجلسة.

وفي جلسة أخرى حضر المدعون والمدعى عليهن ووكيل المشتري، وقدم المدعى عليهن مذكرة تتضمن: أولاً: لم نوافق في أي جلسة من الجلسات على بيع العقار على المشتري... وعليه فإن البيع لم يتم شرعاً ولا نظاماً؛ حيث إن البيع كما في الحديث ((إنما يكون عن تراض)). ثانياً: قام المشتري... بسداد مبلغ القرض العقاري دون علمنا وإنما أعلمنا بالسداد في جلسة المحكمة. ثالثاً: الشيكات المصدقة ببقية ثمن العقار قدمت للمحكمة بالرغم من عدم موافقتنا على البيع. رابعاً: لم يسبق القول بأننا لم نتمكن من الحصول على إعفاء من سداد القرض العقاري، وذلك لوجود معاملة قائمة في وزارة المالية بطلب الإعفاء. عليه فإننا لا نزال رافضين لبيع العقار للمشتري... كما نطلب من المحكمة قصر الجلسة على المدعي والمدعى عليهم فقط. وبعد تأمل ما جاء بالمذكرتين المقدمة من الأطراف، ولأجل الإجابة عن ملاحظة

الاستئناف، فأجيبهم بما يلي: أولاً: ما جاء بالملاحظة أن المدعى عليهن قررن بأنهن لم يبعن، وأن البيع لا بد أن يكون عن تراض، فالصحيح أن المدعى عليهن قررن البيع، ثم تراجع عن ذلك كما هو مدون في باطن الصك بالجلسة المؤرخة بتاريخ ٧/٥/١٤٤٢ هـ فقد سألهن ناظر القضية سابقاً عن إقرارهن السابق بالرضا بالبيع للمشتري... فأجبن بأن هذا الرضا كان سابقاً والآن نتراجع عن هذا الكلام، ولم ترد الدائرة ما يوجب الرجوع عن كلامهن ورجوعهن بعد إتمام السداد، وحجز المبلغ بشيك مصدق فيه مضارة على غيرهن «والضرر يزال»^(١). ثانياً: ذكر أصحاب الفضيلة أن الدائرة إذا رأت الحكم ببيع العقار، فيكون البيع بالمزاد العلني، وليس على شخص معين وبشمن معين تحده الدائرة، وأجيب أصحاب الفضيلة بأن الشخص الذي اشترى العقار لم تحضره الدائرة، وإنما المدعيان هم من أحضروه وأبدى المدعى عليهن بالبداية الموافقة على أن يشتري العقار، وثمن البيع لم تحده الدائرة، وإنما كالمعتاد يكون التقدير من قسم الخبراء، ولم يعترض أحد من الأطراف على قيمة التقدير^(٢)، وقد جاء في شرح منتهى الإرادات: «ومن دعا شريكه إلى بيع فيها» أي قسمة التراضي «أجبر» شريكه على البيع معه «فإن أباي» أي امتنع شريكه من بيع معه «بيع» أي باعه

(١) إجابة القاضي على ملاحظة الاستئناف بأن المدعى عليهن لم يبعن العقار على المشتري، ولم يرضين في البيع.

(٢) إجابة القاضي على ملاحظة الاستئناف بأن البيع يكون بالمزاد العلني، لا على هذا المشتري المعين وبالقيمة المحددة.

حاكم «عليهما، وقسم الثمن» بينهما على قدر حصتيهما نصاً، وجاء في كشف القناع: «ومن دعا شريكه فيها» أي في الدور الصغار ونحوها مما تقدم إلى البيع أجبر «أو» دعا شريكه «في شركة عبد أو بهيمة أو سيف ونحوه» ككتاب «إلى البيع أجبر» إن امتنع عن البيع ليتخلص الطالب من ضرر الشركة «فإن أبى» الممتنع البيع «بيع» أي باعه الحاكم «عليهما» لأنه حق عليه، كما يبيع الرهن إذا امتنع الراهن «وقسم الثمن» بينهما بحسب الملك؛ لأنه عوضه «نصاً، قال الشيخ: وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد» - رَحْمَهُمُ اللَّهُ - وجاء في الإنصاف: «من دعا شريكه إلى البيع في قسمة التراضي: أجبر. فإن أبى يبيع عليهما وقسم الثمن. نقله الميموني، وحنبل. وذكره القاضي، وأصحابه. وذكره في الإرشاد والفصول، والإيضاح، والمستوعب، والترغيب، وغيرها وجزم به في القاعدة السادسة والسبعين»^(١). وبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وبعد الإجابة عن ملاحظات أصحاب الفضيلة، فإن الدائرة باقية على ما حكمت به سابقاً^(٢). وأمرت بإعادة المعاملة لمحكمة الاستئناف.

وفي جلسة أخرى عادت القضية من محكمة الاستئناف وبرفقها قرار الملاحظة المتضمن: أن الجواب غير منه للملحوظة حيث إنه

(١) ذكر القاضي نصوص المذهب التي تؤيد ما حكم به من إجبار الشريك الممتنع من البيع على البيع إذا دعاه شريكه إلى البيع وامتنع منه.

(٢) ثبت القاضي على حكمه السابق.

بالاطلاع على الجلسة المذكورة لم نجد جلسة مؤرخة بالتاريخ المذكور، وإن كان المقصود الجلسة المؤرخة بتاريخ ٧ / ٥ / ١٤٤١ هـ فإنه بالاطلاع عليها لم نجد إقراراً من المدعى عليهن ببيع العقار المذكور على المشتري... وإنما إقرار منهن بالرغبة في بيع العقار المذكور، ولم يقرن بيعه على المذكور، ولم يحدد ثمن البيع، لذا جرى إعادة القضية للدائرة مصدرة الحكم للتأمل. ورداً على ما ذكر أصحاب الفضيلة: بأن المدعى عليهن قررن البيع على المشتري، ثم قررن التراجع عن البيع، وتراجعهن ليس له وجه شرعي، وفيه ضرر على بقية الورثة وعلى المشتري، وأيضاً الثمن حُدد قبل الشراء بناء على تقرير قسم الخبراء بالمحكمة حسب ما ضبط بالجلسة المؤرخة بتاريخ ٣٠ / ١ / ١٤٤١ هـ وأشير إلى ذلك أكثر من مرة من قبل الدائرة، ولو افترضنا أن البيع ما تم، فقد ذكرت الدائرة سابقاً نصوص الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ على جواز البيع إجباراً عند امتناع أحد الورثة على البيع، والدائرة ليس لديها سوى ما حكمت به. وبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، والإجابة عن ملاحظات أصحاب الفضيلة قضاة الاستئناف، فإن الدائرة باقية على ما حكمت به سابقاً. وأمرت بإعادة المعاملة لمحكمة الاستئناف، وقد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف وبرفقتها قرار التأييد^(١).

(١) اكتسب الحكم للنفاذ بتأييد محكمة الاستئناف له.

التطبيق الثاني: ملخص الحكم القضائي^(١):

الدعوى:

أقام المدعي أصالة عن نفسه ووكالة عن أخويه، ضد المدعى عليه أصالة...، ولم يحضر المدعى عليه...، ووردنا محضر تبليغ الخصوم وفيه: أن المذكور رفض استلام الطلب، كما لم تحضر... و... و... على الرغم من تبلغهم بالموعد حسب إفادة المحضرين، وبسؤال المدعي عن دعواه قال: لقد توفي مورثنا... عام ١٤٠٩ هـ وخلف عقاراً في... صك رقم... وتاريخ... أطلب بيعه، وقسمة القيمة على الورثة حسب الإرث الشرعي^(٢).

الإجابة:

وفي جلسة أخرى حضر فيها المدعي وبعض المدعى عليهم، وبعرض الدعوى على من حضر من المدعى عليهم أجابوا: بأن لا مانع لدينا من بيع العقار، وقسمة ثمنه بين الورثة، وكان قد وردنا الجواب من كتابة العدل المتضمن سريان مفعول الصك^(٣).

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥ هـ (٦ / ٤٩ - ٥٣).

(٢) هذه الدعوى الطلب فيها محددٌ وهو بيع العقار، وقسمة ثمنه بين الورثة، لكن يلحظ على القاضي عدم طلب صك حصر الورثة، والذي يظهر لي أن القاضي قد طلب ذلك وتحقق منه لكن لم يتم ضبط ذلك.

(٣) للتحقق من ملك الميت للعقار محل الدعوى، وأنه ساري المفعول.

وفي جلسة أخرى حضر المدعي وبعض المدعى عليهم، وبعرض الدعوى على من حضر من المدعى عليهم أجبن قائلات: لا نوافق على بيع العقار العائد لوالدنا، لسكن مستحقين له فيه^(١).

الأسباب:

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة؛ ونظرًا لاتفاق أغلب الورثة على بيع العقار المذكور، ولم يحضر بقية الورثة على الرغم من تبلغهم بمواعيد الجلسات؛ ولأن الشريك إذا دعا شريكه للمقاسمة وفرز ما بينهما، يجب عليه إجابته لذلك، ما لم يكن عليه ضرر من القسمة كما ذكره الفقهاء: ينظر الشرح الكبير؛ ولأن في الإبقاء على العقار مع عدم بيعه وقسمة ثمنه بين الورثة ضرر بهم؛ لانتفاع البعض به دون الآخرين^(٢).

الحكم:

حكمت ببيع العقار محل الدعوى، وقسمة ثمنه بين الورثة حسب الفريضة الشرعية^(٣).

- (١) اعترض المدعى عليهن على بيع العقار، لسكن بعض الورثة فيه.
- (٢) ذكر القاضي نصًا من المذهب يؤيد ما حكم به من إجبار الشريك الممتنع من البيع على البيع إذا دعا شريكه إلى البيع وامتنع منه.
- (٣) حكم القاضي بطلب المدعي أصالة ووكالة، لكن يلحظ على الحكم: أن القاضي لم يحكم بالبيع بالمزاد العلني لعدم وجود مشتري تقدم به الأطراف، ولوجود امتناع من بعض الورثة على البيع، كما لم يبين القاضي النصيب الشرعي لكل واحد منه بالنسبة، ليسهل عليهم القسمة بعد البيع.

وفي جلسة أخرى قدم المدعى عليه وكالة... لائحة الاعتراض، وبعد الاطلاع عليها لم أجد فيها ما يؤثر، وأمرت بالرفع لمحكمة الاستئناف لتدقيق الحكم.

وفي جلسة أخرى عادت المعاملة من محكمة الاستئناف وبرفقها قرار الملاحظة الآتية: أن من ضمن الورثة... معاق، فعليه سؤال الورثة عنه، هل يحتاج إلى إقامة قيم يرعى حقوقه ويحفظ أمواله أم الإعاقة جسدية؟. وعليه أوجب أصحاب الفضيلة بأن المدعي... حضر وبسؤاله عن أخيه، قال: إنه معاق، والقيم والوصي عليه هو أخوه... الذي لم يحضر، لذا وبناء عليه ولكون... قد تبلغ بالدعوى ولم يحضر، فلم يظهر لي خلاف ما أجريت. وأمرت بإعادة المعاملة لمحكمة الاستئناف، وقد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف وبرفقها قرار التأييد^(١).

التطبيق الثالث: ملخص الحكم القضائي^(٢):

الدعوى:

أقام المدعي أصالة ووكالة عن إخوته دعوى ضد المدعى عليه...، والذي لم يحضر وكان قد تبلغ سابقاً لشخصه بموجب ورقة التبليغ الموقعة من محضر المحكمة...، وقد حرر المدعي دعواه بقوله: توفي

(١) اكتسب الحكم للنفاذ بتأييد محكمة الاستئناف له.

(٢) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٦/ ٩٨ - ١٠٤).

وفي جلسة أخرى حضر المدعي أصالة ووكالة، ولم يحضر المدعي عليه ولا من يمثله، ووردنا ورقة التبليغ، وفيها إفادة المحضر... المتضمنة: تم الانتقال لموقع المدعي عليه حسب دلالة المدعي ست مرات، وفي أوقات مختلفة ولم نجد من يستلم، ولذا جرى إكمال اللازم بإرسال خطاب للشرطة. انتهى. وقرر المدعي أصالة ووكالة: قسمة المبالغ العائدة لمورثنا الموجودة في البنوك^(١)، فطلب منه تحرير المبالغ، فطلب مهلة لذلك.

وفي جلسة أخرى حضر المدعي أصالة ووكالة ولم يحضر المدعي عليه ولا من يمثله، ووردنا خطاب شرطة عنيزة المتضمن: تم الانتقال إلى مقر سكنه في حي... الشقة ذات الرقم ٣، وطرق الباب عدة مرات ولم أجده. انتهى. وقد طلب المدعي أصالة ووكالة إضافة طلب قسمة أموال والده المتوفى على الورثة، وكنا قد خاطبنا مؤسسة النقد العربي السعودي ووردنا جوابهم المتضمن وجود أرصدة للمتوفى... في البنوك التالية: ١- البنك... رصيد للمتوفى مقداره (٢٧, ٦٣١, ٥٥٩). ٢- البنك... رصيد للمتوفى مقداره (٧٠, ١٣٠, ١١). وسألت المدعي أصالة ووكالة: هل على والده دين أو يوجد له وصية؟ فأجاب: لا أعلم له دين ولا وصية.

(١) طلب جديد من المدعي أصالة ووكالة بقسمة الأموال النقدية في البنوك على الورثة.

الأسباب:

فبناء على ما تقدم من دعوى المدعي أصالة ووكالة المتضمنة طلب بيع العقارات المذكورة، وتسليمه وموكله نصيبهم من القيمة، وقسمة الأموال النقدية في الأرصدة المذكورة؛ ولأن العقارات والأرصدة مسجلة باسم المتوفى... وورثته ينحصر في المدعين والمدعى عليه الغائب... حسب صك الورثة؛ ونظرًا إلى أن المدعى عليه أحد الورثة، ولم يحضر أي جلسة^(١)؛ ونظرًا إلى أن تأخر قسمة التركة فيه ضرر على البقية^(٢).

الحكم:

حكمت بقسمة رصيد المتوفى في البنك... ومقداره (٢٧، ٦٣١، ٥٥٩) على الورثة حسب إرثهم الشرعي^(٣)، للزوجة الثمن وقدره (٩٠، ٩٥٣، ٦٩)، والباقي لأولاد المتوفى للذكر مثل حظ الأنثيين، لكل ابن (٩٠، ٩٥٣، ٦٩)، ولكل بنت (٩٥، ٩٧٦، ٣٤)، كما حكمت بقسمة رصيد المتوفى في البنك... ومقداره (٧٠، ١٣٠، ١١) على الورثة، للزوجة الثمن وقدره (٣٣، ٣٩١، ١)، والباقي للأولاد للذكر

- (١) وكان قد تبلغ لشخصه في المرة الأولى، ثم يتضح مماطلته بعدم استلام التبليغ، وكان قد امتنع سابقاً عن البيع برفضه حضور بيع العقارات أو التوكيل في ذلك.
- (٢) كان الأولى بالقاضي ذكر نصوص الفقهاء التي تؤيد ما حكم به من إجبار الممتنع من البيع على البيع إذا دعاه شريكه إلى ذلك وامتنع منه.
- (٣) حكم القاضي بطلب المدعي أصالة ووكالة بقسمة الأموال النقدية في البنوك.

مثل حظ الأثنيين، لكل ابن (٣٣، ١٣٩١)، ولكل بنت (٦٦، ٦٩٥)، وحكمت ببيع العقارات المذكورة في المزداد العلني، وقسمة قيمتها على الورثة حسب إرثهم الشرعي^(١)، ويعد الحكم في حق المدعى عليه غيائياً لعدم تبلغه لشخصه بعد شطب الدعوى.

وفي جلسة أخرى عادت المعاملة من محكمة الاستئناف وبرفقها قرار الملاحظات الآتية: ١- لم ينوه فضيلته في الحكم بأن الحكم بحق المدعى عليه غيائياً، وأنه على حجته إذا حضر وفقاً للمادة (٤/٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية؛ لكونه لم يحضر ولم يتبلغ لشخصه، كما لم يعرض الحكم على المدعي أصالة ووكالة لتقرير قناعته بالحكم من عدمه، وفقاً للمادة (١٦٥) من نظام المرافعات الشرعية. ٢- لم يقرر فضيلته إيداع نصيب المدعى عليه في بيت المال، ويسلم له متى ما رغب في ذلك. كما أنه يوجد خطأ في اسم المدعى عليه في الضبط والصك معلم تحته بالقلم، حيث ذكر... يتعين تصحيحه، فعلى فضيلته ملاحظة ما ذكر، وإلحاق ما يجريه في الضبط والصك وسجله، ثم إعادة المعاملة لإكمال لازمها. وعليه أجيب أصحاب الفضيلة قضاة الاستئناف على الملاحظة الأولى: فإن هذا الحكم يعد غيائياً في حق المدعى عليه، وهو على حجته إذا حضر، وأما عرض الحكم على المدعي أصالة ووكالة، فإنه قد حكم له بكل طلباته؛ ولذلك فلم

(١) حكم القاضي بطلب المدعي أصالة ووكالة ببيع العقارات محل الدعوى وقسمة ثمنها بينهم.

يعرض الحكم عليه، ومع ذلك فقد حضر المدعي أصالة ووكالة في هذه الجلسة، وقرقناته بالحكم، وبالنسبة للملاحظة الثانية فقد قررت إيداع نصيب المدعى عليه في بيت المال، ويسلم له متى رغب في ذلك، وصحة اسم المدعى عليه...، وأمرت بإعادة المعاملة لمحكمة الاستئناف، وقد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف وبرفقها قرار التأييد بالأكثرية^(١).

(١) اكتسب الحكم للنفاذ بتأييد محكمة الاستئناف له بالأكثرية.

الخاتمة

الحمد لله على ما يسره من إتمام للبحث، والشكر له أولاً وآخراً،
ظاهراً وباطناً، وقد توصلت في هذا البحث إلى عدد من النتائج منها:

١- أن الإجبار في اللغة الإكراه، وأما في الاصطلاح فهو حمل الغير
من صاحب الولاية بطريق الإلزام على عملٍ تحقيقاً لحكم الشرع،
فالإجبار يصدر ممن له ولاية شرعية في الحمل على فعل مشروع، وبهذا
يفارق الإكراه، وهو فرق دقيق لطيف.

٢- أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ اتفقوا على أن المشترك إن أمكن قسمته بين
الورثة، قسم بينهم، وهو ما أخذ به نظام المعاملات المدنية.

٣- أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ اتفقوا على أن ما لا يمكن قسمته - لوجود
ضرر أو رد عوض -، ورضي الورثة (الشركاء) بالمهاياة بينهم في المشترك،
فإنه يقسم بينهم مهاياة، وهذا ما أخذ به نظام المعاملات المدنية.

٤- وقع الخلاف بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ في إجبار القاضي للممتنع من
الورثة (الشركاء) على البيع فيما إذا لم يرغبوا في المهاياة فيما لا يمكن
قسمته - لوجود ضرر أو رد عوض -، ولم يرغب أحدهم بالاستقلال
بملكه، وطلب أحدهم بيعه وامتنع الآخر. والراجح في ذلك والله
أعلم أن للقاضي إجبار الممتنع على البيع؛ لأن حق طالب البيع في جميع
المشترك، ولا يمكن الوصول إلى هذا الحق عند عدم إمكان القسمة
وعدم الرضا بالمهاياة إلا ببيع الجميع؛ ولأن في امتناع الممتنع إضراراً

ببقية الورثة أصحاب الحق، والشريعة نصبت السلطان ونوابه للفصل في الخصومات، وأمرت برفع الضرر وإزالته؛ وألا ضرر ولا ضرار؛ وأن أعظم الضررين يدفع بارتكاب أخفهما.

وفي الختام فما كان من صواب فمن الله، وما كان من خطأ فمني والشيطان، والله أسأل أن ينفع كاتبه وقارئه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر والمراجع

١. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، تخريج زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٢. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٣. الأشباه والنظائر، عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٤. الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ.
٥. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
٧. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
٨. تفسير القرآن العظيم = تفسير ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ.
٩. التهذيب في اختصار المدونة، خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، تحقيق د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.



١٠. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، الحسين بن مسعود بن محمد البغوي الشافعي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
١١. التوقيف على مهمات التعاريف، محمد بن تاج العارفين الحدادي ثم المناوي القاهري، عام الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
١٢. جامع البيان في تأويل القرآن = تفسير الطبري، محمد بن جرير بن يزيد الآمالي أبو جعفر الطبري، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
١٣. الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ.
١٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
١٥. الدر المختار في شرح تنوير الأبصار (المطبوع بأعلى رد المختار لابن عابدين)، محمد ابن علي بن محمد الحصني علاء الدين الحصكفي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
١٦. الذخيرة، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق محمد حججي، وسعيد لأعراب، ومحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

١٧. روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
١٨. روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، عبد العزيز بن إبراهيم القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيمة، تحقيق عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ.
١٩. شرح الخرشي على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثانية، ١٣١٧هـ.
٢٠. شرح القواعد السعدية، عبد المحسن بن عبد الله الزامل، اعتنى به وخرج أحاديثه عبد الرحمن العبيد وأيمن العنقري، دار أطلس الخضراء، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢١. الشرح الكبير (المطبوع على طرة حاشية الدسوقي)، أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير، دار إحياء الكتب العربي.
٢٢. شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٢٣. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ.
٢٤. صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.



٢٥. صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٦. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٢٧. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٢٨. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكّي الحسيني الحموي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
٢٩. الفروع، شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي، الراميني ثم الصالحي الحنبلي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٣٠. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم بن سالم النفراوي الأزهري المالكي، دار الفكر، ١٤١٥هـ.
٣١. القواعد = قواعد ابن رجب = تقرير القواعد وتحرير الفوائد، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الحنبلي، تحقيق أ.د. خالد المشيقح ود. عبد العزيز العيدان ود. أنس اليتامى، ركائز للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٣٢. القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن جزّي الكلبي الغرناطي.

٣٣. الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ.
٣٤. كتاب التعريفات، علي بن محمد الشريف الجرجاني، تحقيق وضبط جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
٣٥. كشاف القناع عن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية.
٣٦. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٣٧. المبسوط، محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.
٣٨. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء، تحقيق نجيب هواويني، نور محمد كارخانه تجارت كتب، كراتشي.
٣٩. مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤١٦هـ.
٤٠. مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية.
٤١. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني أبو البركات مجد الدين، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.
٤٢. المحكم والمحيط الأعظم، علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.



٤٣. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر، بيروت.
٤٤. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، أبو المعالي برهان الدين محمود ابن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٤٥. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي ثم الحموي، المكتبة العلمية، بيروت.
٤٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٤٧. المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.
٤٨. موسوعة الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، وزارة الأوقاف المصرية، القاهرة، ١٤١٤هـ.
٤٩. موسوعة القواعد الفقهية، د. محمد صدقي بن أحمد آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٥٠. نظام المعاملات المدنية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤هـ.
٥١. نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني الملقب بإمام الحرمين، تحقيق أ.د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

٥٢. الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل، أبو الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني، تحقيق عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ.
٥٣. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٥٤. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي بن أحمد آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤١٦ هـ.





حصص التأسيس في شركات المساهمة

د. حمد بن ناصر بن عبد العزيز التركي

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء



المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه
أجمعين وبعد:

فإن النظام التجاري في المملكة العربية السعودية يشهد تطورات
كبيرة ومتسارعة، وفق قواعد ومبادئ محددة، مستندة على الشريعة
الإسلامية، والأنظمة التجارية، التي تهدف أساسًا إلى ازدهار الاقتصاد،
وكان للأنظمة التجارية دور فاعل في ضبط الحركة التجارية، والمساهمة
الفاعلة في رفع الناتج التجاري في المملكة، من خلال سن الأنظمة
الجديدة التي تواكب متطلبات العصر، أو من خلال تحديث الأنظمة
القديمة، سعيًا من المنظم لتسهيل كل ما من شأنه رفع مستوى
الاقتصاد السعودي ليكون أحد أهم الاقتصادات في العالم.

وإن من أهم ما يرفع مستوى الاقتصاد في أي بلد، هو وجود
شركات وطنية تسهم في رفع الاقتصاد الوطني، لذلك فإن الدول دائمًا
ما تسعى لسن الأنظمة التجارية المتعلقة بالشركات، وهو ما سارت
عليه المملكة العربية السعودية، حيث صدر أول نظام للشركات في
المملكة في عام ١٤٨٥هـ، لتتوالى الإصدارات حتى نظام الشركات
الحالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) بتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ.

وقد صدر النظام بتحديد خمس شركات على سبيل الحصر، هي
شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المساهمة وشركة

المساهمة المبسطة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وتعد شركات المساهمة أكثر الشركات تناولاً في النظام، وقد أفرد لها المنظم الباب الرابع، حيث تم تناول المواد النظامية لشركة المساهمة في قرابة ثمانين مادة، وتكمن أهمية شركة المساهمة أنها أكبر الشركات التجارية جمعاً للأموال، فشركات المساهمة تهتم بتجميع رؤوس الأموال الكبيرة للقيام بالمشاريع الاقتصادية الكبرى والتي تسهم بشكل مباشر في اقتصاد البلد، بل إن بعض شركات المساهمة قد تقوم بقيادة الاقتصاد الوطني، فنجاحها وقوتها يزيدان من قوة الاقتصاد الوطني، وقدرته على تحقيق مستهدفاته تجاه الالتزامات الداخلية والخارجية.

ونظراً لما لشركة المساهمة من أهمية، ولكون حصص التأسيس من أنواع الأسهم التي تصدرها شركة المساهمة فسيكون هذا البحث متعلقاً (بحصص التأسيس)، حيث إن حصص التأسيس تصدرها شركة المساهمة بغير قيمة اسمية، وتمنح ملاكها نصيباً في أرباح الشركة دون أن يكونوا قدموا المقابل ذلك حصة نقدية أو عينية.

وإن مما أثار لدي الرغبة في بحث هذا الموضوع هو موقف المنظم السعودي المتذبذب في ما يتعلق بحصص التأسيس، فنجد أنه تارة يجيزها كما في نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ حيث أجازها مع فرض بعض القيود على تداولها وعلى الأرباح المخصصة لها، ثم بصدر نظام الشركات لعام ١٤٣٧هـ منعها منعاً مطلقاً متبعاً في ذلك الاتجاه الحديث الذي يحرم إصدارها، ليصدر بعد ذلك نظام الشركات الجديد

لعام ١٤٤٣هـ ويتناول حصص التأسيس بالإجازة، وإن كان لم يطلق عليها صراحة مسمى حصص التأسيس إلا أن معناها يعود لذلك، فقد جاءت المادة بالنص التالي: «يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة إلى شخص مقابل قيامه بعمل أو خدمات تعود على الشركة بالنتفع وتحقق أهدافها.. إلخ»^(١).

وأمام هذا التذبذب أحببت بحث هذه الحصص مقارنة ما ورد في نظام الشركات الحالي الصادر عام ١٤٤٣هـ، ونظام الشركات السابق الصادر عام ١٤٣٧هـ، ونظام الشركات القديم لعام ١٣٨٥هـ، وسبب اللجوء لهذه المقارنة هو أن النظام الحالي اختلف عن النظام السابق فيما يتعلق بحصص التأسيس، كما أنه اختلف عن النظام القديم لعام ١٣٨٥هـ الذي كان ينظم هذه الحصص مع إجازتها بشيء من التقييد على حرية التداول وتحديد نسبة الأرباح المحددة لها؛ لذلك أحببت أن أسلط الضوء على هذا الموضوع بذكر المقصود من حصص التأسيس وخصائصها وحقوقها والتزاماتها وتكييفها النظامي والفقهية، ومن ثم الوصول إلى نتائج يمكن من خلالها إصدار التوصيات الخاصة بهذا الموضوع.

(١) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ، المادة (١٣)، فقرة (٤).

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة أنه بصدر نظام الشركات لعام ١٤٤٣هـ أجاز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة إلى شخص مقابل قيامه بعمل أو خدمة تعود على الشركة بالنفع العام^(١)، بينما كان سابقاً يمنعها وفقاً لنظام الشركات السعودي لعام ١٤٣٧هـ، إلا أنه عند إصدار أول نظام للشركات لعام ١٣٨٥هـ أجازها وفق النص التالي: «للشركة المساهمة بناء على نص في نظامها أن تصدر حصص تأسيس لمن قدم إليها عند التأسيس أو بعد ذلك براءة اختراع أو التزاماً حصل عليه من شخص اعتباري عام، وتكون هذه الحصص اسمية أو لحاملها... إلخ»^(٢)، وكان النظام القديم يبين أحكام هذه الحصص في المواد (١١٢-١١٥)، بينما النظام الحالي أجازها وترك الأمر مطلقاً بنصوص عامة، فلم يبين سبب منح هذه الحصص كما كان النظام السابق يحصرها في براءة الاختراع أو تقديم التزام تحصل عليه من الشخص الاعتباري، كما لم يبين النظام كم النسبة المسموح منحها لخصص التأسيس حيث كان النظام القديم يجدها بنسبة لا تتجاوز نسبة من الأرباح الصافية لا تزيد على (١٠٪) بعد توزيع نصيب على المساهمين لا يقل عن (٥٪) من رأس المال

(١) نظام الشركات السعودي المادة (١٣/٤).

(٢) نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥هـ، المادة (١١٢).

المدفوع^(١)، كما لم يبين النظام الحالي إمكانية إلغاء حصص التأسيس وعدم ربط ذلك بمدة زمنية كما كان عليه النظام القديم^(٢).

وإذا كان النظام الحالي لم ينص صراحة على تسمية حصص التأسيس إلا أن الفقرة (٤) من المادة (١٣) أجازتها دون أن تسميها، ولعل النظام أجازها إجازة غير صريحة، لغرض يتغيا فيه المصلحة ولم يتطرق لأحكامها كما كان في النظام القديم، والسبب في ذلك أن الاتجاهات الحديثة تحرم مثل هذه الحصص وهذا ما كان يأخذ به المنظم السعودي في نظام الشركات لعام ١٤٣٧هـ.

لذلك كله سيتم دراسة هذا الموضوع لبيان أحكام حصص التأسيس من ناحية مفهومها وخصائصها وحقوق ملاكها والتزاماتهم وتكييفها فقهاً ونظاماً، وكذلك دراسة موقف المنظم السعودي من هذه الحصص على مدى أنظمة الشركات في المملكة العربية السعودية، وسيكون البحث مخصصاً في حصص التأسيس في شركة المساهمة، مع أن النص النظامي جاء عاماً ليشمل جميع الشركات، وهذا ما يوجب دراسة خاصة ومستقلة تتعلق بتقديم هذه الحصص في شركات الأشخاص وما يترتب على ذلك من مسؤولية وأحكام.

(١) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ، المادة (١١٤).

(٢) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ، المادة (١١٥).

تقسيمات الدراسة:

تم تقسيم الدراسة إلى تمهيد وخمسة مباحث وخاتمة، على النحو التالي:

التمهيد:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بحصص التأسيس.

المطلب الثاني: التعريف بشركة المساهمة.

المطلب الثالث: التسلسل التاريخي النظامي لحصص التأسيس في

المملكة العربية السعودية.

المبحث الأول: خصائص حصص التأسيس.

المبحث الثاني: إنشاء وتداول حصص التأسيس:

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: إنشاء حصص التأسيس.

المطلب الثاني: تداول حصص التأسيس.

المبحث الثالث: الحقوق والالتزامات المترتبة على حصص التأسيس:

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: حقوق حصص التأسيس.

المطلب الثاني: التزامات حصص التأسيس.

المبحث الرابع: التكييف النظامي لحصص التأسيس.
المبحث الخامس: التكييف الفقهي لحصص التأسيس.
الخاتمة:

وتشمل أهم النتائج والتوصيات.
فهرس المصادر والمراجع.



التمهيد

المطلب الأول: تعريف حصص التأسيس:

الحصة لغة:

النصيب، وجمعها الحصص، ويقال: تحاصَّ القوم تحاصًّا إذا اقتسموا، وقيل أحصصت القوم إذا أعطيتهم حصصهم، وحاصصته الشيء إذا قاسمته، فحصني منه كذا أي صار حصتي^(١)، فالمعنى اللغوي أن الحصة هي النصيب، وهو ما يفيد معنى الحصص في الشركات، إذ إن الشريك يقدم حصته في الشركة لتمثل نصيبه فيها.

التأسيس لغة:

الأس بالضم كل مبتدأ شيء، والأساس أصل البناء، وقد أس البناء يؤسه تأسيسًا، وقيل أسست دارًا إذا بنيت حدودها ورفعت من قواعدها^(٢)، فالمعنى اللغوي أن التأسيس هو مبتدأ كل شيء وأصله الذي يقوم عليه، وهو ما يفيد معنى التأسيس المقصود في البحث، إذ

(١) انظر: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الناشر: دار الدعوة، مصر، (١/١٧٩)، وتهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهرى الهروي، تحقيق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار أحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، (٣/٢٥٩).

(٢) انظر: المعجم الوسيط، (١/١٧٩)، وتهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهرى الهروي، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار أحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، (٣/٢٥٩).

إن أول ما أطلقت هذه الحصص على التأسيس ثم بعد ذلك أجازت الأنظمة إصدارها بعد تأسيس الشركة.

حصص التأسيس اصطلاحاً:

عرفت حصص التأسيس بعدة تعريفات منها:

١. حصص التأسيس هي: «صكوك تحول حاملها الحق في الحصول على جزء من أرباح الشركة دون أن تمثل حصة في رأس المال، وهي تمنح لمن قدم للشركة عند التأسيس أو بعد ذلك براءة اختراع أو التزاماً حصل عليه من شخص اعتباري عام»^(١).

وانتقد هذا التعريف بأنه جعل الحصة هي الصك، وهذا خلاف الواقع لأن حصة التأسيس ليست صكاً، وإنما هي النصيب الذي يقدمه المساهم، أو الذي يحصل عليه من أرباح الشركة كما هو في حصص التأسيس، والصك إنما هو وسيلة الإثبات، ودليل التملك مشتملاً على المعلومات اللازم بيانها^(٢).

(١) الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، مطبعة المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٦٩هـ-١٩٧٦م، ص ٢٠٠.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، رسالة دكتوراه في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، ١٤٠٦هـ، ص ٣٧٢.

٢. وعرفت كذلك بأنها: «الصكوك القابلة للتداول والتي تصدرها شركات المساهمة بغير قيمة اسمية، وتمنح أصحابها نصيباً في أرباح الشركة، وذلك مقابل ما قدموه من خدمات أثناء تأسيس الشركة»^(١).

وينتقد هذا التعريف بما انتقد به التعريف الأول بأنه جعل الحصة صكاً وهذا خلاف الواقع.

٣. وعرفت كذلك بأنها: «أسهم تمنحها الشركة المساهمة لمؤسسيها ولبعض الذين ساعدوا في تكوين رأس مالها، ولا تخول هذه الأسهم لحاملها الحق في إدارة الشركة، ولكنه يشترك فيما تقرره من أرباح»^(٢).

وانتقد هذا التعريف بأنه عرف الحصص بالأسهم، وهناك اختلافات بينهما، فالأسهم تصدر بقيمة اسمية بخلاف حصص التأسيس، والأسهم كذلك تدخل في تكوين رأس مال الشركة بخلاف حصص التأسيس إلى غير ذلك من الفروق، كما أن التعريف جاء ناقصاً فيما يتعلق بكون صاحب الحصة ليس له الحق في فائض موجوداتها.

(١) انظر: الشركات التجارية في القانون المصري، د. عاطف محمد الفقي، ٢٠٠٦م، بدون دار نشر، ص ٣٥٧، وموسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٥م، (٩/٢٣٠).

(٢) معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، أحمد زكي بدوي وصديقة يوسف محمد، دار الكتاب اللبناني للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ١٩٩٤م، ص ١٣٩.

٤. وعرفت كذلك بأنها: «وثيقة قابلة للتداول، وليس لها قيمة اسمية، ولا تعد من رأس المال، ولا تحول مالها المشاركة في إدارة الشركة، ولا في اقتسام موجوداتها عند التصفية إلا إذا نص نظام الشركات المصدر لها على ذلك، يمكن إلغاؤها مقابل تعويض عادل، تمنح لمن قدموا خدمات جليلة، أو براءة اختراع، أو اسماً تجارياً، أو حق امتياز، عند تأسيس الشركة»^(١).

وهذا التعريف من أجود التعريفات التي اطلعت عليها، وإن كان من انتقاد لهذا التعريف فهو إضافة الاستثناء المتعلق بنص الشركة، لأن الحكم للأصل والاستثناء لا يصح أن يكون داخلاً في التعريف مقيداً للأصل، كذلك تحديد الاسم التجاري دون غيره كالعلامة التجارية أجد أنه تخصيص بلا دليل.

لذا فإن التعريف المختار هو: «وثيقة قابلة للتداول، وليس لها قيمة اسمية، ولا تعد من رأس المال، ولا تحول مالها المشاركة في إدارة الشركة، ولا في اقتسام موجوداتها عند التصفية، ويمكن إلغاؤها مقابل تعويض عادل، تمنح لمن قدموا خدمات جليلة، كبراءة اختراع، أو حق امتياز، عند تأسيس الشركة».

(١) حصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي - د. إبراهيم علي المنصوري، وعبد العزيز بن محمد مهدة، مجلة الصراط، الصادرة من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، الإمارات، المجلد (٢٢) العدد (٢)، ص ٧.

وسميت حصص التأسيس بهذا الاسم نسبة لأول ظهور لها، فقد ظهرت في عام ١٣٨٥هـ بمناسبة تأسيس شركة قناة السويس البحرية، كوسيلة لشراء ذمم رجال السياسة الأوربيين، وحملهم على الدفاع عن مشروع قناة السويس في مواجهة معارضيها، لا سيما في إنجلترا، ثم جرى العمل بها بعد ذلك في شركات المساهمة الكبرى كوسيلة لمكافحة مؤسسي هذه الشركات بجانب من الأرباح دون مقابل، ولتشجيع ذوي النفوذ للإقدام على المساعدة في تأسيس هذه الشركات^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن حصص التأسيس كانت سابقاً تعطى للمؤسسين فقط كمكافأة لهم على جهودهم التي بذلوها في سبيل تأسيس وإنشاء الشركة، أما الآن فحصة التأسيس تعطى لغير المؤسسين، وفي غير وقت تأسيس الشركة^(٢).

ومن الفقهاء من يفرق بين حصص التأسيس وحصص الأرباح، فهما يتفقان في التعريف والخصائص، وبينهما اختلاف وحيد وهو وقت الإصدار، فما تصدره الشركة عند التأسيس تسمى حصص التأسيس، وما تصدره بعد ذلك يطلق عليه حصص الأرباح^(٣).

(١) القانون التجاري، د. أبو زيد محمود رضوان، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٥٦٠.

(٢) الشركات التجارية، د. علي حسن يونس، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٧٣م، ص ٥٤٦.

(٣) انظر: موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/ ٢٣٠)، وشركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٧٣.

وعلى هذا القول يمكن أن نصل إلى تعريف حصص الأرباح بأنها: «وثيقة قابلة للتداول، وليس لها قيمة اسمية، ولا تعد من رأس المال، ولا تحول مالها المشاركة في إدارة الشركة، ولا في اقتسام موجوداتها عند التصفية، ويمكن إلغاؤها مقابل تعويض عادل، تمنح لمن قدموا خدمات جلييلة، كبراءة اختراع، أو حق امتياز، وتمنح بعد تأسيس الشركة».

وبما أن جميع الفقهاء متفقون على أن الفرق بين حصص التأسيس وحصص الأرباح فقط في وقت إصدارها، وأن ما ينطبق على حصص التأسيس من أحكام ينطبق على حصص الأرباح، بل أن البعض يطلق على الجميع حصص التأسيس كما بينّا، لذلك سنكتفي في هذا البحث ببحث حصص التأسيس وجميع ما سيتم تداوله من أحكام لهذه الحصص ينطبق على حصص الأرباح.

والمنظم السعودي لم يفرق بين حصص التأسيس وحصص الأرباح، وجاءت الفقرة شاملة للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين في جواز منح هذه الحصص^(١)، والنص على المساهمين يدل قطعاً أنه يجوز تقديم هذه الحصص بعد التأسيس، كما يجوز إصدارها من قبل المؤسسين وقت التأسيس.

(١) انظر: نظام الشركات السعودي، المادة (١٣ / ٤).

وبناء على ما توصلنا له من تعريف مختار لخصص التأسيس وهو «وثيقة قابلة للتداول، وليس لها قيمة اسمية، ولا تعد من رأس المال، ولا تحول مالها المشاركة في إدارة الشركة، ولا في اقتسام موجوداتها عند التصفية، ويمكن إلغاؤها مقابل تعويض عادل، تمنح لمن قدموا خدمات جلييلة، كبراءة اختراع، أو حق امتياز، عند تأسيس الشركة»، فإن هذا التعريف لا يتناسب مع ما ورد في النظام الحالي الذي أجاز منحها مع إدخالها في رأس المال^(١)، وبالتالي فيمكن أن نصل إلى تعريف لهذه الحصص وفق النظام السعودي بأنها: «وثيقة قابلة للتداول، وداخلة في رأس المال، وليس لها قيمة اسمية، ولا تحول مالها المشاركة في إدارة الشركة، ولا في اقتسام موجوداتها عند التصفية، ويمكن إلغاؤها مقابل تعويض عادل، تمنح لمن قدموا خدمات جلييلة، كبراءة اختراع، أو حق امتياز، عند تأسيس الشركة».

المطلب الثاني: تعريف شركة المساهمة:

الشركة لغة:

تُنطق بكسر الشين وإسكان الراء، وبفتح الشين وكسر الراء. وهي اختلاط شيء بشيء، يقال: شاركه أي كان شريكه، وشرك بينهم بمعنى جعلهم شركاء، ويقال: شركه في كذا شركاً وشركة. والشرك والشركة

(١) انظر: نظام الشركات السعودي، المادة (١٣ / ٤).

بكسرهما، وضم الثاني بمعنى: وقد اشتركا وتشاركا، وشارك أحدهما الآخر^(١).

وهي مصدر من الفعل الثلاثي: شَرَكُ يَشْرِكُ شَرْكًا وشَرْكَةً، واستعمال المخفف هو الأغلب.

وحاصل ما ورد في معنى الشركة في اللغة: الاختلاط والامتزاج، وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وَأَشْرِكُهُ فِي أَمْرِي﴾^(٢)، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلاً والماء والنار))^(٣).

(١) انظر: لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت (٦/٦)، والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطا، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٧-١٩٨٧، (٣/٩٠٣)، ومختار الصحاح، زيد الدين محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ص ١٨، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد الفيومي الحلبي، المكتبة العلمية، بيروت، (١٤/١).

(٢) سورة طه، آية ٣٢.

(٣) رواه أبو داود في سننه، سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، باب في منع الماء، حديث رقم (٣٤٧٧)، ج ٣، ص ٢٧٨. وأحمد في مسنده، مسند الإمام أحمد، أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، حديث رقم (٢٣١٣٢)، (٣٨/١٤٧). وصححه الإمام الألباني في صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، (١/٥٦٩).

المساهمة لغة:

المساهمة بفتح العين على وزن مفاعلة، قال ابن فارس: السهمه النصيب، ويقال أسهم الرجلان إذا اقترعا، وذلك من السهمه والنصيب وأن يفوز كل واحدًا منهما بما يصيبه^(١)، وقال ابن منظور: السهم: واحد السهام، والسهم النصيب^(٢).

شركة المساهمة اصطلاحًا:

عرف الدكتور محمد الجبر شركة المساهمة بأنها: «الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولا يسأل الشركاء فيها إلا بقدر قيمة أسهمهم، ولا تعنون باسم أحد الشركاء»^(٣).

وهذا التعريف قريب جدًا من تعريف شركة المساهمة في نظام الشركات لعام ١٣٨٥ هـ^(٤)، إلا أنه مع التطور الكبير لشركة المساهمة، وما تملكه هذه الشركة من أهمية كبيرة على مستوى الاقتصاد الوطني،

(١) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ-١٩٧٩ م، (٣/١١١).

(٢) لسان العرب، ابن منظور، (٣٠٨/١٢)، والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، (٣/٩٠٣)، ومختار الصحاح، زيد الدين محمد بن أبي بكر الرازي، ص ١٨، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد الفيومي الحلبي، (١/١٤).

(٣) القانون التجاري السعودي د. محمد بن حسن الجبر، شركة المعرفة، الرياض، الطبعة السادسة، ١٤٤٣ هـ-٢٠١٢ م، ص ٣٣٥.

(٤) انظر: نظام الشركات السعودي لعام ١٣٨٥ هـ، المادة (٤٨).

فقد تناول نظام الشركات الحالي تعريف شركة المساهمة وعرفها بأنها: «شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر، من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها»^(١).

ومن خلال التعريف يمكن أن نستخلص خصائص شركة المساهمة التي تميزها عن غيرها من الشركات، وهي:

١. أن شركة المساهمة ممكن أن تؤسس من شخص واحد أو أكثر.
٢. أن شركة المساهمة يمكن أن تؤسس كذلك من شخص طبيعي أو شخص معنوي.
٣. أنها تقوم على الاعتبار المالي.
٤. أن رأس مالها مقسم على أسهم متساوية قابلة للتداول.
٥. أن الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، وأن مسؤولية الشريك تتمثل فيما قدمه من قيمة السهم^(٢).

(١) نظام الشركات السعودي، المادة (٥٨).

(٢) تم تناول الخصائص باختصار شديد خشية من الإطالة، ولكون هذه الخصائص غير مرتبطة ارتباطاً مباشراً بعنوان البحث.

المطلب الثالث: التسلسل التاريخي النظامي لحصص التأسيس في المملكة العربية السعودية:

تتبع أنظمة الشركات في المملكة العربية السعودية، نجد أن المنظم أصدر ثلاثة أنظمة للشركات، وكان إصدارها على النحو التالي:

١- نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) بتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥هـ، ويقع في (٢٣٤) مادة.

٢- نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ، ويقع في (٢٢٧) مادة.

٣- نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ، ويقع في (٢٨١) مادة.

وبتتبع ما يتعلق بحصص التأسيس في الأنظمة الثلاثة للشركات نجد أنها مرت بعدة مراحل بناء على صدور كل نظام، وقد كان المنظم يتماشى من النظريات المطروحة في حينه، فنجد أنه أجازها في النظام الأول، ثم بعد ذلك وتماشياً مع المذهب الحديث بتحريم هذه الحصص والأضرار الناتجة عنها تم إلغاؤها في النظام الثاني، ثم بصدور النظام الثالث تم إجازتها بشيء من الإجمال ودون النص عليها صراحة كحصص للتأسيس.

ولتفصيل ذلك فقد نصت المادة (١١٢) من نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ على ما يلي: «للشركة المساهمة بناء على نص في نظامها أن

تصدر حصص تأسيس لمن قدم إليها عند التأسيس أو بعد ذلك براءة اختراع أو التزاماً حصل عليه من شخص اعتباري عام، وتكون هذه الحصص اسمية أو لحاملها... إلخ»^(١)، ثم بين المنظم في المادة التي تليها خصائص هذه الحصص وجاءت بالنص التالي: «لا تدخل حصص التأسيس في تكوين رأس المال ولا يشترك أصحابها في إدارة الشركة أو في إعداد الحسابات أو في جمعيات المساهمين... إلخ»^(٢). ثم بعد ذلك بين المنظم النسبة المسموح منها لهذه الحصص من الأرباح وجاءت المادة بالنص التالي: «يجوز أن تمنح هذه الحصص نسبة من الأرباح الصافية لا تزيد على (١٠٪) بعد توزيع نصيب على المساهمين لا يقل عن (٥٪) من رأس المال المدفوع، كما يجوز أن تمنح عند التصفية أولوية بالنسبة المذكورة في استرداد الفائض من موجودات الشركة بعد سداد ما عليها من ديون»^(٣)، ثم ختم النظام أحكام حصص التأسيس بما يتعلق بطرق الإلغاء لهذه الحصص حيث جاءت المادة بالنص التالي: «للجمعية العامة للمساهمين أن تقرر إلغاء حصص التأسيس بعد عشر سنوات من تاريخ إصدارها مقابل تعويض عادل، وللشركة في كل وقت أن تشتري من أرباحها الصافية حصص التأسيس بسعر السوق

(١) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١١٢).

(٢) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١١٣).

(٣) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١١٤).

أو بالثمن الذي تتفق عليه مع أصحاب هذه الحصص مجتمعين في جمعية خاصة... إلخ»^(١).

ثم استمرت حصص التأسيس وفقاً لهذا النظام مجازة وفق النصوص التي تضبطها سواء في المنح أو الخصائص أو النسبة المسموحة أو طرق الإلغاء، وتم العمل بها من عام ١٣٨٥هـ إلى عام ١٤٣٧هـ، حيث بتاريخ ٢٨ / ١ / ١٤٣٧هـ صدر نظام جديد للشركات ألغى النظام القديم، وبتتبع ما يتعلق بحصص التأسيس نجد أن المنظم خالف توجهه السابق بمنح هذه الحصص، وانضم إلى التوجه الحديث الذي يحرم منح هذه الحصص نهائياً لكون هذه الحصص تضر بالمساهمين في الشركة؛ لأنها تُمنح دون أن يُقدم ما يقابلها، وبالتالي يصبح أصحابها في وضع أفضل من وضع المساهمين، لأنهم يحصلون على نسبة من أرباح الشركة دون تحملهم أي خسارة قد تتحملها الشركة أو الشركاء في حدود ما دفعوه من حصص.

وقد أحسن المنظم في استبعاد هذه الحصص لما قد ينتج عنها من ضرر، ولما قد يترتب على منحها لبعض الأشخاص من تجاوزات نظامية تمنح لهذه الشركة دون غيرها نظير هذه الحصص المقدمة، أو أن تكون ذريعة للالتفاف على بعض الأفعال المجرمة كالرشوة وغيرها.

(١) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١١٥).

ومع ذلك وبصدور النظام الجديد للشركات لعام ١٤٤٣ هـ نجد أن المنظم عدل عن رأيه السابق بالتحريم، وأجاز حصص التأسيس، وإن كان لم يطلق عليها صراحة مسمى حصص التأسيس، إلا أن معناها يعود لذلك، فقد جاءت المادة بالنص التالي: «يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة إلى شخص مقابل قيامه بعمل أو خدمات تعود على الشركة بالنفع وتحقيق أهدافها.. إلخ»^(١)، كما أنه من الغريب جداً أن المنظم أجازها دون أن يحدد أحكامها كما فعل في النظام القديم لعام ١٣٨٥ هـ، فجاءت الإجازة عامة في النظام الجديد حتى دون ربطها بشركة معينة، حيث إن الفقرة التي أجازتها كانت ضمن الأحكام العامة لتقديم الحصص في جميع الشركات.

وبالتالي ووفقاً لعمومية النص فإنه بالإمكان منح هذه الحصص في شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة، وهنا يثور التساؤل الأكبر لو قدمت هذه الحصة في شركة التضامن هل يكون الشريك الذي منحت له هذه الحصة مقابل الخدمة التي قدمها ودون أن يكون قدم مقابلها حصة عينية أو نقدية مسؤولاً بالتضامن عن ديون الشركة والتزاماتها؟!!

(١) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١ هـ، المادة (١٣)، فقرة (٤).

اعتقد أن لفظ العموم في هذه المادة يواجه إشكالات كبيرة على مستوى التطبيق، مما يستوجب معه إعادة النظر في ذلك، لا سيما فيما يتعلق بشركات الأشخاص، حيث إنني لم أقف على أي نظام في أي دولة أخرى أجاز حصص التأسيس أو حصص الأرباح في شركة التضامن أو شركات الأشخاص بوجه عام، لما يترتب على ذلك من خطورة كبيرة على الشركة والشركاء وكذلك المتعاملين مع الشركة.

كما أن المادة كذلك جعلت هذه الحصص داخلة في تكوين رأس المال، وهي بذلك خالفت أهم ميزة لهذه الحصص، وهي عدم دخولها في رأس المال، ثم ما وجه دخولها في رأس المال وصاحبها لم يقدم أي مال -سواء نقدي أو عيني-؟ بل أشد من ذلك، فإن الحصة بالعمل لا تدخل في رأس المال، فكيف بحصص الخدمات يجوز دخولها في رأس مال الشركة؟

ونظراً لعمومية النص، وخلو النظام من بيان أي أحكام لهذه الحصص، سواء من بيان خصائصها أو حقوق حاملها أو التزاماتهم أو حتى مقدار ما يسمح به من نسبة لا يمكن تجاوزها في إصدار هذه الحصص، وما يتعلق كذلك بإلغائها واستردادها، مما أثار لدى الباحث ضرورة بحث ما يتعلق بحصص التأسيس في النظام الجديد، ومن ثم الوصول إلى ما قد يسهم في ضبط هذه الإجازة المطلقة، أو حتى العود إلى فكرة التحريم السابقة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا البحث متعلق فقط بحصص التأسيس في شركات المساهمة دون بقية الشركات، ورغم عمومية النص كما بينا سابقاً وشموله لجميع الشركات، إلا أن ما يتعلق بشركات الأشخاص أعتقد أنه يحتاج إلى بحث خاص يسلط الضوء على المخاطر المحتملة فيما يتعلق بإجازة هذه الحصص في شركات الأشخاص وشركة التضامن تحديداً.



المبحث الأول

خصائص حصص التأسيس

بالاطلاع على نص الفقرة (٤) من المادة (١٣) من نظام الشركات نجد أنها لم تذكر إلا خصيصة واحدة، وهذه الخصيصة تتعلق برأس المال، ولم تتطرق لغيرها من الخصائص كجواز الدخول في إدارة الشركة، أو ما يتعلق بالقيمة الاسمية لحصة التأسيس، وكذلك ما يتعلق بتداول هذه الحصة، ونظرًا لكون نظام الشركات الحالي لم يتطرق لخصائص حصص التأسيس كما كان سابقًا في نظام الشركات لعام ١٣٨٥ هـ، لذلك سيتم تناول خصائص حصص التأسيس من جانب الفقه القانوني، وكذلك مقارنتها بالنظام الحالي وبالأحكام العامة للوصول إلى خصائص هذه الحصص وفق النص النظامي الوارد في الفقرة (٤) من المادة (١٣) من النظام الحالي.

ويمكن إجمال خصائص حصص التأسيس فيما يلي:

١- أن حصص التأسيس تدخل في رأس مال الشركة:

وتم استخلاص هذه الخاصية من النص النظامي للفقرة (٤) من المادة (١٣) حيث جاءت بالنص التالي: «يجوز للمؤسسين أو الشركاء

أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة.. إلخ»^(١)، وبالتالي فإن المنظم جعل هذه الحصص داخلة في رأس المال.

ومما تجدر الإشارة إليه أن جميع الأنظمة وجميع الفقهاء ينصون على أن حصص التأسيس لا تدخل في رأس المال، والسبب في ذلك أن صاحب حصة التأسيس لم يقدم أي حصة نقدية أو عينية في رأس المال، بل قدم خدمات للشركة، أو حقوقاً معنوية، وبذلك تختلف حصص التأسيس لديهم عن الأسهم؛ لكون المساهم قدم حصة نقدية أو عينية تدخل بالفعل في تكوين رأس المال، وبناء عليه يترتب على هذا الاختلاف عدم الاعتراف لصاحب حصة التأسيس بصفة المساهمة في الشركة^(٢).

٢- انتفاء القيمة الاسمية لحصة التأسيس:

لم يتطرق المنظم السعودي للقيمة الاسمية لحصص التأسيس، وبالرجوع للأحكام العامة لهذه الحصص نجد أنها تصدر بدون قيمة

(١) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ، المادة (١٣)، فقرة (٤).

(٢) انظر: القانون التجاري، د. محمود سمير الشراوي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٩م. ص ٣٣٥، والشركات التجارية في القانون المصري، د. عاطف محمد الفقهي، ص ٣٥٧، وموسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/ ٢٣١- ٢٣٢)، وحصص التأسيس والسندات التي تصدرها شركات المساهمة، هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، العدد (١٦)، ٢٠١٢م، ص ٤٧٧، والأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ، ص ٧٠.

اسمية تكتب في الصك، وذلك على العكس من السهم الذي يحمل بياناً بقيمته الاسمية، حيث لا يجوز إصداره كقاعدة عامة بأقل أو أعلى من قيمته الاسمية، وغاية ما في صك حصة التأسيس أنه يحدد نصيب الحصة من الأرباح، كأن ينص فيه على أن يعطى الحق في جزء معين من الأرباح المخصصة لأصحاب حصص التأسيس^(١).

وقد يشكل على البعض أن المنظم السعودي سابقاً في النظام القديم لعام ١٣٨٥ هـ نص على: «وتكون هذه الحصص اسمية أو لحاملها... إلخ»^(٢)، أن هذا النص يتعلق باسم مالكةها، فيجوز أن تكون اسمية -أي يذكر فيها اسم مالك الحصة- ويجوز أن تكون لحاملها، وليس من جهة القيمة، حيث إنها تصدر بدون قيمة اسمية مسجلة عليها، لأن ملاكها لا يدفعون مقابلها قيمة نقدية في مقابل هذه الحصص.

وكان الأولى على المنظم السعودي في نظام الشركات الحالي أن يبين خصائص هذه الحصص، ومنها أنها تصدر بدون قيمة اسمية.

(١) انظر: الشركات التجارية د. سميحة القليوبي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة ١٩٩٦م، ص ٢٧٢، والأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، ص ٧٠، وموسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٢٣٢/٩)، والشركات التجارية في القانون المصري، د. عاطف محمد الفقي، ص ١٥٧،

(٢) نظام الشركات لعام ١٣٨٥ هـ المادة (١١٢).

٣- حصص التأسيس قابلة للتداول:

أن حصص التأسيس قابلة للتداول إذا كانت اسمية بطرق القيد في سجلات الشركة، وإن كانت لحاملها فيتم نقلها بالتسليم للحامل الآخر، وسيتم تخصيص مبحث مستقل عن تداول حصص التأسيس في المبحث القادم.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يمكن إنشاء حصص التأسيس إلا في شركات المساهمة، وبالتالي لا يجوز إنشاؤها في شركات الأشخاص، أو في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لأن الحصص في هذه الشركات غير قابلة للتداول^(١).

ولكن هذا لا يعني أنه يمنع على الشركات غير المساهمة أن تعطي إلى بعض الأشخاص سندات تمكن أصحابها من الحصول على أنصبة في الأرباح مقابل الجهود أو الخدمات التي يبذلونها لمصلحة الشركة، غير أن هذه السندات لا تشكل حصص تأسيس، ولا تخضع إلى النظام الذي تخضع له هذه الحصص^(٢).

٤- عدم الأحقية بالدخول في إدارة الشركة:

أن حصص التأسيس لا تخول أصحابها التدخل في إدارة الشركة، بخلاف السهم الذي يخول المساهم حق إدارة الشركة بصفته رئيس

(١) انظر: موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/ ٢٤٦).

(٢) المرجع السابق.

مجلس إدارة أو عضو في مجلس الإدارة، كما يخوله حق التصويت في الجمعيات العمومية^(١). ولم يتطرق المنظم السعودي فيما يتعلق بإدارة الشركة من قبل ملاك حصص التأسيس، وقد بيّن ذلك سابقاً في نظام الشركات القديم لعام ١٣٨٥ هـ وجاء بالنص التالي: «لا تدخل حصص التأسيس في تكوين رأس المال ولا يشترك أصحابها في إدارة الشركة... إلخ»^(٢). وكان الأولى على المنظم السعودي في نظام الشركات الحالي أن يبين خصائص هذه الحصص ومنها عدم أحقية مالكيها بالدخول في إدارة الشركة، كما فعل سابقاً في نظام الشركات القديم.

وقد يُفهم من نص نظام الشركات الحالي السماح لأصحاب هذه الحصص من الدخول في إدارة الشركة، لأنه سمح لأصحاب هذه الحصص من الدخول في رأس المال، وبالتالي منحهم ميزة الشريك (المساهم) في الشركة، ولكن هذا الفهم قد يختلف من شخص لآخر لذلك كان الأولى النص عليه صراحة بنصوص قاطعة تحدد كل ما يتعلق بهذه الحصص.

٥ - حصص التأسيس غير قابلة للتجزئة:

تشابه حصص التأسيس مع الأسهم في أن كليهما غير قابل للتجزئة، ومعنى عدم قبولها للتجزئة أنها تكون مملوكة لشخص واحد،

(١) موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/ ٢٣٣).

(٢) نظام الشركات لعام ١٣٨٥ هـ المادة (١١٣).

فإذا انتقلت ملكيتها إلى عدة أشخاص بالهبة أو الإرث أو البيع، فعلى المالكين أن ينيبوا أحدهم في تولى حقوق هذه الحصّة في مواجهة الشركة^(١).

ولم يتطرق كذلك المنظم السعودي فيما يتعلق بعدم قابلية حصّة التأسيس للتجزئة، وإن كان بين ذلك سابقاً في نظام الشركات القديم لعام ١٣٨٥هـ وجاء بالنص التالي: «.. ولا تكون قابلة للتجزئة بالمعنى المنصوص عليه في المادة (٩٨)»^(٢). وبالرجوع لنص المادة (٩٨) المشار إليها في النظام القديم نجد أنها جاءت بالنص التالي: «تكون أسهم شركة المساهمة غير قابلة للتجزئة في مواجهة الشركة، فإذا تملك السهم أشخاص متعددون وجب عليهم أن يختاروا أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المختصة بالسهم ويكون هؤلاء الأشخاص مسئولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم... إلخ»^(٣).

وكان الأولى على المنظم السعودي في نظام الشركات الحالي أن يبين خصائص هذه الحصص، ومنها عدم قابليتها للتجزئة، كما فعل سابقاً في نظام الشركات القديم.

(١) انظر: الشركات التجارية في ضوء التشريعات العربية، دار الفكر العربي، المنصورة، مصر، ٢٠١٢م، ص ١٧٤، وشركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٧٦.

(٢) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١١٢).

(٣) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (٩٨).

٦- إمكانية إلغائها من قبل الجمعية العمومية.

لم يتطرق المنظم السعودي لمسألة إمكانية إلغاء حصص التأسيس عن طريق تعويض أصحابها عنها، وبالرجوع للقواعد العامة لهذه الحصص، نجد أنه يحق للجمعية العمومية إلغاؤها وفق شروط تختلف بحسب كل نظام، فهناك من يشترط أن يكون إلغاؤها بعد مضي ثلث مدة الشركة أو عشر سنوات على الأكثر من تاريخ إنشاء تلك الحصص، ومنهم من يميز إلغائها وتحويلها لأسهم، ويعدون ذلك بمثابة زيادة في رأس مال الشركة بقيمة التعويض، أو تحويلها إلى سندات، وبالتالي فكأن الشركة حولت أصحاب الحصص إلى مقرضين للشركة بقيمة هذه الحصص^(١).

إلا أننا لم يمكننا الجزم بجواز ذلك في النظام السعودي الحالي، وبالتالي كان الأولى على المنظم السعودي بيان هذه الحالة حتى لا نكون أمام فراغ تنظيمي في حال تم إلغاء هذه الحصص من قبل الجمعية العمومية.

(١) انظر: القانون التجاري، د. محمود سمير الشقاوي، ص ٣٣٧، والشركات التجارية في القانون المصري، د. عاطف محمد الفقي، ص ٣٥٧، وحصص التأسيس والسندات التي تصدرها شركات المساهمة، هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، ص ٤٧٨،

المبحث الثاني إنشاء وتداول حصص التأسيس

سيتناول هذا المبحث بيان ما يتعلق بإنشاء حصص التأسيس، وهل إنشاء هذه الحصص مطلق أو مقيد بنصوص نظامية تحد من عملية الإنشاء خشية الإسراف في استخدام حصص التأسيس بمضارة المساهمين الأصليين؟ ثم بعد ذلك بيان آلية تداول حصص التأسيس، وهل يكون تداول هذه الحصص مطابق لتداول الأسهم أو أن لها طرق خاصة بالتداول؟ وبيان ذلك فسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: إنشاء حصص التأسيس.

عادة ما يتم إنشاء حصص التأسيس في نظام الشركة الأساسي كمقابل للخدمات أو الأعمال التي يقدمها المؤسسون لهذه الشركة، وإذا لم ينص في نظام الشركة الأساس على هذه الحصص فيمكن إنشاء هذه الحصص عن طريق تعديل النظام الأساسي، ولذلك يمكن إنشاء حصص التأسيس بعد اكتمال تأسيس الشركة، وفي أثناء أعمالها، كما لو قررت الشركة زيادة رأس مالها، وتبعاً لذلك تعديل نظامها الأساسي، إذ يمكن أن يتضمن التعديل إنشاء حصص تأسيس تعطى إلى

الأشخاص الذين يقدمون خدمات مفيدة تساعد في إنجاح عملية الاكتتاب بأسهم الزيادة^(١).

ويختلف إنشاء حصص التأسيس عن إنشاء الأسهم، فحصول التأسيس لا يجوز إنشاؤها إلا في حالات محددة نص عليها النظام وفقاً للمادة (١٣) فقرة (٤) حيث جاءت بالنص التالي: «يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة إلى شخص مقابل قيامه بعمل أو خدمات تعود على الشركة بالنتيجة وتحقيق أهدافها.. إلخ»^(٢).

وبناء على النص فإن إنشاء هذه الحصص يكون في حالتين هما:

الحالة الأولى: تقديم حصص التأسيس لشخص مقابل قيامه بعمل يعود على الشركة بالنتيجة العام.

الحالة الثانية: تقديم حصص التأسيس لشخص مقابل قيامه بخدمات تعود على الشركة بالنتيجة العام.

وبالنظر في المادة وأنها قيدت إنشاء حصص التأسيس في هاتين الحالتين فقط، إلا أنه وللأسف جاءت ألفاظ هذه الحالتين بالعموم (عمل - خدمات)، وكان الأولى تحديد نوع العمل وتحديد نوع الخدمة، وعدم جعلها عامة لتشمل أي عمل ممكن أن يقدم للشركة، وكذلك

(١) انظر: موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/٢٤٣).

(٢) نظام الشركات السعودي، المادة (١٣)، فقرة (٤).

أي خدمة تقدم للشركة، وقد أحسن المنظم السعودي في نظام الشركات ١٣٨٥هـ حيث حدد الحالات التي يجوز فيها إنشاء حصص التأسيس تحديداً دقيقاً، فجاءت المادة بالنص التالي: «للشركة المساهمة بناء على نص في نظامها أن تصدر حصص تأسيس لمن قدم إليها عند التأسيس أو بعد ذلك براءة اختراع أو التزاماً حصل عليه من شخص اعتباري عام، وتكون هذه الحصص اسمية أو لحاملها... إلخ»^(١)، وبالتالي ووفقاً لهذا النص فلا يمكن منح هذه الحصص إلا في حالتين على وجد التحديد هما:

١- من قدم للشركة براءة اختراع.

٢- من قدم للشركة التزاماً حصل عليه من شخص اعتباري عام.

وبمقارنة النصين السابقين نجد أن نص النظام لعام ١٣٨٥هـ كان أدق في تحديد نوع الحالات التي يمكن من خلالها تقديم حصص التأسيس لأصحابها، بينما النظام الحالي جاء النص في الحالتين عاماً مما يتعارض مع فكرة الحد من منح هذه الحصص.

فإن الفكرة العامة في تقييد هذه الحصص هو ما تمثله من خطورة في إمكانية استخدامها كرشوة مقنعة، أو استغلال المؤسسين لهذه الحصص وإسرافهم في إصدارها^(٢).

(١) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١١٢).

(٢) الشركات التجارية في القانون المصري، د. عاطف محمد الفقي، ص ٣٥٨.

لذلك كان الأولى على المنظم السعودي في نظام الشركات الحالي تحديد العمل والخدمة المنصوص عليهما في الفقرة (٤) من المادة (١٣)، وعدم ترك التحديد للشركاء في الشركة حتى لا ندع مجالاً للشركاء في التوسع في منح هذه الحصص بناء على عمومية النصوص النظامية؛ لاسيما أن المنظم لم يضع حدًا أعلى لمنح هذه الحصص كما كان سابقًا يحدد ذلك في نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ حيث جاء التحديد بالنص التالي: «... ويجوز أن تمنح هذه الحصص نسبة من الأرباح الصافية لا تزيد على (١٠٪) بعد توزيع نصيب على المساهمين لا يقل عن (٥٪) من رأس المال المدفوع...»^(١).

إذا كان المنظم لم يضع حدًا أعلى لا يجوز للشركة تجاوزه، فإن الشركة قد تتوسع في منح هذه الحصص بأعلى من ١٠٪ أو أكثر من ذلك، مستغلة عمومية النص وإطلاقه في لفظ (عمل) ولفظ (خدمات) وبالتالي منح هذه الحصص لأي عمل أو خدمة تعود على الشركة بالنفع ومضارة المساهمين الأصليين في أرباح الشركة.

كما أن المنظم لم يبين آلية إصدار هذه الحصص؛ هل تصدرها الجمعية العمومية، أو مجلس الإدارة، أو الجمعيات الأخرى في الشركة، حيث جاء النص بالتالي: «يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين

(١) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١١٤).

تقديم حصص أو أسهم.. إلخ»^(١). فالمنظم ذكر من يحق له إصدار هذه الحصص دون أن يبين آلية الإصدار، وعن طريق أي مجلس من مجالس شركة المساهمة، وقد كان المنظم سابقاً أشار إلى ذلك في المادة (١١٤) من نظام الشركات لعام ١٣٨٥ هـ حيث جاءت بالنص التالي: «يحدد نظام الشركة أو قرار الجمعية العامة المنشئ لخصص التأسيس الحقوق المقررة له... إلخ»، حيث جعل إصدار حصص التأسيس محصوراً بأمرين أما إصدارها في نظام الشركة الأساس أو بصدر قرار من الجمعية العامة، أما النظام الحالي لم يتطرق لذلك؛ لذا أجد من المناسب تحديد آلية إصدار هذه الحصص، وأجد من المناسب أن يكون الإصدار من قبل المؤسسين عند كتابة نظام الشركة أو الجمعية العمومية بعد تشكيلها.

المطلب الثاني: تداول حصص التأسيس:

إذا كان إنشاء حصص التأسيس يختلف عن إنشاء الأسهم، فإن حصص التأسيس تتفق مع الأسهم في أن كليهما قابل للتداول بالطرق التجارية^(٢).

وإن كان النص النظامي المجيز لخصص التأسيس - في نظام الشركات السعودي الحالي - جاء عاماً دون تحديد طرق تداول هذه الحصص،

(١) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢ هـ، المادة (١٣)، فقرة (٤).

(٢) الشركات التجارية في القانون المصري، د. عاطف محمد الفقي، ص ٣٥٧.

فإنه يمكن الاستئناس بما ورد في نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ، حيث نصت المادة (١١٢) على أن تداول حصص التأسيس يكون وفقاً لأحكام المواد (١٠٠ و ١٠١ و ١٠٢)، وبالرجوع لتلك المواد نجد أنها جاءت بالنص التالي: «لا يجوز تداول الأسهم النقدية التي يكتب بها المؤسسون أو الأسهم العينية أو حصص التأسيس قبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين ماليتين كاملتين لا تقل كل منهما عن اثني عشر شهراً من تاريخ تأسيس الشركة، ويؤثر على هذه الصكوك بما يدل على نوعها وتاريخ تأسيس الشركة والمدة التي يمتنع فيها تداولها، ومع ذلك يجوز خلال فترة الحظر نقل ملكية الأسهم النقدية وفقاً لأحكام بيع الحقوق من أحد المؤسسين إلى مؤسس آخر أو إلى أحد أعضاء مجلس الإدارة لتقديمها كضمان للإدارة أو من ورثة أحد المؤسسين في حالة وفاته إلى الغير. وتسري أحكام هذه المادة على ما يكتب به المؤسسون في حالة زيادة رأس المال قبل انقضاء فترة الحظر»^(١)، «يجوز أن ينص في نظام الشركة على قيود تتعلق بتداول الأسهم بشرط ألا يكون من شأنها تحريم هذا التداول»^(٢)، «تداول الأسهم الاسمية بالقيود في سجل المساهمين الذي تعده الشركة والذي يتضمن أسماء المساهمين وجنسياتهم ومحال إقامتهم ومهنتهم وأرقام الأسهم والقدر المدفوع منها ويؤثر بهذا القيد على السهم. ولا يعتمد

(١) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١٠٠).

(٢) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١٠١).

بنقل ملكية السهم الاسمي في مواجهة الشركة أو الغير إلا من تاريخ القيد في السجل المذكور، وتتداول الأسهم التي لحاملها بمجرد المناولة»^(١).

وبالتالي ووفقاً لهذا النصوص فإن تداول حصص التأسيس يشابه الأسهم في آلية التداول، وأنه يتم تداولها بالطرق التجارية، إلا أنه أورد على حرية تداول حصص التأسيس قيدين هما:

١. عدم تداول هذه الحصص إلا بعد نشر القوائم المالية لستين مائتين لا تقل كل منهما عن اثني عشر شهراً من تاريخ التأسيس.

٢. أن يؤشر على هذه الصكوك بما يدل على نوعها وتاريخ تأسيس الشركة والمدة التي يمنع فيها تداولها.

ويقول الدكتور محمد الجبر: إن الحكمة من هذه القيود هو قطع سبيل الغش على المؤسسين الذين يقومون على مشروع فاشل أو يرتكبون أثناء التأسيس بعض الأفعال الضارة بالشركة، ثم يسارعون بمجرد إنشاء الشركة إلى التخلص من أسهمهم مقابل قبض قيمتها، لذلك رأى المشرع من الواجب أن يربط أقدار المؤسسين بأقدار الشركة، ويحقق بذلك نوعاً من ضمان جدية المؤسسين وصدق نواياهم^(٢).

(١) نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ المادة (١٠٢).

(٢) القانون التجاري السعودي د. محمد بن حسن الجبر، ص ٣٥٤.

وتتخذ حصص التأسيس الشكل الاسمي، وقد تكون لحاملها، ويكون تداولها بالطرق التجارية تبعاً للشكل الذي تتخذه^(١).
وإذا كنا قد استأنسنا بما ورد في نظام الشركات لعام ١٣٨٥ هـ فيما يتعلق بتداول حصص التأسيس، فإننا نرى أنه من الضروري أن يقوم المنظم السعودي في النظام الحالي ببيان آلية تداول هذه الحصص التي أجازها في المادة (١٣)، وألا يترك الأمر لاجتهاد الفقهاء في البحث عن القواعد العامة أو الاستئناس بالأنظمة الملغاة التي تناولت ذات الموضوع.

(١) القانون التجاري، د. محمود سمير الشرفاوي، ص ٣٣٦.

المبحث الثالث

الحقوق والالتزامات المترتبة على حصص التأسيس

أن حقوق حاملي حصص التأسيس تحددها جهة الإصدار لهذه الحصص سواء كانت الجمعية العامة العادية، أو نظام الشركة الأساس، فلا بد أن توضح أداة الإصدار حقوق والتزامات أصحاب هذه الحصص، وذلك كله يجب أن يكون وفق النصوص النظامية أو الأحكام العامة التي تحكم هذه الحصص، وألا يتم تجاوز ذلك بمنح أصحاب هذه الحصص حقوقاً أكثر مما قرر لهم المنظم، أو إلزامهم بالتزامات إضافية غير مأنص عليه نظاماً من تقديم عمل أو خدمة تعود على الشركة بالنفع العام.

وذلك فسيتم بحث الحقوق والالتزامات المترتبة على حصص التأسيس بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: حقوق حصص التأسيس:

بمتبع نص الفقرة (٤) من المادة (١٣) من نظام الشركات، وكذلك بالنظر للأحكام العامة للشركات، تكون حقوق حصص التأسيس بالتالي:

١- الحق في الحصول على نصيب من الأرباح:

أن الهدف الرئيس لإنشاء حصص التأسيس هو رغبة الشركة في إعطاء مقدم العمل أو الخدمة التي عادت على الشركة بالنفع العام

جزء من أرباح الشركة مقابل ما قدمه للشركة أثناء فترة التأسيس أو بعد قيام الشركة من نفع ساهم في تأسيس الشركة أو نجاحها.

وإذا كان لا خلاف في أن حامل صك التأسيس له الحق في الحصول على نصيب من الرباح، فقد يحصل الخلاف في كيفية تحديد هذا النصيب، فهل يكون هذا النصيب نصيباً ثابتاً؟ أو نصيب نسبي يختلف باختلاف الأرباح الصافية المحققة؟ أو معادلة نصيبه بنصيب المساهم؟ وبالتالي كيف يتم تعيين هذا النصيب.

عادة ما يجري تحديد الأرباح التي توزع على أصحاب الحصص في نظام الشركة، بدون أن ينص القانون على أية نسبة مئوية توزع على أصحاب هذه الحصص، غير أنه إذا كان نظام الشركة هو الذي يحدد طريقة توزيع الأرباح على أصحاب الحصص، فلا يجوز لنظام الشركة أن يخترق القواعد الإلزامية، ولا سيما المتعلقة منها بوجوب تحقيق الأرباح القابلة للتوزيع، وبوجوب اقتطاع الاحتياطي النظامي قبل التوزيع، وفي كل الأحوال فإن نظام الشركة هو الذي يحدد النسبة التي توزع على أصحاب الحصص كأن تكون ١٠٪ أو أكثر أو أقل^(١).

وإذا تقرر أن تحديد الأرباح التي توزع على الشركة يكون بناء على ما تحدده الشركة في نظامها الأساس أو بناء على قرار الجمعية العمومية، وأنه لا يجوز لنظام الشركة أن يخترق القواعد الإلزامية وفقاً لنظام

(١) موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/ ٢٤٦-٢٣٧).

الشركات، فيثور التساؤل وفقاً للنظام السعودي الذي لم يحدد نسبة معينة من الأرباح كحد أعلى مما يمكن توزيعه على أصحاب هذه الحصص، -وهذه من أهم القواعد الإلزامية التي تجب مراعاتها من قبل الشركة- ففي هذه الحالة هل تلزم الشركة بنسبة معينة عند التوزيع؟

مما لا شك فيه وبالرغم من خلو نظام الشركات السعودي من تحديد النسبة، إلا أنه يجب للشركة ألا تخل بالمبادئ العامة لهذه الحصص، وألا تضار بهذه الحصص أصحاب الأسهم، أو أن تضار بهم مصالح الشركة، فيجب أن تكون النسبة في حدود النسبة المنطقية، بعد اقتطاع الاحتياطي النظامي للشركة، وبعد توزيع الأرباح على المساهمين.

وإذا كان هذا من المنطقي جداً فإننا نرى ضرورة النص عليه في النظام الحالي بما يسهم في حفظ حقوق أصحاب هذه الحصص، وحقوق الشركة والشركاء فيها كذلك، وبما يزيل اللبس أو الإشكال الذي قد يثور عند توزيع الأرباح لأصحاب هذه الحصص.

٢- الحق في الحصول على موجودات الشركة عند التصفية:

بالاطلاع على النص النظامي المتعلق بجواز منح حصص التأسيس وفقاً للنظام السعودي، نجد أن المنظم السعودي عد أصحاب هذه الحصص شركاء في رأس مال الشركة^(١)، وبالتالي فإنهم في ذلك

(١) انظر: نظام الشركات، المادة (١٣)، الفقرة (٤).

كالمساهمين في الحصول على الفائض من موجودات الشركة عند التصفية، إلا أن هذا الحق لا يكون إلا بعد سداد ما على الشركة من ديون.

وإذا كان سداد الديون أمر بديهي قبل حصول المساهمين أو أصحاب الحصص على فائض موجودات الشركة، ففي المقابل يثور التساؤل هل يكون توزيع موجودات فائض الشركة على أصحاب حصص التأسيس بشكل متوازي مع المساهمين، أو يكون بعد استلام أصحاب الأسهم لكامل أسهم؟

أجد أنه من المنطقي جداً أن يتم توزيع فائض موجودات الشركة على المساهمين قبل توزيعها على أصحاب الحصص، وألا يدخلوا سوية في محاسبة في موجودات الشركة.

وأساس هذا الرأي -لدى الباحث- ينطلق مما رواه أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مرفوعاً: ((من أدرك ماله بعينه عند رجل -أو إنسان- قد أفلس؛ فهو أحق به من غيره))^(١). وبناء عليه فإن المتبقي في الشركة هو عين مال المساهم الذي قدم حصته النقدية أو العينية في رأس مال

(١) متفق عليه. انظر: صحيح البخاري -الجامع الصحيح-؛ للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، عناية محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، (٣/١٥٣) رقم الحديث (٢٤١٢)، وصحيح مسلم؛ للإمام مسلم بن الحجاج، حققه ورقمه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار عالم الكتب-الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ، (٣/١٤٩) رقم الحديث (١٥٥٩).

الشركة، أما صاحب حصة التأسيس وإن كان المنظم أدخله في رأس المال إلا أنه لم يقدم مالا يمكن من خلاله أن ندخله في مضمون هذا الحديث.

وبالتالي فإن حق صاحب حصة التأسيس في موجودات الشركة يكون بعد سداد ديونها وإعادة قيمة الأسهم للمساهمين، فإن تبقى فائض فيكون أصحاب الحصص مع المساهمين سواسية في محاصة موجودات الشركة، بالقدر الذي لا يزيد عن النسبة المحددة لهم في صك الحصة، فإن زادت الموجود عن النسبة المقررة في حصة الأرباح فإن الباقي يستأثر به المساهمين دون أصحاب حصص التأسيس، حيث إن وصولهم للنسبة العليا المقررة في الحصة يجعلهم غير مستحقين لغيرها من موجودات الشركة.

وهذا الرأي هو اجتهاد لا يمكن الإلزام به، لذلك كان من الأولى على المنظم النص على هذه الحالة، وعدم ترك الموضوع لاجتهاد شراح النظام، أو فقهاء القانون، أو الباحثين في نظام الشركات.

٣- الحق في المشاركة في حياة الشركة:

أن الأصل العام أن أصحاب حصص التأسيس ليسوا شركاء في الشركة، وبالتالي فإن ليس لهم المشاركة في الجمعيات العمومية للشركة، وليس لهم الحق في التدخل في إدارة الشركة أو التصويت من خلال تلك الجمعيات.

إلا أنه وحماية لمصالحهم الخاصة وخوفاً من تسلط الشركاء من التوسع في الاحتياطي الاختياري لحرمان أصحاب حصص التأسيس من الحصول على نسبة الأرباح المقررة لهم، فقد سُمح لهم بالتدخل في الحياة العامة للشركة لحماية لمصالحهم، ويكون ذلك من خلال جمعية تضم أصحاب حصص التأسيس وترشح من بينهم ممثلين لحضور الجمعيات العمومية للشركة للمطالبة بحقوقهم، بل إن بعض القوانين^(١) نصت على موافقة جمعية أصحاب الحصص على بعض القرارات التي تتخذها الجمعية العمومية للمساهمين، ومن تلك القرارات تعديل نظام الشركة كتعديل موضوع الشركة، وتعديل شكلها، لأن قرارات الجمعية العمومية تسري على أصحاب الحصص سواء بالإضرار أو بالمنفعة، كتمديد أجل الشركة، فعندئذ يقتسم أصحاب حصص التأسيس مع المساهمين أرباح الشركة إلى حين انقضاءها^(٢).

وإذا كان هذا الأمر متصوراً في نظام الشركات السعودي لعام ١٣٨٥م، فإنه غير متصور بعد صدور نظام الشركات الحالي لعام ١٤٤٣هـ؛ حيث إن النظام الحالي أدخل هذه الحصص في رأس المال، «يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في

(١) انظر: المادة (٩) من قانون ٢٣ شباط ١٩٢٩م الفرنسي، نقلاً عن موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/٢٩٨).

(٢) انظر: القانون التجاري، د. محمود سمير الشقاوي، ص ٣٣٦، وموسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/٢٥٧-٢٦٢)

رأس مال الشركة.. إلخ»^(١)، وبالتالي فإن أصحاب هذه الحصص شركاء في الشركة، ويحق لهم المشاركة في حياة الشركة، مثلهم في ذلك مثل المساهمين في المشاركة في الجمعيات العمومية، ولهم جميع الحقوق المقررة للشركاء الآخرين لكون كلا الفئتين شركاء في رأس المال.

ونحن بدورنا نرى أنه من غير المنطقي أن يتساوى أصحاب هذه الحصص مع المساهمين الآخرين، لكون المساهمين يراعون عند اتخاذ قرارات الشركة المحافظة على رأس المال المدفوع، بجانب الرغبة في الحصول على الأرباح، بينما الشركاء ملاك حصص التأسيس فإنهم يراعون عند اتخاذ القرارات كيفية الحصول على الأرباح ليتمكنوا من الحصول على الحصة المقررة لهم منها، كما أن مصالح الشركاء المساهمين قد تتعارض مع مصالح أصحاب التأسيس فيما يتعلق بالقرارات التي تتعلق بحل الشركة، إذ إن الشركاء المساهمون يلجؤون إلى هذا القرار للمحافظة على ما تبقى من رأس المال، إلا أن هذا القرار يتعارض مع مصالح أصحاب حصص التأسيس الذي يرغبون في استمرار الشركة لأطول وقت ممكن محافظة على استمرار حصولهم على الأرباح مقابل حصصهم التأسيسية.

لذلك أجد أنه من المناسب على المنظم السعودي النص على آلية مشاركة أصحاب هذه الحصص في حياة الشركة، وأن يكون ذلك من

(١) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ، المادة (١٣)، فقرة (٤).

خلال جمعية تضم ملاك أصحاب هذه الحصص، وأن لهم حضور الجمعيات العمومية والمحافظة على الحقوق الجماعية لأصحاب هذه الحصص، وأنه يحق لهم الاعتراض على قرارات الجمعية العمومية في حال اعتقد ملاك هذه الحصص أن تلك القرارات تؤدي إلى الإضرار بمصالحهم، دون أن يكون لهؤلاء الممثلين لتلك الجمعية حق في التصويت على قرارات الجمعية العمومية، إذ إننا نمنحهم حق الاعتراض دون حق التصويت.

٤- حق إقامة الدعوى الشخصية:

يحق لحملة حصص التأسيس مطالبة الشركة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبهم نتيجة عدم توزيع الأرباح المقررة لهم، أو إقامة الدعوى على الشركة فيما تزعم به من شراء حصصهم بثمان جزائي، أو رفع دعوى جراء الأخطاء التي يرتكبها أعضاء مجلس الإدارة مما يلحق الضرر بحقوق حاملك حصص التأسيس، أو غيرها من الدعاوى التي يرى أصحاب هذه الحصص قيام الشركة أو مجلس إدارتها بإلحاق الضرر بهم أو حرمانهم من حقهم المقرر لهم وفق أداة إصدار هذه الحصص^(١).

(١) انظر: موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/٢٦٢)، وحصص التأسيس والسندات التي تصدرها شركات المساهمة، هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، ص ٤٧٧.

ولم يتطرق المنظم السعودي لهذا الحق لأنه -فيما اعتقد- من الحقوق البديهية التي يقررها النظام العام، فكل من تضرر يحق له رفع دعوى رفع الضرر عنه، لذلك لا أجد مناسبة للنص في النظام على هذا الحق استقلاً.

٥- حق الاطلاع على بيانات الشركة:

يحق لأصحاب حصص التأسيس أن يطلعوا على حسابات وميزانية الشركة المصادق عليها من الجمعية العمومية، وأن يتقدموا بالطلب عند وجود خطأ أو غش في حقهم في الحسابات الواردة إجراء التصحيح اللازم، ويكون لهم الحق في الاطلاع كلما ثبت لهم مصلحة جديدة، كما في حالة تكوين احتياطي مستتر من أجل الإضرار بحقوقهم^(١).

المطلب الثاني: التزامات حصص التأسيس:

بالاطلاع على النص النظامي المميز لإصدار حصص التأسيس نجد أن أصحاب هذه الحصص غير مطالبين بدفع حصة نقدية أو عينية في رأس مال الشركة، وأن الالتزام الوحيد المطالب به حملة هذه الحصص هو القيام بعمل أو خدمات تعود على الشركة بالنتيجة وتحقيق أهدافها^(٢)، أما إذا لم يقدم أصحاب هذه الحصص العمل أو الخدمة

(١) انظر: موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/ ٢٦٤)، وحصص التأسيس والسندات التي تصدرها شركات المساهمة، هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، ص ٤٧٨.

(٢) انظر: نظام الشركات، المادة (١٣)، الفقرة (٤).

المطلوبة إلى الشركة أو أن ما تم تقديمه لم يعد على الشركة بالنفع وتحقيق أهدافها، فهنا تكون حصص التأسيس بدون مقابل، وبالتالي تصبح كأن لم تكن.

ولم يحدد النظام ما إذا كان منح هذه الحصص يكون بعد تقديم العمل أو الخدمة فتكون هذه الحصص حقيقية مقابل ما تم تقديمه من عمل أو خدمة، أو أن هذه الحصص تم الحصول عليها بمجرد الوعد بتقديم العمل أو الخدمة من قبل مقدمها.

ونظراً لغياب النص النظامي أجد من المناسب ألا يتم إعطاء هذه الحصص إلا بعد تقديم العمل أو الخدمة التي عادت على الشركة بالنفع وتحقيق أهدافها، وبعد تقويمها التقويم العادل الذي يوازن بين قيمة الحصة وقيمة العمل المقدم أو الخدمة المقدمة، وألا يترك ذلك لتقدير المؤسسين للشركة، لأن المؤسسين هم غالباً أصحاب حصص التأسيس، مما يخشى معه مبالغتهم في تقدير قيمة الحصة مقابل ما تم تقديمه من عمل أو خدمة.

المبحث الرابع التكييف النظامي لحصص التأسيس

اختلفت آراء فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية -النظامية- لحصص التأسيس، ويرجع هذا الاختلاف إلى تحديد طبيعة مركز أصحاب هذه الحصص في الشركة، وبسبب هذا الاختلاف نجد أن التكييف النظامي لهذه الحصص ينحصر في أربع اعتبارات على النحو التالي:

الاعتبار الأول: صاحب حصة التأسيس شريك في الشركة^(١):

يذهب أصحاب هذا القول إلى أن صاحب حصة التأسيس شريك في الشركة، وهو بذلك كبقية الشركاء في اكتسابه لصفة الشريك، واستند أصحاب هذا القول إلى المبررات التالية:

(١) انظر ما يتعلق بالاعتبارات الأربع في التكييف النظامي لحصص التأسيس في المراجع التالية: موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، (٩/٢٣٥ - ٢٣٩)، والوسيط في القانون التجاري المصري، الناشر مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩م، ص ٥٣٨ وما بعدها، والشركات التجارية، علي حسين يونس، الناشر دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٧٣م، ص ٣٦٤ وما بعدها، والشركات التجارية د. سميحة القليوبي، ص ٢٧٤، وحصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني -دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي- د. إبراهيم علي المنصوري وعبد العزيز محمد مهدة، ص ١٠، وحصص التأسيس والسندات التي تصدرها شركات المساهمة، هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، ص ٤٨٢، والقانون التجاري، د. محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٣٥، والأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، ص ١٧٢، وشركة =

١. أن صاحب حصة التأسيس يعد شريكاً في الشركة، لأنه يشترك مثل سائر المساهمين في اقتسام الأرباح.

٢. أننا نعدّه شريكاً نتيجة ما يقدمه للشركة من أعمال أو خدمات تعود على الشركة بالنفع.

٣. أن صاحب حصة التأسيس يقدم حصة ذات قيمة مالية، ويمكن أن تكون حصة عينية يستطيع من خلالها على أسهم في الشركة. وتم توجيه النقد على هذا الرأي بما يلي:

١. النقد الأول: أن صاحب حصة التأسيس لا يعد شريكاً في الشركة؛ لأنه لا يتحمل شيئاً من الخسائر التي تقع على الشركة. الرد على هذا النقد من وجهين على النحو التالي:

أ- إن قولكم إن صاحب حصة التأسيس لا يتحمل شيئاً من خسائر الشركة غير صحيح، فهو يخسر حصته المقدمة دون أن يحصل في مقابلها على أي ربح، إذ إن توقف الشركة عن أداء عملها أو انتهائها يرتب عليه فقدان صاحب الحصة للربح الذي كان يحصل عليه في مقابل ما قدمه من عمل أو خدمة للشركة.

= المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٠-٣٨١. وموسوعة الشركات، محمد كامل أمين ملش، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، ١٩٥٧م، ص ٢٦٨.

ب- أنه على التسليم بقولكم إن صاحب حصة التأسيس لا يخسر فلا يعد شريكاً، فإن الشريك بالعمل يشابه حاله حال مقدم حصة التأسيس في أن كليهما يحصل على الربح دون أن يلحقه شيء من الخسائر في ماله، ومع ذلك فالشريك بالعمل يعد شريكاً في الشركة.

٢. النقد الثاني: أن صاحب الحصة لا يتدخل في إدارة الشركة، ولو كان شريكاً لسمح له بالتدخل في إدارة الشركة.

الرد على هذا النقد: أن عدم تدخله في الإدارة لا يصح أن يكون سبباً لمنعه من صفة الشريك، إذ إن هناك شركاء لا يتدخلون في إدارة الشركة، كالشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، حيث يمنعه النظام من التدخل في إدارة الشركة.

وانتقد هذا الرد بأن الشريك الموصي لا يتدخل في أعمال الإدارة الخارجية، أما أعمال الإدارة الداخلية فقد أجاز له التدخل فيها، وبينهما فرق.

٣. النقد الثالث: أن حصص التأسيس تميز الأنظمة إلغائها، وإذا جاز ذلك فكيف نحكم بأنه شريك مع جواز إلغاء حصته؟

الرد على هذا النقد: أن النظام يميز إخراج بعض الشركاء من الشركة بحكم قضائي، وبالتالي لم تمنع تلك الحالة أن يكون شريكاً قبل صدور حكم إخراجه من الشركة.

٤. النقد الرابع: أن صاحب حصة التأسيس يُحرم من التصويت في الجمعية العمومية، وبناء عليه فهو ليس مساهماً -شريكاً- في الشركة، إذ لو كان شريكاً لسمح له بالتصويت.

الرد على هذا النقد: أن الأنظمة التي تجيز حصص التأسيس تجيز أن يكون لأصحاب هذه الحصص جمعيات تشارك في حضور الجمعية العمومية، ولها حق الاعتراض على قراراتها التي تضر بحملة هذه الصكوك، وبناء عليه فإن حرمانهم من التصويت لا يمنعهم الحق في التظلم على قرارات الجمعية التي تمس مركزهم القانوني.

الاعتبار الثاني: صاحب حصة التأسيس دائن للشركة من نوع خاص:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن صاحب حصة التأسيس دائن للشركة من نوع خاص، وسبب كونه دائناً خاصاً أن دينه دين احتمالي مشروط بتحقيق الشركة أرباحاً صافية قابلة للتوزيع، وهو بذلك يختلف عن الدائن العادي للشركة الذي يستحق دينه بغض النظر عن تحقيق الشركة الربح من عدمه، فهي ملزمة بدفع الدين متى حل أجله حتى ولو كانت الشركة خاسرة، بخلاف صاحب حصة التأسيس فهو لا يستحق شيء مقابل دينه إلا إذا حققت الشركة ربحاً صافياً بعد تطبيق النصوص النظامية المتعلقة بنسبة الربح المسموح وكذلك اقتطاع الاحتياطي، وبناء على هذا الرأي فإن العقد الذي يربط صاحب حصة التأسيس بالشركة يعد في حقه عملاً مدنياً، على عكس المساهم الذي يعد هذا العقد بالنسبة إليه من الأعمال التجارية.

واستند أصحاب هذا القول إلى المبررات التالية:

١. أن صاحب حصة التأسيس لا يقدم حصة تدخل في تكوين رأس المال، وبالتالي يكون مثل الشريك الذي قدم قرضاً للشركة انتفعت به دون أن يدخل في رأس مال الشركة.

٢. أن صاحب حصة التأسيس يمنع عليه التدخل في إدارة الشركة، وهو بذلك يشبه الشريك الذي يُقرض الشركة ويُمنع من التدخل في إدارتها.

وتم توجيه النقد على هذا الرأي بما يلي:

١. النقد الأول: أن صاحب حصة التأسيس لا يعد دائئاً؛ لأن الدائن يستوفي حقه سواء كانت هناك أرباح أم لا، بينما لا يحصل صاحب حصة التأسيس على شيء إلا إذا حققت الشركة أرباحاً.

وتم الرد على هذا النقد: بأن صاحب حصة التأسيس ليس دائئاً عاديّاً، بل هو دائئن من نوع خاص، فهو لا يستحق شيء مقابل دينه إلا إذا حققت الشركة ربحاً صافياً بعد تطبيق النصوص النظامية المتعلقة بنسبة الربح المسموح وكذلك اقتطاع الاحتياطي الخاص بالشركة.

وانتقد هذا الرد بأنه من غير المسموح أن يكون حق الدائن حقاً احتمالياً، فحق الدائن دائماً يكون حقاً ثابتاً ولا يتأثر بربح الشركة أو خسارتها، وما دام أن صاحب حصة التأسيس يتأثر حقه بربح الشركة

أو خسارتها فهو بذلك لا يمكن أن يكون دائئاً من أي وجهة لانتفاء حق الثبوت في دينه.

٢. النقد الثاني: أنه بقولكم إن صاحب حصة التأسيس دائئ للشركة يترتب عليه إخراج صاحب حصة التأسيس من الشركة، وهذا لا يستقيم مع الواقع العملي والقانوني، لأنهم كانوا يستمدون حقهم من الأعراف التجارية قبل أن يجري تنظيم أوضاعهم قانوناً.

الاعتبار الثالث: اعتبار صاحب حصص التأسيس في مركز وسط بين الدائن والشريك:

اتجه أصحاب هذا القول إلى القول الوسط بين القول الأول والثاني، فهم يرون أن صاحب حصة التأسيس له مركز قانوني خاص وهو ليس بشريك ولا دائئ، ومن أخذ بهذا الرأي الدكتورة سميحة القليوبي وتقول: «ونرى أن حصص التأسيس لها طبيعة مميزة نتيجة مركز صاحبها الخاص بشركة المساهمة، فهو في مركز خاص لا هو بدائن ولا شريك، ذلك أن حصص التأسيس تجعل صاحبها صاحب حق بقدر من الربح إذا حققت الشركة أرباحاً على خلاف الدائن الذي له الحق في العائد سواء حققت الشركة أرباحاً أو لم تحقق، كما لا يعد صاحب حصة التأسيس شريكاً، إذ رغم حقه في قدر من الربح عند تحقيق الشركة لأرباح فليس من حقه إدارة الشركة أو المساهمة في خسائرها الذي هو مناط بصفة الشريك».

واستند أصحاب هذا القول إلى المبرر التالي:

أنه لتعذر وصف صاحب حصص التأسيس بالشريك لكونه لا يتحمل شيئاً من الخسائر، ولا يتدخل في إدارة الشركة، ولا انتفاء كونه دائماً لكون الدائن يحصل على مقابل دينه بغض النظر عن ربح الشركة من عدمه بخلاف صاحب حصة التأسيس، لذلك فهو يتمتع بمركز قانوني خاص تنظمه أداة الإصدار بناء على ما ورد في النظام من نصوص تتعلق بحقوق والتزامات أصحاب هذه الحصص.

ويُرد على هذا القول بما تم الرد به على من قال إنه دائن (الاعتبار الثاني)، ومن قال أنه شريك (الاعتبار الأول).

الاعتبار الرابع: اعتبار صاحب حصص التأسيس بائعاً بئمن إجمالي غير محدد المقدار:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن صاحب حصة التأسيس بائع بئمن إجمالي، لأن العمل أو الخدمة المنصوص عليهما في حصص التأسيس هي معاوضة تتخذ صورة البيع، وممن قال بهذا الرأي الدكتور علي حسن يونس: «ومن رأينا أن صاحب حصة التأسيس لا يعتبر دائماً ولا شريكاً، ولكنه في مركز البائع الذي ارتضى أن يكون ثمن المبيع حقاً احتمالياً غير محدد المقدار وقت البيع، فهو يبيع لحساب الشركة حقاً من الحقوق المعنوية في مقابل ثمن احتمالي يحصل الاتفاق عليه في نظام الشركة ويتقاضاه البائع جزءاً بجزء كل عام، وقد تكفل القانون بوضع الحدود التي يمكن تحديد الثمن في نطاقها».

واستند أصحاب هذا القول إلى المبرر التالي:

أن مركز صاحب حصة التأسيس يشبه مركز البائع الذي يتقاضى ثمنًا إجماليًا غير محدد المقدار، فهو يدخل في علاقة معاوضة مع الشركة عند تأسيسها لبيعها خدماته، فيقدم إليهم خدمة مقابل ثمن يمكن أن يتقاضاه بصورة فورية ومحددة، ولكن الشركة تقدم له هذا العوض في صورة نصيب محدد من الأرباح وفقًا لقواعد يقررها نظام الشركات.

وقد انتقد هذا الرأي بما يلي:

أن عقد البيع ينشأ عنه نقل ملكية شيء مادي أو غير مادي، أما الخدمات والمساعدات فيتقاضى مقدمها أتعابًا أو أجورًا وليس ثمنًا، وبناء عليه لا يعدُّ صاحب حصص التأسيس بائعًا لا بثمن فوري ولا بثمن إجمالي.

الترجيح:

لكل واحد من الاعتبارات الأربعة وجاهته، ويصعب ترجيح أحدها دون الآخر، إذ إن كل اعتبار لم يسلم من النقد، وإذا كان الأمر كذلك قبل صدور نظام الشركات السعودي لعام ١٤٤٣هـ فهو ليس كذلك بعد صدوره، إذ إن النظام حسم الأمر ورجح الاعتبار الأول القائل بأن صاحب حصة التأسيس شريك في الشركة، حيث إن المنظم أدخل حصة التأسيس في تكوين رأس المال، وجاءت المادة بالنص التالي: «يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو

أسهم في رأس مال الشركة.. إلخ»^(١)، وبناء عليه وبما أن حصة التأسيس تدخل في رأس المال فإن صاحبها ولا شك يعد شريكاً كبقية الشركاء المكونين لرأس مال الشركة.

لذلك فإن المنظم السعودي حسم الجدل في التكييف القانوني -النظامي- لحصص التأسيس، حيث عدَّ صاحبها شريكاً في الشركة وأدخلها في رأس المال.

(١) نظام الشركات السعودي، المادة (١٣)، فقرة (٤).

المبحث الخامس التكييف الفقهي لحصص التأسيس

اختلفت الآراء الفقهية في حكم حصص التأسيس بين الحل والحُرمة، ثم اختلف المجيزون لها في تكييف هذه الحصص، فمنهم من قال إنها من باب الهبة، ومنهم من قال إنها من باب الأجرة، ومنهم من قال إنها من باب الجعالة، وغير ذلك من التكييفات الفقهية، لذلك سيتم بيان الاختلاف في الحكم الشرعي لهذه الحصص متضمنة التكييفات الفقهية للمجيزين لهذه الحصص عند تفصيل قولهم.

القول الأول: جواز حصص التأسيس:

استند أصحاب هذا الرأي على ما يلي: أن الأصل في المعاملات الحل والإباحة حتى يرد دليل التحريم.

وهذا أصل شرعي دل عليه القران والسنة فمن القرآن قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾^(٢)، فالله جَلَّ وَعَلَا أمر بالوفاء بالعقود.

وفي السنة العطرة أحاديث كثيرة تدل على هذا الأصل منها:

(١) سورة المائدة، آية (١).

(٢) سورة الأنعام، آية (١٥٢).

١. حديث عقبه بن عامر الجهني رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((إِنْ أَحَقَّ الشَّرْطُ أَنْ تَوْفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ))^(١)، يقول ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: فدل على أن استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها^(٢).

٢. حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((أَرْبَعٌ مِنْ كُنْ فِيهِ كَانَ مَنَافِقًا خَالِصًا، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خِصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِي خِصْلَةٍ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا: إِذَا حَدَّثَ كَذِبًا، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ))^(٣)، يقول ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: فدل على ذم الغادر وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فقد غدر^(٤).

وملخص ما استدل به أصحاب هذا الرأي الأدلة الشرعية العامة كما بيَّنا من آيات وأحاديث، وكذلك استصحاب العدم الأصلي، وبناء عليه فحيث لم يرد دليل على تحريم حصص التأسيس فنبقى على استصحاب العدم الأصلي وإبقائها على الحل.

(١) متفق عليه. انظر: صحيح البخاري (١٥٩/٣) رقم الحديث (٢٧٣٨)، وصحيح مسلم؛ (٣٥/٢) رقم الحديث (١٤١٨).

(٢) القواعد النورانية الفقهية، تقي الدين ابن تيمية، ص ٢٧٩.

(٣) متفق عليه. انظر: صحيح البخاري (٣٨٨/٣) رقم الحديث (٢٤٧٢)، وصحيح مسلم؛ (٧٨/١) رقم الحديث (٥٨).

(٤) القواعد النورانية الفقهية، تقي الدين ابن تيمية، تحقيق: د. أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ص ٢٨٠.

والرد على هذا القول:

يقول شيخ الإسلام: «فإذا ظهر أن لعدم تحريم العقود والشروط -جملة- وصحتها أصلاً: الأدلة الشرعية العامة والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرّم، فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع، أو المسألة هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم أم لا أما إذا كان المدرك الاستصحاب ونفي الدليل الشرعي فقد أجمع المسلمون، وعُلم بالاضطرار من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة إذا كان من أهل ذلك»^(١).

أما استصحاب العدم الأصلي فيقول شيخ الإسلام: «التمسك بمجرد استصحاب حال العدم أضعف الأدلة مطلقاً، وأدنى دليل يرجح عليه، كاستصحاب براءة الذمة في نفي الإيجاب والتحريم، فهذا باتفاق الناس من أضعف الأدلة، ولا يجوز المصير إليه باتفاق الناس إلا بعد البحث التام، هل أدلة الشرع ما تقتضي الإيجاب والتحريم»^(٢).

وقد اختلف أصحاب القول الأول المجيزون لحصص التأسيس في التكييف الفقهي لهذه الحصص، وذلك على النحو التالي:

(١) مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، ١٤٢٥هـ، (١٦٥/٢٩)

(٢) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، (١٥/٢٣)

التكليف الأول: اعتبار هذه الحصص هبة:

ومن قال بهذا القول وهبه الزحيلي: «حصص التأسيس هي بمثابة هبة، أو تبرع التزم به أصحاب الشركة لأناس معينين كنسبة مقطوعة من الربح السنوي»^(١)، وكذلك محمد الشريف: «أما حصص التأسيس فيمكننا اعتبارها تبرعاً - هبة - التزم بها أصحاب الشركة لأناس معينين كنسبة مقطوعة من الربح سنوياً، وإن كان هذا المبلغ مجهولاً في وقت الوهب، فإنه آيل إلى العلم وقت القبض»^(٢).

ومفاد هذا الرأي أن حصة التأسيس كالهبة التي توهب للغير، فأصحاب الشركة يهبون أصحاب حصص التأسيس مقداراً معيناً بنسبة من الربح يتم اقتطاعها سنوياً، - وفي رأيهم - أنه وإن كان المبلغ المقدر في نسبة الربح مجهولاً وقت الإصدار، فإنه سيعلم وقت القبض، وبناء عليه فعدم العلم وقت الإصدار لا يخرجها من كونها هبة لأن مصيرها العلم وقت القبض.

(١) المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثامنة، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م، ص ٣٧٨.

(٢) أحكام السوق المالية، محمد عبد الغفار الشريف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة العالم الإسلامي بجددة، المجلد الثاني، الدورة السادسة، ص ١٣٠٠.

التكليف الثاني: اعتبار هذه الحصص أجرة:

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن حصص التأسيس كالأجرة في كونها منفعة قدمها أصحاب حصة التأسيس وحصلوا مقابلها على أجرة مقسطة تدفع لهم كل سنة من الأرباح^(١).

التكليف الثالث: اعتبار هذه الحصص جعالة:

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن حصص التأسيس كالجعالة^(٢) في كونها التزاماً من أصحاب الشركة بعوض معلوم بنسبة من الربح في صك الحصة على عمل معين، وهو ما يقدمه صاحب الحصة للشركة.

التكليف الرابع: اعتبار هذه الحصص نصيب الشريك في الشركة^(٣):

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن حصص التأسيس هي نصيب للشريك في شركة المساهمة، بما أن الشريك يقدم الخدمة أو الامتياز أو العمل بما يساهم في خدمة الشركة فإنه يكون مقابل ما قدمه شريك في الشركة، وتقدر حصته بما يقدمه ويحصل مقابلها على ما ينتج من أرباح.

(١) شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٢.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٢.

(٣) حصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي - د. إبراهيم علي المنصوري وعبد العزيز محمد مهدة، ص ٢١.

وهذا ما أخذ به المنظم السعودي، حيث عدَّ صاحب حصة التأسيس شريكاً في الشركة، ونص على ذلك بأن حصة التأسيس تدخل في رأس مال الشركة^(١)، وبالتالي دخول صاحبها كشريك في الشركة.

التكييف الخامس: اعتبار هذه الحصص ثمنًا في مبيعة مقابل ما يقدمه صاحب الحصة من عمل أو خدمات تعود على الشركة بالنفع وتحقق أهدافها:

ومن قال بهذا القول د. صالح المرزوقي: «وأقرب ما يصدق على هذا النوع من الصكوك التي تصدرها الشركات المساهمة أن صاحب حصة التأسيس شبيه البائع الذي ارتضى أن يكون ثمن المبيع حقاً احتمالياً غير محدد المقدار، والمبيع حقاً معنوياً»^(٢).

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن صاحب حصة التأسيس كالبائع الذي قدم مبيعه مقابل حق احتمالي غير محدد المقدار عبارة عن نسبة معينة من الربح يحصل عليها سنوياً في حال كانت الشركة رابحة.

(١) انظر: نظام الشركات السعودي، المادة (١٣)، فقرة (٤).

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٢.

القول الثاني: عدم جواز حصص التأسيس:

استند أصحاب هذا الرأي على ما يلي:

١. مخالفة هذه الحصص للقواعد الشرعية، يقول د. صالح المرزوقي: «وبعرض هذا النوع من الحصص على قواعد الفقه الإسلامي يظهر لي أنه لا يصح شرعاً إنشاء حصص التأسيس ولا تداولها بالبيع أو غيره.... ومما سبق فإنه لا يصح أن تصدر الشركة هذا النوع من الصكوك ولا يصح أن يعطى أصحابها حقاً في أرباح الشركة، ولا في الفائض من موجوداتها، لمخالفة ذلك لقواعد الشرعية، ونرى أن هذه الحصص باطلة»^(١)، ويقول د. عبد العزيز الخياط: «وعلى هذا فلا يصح أن تصدر الشركة صكوكاً على أنها حصص تأسيس يعطى أرباحها حقاً في أرباح الشركة لمخالفة ذلك للقواعد الشرعية، وتعتبر الصكوك التي هي حصص التأسيس باطلة»^(٢).

٢. عدم انطباقها أو تحريمها على أي عقد من العقود الشرعية، يقول د. أحمد الخليل: «الذي يظهر لي عدم جواز هذه الحصص، لأنه لا

(١) شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨١-٣٨٣.

(٢) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز عزت الخياط، دار البشير، عمان، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، (٢/٢٣٠).

تنطبق على شيء من العقود الشرعية حينئذٍ، فأصحابها ليسوا شركاء، ولا يمكن تخرجها على عقد من العقود الشرعية»^(١).

ويرد على الدليل الثاني بقول العلامة مصطفى الزرقا رَحِمَهُ اللهُ: «وليس في الشرع الإسلامي ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها، فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ولا تقتضي القواعد والأصول الشرعية منعه يجوز أن يتعاقد عليه الناس ويلزمون فيه بعقودهم، وحينئذٍ يخضع التعاقد فيه للقواعد والشروط العامة في العقود»^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - قول أصحاب القول الثاني غير المجيزين لخصص التأسيس وسبب الترجيح ما يلي:

١. ما ذكره شيخ الإسلام رَحِمَهُ اللهُ في الرد على أصحاب القول الأول من أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة،... كما أن التمسك بمجرد استصحاب حال عدم أضعف الأدلة مطلقاً، وأدنى دليل يرجح عليه^(٣).

(١) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، ص ١٧٣.
 (٢) المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، (١/ ٥٤٠).
 (٣) انظر: ص (٢١١).

٢. أن من قال بالجواز اختلفوا في تكييف هذه الحصص، وجميع هذه التكييفات لا تنطبق على حصص التأسيس، وتم الرد عليها وهي على النحو التالي:

أولاً: من قال إنها هبة، يقال: هي ليست هبة مجردة؛ لأن حصص التأسيس في مقابلة ما يقدمه صاحب الحصص من براءة اختراع أو حق امتياز، ولا هبة بعوض، لأن الهبة بالعوض بيع، فيشترط فيها ما يشترط في البيع وهو علم مقدار الثمن، والثمن هنا - إن صح أن يقدر بيعاً - هو الربح، والربح مجهول القدر ومجهول الوجود^(١).

وإذا قيل أن الثمن آيل للعلم وقت القبض، قيل كيف يكون هذا المبلغ آيلاً إلى العلم وقت القبض وهو يمكن أن يحصل ويمكن ألا يحصل^(٢)، فهو مرتبط بربح الشركة من عدمه، ففي حال خسارة الشركة لا يستحق أصحاب هذه الحصص لشيء في مقابل ما قدموه.

ثانياً: من قال إنها أجرة، يقال: لا ينطبق عليها عقد الأجرة لأن الإجارة هي: «عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعوض

(١) شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٢.

(٢) حصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي - د. إبراهيم علي المنصوري وعبد العزيز محمد مهدة، ص ١٦.

معلوم»^(١)، وعرفت كذلك بأنها: «عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة»^(٢)، فلا بد في الإجارة من العلم بمقدار الأجرة كاملة، وإن كانت مقسطة فلا بد من العلم بعدد الأقساط، وكل هذا منتفٍ لأنه لم يقرر مقدار قيمة حصص التأسيس، وإنما المقرر هو نسبة مئوية من الأرباح -في حال تحقق الأرباح-، فأصحاب حصص التأسيس لا يأخذون نسبتهم المقررة إلا بعد حصول المساهمين على النسبة المقررة لهم، لذلك فالأجرة هنا مجهولة مقابل ما قدموه من خدمة أو عمل للشركة^(٣)، قال ابن قدامة: «يشترط في عوض الإجارة أن يكون معلومًا، لا نعلم في ذلك خلافًا، وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلومًا، كالثمن في البيع»^(٤).

- (١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، شرف الدين موسى الحجاوي، دار المعرفة بيروت، لبنان، (٢/ ٢٨٣).
- (٢) البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، تحقيق: أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، (١٠/ ٢٢١).
- (٣) انظر: شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٢، وحصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي - د. إبراهيم علي المنصوري وعبد العزيز محمد مهدة، ص ١٨، والأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، ص ١٧٤.
- (٤) المغني، موفق الدين ابن قدامة، تحقيق د. عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، (٨/ ١٤).

ثالثاً: من قال إنها جعالة، يقال: لا ينطبق عليها عقد الجعالة؛ لأن الجعالة هي: «عقد يلتزم فيه أحد طرفيه - وهو الجاعل - بتقديم عوض معلوم (وهو الجعل) لمن يحقق نتيجة معينة في زمن معلوم أو مجهول - وهو العامل -»^(١)، وعرفت كذلك: «تسمية مال معلوم لمن يعمل للجاعل عملاً مباحاً، لو كان مجهولاً، أو لمن يعمل له مدة ولو كانت مجهولة»^(٢)، وبالتالي فلا بد أن يكون المال معلوماً، أما في حصص التأسيس فهو غير معلوم، لأنه ليس معلوم بالنسبة، وأيضاً ليست نسبة ثابتة، وإنما هي احتمالية تربط بتحقيق الربح، والشرط في الجعالة أن يكون الجعل معلوم المقدار غير مجهول^(٣)

رابعاً: من قال إن هذه الحصص نصيب الشريك في الشركة، يقال: بعرض حصص التأسيس على شركات الفقه الإسلامي نجد أنها لا تنتمي لأي نوع من أنواع الشركات، فليست هي شركة مفاوضة لعدم

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرادوي، تحقيق: محمد حامد فقي، مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م، (٦/ ٢٨٢)، والهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، محمد بن قاسم الرصاع، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ، ص ٤٠٢،

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، طبعة (١٤٠٤-١٤٢٧هـ)، (١٥/ ٢١٦).

(٣) انظر: الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، ص ١٧٤، وشركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٢، وحصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي - د. إبراهيم علي المنصوري وعبد العزيز محمد مهدة، ص ١٩.

التساوي في المال والعمل، وليست بشركة عنان لأن هذه الحصص لا تعد من رأس المال، وهي كذلك لا تنطبق على شركة الوجوه ولا الأبدان، كما أن من شروط الشركة عند الفقهاء أن يكون الربح معلوم المقدار للطرفين، وهذه الحصص الربح فيها غير معلوم ابتداء حتى ولو قدر بنسبة من الربح، فإن الربح غير معلوم عند التعاقد وإصدار هذه الحصص^(١).

خامساً: من قال إنها ثمن في مبيعة مقابل ما يقدمه صاحب الحصة من عمل أو خدمات، يقال: أن من شروط البيع أن يكون الثمن معلوماً، والثمن هنا مجهول^(٢).

وإذا كنا رجحنا القول الثاني القائل بعدم جواز حصص التأسيس، ونظراً لأن المنظم يرى الحاجة لهذه الحصص فبالإمكان إيجاد عدة بدائل لهذه الحصص، وأرى أن أنسبها يتمثل في التالي:

(١) وحصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي - د. إبراهيم علي المنصوري وعبد العزيز محمد مهدة، ص ٢١، (ومما تجدر الإشارة إليه أن بحث الدكتور إبراهيم المنصوري وعبد العزيز مهدة هو من أفضل البحوث التي اطلعت عليها في تكييف حصص التأسيس فقهاً) ولزيد من الاطلاع على الرأي الفقهي في هذه المسألة الاطلاع على هذا البحث المنشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة العدد الثاني.

(٢) انظر: شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٢، وحصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي - د. إبراهيم علي المنصوري وعبد العزيز محمد مهدة ص ١٩.

أن يُقَوِّم العمل أو الخدمة التي قدمها صاحب حصة التأسيس بقيمة نقدية، ويعوض عنها بما يقابل هذه القيمة أسهم في الشركة، فيكون لصاحبها عدد من الأسهم يساوي قيمة ما قدم، وبهذا يكون شريكاً في رأس المال، ويأخذ حصته من الأرباح كغيره من المساهمين، ويتحمل الخسائر كغيره، ويحق له بيع أسهمه حسب نظام تداول الأسهم^(١).

وأجد أن هذا الخيار قريب جداً لما نص عليه نظام الشركات السعودي في المادة (١٣) فقرة (٤)، حيث إنه أدخل حصص التأسيس في رأس مال الشركة، إلا أنه لم ينص على ما يتعلق بتقويم الحصة وتعويضها بأسهم وما يتعلق بألية التقييم، وكذلك ما يتعلق بتحمل الخسائر لمقدم الحصة شأنه في ذلك شأن المساهمين، ولعل المنظم يذهب إلى هذا الخيار كبديل لحصص التأسيس.

(١) انظر: الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، ص ١٧٥، وشركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، ص ٣٨٤-٣٨٥، وحصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي - د. إبراهيم علي المنصوري وعبد العزيز محمد مهدة، ص ٣٢.

الخاتمة

وتشمل أهم النتائج والتوصيات:

النتائج:

١. إن التعريف المختار لحصص التأسيس هو: «وثيقة قابلة للتداول، وليس لها قيمة اسمية، ولا تعد من رأس المال، ولا تخول مالكيها المشاركة في إدارة الشركة، ولا في اقتسام موجوداتها عند التصفية، ويمكن إلغاؤها مقابل تعويض عادل، تمنح لمن قدموا خدمات جليلة، كبراءة اختراع، أو حق امتياز، عند تأسيس الشركة».

٢. أن حصص التأسيس كانت سابقاً تُعطى للمؤسسين فقط مكافأة لهم على جهودهم التي بذلوها في سبيل تأسيس وإنشاء الشركة، أما الآن فحصص التأسيس تعطى لغير المؤسسين، وفي غير وقت تأسيس الشركة، وتسمى (حصص الأرباح).

٣. أن أنسب تعريف لحصص التأسيس وفق نظام الشركات السعودي الحالي هو: «وثيقة قابلة للتداول، وداخلية في رأس المال، وليس لها قيمة اسمية، ولا تخول مالكيها المشاركة في إدارة الشركة، ولا في اقتسام موجوداتها عند التصفية، ويمكن إلغاؤها مقابل تعويض عادل، تمنح لمن قدموا خدمات جليلة، كبراءة اختراع، أو حق امتياز، عند تأسيس الشركة».

٤. أن شركة المساهمة هي: «شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر، من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها».

٥. أن حصص التأسيس وفقاً لنظام الشركات السعودي تدخل في رأس مال الشركة، وبناء عليه فإن صاحب حصة التأسيس مساهم في الشركة.

٦. أن هناك عدة خصائص لخصص التأسيس لم يتم تناولها بالإجازة أو الحظر في نظام الشركات الحالي، ومنها أنها تصدر بدون قيمة اسمية، وكذلك قابليتها للتداول، وحقوق ملاكها في الدخول في إدارة الشركة، وما يتعلق بإمكانية إلغائها، وعدم قابليتها للتجزئة شأنها في ذلك شأن الأسهم.

٧. أن حصص التأسيس لا يجوز إنشاؤها إلا في حالات محددة نص عليها النظام وفقاً للمادة (١٣) فقرة (٤) حيث جاءت بالنص التالي: «يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة إلى شخص مقابل قيامه بعمل أو خدمات تعود على الشركة بالنفع وتحقق أهدافها.. إلخ».

وبناء على النص فإن إنشاء هذه الحصص يكون في حالتين هما:

الحالة الأولى: تقديم حصص التأسيس لشخص مقابل قيامه بعمل يعود على الشركة بالنفع العام.

الحالة الثانية: تقديم حصص التأسيس لشخص مقابل قيامه بخدمات تعود على الشركة بالنفع العام.

٨. إن حصص التأسيس تتفق مع الأسهم في أن كليهما قابل للتداول بالطرق التجارية، إلا أن فقهاء القانون وما يتفق مع نظام الشركات القديم لعام ١٣٨٥ هـ وضع قيوداً على تداول هذه الحصص تتمثل في التالي:

أ. عدم تداول هذه الحصص إلا بعد نشر القوائم المالية لسنتين ماليتين لا تقل كل منهما عن اثني عشر شهراً من تاريخ التأسيس.

ب. أن يؤشر على هذه الصكوك بما يدل على نوعها وتاريخ تأسيس الشركة والمدة التي يمنع فيها تداولها.

٩. أن حقوق أصحاب حصص التأسيس تتمثل في التالي:

أ. الحق في الحصول على نصيب من الأرباح.

ب. الحق في الحصول على موجودات الشركة عند التصفية.

ت. الحق في المشاركة في حياة الشركة.

ث. حق إقامة الدعوى الشخصية في حال الضرر من قرارات الشركة.

ج. حق الاطلاع على بيانات الشركة.

١٠. إن حق صاحب حصة التأسيس في موجودات الشركة يكون بعد سداد ديونها وإعادة قيمة الأسهم للمساهمين، فإن تبقى فائض فيكون أصحاب الحصص مع المساهمين سواسية في محاسبة موجودات الشركة، بالقدر الذي لا يزيد عن النسبة المحددة لهم في صك الحصة، فإن زاد الموجود عن النسبة المقررة في حصة الأرباح فإن الباقي يستأثر به المساهمون دون أصحاب حصص التأسيس، حيث إن وصولهم للنسبة العليا المقررة في الحصة يجعلهم غير مستحقين لغيرها من موجودات الشركة.

١١. أن الالتزامات على أصحاب حصص التأسيس تتمثل في قيامهم بعمل أو خدمات تعود على الشركة بالنتيجة وتحقق أهدافها.

١٢. اختلفت التكييفات النظامية لأصحاب حصص التأسيس، ويمكن إجمالها فيما يلي:

- أ. صاحب حصة التأسيس شريك في الشركة.
 - ب. صاحب حصة التأسيس دائن للشركة من نوع خاص.
 - ت. صاحب حصص التأسيس في مركز وسط بين الدائن والشريك.
 - ث. صاحب حصص التأسيس بائع بثمن إجمالي غير محدد المقدار.
- والراجح الاعتبار الأول القائل بأن صاحب حصة التأسيس شريك في الشركة، حيث إن المنظم السعودي حسم الأمر ورجح هذا القول وأدخل حصة التأسيس في تكوين رأس المال، وجاءت المادة بالنص

التالي: «يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة.. إلخ»، وبناء عليه وبما أن حصة التأسيس تدخل في رأس المال فإن صاحبها ولا شك يعد شريكاً كبقية الشركاء المكونين لرأس مال الشركة.

١٣. اختلف فقهاء الشريعة في التكييف الفقهي لحصص التأسيس، وبناء عليه كانت أحكامهم بين جواز حصص التأسيس أو حرمتها، وذهب المجيزون إلى الاستدلال بأصل الحل والإباحة في المعاملات حتى يرد دليل التحريم، واستصحاب العدم الأصلي، ثم اختلف المجيزون في التكييف الفقهي لهذه الحصص على النحو التالي:

- أ. اعتبار هذه الحصص هبة.
 - ب. اعتبار هذه الحصص أجرة.
 - ت. اعتبار هذه الحصص جعالة.
 - ث. اعتبار هذه الحصص نصيب الشريك في الشركة.
 - ج. اعتبار هذه الحصص ثمناً في مبيعة مقابل ما يقدمه صاحب الحصة من عمل أو خدمات تعود على الشركة بالنفع وتحقق أهدافها.
- وذهب أصحاب القول الثاني إلى عدم الجواز، مستدلين بمخالفة حصص التأسيس لقواعد الشريعة، وعدم انطباقها أو تخريجها على شيء من العقود الشرعية.

وترجح -لدى الباحث- القول الثاني لقوة دليله الأول، ولرده على جميع أدله القول الأول والتكليفات الواردة عليه.

١٤. أن البديل المناسب لخصص التأسيس يتمثل في أن يُقَوِّم العمل أو الخدمة التي قدمها صاحب حصة التأسيس بقيمة نقدية، ويعوض عنها بما يقابل هذه القيمة أسهم في الشركة، فيكون لصاحبها عدد من الأسهم يساوي قيمة ما قدم، وبهذا يكون شريكاً في رأس المال، ويأخذ حصته من الأرباح كغيره من المساهمين، ويتحمل الخسائر كغيره، ويحق له بيع أسهمه حسب نظام تداول الأسهم.

التوصيات:

إن مما يجب التنبيه إليه أن ما ترحح -لدى الباحث- عدم جواز خصص التأسيس، وأن البديل المناسب لخصص التأسيس يتمثل في أن يُقَوِّم العمل أو الخدمة التي قدمها صاحب حصة التأسيس بقيمة نقدية، ويعوض عنها بما يقابل هذه القيمة أسهم في الشركة، فيكون لصاحبها عدد من الأسهم يساوي قيمة ما قدم، وبهذا يكون شريكاً في رأس المال، ويأخذ حصته من الأرباح كغيره من المساهمين، ويتحمل الخسائر كغيره، ويحق له بيع أسهمه حسب نظام تداول الأسهم.

وهذا الخيار قريب جداً لما نص عليه نظام الشركات السعودي في المادة (١٣) فقرة (٤) حيث إنه أدخل خصص التأسيس في رأس مال الشركة، إلا أنه لم ينص على ما يتعلق بتقويم الحصة وتعويضها بأسهم وما يتعلق بآلية التقييم، وكذلك ما يتعلق بتحمل الخسائر لمقدم الحصة

شأنه في ذلك شأن المساهمين، ولعل المنظم يذهب إلى هذا الخيار كبديل لخصص التأسيس.

وإذا كان المنظم السعودي يرى ضرورة إبقاء هذه الحصص أخذًا بقول المجيزين لها، وللمصلحة التي يراها المنظم، فإنه لا بد من مراعاة التوصيات التالية بما يسهم في ضبط هذه الحصص وبيان أحكامها وخصائصها وآلية طرحها، وحقوق ملاكها، والتزاماتهم، وتحديد نسب عليا لإصدارها، حفظًا لحقوق المساهمين الأصليين، وكذلك بيان ما يتعلق بانقضائها وحقوق ملاكها في موجودات الشركة عند التصفية.

فمن التوصيات التي توصل لها الباحث في هذا الشأن ما يلي:

١. أن المنظم السعودي أجاز حصص التأسيس في المادة (١٣) فقرة (٤) دون أن يحدد أحكامها كما فعل في النظام القديم لعام ١٣٨٥هـ، فجاءت الإجازة عامة في النظام الجديد حتى دون ربطها بشركة معينة، حيث إن الفقرة التي أجازتها كانت ضمن الأحكام العامة لتقديم الحصص في جميع الشركات.

وبالتالي ووفقاً لعمومية النص فإنه بالإمكان منح هذه الحصص في شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة، وهنا يثور التساؤل الأكبر لو قدمت هذه الحصة في شركة التضامن هل يكون الشريك الذي منحت له هذه الحصة مقابل الخدمة التي قدمها ودون أن يكون قدم

مقابلها حصة عينية أو نقدية مسؤولاً بالتضامن عن ديون الشركة والتزاماتها؟!

أعتقد أن لفظ العموم في هذه المادة يواجه إشكالات كبيرة على مستوى التطبيق؛ مما يستوجب معه إعادة النظر في ذلك لا سيما فيما يتعلق بشركات الأشخاص، حيث إنني لم أقف على أي نظام في أي دولة أخرى أجاز حصص التأسيس أو حصص الأرباح في شركة التضامن أو شركات الأشخاص بوجه عام، لما يترتب على ذلك من خطورة كبيرة على الشركة والشركاء وكذلك المتعاملين مع الشركة.

٢. كان الأولى على المنظم السعودي في نظام الشركات الحالي أن يبين خصائص هذه الحصص كما كان يفعل سابقاً في نظام الشركات القديم، ومن ذلك أنها تصدر بدون قيمة اسمية، وكذلك بيان قابليتها للتداول، وحقوق ملاكها في الدخول في إدارة الشركة، وما يتعلق بإمكانية إلغائها، وعدم قابليتها للتجزئة شأنها في ذلك شأن الأسهم.

٣. كان الأولى على المنظم السعودي في نظام الشركات الحالي تحديد العمل والخدمة المنصوص عليهما في الفقرة (٤) من المادة (١٣)، وعدم ترك التحديد للشركاء في الشركة، حتى لا ندع مجالاً للشركاء في التوسع في منح هذه الحصص بناء على عمومية النصوص النظامية؛ لا سيما أن المنظم لم يضع حداً أعلى لمنح هذه الحصص كما كان سابقاً يحدد ذلك في نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ، حيث جاء التحديد بالنص التالي: «...ويجوز أن تمنح هذه الحصص نسبة من الأرباح الصافية لا تزيد

على (١٠٪) بعد توزيع نصيب على المساهمين لا يقل عن (٥٪) من رأس المال المدفوع...».

٤. كان الأولى على المنظم السعودي وضع حدٍّ أعلى لا يجوز للشركة تجاوزه فيما يتعلق بإصدار حصص التأسيس، خوفاً من توسع الشركة في منح هذه الحصص بأعلى من ١٠٪ أو أكثر من ذلك، مستغلة عمومية النص وإطلاقه في لفظ (عمل) ولفظ (خدمات)، وبالتالي منح هذه الحصص لأي عمل أو خدمة تعود على الشركة بالنتفع ومضارة المساهمين الأصليين في أرباح الشركة.

٥. المنظم السعودي ذكر من يحق له إصدار هذه الحصص دون أن يبين آليه الإصدار وعن طريق أي مجلس من مجالس شركة المساهمة، وقد كان المنظم سابقاً أشار إلى ذلك في المادة (١١٤) من نظام الشركات لعام ١٣٨٥هـ حيث جاءت بالنص التالي: «يحدد نظام الشركة أو قرار الجمعية العامة المنشئ لخصص التأسيس الحقوق المقررة له... إلخ»، حيث جعل إصدار حصص التأسيس محصوراً بأمرين أما إصدارها في نظام الشركة الأساس أو بصدر قرار من الجمعية العامة، أما النظام الحالي لم يتطرق لذلك لذا أجد من المناسب تحديد آلية إصدار هذه الحصص، وأجد من المناسب أن يكون الإصدار من قبل المؤسسين عند كتابة نظام الشركة أو الجمعية العمومية بعد تشكيلها.

٦. من الضروري أن يقوم المنظم السعودي في النظام الحالي ببيان آلية تداول هذه حصص التأسيس التي أجازها في المادة (١٣)، وألا يترك

الأمر لاجتهاد الفقهاء في البحث عن القواعد العامة أو الاستئناس بالأنظمة الملغاة التي تناولت ذات الموضوع، ومن هذه القيود وضع مدة تحريم لتداول هذه الحصص، إذا إن تركها دون قيود يسمح لملاكها بالبيع المباشر وبالتالي فتح باب التحايل للمؤسسين الذين يقومون على مشروع فاشل أو يرتكبون أثناء التأسيس بعض الأفعال الضارة بالشركة، ثم يسارعون بمجرد إنشاء الشركة إلى التخلص من أسهمهم مقابل قبض قيمتها، لذلك من الواجب أن يربط مصير المؤسسين بمصير الشركة، وفي ذلك نوعاً من ضمان جدية المؤسسين وصدق نواياهم.

٧. من المناسب على المنظم السعودي النص على آلية مشاركة أصحاب حصص التأسيس في حياة الشركة، وأن لا تتم مساواتهم بالمساهمين الآخرين في الشركة، وإذا كنا نطالب بعدم مساواتهم بالمساهمين الأصليين فإننا كذلك لا نرى حرمانهم المطلق من المشاركة، ونرى أن تكون مشاركتهم من خلال جمعية تضم ملاك أصحاب هذه الحصص، وأن لأعضاء جمعية حصص التأسيس حضور الجمعيات العمومية والمحافظة على الحقوق الجماعية لأصحاب هذه الحصص، وأنه يحق لهم الاعتراض على قرارات الجمعية العمومية في حال اعتقد ملاك هذه الحصص أن تلك القرارات تؤدي إلى الإضرار بمصالحهم، دون أن يكون لهؤلاء الممثلين لتلك الجمعية حق في التصويت على قرارات الجمعية العمومية، إذ إننا نمنحهم حق الاعتراض دون حق التصويت.

٨. لم يحدد المنظم السعودي نسبة معينة من الأرباح كحد أعلى مما يمكن توزيعه على أصحاب هذه الحصص، لذلك نرى أنه يجب للشركة ألا تخل بالمبادئ العامة لهذه الحصص، وألا تضار بهذه الحصص أصحاب الأسهم، أو أن تضار بهم مصالح الشركة، فيجب أن تكون النسبة في حدود النسبة المنطقية، بعد اقتطاع الاحتياطي النظامي للشركة، وبعد توزيع الأرباح على المساهمين، وإذا كان هذا من المنطقي جداً فإننا نرى ضرورة النص عليه في النظام الحالي بما يسهم في حفظ حقوق أصحاب هذه الحصص، وحقوق الشركة والشركاء فيها كذلك، وبما يزيل اللبس أو الإشكال الذي قد يثور عند توزيع الأرباح لأصحاب هذه الحصص.

٩. لم يبين المنظم السعودي ما يتعلق بأحقية أصحاب حصص التأسيس في موجودات الشركة عند التصفية، ويرى الباحث أن حق صاحب حصة التأسيس في موجودات الشركة يكون بعد سداد ديونها وإعادة قيمة الأسهم للمساهمين، فإن تبقى فائض فيكون لأصحاب الحصص مع المساهمين سواسية في محاصة موجودات الشركة، بالقدر الذي لا يزيد عن النسبة المحددة لهم في صك الحصة، فإن زادت الموجود عن النسبة المقررة في حصة الأرباح فإن الباقي يستأثر به المساهمين دون أصحاب حصص التأسيس، حيث إن وصولهم للنسبة العليا المقررة في الحصة يجعلهم غير مستحقين لغيرها من موجودات الشركة.

وهذا الرأي هو اجتهاد لا يمكن الإلزام به، لذلك كان من الأولى على المنظم النص على هذه الحالة، وعدم ترك الموضوع لاجتهاد شراح النظام، أو فقهاء القانون، أو الباحثين في نظام الشركات.

١٠. لم يحدد النظام ما إذا كان منح حصص التأسيس يكون بعد تقديم العمل أو الخدمة فتكون هذه الحصص حقيقية مقابل ما تم تقديمه من عمل أو خدمة، أو أن هذه الحصص تم الحصول عليها بمجرد الوعد بتقديم العمل أو الخدمة من قبل مقدمها؛ ونظرًا لغياب النص النظامي أجد من المناسب ألا يتم إعطاء هذه الحصص إلا بعد تقديم العمل أو الخدمة التي عادت على الشركة بالنفع وتحقيق أهدافها، وبعد تقويمها التقويم العادل الذي يوازن بين قيمة الحصة وقيمة العمل المقدم أو الخدمة المقدمة، وألا يترك ذلك لتقدير المؤسسين للشركة، لأن المؤسسين هم غالبًا أصحاب حصص التأسيس، مما يخشى معه مبالغتهم في تقدير قيمة الحصة مقابل ما تم تقديمه من عمل أو خدمة.

فهرس المصادر والمراجع

١. أحكام السوق المالية، محمد عبد الغفار الشريف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة العالم الإسلامي بجدة، المجلد الثاني، الدورة السادسة.
٢. الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٣. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، شرف الدين موسى الحجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
٤. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرادوي، تحقيق: محمد حامد فقي، مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولى، ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م.
٥. البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، تحقيق: أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
٦. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد الأزهرى الهروي، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار أحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
٧. حصص التأسيس والأرباح في الميزان الفقهي والقانوني - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي، د. إبراهيم علي المنصوري، وعبد العزيز بن محمد مهدة، مجلة الصراط، المجلد (٢٢)، العدد (٢)، الصادرة من كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات.
٨. حصص التأسيس والسندات التي تصدرها شركات المساهمة، هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، العدد ١٦، ٢٠١٢م.



٩. رواه أبو داود في سننه، سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
١٠. الشركات التجارية، د. سميحة القليوبي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٦م.
١١. الشركات التجارية في القانون المصري، د. عاطف محمد الفقي، بدون دار نشر، ٢٠٠٦م.
١٢. الشركات التجارية في ضوء التشريعات العربية، دار الفكر العربي، المنصورة، مصر، ٢٠١٢م.
١٣. صحيح البخاري - الجامع الصحيح -، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، عناية: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٤. الشركات التجارية، علي حسين يونس، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٧٣م.
١٥. موسوعة الشركات، محمد كامل أمين ملش، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، ١٩٥٧م.
١٦. الشركات التجارية، د. علي حسن يونس، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٧٣م.
١٧. الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز عزت الخياط، دار البشير، عمان، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
١٨. شركة المساهمة في النظام السعودي - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي، رسالة دكتوراه في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة، ١٤٠٦هـ.

- ١٩ . الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطا، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- ٢٠ . صحيح الترغيب والترهيب، العلامة ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- ٢١ . صحيح مسلم، للإمام مسلم بن الحجاج، حققه ورقمه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- ٢٢ . القانون التجاري السعودي، د. محمد بن حسن الجبر، شركة المعرفة، الرياض، الطبعة السادسة، ١٤٤٣هـ-٢٠١٢م.
- ٢٣ . القانون التجاري، د. أبو زيد محمود رضوان، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م.
- ٢٤ . القانون التجاري، د. محمود سمير الشرقاوي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٩م.
- ٢٥ . القواعد النورانية الفقهية، تقي الدين ابن تيمية، تحقيق: د. أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- ٢٦ . لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت.
- ٢٧ . الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، مطبعة المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٦٩هـ-١٩٧٦م.
- ٢٨ . مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، ١٤٢٥هـ.



٢٩. مختار الصحاح، زيد الدين محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠-١٩٩٩م.
٣٠. المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٣١. مسند الإمام أحمد، أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٣٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد الفيومي الحلبي، المكتبة العلمية، بيروت.
٣٣. المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثامنة، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
٣٤. معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، أحمد زكي بدوي وصديقة يوسف محمد، دار الكتاب اللبناني للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ١٩٩٤م.
٣٥. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، مصر.
٣٦. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٣٧. المغني، موفق الدين ابن قدامة، تحقيق د. عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٣٨. موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٥م.

٣٩. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ١٤٠٤-١٤٢٧هـ.
٤٠. نظام الشركات السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ.
٤١. نظام الشركات السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥هـ.
٤٢. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٨/١/١٤٣٧هـ.
٤٣. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، محمد بن قاسم الرصاع، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.



مسوّغات طلب المرأة فسخ النكاح لمصلحتها

أ. د. عمر بن عبد العزيز السعيد

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الملك فيصل

المقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أدى الأمانة، وبلغ الرسالة، ونصح الأمة، وجاهد في الله حق الجهاد، صلى الله عليه وعلى آله الأطهار، وصحبه الأخيار، من المهاجرين والأنصار، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وسلّم تسليمًا كثيرًا.

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾﴾^(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 ﴿٧١﴾﴾^(٢).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَلْتَنْظُرْ نَفْسٌ مَّا قَدَّمَتْ لِغَدٍ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿١٨﴾﴾^(٣).

(١) الآية (١٨) من سورة النساء.

(٢) الآيتان (٧٠-٧٠) من سورة الأحزاب.

(٣) الآية (١٨) من سورة الحشر.

أما بعد.

فإن الشريعة جاءت بتحقيق المصالح وتكثيرها، ودرء المفسد وتقليلها، والعلاقة بين الزوجين مبنية على المودة والرحمة، وقد جاء الوعيد للمرأة إذا سألت زوجها الطلاق من غير عذر كما في حديث ثوبان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة))^(١)، إلا أن هناك جملة من الحالات ذكرها الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى يسوغ للمرأة معها أن تطلب فسخ النكاح لأموور راجعة لمصلحتها على خلاف لهم في تفاصيلها، فأحببت أن أجمعها في سفر واحد؛ لتكون محل بحثي فاستعنت بالله تعالى على الكتابة في هذا الموضوع وجعلت عنوان البحث: «مسوغات طلب المرأة فسخ النكاح لمصلحتها».

أسباب اختيار الموضوع:

١- التقرب إلى الله تعالى بطلب العلم من خلال البحث عن مسائل الموضوع.

٢- أن كثيراً من تلك المسوغات محل خلاف وجدل بين أهل العلم، فأحببت بحثها والتقصي في معرفة كلام أهل العلم فيها، وبيان الراجح منها، مع الإشارة لما أخذ به نظام الأحوال الشخصية السعودي من تلك الأقوال.

(١) رواه أحمد في مسند ثوبان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، (٦٢ / ٢٧). قال محقق المسند: حديث صحيح.

٣- حاجة المجتمع لمعرفة تلك المسوغات؛ ليحرص الزوج على تجنبها، وتعلم المرأة حقها في حال وجودها.

الدراسات السابقة:

- وقفت على بحث لفضيلة الشيخ سامي بن عبد الرحمن البطي، القاضي بمحكمة الأحوال الشخصية بالرياض - وفقه الله تعالى- بعنوان: مسوغات طلب المرأة فسخ النكاح، منشور في مجلة العدل في العدد (٧٨) من شهر رجب عام ١٤٣٨ هـ. وبعد الاطلاع عليه، يتضح الاتفاق في عنوان البحث، وكثير من مسائله، إلا أن هذا البحث انفرد بالمسائل التالية:

- طلب المرأة فسخ النكاح لامتناع الزوج عن وطئها.
- طلب المرأة فسخ النكاح لإخلال الزوج بشرط من شروطها.
- طلب المرأة المعتقة فسخ النكاح من زوجها.
- الإشارة إلى نظام الأحوال الشخصية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ٦/٨/١٤٤٣ هـ. ومما يلتمس للباحث - وفقه الله تعالى- أنه حال كتابته لبحثه لم يصدر النظام بعد. فاستعنت بالله تعالى على الكتابة فيه.

خطة البحث:

وقد انتظم عقد هذا البحث في: مقدمة، وتمهيد، وثمانية مباحث، وخاتمة.

وهذا بيانها:

المقدمة:

وتشتمل على: أسباب اختيار الموضوع، الدراسات السابقة، خطة البحث، منهج البحث.

التمهيد: التعريف بعنوان البحث.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المسوغات.

المطلب الثاني: تعريف الفسخ.

المطلب الثالث: تعريف النكاح.

المطلب الرابع: تعريف المصلحة.

المبحث الأول: طلب المرأة فسخ النكاح لوجود عيب بالزوج.

المبحث الثاني: طلب المرأة فسخ النكاح لإعسار الزوج عن النفقة الواجبة لها.

المبحث الثالث: طلب المرأة فسخ النكاح لامتناع الزوج عن النفقة الواجبة لها.

المبحث الرابع: طلب المرأة فسخ النكاح لإعسار الزوج عن دفع صداقها.

المبحث الخامس: طلب المرأة فسخ النكاح لامتناع الزوج عن وطئها.

المبحث السادس: طلب المرأة فسخ النكاح لغياب الزوج.

المبحث السابع: طلب المرأة فسخ النكاح لإخلال الزوج بشرط من شروطها.

المبحث الثامن: طلب المرأة المعتقة فسخ النكاح من زوجها.
الخاتمة:

وفيها أهم نتائج البحث.

فهرس المراجع والمصادر.

منهج البحث:

اعتمدت في البحث على المنهج الاستقرائي، وسرت في بحث مسائله على الآتي:

١- أبين المراد بالمسألة -إن احتاجت إلى ذلك- قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانّه المعتمدة.

٣- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فأتبع ما يلي:

- تحرير محل الخلاف، إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

- ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم. ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.
- الاختصار على المذاهب الفقهية الأربعة، وقد أشير لمذهب الظاهرية، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما، فأسلك بها مسلك التخريج.
- توثيق الأقوال من كتب المذهب نفسه.
- استقصاء أدلة الأقوال، مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت ثم إجابة.
- الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.
- ٤- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية، في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.
- ٥- كتابة الآيات بخط المصحف، مع بيان اسم السورة، ورقم الآية.
- ٦- تخريج الأحاديث مع بيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها.
- ٧- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية.
- ٨- التعريف بالمصطلحات، وشرح الغريب معتمداً في ذلك على كتب اللغة.

- ٩- العناية بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم.
- ١٠- إعداد خاتمة للبحث تبرز فيها إبراز أهم النتائج.
- ١١- اتباع البحث بفهرس للمصادر والمراجع.
- ولا يسعني في هذه المقدمة إلا أن أتوجه بالشكر لله تعالى على ما يسّر وأعان، وأسأل الله تعالى أن يجعله حجة لي لا عليّ، وأن ينفعني به يوم ألقاه.



التمهيد

التعريف بعنوان البحث

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المسوغات:

المسوغات جمع مسوغ، مأخوذ من الفعل الثلاثي ساغ يسوغ سوغاً من باب قال، بمعنى سهل مدخله في الحلق، وأسغته إساعة جعلته سائغاً ويتعدى بنفسه في لغة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَكَادُ يُسِيغُهُ﴾^(١) أي يبتلعه، ومن هنا قيل: ساغ فعل الشيء بمعنى الإباحة، ويتعدى بالتضعيف فيقال: سوّغته أي أبحته^(٢).

المطلب الثاني: تعريف الفسخ:

تعريف الفسخ في اللغة:

الفسخ في اللغة مصدر فسّخ الشيء يفسّخه فسّخاً فانفسخ أي انتقض، قال في مقاييس اللغة: «الفاء والسين والحاء كلمة تدل على نقض شيء، يقال: تفسّخ الشيء: انتقض»^(٣). ومنه: فسخت العود فسّخاً: أزلته عن موضعه بيدك فانفسخ. وفسخت الثوب: ألقيته.

(١) جزء من آية (١٧) من سورة إبراهيم.

(٢) ينظر: المصباح المنير، (ص ٢٩٥-٢٩٦).

(٣) (٢/ ٣٥٤). وينظر: القاموس المحيط، (ص ٣٢٩).

وفسخت العقد فسحاً: رفعته، وتفاسخ القوم العقد: توافقوا على فسحه. وفسخت البيع والأمر: نقضتها. وفسخت الشيء: فرقته^(١).

تعريف الفسخ اصطلاحاً:

هو «حل ارتباط العقد، ورفعته ورده»^(٢).

والمراد بفسخ النكاح: «نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره»^(٣).

المطلب الثالث: تعريف النكاح:

تعريف النكاح لغة:

جاء في مقاييس اللغة: «النون والكاف والحاء أصل واحد، وهو البضاع، ونكح ينكح، وامرأة ناكح في بني فلان، أي ذات زوج منهم»^(٤). مأخوذ من تناكح الأشجار إذا انضمت بعضها إلى بعض، أو نكح المطر الأرض إذا اختلط في ثراها. واختلف فيه فقيل: هو حقيقة في العقد. وقيل: هو حقيقة في الوطء. وقيل: النكاح مجاز في العقد والوطء جميعاً؛ لأنّه مأخوذ من غيره فلا يستقيم القول بأنّه حقيقة لا فيها ولا في أحدهما؛ ويؤيده أنّه لا يفهم العقد إلا بقريضة نحو نكح في

(١) ينظر: المصباح المنير، (ص ٤٧٢).

(٢) تحفة المحتاج، (٦/ ٣٧٥).

(٣) التفريق بالعيب بين الزوجين، والآثار المترتبة عليه، (ص ١١٤).

(٤) مقاييس اللغة، (٥/ ٤٧٥).

بَنِي فَلَانٍ، وَلَا يَفْهَمُ الْوَطْءُ إِلَّا بِقَرِينَةٍ نَحْوِ نِكَاحِ زَوْجَتِهِ وَذَلِكَ مِنْ
عَلَامَاتِ الْمَجَازِ. وَإِنْ قِيلَ غَيْرَ مَاخُوذٍ مِنْ شَيْءٍ فَيُتْرَجَحُ الْإِشْتِرَاكُ؛ لِأَنَّهُ
لَا يُفْهَمُ وَاحِدٌ مِنْ قِسْمِيهِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ^(١).

تعريف النكاح اصطلاحًا:

سأذكر تعريف كل مذهب للنكاح ثم أبين التعريف المختار.

عرف الحنفية النكاح بأنه: عقد يفيد ملك المتعة أي حل استمتاع
الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي^(٢).

وعرفه المالكية بأنه: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير
موجب قيمتها^(٣).

وعرفه الشافعية بأنه: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو
تزويج أو ترجمته^(٤).

وعرفه الحنابلة بأنه: عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته^(٥).

من خلال التعريفات يظهر اتفاقها على أن النكاح عقد، وأن
المقصود منه استباحة الاستمتاع بالمرأة، وانفرد الشافعية والحنابلة

(١) ينظر: لسان العرب، (٢/٦٢٥-٦٢٦)، المصباح المنير، (٢/٦٢٤)، المعجم
الوسيط، (٢/٩٥١).

(٢) حاشية ابن عابدين، (٣/٤-٣). وينظر: العناية شرح الهداية، (٣/١٨٣).

(٣) مواهب الجليل، (٣/٤٠٣). وينظر: الشرح الصغير، (٢/٣٣١).

(٤) مغني المحتاج، (٤/٤٠٠). وينظر: نهاية المحتاج، (٦/١٧٦).

(٥) كشف القناع، (٥/٥). وينظر: الإنصاف، (٣/٨).

باعتبار أن يكون العقد بلفظ النكاح والتزويج، ومع تقارب التعريف لديهم إلا أن تعريف الشافعية تميز بذكر المقصد من العقد فجاء فيه: يتضمن إباحة وطء، كما نص الحنفية على عدم وجود مانع يمنع نكاح المرأة، وعليه فيمكن أن يكون التعريف المختار: عقد يتضمن إباحة استمتاع كل من الزوجين بالآخر بلفظ نكاح أو تزويج.

المطلب الرابع: تعريف المصلحة:

المصلحة مأخوذة من الفعل الثلاثي صلح، جاء في مقاييس اللغة: «الصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد، يقال: صلح الشيء يصلح صلاحًا ويقال: صلح بفتح اللام»^(١). وصلح الشيء صلوحًا من باب قعد، وصلاحًا أيضًا، وصلح بالضم لغة، وهو خلاف الفساد، وأصلحته فصلح وأصلح أتى بالصلاح وهو الخير، وفي الأمر مصلحة أي خير، والجمع مصالح. والمصلحة: الصلاح والمنفعة^(٢). وهو المعنى المراد به في البحث.

وبناء على ما سبق فيكون المراد بـ مسوغات طلب المرأة فسخ النكاح لمصلحتها: كل ما يبيح للمرأة طلب حل نكاحها وفسخه لأمر يعود نفعها وخيرها لها، وإضافة قيد لمصلحتها ليخرج ما فيه خير ومصلحة لغيرها.

(١) مقاييس اللغة، (٣/٣٠٣).

(٢) ينظر: المصباح المنير، (١/٣٤٥)، المعجم الوسيط، (١/٥٢٠).

المبحث الأول طلب المرأة فسخ النكاح لوجود عيب بالزوج

المطلب الأول: تصور المسألة:

قد يُتلى الزوج أو الزوجة بعيب يكون سبباً في عدم التوافق بينهما، ونظراً لأن موضوع البحث عن مسوغات طلب المرأة فسخ النكاح فسيكون البحث عن طلب الزوجة فسخ النكاح لوجود عيب في زوجها.

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع وعرض الأقوال:

تحرير محل النزاع:

إذا كانت الزوجة عالمة بعيب زوجها وقت العقد أو بعده ورضيت به، فلا يحق لها طلب فسخ النكاح ولا خيار لها بلا خلاف؛ قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب، أن لا يكون عالماً بها وقت العقد، ولا يرضى بها بعده، فإن علم بها في العقد، أو بعده فرضي، فلا خيار له، لا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه رضي به»^(١).

أما إذا لم تكن عالمة، أو بعدما علمت لم ترض. فقد اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في كونه مسوغاً لطلب المرأة فسخ النكاح على قولين:

(١) المغني، (١٠/٦١). وينظر: الاستذكار، (١٤/١٣٤).

القول الأول: أن العيب بالرجل مسوّغ للمرأة طلب فسخ النكاح:

وهو قول جمهور العلماء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، على تفصيل عندهم في تحديد تلك العيوب، وضابطها^(٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، (٢/٣٢٢، ٣٢٧)، تبيين الحقائق وحاشيته، (٢/١٢٢).
(٢) ينظر: مواهب الجليل، (٣/٤٤٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢/٢٧٧).

(٣) ينظر: البيان، (٩/٢٩٠)، مغني المحتاج، (٤/٣٤٠-٣٤١).

(٤) ينظر: المغني، (١٠/٥٦)، المحرر لأبي البركات، (٢/٢٤)، شرح منتهى الإرادات، (٢/٦٧٥).

(٥) وتنقسم العيوب التي تكون في الرجل فيحق للمرأة طلب فسخ نكاحها إلى قسمين:

قسم يشترك فيه الرجال والنساء، وقسم يختص بالرجال.

القسم الأول: كالجنون والبرص والجذام.

وقد اختلف الجمهور فيها على قولين:

القول الأول: لا خيار للزوجة في فسخ النكاح لو كان الزوج جنون أو برص أو جذام. وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللهُ. ينظر: العناية، (٤/٣٠٥).

القول الثاني: يثبت للزوجة حق الفسخ لو كان الزوج جنون أو برص أو جذام وهو قول محمد من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة. ينظر: العناية، (٤/٣٠٥)، الشرح الصغير، (٢/٤٦٨)، مغني المحتاج، (٤/٣٤٠)، كشاف القناع، (٥/١٠٥-١٠٩).

الأدلة والمناقشة:

استدل أصحاب القول الأول: بأن هذه العيوب لا تمنع من حصول الوطاء. ينظر: العناية، (٤/٣٠٥).

استدل أصحاب القول الثاني: بأن هذه العيوب توجب نقصاً في الزوج، ولم تعلم به الزوجة، كما أنها توجب نفرة منه، فثبت لها حق الفسخ.

وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي، فقد جاء في المادة الرابعة بعد المائة: «لكل من الزوجين طلب فسخ عقد الزواج لعلّة مضرّة في الآخر أو منفرة تمنع المعاشرة الزوجية - سواءً كانت العلة قبل عقد الزواج أو طرأت بعده - ما لم يكن طالب الفسخ عالماً بالعلّة حين إبرام العقد أو علم بها بعد إبرامه وحصل منه ما يدل على الرضا بها من قول أو فعل. للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة في معرفة العلة وتقديرها».

القول الثاني: أن العيب بالرجل لا يسوّغ للمرأة طلب فسخ النكاح:

وهو قول الظاهرية^(١).

= الترجيح: يظهر رجحان القول الثاني؛ لأن من مقاصد النكاح حصول السكن بين الزوجين، ولا يتحقق مع هذه العيوب.

القسم الثاني: كالجب وهو مقطوع الذكر كله أو بعضه بحيث لا يبقى منه ما يطاق به، ويلحق به كل عيب في الذكر يمنع من الوطاء كالخصاء، وأشل الذكر، وغيره.

وقد نص فقهاء المذاهب الأربعة على ثبوت حق الفسخ للزوجة في هذه العيوب. ينظر: العناية، (٤/ ٣٠٥)، الشرح الصغير، (٢/ ٤٦٨)، مغني المحتاج، (٤/ ٣٤٠). كشاف القناع، (٥/ ١٠٥-١٠٩).

(١) ينظر: المحلى، (٩/ ٢٧٩). هذا رأي الظاهرية ما لم يشترط أحدهما السلامة من العيوب. «فإن اشترطا السلامة في عقد النكاح فوجد عيباً - أي عيب كان - فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته، ولا صداق فيه، ولا ميراث، ولا نفقة - دخل أو لم يدخل - لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج، ولأن السلامة غير المعيبة بلا شك». المحلى، (٩/ ٢٨٩).

سبب الخلاف:

اختلافهم في حجية القياس، ومنه قياس النكاح على البيع، فالظاهرية لا يرون القياس دليلاً شرعياً، وأما غيرهم فيرونه دليلاً شرعياً^(١).

الأدلة والمناقشة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بثلاثة أدلة:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بمعروف، بأن يوفيهما حقها ويحسن عشرتها، وألا يظلمها شيئاً من حقها، فإذا وُجد بالزوج عيبٌ يمنع ذلك، -ولم ترض به- تعيّن التسريح بالإحسان، فإن سرح بنفسه، وإلا حُق للمرأة طلب الفسخ^(٣).

(١) ينظر: بداية المجتهد، (٢/ ٦١)، سبل السلام، (٢/ ٢٠٠). وقد ذكر العلامة ابن رشد سبباً آخر يتعلق في الخلاف في حجية قول الصحابي. وفي نظري أن هذا السبب يتعلق باختلاف الجمهور في تحديد العيوب وضابطها.

(٢) جزء من آية (٢٢٩) من سورة البقرة.

(٣) ينظر: المبسوط، (٥/ ٩٧)، بدائع الصنائع، (٢/ ٣٢٣).

الدليل الثاني: حديث ابن عباس قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

((لا ضرر ولا ضرار))^(١).

وجه الاستدلال: أن بقاء الزوجة مع زوج -به عيب مؤثر وهي لا تريد البقاء معه- ضرر عليها، وظلم لها، ولا يُزال إلا بتمكينها من طلب فسخ نكاحها منه^(٢).

الدليل الثالث: أن فوات المقصود من عقد النكاح يثبت للزوجة

حق رفع العقد من أصله، فإذا كان الزوج به عيب يفوّت مقصود الزوجة من النكاح، تعيّن إثبات حق التفريق لها^(٣).

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، (٧٨٤ / ٢)، ورواه أحمد في مسند عبد الله بن عباس (٣١٣ / ١)، ورواه مالك مرسلاً في الموطأ في كتاب الأفضية باب القضاء في المرفق، (ص ٥٧١)، وله شاهد من حديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، (٧٨٤ / ٢)، ورواه أحمد في مسند عبادة بن الصامت، (٣٢٦ / ٥)، والبيهقي في السنن الكبرى، (١٥٦ / ٦)، وله شاهد من حديث أبي سعيد عند الحاكم في مستدركه، (٦٦ / ٢)، والدارقطني في سننه، (٧٧ / ٣)، والبيهقي في السنن الكبرى، (٦٩ / ٦). قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه. حسنه ابن رجب وقال: «له طرق يقوي بعضها بعضاً». جامع العلوم والحكم، (٢٠٧ / ٢).

(٢) ينظر: المبسوط، (١٠١ / ٥).

(٣) ينظر: المبسوط، (١٠١ / ٥).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بدليين:

الدليل الأول: عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: «جاءت امرأة رفاعة القرظي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت: كنتُ عند رفاعة فطلقني فأبَتَّ طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير إنما معه مثل هدبة الثوب^(١). فقال: ((أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)). وأبو بكر جالس عنده وخالد بن سعيد بن العاص بالباب ينتظر أن يؤذن له فقال: يا أبا بكر ألا تسمع إلى هذه ما تجهر به عند النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ!))^(٢).

وجه الاستدلال: أن هذه الزوجة جاءت إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تشكو زوجها بأن فيه عيباً في ذكره وتريد مفارقه فلم يُشكها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولم يثبت لها الخيار، وإذا لم يثبت لها الخيار في هذا العيب، فغيره من باب أولى^(٣).

وأجيب عنه: بأن دعوى هذه المرأة وجود العيب في زوجها غيرٌ صحيحة فقد ردَّ عليها زوجها كما في رواية البخاري عن عكرمة أن رفاعة طلق امرأته فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير القرظي.... قال

(١) هدب الثوب طرفه مما يلي طرته، ومرادها أن ذكره رخو مثل طرف الثوب لا يغني عنها شيئاً. النهاية في غريب الحديث، (٥/٢٤٩).

(٢) رواه البخاري في كتاب الشهادة باب شهادة المختبي، (ص ٥٢٤-٥٢٥).

(٣) ينظر: طرح الشريب، (٧/٩٩)، بدائع الصنائع، (٢/٣٢٢)، المحلى، (٩/٢٠٩).

وسمع أنها قد أتت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فجاء ومعه ابنان له من غيرها، قالت: والله ما لي إليه من ذنب إلا أن ما معه ليس بأغني عني من هذه، وأخذت هدبة من ثوبها، فقال: كذبت والله يا رسول الله إني لأنفضها نفض الأديم^(١)، ولكنها ناشز تريد رفاعه، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فإن كان ذلك لم تحيي له أو لم تصلحي له حتى يذوق من عَسَيْلتك))، قال وأبصر معه ابنين له فقال: بنوك هؤلاء؟ قال: نعم. قال: ((هذا الذي تزعمين ما تزعمين! فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب))^(٢). وبناء على ذلك فليس في الحديث ما يدل على عدم جواز التفريق بالعيب؛ لعدم وجود العيب^(٣).

الدليل الثاني: «أن كل نكاح صح بكلمة الله عَزَّوَجَلَّ وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقد حرم الله تعالى بشرتها وفرجها على كل من سواه، فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾^(٤)»^(٥).

وأجيب عنه من وجهين:

الأول: أن هذا مطالبة بالدليل وقد سبق ذكر أدلة القول الأول.

(١) أي: أجهدها وأعركها كما يفعل بالأديم عند دباغته. النهاية في غريب الحديث، (٩٨/٥).

(٢) رواه البخاري في كتاب اللباس، باب الثياب الخضراء، (ص ١٢٤٨-١٢٤٩).

(٣) ينظر: طرح الشريب، (٧/٩٩-١٠٠).

(٤) جزء من آية (١٠٢) من سورة البقرة.

(٥) المحلى، (٢٠٨/٩).

الثاني: أن الآية واردة في التفريق بالسحر وهو ضرر محض، وأما التفريق بالعيب فهو نفي للضرر، وبينهما فرق ظاهر.

الترجيح:

بالنظر فيما سبق ذكره من القولين وأدلتها والمناقشات الواردة على الأدلة، يتبين رجحان القول الأول أن للمرأة طلب الفسخ لوجود عيب بالزوج مؤثر في حياتها معه؛ لقوة أدلتهم، وقد أجيب عن أدلة القول الثاني، ولأنه موافق لقواعد الشريعة في رفع الضرر، ولأن من مقاصد الشريعة في النكاح ما جاء في الحديث: ((فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج))^(١). وبقاء المرأة مع زوج به عيب مؤثر على معاشرته لها، وهي لا ترغب فيه لا يحقق تلك المقاصد فثبت لها حق فسخ النكاح.

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، (ص ١١٠١).

المبحث الثاني

طلب المرأة فسخ النكاح

لإعسار الزوج عن النفقة الواجبة

المطلب الأول: تصور المسألة:

أن تطلب المرأة فسخ نكاحها بسبب إعسار زوجها عن الإنفاق عليها.

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع وعرض الأقوال:

أجمع العلماء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها^(١)، ولكنهم اختلفوا في طلب الزوجة فسخ النكاح إذا أعسر الزوج عن نفقتها الواجبة لها، ولهم فيها قولان:

القول الأول: لا يحق للمرأة أن تطلب فسخ النكاح لإعسار زوجها عن النفقة الواجبة لها:

وهذا قول الحنفية^(٢)، والظاهرية^(٣).

(١) ينظر: المغني، (١١/٣٤٨).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق، (٣/٥٤)، الهداية، (٢/٢٨٧)، رد المحتار، (٣/٥٩٠).

(٣) ينظر: المحلى، (٩/٢٧٩).

القول الثاني: للمرأة أن تطلب فسخ النكاح لإعسار الزوج عن النفقة الواجبة لها:

وهذا قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣). وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي، فقد جاء في المادة السابعة بعد المائة: «تفسخ المحكمة عقد الزواج بناءً على طلب الزوجة إذا ادعى الزوج الإعسار بالنفقة الواجبة لزوجته ولو كانت عاملة بذلك قبل عقد الزواج. ولها طلب الفسخ فوراً أو متراخياً».

الأدلة والمناقشة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بخمسة أدلة:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾^(٤).

- (١) ينظر: المنتقى، (٤/ ١٣١). وجاء في المنتقى: «فإن عدم أحد الأمرين النفقة أو الكسوة ووجد الآخر فقد قال ابن وهب يفرق بينهما»، (٤/ ١٣١-١٣٢).
- وينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، (٢/ ٧٤٥-٧٤٦).
- (٢) ينظر: البيان، (١١/ ٢٢٠)، تحفة المحتاج، (٨/ ٣٣٦)، مغني المحتاج، (٥/ ١٧٦-١٧٧).
- (٣) ينظر: المغني، (١١/ ٣٦١)، كشف القناع، (٥/ ٣٧٦-٣٧٧)، شرح منتهى الإرادات، (٣/ ٢٣٥-٢٣٦).
- (٤) جزء من الآية (٧) من سورة الطلاق.

وجه الاستدلال: أن الإنفاق من المعسر تكليف له فوق استطاعته فلا يجب عليه، وعليه فلا يكون الإعسار سبباً في التفريق بين الزوجين؛ لأنه لم يذكر في الآية^(١).

وأجيب عنه من وجهين:

الأول: أن الآية ليس فيها ذكر للمعسر، وإنما ذكرت الغني والفقير. قال القرطبي في تفسيره لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾^(٢) «أي لا يكلف الفقير مثل ما يكلف الغني»^(٣).

الثاني: وعلى فرض التسليم أن الآية في المعسر، فلا يلزم من عدم تكليف المعسر بالنفقة عدم جواز طلب الزوجة فسخ النكاح؛ لأنه كما لا يكلف بالنفقة؛ لعسره، لا تكلف هي بالبقاء معه؛ لأن فيه ضرراً عليها^(٤)، لا سيما مع وجود أدلة أخرى تثبت لها حق فسخ النكاح كما سيأتي.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٥).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر صاحب الدين أن يُنظر المعسر إلى الميسرة، وغاية النفقة الواجبة للزوجة على زوجها أن تكون ديناً، فهي

(١) ينظر: زاد المعاد، (٥/٥١٨)، تبين الحقائق، (٣/٥٤).

(٢) جزء من الآية (٧) من سورة الطلاق.

(٣) الجامع لأحكام القرآن، (١٨/١١٣).

(٤) ينظر: سبل السلام، (٢/٣٢٧).

(٥) جزء من آية (٢٨٠) من سورة البقرة.

مأمورة بإنظار الزوج إلى الميسرة بنص القرآن، وليس لها حق طلب فسخ النكاح^(١).

وأجيب عنه: أننا نسلم بذلك فيما مضى، لكن لا نسلم به فيما يستقبل؛ لما فيه من الضرر عليها، وثمة فرق بين إثبات الفسخ بعجزه عن النفقة السابقة، وبين إثباتها لعجزه عن النفقة المقبلة^(٢).

الدليل الثالث: عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: «دخل أبو بكر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يستأذن على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فوجد الناس جلوسًا ببابه لم يؤذن لأحد منهم. قال: فأذن لأبي بكر فدخل ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جالسًا حوله نساؤه واجمًا^(٣) ساكتًا، قال فقال: لأقولن شيئًا أضحك النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمتم إليها فوجأت عنقها^(٤)، فضحك رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال: ((هنّ حولي كما ترى يسألنني النفقة))، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما ليس عنده؟! فقلن: والله لا نسأل رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شيئًا أبدًا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرًا أو تسعًا وعشرين ثم نزلت عليه هذه الآية: ﴿يَأْتِيهَا

(١) ينظر: زاد المعاد، (٥/١٩٥)، مغني المحتاج، (٥/١٧٦).

(٢) ينظر: مغني المحتاج، (٥/١٧٦).

(٣) الواجم: الذي أسكته هم، وقيل: الوجوم: الحزن. النهاية في غريب الحديث، (٥/١٥٧).

(٤) الوجء: الضرب باليد، يقال وجأه في عنقه. المغرب، (١/٤٧٧).

التَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ ﴿٢٩﴾ حتى بلغ ﴿فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾^(١) قال: فبدأ بعائشة، فقال: ((يا عائشة إني أريد أن أعرض عليك أمرًا أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيرني أبويك))، قالت: وما هو يا رسول الله؟ فتلا عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبوي! بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: ((لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها إن الله لم يعثني معتًا ولا متعتًا ولكن بعثني معلمًا ميسرًا))^(٢).

وجه الاستدلال: أن أبا بكر وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ضربا ابنتيهما بحضرة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ إذ سألتاه نفقة لا يجدها، ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق، ويقرهما رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على ذلك! فدل على أنه لا حق لهما فيما طلبته من النفقة حال الإعسار، وإذا ثبت ذلك فكيف تمكّن المرأة من فسخ النكاح بما ليس لها حق في طلبه؟!^(٣).

وأجيب عنه من وجهين:

الأول: أن القصة ليس فيه أن أمهات المؤمنين سألن الطلاق، أو الفسخ، ولا يثبت الفسخ بمجرد الإعسار بل بطلبهن الفسخ، ومعلوم

(١) الآيات (٢٨-٢٩) من سورة الأحزاب.

(٢) رواه مسلم في كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير مرأته لا يكون طلاقًا، (ص ٧٨٢).

(٣) ينظر: زاد المعاد، (٥/٥١٩).

أنهن لا يسمحن بفراقه، فإن الله تعالى قد خيرهن فاخترن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والدار الآخرة، فلا دليل في القصة^(١).

الثاني: أما إقراره لأبي بكر وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا على ضربهما فلما علم من أن للآباء تأديب الأولاد إذا أتوا ما لا ينبغي، ومعلوم أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يفرط فيما يجب عليه من الإنفاق، فلعلهنّ طلبن زيادة على ذلك فتخرج القصة عن محل النزاع بالكلية^(٢).

الدليل الرابع: أن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لم يزل فيهم المعسر والموسر، وكان معسر وهم أضعاف أضعاف موسريهم فما مكّن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قط امرأة واحدة من الفسخ لإعسار زوجها، ولا أعلمها أن الفسخ حق لها^(٣).

وأجيب عنه: أنه لم يُعلم أن امرأة طلبت الفسخ، أو الطلاق لإعسار الزوج بالنفقة حتى تكون حجة، بل كان نساء الصحابة كرجالهن يصبرن على ضنك العيش وتعسره^(٤).

الدليل الخامس: أن المال تابع في النكاح، وفواته بإعساره عن النفقة لا يلحق بها هو المقصود وهو التناسل^(٥).

(١) ينظر: سبل السلام، (٣٢٧/٢).

(٢) ينظر: سبل السلام، (٣٢٧/٢).

(٣) ينظر: زاد المعاد، (٥١٩/٥).

(٤) ينظر: سبل السلام، (٣٢٧/٢).

(٥) ينظر: الهداية، (٢٨٧/٢).

وأجيب عنه: أن في فوات المال ضرراً بالبدن، وقد جاءت الشريعة بحفظ الأنفس.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بثمانية أدلة:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾^(١).

وجه الاستدلال: «أن الزوج إذا أعسر بنفقة زوجته فلها خيار الفسخ»^(٢).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الإمساك مع الإعسار بالنفقة ليس إمساكاً بمعروف، فثبت التسريح فإن لم يسرح فلها حق طلب فسخ النكاح^(٤).

الدليل الثالث: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول)). قال: سئل أبو هريرة: ما من تعول؟ قال:

(١) الآيات (٢٨-٢٩) من سورة الأحزاب.

(٢) الحاوي الكبير، (١١/١٧).

(٣) جزء من آية (٢٢٩) من سورة البقرة.

(٤) ينظر: المغني، (١١/٣٦٣)، البيان، (١١/٢٢١)، المبسوط، (٥/١٩٠).

امرأتك تقول: أطعمني أو أنفق علي - شك أبو عامر^(١) - أو طلقني .
وخادمك يقول: أطعمني واستعملني . وابنتك تقول: إلى من تدرني؟^(٢) .

وجه الاستدلال: أنه خيرّ الزوج بين النفقة على الزوجة أو طلاقها،
فإن لم يطلّق فلها طلب الفسخ^(٣) .

وأجيب عنه: أن محل الشاهد من الحديث موقوف على أبي هريرة
رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، كما في تحريجه، والخلاف في حجية قول الصحابي مشهور^(٤) .

الدليل الرابع: قوله رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٥) .

وجه الاستدلال: أن بقاء الزوجة مع زوج - ليس لديه ما ينفق
عليها - ضررٌ عليها، وظلمٌ لها لا يُزال إلا بتمكينها من طلب فسخ
نكاحها منه^(٦) .

(١) حصل لأحد الرواة شكٌّ في أي اللفظين، وهذا دليل على تحريه . وهو أبو عامر
العقدي عبد الملك بن عمرو البصري .

(٢) رواه أحمد، في مسند أبي هريرة (١٦ / ٤٥٨)، وابن خزيمة، (٩٦ / ٤)، والبيهقي،
(٤٦٦ / ٧) . ينظر: التلخيص الحبير، (٤ / ١٥) . قال ابن حجر في بلوغ المرام:
«وإسناده حسن» سبل السلام، (٢ / ٣٢٤) . قال محقق المسند: «حديث صحيح،
وأوله مرفوع، وآخره موقوف»، (١٢ / ٢٩٦) .

(٣) ينظر: سبل السلام، (٢ / ٣٢٥) .

(٤) ينظر: المستصفى، (ص ١٦٨) البحر المحيط، (٨ / ٥٥) .

(٥) سبق تحريجه، ص (٢٥٥) .

(٦) ينظر: سبل السلام، (٢ / ٣٢٥) .

الدليل الخامس: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كتب إلى الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى^(١).

وجه الاستدلال: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ خيّر الأجناد بين الإنفاق أو الطلاق، وهذا مع غيابهم عن زوجاتهم وبُعدهم عنهن، فدل على أن الزوج المعسر كذلك، فإن لم ينفق ولم يطلق ثبت للزوجة حق طلب الفسخ^(٢).

الدليل السادس: عن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل يعجز عن نفقة امرأته فقال: يفرّق بينهما. فقلت: سنّة؟ فقال: سنّة^(٣).

وجه الاستدلال: أن سعيد بن المسيب رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى وهو من كبار التابعين أثبت التفريق بسبب عجز الزوج عن النفقة ونسبه إلى السنّة، والأشبه أن يكون المراد بها سنة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٤).

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، (٤٦٩/٧). صححه الألباني في إرواء الغليل، (٢٢٨/٧)، رقم (٢١٥٩).

(٢) ينظر: المغني، (٣٦١/١١).

(٣) رواه ابن أبي شيبة في المصنف، باب ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته، (١٤٨-١٤٩/٤).

(٤) ينظر: مغني المحتاج، (١٧٦/٥).

وأجيب عنه: أن قول التابعي: «من السنة كذا» اختلف في دلالاته، فمنهم من يعده موقوفاً؛ فلا يكون حجة^(١).

الدليل السابع: أنه إذا ثبت حق الفسخ للزوجة بعجز الزوج عن الوطاء، والضرر فيه أقل، فلأن يثبت حق الفسخ للزوجة بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى^(٢).

واعترض عليه: أن هذا قياس ومن شرطه التسليم بحكم الأصل وهو - ثبوت حق فسخ النكاح بعجز الزوج عن الوطاء - وهو محل خلاف، فإذا لم يسلم بحكم الأصل فمن باب أولى عدم التسليم بحكم الفرع^(٣).

وأجيب عنه: أنه سبق ترجيح أن من مسوغات طلب المرأة فسخ النكاح وجود عيب مؤثر بالزوج فيكون القياس صحيحاً.

الترجيح:

بعد النظر في الأدلة وما ورد عليها من مناقشات يظهر رجحان القول الثاني، أن للمرأة طلب فسخ النكاح لإعسار زوجها عن النفقة

(١) قال النووي: «إذا قال التابعي: من السنة كذا ففيه وجهان... الصحيح منهما والمشهور: أنه موقوف على بعض الصحابة. والثاني: أنه مرفوع إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولكنه مرفوع مرسل». المجموع، (١/٩٩).

(٢) ينظر: المغني، (١١/٣٦٢)، سبل السلام، (٢/٣٢٦)، المبسوط، (٥/١٩٠).

(٣) ينظر: بحث ما يثبت به الأصل في القياس، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (٢١)، ص (٢٨ - ٣٢).

الواجبة؛ لقوة أدلتهم، وقد أجيب عن أدلة القول الأول، ولما فيه من رفع الضرر عن الزوجة ببقائها عند زوج لا يستطيع أن ينفق عليها.



المبحث الثالث طلب المرأة فسخ النكاح لامتناع الزوج عن النفقة الواجبة

المطلب الأول: تصور المسألة:

أن تطلب المرأة فسخ نكاحها بسبب امتناع زوجها عن الإنفاق عليها مع قدرته على النفقة.

الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها:

تتفق المسألتان في عدم نفقة الزوج على الزوجة، ويفترقان في السبب فسبب انعدام النفقة - في هذه المسألة - هو الامتناع مع قدرته على النفقة، أما المسألة السابقة فبسببه الإعسار (عدم القدرة على النفقة).

وقبل الشروع في بيان المسألة أنبّه على أن فرض المسألة في حال انعدام جميع الوسائل التي تتمكّن الزوجة من خلالها النفقة على نفسها. ومن تلك الوسائل^(١):

١ - إذا ظفرت بهال لزوجها فإنها تأخذه لتنفق على نفسها؛ لحديث عائشة أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح

(١) ينظر: رد المحتار، (٥٩٢/٣)، حاشية الدسوقي، (٥١٨-٥١٩)، نهاية المحتاج، (٢١٣/٧)، مطالب أولي النهى، (٦٣٩-٦٤٠).

وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم.
فقال: ((خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف))^(١).

٢- أن تستدين على زوجها.

٣- أن ترفع أمرها للقاضي ويجبره على النفقة.

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع وعرض الأقوال:

واختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في كون امتناع الزوج عن النفقة على زوجته مسوغاً للزوجة في فسخ نكاحها إذا تعذرت الوسائل السابقة على قولين:

القول الأول: لا يسوغ للزوجة طلب فسخ النكاح إذا امتنع زوجها من النفقة عليها:

وهو قول الحنفية^(٢)، والأصح عند الشافعية^(٣).

(١) رواه البخاري في كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ من غير إذنه، (ص ١١٦٣).

(٢) ينظر: الدر المختار، (٣/ ٥٩٠). ومع ذلك فقد قالوا: «ولو قضى به حنفي لم ينفذ، نعم لو أمر شافعيًا فقضى به نفذ إذا لم يرتش الأمر والمأمور». وقد استدرك ابن عابدين نسبة ذلك للشافعية حيث قال: «لكن الأصح المعتمد عندهم أن لا فسخ ما دام موسرًا» وهو موافق لما نقلناه عنهم.

(٣) ينظر: البيان، (١١/ ٢٢٤)، نهاية المحتاج، (٧/ ٢١٣).

القول الثاني: يسوغ للزوجة طلب فسخ النكاح إذا امتنع زوجها من النفقة عليها:

وهذا قول المالكية^(١)، والحنابلة^(٢). وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي، فقد جاء المادة السابعة بعد المائة: «تفسخ المحكمة عقد الزواج بناءً على طلب الزوجة إذا امتنع زوجها عن الإنفاق عليها أو تعذر استيفاء النفقة منه».

الأدلة والمناقشة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول: بأنه يمكن للزوجة أن تستوفي حقها من القاضي الذي يستطيع أن يلزمه بالنفقة بشتى الطرق كالحبس^(٣). ويمكن أن يناقش: بأن فرض المسألة حين تعذر كل السبل التي يمكن من خلالها النفقة على الزوجة.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بدليلين:

الدليل الأول: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((مطل الغني ظلم))^(٤).

(١) ينظر: المدونة، (١٨٤/٢)، حاشية الدسوقي، (٥١٨-٥١٩).

(٢) ينظر: كشاف القناع، (٤٧٩/٥)، مطالب أولي النهى، (٦٣٩/٥).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج، (٢١٣/٧).

(٤) رواه البخاري، في كتاب الحوالات، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة، (ص ٤٤٩).

وجه الاستدلال: أن الزوج الذي يمنع زوجته من نفقتها الواجبة عليه شرعاً هو ظالم لزوجته؛ لما منعها حقها، فيُدفع هذا الظلم بتمكينها من فسخ نكاحها لدفع ظلمه عنها^(١).

الدليل الثاني: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كتب إلى الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا. فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى^(٢).

وجه الاستدلال: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ خير الأجناد بين الإنفاق أو الطلاق، وهذا مع غيابهم عن زوجاتهم وبُعدهم عنهن، فدل على أن الزوج إذا امتنع عن النفقة على زوجته وهو حاضر وقادر كذلك، فإن لم ينفق ولم يطلق ثبت للزوجة حق طلب الفسخ^(٣).

الترجيح:

بالنظر فيما سبق يظهر رجحان القول الثاني؛ لقوة أدلته، ولموافقه لقواعد الشريعة في دفع الضرر، وقد أجيب عن أدلة القول الأول.

(١) ينظر: تفريق القاضي بين الزوجين، (ص ٥٥).

(٢) سبق تحريجه، ص (٢٦٧).

(٣) ينظر: المغني، (١١ / ٣٦١).

المبحث الرابع طلب المرأة فسخ النكاح لإعسار الزوج عن دفع صداقها



تحرير محل النزاع وعرض الأقوال:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى على أنه لا يسوغ للزوجة طلب فسخ النكاح لإعسار الزوج عن صداقها المؤجل إذا رضيت بتأخيره^(١).

واختلفوا في إثبات حق الفسخ للزوجة لإعسار الزوج عن الصداق الحالّ. على قولين:

القول الأول: ليس للزوجة طلب فسخ النكاح لإعسار الزوج عن صداقها الحال:

وهذا قول الحنفية^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣).

(١) ينظر: رد المحتار، (٣/١٤٣)، شرح الخرشبي، (٣/٢٥٧)، مغني المحتاج، (٤/٣٨٢)، الفروع، (٥/٢٩٠)، الإنصاف، (٨/٣١٣).

(٢) ينظر: رد المحتار، (٣/١٤٤).

(٣) ينظر: الإنصاف، (٨/٣١٢-٣١٤)، تصحيح الفروع، (٥/٢٩١).

القول الثاني: يحق للمرأة طلب فسخ النكاح لإعسار الزوج عن صداقها الحال:

إذا كان ذلك قبل الدخول بها، ولم تعلم بفقره، أما إذا حصل الدخول برضاها، فليس لها حق المطالبة بفسخ النكاح.

وهذا قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣). وبه أخذ نظام الحوالم الشخصية السعودي، فقد جاء في المادة السادسة بعد المائة: «تفسخ المحكمة عقد زواج الزوجة التي لم يتم الدخول بها، بناءً على طلبها لعدم أداء الزوج مهرها الحال إذا انتهى الأجل الذي حددته المحكمة لأداء المهر ولم يؤده، على ألا يزيد الأجل على (ثلاثين) يوماً من تاريخ الطلب. لا يفسخ عقد الزواج لعدم أداء المهر للزوجة التي تم الدخول بها، ويبقى ديناً في ذمة الزوج، ويحكم بالمهر الحال منه عند مطالبة الزوجة به».

(١) ينظر: التاج والإكليل، (١٧٧/٥)، حاشية الدسوقي، (٢/٢٦٦)، شرح الخرشي، (٣/٢٦٠).

(٢) ينظر: مغني المحتاج، (٤/٣٧٠)، المنشور في القواعد، (٣/٢٤).

(٣) ينظر: الفروع، (٥/٢٩١)، الإنصاف، (٨/٣١٢-٣١٤)، مطالب أولي النهى، (٥/٢٢٩).

الأدلة والمناقشة:

دليل أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول: بأن الصداق دينٌ للزوجة لا يلحقها ضرر بتأخيره فلا يثبت لها حق الفسخ سواء كان قبل الدخول أم بعده^(١).

ويمكن أن يناقش: بأن هذا مسلّم به إذا كان بعد الدخول حتى لا يلحقها ضرران: فسخ النكاح، وعدم الصداق، أما قبل الدخول فغير مسلّم به، بل لها أن تطلب فسخ النكاح؛ لأن الصداق حق لها لا يسقط إلا بطيب نفسها.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بدليلين:

الدليل الأول: القياس على البيع فللبائع الامتناع من تسليم المبيع؛ لعدم استلامه للثمن الحال، وله حق فسخ البيع حينئذ، فكذلك للزوجة حق الامتناع من تسليم نفسها؛ لعدم قبضها للصداق الحال، ولها حق الفسخ حينئذ^(٢).

الدليل الثاني: أنه إذا ثبت للزوجة فسخ النكاح لإعسار الزوج عن النفقة، فلها الحق في فسخ النكاح لعدم قبضها لصداقها الحال^(٣).

(١) ينظر: تفريق القاضي بين الزوجين، (ص ٦٦).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات، (٣/ ٣٠).

(٣) ينظر: المنتقى، (٤/ ١٣١).

أما إذا حصل الدخول بها فليس لها حق الفسخ والدليل على ذلك: أن عوض المهر هو البضع وقد تلف لما سمحت له بالدخول، فصار المهر ديناً فيكون كالنفقة الماضية لا يثبت بها الفسخ^(١).

الترجيح:

بالنظر في القولين، وأدلتها يظهر رجحان القول الثاني؛ لقوة أدلته ولما يترتب على القول الأول من الضرر بالزوجة: فإما أن تكون معلقة؛ لامتناعها حتى تقبض الصداق - وقد تطول المدة - وهذا يمنعها من الأزواج الآخرين، أو أن ترضى بالنكاح من غير قبض لصداقها وهذا فيه إسقاط لحقها من غير رضاها.

(١) ينظر: الخرشبي، (٣/ ٢٥٩)، نهاية المحتاج، (٧/ ٢١٥-٢١٦)، مطالب أولي النهى، (٥/ ٢٢٩).

المبحث الخامس طلب المرأة فسخ النكاح لامتناع الزوج عن وطئها

إن من الحقوق المشتركة بين الزوجين حل استمتاع بعضهما ببعض على الوجه الشرعي؛ قال تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾^(١) فإن أحلّ الزوج بهذا الحق فلا يخلو من حالين:

الحال الأولى: أن تكون مدة الامتناع أربعة أشهر، أو أقلّ سواء بحلف أو بغير حلف:

ففي هذه الحالة لا يعدّ إيلاءً، ولا يلحق بالإيلاء^(٢)، فلا يسوغ للزوجة طلب فسخ النكاح؛ لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٣). فقد جاء عن ابن عباس: «كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك، فوقّت الله عزّ وجلّ لهم أربعة أشهر فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء»^(٤).

(١) جزء من آية (١٨٧) من سورة البقرة.

(٢) ينظر: الإشراف، (٥/ ٢٧٥). وجاء فيه: «لا يكون الإيلاء أقل من أربعة أشهر».

(٣) الآية (٢٢٦) من سورة البقرة.

(٤) رواه البيهقي، (٧/ ٦٢٥).

وفائدة التوقيت بأربعة أشهر:

أولاً: أن الله جعل للزوج مدة في تأديب المرأة بالهجر لقول الله تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فِعْظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾^(١)، وقد اعتزل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أزواجه شهراً تأديباً لهن^(٢)، فيكون الهجر في الفراش لا يتجاوز أربعة أشهر.

ثانياً: أن الأربعة الأشهر هي التي لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر أكثر منها. فقد سأل عمر ابنته حفصة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمُ: كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت ستة أو أربعة أشهر. فقال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لا أحبس الجيش أكثر من هذا^(٣).

الحال الثانية: أن تكون المدة طويلة أكثر من أربعة أشهر فلا يخلو:

- إما أن يكون امتناعه عن وطئها بسبب حلفه فهذا هو الإيلاء:

فقد عرفه الفقهاء بأنه: حلف الزوج على ترك وطء زوجته مطلقاً أو أربعة أشهر فصاعداً^(٤).

(١) جزء من آية (٣٤) من سورة النساء.

(٢) رواه مسلم، في كتاب الطلاق، باب في الإيلاء واعتزال النساء وتخييرهن وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَظَاهَرَا عَلَيْهِ﴾، (ص ٧٨٤-٧٨٥).

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى، (٢٩/٩).

(٤) عرفه الحنفية بأنه: «عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة». ينظر: بدائع الصنائع، (١٦١/٣). وعرفه المالكية بأنه: «يمين مسلم مكلف يتصور وقاعه بمنع وطء زوجته، وإن تعليقاً. وإن رجعية أكثر من أربعة أشهر». منح الجليل، (١٩٦/٤). وعرفه الشافعية بأنه: «حلف زوج يصح طلاقه بأن يكون =

- وإما أن يمتنع عن وطئها من غير حلف ومضت أربعة أشهر
فله حكم الإيلاء.

فإن مضت المدة ولم يطأ - في الحالين - فقد اختلف الفقهاء في حال
الزوجة بعد مضي المدة على قولين:

القول الأول: أن الزوجة تطلق، وحيثذ فلا حاجة لطلبها فسخ
النكاح. وهذا قول الحنفية^(١).

القول الثاني: أن للزوجة طلب فسخ النكاح، فإن طلق وإلا أجبره
الحاكم فإن أبى طلق الحاكم. وهذا قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)،
والحنابلة^(٤). وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي، فقد جاء في
المادة الثالثة عشرة بعد المائة: «على المحكمة أن تفسخ عقد الزواج بناءً
على طلب الزوجة في الحالتين الآتيتين: إذا حلف زوجها على عدم
جماعها مدة تزيد على (أربعة) أشهر، ما لم يرجع عن يمينه قبل انقضاء

= بالغاً عاقلاً ليمتنع عن وطئها أي الزوجة مطلقاً أو فوق أربعة أشهر». شرح
جلال الدين على المنهاج، (٩/٤). وعرفه الحنابلة بأنه: «حلف زوج بالله تعالى
أو بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته أبداً أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها».
الإقناع مع شرحه كشاف القناع (٣٥٣/٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، (٣/١٧٦).

(٢) ينظر: الشرح الكبير، للدردير، (٢/٤٣٦).

(٣) ينظر: مغني المحتاج، (٥/٢٥).

(٤) ينظر: الإنصاف، (٩/١٩٠).

الأشهر الأربعة. إذا امتنع عن جماعها مدة تزيد على (أربعة) أشهر بلا عذر مشروع».

ومن خلال ما سبق يمكننا القول بأن امتناع الزوج عن وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر - سواء بسبب الحلف وهو الإيلاء أو من غير حلف - مسوغ لطلب المرأة فسخ النكاح؛ أما على القول الثاني فالأمر واضح، وأما على القول الأول فقد تحقق مقصود المرأة من غير طلب.

المبحث السادس طلب المرأة فسخ النكاح لغياب الزوج عنها مدة طويلة

المطلب الأول: تصور المسألة:

الإنسان معرض لما يسبب غيابه عن زوجه من سفر أو غيره، ويتعلق بهذا الغياب أمران:

الأمر الأول: وجود النفقة للزوجة وتيسرها أو عدم وجودها:

وفي حال تعذر النفقة؛ فقد سبق بيان خلاف أهل العلم في كونه مسوغاً لطلب الزوجة فسخ النكاح، وتبين رجحان القول بأنه يسوغ للمرأة طلب فسخ النكاح.

ومما يستدل به على ذلك: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كتب إلى الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى^(١).

وجه الاستدلال: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ خير الأجناد في حال غيابهم عن زوجاتهم وبعدهم عنهن، بين الإنفاق أو الطلاق^(٢).

(١) سبق تحريجه، ص (٢٦٧).

(٢) ينظر: المغني، (١١/٣٦١).

الأمر الثاني: تضرر الزوجة بتعذر وطئها لغياب زوجها عنها، مع توفر النفقة عليها:

وينبني عليه كون غياب الزوج مسوغاً للزوجة في طلب فسخ النكاح أم لا.

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع وعرض الأقوال:

فإذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة، وتضررت الزوجة بطول المدة وطلبت رجوعه، وقدر على الرجوع فلم يرجع، فقد اختلف الفقهاء في كونه مسوغاً لطلب الزوجة فسخ النكاح على قولين:

القول الأول: لا يحق للمرأة طلب فسخ النكاح لغياب زوجها عنها مدة طويلة:

وهذا قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، ورواية عن أحمد^(٣)، وهو قول الظاهرية^(٤).

(١) ينظر: المبسوط، (١٩١ / ٥)، تبيين الحقائق، (٣١١ / ٣)، حاشية ابن عابدين، (٥٩٠ / ٣).

(٢) ينظر: الأم، (٢٥٥ / ٥)، حاشية قليوبي وعميرة، (١٩٧ / ٣). ومثله ما لو أعسر الزوج عن النفقة أو غاب، وإن قدرت على الفسخ بذلك.

(٣) ينظر: الفروع وتصحيحه، (٣٢٢ / ٥)، الإنصاف، (٣٥٦ / ٨)، المبدع، (١٩٩ / ٧).

(٤) ينظر: المحلى، (٣٢٧ / ٩).

القول الثاني: أن للزوجة طلب فسخ النكاح إذا غاب زوجها عنها غيبة طويلة، وطلبت رجوعه وقدر ولم يرجع:

وهذا قول المالكية^(١)، ورواية عن أحمد وهي المذهب^(٢). وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي، فقد جاء في المادة الرابعة عشرة بعد المائة: «ما لم تكن الغيبة بسبب عمل، للزوجة طلب فسخ عقد الزواج بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته إذا غاب عنها مدة لا تقل عن (أربعة) أشهر ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره: إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يزيد على (مائة وثمانين) يوماً من تاريخ إنذاره».

الأدلة والمناقشة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بأدلة منها:

الدليل الأول: حديث ابن عباس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((...))
إنما الطلاق لمن أخذ بالساق^(٣).

(١) ينظر: حاشية الصاوي، (٧٤٥-٧٤٦).

(٢) ينظر: المبدع، (١٩٨-١٩٩).

(٣) رواه ابن ماجه في كتاب الطلاق باب طلاق العبد، (ص ٦٧٢)، ورواه البيهقي في السنن الكبرى، (٧/ ٣٧٠)، ورواه الدارقطني عن عكرمة ولم يذكر ابن عباس، (٣٧/ ٤). قال ابن حجر: «وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف، وله طرق أخرى

وجه الاستدلال: أن الحديث قصر الطلاق على الزوج، وعليه
فليس للزوجة حق في طلب فسخ نكاحها من زوجها لغيابه عنها.

وأجيب عنه من وجهين:

الأول: أن الحديث ضعيف كما في تخريجه.

الثاني: أن إثبات الطلاق للزوج لا ينفي حق الزوجة فسخ النكاح
إذا لحقها الضرر بغياب الزوج، لاسيما مع وجود الأدلة التي استدل
بها أصحاب القول الثاني.

الدليل الثاني: أن العصمة بيد الزوج فلا تزول بمجرد الغياب لا
سيما وأنه لا يوجد دليل على جواز الفسخ بمجرد غياب الزوج^(١).

وأجيب عنه: أن هذا مطالبة بالدليل، وستأتي.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بثلاثة أدلة:

الدليل الأول: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٢).

عند الطبراني في الكبير، وفيه يحيى الحماني، ورواه ابن عدي، والدارقطني، من
حديث عصمة بن مالك وإسناده ضعيف». ينظر: التلخيص الحبير، (٣/ ٤٤١).

(١) ينظر: المحلى، (٩/ ٣٢٧).

(٢) سبق تخريجه، ص (٢٥٥).

وجه الاستدلال: أن غياب الزوج عن زوجته المدة الطويلة ضرر بين بالزوجة فيزال بقدمه إليها، أو تمكينها من فسخ نكاحها منه^(١).

الدليل الثاني: سأل عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حفصة بنت عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت ستة أو أربعة أشهر. فقال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لا أحبس الجيش أكثر من هذا^(٢).

وجه الاستدلال: أن غياب الزوج عن زوجته هذه المدة الطويلة فيه ضرر عليها، فلا بد من إزالته بعودته إليها كما أمر عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أو يحق لها فسخ نكاحها منه إذا طلبت.

الدليل الثالث: أنه إذا ثبت حق فسخ النكاح للمرأة بسبب الإيلاء، فثبوته بسبب الغيبة من باب أولى لوجود الضرر على المرأة^(٣).

الترجيح:

بالنظر في القولين وأدلتها وما طرأ عليهما من مناقشات يظهر رجحان القول الثاني أن للمرأة طلب فسخ النكاح إذا غاب عنها زوجها غيبة طويلة؛ لقوة أدلتهم، وقد أجيب عن أدلة القول الثاني، ولأن من مقاصد الشريعة في النكاح تحصيل غض البصر وتحسين الفرج، وهذا غير متحقق في حال غياب الزوج غيبة طويلة.

(١) ينظر: سبل السلام، (٢/٣٠٣).

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى، (٩/٢٩).

(٣) ينظر: سبل السلام، (٢/٣٠٣).

وقد اختلف المالكية والحنابلة في تحديد المدة على قولين:

القول الأول: تقدر المدة بسنة، بشرط أن تخشى على نفسها الزنا.

وهو المعتمد عند المالكية^(١).

القول الثاني: تقدر المدة بستة أشهر، ما لم يكن في سفر واجب

كجهاد أو حج، أو طلب رزق لعياله. وهو قول الحنابلة^(٢).

الأدلة والمناقشة:

لم أقف للقول الأول على دليل لهم.

استدل أصحاب القول الثاني: بأثر عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما

سأل حفصة بنت عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها؟

فقلت ستة أو أربعة أشهر. فقال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا أحبس الجيش أكثر

من هذا^(٣).

الترجيح:

يظهر رجحان القول الثاني؛ لأثر عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(١) ينظر: حاشية الدسوقي، (٢/ ٤٣١).

(٢) ينظر: الإنصاف، (٨/ ٣٥٥-٣٥٦).

(٣) سبق تخريجه، ص (٢٧٩).

المبحث السابع طلب المرأة فسخ النكاح لإخلال الزوج بشرط من شروطها

المطلب الأول: تصور المسألة:

أن تشترط الزوجة على زوجها شرطاً صحيحاً لا يقتضيه العقد، ثم يُخل الزوج بهذا الشرط.

بالنظر في كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى يظهر تفاوتهم في اعتبار الشروط وتقسيمها. والحديث هنا عن حق المرأة في طلب فسخ النكاح لإخلال الزوج بشرط من شروطها الصحيحة التي لا يقتضيه العقد.

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع وعرض الأقوال:

وقد اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يحق للمرأة طلب فسخ النكاح لإخلال زوجها بشرط من شروطها الصحيحة التي لا يقتضيه العقد:

وهذا قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣).

(١) ينظر: تبين الحقائق، (٢/١٤٨).

(٢) ينظر: المتقى، (٣/٢٩٦)، الشرح الصغير، (٢/٣٨٤).

(٣) ينظر: معني المحتاج، (٤/٣٧٦-٣٧٧).

القول الثاني: يحق للمرأة طلب فسخ النكاح لإخلال زوجها بشرط من شروطها الصحيحة التي لا يقتضيها العقد.

وهذا قول الحنابلة^(١). وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي فقد جاء في المادة السابعة والعشرون: «الزوجان عند شروطهما. لا يكون الشرط مثبّتا خيار فسخ عقد الزواج إلا إذا نص على الشرط كتابةً في وثيقة عقد الزواج أو أقرّ به الزوجان». وجاء في المادة الثامنة والعشرون: «إذا لم يف أحد الزوجين بما شرطه الآخر وفقاً لما تضمنته المادة (السابعة والعشرون) من هذا النظام، فللمشترط طلب فسخ عقد الزواج متى شاء إلا إذا أسقط حقه صراحة. فإذا كان عدم الوفاء من الزوج فيكون الفسخ بلا عوض....».

الأدلة والمناقشة:

دليل أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول: بأن الشروط التي لا يقتضيها العقد لا يجب الوفاء بها. وإذا لم يجب الوفاء بها لم يحق للمرأة طلب فسخ النكاح بها^(٢).

(١) ينظر: الإنصاف، (٨/ ١٥٤-١٥٥)، شرح منتهى الإرادات، (٢/ ٦٦٦).

(٢) ينظر: الشروط في النكاح، أ. د. صالح السدلان، (ص ٨٠).

ويمكن أن يناقش: بعدم التسليم بعدم وجوب الوفاء بها فقد جاءت النصوص بوجوب الوفاء بالعقود والعهود، ويدخل فيها الشروط.

دليل أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني: بقول عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت»^(١). وله قصة فعن عبد الرحمن بن غنم قال: «شهدتُ عمرَ أُتِي في امرأةٍ جعل لها زوجها دارها، فقال عمرُ: لها شرطها، فقال رجل: إذا يطلقنا، فقال عمر: «إنما مقاطع الحقوق عند الشروط»^(٢).

وجه الاستدلال من وجهين:

الأول: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عدَّ هذا الشرط صحيحًا، وينبني على الإخلال به أن يحق للمرأة طلب الفسخ.

الثاني: أن قول الرجل: «إذا يطلقنا» دليل على أن لها طلب الفسخ.

الترجيح:

يظهر رجحان القول الثاني؛ لقوة أدلته، ولأنه لا فائدة من الشروط إذا لم يترتب على الإخلال بها حق فسخ النكاح.

(١) رواه البخاري معلقًا بصيغة الجزم، في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، (ص ٥٤٦).

(٢) رواه سعيد بن منصور في سننه، باب ما جاء في الشروط في النكاح، (١/ ٢١١).

المبحث الثامن

طلب المرأة المُعتقة فسخ النكاح من زوجها

المطلب الأول: تصور المسألة وعرض الأقوال فيها:

لا يخلو حال الأمة المتزوجة إذا أُعتقت من حالين:

الحال الأولي: أن تُعتق وهي تحت زوج رقيق.

فقد حُكي إجماع أهل العلم على أن لها الخيار في فسخ النكاح، قال ابن المنذر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «أجمع أهل العلم على أن الأمة إذا أُعتقت وهي تحت عبد أن لها الخيار»^(١).

ويدل عليه دليان:

الدليل الأول: جاء في قصة بريرة من حديث جرير: قال: «وكان زوجها عبداً، فخيرها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في زوجها فاختارت نفسها»^(٢).

الدليل الثاني: أن عليها ضرراً في كونها حرة تحت عبد، فكان لها الخيار^(٣).

الحال الثانية: أن تُعتق وهي تحت زوج حر.

فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الخيار لها على قولين:

(١) الإشراف، (٧٨ / ٥).

(٢) رواه مسلم، في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، (ص ٨٠٩).

(٣) ينظر: المغني، (١٠ / ٦٨-٦٩).

القول الأول: أن لها الخيار:

وهو قول الحنفية^(١)، والظاهرية^(٢).

القول الثاني: ليس لها الخيار:

وهو قول المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وليس في نظام الأحوال الشخصية السعودي أحكام تتعلق بالرق والعتق.

المطلب الثاني: عرض الأدلة والمناقشة والترجيح:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول:

الدليل الأول: حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: اشترت بريرة فقال

النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((اشترىها فإن الولاء لمن أعتق))... قال الحكم:

وكان زوجها حراً^(٦). وقال الأسود: وكان زوجها حراً^(٧).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، (٣٢٨/٢)، فتح القدير، (٤٠٢/٣).

(٢) ينظر: المحلى، (٣٤٥/٩).

(٣) ينظر: المدونة، (٨٤/٢)، المنتقى، (٥٦-٥٣/٤)، مواهب الجليل، (٤٩٧/٣).

(٤) ينظر: تحفة المحتاج، (٣٥٩-٣٦٠/٧)، مغني المحتاج، (٤٥١/٤)، حاشية عميرة، (٢٦٩/٣).

(٥) ينظر: شرح منتهى الإرادات، (٦٧٢/٢)، كشاف القناع، (١٠٢/٥).

(٦) رواه البخاري في كتاب الفرائض، باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط، (ص ١٤١٩)، رقم (٦٧٥١).

(٧) صحيح البخاري، (ص ١٤١٩)، رقم (٦٧٥٤).

وأجيب عنهما: بقول البخاري رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «وقول الحكم مرسل، وقال ابن عباس: رأيتُه عبداً»^(١). و«قول الأسود منقطع، وقول ابن عباس رأيتُه عبداً أصح»^(٢).

الدليل الثاني: أن الأمة عند التزويج لم يكن لها رأي؛ لاتفاقهم على أن لمولاهما أن يزوجها بغير رضاها، فإذا عتقت ولو تحت حر تجدد لها الخيار^(٣).

وأجيب عنه: بأن هذا غير مؤثر؛ إذ لو كان مؤثراً لثبت الخيار للبكر إذا زوّجها أبوها ثم بلغت رشيدة، وليس كذلك^(٤).

الدليل الثالث: «أنها كملت بالحرية، فكان لها الخيار، كما لو كان زوجها عبداً»^(٥).

وأجيب عنه من وجهين:

الأول: أنها كافأت زوجها في الكمال، فلم يثبت لها الخيار، كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم^(٦).

(١) صحيح البخاري، (ص ١٤١٩)، رقم (٦٧٥١).

(٢) صحيح البخاري، (ص ١٤١٩)، رقم (٦٧٥٤).

(٣) ينظر: فتح الباري، (٩/٥٠٩).

(٤) ينظر: فتح الباري، (٩/٥٠٩-٥١٠).

(٥) ينظر: المغني، (١٠/٦٩).

(٦) ينظر: المغني، (١٠/٦٩-٧٠).

الثاني: أن العقد صحيح، فلا يفسخ بالمختلف فيه، والحر فيه اختلاف، والعبد لا اختلاف فيه، ويخالف الحر العبد؛ لأن العبد ناقص، فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده، بخلاف الحر^(١).

دليل أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الثاني: بأن الأدلة أثبتت الخيار للزوجة المعتقة إذا كان زوجها عبداً كما ورد عن ابن عباس قال: «رأيتُه عبداً» يعني زوج بريرة^(٢). وعنه: «ذاك مغيث عبد بني فلان - يعني زوج بريرة - كأني أنظر إليه يتبعها في سكك المدينة يبكي عليها»^(٣). وعنه قال: «كان زوج بريرة عبداً أسود يقال له: مغيث عبداً لبني فلان كأني أنظر إليه يطوف وراءها في سكك المدينة»^(٤). وعنه: «أن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث»^(٥). وبناء عليه فلا خيار لها إذا عتقت تحت زوج حر؛ لعدم ورود الدليل.

واعترض عليه: بأنه ورد عن عائشة أنه كان حرّاً من رواية الأسود عنها^(٦).

(١) ينظر: المغني، (٧٠/١٠).

(٢) رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب خيار الأمة نحت العبد، (ص ١١٤٥).

(٣) رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب خيار الأمة نحت العبد، (ص ١١٤٥ - ١١٤٦).

(٤) رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب خيار الأمة نحت العبد، (ص ١١٤٦).

(٥) رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في زوج بريرة، (ص ١١٤٦).

(٦) سبق تخريجه، ص (٢٩٢).

وأجيب عنه: ما دام أن القصة واحدة ولم تتعدد، ومحل الجمع إذا تساوت الروايات في القوة، ولم يظهر الغلط في أحدها^(١). وبعد النظر تبين ترجيح رواية كونه عبداً لأربعة أمور:

الأول: أن رواية كونه حراً مدرج من قول الأسود، أو من دونه^(٢). قال ابن حجر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «وقد اختلف فيه على عائشة، فروى الأسود بن يزيد عنها، أنه كان حراً^(٣). قال إبراهيم بن أبي طالب: خالف الأسود الناس. وقال البخاري: هو من قول الحكم، وقول ابن عباس: إنه كان عبداً أصح^(٤)».

الثاني: على تقدير أن يكون موصولاً فترجح رواية من قال: كان عبداً بالكثرة، قال ابن حجر: «وكان زوجها - على ما روي عن عائشة، وابن عمر، وابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - عبداً^(٥)».

الثالث: أن آل المرء أعرف بحديثه فإن القاسم ابن أخي عائشة، وعروة ابن أختها وتابعهما غيرهما وروايتهما عنها أنه كان عبداً، فروايتهما أولى من رواية الأسود^(٦).

(١) ينظر: فتح الباري، (٩/٥٠٩).

(٢) ينظر: فتح الباري، (٩/٥١٤).

(٣) رواه البخاري في كتاب الفرائض، باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط، (ص ١٤١٩)، رقم (٦٧٥١).

(٤) التلخيص الحبير، (٣/٣٦٤-٣٦٥).

(٥) التلخيص الحبير، (٣/٣٦٤-٣٦٥). وأطال رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى بذكر الروايات والحكم عليها.

(٦) ينظر: فتح الباري، (٩/٥١٤).

الرابع: أن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ترى أن الأمة إذا عتقت تحت الحر لا خيار لها وهذا مؤيد لروايتها بأنه كان عبداً^(١).
وبناء على ما سبق يترجح رواية كونه عبداً قال الصنعاني: «فصح رجحان كونه عبداً قوة وكثرة وحفظاً»^(٢).

الترجيح:

بالنظر في القولين وأدلتها يظهر رجحان القول الثاني أن الأمة إذا عتقت تحت زوج حر ليس لها الخيار؛ لأن الأصل عدم ثبوت الخيار، وما ورد من تحييرها خاص بما لو عتقت تحت عبد.

(١) ينظر: فتح الباري، (٩/٥١٤).

(٢) سبل السلام، (٢/١٩١-١٩٢).

الخاتمة

أحمد الله تعالى وأشكره على ما يسّر وأعان من إتمام هذا البحث، وأصلي وأسلم على من بعثه رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين. وفي نهاية هذا البحث أذكر أهم النتائج:

أهم النتائج:

- أن القول الراجع أن للمرأة حق طلب فسخ النكاح إذا كان بزوجها علة أو عيب يؤثر على حصول الوطاء أو يوجب النفرة منه كالجنون، ولم تعلم به الزوجة، وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي.
- أن القول الراجع أن للمرأة حق طلب فسخ النكاح إذا أعسر زوجها عن النفقة الواجبة عليها، وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي.
- أن القول الراجع أن للمرأة حق طلب فسخ النكاح إذا امتنع زوجها عن النفقة الواجبة عليها مع قدرته عليها، وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي.
- أن القول الراجع أن للمرأة حق طلب فسخ النكاح إذا أعسر زوجها عن مهرها قبل الدخول بها، أما بعد الدخول فليس لها حق الفسخ، وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي.

- أن للمرأة طلب فسخ النكاح إذا امتنع الزوج -القادر على الوطاء- من وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر، وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي.

- أن القول الراجع أن للمرأة حق طلب فسخ النكاح إذا غاب عنها زوجها مدة أكثر من ستة أشهر وطلبت رجوعه وقدر ولم يرجع، وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي.

- أن القول الراجع أن للمرأة حق طلب فسخ النكاح إذا أخل زوجها بشرط من شروطها الصحيحة التي لا يقتضيها العقد، وبه أخذ نظام الأحوال الشخصية السعودي.

- أجمع الفقهاء أن الأمة إذا عتقت وهي تحت زوج عبد أن لها حق الفسخ. أما إذا عتقت وهي تحت زوج حر فالراجع أن لا خيار لها في طلب الفسخ.

- من خلال ما سبق بيانه من الأحكام الشرعية يظهر بوضوح عناية الإسلام بالمرأة وحفظه لحقوقها.

فهرس المراجع والمصادر

القرآن الكريم.

١. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، إشراف: زهير الشاويش، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٢. الاستذكار، للحافظ أبي عمر يوسف ابن عبد البر النمري الأندلسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ.
٣. الإشراف على مذاهب العلماء، للحافظ أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، حققه وقدم له وخرج أحاديثه: د. أبو حماد صغير الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، ١٤٠٧هـ.
٥. الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، صححه وحققه: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد، راجعه وصححه: عبد الحليم محمد عبد الرحمن حسن، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

٩. البحر المحيط في الأصول، لبدر الدين بن محمد بهادر الزركشي، دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
١٠. البحر المحيط في التفسير، لأبي حيان محمد بن يوسف الأندلسي، تحقيق: صدقي جميل، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٠هـ.
١١. بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير = (حاشية الصاوي) لأحمد الصاوي، ضبطه: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
١٢. البيان في مذهب الإمام الشافعي شرح كتاب المهذب، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، اعتنى به: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل، (مطبوع مع مواهب الجليل للحطاب)، لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، خرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
١٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
١٥. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، دار صادر.
١٦. تصحيح الفروع، (مطبوع مع الفروع) لعلاء الدين أبي الحسن علي المرادوي، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
١٧. تفریق القاضي بين الزوجين، لمصطفى أحمد نجيب، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
١٨. التفریق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه (دراسة فقهية مقارنة)، د. وفاء بين علي الحمدان، كنوز المعرفة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.



١٩. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للحافظ ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني، اعتنى به: أبو عاصم حسن قطب، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
٢٠. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ.
٢١. جامع العلوم والحكم، للحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة السابعة، ١٤٢٢هـ.
٢٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي.
٢٣. حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٢٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٢٤هـ.
٢٥. رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣٨٦هـ.
٢٦. زاد المعاد في هدي خير العباد، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق وتخرّيج وتعليق: شعيب الأرنؤوط عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة والعشرون، ١٤١٢هـ.
٢٧. سبل السلام شرح بلوغ المرام على أدلة الأحكام، لمحمد الصنعاني، دار الحديث.

٢٨. سنن ابن ماجة، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث القاهرة ١٤١٤هـ.
٢٩. سنن الدارقطني، لعلي بن عمر الدارقطني، عني بتصحيحه: عبد الله هاشم يماني، دار المحاسن، القاهرة، ١٣٨٦هـ.
٣٠. سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
٣١. السنن الكبرى، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، دار المعرفة.
٣٢. شرح الخرشي على مختصر خليل، لمحمد عبد الله الخرشي، دار الكتاب الإسلامي.
٣٣. الشرح الكبير على مختصر خليل، (مطبوع مع حاشية الدسوقي)، لأبي البركات أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي.
٣٤. شرح منتهى الإرادات، لمنصور البهوتي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٣٥. الشروط في النكاح، أ.د. صالح السدلان، دار بلنسية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٣٦. صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد بن إسحاق ابن خزيمة، حققه: د، محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ.
٣٧. صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، دار السلام، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٣٨. صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار المغني، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.



٣٩. طرح التثريب في شرح التقريب، للحافظ زين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي، وولده الحافظ ولي الدين أبي زرعة العراقي، أم القرى للطباعة والنشر.
٤٠. العناية شرح الهداية، (مطبوع مع فتح القدير)، لمحمد بن محمد البابرقي، دار الفكر.
٤١. فتح القدير، (مطبوع مع العناية)، لكمال الدين ابن الهمام، دار الفكر.
٤٢. الفروع، (مطبوع مع تصحيح الفروع)، لشمس الدين أبي عبد الله محمد ابن مفلح، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ.
٤٣. القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ.
٤٤. كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور البهوتي، عالم الكتب، ١٤٠٣هـ.
٤٥. لسان العرب، لجمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٤٦. المبدع شرح المقنع، لابن مفلح، المكتب الإسلامي.
٤٧. المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٤٨. المجموع شرح المذهب، للحافظ أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف الدين النووي، تعليق: محمد نجيب المطيعي، دار الإرشاد.
٤٩. المحرر في الفقه، لمجد الدين أبي البركات، مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.
٥٠. المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر.

٥١. مجلة الجمعية الفقهية السعودية، بحث ما يثبت به الأصل في القياس، أ.د. عبد السلام الحصين، العدد (٢١)، صفر/جمادى ١٤٣٦هـ، ٢٠١٥/٢١٣٤م.
٥٢. المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، ضبط: أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
٥٣. المستدرک علی الصحیحین، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٥٤. المستصفى، لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
٥٥. المسند، للإمام أحمد بن حنبل، المشرف: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ.
٥٦. المصباح المنير، لأحمد بن محمد الفيومي، دار الفكر.
٥٧. المصنف، لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة، دار الفكر، ط ١٤١٤هـ.
٥٨. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ.
٥٩. المطلع على أبواب المقنع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي، المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ.
٦٠. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.
٦١. المغرب في ترتيب المعرب، لأبي المكارم ناصر بن عبد السيد، دار الكتاب العربي.



٦٢. المغني شرح مختصر الخرقى، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار هجر، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
٦٣. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تعليق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٦٤. مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، وضع حواشيه: إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٦٥. المنشور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، حققه: د. تيسير فائق، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٦٦. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (مطبوع مع التاج والإكليل)، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب، خرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
٦٧. الموطأ، للإمام مالك بن أنس، تخريج تعليق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، الطبعة الثالثة، ١٤١٨هـ.
٦٨. نظام الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ١٤٤٣/٨/٦هـ.
٦٩. النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، تحقيق: طاهر الزاوي، ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت.
٧٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن شهاب الدين الرملي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.

٧١. نيل الأوطار شرح متقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، لمحمد بن علي الشوكاني، تخرّيج: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، الطبعة الخامسة، ١٤١٨هـ.





ولاية النساء للدم في القصاص

د. عبد الهادي بن ناصر المرّي
الأستاذ المساعد في المعهد العالي للقضاء



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

أمَّا بعد:

فإن من أهم المقاصد وأعظم القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية: حفظ النفس المعصومة، وقد جاء الإسلام بنصوص زاجرة تمنع من وقوع الاعتداء على النفس المعصومة؛ وسنّ أحكاماً رادعة تثبت في حق القاتل عقوبة له، وزجرًا لغيره.

فمن هذه النصوص:

١. أنه قد جاء التهديد الشديد والوعيد الأكيد لمن قتل نفسًا بغير حق، فقال سبحانه: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٩٣].

٢. جاء هذا الذنب الشنيع مقرونًا بالشرك بالله في غير ما آية في كتاب الله، حيث يقول سبحانه في سورة الفرقان: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾ [الفرقان: ٦٨]، وقال تعالى: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيَّكُمْ إِلَّا تَشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا﴾ إلى أن قال سبحانه: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّيْتُكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ [الأنعام: ١٥١].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «فأعظم فساد الدنيا قتل النفوس بغير الحق، ولهذا كان أكبر الكبائر بعد أعظم فساد الدين الذي هو الكفر»^(١).

٣. لعظم هذه الجريمة جاء الخطاب القرآني معتبراً الاعتداء على نفس واحدة معصومة بالقتل؛ كالاقتداء على المجتمع الإنساني كله، قال سبحانه: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢].

قال الرازي^(٢): «المقصود من تشبيه قتل النفس الواحدة بقتل النفوس المبالغة في تعظيم أمر القتل العمد العدوان وتفخيم شأنه، يعني كما أن قتل كل الخلق أمر مستعظم عند كل أحد، فكذلك يجب أن يكون قتل الإنسان الواحد مستعظماً مهيباً، فالمقصود مشاركتها في الاستعظام، لا بيان مشاركتها في مقدار الاستعظام»^(٣).

والأحاديث في تحريم قتل النفس المعصومة كثيرة جداً، من ذلك:

(١) اقتضاء الصراط المستقيم (١/٢٥٣).

(٢) أبو بكر، محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي، فخر الدين الرازي القرشي البكري، الشافعي المفسر المتكلم، من مؤلفاته: التفسير الكبير المسمى بـ: «مفتاح الغيب»، و«المحصول» في أصول الفقه، توفي سنة (٦٠٦هـ). ينظر: طبقات المفسرين للسيوطي (١/١١٥)، طبقات المفسرين للداودي (٢/٢١٥).

(٣) تفسير الرازي (١١/٣٤٤).

١. ما ثبت في الصحيحين عن ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء))^(١).
 ٢. ما جاء في حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لَزَوَالِ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ قَتْلِ رَجُلٍ مُسْلِمٍ))^(٢).
 ٣. ما جاء في حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لَنْ يَزَالَ الْمُؤْمِنُ فِي فِسْحَةٍ مِنْ دِينِهِ مَا لَمْ يَصِبْ دَمًا حَرَامًا))^(٣).
- قال ابن العربي^(٤): «الفسحة في الدين: سعة الأعمال الصالحة حتى إذا جاء القتل ضاقت؛ لأنها لا تفي بوزره»^(٥).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الديات - قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ (٥ / ١٦) مع الفتح، برقم (٦٨٦٤)، ومسلم (١٣٠٤ / ٣) برقم (١٦٧٨).

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه في باب الديات عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باب ما جاء في تشديد قتل المؤمن (١٦ / ٤) برقم (١٣٩٥)، والنسائي في سننه في كتاب تحريم الدماء - تعظيم الدم (٨٢ / ٧)، برقم (٣٩٨٧)، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير برقم (٥٠٧٧).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الديات - قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ (٥ / ١٦)، برقم (٦٨٦٢).

(٤) أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد، المعروف بابن العربي الإشبيلي، الحافظ المتبحر خاتمة علماء الأندلس وحفاظها، من مصنفاته: «أحكام القرآن» في التفسير، و«المحصول في علم الأصول»، توفي سنة (٥٤٣هـ). ينظر: الديباج المذهب لابن فرحون (٢ / ٢٥٢).

(٥) فتح الباري لابن حجر (٧ / ١٦).

٤. ما جاء أن ابن عباس سُئل عمَّن قتل مؤمناً متعمداً، ثم تاب وآمن، وعمل صالحاً، ثم اهتدى، فقال ابن عباس: وأنى له التوبة، سمعت نبيكم صلى الله عليه وسلم يقول: ((يجيء متعلقاً بالقاتل تشخب أوداجه دمًا، فيقول: أي ربّ، سل هذا فيم قتلني؟))، ثم قال: والله لقد أنزلها الله، ثم ما نسخها^(١).

أما الأحكام التي سنتها الشريعة الإسلامية للحفاظ على النفس المعصومة: أن الله سبحانه وتعالى شرع القصاص - وهو قتل القاتل - استبقاءً للنفوس وصوناً لها؛ لأنه إذا علم القاتل أنه يُقتل انكف عن صنيعه، فكان في ذلك حياة النفوس. قال سبحانه: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩]، أي: تتهون عن القتل مخافة القود^(٢).

وقد أناط الشرع الحق في القصاص أو المصالحة عليه إلى الأولياء؛ فجعل هذه العقوبة - وهي قتل القاتل - حقاً لأولياء القتيل؛ حيث قال سبحانه: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣].

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٥٤١/٢) برقم (٢١٤٢)، والنسائي في سننه في كتاب تحريم الدماء - تعظيم الدم (٨٥/٧)، برقم (٣٩٩٩). وصحح إسناده الألباني في السلسلة الصحيحة (٢٦٩٨).

(٢) تفسير البغوي (١/١٩٢).

قال ابن سعدي: «وفي هذه الآية دليل إلى أن الحق في القتل للولي فلا يقتصر إلا بإذنه وإن عفا سقط القصاص»^(١).

وأولياء الدم أو أولياء المقتول مصطلح يحتاج إلى تحديد، فهل أولياء الدم هم ورثة المقتول ذكوراً وإناثاً؟ أم هم العصابة من الذكور؟ وهل النساء داخلون في مسمى ولي الدم؟

فيهدف هذا البحث إلى معرفة مدى دخول النساء تحت مسمى أولياء الدم الذين يُقام القصاص بطلبهم إن أرادوه ويسقط بعفوهم إن أسقطوه.

أهمية الموضوع:

١. أنه يتعلق بأحد أهم الضروريات الخمس وهو حفظ النفس.
٢. فيه تحديد لأولياء الدم المستحقين للقصاص.
٣. بيان ما جرى عليه العمل في محاكم المملكة العربية السعودية من خلال ذكر أبرز المبادئ والقرارات القضائية المتعلقة بولاية الدم في القصاص.

منهج البحث:

لقد سرتُ في إعداد هذا البحث وفق المنهج الآتي:

١. تصوير المسألة قبل بيان حكمها.

(١) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان للسعدي (ص ٤٥٧).

٢. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

٣. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف اتبعت ما يلي:

أ- تحرير محل النزاع إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب- ذكر الأقوال في المسألة، وأبين من قال بها من أهل المذاهب الفقهية المعتمدة، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، وتوثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

ج- ذكر أبرز أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وأذكر ما يردُّ عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن أمكن ذلك، وأذكر ذلك بعد الدليل مباشرة. ثم الترجيح مع بيان سبب الترجيح.

٤. اعتمدت على أمهات المصادر الأصلية إن وجد فيها ما يغني عن غيرها، وذلك في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

٥. كتبت الآيات بالرسم العثماني، مع ترقيمها وبيان سُورِها.

٦. خرَّجتُ الأحاديث والآثار من مصادرها الأصلية، وبيَّنتُ ما ذكره أهلُ الشأن في درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، فإن كانت فيهما أو في أحدهما فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما أو من أحدهما.

٧. عرَّفت بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، واعتنيت بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم.

٨. ترجمتُ للأعلام غير المشهورين.
٩. ختمتُ البحث بخاتمة متضمنة لأهم النتائج، وتوصيات توصل لها الباحث من خلال البحث.
١٠. أتبعْتُ البحث بفهرس للمصادر والمراجع، وفهرس للموضوعات.

الدراسات السابقة:

لا تخلو المكتبات الجامعية والمجلات العلمية من الدراسات التي تناولت الولاية في القصاص، وجُلُّ هذه الدراسات تتكلم عن الولاية من حيث الأهمية وترتيب الأولياء في الاستيفاء واتفاهم عليه، ونحو ذلك من المباحث، ولكن تناوَلها لولاية النساء للدم القصاص يكون على وجه الاختصار أو غير مقرون بتطبيقات قضائية. ومن هذه الدراسات القريبة لهذه الدراسة:

ولاية القصاص، دراسة فقهية مقارنة: للدكتور: عبد العزيز بن عبد الرحمن المحمود، وهو بحث منشور في مجلة قضاء في العدد الثاني والعشرين، جمادى الأولى ١٤٤٢هـ.

وهو بحثٌ مفيدٌ تناول فيه مؤلفه المباحث التالية: تعريف القصاص والولاية، وأهمية الولايات عمومًا وولاية القصاص، وترتيب ولاية استيفاء القصاص، وقد ذكر المؤلف مسألة تعيين أولياء الدم في أحد المطالب.

والفرق بين دراستي والدراسة المذكورة من وجوه:

١. أن بحث - ولاية القصاص - كان في عموم مباحث الولاية، كالاستيفاء وشروطه وترتيب أهله ونحو ذلك، وإن كان قد تطرّق لمبحث تعيين الأولياء إلا أنه كان تبعاً ولم يكن أصلاً.
٢. لم يذكر الباحث أحد الأقوال المهمة في المسألة، وهو القول بأن الولاية لجميع النساء الوارثات بالنسب دون السبب، وهذا يُخْرِج الزوجة، ولم يذكر أدلة هذا القول، وهو وجهٌ عند الشافعية.
٣. لم يأت في البحث شيء من التطبيقات القضائية، أو ذكر المبادئ والقرارات القضائية المتعلقة بولاية النساء لدم القصاص.

تقسيمات البحث:

قسّمتُ البحث إلى مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

المقدمة:

وفيها بيان أهمية الموضوع، ومنهجُ البحث، وتقسيمات البحث.

التمهيد:

وفيه التعريف بعنوان البحث، وتحتّه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الولاية لغة.

المطلب الثاني: تعريف الولاية اصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف القصاص لغة.

المطلب الرابع: تعريف القصاص اصطلاحًا.

المبحث الأول: شروط استيفاء القصاص.

المبحث الثاني: ولاية النساء للدم في القصاص.

المبحث الثالث: دراسة تحليلية للمبادئ والقرارات القضائية المتعلقة

بولاية المرأة لدم القصاص.

الخاتمة:

وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا.



التمهيد

التعريف بعنوان البحث

المطلب الأول: تعريف الولاية لغة:

الواو واللام والياء: أصل صحيح يدل على قرب، يقال: تباعد بعد ولى، أي قرب. وجلس مما يليني، أي يقاربنى^(١).

(الولاية) بالكسر السلطان، والجمع ولاية، و(الولاية) بالفتح والكسر النصر، والجمع أولياء^(٢).

والولي - فاعيل بمعنى: فاعل - وهو من توالى طاعته من غير أن يتخللها عصيان، أو بمعنى: المفعول، فهو من يتوالى عليه إحسان الله وأفضاله^(٣).

والولي من أسماء الله بمعنى: الناصر، وقيل: المتولي لأمر العالم والخلائق القائم بها، وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل^(٤).

وبالنظر إلى ما تقدم يتبين أن معنى لفظ (الولاية) في اللغة يرجع معانٍ كثيرة من أهمها: القرب، والنصرة، والسلطة، والقدرة، والتدبير.

(١) ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس (٦/١٤١).

(٢) ينظر: مختار الصحاح (٣٤٥).

(٣) ينظر: تاج العروس (٤٠/٢٥٣).

(٤) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (٥/٢٢٧).

المطلب الثاني: تعريف الولاية اصطلاحًا:

الولاية اصطلاحًا: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الولاية، ولعل هذا الاختلاف راجع إلى أن لفظ الولاية مصطلح يرد في أبواب الفقه: كأحكام السلطان، والقضاء، والنكاح، وولاية اليتيم، وولاية الدم في القصاص، بل سمّوا سلطة الزوج في تأديب زوجته الناشز، والوالد في تأديب ولده الصغير، والمعلم في تأديب تلاميذه بالولاية، فكلُّ يُعرّف الولاية بحسب الباب الذي وردت فيه.

ومن هذه التعريفات:

١. الولاية: تأتي بمعنى تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى^(١)، فتشمل الإمامة العظمى فما دونها من الولايات كالقضاء، والحسبة، والمظالم، والشرطة، ونحوها.

وهذا تعريف للولاية بأثرها؛ لأن الولاية صفة تقوم بالأشخاص وليست تنفيذًا^(٢).

٢. هناك من عرّف الولاية بأنها: قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨)، التعريفات الفقهية للبركتي (ص ٢٣٩).

(٢) ولاية التأديب الخاصة للدكتور إبراهيم التميمي (ص ٢٣).

(٣) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء (٢/ ٨١٧).

ونلاحظ على هذا التعريف أنه كغيره، فقد عرّف الولاية بإضافتها إلى الباب الذي يناسبها وهو الولاية على القاصرين، ففيه قصر للمصطلح على بعض أفراده.

٣. وهناك من عرّفها بآئها: سلطة شرعية لشخص في إدارة شأن من الشؤون، وتنفيذ إرادته فيه على الغير من فرد أو جماعة^(١). وهذا التعريف هو أجمع التعاريف وأقربها للمدلول. والمقصود بالولاية في هذا البحث ولاية الدم: وهي أحقية المطالبة بدم القتل في الجناية على النفس أو العفو عنه.

المطلب الثالث: تعريف القصاص لغة:

قال ابن فارس^(٢): «القاف والصاد أصل صحيح يدل على تتبع الشيء، من ذلك قولهم: اقتصصت الأثر، إذا تتبعته، ومن ذلك اشتقاق القصاص في الجراح، وذلك أنه يفعل به مثل فعله بالأول، فكأنه اقتص أثره. ومن الباب القصة والقصاص، كل ذلك يتتبع فيذكر...»^(٣).

- (١) أهل الذمة والولايات العامة في الفقه الإسلامي (ص ٢٧).
- (٢) أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، كان واسع الأدب، متبحراً في اللغة العربية، من مصنفاته: المجمل في اللغة، فقه اللغة، توفي سنة (٣٩٥هـ). ينظر: إنباه الرواه على أنباه النحاة للقفطي (١/١٢٧)، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للسيوطي (١/٣٥٢).
- (٣) مقاييس اللغة (١١/٥)،

وقيل: أصل القصّ: القطعُ، والقصاص في الجراح مأخوذ من هذا إذا اقتص له منه يجرحه مثل جرحه إياه أو قتله به، ومن ذلك قولهم: قصّ الشعر والصوف والظفر يقصه قصّاً: قطعه^(١).

ومن خلال ما سبق يتبين أن القصاص في اللغة يطلق على معنيين هما: تتبع الأثر، والقطع، وكلا التعريفين اللغويين مناسبان للتعريف الاصطلاحي، أما الثاني وهو القطع فمناسبته للمعنى الاصطلاحي ظاهرة؛ وذلك لأن القصاص في النفس فيه قطع لعنق القاتل بالسيف، أو فيه قطع له عن الحياة.

أما المعنى الأول وهو: تتبع الأثر فمناسبته له أن ولي الدم يتبع الجاني حتى يقتصّ منه، جاء في مقاييس اللغة^(٢): «ومن ذلك اشتقاق القصاص في الجراح، وذلك أنه يُفعل به مثل فعله بالأول، فكأنه اقتص أثره»^(٣).

المطلب الرابع: تعريف القصاص اصطلاحاً:

القصاص: أن يُفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه، النفس بالنفس والجرح بالجرح^(٤).

(١) ينظر: تهذيب اللغة (٨/ ٢١٠)، لسان العرب لابن منظور (٧/ ٧٣).

(٢) (١١/ ٥).

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١٧٦)، المعجم الوسيط (٢/ ٧٤٠).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

وبعضهم يُعرّف القصاص بأنه: القتلُ بإزاء القتل، وإتلاف الطرف بإزاء إتلاف الطرف^(١).

والفهاء يطلقون على القصاص لفظ «القَوْد» -بفتحتين- ولعله إنما سُمِّي بذلك؛ لأن الجاني في الغالب يُقاد بشيء يُربط فيه أو بيده إلى القتل^(٢).

قال الليث^(٣): «القَوْد: نقيض السَّوْق، يقود الدابة من أمامها، ويسوقها من خلفها»^(٤).

(١) ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي (ص ١٦٣)، التعريفات الفقهية (ص ١٧٤).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة (١١/٥)، المغني (٥٠٦/١١) مختار الصحاح (ص ٢٦٢).

(٣) الليث بن نصر بن سيار الخراساني، اللغوي النحوي، صاحب الخليل بن أحمد، أخذ عنه النحو واللغة. ينظر: البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة للفيروزآبادي (ص ٢٤٢)، إنباه الرواه (٤٢/٣)، بغية الوعاة (٢/٢٧٠).

(٤) ينظر: تهذيب اللغة (٩/١٩٣).

المبحث الأول شروط استيفاء القصاص

المقصود باستيفاء القصاص هو: فعل مجني عليه إن كانت الجناية على ما دون النفس، أو فعل وليه أي وارثه إن كانت على النفس، بجانٍ عامدٍ مثل ما فعل الجاني أو شبهه أي شبهه فعل الجاني^(١). فشروط استيفاء القصاص هي شروط تنفيذه، وهذه الشروط تختلف عن شروط القصاص؛ لأن شروط القصاص المقصود بها شروط ثبوته ابتداءً في حق الجاني، فإذا ثبت فتأتي بعدها شروط الاستيفاء وهو التنفيذ وقتل القاتل^(٢).

ويُشترط لاستيفاء القصاص ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون مستحقَّ القصاص مكلِّفًا:

تحرير محل النزاع:

اتفق أهل العلم على أن أولياء القصاص إذا كانوا كلهم مكلفين فليس لبعضهم استيفاء القصاص دون بعض، ولو كان غائبًا^(٣).

(١) ينظر: كشاف القناع للبهوتي (٢٦٩/١٣).

(٢) ينظر: الشرح الممتع لابن عثيمين (٤٦/١٤).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل (٢١/٨)، الحاوي الكبير (١٠٣/١٢)، المغني (٥٧٧/١١).

جاء في المجموع^(١) للنووي: «إن كان القصاص لجماعة وبعضهم حاضر وبعضهم غائب لم يجز للحاضر أن يستوفي بغير إذن الغائب بلا خلاف».

وقال الموفق ابن قدامة: «ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد، لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقيين، فإن كان بعضهم غائباً، انتظر قدومه، ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء، بغير خلاف علمناه».

واختلفوا فيما إذا كان مستحق القصاص أكثر من واحد، وبعضهم ناقص الأهلية، فهل يحق للأولياء المكلفين الاستيفاء؟ أم يُنتظر الصغير حتى يبلغ والمجنون حتى يفيق؟

القول الأول: يجوز للأولياء المكلفين استيفاء القصاص، ولا يُنتظر بلوغ صغير ولا إفاقة مجنون.

وهو قول أبي حنيفة^(٢)، والمالكية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).

القول الثاني: يجب أن يُنتظر الصغير حتى يكبر، والمجنون حتى يفيق، إذا كان ولي القصاص غير مكلف، أو كانوا متعددين بعضهم

(١) (١٨/٤٤٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٤٣).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٤/٢٥٧)، حاشية الصاوي (٤/٣٥٩، ٣٦٠). يفرق المالكية بين الجنون المطبق فلا يُنتظر صاحبه؛ لأنه لا تعلم إفاقته، بخلاف من يفيق أحياناً فتنتظر إفاقته.

(٤) ينظر: المغني (١١/٥٧٦)، الإنصاف (٢٥/١٥٩).

كامل الأهلية وبعضهم ناقص الأهلية، ويجبس القاتل ولا يخلى سبيله بكفيل؛ لأنه قد يهرب فيفوت الحق.

وهو قول الشافعية، وظاهر مذهب الحنابلة، وقول صاحبين من الحنفية^(١)، وانتظار بلوغ الصغير هو الذي جرى عليه العمل في المحاكم السعودية^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣].

وجه الدلالة من الآية: أن الولي ذُكر بلفظ الواحد فدل على جواز أن يستوفيه الولي الواحد^(٣).

وأجيب عن الاستدلال بالآية: بأنها محمولة على الولي إذا كان واحداً ولا يوجد غيره^(٤).

- (١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٣)، المجموع (١٨/ ٤٤٢)، المغني (١١/ ٥٧٦).
- (٢) ينظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة العامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١ هـ إلى عام ١٤٣٧ هـ (ص ٢٠١)، المبدأ رقم (٥٨٢).
- (٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٠/ ٢٥٤).
- (٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/ ١٠٣).

الدليل الثاني: أن ابن ملجم قتل علياً رضي الله عنه فاقص منه ابنه الحسن وفي الورثة صغار، يُنكر ذلك، فصار إجماعاً على جواز تفرده به^(١).

ونوقش: بأن الحسن قتله لكفره؛ لأنه قتل علياً مستحلاً لدمه، معتقداً كفره، وقيل: قتله لسعيه في الأرض الفساد وإظهار السلاح، فيكون كقاطع الطريق إذا قتل^(٢).

الدليل الثالث: أن القود إذا وجب لجماعة لم يمتنع أن ينفرد باستيفائه واحد، كالقتيل إذا لم يترك وارثاً استحق قوده جماعة المسلمين، وكان للإمام أن ينفرد باستيفائه^(٣).

الدليل الرابع: أن القصاص ثابت لكل منهم على سبيل الاستقلال، لا على سبيل الاشتراك، ولكون القصاص لا يتجزأ ثبت لكل واحد منهم على الكمال كأن ليس معه غيره، فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير، فإذا طلبه كامل الأهلية أوجب إليه، ولا عبرة بالآخرين ناقصي الأهلية؛ لأن عفوهم لا يصح^(٤).

(١) ينظر: التجريد للقدوري (١١/٥٥٥٨)، المسبوط (٢٦/١٧٤)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦/١٠٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٠٣)، المغني (١١/٥٧٧)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/٢٦).

(٣) ينظر: التجريد للقدوري (١١/٥٥٦٣).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٤٣).

أدلة القول الثاني:

وقد احتجوا لهذا القول بمجموعة من الأدلة والآثار والتعليقات:
 الدليل الأول: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من قُتِلَ له بعد مقاتلي هذه قتيلا فأهله بين خيرتين: أن يأخذوا العقل، أو يقتلوا))^(١).
 وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل الحق لجماعتهم، فلم يجوز أن ينفرد به بعضهم، لما فيه من العدول عن مقتضى الخبر^(٢).
 وقد نوقش: بأن هذا في الأهل الذين يصح أن يتخيروا القصاص والدية، وهذا في البالغ، فأما الصغير فلا يصح أن يتخير^(٣).
 وقد أُجيب عن هذه المناقشة: بأنه لا يُسَلَّم بأن الصغير لا خيار له، بل له الخيار ولكنه مؤجل إلى البلوغ، بما ذكره الموفق ابن قدامة^(٤) من أن للصغير حقاً في الدم لأربعة أمور:
 أحدها: أنه لو كان منفرداً لاستحققه، ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً، كولاية النكاح.

(١) أخرجه الإمام أحمد (١٣٧/٤٥) برقم (٢٧١٦٠)، والترمذي في كتاب الديات عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باب في حكم ولي القتيلا في القصاص والعفو (٢١/٤) برقم (١٤٠٦). وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح».
 (٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠٢/١٢).
 (٣) ينظر: التجريد للقدوري (٥٥٦٥/١١).
 (٤) المغني (٥٧٦/١١).

الثاني: أنه لو بلغ لاستحق، ولو لم يكن مستحقاً عند الموت لم يكن مستحقاً بعده، كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه.

الثالث: أنه لو صار الأمر إلى المال، لاستحق، ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله، كالأجنبي.

الرابع: أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته، ولو لم يكن حقاً لم يرثه، كسائر ما لم يستحقه.

الدليل الثاني: أن معاوية رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حَبَسَ هُدْبَةَ بْنَ خَشْرَمٍ (١) فِي قِصَاصٍ حَتَّى بَلَغَ ابْنُ الْقَتِيلِ، وَكَانَ ذَلِكَ فِي عَصْرِ الصَّحَابَةِ (٢).

الدليل الثالث: أن الصغير أو المجنون ربما يعفو فيسقط القصاص (٣).

الدليل الرابع: أن القود أحد بدلي النفس، فلم يجوز أن يستوفيه بعض الورثة كالدية (٤).

ونوقش: بأن الدية تتبع بعض فانفرد الكبير باستيفاء حقه، والقصاص لا يتبع بعض فيستوفى الكبير حقه ويتبعه حق الصغير (٥).

(١) هدبة بن خشرم بن كرز القضاعي، شاعر فصيح يروي عن الخطيئة، تهاجى مع رجل من بني رقاش، ثم تقاتلا فقتله هدبة. وقتله أهل المقتول قصاصاً. ينظر: الشعر والشعراء لابن قتيبة (٢/٦٨٠)، خزانة الأدب للبغدادي (٩/٣٣٤).

(٢) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٥/١٤٤).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٠٣).

(٥) ينظر: التجريد للقدوري (١١/٥٥٦٧).

الدليل الخامس: أنّ القصاص للتشفي ودرك الغيظ، فحُقه التفويض إلى خيرة المستحق، فلا يحصل باستيفاء غيره من ولي أو حاكم أو بقية الورثة، ويجبس القاتل حتى البلوغ أو الإفاقة^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني القائل بأنّه إذا كان في الأولياء صغير أو مجنون فإنّ القصاص لا يُستوفى حتى يكبر الصغير ويعقل المجنون؛ لأنّ الانتظار فيه مصلحتان، مصلحة لولي الدم - الصغير أو المجنون - بعدم تفويت ما خيّر فيه، ومصلحة للقاتل فربما يعفو الصغير بعد بلوغه أو المجنون بعد إفاقته.

الشرط الثاني: اتفاق جميع الأولياء على استيفائه:

يرى الفقهاء في المذاهب الأربعة أنّ أولياء الدم إذا كانوا اثنين فأكثر فالواجب هو اتفاق جميعهم على استيفائه، ولا ينفرد أحدهم باستيفائه دون غيره، فإن عفا أحدهم فلا قود على القاتل^(٢).

(١) ينظر: المهذب للشيرازي (٣/ ١٩٠)، البيان للعمراني (١١/ ٤٠٠).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/ ١٥٨)، الحاوي الكبير (١٢/ ١٠٣)، حاشية الصاوي (٤/ ٣٦٣)، الإنصاف (٢٥/ ١٤٨).

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن الاستيفاء حق مشترك لا يمكن تبييضه فلم يجز لأحد التصرف فيه بغير إذن شريكه^(١).

الدليل الثاني: لو انفرد أحد أولياء الدم بالاستيفاء سيكون مستوفياً لحق غيره بغير إذنه ولا ولاية له عليه^(٢).

الدليل الثالث: لما روي أن هذه الحادثة وقعت في زمن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فشاور فيها ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فقال: أرى هذا قد أحيا بعض نفسه فليس للآخر أن يتلفه. فأمضى عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ القضاء على رأيه^(٣).

الدليل الرابع: أن العافي أسقط حقه، وهو من أهل الإسقاط فصح إسقاطه، وبإسقاطه حق بعض نفس القاتل، والآخر يعجز عن استيفاء حقه؛ لأن القتل لا يمتثل التجزؤ في نفس واحدة استيفاء، وإذا ثبت أن الآخر تعذر عليه استيفاء حقه، فإنما تعذر استيفاؤه لمعنى في القاتل، وهو مراعاة الحرمة لبعض نفسه^(٤).

(١) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة (١٤٨/٢٥)، كشف القناع (٥/٥٣٤).

(٢) ينظر: المبسوط (١٥٨/٢٦)، الحاوي الكبير (١٠٣/١٢)، حاشية الصاوي (٤/٣٦٣)، الإنصاف (١٤٨/٢٥).

(٣) ينظر: المبسوط (١٥٨/٢٦).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

الدليل الخامس: لأن القصاص حق مشترك بين الورثة لا يتبعض مبناه على الدرء والإسقاط فإذا أسقط بعضهم حقه سرى إلى الباقي، كالتق (١).

الشرط الثالث: أن يُؤْمَن في الاستيفاء التعدي إلى غير القاتل:

وهذا الشرط لا خلاف فيه بين أهل العلم، والمقصود منه أن القتل لا يكون إلا في حق الجاني فقط، ولا يتعداه إلى غيره، فلو وجب القصاص على حامل؛ لم تُقتل حتى تضع الولد وتسقيه اللبن (٢).

والدليل على ذلك:

١. قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣]. وفي قتل الحامل إسرافٌ في القتل؛ لأنه يقتل من قتل ومن لم يُقتل (٣).

٢. أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للغامدية المقرّة بالزنى: ((ارجعي حتى تضعي ما في بطنك)) (٤). وحكم الحدّ في ذلك حكم القصاص (٥).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/ ١٠٥)، كشاف القناع (٥/ ٥٣٤).

(٢) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٥/ ١٦٣).

واللّبأ مهموز وزان عَنب، أول اللبن عند الولادة، وأكثر ما يكون ثلاث حلبات وأقله حلبة. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٥٤٨).

(٣) ينظر: المجموع (١٨/ ٤٤٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٥/ ١٦٣).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٣/ ١٣٢١)، برقم (١٦٩٥).

(٥) ينظر: الشرح الكبير (٢٥/ ١٦٦).

المبحث الثاني

ولاية النساء للدم في القصاص

اتفق الفقهاء على أن أولياء الدم هم أصحاب الحق في استيفاء القصاص من الجاني، يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣]. إلا أنهم اختلفوا في دخول النساء الوارثات في هذا الحق، وهل هنّ من أولياء الدم الذين يثبت لهم هذا الحق أم لا؟ وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن النساء الوارثات سواء بالسبب أو بالنسب هنّ من أولياء الدم الذين لهم أن يقتصوا أو يعفوا. وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١). قال الموفق ابن قدامة: «هذا قول أكثر أهل العلم»^(٢).

فعلى هذا القول كل وارثة ترث مال القاتل من النساء سواء كانت زوجة أو بنتاً أو أمّاً أو أختاً أو غير ذلك من الوارثات؛ فإنها تعد من أولياء الدم الذين لهم الحق في طلب القصاص أو العفو عنه.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٤٢)، روضة الطالبين للنووي (٩/٢١٤)، المغني (٥٨١/١١).

(٢) المغني (٥٨١/١١).

القول الثاني:

أن أولياء الدم هم العصابة الذكور، أمّا النساء فلسن من أولياء الدم إلا بثلاثة شروط^(١):

الشرط الأول: أن يكن وارثات للمقتول. احترازًا عن العمة والخالة.

الشرط الثاني: أن لا يساوئهن عاصب في الدرجة؛ بأن لم يوجد عاصب أصلًا أو يوجد أنزل، كعم مع بنت أو أخت، فخرجت البنت مع الابن، والأخت مع الأخ، فلا كلام لها معه في عفو ولا قود.

الشرط الثالث: أن يكنّ عصبته لو كن ذكورًا، فلا كلام للجدّة من الأم، والأخت من الأم، والزوجة.

وهذا القول هو مذهب المالكية^(٢).

والقول بأنّ أولياء الدم هم العصابة الذكور هو وجهٌ عند الشافعية^(٣)، ورواية عن الإمام أحمد ذكرها ابن البناء^(٤)، وخرّجها الشيخ تقي الدين واختارها^(٥).

(١) ينظر: حاشية الصاوي (٤/ ٣٦٠).

(٢) ينظر: الذخيرة للقرافي (١٢/ ٤٠٩).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٩/ ٢١٤)، مغني المحتاج (٥/ ٢٧٤).

(٤) أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الله البغدادي، المعروف بابن البناء، من طلاب القاضي أبي يعلى، وهو من قدماء أصحابه، (ت: ٤٩١هـ). ينظر: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب (١/ ٦٨)، المقصد الأرشد لابن مفلح (١/ ٣٠٩).

(٥) ينظر: الإنصاف (٢٥/ ١٦١).

القول الثالث:

أن أولياء الدم من النساء هُنَّ مَنْ يرث المال بنسب دون سبب.
فيخرج بذلك مَنْ ترث بالزوجية.

وهذا القول وجه عند الشافعية^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَاتِي هَذِهِ قَتِيلَ فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ: أَنْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ، أَوْ يَقْتُلُوا))^(٢).

في هذا الخبر دليلان:

أحدهما: أن الأهل عبارة عن الرجال والنساء من ذوي الأنساب والأسباب.

قال العمراني^(٣): «والأهل: يقع على الذكر والأنثى، وهو إجماع لا خلاف فيه»^(٤).

(١) ينظر: روضة الطالبين (٩/ ٢١٤)، مغني المحتاج (٥/ ٢٧٥).

(٢) سبق تحريجه في ص ٣٢٦.

(٣) أبو الحسين، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليماني، شيخ الشافعيين بإقليم اليمن صاحب البيان وغيره من المصنفات الشهيرة، توفي سنة (٥٥٨هـ).
ينظر: طبقات الشافعية للسبكي (٧/ ٣٣٦).

(٤) البيان (١١/ ٣٩٧).

وقال الموفق ابن قدامة: «وهذا عام في جميع أهله، والمرأة من أهله،
بدليل قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من يعذرني من رجل يبلغني أذاه في
أهلي، وما علمت على أهلي إلا خيراً،...))^(١) يريد عائشة»^(٢).

والثاني: أنه خيرهم بين الدية والقود، والدية تكون بين جميعهم
فكذلك القود^(٣).

الدليل الثاني: ما جاء عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عن رسول الله
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((على المقتلين أن ينحجزوا^(٤) الأول فالأول وإن
كانت امرأة))^(٥).

قال أبو داود بعد هذا الحديث: «بلغني أن عفو النساء في القتل
جائز إذا كانت إحدى الأولياء».

- (١) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات- باب تعديل النساء بعضهن بعضاً
(٦/٥٢٩)، برقم (٢٦٦١)، ومسلم (٤/٢١٣٣، ٢١٣٤)، برقم (٢٧٧٠).
- (٢) المغني (١١/٥٨١).
- (٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٠١)، المغني (١١/٥٨٢).
- (٤) ينحجزوا: يكفوا عن القود. غريب الحديث لابن سلام (٢/١٦٠)، معالم السنن
للخطابي (٤/٢١).
- (٥) أخرجه أبو داود في أول كتاب الديات- باب عفو النساء عن الدم (٤/١٨٣)
برقم (٤٥٣٨)، والنسائي في كتاب القسامة- عفو النساء عن الدم (٨/٣٨)،
برقم (٤٧٨٨)، وضعف إسناده الألباني في السلسلة الضعيفة (٣٨٧٤).

ومعنى الحديث: أن على أولياء القتل أن يكفوا عن القصاص إذا عفا أحدهم عنه، ولو لم يكن للمرأة حق في القصاص لما جعل لها الكف عنه^(١).

الدليل الثالث: ما جاء أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ قَتَلَ رَجُلًا، فَأَرَادَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ قَتْلَهُ، فَقَالَتْ أَمَّتُ الْمَقْتُولِ - وَهِيَ امْرَأَةٌ الْقَاتِلِ - : قَدْ عَفَوْتُ عَنْ حَصْتِي مِنْ زَوْجِي، فَقَالَ عُمَرُ: «عَتَقَ الرَّجُلُ مِنَ الْقَتْلِ»^(٢).

الدليل الرابع: أن كل حق ورثته العصبه ورثته غيرهم من الورثة، كالدية^(٣).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣].

والولي يجب أن يكون رجلاً لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا نكاح إلا بولي))^(٤).

(١) البيان للعمري (٣٩٨/١١)، غريب الحديث لابن سلام (١٦٠/٢)، معالم السنن للخطابي (٢١/٤)، حاشية ابن القيم على سنن أبي داود (٢٨٠/١٢).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب العقول - باب العفو (١٣/١٠) برقم (١٨١٨٨)، وصححه الألباني في إرواء الغليل برقم (٢٢٢٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠١/١٢).

(٤) ينظر: الفواكه الدواني (١٨٣/٢).

ولأنه أفردته بالولاية بلفظ التذكير^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المرادها هنا بالولي الوارث، وقد قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١]، وقال سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِّنْ وَلِيَّتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢]، وقال سبحانه: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦]، فاقضى ذلك إثبات القود لسائر الورثة^(٢).

وأما ما ذكره من أن الولي في ظاهره على التذكير وهو واحد، كأن ما كان بمعنى الجنس يستوي المذكر والمؤنث فيه^(٣).

الدليل الثاني: أن القود موضوع لدفع العار عن النسب، فأشبهه ولاية النكاح في اختصاصها برجال العصابات^(٤).

ونوقش: بأن القود يستحق للتشفي لا لنفي العار، على أن ولاية النكاح لا تورث إنما تستفاد بالنسب، والقود موروث فافترقا^(٥).

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٠ / ٢٥٤).

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢ / ١٠٠)، البيان (١١ / ٣٩٨)، المغني (١١ / ٥٨١)، نيل الأوطار (٧ / ٩٤).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٢ / ١٠١).

الدليل الثالث: أن النساء لو ورثن القود لتحملن العقل كالعصابات، وهن لا يتحملن العقل فوجب أن يسقط ميراثهم من القود كالأجانب^(١).
ونوقش: بأن ما ذكروه من اختصاص العقل بالرجال منتقض بالصغار والفقراء؛ فإنهم يرثون القود ولا يتحملون العقل، كذلك النساء^(٢).

الدليل الرابع: أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة وليس النساء من أهل النصرة فلم يكن هن مدخل في الولاية المستحقة بها^(٣).
ونوقش: بأنه لا يُسلم أن ولاية القصاص مشروعة على سبيل النصرة، بل إنها شرعت للتشفي والانتقام من القاتل؛ لأن النصرة تكون للحي لا للميت^(٤).

وقد انتصر ابن أبي العز الحنفي^(٥) لقول المالكية واستنبط استنباطات عجيبة من القرآن للاستدلال لهذا القول، وسأنقل نص ابن أبي العز كما هو.

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ (٤/٢٤٦).

(٤) ينظر: العفو عن القصاص في النفس للركبان (ص ٢٩١).

(٥) أبو الحسن، علي بن علي بن محمد بن أبي العز، الحنفي الدمشقي، فقيه، كان قاضي القضاة بدمشق ثم بمصر، من مؤلفاته: «شرح العقيدة الطحاوية»، «التنبيه على مشكلات الهداية»، توفي سنة (٧٩٢هـ). ينظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر (٤/١٠٣)، الأعلام للزركلي (٤/٣١٣).

يقول^(١): «وقول مالك رَحْمَةُ اللَّهِ أَقْوَى لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي الْقَتْلِ: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾، والولي لا يتناول جميع الورثة كما في النكاح، فإن الولي في النكاح العصبه، وكذلك الولي على الصغير.

وكذلك في قوله تعالى: ﴿فَلْيَمْلِكْ وَليُّهُ بِالْعَدْلِ﴾، فإن قيل: إنَّ النكاح يحتاج إلى الرأي قيل: وكذلك في أمر الدم، والمرأة ضعيفة الرأي قد يدخل عليها فتسقط الدم مجاناً، ويكون ذلك ذريعة إلى تمكن الظلمة من القتل؛ إذ قد يكون القاتل من شياطين الإنس، وقد يكون أخذ المال أنفع إذا كانوا محاييج، وقد يكون العفو أنفع إذا كان القتل زلة من القاتل، فإذا عفي عنه حصل الأجر العظيم، وكل ذلك يحتاج إلى الرأي والرجال أثبت وأعرف بذلك.

والله تعالى قال في الدية: ﴿وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ ولم يقل إلى وليه، وقال في القتل: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾، ولم يقل لأهله، فيجب أن يُعطى القرآن حقه من الدلالة والبيان، فإن الولي: الناصر، والرجل لا ينتصر بالنساء وإنما ينتصر بعصبته، وأما الأهل فيتناول المرأة والبنات ونحوهن، قال تعالى: ﴿فَأَسْرِ بِأَهْلِكَ﴾، وقال: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾، وقال: ﴿قُلْنَا أَحْمِلْ فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ وَأَهْلَكَ إِلَّا مَنْ سَبَقَ عَلَيْهِ الْقَوْلُ﴾، ولا يعرف أن الزوجة تدخل في لفظ الولي، وقال تعالى في قصة صالح عليه السلام: ﴿وَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ﴾ ﴿٤٨﴾ قَالُوا تَقَاسَمُوا بِاللَّهِ لَنُبَيِّتَنَّهُ وَأَهْلَهُ ثُمَّ لَنَقُولَنَّ لِوَلِيِّهِ مَا شَهِدْنَا مَهْلِكَ

(١) ينظر: التنبيه على مشكلات الهداية (٥ / ٨٩١).

أَهْلِهِ، ففرّق بين الولي الذي ينصره وكانوا يخافونه من انتصاره له إذا بيّته، وبين الأهل الذي يبيّتهم معه، والقرآن قد جعل الدية للأهل، والقتل للولي، وليس بين إرث الدية وإرث القتل تلازم، والعصبة هم الذين ينصرونه والعقل مناه على النصر، وقتل قاتله من باب النصر قال تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾، والسلطان إنما يليق بالرجال دون النساء سواء كان سلطان القدرة أو سلطان الحجة، والنساء ضعيفات الحجة والقدرة، وأيضاً فإن الوارث بالفرض إنما جعل له ميراث فيما يقبل القسمة فيكون له ثلث وربع ونحوه، والدم لا يتبعض ولا ينقسم، فلا يسوغ في مثله أن يقسم على فرائض المال، ولكن يثبت للعاصب وحده إن كان واحداً، وإن كانوا جماعة كانوا كرجل واحد ليس اشتراكهم بفرائض محدودة، بل كما يقتل الجماعة بالواحد لأنهم كقاتل واحد فكذلك الولاية عليه، وأيضاً فحق العصبة ثابت في الدم بالكتاب والسنة والإجماع، وحق النساء ليس كذلك، فلا يجوز إثباته بغير دليل شرعي وإسقاط حق العصبة المعلوم بأمر غير معلوم، وما ذكره الأصحاب من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: ((من ترك مالا أو حقاً فلورثته)) إنما ورد ((من ترك مالا فلورثته)) الحديث وليس فيه أو حقاً.

وما ذكره ابن أبي العز من استدلال يدل على فهمه ودقة استنباطه، إلا أنه قصر استنباطه واستدلاله لهذه المسألة على ما ورد في القرآن.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: أن الزوج والزوجة ليسا من العصابة ولا يجب عليهما شيء من العقل فلم يكن لهما مدخل في الولاية^(١).

ونوقش: بأن لكل منهما نصيباً في دية صاحبه فيما إذا سقط القصاص عن القاتل، والدية بدل عن القصاص، وملك البدل يستلزم ملك المبدل منه، ولذلك قضى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها^(٢).

الدليل الثاني: أن القصاص يراد للتشفي، والزوجية تزول بالموت^(٣).

ونوقش: بأن زوال الزوجية لا يمنع استحقاق القصاص، كما لم يمنع استحقاق الدية^(٤).

الترجيح:

الراجع في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول الأول القاضي بأن جميع النساء الوارثات سواء بالسبب أو النسب هنّ من أولياء الدم الذين لهم أن يقتصوا أو يعفوا؛ لقوة ما استدلوا به، وللأثر الوارد عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في خصوص هذه المسألة ولم يُعلم له مخالف من الصحابة.

(١) ينظر: التنبيه على مشكلات الهداية (٥ / ٨٩١)، العفو عن القصاص في النفس للركبان (ص ٢٩١).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٦ / ١٥٧).

(٣) ينظر: البيان (١١ / ٣٩٨)، المغني (١١ / ٥٨٢)، نيل الأوطار (٧ / ٩٤).

(٤) ينظر: المغني (١١ / ٥٨٢).

على أنه ينبغي أن يُفَرَّق بين الحكم العام للمسألة، وبين الحكم في واقعة بعينها، فإذا خيف اختلال الأمن أو حصول الهرج والقتل، أو كان هناك احتمال قوي بحدوث فتنة في واقعة معينة، أو كثر التحيل لإسقاط القصاص؛ بسبب عفو النساء؛ فإنه ينبغي للقاضي التريث وعدم الاستعجال في الحكم بسقوط القصاص، بل قد يكون اختصاص العفو بالعصبة من الرجال حينئذ متوجِّهًا إذا لم تندفع الفتنة؛ لأنَّ الأخذ بالقول الراجح في هذه الحالة سيؤدي إلى فتنة ومفسدة.

قال الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ: «لكن إذا كثر التحيل لإسقاط القصاص، فلعل في مثل هذا الحالة إذا تسلط العتاة وخيف اختلال الأمن بكثرة العفو وصار سلمًا لسفك الدماء وإسقاط موجبها؛ ففي مثل هذه الحالة يجوز ضرورة العمل بالقول الآخر الذي اختاره الشيخ تقي الدين وهو مُحَرَّج رواية عن الإمام أحمد ذكرها ابن البناء، وهي رواية عن الإمام مالك: وهي أن القصاص موروث للعصبات خاصة، فليس للنساء عفو؛ لأنه ثبت لدفع العار فاخص به العصبات كولاية النكاح، وهو وجه لأصحاب الشافعي،... وهذا من شيخ الإسلام رَحِمَهُ اللهُ بناء على قاعدة ذكرها في بضع كتبه وهو أنه إذا ثبتت الضرورة جاز العمل بالقول المرجوح نظرًا للمصلحة، ولا يتخذ هذا

عامًا في كل قضية، بل الضرورة تقدر بقدرها، والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا»^(١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «قد يكون ترك الراجح أرجح أحيانًا لمصلحة راجحة»^(٢).

وقال ابن رجب: «وقد ينزل القول الراجح المجتهد فيه إلى غيره من الأقوال المرجوحة إذا كان في الإفتاء بالقول الراجح مفسدة»^(٣).

وجاء - في القرارات والمبادئ القضائية - الإذن بالتريث في أخذ تنازل الزوجة عند وجود احتمال قوي بحدوث فتنة. وهذا سيأتي بيانه في المبحث الثالث - إن شاء الله -.

(١) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ (٢٧٢/١١).

(٢) مجموع الفتاوى (١٩٥/٢٤).

(٣) الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب (ص ٨٩).

المبحث الثالث

دراسة تحليلية للمبادئ والقرارات القضائية المتعلقة
بولاية المرأة لدم القصاص

تعريف المبدأ القضائي:

هو القاعدة القضائية العامة الموضوعية والإجرائية التي تقرها المحكمة العليا وتُراعى عند النظر في القضايا وإصدار الأحكام والقرارات^(١).

أهمية المبادئ القضائية:

تبرز أهمية المبادئ والقرارات القضائية في كونها تمثل الاجتهاد القضائي الذي استقر عليه العمل في حالات غياب النص التنظيمي أو غموضه، وتعد المبادئ القضائية مصدرًا من مصادر القضاء، ويُنبي عليها كثير من القضاة أحكامهم، وتقلل حالات الاختلاف بين الأحكام القضائية.

وبعد الاطلاع على المبادئ والقرارات القضائية الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ، قمت بجمع

(١) ينظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ (ص ٣٣).

المبادئ والقرارات التي لها صلة بموضوع البحث، وهي ثلاثة مبادئ، ثم قمتُ بدراستها وتحليلها.

المبدأ القضائي رقم (٦٨٠)^(١):

القصاص حق لجميع الورثة، ولا مانع من أخذ تنازل زوجة القتيل ولو كانت أخت القاتل، ما لم يكن هناك احتمال قوي بحدوث فتنة في أخذ التنازل، فلا مانع من التريث.

الدراسة التحليلية للمبدأ:

يفيد هذا المبدأ أنّ النساء من أولياء الدم إذا كنّ وارثات، ويُعد عفو زوجة المقتول عفواً صحيحاً، ولو كانت أخت القاتل، ولا مانع من إثباته، إلاّ إن كان يُخشى من حدوث الفتنة فإنه يجوز التريث وعدم الاستعجال في إثبات العفو.

وهذا المبدأ موافق لقول الجمهور القائل بأنّ الزوجة من أولياء الدم، كما أنّ فيه مراعاة لقول المالكية وبعض الشافعية من أنّ النساء أو الزوجة على وجه الخصوص لا مدخل لهن في العفو، فلاجل ذلك أجاز المبدأ التريث وعدم الاستعجال في إسقاط القصاص.

(١) المرجع السابق (ص ٢٢١).

المبدأ القضائي رقم (٧٥٤)^(١):

المراة زوجة كانت أو غير زوجة، إذا كانت وارثة فهي من أهل القتل، وإخراجها يحتاج لنص صحيح صريح من الشارع، ولا وجود لذلك قطعاً، بل النصوص تدل على أنها من أهل القتل.

الدراسة التحليلية للمبدأ:

يفيد هذا المبدأ أن المرأة إذا كانت وارثة فهي من أولياء الدم سواء كانت زوجة أو غير زوجة كالبنات أو الأخت، ولم يوجد نص صريح يخرج المرأة من ولاية الدم، بل النصوص تدل على أنها من أهل القتل الذين لهم حق استيفاء القصاص أو العفو عنه.

وهذا المبدأ هو الموافق لقول الجمهور القائل بأن النساء الوارثات سواء كنّ من ذوي الأنساب أو الأسباب أُنهن من أولياء الدم.

المبدأ القضائي رقم (٨١٧)^(٢):

يسقط القصاص بتنازل زوجة المقتول.

الدراسة التحليلية للمبدأ:

يفيد هذا المبدأ أن الزوجة من أولياء المقتول ويسقط القصاص بتنازلها.

(١) ينظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ (ص ٢٣٧).

(٢) المرجع السابق (ص ٢٥٠).

وهذا المبدأ هو الموافق لقول الجمهور القائل بأن النساء الوارثات
سواء كنّ من ذوي الأنساب أو الأسباب أنهن من أولياء الدم.



الخاتمة

في نهاية هذا البحث توصلت إلى عدة نتائج، أجمالها في النقاط التالية:

١. من أهم المقاصد وأعظم القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية: حفظ النفس المعصومة، وقد جاء الإسلام بنصوص فيها من التهديد والوعيد ما يمنع من وقوع الاعتداء على النفس المعصومة، كما أنه سنَّ أحكاماً وعقوباتٍ رادعةً وزاجرةً للجاني ولغيره.

٢. أعظمُ الفساد الدنيوي قتلُ النفوس بغير الحق، وأعظمُ الفساد الديني الكفرُ.

٣. الاعتداء على نفس واحدة معصومة بالقتل مستعظمٌ مهيب، وجعله الشارع كالاعتداء على المجتمع الإنساني كله.

٤. أن الله سبحانه وتعالى شرع القصاص - وهو قتل القاتل - استبقاءً لحياة الناس وصوناً لها؛ لأنه إذا علم القاتل أنه إذا قتل سيقتل امتنع عن القتل، فيكون فيه بقاءه وبقاء من همم بقتله.

٥. علّق الشرعُ الحقَّ في القصاص أو المصالحة عليه إلى الأولياء، فجعل هذه العقوبة - وهي قتل القاتل - أو العفو عنه حقاً لأولياء القتيل.

٦. الولاية لغة: تدل على القرب. و(الولاية) بالكسر السلطان، والجمع ولاية، و(الولاية) بالفتح والكسر النصرة، والجمع أولياء.

٧. المراد بالولاية في القصاص أحقية المطالبة بدم القاتل في الجناية على النفس.

٨. القصاص: أن يُفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه، النفس بالنفس والجرح بالجرح.

والفهاء يطلقون على القصاص لفظ «القود» -بفتحين- ولعله إنما سُمِّي بذلك؛ لأن الجاني في الغالب يُقاد بشيء يُربط فيه أو بيده إلى القتل.

٩. إذا كان ولي القصاص غير مكلف، أو كانوا متعددين بعضهم كامل الأهلية وبعضهم ناقص الأهلية فإنه يُنظر الصغير حتى يكبر، والمجنون حتى يفيق، ويجس القاتل ولا يخلى سبيله بكفيل؛ لأنه قد يهرب فيفوت الحق.

وهذا قول الشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية، وهو الراجح؛ لأن الانتظار فيه مصلحتان، مصلحةٌ لولي الدم -الصغير أو المجنون- بعدم تفويت ما خيّر فيه، ومصلحةٌ للقاتل فربما يعفو الصغير بعد بلوغه أو المجنون بعد إفاقته.

١٠. يرى الفقهاء في المذاهب الأربعة أنّ أولياء الدم إذا كانوا اثنين فأكثر فالواجب هو اتفاق جميعهم على استيفائه، ولا ينفرد أحدهم باستيفائه دون غيره، فإن عفا أحدهم فلا قود على القاتل.

١١. القتل لا يكون إلا في حق الجاني فقط، ولا يتعداه إلى غيره، فلو وجب القصاص على حامل؛ لم تُقتل حتى تضع الولد وتسقيه اللبن، وهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم.

١٢. اتفق الفقهاء على أن أولياء الدم هم أصحاب الحق في استيفاء القصاص من الجاني، إلا أنهم اختلفوا في دخول النساء الوارثات في هذا الحق، وهل هنّ من أولياء الدم الذين يثبت لهم هذا الحق أم لا؟

١٣. الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول القاضي بأن جميع النساء الوارثات سواء بالسبب أو النسب هنّ من أولياء الدم الذين لهم أن يقتصوا أو يعفوا؛ لقوة ما استدلوا به، وللأثر الوارد عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في خصوص هذه المسألة ولم يُعلم له مخالف من الصحابة.

على أنه ينبغي أن يُفَرَّق بين الحكم العام للمسألة، وبين الحكم في واقعة بعينها، فإذا خيف اختلال الأمن أو حصول المهرج والقتل، أو كان هناك احتمال قوي بحدوث فتنة في واقعة معينة، أو كثر التحيل لإسقاط القصاص؛ بسبب عفو النساء؛ فإنه ينبغي للقاضي التريث وعدم الاستعجال في الحكم بسقوط القصاص، بل قد يكون اختصاص العفو بالعصبة من الرجال حينئذ متوجّهاً إذا لم تندفع الفتنة؛ لأنّ الأخذ بالقول الراجح في هذه الحالة سيؤدي إلى فتنة ومفسدة.

١٤. من المبادئ القضائية في المملكة العربية السعودية أنّ المرأة زوجةً كانت أو غير زوجة، إذا كانت وارثة فهي من أهل القتل،

وإخراجها يحتاج لنص صحيح صريح من الشارع، ولا وجود لذلك قطعاً، بل النصوص تدل على أنها من أهل القتل.

وهذا المبدأ هو الموافق لقول الجمهور القائل بأن النساء الوارثات سواء كنّ من ذوي الأنساب أو الأسباب أئهن من أولياء الدم.

التوصيات:

١. حث المراكز البحثية والمجامع العلمية على العناية بالبحوث التي تبرز دور الشريعة في حمايتها لأهم حقوق الإنسان وهو الحياة؛ وذلك بالاقتصاص من الجاني عقوبة له وردعاً لغيره.

٢. مراعاة قول المالكية واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وذلك من خلال عدم الاستعجال بإسقاط القصاص بعفو النساء إذا كان يترتب على ذلك مفسدة أكبر، كأن يعتدي أحد العصابة على الجاني.

فهرس المصادر والمراجع

١. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٢. الاستخراج لأحكام الخراج، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت: ٧٩٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٣. الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي (ت: ١٣٩٦هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة، ٢٠٠٢م.
٤. اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الخليم بن عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: ناصر بن عبد الكريم العقل، الناشر: دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٥. إنباه الرواة على أنباه النحاة، لجمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي (ت: ٦٤٦هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ومؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٢م.
٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت: ٨٨٥هـ)، وبعاليه الشرح الكبير والمقنع، تحقيق: د. عبد الله التركي، توزيع: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٨. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: المكتبة العصرية، لبنان، صيدا.
٩. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بـ «حاشية الصاوي على الشرح الصغير»، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوقي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ)، ومعه (الشرح الصغير وهو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٠. البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة، لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت: ٨١٧هـ)، الناشر: دار سعد الدين للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
١١. البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليميني الشافعي (ت: ٥٥٨هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
١٢. تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
١٣. التجريد للقدوري، لأبي الحسين، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان القدوري (ت: ٤٢٨هـ)، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، أ.د. محمد أحمد سراج، أ.د. علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.



١٤. التعريفات الفقهية، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي (ت: ١٣٩٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م)، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١٥. تفسير ابن سعدي = تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، للشيخ عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (ت: ١٣٧٦هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
١٦. تفسير الرازي المسمى بـ: مفاتيح الغيب = أو التفسير الكبير، لأبي عبد الله محمد الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، خطيب الري (ت: ٦٠٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠هـ.
١٧. التنبه على مشكلات الهداية، لصدر الدين علي بن علي ابن أبي العز الحنفي (ت: ٧٩٢هـ)، تحقيق ودراسة: عبد الحكيم بن محمد شاکر (ج ١، ٢، ٣)، أنور صالح أبو زيد (ج ٤، ٥)، أصل الكتاب: رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الناشر: مكتبة الرشد ناشرون، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١٨. تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى الهروي (ت: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
١٩. الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
٢٠. حاشية ابن القيم = تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن قيم

- الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، ومعه عون المعبود شرح سنن أبي داود للعظيم آبادي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ.
٢١. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٢٢. خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب، لعبد القادر بن عمر البغدادي (ت: ١٠٩٣هـ)، تحقيق وشرح: عبد السلام محمد هارون، الناشر: مكتبة الخانجي، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٢٣. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، المحقق: محمد عبد المعيد، الناشر: مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.
٢٤. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: ٧٩٩هـ)، تحقيق وتعليق: د. محمد الأحمد أبو النور، طبعة دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
٢٥. الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٢٦. ذيل طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت: ٧٩٥هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.



٢٧. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.

٢٨. سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، لأبي عبد الرحمن محمد ناصر الدين بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم الأشقودري الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى.

٢٩. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، لأبي عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

٣٠. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السُّجِسْتَانِي (ت: ٢٧٥هـ)، والمتن مرتبط بشرحه عون المعبود وحاشية ابن القيم، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

٣١. سنن الترمذي = جامع الترمذي - واسمه: «الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل»، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرَةَ بن موسى بن الضحاك الترمذي (ت: ٢٧٩هـ)، والمتن مرتبط بشروحه: قوت المغتذي، وتحفة الأحوذِي، والعرف الشذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١، ٢)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، وإبراهيم عطوة عوض (ج ٤، ٥)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

٣٢. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، قدم له ووضع حواشيه:

- عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٣٣. الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، ومعه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٤. الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي (ت: ٦٨٢هـ)، وبغاليه المقنع، وفي الأسفل الإنصاف، تحقيق: د. عبد الله التركي، توزيع: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
٣٥. الشعر والشعراء، لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (ت: ٢٧٦هـ)، الناشر: دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٣هـ.
٣٦. صحيح البخاري - واسمه: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسُننه وأيامه، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، والمتن مرتبط مع شرحه فتح الباري لابن حجر، الناشر: دار طيبة، اعتنى به: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، الطبعة الثالثة، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
٣٧. صحيح الجامع الصغير وزياداته، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي.
٣٨. صحيح مسلم، واسمه: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، والمتن مرتبط بشرح النووي والسيوطي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.



٣٩. طبقات المفسرين للداوودي، لمحمد بن علي بن أحمد، شمس الدين الداوودي المالكي (ت: ٩٤٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، راجع النسخة وضبط أعلامها: لجنة من العلماء بإشراف الناشر.
٤٠. طبقات المفسرين، لجلال الدين الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت: ٩١١هـ)، تحقيق: علي محمد عمر، الناشر: مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ.
٤١. العفو عن القصاص، للدكتور عبد الله بن علي الركبان.
٤٢. غريب الحديث، لأبي عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (ت: ٢٢٤هـ)، تحقيق: د. محمد عبد المعيد خان، الناشر: مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، الطبعة الأولى، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.
٤٣. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، وعليه تعليقات مهمة للعلامة الشيخ / عبد الرحمن البراك، اعتنى به: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، الناشر: دار طيبة، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.
٤٤. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت: ١٢٦هـ)، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٤٥. كتاب التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، والناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٤٦. كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.

٤٧. لسان العرب، لجمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٤٨. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ.
٤٩. المبسوط، لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
٥٠. المجموع شرح المهذب، لمحيي الدين أبي زكريا النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥١. المجموع شرح المهذب، لمحيي الدين أبي زكريا النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٢. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، وهي فتاوى تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨هـ)، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٥٣. مختار الصحاح، لزين الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت: ٦٦٦هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٥٤. مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل



مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٥٥. مصنف عبد الرزاق = المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (ت: ٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلم، الهند، يطلب من: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

٥٦. معالم التنزيل في تفسير القرآن = تفسير البغوي، لمحيي السنة أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت: ٥١٦هـ)، تحقيق: حققه وخرّج أحاديثه محمد عبد الله النمر، عثمان جمعة ضميرية، سليمان مسلم الحرش، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٥٧. معالم السنن (وهو شرح لسنن أبي داود)، لأبي سليمان محمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بـ (الخطّابي)، (ت: ٣٨٨هـ)، الناشر: المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، ١٣٥١هـ-١٩٣٢م.

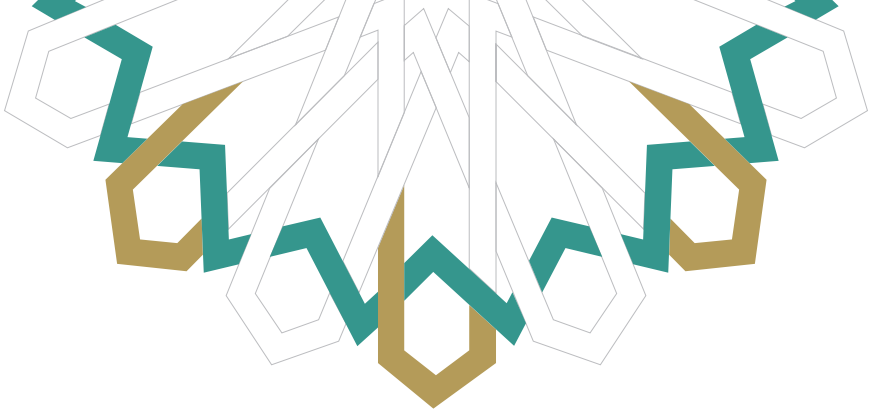
٥٨. المعجم الوسيط، لمجموعة من المؤلفين وهم: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، تحت إشراف مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الناشر: دار الدعوة.

٥٩. معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت: ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٦٠. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٦١. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو. الناشر: دار عالم الكتب، بيروت، الطبعة السادسة، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٦٢. المقصد الأرشدي في ذكر أصحاب الإمام أحمد، لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت: ٨٨٤هـ). تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
٦٣. المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت: ٤٧٤هـ)، الناشر: مطبعة السعادة، محافظة مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ، (ثم صورَها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ).
٦٤. النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الجزري، ابن الأثير (ت: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٦٥. نيل الأوطار، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
٦٦. ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي، للدكتور: إبراهيم التتم، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.





تعليق نظارة ناظر الوقف

د. عبد الرحمن بن علي بن عبد الله الدعيلج

الأستاذ المساعد بقسم الفقه وأصوله

بكلية الشريعة والقانون بجامعة حائل



المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد:

فلما كان عصرنا هذا يشهد تطوراً ملحوظاً في طرائق وأساليب الإدارة بوجه عام، ونظارة الأوقاف بشكل خاص، وقد أدى هذا التطور إلى ظهور صور وأحوال جديدة تتعلق بنظار الأوقاف -أفراداً كانوا في نظارتهم على الوقف أو أعضاء في مجلس نظارة- لم تكن معروفة في تاريخ الوقف، ولا هي معهودة عند الناس في الأزمنة السابقة، ولم يباشر الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى الكلام عليها؛ لعدم وقوعها في أزمئتهم.

وهذا من شأنه أن يلقي على عاتق المتفقيين وطلبة العلم والباحثين مسؤولية النظر في هذه المستجدات، وبحثها وعرضها على ما ذكره الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى مما هو متصل بها، خصوصاً أن بعض تلك الصور تُؤخذ -مؤخراً- عقوبة للناظر من قبل بعض الجهات الرقابية -كما هو في لائحة تنظيم أعمال النظارة الصادرة عن الهيئة العامة للأوقاف-.

فلما كان ذلك كذلك؛ دعت الحاجة إلى بحث بعض تلك الصور المستجدة المتعلقة بنظار الأوقاف وأحوالهم، ومنها صور وأحوال

(تعليق نظارة ناظر الوقف)؛ لتحريرها وعرضها على ما ذكره أهل العلم رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى من ضوابط وأحكام في بابها. والله المستعان، وعليه التكلان، ولا حول ولا قوة إلا به.

مشكلة البحث:

تظهر مشكلة البحث في الأسئلة الآتية:

- ١- ما حقيقة وتكييف تعليق نظارة ناظر الوقف؟
- ٢- ما الحكم الفقهي لتعليق النظارة؟
- ٣- من الذي يملك تعليق نظارة الناظر؟ وهل يصح تعليق نظارة الناظر عقوبةً له؟

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية الموضوع وأسباب اختياره في ما يلي:

- ١- أن هذا الموضوع يكتسب أهميته من جهة ارتباطه بشعيرة الوقف، وأثرها الكبير على المجتمع، وتزايد الاهتمام بها في هذا العصر، والحاجة إلى التفقه فيها ومعرفة أحكامها.
- ٢- أن من أبرز عناصر الوقف والركائز الأساسية فيه: إدارته ونظارته، وأساليب الإدارة الحديثة يمتد أثرها على الأوقاف، فاستجدت صور تمس إدارة الوقف ونظارته يتعين عرضها على التراث الفقهي، وتخرج الحكم الفقهي لهذه النازلة عليه.

٣- اتخاذ بعض صور تعليق النظارة آليةً لعقوبة الناظر أو عضو مجلس النظارة، سواءً من الواقفين أو من الجهات المشرفة على الأوقاف (كما هو في لائحة تنظيم أعمال النظارة الصادرة عن الهيئة)، فاقضى الأمر دراستها من هذا الجانب.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

- ١- بيان المقصود بتعليق نظارة ناظر الوقف، والتكييف الفقهي لتعليقها، وحصص صور وأحوال التعليق.
- ٢- إيضاح الحكم الفقهي لكل صورة من صور تعليق النظارة من خلال تخرجها على عدد من المسائل الفقهية.
- ٣- تقريب الأحكام الفقهية المتعلقة بتعليق النظارة إلى الباحثين والواقفين والنظار ومعدّي اللوائح والأنظمة.

الدراسات السابقة:

ما عنونت به هذا البحث: لم أجده مفهرساً في قواعد البيانات الرقمية المتاحة، ولم أقف -بعد البحث في المظان- على من كتب في هذا الموضوع، باستثناء بعض الأبحاث بعيدة الصلة نوعاً ما عن موضوع هذا البحث، والتي تناولت أحكام كف يد الموظف ونحوه.

ولا يخفى وجود التباين بين الموضوعين، واستقلال الموضوع محل البحث بالعديد من الفوارق المؤثرة، مما يجعل ما ذكر غير معدودٍ في الدراسات السابقة للموضوع.

كما أن هناك العديد من الأبحاث والدراسات المتعلقة بموضوع (النظارة على الوقف)، والتي بحثت مسألة (عزل ناظر الوقف)، في ما يلي بيان طرف منها:

١- العزل عن الولايات النيابية، تأليف: د. عبد الله بن صالح بن عبد الرحمن الكنهل، رسالة دكتوراه علمية، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٢٠هـ.

وقد أفردت الدراسة فصلاً كاملاً في مسائل عزل الناظر، واستوعبت مسائل شتى في أحكام العزل، إلا أنها لم تبحث مسألة تعليق نظارة الناظر أو إيقافه مؤقتاً عن ممارسة أعمال النظارة.

٢- النظارة على الوقف -دراسة فقهية مع الإشارة للأنظمة والقواعد السارية وصور من تطبيقاتها المعاصرة في المملكة العربية السعودية-، تأليف: د. هاني بن عبد الله بن محمد الجبير، الناشر: مؤسسة ساعي، الرياض، ١٤٤٤هـ.

وقد أفردت الدراسة جزءاً في مسائل انقضاء ولاية الناظر بعزله، إلا أنها لم تتطرق لمسألة تعليق نظارة الناظر أو إيقافه مؤقتاً عن ممارسة أعمال النظارة.

٣- الولاية على الوقف وأثرها في المحافظة عليه، تأليف: د. عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الحجيلان، الناشر: مجلة جامعة الإمام، الرياض، ١٤٢٢هـ.

وقد أفردت الدراسة مبحثاً في عزل الوالي على الوقف، إلا أنها لم تتطرق مسألة تعليق نظارة الناظر أو إيقافه مؤقتاً عن ممارسة أعمال النظارة.

٤- نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة (النظام الوقفي المغربي نموذجاً)، تأليف: د. محمد عطية المهدي، رسالة دكتوراه علمية، الناشر: الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، ١٤٣١هـ.

وقد أفردت الدراسة فصلاً كاملاً في انقضاء ولاية الناظر ومسؤولياته، إلا أنها لم تبحث مسألة تعليق نظارة الناظر أو إيقافه مؤقتاً عن ممارسة أعمال النظارة.

٥- النظارة على الوقف، تأليف: د. خالد بن عبد الله الشعيب، رسالة دكتوراه علمية، الناشر: الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، ١٤٢٧هـ.

وقد أفردت الدراسة فصلاً كاملاً في عزل الناظر، إلا أنها لم تبحث مسألة تعليق نظارة الناظر أو إيقافه مؤقتاً عن ممارسة أعمال النظارة.

٦- مباحث في النظارة على الوقف، تأليف: د. سلطان بن محمد بن زهران الحراصي، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان.

وقد أفردت الدراسة مبحثاً في سلطة الرقابة على أعمال الناظر ومحاسبته وعزله، واعتنت الدراسة ببيان آراء المذاهب الفقهية الأربعة بالإضافة إلى آراء الإباضية والزيدية والإمامية، إلا أنها كغيرها لم تتطرق إلى صورة هذه الدراسة.

وغير ما ذكر من الدراسات التي تناولت موضوع (النظارة على الوقف) بشكل عام، أو مسألة (عزل ناظر الوقف) بشكل خاص.

فما يميز هذه الدراسة عن غيرها: أنها تبحث جزئية دقيقة في صورة مستجدة لا تندرج بشكل تام ضمن صور العزل عن النظارة ولا تستقل عنها، وهي تعليق نظارة ناظر الوقف أو كف يده وإيقافه عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتاً.

منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي، ابتداءً بإيضاح تكييف وحقيقة العقود المذكورة في الدراسة، ثم تتبع واستقصاء صور المسائل، وعرض ما ذكره الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في ما كان منها لهم فيها قول، ومن ثم تخريج المسائل المستجدة عليها.

خطة البحث:

انتظمت خطة البحث في: مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وفهرس المراجع.

المقدمة:

وتحتوي على: مشكلة البحث، أهمية الموضوع وأسباب اختياره، أهداف البحث، الدراسات السابقة، منهج البحث، خطة البحث.

التمهيد:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بمفردات البحث:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف لفظة (الوقف).

الفرع الثاني: تعريف لفظة (نظارة) ولفظة (ناظر).

الفرع الثالث: تعريف لفظة (تعليق).

المطلب الثاني: التعريف بعنوان البحث مركباً.

المبحث الأول: تعليق الواقف نظارة الناظر المنفرد أو عضوية عضو مجلس النظارة.

المبحث الثاني: تعليق الناظر المنفرد نظارته أو عضو مجلس النظارة عضويته.

المبحث الثالث: تعليق مجلس النظارة عضوية أحد النظار.

المبحث الرابع: تعليق الحاكم النظارة.

الخاتمة: وتحتوي على أهم النتائج والتوصيات.

فهرس المراجع.

والله أسأل أن يجعل هذا البحث خالصاً لوجهه الكريم، وأن يتقبله
بمنه وكرمه، وأن يبارك فيه، وأن ينفع به كاتبه وقارئه، كما أسأله
العون والتوفيق والسداد.

التمهيد

المطلب الأول: التعريف بمفردات البحث:

الفرع الأول: تعريف لفظة (الوقف):

الوقف لغة:

الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تَمَكُّثٍ في شيء.
والوُقُوفُ: خلاف الجلوس، وَقَفَ بالمكان وَقْفًا ووُقُوفًا فهو واقِفٌ،
والجمع: وُقُوفٌ ووُقُوفٌ.

يقال: وَقَفَ الأرض على المساكين أو للمساكين وَقْفًا: حبسها^(١).

الوقف اصطلاحًا:

اختلفت المذاهب الفقهية الأربعة في تعريف الوقف:
فهو عند أبي حنيفة رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى: «حبس العين على ملك الواقف
والتصدق بالمنفعة»، وعند الصاحبين رَحْمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى: حبس العين على
ملك الله تعالى^(٢).

(١) مقاييس اللغة: كتاب الواو باب الواو والقاف وما يثلثهما مادة (قسم) ١٣٥/٦،
لسان العرب: كتاب الفاء فصل الواو مادة (وقف) ٣٥٩-٣٦٠.

(٢) البحر الرائق ٥/٢٠٢، الإسعاف ٣، رد المحتار ٤/٣٣٧.

وهو عند المالكية: «إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً»^(١).

وهو عند الشافعية: «حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح»^(٢).

وهو عند الحنابلة: «تحييس الأصل وتسهيل المنفعة أو الثمرة»^(٣)، وحدّه بعضهم بحد مستوفٍ لشروطه فقال: «تحييس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله تعالى»^(٤).

وقد عرّفت لائحة تنظيم أعمال النظارة الصادرة عن الهيئة العامة للأوقاف بالمملكة العربية السعودية الوقف بأنه: «تحييس مال متقوم، وتخصيص غلته لمصرف خيري أو أهلي أو هما معاً».

ومعنى الوقف الاصطلاحي ظاهر الارتباط بالمعنى اللغوي، فمعنى الحبس والمنع والتمكث متحقق فيهما جميعاً.

(١) الهداية الكافية الشافية ٤١١، مواهب الجليل ١٨/٦.

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرملي ٤٥٧/٢، تحفة المحتاج وحواشيها ٢٣٥/٦، مغني المحتاج ٥٢٢/٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٣/٦، الإنصاف ٣/٧.

(٤) المطلع على ألفاظ المقنع ٣٤٤.

الفرع الثاني: تعريف لفظة (نظارة) ولفظة (ناظر):

النظارة والناظر لغة:

النَّظَرُ: حَسُّ العين. والنظر: تأمل الشيء بالعين.

والمَنْظَرَةُ: موضع الربيثة. وموضع في رأس جبل فيه رقيب ينظر العدو يجرسه. والمَنْظَرَةُ: المَرْقَبَةُ.

والناظر: الحافظ. وناظور الزرع والنخل وغيرهما: حافظه، والطاء نبطية.

ويقال للسلطان إذا بعث أميناً يستبرئ أمر جماعة قرية: بعث ناظراً.

والمَنْظَرَةُ: القوم ينظرون إلى الشيء، كالمَنْظَرَةُ، يقولون: خرجت مع النَّظَّارَةِ^(١).

النظارة والناظر اصطلاحاً:

لا يخرج معنى لفظة (النَّظَّارَةُ) ولفظة (النَّاظِر) في اصطلاح الفقهاء عن معناهما اللغوي، وهما يردان عندهم في باب الوقف من أبواب الفقه.

ولم يرد تعريف لفظة (النَّظَّارَةُ) عندهم اصطلاحاً؛ وذلك لأنها تستعمل عندهم استعمالها اللغوي، وترد بالمعنى اللغوي المذكور آنفاً، ويقصدون بها: (الولاية على الوقف)^(٢).

(١) ينظر: لسان العرب: كتاب الرءاء فصل النون مادة (نظر) ٢١٥/٥ - ٢٢٠، تاج العروس: فصل النون مع الرءاء مادة (نظر) ٢٤٤/١٤ - ٢٥٦.

(٢) ينظر: منحة الخالق حاشية البحر الرائق ٢٤٤/٥، التاج والإكليل ٦٣٧/٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٥٥، دقائق أولي النهى ٤١٤/٢.

وأما (الناظر)، فإن الفقهاء يذكرون وظائفه دون تعريف معناه، إلا أن ذكر وظائفه كاشف لمعناه، فيمكن استخلاص تعريفه - وكذا تعريف النظارة - من عدّهم لوظائف الناظر.

فقالوا: إن الناظر هو الذي يلي الوقف، وحفظه، وعمارته، وإيجاره، وزرعه، وتحصيل ريعه وحفظه، والاجتهاد في تنميته وصرفه في جهاته، وتنفيذ شرط واقفه، والمخاصمة فيه^(١).

وقد عرّفت لائحة تنظيم أعمال النظارة الناظر بأنه: «الشخص ذو الصفة الطبيعية أو الاعتبارية الذي يتولى نظارة الوقف».

كما عرّفت النظارة بأنها: «حق الإشراف وإدارة شؤون الوقف وحماية أصوله، ورعاية مصالحه، وتمثيله، وتنفيذ شروط الواقف».

فتلخص من ذلك: أن النظارة: هي الولاية على الوقف. وأن الناظر هو متولي الوقف.

الفرع الثالث: تعريف لفظة (التعليق):

التعليق لغة:

يقال: عَلِقَ بِالشَّيْءِ عَلَقًا وَعَلَقَهُ: نَشِبَ فِيهِ.

(١) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٦/٢٨٨-٢٨٩، مغني المحتاج ٣/٥٥٣-٥٥٤، منتهى الإرادات ٣/٣٦٣-٣٦٤، كشف القناع ٤/٢٦٨-٢٦٩.

والعَلَق: النُّشوب في الشيء يكون في جبل أو أرض أو ما أشبهها.
وأَعْلَق الحابل: عَلِق الصيد في جبالته، أي: نشب. وأَعْلَق أظفاره في
الشيء: أنشبهها.

وعَلَّق الشيء بالشيء ومنه وعليه تَعْلِيْقًا: ناطه.

والعِلَاقَة: ما عَلَّقْتَه به. والعِلَاقَة: المِعْلَاق الذي يُعَلِّقُ به الإناء.
والعِلَاقَة: عِلَاقَة السيف والسوط. وعِلَاقَة السوط: ما في مقبضه من
السير، وكذلك عِلَاقَة القدح والمصحف والقوس وما أشبه ذلك.
وأَعْلَق السوط والمصحف والسيف والقدح: جعل لها عِلَاقَة، وَعَلَّقَه
على الوتد، وَعَلَّق الشيء خلفه كما تُعَلِّق الحقيبة وغيرها من وراء
الرحل. وَعَلِق الثوب من الشجر عَلَقًا وَعُلُوقًا: بقي مُتَعَلِّقًا به.

والمُعَلِّقَة من النساء: التي فقد زوجها، قال تعالى: ﴿فتذروها

كالمُعَلِّقَة﴾.

قال في التهذيب: «قال الله عَزَّوَجَلَّ في صفة المرأة التي لا ينصفها
زوجها ولا يحسن معاشرتها ولا يخلي سبيلها: ﴿فتذروها كالمُعَلِّقَة﴾،
وامرأة مُعَلِّقَة: إذا لم ينفق عليها زوجها ولم يطلقها، فهي لا أيم ولا
ذات بعل»^(١).

(١) تهذيب اللغة ١/ ١٦٤.

وفي حديث أم زرع: ((إِنْ أَنْطَقَ أَطْلَقَ، وَإِنْ أَسَكَتَ أُعْلِقَ))^(١)، أي: يتركني كالمعلّقة، لا ممسكة ولا مطلّقة.

والمعلّق: قدح يُعلّقه الراكب معه، وجمعه: مَعَالِقُ^(٢).

التعليق اصطلاحًا:

لا يخرج معنى (التعليق) في الاصطلاح عن المعنى اللغوي، فهو في الاصطلاح يدور حول المعاني التي تدل عليها لفظة (التعليق) في اللغة.

وقد مرّ أنّها وصف المرأة المعلّقة في اللغة، بأنّها التي بين حالين: بين حال الزوجة التي تتمتع بكامل الحقوق المترتبة على عقد الزوجية، وبين حال المطلقة، بل حالها حال المطلقة - في حرمانها النفقة والمعاشرة -، إلا أنّها زوجة.

فكذلك التعليق هنا: هو أن يكون الشيء بين حالين، لا هو في هذه الحال، ولا هو في الأخرى، فيكون أمره معلّقًا.

فيمكن تعريف التعليق اصطلاحًا بأنه: إناطة أمرٍ شيءٍ ما بين حالين.

(١) متفق عليه. صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب حسن المعاشرة مع الأهل، ٢٧/٧، رقم الحديث: (٥١٨٩). صحيح مسلم: كتاب فضائل الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، باب ذكر حديث أم زرع، ٤/١٨٩٦، رقم الحديث: (٢٤٤٨).

(٢) ينظر لجميع ما سبق: لسان العرب: كتاب القاف فصل العين المهملة مادة (علق) (علق) ١٠/٢٦١-٢٧٠، تاج العروس: فصل العين مع القاف مادة (علق) ٢٦/١٨١-٢٠٢.

وهو هنا: إناطة أمر ناظر الوقف، بين حال الناظر المتمتع بكامل الحقوق المترتبة على عقد النظارة، وبين حال المعزول عن النظارة، الخلي منها، بل هو كالمعزول عن النظارة إلا أنه ناظر. ذلك أنها متضمنة لتوقف الناظر أو إيقافه المؤقت عن ممارسة وظائف النظارة، وحرمانه الحقوق المترتبة عليها. وهذا هو المقصود من هذا البحث.

المطلب الثاني: التعريف بعنوان البحث مركبًا:

سبق في المطلب الأول تعريف لفظة (الوقف) لغة واصطلاحًا، وتعريف لفظتي (النظارة) و(الناظر) لغة واصطلاحًا، وتعريف لفظة (التعليق) لغة واصطلاحًا.

ومما ذكر في تعريف هذه المفردات: يتبين أن المراد بعنوان هذا البحث (تعليق نظارة ناظر الوقف): إيقاف الناظر مؤقتًا عن ممارسة وظائف النظارة في الوقف. وهي المسألة التي يعنى هذا البحث بدراستها.

المبحث الأول

تعليق الواقف نظارة الناظر المنفرد أو عضوية عضو مجلس النظارة

صورة المسألة:

أن يوقف الواقف الناظر أو عضو مجلس النظارة عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتاً، ويقيم غيره مؤقتاً مقامه.

فهذه الصورة متضمنة إيقاف الناظر أو عضو مجلس النظارة عن ممارسة وظائف النظر، وهي في حقيقتها إسقاط لولايته -على الوقف- أو وكالته به مؤقتاً؛ لكونه يُسلب فيها مؤقتاً صفة النظارة، وما يترتب عليها -من وظائف وصلاحيات وحقوق- مدة إيقافه.

وكون تعليق النظر يُعطى أحكام العزل، مأخوذ من المعلّقة التي ورد ذكر حالها في القرآن، ذلك أنها لما حُرمت حقوق الزوجية، ونُزلت منزلة المطلقة -مع بقاء وصف الزوجية-، جاء النهي الكريم عن ذلك؛ فلولا أنها نُزلت منزلة المطلقة -مع بقاء عقد الزوجية-، لما ورد النهي عن ذلك، فدل على أن التعليق تنزيلٌ للمعلّقة منزلةً هي ضد وصف الحال التي هو عليها قبله.

فيحسُن بين يدي دراسة هذه المسألة، تقديم النظر في المسائل التي يبنى عليها الحكم في هذه المسألة، ومن تلك المسائل:

المسألة الأولى: عزل الواقف الناظر:

اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى على أن للواقفِ عزلَ الناظرِ في الجملة،
وبيان اتفاقهم في ما يلي:

- أطلق المالكية^(١) القول بجواز عزل الواقفِ الناظرَ ولو لغير جنحة.
- نص فقهاء الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) على أن الواقف إذا اشترط لنفسه
حال إنشاء الوقف حق عزل الناظر أن له ذلك، وهو مقتضى قول
الشافعية^(٤) في اتباع شرط الواقف في النظر.
- وختلفوا بعد ذلك في ما يلي من الصور:

الصورة الأولى: أن يجعل الواقف النظر لنفسه ابتداءً، ثم يولي غيره، ولم
يشترط لنفسه حق العزل:

وقد اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: أن للواقف عزله ولو لم يشترط ذلك لنفسه حال
الوقف، وهو قول الشافعية^(٥)، وأصح الوجهين عند الحنابلة^(٦).

- (١) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٨٨، بلغة السالك ٤/ ١١٩.
- (٢) ينظر: غمز عيون البصائر ٢/ ٢٣١، البحر الرائق ومنحة الخالق ٧/ ٥٠.
- (٣) ينظر: المبدع ٥/ ١٧٠، الإنصاف ٧/ ٦٠، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.
- (٤) ينظر: نهاية المطلب ٨/ ٣٧٠.
- (٥) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٩، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٥.
- (٦) ينظر: المبدع ٥/ ١٧٠، الإنصاف ٧/ ٦٠، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.

قال الشافعية: للواقف الناظر عزل من ولّاه، أما الواقف غير الناظر فلا يصح منه العزل، ففرّقوا بين الناظر الذي شرط له النظر حال إنشاء الوقف، وبين الناظر الذي كانت توليته بعد تمام الوقف^(١).

وعلل أصحاب القول الأول لقولهم بـ: أن المتولي وكيل عن الواقف ونائب عنه، فملك الواقف عزله^(٢).

القول الثاني: ليس للواقف عزله إذا لم يشترط الواقف ذلك لنفسه حال الوقف، وهو وجه عند الحنابلة^(٣).

الترجيح:

بالنظر في خلاف الفريقين وما استند إليه كل منهم في ما ذهب إليه؛ يتبين أن مدار الخلاف وسببه راجع إلى حقيقة عقد النظارة وتكييفه -في هذه الصورة على الخصوص، أو في مطلق عقد النظارة على العموم-، فمن رأى أنها ولاية؛ لم يملك الواقف حق العزل إلا بالشرط، ومن رأى أنها وكالة؛ ملك الواقف العزل بدون الشرط.

وهذه الصورة وإن لم ينص عليها سوى الشافعية والحنابلة، إلا أنه يمكن تخريج قول بقية فقهاء المذاهب فيها من تكييفهم لعقد النظارة، فأبو يوسف ومن وافقه من الحنفية^(٤) جعلوا للواقف عزل الناظر

(١) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٩، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٥.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٩، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٥، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.

(٣) ينظر: المبدع ٥/ ١٧٠، الإنصاف ٧/ ٦١.

(٤) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٤٤ و ٢٤٥، رد المحتار ٤/ ٤٢٧.

مطلقاً - سواءً كان بجنحة أو لا، وسواءً شرط لنفسه العزل أو لا-، لكون الناظر عندهم وكيل عن الواقف، فيُخرَج قولهم في هذه الصورة على وفق مقتضى ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وإلى هذا ذهب المالكية^(١) أيضاً - كما سبقت الإشارة إليه في تحرير محل النزاع-.

وأما محمد بن الحسن ومن وافقه من الحنفية، فقد اختلف النقل عنهم: ففريق^(٢) ينسبون إليهم القول بعدم صحة اشتراط الواقف الولاية لنفسه ابتداءً (وهو قول المالكية)^(٣) - فصورة هذه المسألة غير صحيحة ولا حاصلة عندهم بناءً على قولهم هذا-، وفريق يصححون هذا الشرط^(٤)، وعلى قول المصححين؛ فإن تولية الواقف الناظر غيره لا تخرج عن حالين: إما أن تكون توكيلاً له، أو فراغاً عن النظر له، فإن كانت الأولى: فهي مقتضى ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وإن كانت الثانية: فهي مقتضى ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، وسيأتي بسط حقيقة الفراغ بالنظر - إن شاء الله تعالى - في المبحث الثاني من هذا البحث.

- (١) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٨٨، بلغة السالك ٤/ ١١٩.
- (٢) ينظر: شرح السير الكبير ١/ ٢١١٠-٢١١١، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٤٤، النهر الفائق ٣/ ٣٢٥-٣٢٦، رد المحتار ٤/ ٣٧٩.
- (٣) ما لم يكن على صغار ولده أو من في حجره، ينظر: مواهب الجليل ٦/ ٢٥، شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٧/ ٨٤.
- (٤) ينظر: النهر الفائق ٣/ ٣٢٥-٣٢٦، رد المحتار ٤/ ٣٧٩.

فالراجح - والله أعلم - في صورة المسألة هنا (وهي أن يجعل الواقف النظر لنفسه ابتداءً ثم يولي غيره): هو قول أصحاب القول الأول - حيث كانت توكيلاً من الواقف -، وهذا هو الظاهر من صورة المسألة أنها وكالة، وحيث حُكِمَ على صورة المسألة بأنها وكالة: فإنه يكون للواقف حق عزل من ولاه؛ كما يحق للموكل عزل وكيله، خاصةً وأن الواقف قد اشترط لنفسه حق النظر ابتداءً.

أما إن كانت تولية الواقف الناظرِ غيرَه فراغاً عن النظر له: فإنها تتضمن عزل الواقفِ نفسه عن النظارة وإسقاطاً لها ونزولاً عنها وتملياً للناظر الآخر النظر - وستأتي دراسة الفراغ عن النظر مفصلةً إن شاء الله تعالى في المبحث الثاني -، ولعل هذا وجه ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، فيحمل قولهم على أن صورة المسألة ليست من باب توكيل الواقف، وإنما من باب الفراغ والتنازل عن النظر، وإلا فما ذهبوا إليه - مع اعتبار التولية في صورة المسألة من باب الوكالة - بعيد.

الصورة الثانية: أن يجعل الواقف النظر لغيره ابتداءً، ولم يشترط لنفسه حق العزل:

اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: ليس للواقف عزل الناظر -الذي جعل له النظر ابتداءً- إذا لم يشترط الواقف ذلك لنفسه حال الوقف، وهو قول عند الحنفية^(١)، وقول عند المالكية^(٢)، وقول الشافعية^(٣)، وقول الحنابلة^(٤).

وعلى أصحاب القول الأول لقولهم بما يلي:

١- أن ملك الواقف قد زال عن الوقف، فلا تبقى ولايته عليه، كالأجنبي^(٥).

٢- أن الواقف لا نظر له في الوقف بعد شرطه النظر لغيره^(٦).

٣- أن الناظر ولي على الوقف، وليس بوكيل، فلم يملك الواقف عزله بدون الشرط^(٧).

٤- أن الناظر إذا كان مشروطاً حال إنشاء الوقف؛ فإن الواقف لا يملك تغيير شرطه، كما ليس لغيره ذلك، فإنه لو وقف على أولاده

(١) وهو قول محمد بن الحسن منهم، ينظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٤، غمز عيون البصائر ٢/ ٢٣١، رد المحتار ٤/ ٤٢٧.

(٢) ينظر: المعيار المعرب ٧/ ٣٣٩.

(٣) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٩-٣٥٠، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٥.

(٤) ينظر: المبدع ٥/ ١٧٠، الإنصاف ٧/ ٦٠، كشاف القناع ٤/ ٢٦٨ و ٢٧٢.

(٥) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٩-٣٥٠، كشاف القناع ٤/ ٢٦٨.

(٦) ينظر: مغني المحتاج ٣/ ٥٥٥.

(٧) ينظر: غمز عيون البصائر ٢/ ٢٣١.

الفقراء، لا يجوز التبديل بالأغنياء، فكذلك هنا؛ وهو يشبه إخراج بعض الموقوف عليهم^(١).

٥- أن هذا الحبس نفذ بشرط نظر شخص معين، فيوفي له به^(٢).

القول الثاني: للواقف عزل الناظر -الذي جعل له النظر ابتداءً- ولو لم يشترط الواقف ذلك لنفسه حال الوقف، وهو قول عند الحنفية^(٣)، والمذهب عند المالكية^(٤).

وعلل أصحاب القول الثاني لقولهم بـ: أن الناظر وكيل عن الواقف ونائب عنه، فملك عزله بلا شرط^(٥).

الترجيح:

بالنظر في خلاف الفريقين وما استند إليه كل منهم في ما ذهب إليه؛ يتبين أن مدار الخلاف وسببه في هذه الصورة كمدار الخلاف وسببه في الصورة السابقة ولا فرق، إلا أنه في هذه الصورة أظهر، وهو على كل حال راجع إلى حقيقة عقد النظارة وتكليفه -في هذه الصورة

(١) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٩، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٥، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.

(٢) ينظر: المعيار المعرب ٧/ ٣٣٩.

(٣) وهو قول أبي يوسف منهم، ينظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ٧/ ٥٠، النهر الفائق ٣/ ٣٣٢-٣٣٣، غمز عيون البصائر ٢/ ٢٣١-٢٣٢، رد المحتار ٤/ ٤٢٧.

(٤) ينظر: المعيار المعرب ٧/ ٣٣٩.

(٥) ينظر: غمز عيون البصائر ٢/ ٢٣١-٢٣٢، رد المحتار ٤/ ٤٢٧، البحر الرائق ومنحة الخالق ٧/ ٥٠، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٨٨، بلغة

السالك ٤/ ١١٩

على الخصوص، أو في مطلق عقد النظارة على العموم-، فمن رأى أنها ولاية؛ لم يملك الواقف حق العزل إلا بالشرط، ومن رأى أنها وكالة؛ ملك الواقف العزل بدون الشرط.

والراجع -والله أعلم- أن نظارة الناظر تختلف من حال إلى حال، فتكون في أحوال: من باب الولاية، وفي أحوال من باب الوكالة، وهي هنا في هذه الصورة -حيث كان الناظر ناظرًا بشرط الواقف- أنها تكون من باب الولاية.

فالراجع -والله أعلم- هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة ما استدلوا به؛ ولكون حقيقة النظارة هنا ولاية لا وكالة.

صور أخرى:

ثمة صور أخرى، نص عليها فقهاء مذهب دون فقهاء مذهب آخر، منها:

- نص بعض الحنفية^(١) وبعض الشافعية^(٢) وبعض الحنابلة^(٣) على أن الواقف إذا لم يجعل على الوقف ناظرًا، فالنظر له -على تفصيل عندهم في صور استحقاقه النظر بحسب نوع الوقف: إذا كان على

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٤، الإسعاف ٤٩.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٧، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٢.

(٣) ينظر: المبدع ٥/ ١٧١-١٧٢، الإنصاف ٧/ ٦٠ و٦٢.

معين أو على جهات بر عامة-، وبالتالي فإن له نصب ناظر من جهته،
يكون نائباً عنه، ويملك عزله.

- نص الحنفية^(١) على أن الواقف إذا لم يجعل على الوقف ناظرًا،
فنصب القاضي للوقف ناظرًا، لم يملك الواقف إخراجه، واشترط
بعضهم لذلك (القضاء)، بأن يقضي القاضي بقوامته، وزاد بعضهم:
ولو قضى القاضي بقوامة منصوب الواقف: لم يملك الواقف إخراجه.

وهذه الصورة - حيث لم يجعل الواقف على الوقف ناظرًا - فإن
الحاكم - أو القاضي - بما له من الولاية العامة على الوقف^(٢) إذا نصّب
على الوقف قِيَمًا؛ فإنه يكون وكيل القاضي؛ فلذا لم يملك الواقف عزله
- والله أعلم -، فإذا انضاف إلى ذلك قضاء القاضي بقوامته؛ لم يملك
الواقف إبطال حكم القاضي - والله أعلم -.

المسألة الثانية: إقامة الواقف ناظرًا آخر مقام الأول:

وهذه المسألة في حقيقتها فرع عن المسألة السابقة، فمن ملك
الواقف العزل ملكه النصب، ومن لا فلا، سواءً في عموم النظارة، أو

(١) ينظر: غمز عيون البصائر ٢/ ٢٣٢، رد المحتار ٤/ ٣٨٢ و ٤٢٨.

(٢) ينظر: لسان الحكام ١/ ٢٩٦، رد المحتار ٤/ ٤٢٣-٤٢٤، الشرح الكبير للدردير
وحاشية الدسوقي ٤/ ٨٨، بلغة السالك ٤/ ١١٩، الأحكام السلطانية للمهاوردي
١١٩/ ١-١٢١ و ١٣٧ و ١٥٧، فتاوى السبكي ٢/ ١٣٢-١٣٣، الأحكام السلطانية
للبراء ٦٥-٦٦ و ٧٨، كشاف القناع ٤/ ٢٧٣ و ٣٢٥. وهل له الولاية الخاصة
في هذه الصورة؟ في المسألة تفصيل يتعلق بالوقف (إذا كان على معين أو على غير
معين)، وليس هذا مقام بسطه، فليُنظر في مظانه.



في خصوص الصورة الأولى أو خصوص الصورة الثانية.
 فمن ملك الوقف عزل الناظر مطلقاً كما هو قول بعض الحنفية^(١)،
 وقول المالكية^(٢) - لكونه وكيل الوقف عندهم -؛ فقد جعل للواقف
 نصب ناظر بدلاً عن الناظر المعزول.
 ومن ملك الوقف العزل بالشرط حال إنشاء الوقف ملكه النصب
 بالشرط كذلك، كالحنفية^(٣) والحنابلة^(٤)، وهو مقتضى قول الشافعية^(٥)
 في اتباع شرط الواقف في النظر.

وفي الصورة الأولى:

من ملك الوقف العزل بدون الشرط، ملكه النصب كذلك، كما هو
 قول بعض الحنفية^(٦)، وقول الشافعية^(٧)، وأصح الوجهين عند الحنابلة^(٨).

-
- (١) وهو قول أبي يوسف منهم، ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢١٢، النهر الفائق ٣/ ٣٣٢ -
 ٣٣٣، رد المحتار ٤/ ٤٢٧.
- (٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٨٨، بلغة السالك ٤/ ١١٩.
- (٣) ينظر: شرح السير الكبير ١/ ٢١١١، الإسعاف ٤٩، البحر الرائق ٥/ ٢١٢ و ٢٤٤.
- (٤) ينظر: الإنصاف ٧/ ٦٠، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.
- (٥) ينظر: نهاية المطلب ٨/ ٣٧٠، روضة الطالبين ٥/ ٣٤٦.
- (٦) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢١٢ و ٢٤٤، رد المحتار ٤/ ٤٢٢ و ٤٢٣.
- (٧) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٩، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٥.
- (٨) ينظر: الفروع وتصحيحه ٧/ ٣٤٥، الإنصاف ٧/ ٦٠.

ومن منع الواقف من العزل - إذا لم يشترطه لنفسه حال إنشاء الوقف -، منعه من النصب كذلك من باب أولى، كما هو وجهه عند الحنابلة^(١).

وفي الصورة الثانية:

من منع الواقف من عزل الناظر - الذي جعل له النظر ابتداءً، ولم يكن الواقف قد اشترط ذلك لنفسه حال إنشاء الوقف -، منعه من النصب كذلك من باب أولى، كما هو قول بعض الحنفية^(٢)، وقول الشافعية^(٣)، وقول الحنابلة^(٤).

ومن جعل للواقف عزل الناظر - الذي جعل له النظر ابتداءً حتى مع عدم اشتراط الواقف ذلك لنفسه حال الوقف -، جعل له النصب كذلك، كما هو قول بعض الحنفية^(٥).

وأدلة وتعليقات كل من القولين في كلتا الصورتين في هذه المسألة، كما هي في المسألة السابقة ولا فرق.

(١) ينظر: المبدع ٥/ ١٧٠، الإنصاف ٧/ ٦١.

(٢) وهو قول محمد بن الحسن منهم، ينظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٤، غمز عيون البصائر ٢/ ٢٣١-٢٣٢، رد المحتار ٤/ ٤٢٧.

(٣) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٩-٣٥٠، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٥.

(٤) ينظر: المبدع ٥/ ١٧٠، الإنصاف ٧/ ٦٠، كشف القناع ٤/ ٢٦٨.

(٥) وهو قول أبي يوسف منهم، ينظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ٧/ ٥٠، النهر الفائق ٣/ ٣٣٢-٣٣٣، غمز عيون البصائر ٢/ ٢٣١-٢٣٢، رد المحتار ٤/ ٤٢٧.

والترجيح في هذه المسألة - بصورتها - كالترجيح في تلك المسألة - بصورتها -، ولا فرق، ففي الصورة الأولى يترجح أن للواقف النصب - حيث كانت النظارة وكالة -، وفي الصورة الثانية: يترجح أنه ليس للواقف النصب - حيث كانت النظارة ولاية -، والله أعلم.

المسألة الثالثة: خلو الوقف عن ناظر في حياة الواقف:

صورة المسألة: حيث قيل بجواز عزل الواقف الناظر، فعزله - ولو مؤقتاً -، ولم ينصب أو يوولي غيره، فإن الوقف لا يخلو عن ناظر.

وقد اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في من يتولى نظارة الوقف إذا لم يكن ثمة ناظر - إما لعزله أو وفاته أو غير ذلك -، وكان الواقف حيّاً - ولم يشترط لنفسه النظر -، على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن الواقف يكون هو الناظر، وهو قول عند الحنفية^(١)، ووجه عند الشافعية^(٢)، وقول عند الحنابلة^(٣).

وعللوا قولهم بما يلي:

١ - أن متولي الوقف إنما يستفيد الولاية من جهة الواقف بشرطه، فيستحيل أن لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه^(٤).

(١) وهو قول أبي يوسف منهم، ينظر: المحيط البرهاني ٦ / ١٣٤ و ١٣٦، فتح القدير لابن الهمام ٦ / ٢٣١، الإسعاف ٤٩، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥ / ٢٤٩ و ٢٥١.
 (٢) ينظر: روضة الطالبين ٥ / ٣٤٧، تحفة المحتاج وحواشيها ٦ / ٢٨٦.
 (٣) ينظر: الإنصاف ٧ / ٦٠ و ٦٢.
 (٤) ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٦ / ٢٣١.

٢- أن الواقف أقرب الناس إلى هذا الوقف، فيكون أولى بولايته،

كالمعتق أولى الناس بالمعتق؛ لأنه أقرب إليه^(١).

٣- أن الوقف ملك الواقف -عند من يقول به-^(٢).

القول الثاني: أن الحاكم يكون هو الناظر، وهو قول عند الحنفية^(٣)،

والمذهب عند الشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥).

وعللوا لقولهم بما يلي:

١- أن الواقف بتسليمه الوقف إلى المتولي يخرج الوقف عن ملكه،

فيصير الواقف أجنبيًا عنه، فيجب كون الولاية فيه للحاكم؛ لأن

الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى^(٦).

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٤، فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٣١.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٧.

(٣) وهو قول محمد بن الحسن منهم، ينظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٦، الإسعاف ٥٠، فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٣١، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٥١.

(٤) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٧ و٣٥٠، أسنى المطالب وحاشية الرملي ٢/ ٤٧١، تحفة المحتاج وحواشيتها ٦/ ٢٨٦، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٢.

(٥) ينظر: الإنصاف ٧/ ٦٠ و٦٢ و٦٩.

(٦) ينظر: المحيط البرهاني ٦/ ١٣٤، فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٣١، الإنصاف ٧/ ٦٩.

ونوقش بـ:

أ- أنه وإن زال ملك الواقف عن وقفه، فإنه على وجه تعود منفعته للواقف، يصرفه إلى الجهات التي عينها، وهو أنصح لنفسه من غيره، فينتصب ولياً^(١).

ب- أن العين في الصدقة الموقوفة - وإن زالت عن ملكه حقيقة -، فهي باقية على ملكه حكماً، فإنه جعل متصدقاً بكل ما يحدث من الغلة كأنها حدثت على ملكه، وجعل هو متصدقاً لها صدقة جديدة؛ فدل على أنها مبقاة على ملكه حكماً، فتعتبر بما لو كانت مبقاة على ملكه حقيقة، وهناك التدبير في التصرف ونصب المتصرف إليه لا إلى القاضي، فكذا ههنا^(٢).

٢- أن الواقف لا تكون له ولاية إلا بالشرط، وهو لم يشترطها في هذه الصورة^(٣).

٣- أن الوقف تعلّق حق الغير به، فيكون ولاية ذلك للحاكم^(٤).

٤- أن الناظر العام هو الحاكم، والمملك في الوقف لله تعالى^(٥).

(١) ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٣١ / ٦.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني ١٣٦ / ٦.

(٣) ينظر: الإسعاف ٤٩.

(٤) ينظر: روضة الطالبين ٣٤٧ / ٥، الإنصاف ٦٩ / ٧.

(٥) ينظر: أسنى المطالب وحاشية الرمي ٤٧١ / ٢، تحفة المحتاج وحواشيها ٢٨٦ / ٦، مغني المحتاج ٥٥٢ / ٣.

القول الثالث: التفريق بين الوقف على معيّن والوقف على غير معيّن، ففي الوقف على معيّن: يكون الناظر هو الموقوف عليه، وفي الوقف على غير معيّن: يكون الحاكم هو الناظر، وهو قول المالكية^(١)، وللشافعية فيه تفصيل، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

أما الشافعية^(٣)، فتفرعت الأقوال في مذهبهم بحسب خلافهم في ملك الرقبة:

أ- فعلى القول بأنها للواقف: فعلى قولين: تكون النظارة للواقف أو للحاكم.

ب- وعلى القول بأنها لله تعالى، فعلى ثلاثة أقوال: تكون النظارة للحاكم أو للواقف إذا كان الوقف على جهة عامة، أو للموقوف عليه إن كان معيّنًا.

ت- وعلى القول بأنها للموقوف عليه: فتكون النظارة له.

(١) ينظر: مواهب الجليل ٦/ ٣٧ و٣٨، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٨٨/ ٤، بلغة السالك ٤/ ١١٩.

(٢) ينظر: الإنصاف ٧/ ٦٩، كشاف القناع ٤/ ٢٦٨ و٢٧٢.

(٣) ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٧، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٢. واختار النووي أن الوقف حيث كان على جهة عامة فالنظارة للحاكم، وكذلك إن كان على معيّن إن قيل بأن الملك ينتقل إلى الله تعالى، وإن كان ينتقل إلى الواقف فله، أو الموقوف عليه فله (ينظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٤٧).

وعلل أصحاب القول الثالث لولاية الموقوف عليه ب: أن الغلة والمنفعة له، فكان أحق بالولاية^(١).

وعللوا لولاية الحاكم في الوقف ب: أن الوقف خرج عن ملك الواقف إلى حكم ملك الله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى** - عند من يقول به-، فتكون ولايته للحاكم^(٢).

وعللوا لولاية الواقف ب: أن قيام الواقف بأمر الوقف من تنمة القربة^(٣).

الترجيح:

لا ينفك الترجيح في هذه المسألة عن الترجيح في مسألة حقيقة الوقف وتكييفه، وهل هو إسقاط للملك أو نقل للملك؟ وكذا عن مسألة ملكية الموقوف، هل هو على حكم ملك الله تعالى أو على ملك الواقف أو الموقوف عليهم؟ فهذه المسألة فرع عن هاتين المسألتين.

والذي يظهر - والله أعلم - أن الراجح في هذه المسألة هو القول الثالث القائل بالنظارة للموقوف عليهم إن كانوا معينين أو جمعاً محصوراً، ونظارة الحاكم إن كان الوقف على غير معينين؛ بناءً على القول بكون عقد الوقف إسقاط للملك في الوقف على غير معينين

(١) ينظر: روضة الطالبين ٥ / ٣٤٧.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ٥ / ٣٤٧.

(٣) ينظر: روضة الطالبين ٥ / ٣٤٧.

- كالتق-، ونقل للملك في الوقف على المعينين، وبناءً على القول بملكية الموقوف عليهم المعينين للوقف، وكون العين الموقوفة على حكم ملك الله تعالى في الوقف على غير المعينين.

وهذا حيث لم يكن ثمة شرط للواقف في النظارة حال شغورها، ولم تكن الولاية له أصالةً، ثم ولى غيره أو أسنده أو فوضه.

وبناءً على ما سبق: فإنه لا يمكن أن يخلو الوقف عن ناظر، فنظارة الوقف بين الواقف والحاكم والموقوف عليهم على التفصيل الوارد في هذه المسألة -والله أعلم-.

حكم تعليق الواقف نظارة الناظر المنفرد أو عضوية عضو مجلس النظارة:

سبق في مقدمة هذا المبحث بيان صورة المسألة، وهي: أن يوقف الواقف الناظر أو عضو مجلس النظارة عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتاً، ويقيم غيره مؤقتاً مقامه.

وسبق بيان أن هذه الصورة متضمنة إيقاف الناظر أو عضو مجلس النظارة عن ممارسة وظائف النظر، وأنها في حقيقتها إسقاط لولايته -على الوقف- أو وكالته به مؤقتاً؛ لكونه يُسلب فيها مؤقتاً صفة النظارة، ويحرم فيها مما يترتب عليها -من وظائف وصلاحيات وحقوق- مدة إيقافه.

وقد سبقت دراسة المسائل المرتبطة بهذه المسألة، والتي تبين من خلال عرضها وبحثها حكم هذه المسألة.

- فبناءً على ما سبقت دراسته، وتفريعاً عليه، الذي يظهر - والله أعلم -:
- ١- أنه يسوغ للواقف تعليق نظارة الناظر أو عضو مجلس النظارة مؤقتاً ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال الآتية:
 - إذا جعل لنفسه ذلك حال إنشاء الوقف، أو اشترط حق العزل والنصب للنظار.
 - إذا جعل النظر لنفسه ابتداءً، ثم ولى غيره، حيث كانت تولية غيره توكيلاً منه له.
 - ٢- أنه لا يسوغ للواقف تعليق نظارة الناظر أو عضو مجلس النظارة مؤقتاً ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه إذا جعل النظر لغيره ابتداءً، ولم يشترط لنفسه حق العزل والنصب.



المبحث الثاني

تعليق الناظر المنفرد نظارته

أو عضو مجلس النظارة عضويته

صورة المسألة:

أن يتوقف ناظر الوقف أو عضو مجلس النظارة عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتاً باختياره، ويقيم غيره مؤقتاً مقامه.

فهذه الصورة - كذلك - متضمنة إسقاط الناظر ولايته على الوقف أو وكالته به مؤقتاً، لكونه يزيل عن نفسه صفة النظارة، ويسقط ما يترتب عليها - من وظائف وصلاحيات وحقوق - في تلك المدة.

فيحسُن بين يدي دراسة هذه المسألة، تقديم النظر في المسائل التي يبني عليها الحكم في هذه المسألة، ومن تلك المسائل:

المسألة الأولى: عزل الناظر نفسه:

اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في عزل الناظر نفسه، على قولين:

القول الأول: ليس للناظر عزل نفسه عن نظارة الوقف، وهو قول عند الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة في الوصي بعد موت الموصي^(٢).

(١) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٢٨٦/٦ و٢٨٨ و٢٩٣، مغني المحتاج ٣/٥٥٣، نهاية المحتاج وحواشيها ٥/٣٩٧-٣٩٨، أسنى المطالب وحاشية الرملي ٢/٤٧٢.

(٢) ينظر: الإنصاف ٧/٢٩٣، المبدع ٥/٣١٠-٣١١، كشف القناع ٤/٣٩٧. ولم أقف للحنابلة على نص في حكم هذه المسألة، وقد جاءت الإشارة إليها عند =

القول الثاني: للناظر عزل نفسه عن نظارة الوقف، وهو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة في الوصي بعد موت الموصي^(٤).

واشترط الحنفية^(٥) لصحة عزل الناظر نفسه: إبلاغ الواقف أو القاضي. ويُحمل كلام من أطلق المنع عندهم على صورة عدم تحقق هذا الشرط^(٦)، فقد صرح بعضهم بأن الناظر المشروط له النظر لا ينعزل إلا أن يخرج الواقف أو القاضي^(٧). وبقریبٍ من ذلك قال بعض الحنابلة في الوصي بعد موت الموصي^(٨).

- = بعضهم في معرض بيان مسألة أخرى دون النص على حكمها (ينظر: الفتاوى الكبرى ٤٢٧/٥، كشاف القناع ٢٧٦/٤، مطالب أولي النهى ٣٢٦-٣٢٧)، وتخرج قولهم في المسألة لا يخرج عن ما ذكر في حقيقة عقد النظارة - والله أعلم -.
- (١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ٢٥٣/٥، رد المحتار ٣٨٢/٤ و٤٤٢ و٥١٩.
- (٢) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/٨٨، بلغة السالك ٤/١١٩.
- (٣) ينظر: روضة الطالبين ٥/٣٥٠، تحفة المحتاج وحواشيتها ٦/٢٨٦ و٢٩٣، مغني المحتاج ٣/٥٥٦، نهاية المحتاج وحواشيتها ٥/٣٩٧-٣٩٨ و٤٠٣، أسنى الطالب وحاشية الرملي ٢/٤٧٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/٥٦.
- (٤) ينظر: الإنصاف ٧/٢٩٣، المبدع ٥/٣١٠-٣١١، كشاف القناع ٤/٣٩٧.
- (٥) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/٢٥٣، رد المحتار ٤/٣٨٢ و٤٢٦ و٤٢٨ و٤٤٢ و٥١٩. وانفرد العلامة قاسم منهم بالقول بسقوط النظر عن الناظر بمجرد نزوله عنه (ينظر: المراجع السابقة).
- (٦) ينظر مثلاً: رد المحتار ٤/٤٢١.
- (٧) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/٢٥٣، رد المحتار ٤/٤٢٨.
- (٨) ينظر: الإنصاف ٧/٢٩٣، المبدع ٥/٣١٠-٣١١، كشاف القناع ٤/٣٩٧.

واستدل أصحاب القول الثاني لقولهم بـ: قياس الناظر على الوكيل إذا عزل نفسه^(١).

الترجيح:

من المقرر أن الناظر لا يخلو في حقيقته من أن يكون: ولياً أو وكيلًا، فحقيقة النظارة: إما أن تكون عقد ولاية، أو تكون عقد وكالة، قال زين الدين ابن نجيم^(٢) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «والناظر: إما وصي أو وكيل»^(٣)، وقال أبو العباس ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: كُتِّبَ السلطان وسائر أهل الديوان وناظر الوقف وعامل الصدقة والخراج: لا يخرجون عن ولاية أو وكالة^(٤).

فالذي يترجح -والله أعلم- أن الناظر حيث كان بمنزلة الوكيل: أن له عزل نفسه مطلقًا، وأنه حيث كان بمنزلة الولي -كالناظر المشروط له النظر-: أنه ليس له عزل نفسه، وإنما يعزله الواقف أو السلطان -بأن يقيم غيره مقامه مدة اعتراضه وامتناعه، ومتى أراد العود فله ذلك دون الحاجة لتولية جديدة-، وأنه حيث كان ناظرًا بالأصالة -كالموقوف عليه المعين، إذا لم يكن ثمة ناظر بالشرط-؛ فإنه لا يعزل مطلقًا.

(١) ينظر: رد المحتار ٤/ ٤٢٨.

(٢) هو: زين الدين أو زين العابدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي، له تصانيف نافعة، منها: الأشباه والنظائر، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، توفي سنة ٩٧٠هـ. (ينظر: سلم الوصول ٢/ ١١٩ و٤/ ١١٣، ديوان الإسلام ٤/ ٣٣٨، الأعلام ٣/ ٦٤).

(٣) البحر الرائق ٥/ ٢٦١.

(٤) بمعناه، ينظر: الفتاوى الكبرى ٥/ ٤٠٠.

وهذا هو الذي يتفق مع الأصول والقواعد وحقائق العقود، فمن جعل من الفقهاء الناظر وكيل الواقف؛ فإنه يتعين عليه القول بصحة عزل الناظر نفسه كالوكيل ولا فرق، ومن جعل من الفقهاء الناظر بالشرط ولياً؛ فإنه يتعين عليه القول بعدم صحة عزله نفسه إلا بإخراج الواقف أو الحاكم له.

والذي يظهر - والله أعلم - اضطراب ما ذهب إليه جمهور الحنفية في هذه المسألة، وعدم اطراده مع أصلهم، حيث جعلوا الناظر وكيل الواقف، ولم يصححوا عزله لنفسه إلا بإبلاغ الواقف أو القاضي، أو إخراج أحدهما له، إلا أن يكون ما ذهبوا إليه من باب الاستحسان في المسألة؛ لحفظ حق الموقوف عليهم، ويفسر انفراد العلامة قاسم^(١) منهم بالقول بسقوط النظر عن الناظر بمجرد نزوله عنه^(٢): أنه هو المتفق مع أصلهم، وإن خالفه جمهورهم، وإن لم يتابع على ما ذهب إليه.

وأما اختلاف الشافعية فإنه - والله أعلم - من باب اختلاف الصور، ذلك أنه وإن حكي عنهم القولان في المسألة، فإن الذي يظهر - والله أعلم - أن من لم يصحح عزل الناظر نفسه (أصحاب القول الأول): إنما أراد الناظر المشروط له النظر حال الوقف، فقد صرح بعضهم^(٣)

(١) هو: زين الدين أبو العدل قاسم بن قطلوبغا السوداني الجمالي، عالم بفقهاء الحنفية، مؤرخ، باحث، مناظر، وله من المؤلفات: شرح القدوري، وشرح درر البحار، وشرح الورقات، وشرح الجزرية، وتاج التراجم، مولده ووفاته بالقاهرة، ولد سنة ٨٠٢هـ، وتوفي سنة ٨٧٩هـ. (ينظر: سلم الوصول ٤/ ٩٦، ديوان الإسلام ٤١/ ٤٣-٤٤، الأعلام ٥/ ١٨٠).

(٢) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢٥٤، رد المحتار ٤/ ٤٢٦ و ٥١٩.

(٣) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٦/ ٢٨٦، نهاية المحتاج وحواشيها ٥/ ٣٩٧-٣٩٨، أسنى المطالب وحاشية الرملي ٢/ ٤٧٢.

(من أصحاب القول الثاني): بأن الناظر -المشروط له النظر حال الوقف- لا يعزل بعزل نفسه، ويقيم الحاكم متكلمًا غيره مدة إعراضه، ولو أراد العود لم يحتج إلى تولية جديدة. فلم يظهر اختلاف بينهم في حقيقة الأمر -والله أعلم-.

المسألة الثانية: حكم إقامة الناظر غيره مقامه في حياته:

ويُراد بهذه المسألة: ما اصطلح عليه الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى بـ (الفراغ عن النظر)، بأن يتنازل الناظر عن النظر لغيره في حياته: فيسند إليه أو يفوضه، ويقيمه مقامه استقلالاً^(١).

فقد اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥) على أنه ليس للناظر بالشرط إقامة غيره مقامه إلا إذا كان مشروطاً له ذلك.

(١) لا على سبيل التوكيل، وستأتي دراسة توكيل الناظر في المسألة الرابعة -إن شاء الله تعالى-.

(٢) ينظر: غمز عيون البصائر ٢/ ٢٥٣-٢٥٤، رد المحتار ٤/ ٣٨٣ و٤٢١ و٤٢٥-٤٤٢ و٤٢٧.

(٣) ينظر: البيان والتحصيل ١٢/ ٢٥٦-٢٥٧، المعيار المعرب ٧/ ٢٦٦-٢٦٧، مواهب الجليل ٦/ ٣٧ و٣٨ و٣٩ و٤٠٣، الفواكه الدواني ٢/ ٢٤٤، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٨٨، بلغة السالك ٣/ ٣٣٣ و٤/ ١١٩.

(٤) ينظر: البيان في مذهب الشافعي ٨/ ٣١٠-٣١٢، روضة الطالبين ٥/ ٣٥٠، النجم الوهاج ٥/ ٥٢٥، تحفة المحتاج وحواشيتها ٦/ ٢٨٦ و٢٩١، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٤-٥٥٥، نهاية المحتاج وحواشيتها ٥/ ٤٠٢.

(٥) ينظر: الإنصاف ٧/ ٦١، دقائق أولي النهى ٢/ ٤١٤، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٣١.

وقد عللوا لذلك بـ: أن الناظر بالشرط نظره مستفاد بالشرط، ولم يشترط له النصب^(١).

وأضاف الحنفية^(٢): لو فرغ عن النظر لغيره عند القاضي وقرر القاضي ذلك الغير، فإنه يصح - ولو لم يشترط له الواقف ذلك -؛ لأنه يملك عزل نفسه، والفراغ عزل، ولا يصير المفروغ له ناظرًا بمجرد الفراغ، بل لا بد من تقرير القاضي، فإذا قرر القاضي المفروغ له صار ناظرًا بالتقرير، لا بمجرد الفراغ. وقالوا^(٣): إن كان المنزول له غير أهل: لا يقرره القاضي، ولو أهلاً لا يجب تقريره.

وقال الشافعية^(٤): ليس لمن شرط له النظر حال الوقف إسقاط حقه من النظر لغيره بفراغ له، ويستتنب القاضي من يباشر عنه في الوظيفة. ومحل هذا حيث لم يشترط له حق الفراغ عن النظر، وقولهم هذا متسق مع قولهم بالمنع من عزل الناظر نفسه.

(١) ينظر: الإنصاف ٦١ / ٧، كشاف القناع ٢٧٢ / ٤، مطالب أولي النهى ٣٣١ / ٤. واستدراك المرداوي رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْإِنْصَافِ ٦١ / ٧ بقوله: «وإن قيل برواية توكيل الوكيل: كان له بالأولى؛ لتأكد ولايته من جهة انتفاء عزله بالعزل»، يعني بذلك أن الناظر المشروط: له إقامة غيره بدون الشرط تخريجًا على هذه الرواية. لكن الذي يظهر - والله أعلم - أنه إنما قصد بذلك: إقامة وكيل عنه، لا إقامة غيره مقامه استقلالاً (الفراغ عن النظر)، وسيأتي بحث مسألة توكيل الناظر في المسألة الرابعة - إن شاء الله تعالى -.

(٢) ينظر: رد المحتار ٤ / ٤٢٦ و ٤٤٢ - ٤٤٣ و ٥١٩.

(٣) ينظر: رد المحتار ٤ / ٣٨٢ - ٣٨٣ و ٤٤٢ و ٥١٩.

(٤) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٦ / ٢٨٦، نهاية المحتاج وحواشيها ٥ / ٣٩٧.

فحقيقة هذه المسألة: أنها متضمنة -ابتداءً- لعزل الناظر نفسه -كما سبقت الإشارة إليه آنفاً-، فينبغي أن يقال فيها ما قيل في عزل الناظر نفسه.

وهذا حيث كان الفراغ أو الإسناد أو التفويض بالنظر على سبيل التنازل والإسقاط والتوكيل، لا على سبيل التوكيل، أما لو كان على سبيل التوكيل فستأتي دراسته في المسألة الرابعة -إن شاء الله تعالى-.

والفرق بين كون (الإسناد أو التفويض أو الفراغ عن النظر) توكيلاً أو تنازلاً وإسقاطاً وتوكيلاً للنظر: ظاهر لا يخفى، فثمرته تظهر في عدة مسائل، منها استحقاق المسند عزل المسند إليه بدون شرط أو لا، وسقوط نظارة المسند إليه بوفاء المسند أو لا، وعودة النظارة إلى المسند بوفاء المسند إليه أو لا، كل هذه تترتب على حقيقة وتكييف الفراغ عن النظر (الإسناد أو التفويض)^(١).

واقْتَصَرَتْ دراسة هذه المسألة على الناظر بالشرط -الذي تكون نظارته من باب الولاية-؛ لكون غيره لا يخلو من:

- أن تكون نظارته من باب الوكالة = فهذا لا يملك النظارة حتى يملكها أو يسندها أو يفوضها لغيره، وإن أمكنه شيء فإنما يمكنه التوكيل فقط -على خلاف يأتي بسطه إن شاء الله-.

(١) ينظر: النجم الوهاج ٥/ ٥٢٥، تحفة المحتاج وحواشيها ٦/ ٢٩١، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٤-٥٥٥.

- أو يكون ناظرًا بالأصالة (وهو الموقوف عليه المعين إذا لم يعين الواقف ناظرًا)، فهذا نظارته ثابتة لا يمكنه إسقاطها؛ لأصالة ولايته، ولأنه يشبه المتصرف في مال نفسه، فإقامته لغيره لا تكون إلا من باب الوكالة.

والله أعلم.

المسألة الثالثة: حكم عزل الناظر الناظر الذي أقامه:

اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في عزل الناظر للناظر الذي أقامه مقامه، على قولين:

القول الأول: ليس للناظر بالشرط عزل الناظر الذي أقامه مقامه إلا إذا كان مشروطًا له ذلك، وهو قول الحنفية^(١)، وظاهر قول المالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، وقول الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: غمز عيون البصائر ٢/ ٢٥٣، رد المحتار ٤/ ٤٢٥.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٦/ ٣٩، أما ما ورد في المعيار المعرب ٧/ ٢٦٦ من الفتوى بالمنع من عزل المسند للمسند إليه: فلكون واقعة السؤال لم ينص فيها على اشتراط الواقف للمسند حق العزل؛ فلذا لا يصلح إسناد قولهم بالمنع في المسألة على هذه الواقعة.

(٣) ينظر: النجم الوهاج ٥/ ٥٢٥، تحفة المحتاج وحواشيها ٦/ ٢٩١، مغني المحتاج ٥/ ٥٥٤-٥٥٥، نهاية المحتاج وحواشيها ٥/ ٤٠٢.

(٤) ينظر: دقائق أولي النهى ٢/ ٤١٤، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٣١.

وعلل أصحاب القول الأول لقولهم بـ: أن التفويض وإسناد النظارة من الإنسان المشروط له النظر إلى الآخر بمثابة التملك^(١).

القول الثاني: للناظر بالشرط عزل الناظر الذي أقامه مقامه ولو لم يكن مشروطاً له ذلك، وهو قول عند الشافعية^(٢).

وعلل أصحاب القول الثاني لقولهم بـ: أن التفويض وإسناد النظارة كالتوكيل^(٣).

الترجيح:

لا يظهر - والله أعلم - وجود خلاف حقيقي بين الفريقين في استحقاق الناظر عزل الناظر الذي أقامه، وإنما الخلاف بينهم في حقيقة وتكييف إقامة الناظر للناظر الآخر، فمن جعل إقامته له من باب الوكالة: ملَّكه العزل بدون شرط، ومن جعل إقامته من باب التنازل له والفراغ عن النظر له وتمليكه النظر: فإنه لم يملكه العزل إلا مع الشرط.

والذي يظهر - والله أعلم - أن تفويض الناظر غيره بإسناد النظر إليه والفراغ عن النظر له هو من باب إسقاط النظارة، والنزول عنها إلى الآخر،

(١) ينظر: النجم الوهاج ٥ / ٥٢٥، تحفة المحتاج وحواشيها ٦ / ٢٩١، نهاية المحتاج وحواشيها ٥ / ٤٠٢.

(٢) ينظر: تحفة المحتاج وحواشيها ٦ / ٢٩١.

(٣) ينظر: النجم الوهاج ٥ / ٥٢٥، تحفة المحتاج وحواشيها ٦ / ٢٩١، نهاية المحتاج وحواشيها ٥ / ٤٠٢.

فبهذا لا يبقى مع الناظر السابق أي ولاية تتعلق بالوقف، لا ولاية العزل ولا ولاية النصب، وحيث كانت كذلك: فإنه لا يملكها إلا بالشرط. أما حيث كانت إقامة الناظر غيره مقامه على سبيل التوكيل، فستأتي دراستها في المسألة اللاحقة - إن شاء الله تعالى -.

المسألة الرابعة: حكم توكيل الناظر غيره:

لا يخلو الناظر - في المجمع - من أن يكون له إحدى هذه الحالات الثلاث: أن يكون ناظرًا بالشرط، أو يكون ناظرًا أصالةً، أو لا يكون واحدًا منهما، ولكل حال من هذه الأحوال حكمها، في ما يلي بيانها بإيجاز: أولاً: الناظر بالشرط:

اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في توكيل الناظر بالشرط غيره، على قولين: القول الأول: ليس للناظر بالشرط توكيل غيره إلا أن يشترط له ذلك، وهو قول المالكية^(١)، ووجهه عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة - في ما يتولى مثله بنفسه -^(٣).

وعلى أصحاب القول الأول لقولهم ب: القياس على الوكيل.

(١) ينظر: البيان والتحصيل ١٢/٢٥٦-٢٥٧، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣/٢٥١، بلغة السالك ٣/٣٣٣.

(٢) ينظر: البيان في مذهب الشافعي ٨/٣١٠. ومحلّه: إذا جرت العادة أن يتولاه بنفسه، أما إذ لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه فإن له أن يوكل فيه من غير خلاف بينهم.

(٣) ينظر: الفروع وتصحيحه ٧/٣٤٦-٣٤٧، الإنصاف ٥/٣٦٢ / ٧/٦١.

القول الثاني: للناظر المشروط توكيل غيره ولو لم يشترط له ذلك،

وهو قول الحنفية^(١)، والمذهب عند الشافعية^(٢)، ورواية عند الحنابلة مطلقاً - سواءً كان في ما يتولى مثله بنفسه أو لا -^(٣).

قال المرادوي^(٤) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في الإنصاف^(٥) عن الناظر المشروط:

«وإن قيل برواية توكيل الوكيل: كان له بالأولى؛ لتأكد ولايته من جهة انتفائه بالعزل».

(١) ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٤٢/٦، البحر الرائق ٢٦٤/٥، رد المحتار ٤٢٠-٤٢١ و٤٢٥.

(٢) ينظر: البيان في مذهب الشافعي ٣١٠/٨.

(٣) ينظر: الفروع وتصحيحه ٣٤٦-٣٤٧، الإنصاف ٣٦٢/٥ و٦١/٧.

(٤) هو: علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، إمام فقيه أصولي نحوي محدث مقرئ، شيخ مذهب الحنابلة ومنقحه ومصححه، من تصانيفه: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، والتنقيح المشيع في تخريج أحكام المقنع، وتصحيح الفروع، توفي سنة ٨٨٥هـ. (ينظر: الضوء اللامع ٢٢٥-٢٢٧، الجوهر المنضد ٩٩-١٠١، المنهج الأحمدي ٢٩٠-٢٩٩، شذرات الذهب ٥١٠-٥١١، السحب الوابلة ٧٣٩-٧٤٣)..

(٥) ينظر: الإنصاف ٦١/٧. على أن الاستشهاد بقوله هنا محل تأمل، إذ جاء به بعد الكلام على نصب الناظر المشروط ناظرًا، فهل الضمير في قوله: «كان له بالأولى» يعود على النصب أو على التوكيل؟ لم يظهر لي مراده، ورجحت عود الضمير على أقرب مذكور، ولكون أصل العبارة في الفروع وتصحيحه ٣٤٦-٣٤٧ قد جاءت عطفًا على حق الناظر بالأصالة في النصب والعزل، ولا يكون للناظر بالأصالة النصب والعزل إلا على سبيل التوكيل - والله أعلم -.

وعلى أصحاب القول الثاني لقولهم بـ: أن تصرفه بولاية؛ لأنه يتصرف في ما لم ينص له عليه، فجاز له التوكيل في ما يقدر عليه، كالأب والجد والحاكم، بخلاف الوكيل^(١).

ثانياً: الناظر بالأصالة:

نص الحنابلة أن الناظر بالأصالة (وهو الموقوف عليه المعين إذا لم يعين الواقف ناظرًا) له مطلقاً نصب ناظر وكيل عنه وعزله^(٢).

وعللوا لذلك بما يلي:

- ١- أن الناظر بالأصالة: ولايته أصيلة، أشبه المتصرف في مال نفسه^(٣).
- ٢- أنه مستنيب، والمستنيب له عزل نائبه متى شاء؛ لأنه وكيله، وللموكل أن يعزل وكيله متى شاء^(٤).

ومن قال من بقية المذاهب في الحال الأولى بأن للناظر المشروط توكيل غيره مطلقاً - كالحنفية والمذهب عند الشافعية -، فلأن يقول بذلك للناظر بالأصالة من باب أولى.

(١) ينظر: البيان في مذهب الشافعي ٨/ ٣١٠، الإنصاف ٥/ ٣٦٢.
 (٢) ينظر: الإنصاف ٧/ ٦١ (وقال: له ذلك بشرطه) وهو غريب، دقائق أولي النهى ٤/ ٤١٤، كشف القناع ٤/ ٢٧٢، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٣٠.
 (٣) ينظر: دقائق أولي النهى ٢/ ٤١٤، كشف القناع ٤/ ٢٧٢، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٣٠.
 (٤) ينظر: مطالب أولي النهى ٤/ ٣٣٠.

ثالثاً: من سوى الناظر المشروط والناظر أصالة:

من سوى الناظر المشروط والناظر أصالة تكون نظارته من باب الوكالة، وهذا يجري في توكيله غيره خلاف الوارد في توكيل الوكيل، وقد اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في الوكيل، هل له أن يوكل أو لا؟ على قولين:

القول الأول: له أن يوكل غيره - ولو لم يؤذن له في ذلك-، وهو رواية عند الحنابلة^(١).

وعلى أصحاب القول الأول لقولهم بما يلي:

١- أنه لما ملك البيع بنفسه على الإطلاق: ملك أن يوكل فيه، دليله الأب.

٢- أن أكثر ما فيه أن تصرفه بتوليه، وهذا لا يمنع التوكيل، كالوصي وأمين الحاكم^(٢).

القول الثاني: ليس له أن يوكل غيره إذا لم يؤذن له في ذلك، وهو قول المالكية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٧.

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٧.

(٣) ينظر: البيان والتحصيل ١٢/ ٢٥٦-٢٥٧، مواهب الجليل ٦/ ١١٠ و٤٠٣، شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٦/ ٧٨.

(٤) ينظر: الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٧.

ورخص الملكية^(١) للوكيل أن يوكل غيره - ولو لم يجعل له الموكل ذلك - إذا كان التوكيل عامًا، أو إن كان مُوكَّلاً على ما لا تليق به مباشرة.

وعلل أصحاب القول الثاني لقولهم بما يلي:

١- أنه أذن له في التصرف بنفسه، ولم يؤذن له في أن يولي غيره، فيجب أن يمنع من ذلك.

٢- القياس على من استأجر رجلاً ليخيط له قميصاً أو يحج عنه، فإنه لا يجوز للأجير أن يستأجر غيره لخياطته ولا ليحج مكانه؛ لأن الإذن حصل في حقه، كذلك هاهنا^(٢).

الترجيح:

بالنظر في خلاف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في الحال الأولى - وهي حال الناظر بالشرط -، وما استدل به كل من الفريقين: يتبين - والله أعلم - رجحان القول الثاني القائل بأن للناظر المشروط توكيل غيره - ولو لم يجعل له الواقف ذلك، شريطة أن لا ينص على المنع منه -؛ لقوة وصحة ما عللوا به، فالناظر بالشرط ولي، وللولي مطلق التصرف بالمصلحة لحظ المولى عليه، والولاية أعلى رتبة من الوكالة، فلا يصح قياس الناظر بالشرط على الوكيل - كما علل به أصحاب القول الأول -.

(١) ينظر: القوانين الفقهية ١/ ٢١٦.

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٧.

أما الناظر بالأصالة: فنصبه للوكيل ظاهر الجواز كما ذكره الحنابلة -والله أعلم-؛ لما أوردوه من التعليل.

أما من سوى الناظر المشروط والناظر أصالةً -كالناظر الذي أقامه الحاكم نائباً عنه ونحوه-: فالذي يظهر -والله أعلم- رجحان القول الثاني القائل بالمنع من توكيل الناظر الوكيل غيره إلا إن جعل الواقف له ذلك؛ لقوة وصحة ما أوردوه من التعليل، ما لم يكن العرف جارياً بالإذن بذلك، أو علم من قصد الواقف الإذن به عادةً، كما لو كان الناظر لا تليق به مباشرة هذا العمل بنفسه، أو لا يمكنه القيام به لعجز أو علة أو غيرها، أو نحو ذلك. فيخرج من ذلك: التوكيل الطويل المطلق العام مع القدرة والإمكان الذي يجعل الوكيل في مقام الناظر، فتبقى النظارة صورة عند الناظر، والذي يباشر عمل النظارة الوكيل، فهذه الأرجح فيها المنع -والله أعلم-.

ويقال بمثل ذلك للناظر المشروط: فإن له أن يوكل غيره -كما سبق-، ما لم يكن ذلك على سبيل الدوام وفي مطلق الأعمال مع القدرة -والله أعلم-، بحيث تبقى النظارة صورة فيه، ومن يباشر العمل غيره -والله أعلم-.

المسألة الخامسة: خلو الوقف عن ناظر في غير حياة الواقف:

صورة المسألة: حيث قيل بجواز عزل الناظر نفسه، فعزل نفسه -ولو مؤقتاً-، ولم ينصب أو يوكل غيره، فإن الوقف لا يخلو عن ناظر.

وقد سبق ذكر اشتراط الحنفية لصحة عزل الناظر نفسه إبلاغ القاضي -أو إخراج القاضي له كما عبّر به بعضهم-، كما سبق ذكر رأي الشافعية في أن الناظر المشروط له النظر حال الوقف لا ينعزل بعزل نفسه، ويقيم الحاكم متكلمًا مدة إعراضه، حتى لو أراد العود لم يحتج إلى تولية جديدة.

لكن على القول بعزل الناظر نفسه وانعزاله: فإنه قد سبق في المسألة الثالثة من المبحث الأول دراسة مسألة خلو الوقف عن ناظر في حياة الواقف، ولا تختلف الحال في هذه المسألة عن تلك، إلا أنه لا يرد فيها القول بأن النظارة تكون للواقف؛ لعدم وجوده إذاً، فالنظارة دائرة بين الحاكم والموقوف عليه المعين في الوقف المعين -على ما سبق تفصيله وإيراده-، فيغني إيراد الخلاف هناك عن إعادة سوقه هنا.

وقد أفتى بعض المالكية^(١) وبعض الحنابلة^(٢) في حال غيبة الناظر واحتياج الوقف إلى من ينظر في بعض شأنه أن للقاضي أن ينظر في ذلك، وأن يقرر في وظيفة خلت في غيبة الناظر، ويمضي ما فعله في غيبته، وليس للناظر إبطال ما فعل القاضي في غيبته تلك. فيمكن قياس صورة تعليق النظارة على هذه الصورة -والله أعلم-.

(١) ينظر: مواهب الجليل ٣٨/٦.

(٢) ينظر: مطالب أولي النهى ٣٣٣/٤.

حكم تعليق الناظر المنفرد نظارته أو عضو مجلس النظارة عضويته:

سبق في مقدمة هذا المبحث بيان صورة المسألة، وهي: أن يتوقف الناظر أو عضو مجلس النظارة عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتًا باختياره، وقيم غير مؤقتًا مقامه.

وسبق بيان أن هذه الصورة متضمنة إسقاط الناظر أو عضو مجلس النظارة ولايته على الوقف أو وكالته به مؤقتًا؛ لكونه يُزيل عن نفسه صفة النظارة، ويُسقط ما يترتب عليها - من وظائف وصلاحيات وحقوق - في تلك المدة.

وقد سبقت دراسة المسائل المرتبطة بهذه المسألة، والتي تبين من خلال عرضها وبحثها حكم هذه المسألة.

فبناءً على ما سبقت دراسته، وتفريعاً عليه، الذي يظهر - والله أعلم -:

١- أنه يسوغ للناظر أو عضو مجلس النظارة تعليق نظارته مؤقتًا ونصب غيره مؤقتًا بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا اشترط الواقف له ذلك خصوصاً، أو شرطه لكل ناظر على وقفه عموماً.

- إذا كان ناظرًا مشروطاً، وشرط له الواقف حق النصب والعزل للنظار.

٢- أنه لا يسوغ للناظر أو عضو مجلس النظارة تعليق نظارته مؤقتًا ونصب غيره مؤقتًا بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا كان ناظرًا مشروطًا، ولم يشترط له الواقف حق النصب والعزل للنظار، فهذا ليس له الفراغ عن النظر أو إسقاطه، لكن له أن يتقدم للسلطان، فيقيم غيره مقامه في هذه المدة، وليس له سوى ذلك إلا التوكيل.

- إذا كان ناظرًا بالأصالة، فهذا ليس له الفراغ عن النظر أو إسقاطه، لكن له التوكيل.

٣- أنه يسوغ للناظر إقامة غيره مقامه مؤقتًا على سبيل التوكيل في الأحوال التالية:

- إذا كان ناظرًا بالشرط: فإنه يسوغ له ذلك مطلقًا - ولو لم يشترط له ذلك، ما دام لم يُنص على المنع منه -، شريطة أن لا يكون التوكيل طويلًا مطلقًا عامًا - مع قدرة الناظر وإمكانه -، فتبقى به النظارة صورة عند الناظر، ويباشر الوكيل سائر العمل.

- إذا كان ناظرًا بالأصالة، فإنه يسوغ له ذلك مطلقًا.

٤- أنه لا يسوغ للناظر الذي يكون له حكم الوكيل - كالناظر الذي أقامه الحاكم نائبًا عنه ونحوه - إقامة غيره مقامه مؤقتًا على سبيل التوكيل، ما لم يكن العرف جاريًا بالإذن بذلك، شريطة أن لا يكون التوكيل طويلًا مطلقًا عامًا - مع قدرة الناظر وإمكانه -، فتبقى به النظارة صورة عند الناظر، ويباشر الوكيل سائر العمل.

وغني عن التأكيد: أنه في حال اشتراط الواقف حق الناظر أو عضو مجلس النظارة في تعليق نظارته أو عضويته: فإن لهما ذلك؛ لأن شرط الواقف معتبر -في الجملة-، وللواقف اشتراط ما يشاء في ولاية الوقف والتولية فيه، وهذا مما لا يظهر فيه اختلاف بين العلماء^(١)، ويكون سبيله سبيل اشتراط الواقف صفة في الناظر أو تعليق النظارة بتحقيق وصف فيه -والله أعلم-.

وأثر هذه المسائل وثمرتها وما يترتب عليها -حيث كان التعليق إسقاطاً للنظارة على ما تقرر- يتبين في مسائل عدة، منها:

- أن كل ما يترتب على النظارة مدة التعليق (من وظائف النظر -كتحصيل الغلة وقسمتها ونحو ذلك-، ومن حقوق -كأجرة النظارة ونحوها^(٢)-) تكون للناظر القائم مقام الناظر المعلق، وليس للناظر المعلق منها شيء -لأنه في حكم الناظر المعزول أو المنعزل-، وما أقره

(١) فقد نصوا على وجوب اتباع شرط الواقف في النظر، ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٣١-٢٣٢، الإسعاف ٤٩، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/٢١٢ و٢٤٩-٢٥١، رد المحتار ٤/٣٧٩ و٤٢١-٤٢٢، مواهب الجليل ٦/٣٣ و٣٧، شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٧/٩٢، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/٨٨، نهاية المطلب ٨/٣٧٠، روضة الطالبين ٥/٣٤٦-٣٤٧، مغني المحتاج ٣/٥٥٢، الإنصاف ٧/٥٣، دقائق أولي النهى ٢/٤١٢، كشاف القناع ٤/٢٦٥.

(٢) وممن نص على مسألة الأجرة في هذه الصورة قليوبي في حاشيته، وقد ذكرها في كتاب القراض، وهي من خبايا الزوايا، ومسألة في غاية الأهمية في هذا الباب (ينظر: حاشيتنا قليوبي وعميرة ٣/٥٦).

الناظر القائم مقام الناظر المعلق في زمن التعليق ليس للناظر المعلق إبطاله، وبالتالي: انفراد الناظر القائم مقام الناظر المعلق بالمسؤولية تجاه تصرفاته، ولا يلحق الناظر المعلق منها شيء، فالغنم بالغرم.

- أن موت الناظر معلق النظارة لا يؤثر في نظارة الناظر القائم مقامه ولا يسقطها؛ لكونه ليس وكيلًا عنه.

أما حيث كانت صورة التعليق على سبيل الوكالة، فإنه يقال فيها ما يقال في آثار عقد الوكالة، والتي منها:

- أنه لا يثبت للناظر الموكل من وظائف النظر ومن حقوقه إلا ما جعله له الناظر الموكل^(١)، وبالتالي: تصرفات الناظر الموكل داخلية في مسؤولية الناظر الموكل.

- أنه بموت الناظر الموكل أو جنونه تسقط الوكالة عن الناظر الموكل.
والله أعلم.

(١) وقد نص الحنفية على أن للناظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف، وأن يجعل لوكيله من جعله شيئاً (ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٤٢، البحر الرائق ٥/ ٢٦٤، رد المحتار ٤/ ٤٢٠-٤٢١ و٤٢٥).

المبحث الثالث

تعليق مجلس النظارة عضوية أحد النظار

صورة المسألة:

أن يوقف مجلس النظارة أحد أعضائه عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتاً بغير اختيار العضو، سواء أقام المجلس غيره مؤقتاً مقامه أو لا. فهذه الصورة - كذلك - متضمنة إسقاط مجلس النظارة ولاية العضو بالنظارة على الوقف مؤقتاً، لكونه يزيل عنه صفة النظارة، ويُسقط ما يترتب عليها - من وظائف وصلاحيات وحقوق - في تلك المدة.

وقد سبق بسط الكلام في عدد من المسائل التي يبنى عليها الحكم في هذه المسألة، بما يغني عن إعادته مفصلاً هنا، وإنما يأتي إيراده مختصراً.

المسألة الأولى: عزل مجلس النظارة أحد أعضائه:

سبق في المسألة الثالثة من المبحث الثاني تقرير استحقاق الناظر العزل بالشرط، كما سبقت الإشارة في خاتمة المبحث الثاني إلى أن شرط الواقف معتبر - في الجملة -، وأن للواقف أن يشترط ما يشاء في ولاية الوقف، وله أن يجعل لمن شاء حق العزل، وهذا مما لا فيه خلاف بين الفقهاء^(١).

(١) فقد نصوا على وجوب اتباع شرط الواقف في النظر، ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٣١-٢٣٢، الإسعاف ٤٩، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢١٢ =

وإذا تقرر هذا، واستحق الناظر العزل بالشرط: فكذلك يستحق مجلس النظارة العزل بالشرط، فحق العزل يملك بالشرط، ولا فرق بين أن يملكه ناظر منفرد، أو مجلس نظارة، أو من ليس واحداً منهما، وقد نص الحنفية على استحقاق أولاد الواقف عزل النظار بالشرط، مع كونهم ليسوا نظاراً^(١).

أما إذا لم يكن ثمة شرط من الواقف بالعزل: فإنه من المتقرر فقهاً - كما مر آنفاً- أن حق عزل الناظر لا يُكتسب -لغير الواقف أو الحاكم أو الناظر بالأصالة- إلا بالشرط، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى، وإن لم يصرح الكثير منهم أو ينص على عين هذه المسألة، فهي متقررة في كلامهم عن عزل الناظر، حيث إنهم في مسائل العزل يخصون (الواقف والحاكم والناظر الذي يُنصَّب ناظرًا) بالكلام، لكون غيرهم غير مكتسب لهذا الحق بداهةً^(٢) - خاصة إن كان مساوياً له في الصفة والحال-^(٣)، بل إنهم اختلفوا ابتداءً في استحقاق الواقف العزل

= ٢٤٩-٢٥١، رد المحتار ٤/٣٧٩ و٤٢١-٤٢٢، مواهب الجليل ٦/٣٣ و٣٧، شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٧/٩٢، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/٨٨، نهاية المطلب ٨/٣٧٠، روضة الطالبين ٥/٣٤٦-٣٤٧، مغني المحتاج ٣/٥٥٢، الإنصاف ٧/٥٣، دقائق أولي النهى ٢/٤١٢، كشاف القناع ٤/٢٦٥.

(١) ينظر: البحر الرائق ٥/٢٤٤، الإسعاف ٤٩.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٣/٥٥٣.

(٣) بل إن تصرف أحد الناظرين -إذا جعل لهما النظر جميعاً- لا يسوغ ولا يصح باتفاق الفقهاء -سوى أبي يوسف من الحنفية- (ينظر: البحر الرائق ٥/٢٦١، =

بدون الشرط^(١)، كما اختلفوا في استحقاق الناظر عزل الناظر الذي أقامه بدون الشرط^(٢)، ونص بعضهم أن لأولاد الواقف التولية والعزل عند الشرط فقط^(٣)، وقيدوا عزل الحاكم^(٤)، فمن باب أولى أن لا يستحق العزل ناظر -الذي هو المجلس في صورة المسألة- لم يشترط له ذلك وليس هو من نصب الناظر -الذي هو عضو المجلس المراد عزله أو تعليق عضويته-، ويدرك اتفاقهم على هذا من له أدنى نظر في الباب أو المسألة^(٥)؛ فالنظارة في صورة المسألة ولاية، ولا يُنزع شخص عن الولاية إلا من له ولاية النزاع.

المسألة الثانية: نصب مجلس النظارة عضوًا في المجلس:

يقال في النصب مثل ما قيل في العزل ولا فرق، فقد سبق في المسألة الثانية من المبحث الثاني تقرير استحقاق الناظر النصب بالشرط، وذكر اتفاق الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى على ذلك، كما سبقت الإشارة في خاتمة المبحث الثاني إلى أن شرط الواقف معتبر -في الجملة-، وأن للواقف أن

= رد المحتار ٤/ ٤٤٢، المعيار المعرب ٧/ ٩٢-٩٣، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٤، نهاية المحتاج وحواشيها ٥/ ٤٠١، المبدع ٥/ ١٧٢، الإنصاف ٧/ ٥٨، دقائق أولي النهى ٢/ ٤١٤-٤١٥)، فمن باب أولى أن لا يسوغ لأحدهما عزل الآخر.

- (١) كما سبق بيانه في المبحث الأول.
- (٢) كما سبق بيانه في المبحث الثاني.
- (٣) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢٤٤، الإصعاف ٤٩.
- (٤) كما سيأتي بيانه في المبحث التالي -إن شاء الله تعالى-.
- (٥) وللوقوف على تخصيصهم (الواقف والحاكم والناظر الذي ينصب ناظرًا) بالكلام في العزل ينظر حواشي المسائل آنفة الذكر في مواضعها من هذا البحث.

يشترط ما يشاء في ولاية الوقف والتولية فيه، وله أن يجعل لمن شاء حق التولية والنصب، وهذا مما لا خلاف بين الفقهاء^(١).

وإذا تقرر هذا، واستحق الناظر التولية والنصب بالشرط: فكذلك يستحق مجلس النظارة التولية والنصب بالشرط، فحق التولية والنصب يملك بالشرط، ولا فرق بين أن يملكه ناظر منفرد، أو مجلس نظارة، أو من ليس واحداً منهما، وقد نص الحنفية على استحقات أولاد الواقف تولية النظار ونصبهم بالشرط، مع كونهم ليسوا نظاراً^(٢).

أما إذا لم يكن ثمة شرط من الواقف بالتولية أو النصب: فإنه من المتقرر فقهاً - كما مر آنفاً - أن حق نصب وتولية الناظر لا يُكتسب - لغير الواقف أو الحاكم أو الناظر بالأصالة - إلا بالشرط، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى^(٣)، فغير الواقف والحاكم والناظر بالأصالة غير مكتسب لهذا الحق ابتداءً، بل إن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى

(١) فقد نصوا على وجوب اتباع شرط الواقف في النظر، ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٣١-٢٣٢، الإسعاف ٤٩، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/٢١٢ و٢٤٩-٢٥١، رد المحتار ٤/٣٧٩ و٤٢١-٤٢٢، مواهب الجليل ٦/٣٣ و٣٧، شرح مختصر خليل للخرشي وحاشية العدوي ٧/٩٢، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/٨٨، نهاية المطلب ٨/٣٧٠، روضة الطالبين ٥/٣٤٦-٣٤٧، مغني المحتاج ٣/٥٥٢، الإنصاف ٧/٥٣، دقائق أولي النهى ٢/٤١٢، كشاف القناع ٤/٢٦٥.

(٢) ينظر: البحر الرائق ٥/٢٤٤، الإسعاف ٤٩.

(٣) وقد سبق نقل اتفاقهم على ذلك في المسألة الثانية من المبحث الثاني.

اختلفوا في استحقاق الواقف التولية بدون الشرط^(١)، ونص بعضهم أن لأولاد الواقف التولية والعزل عند الشرط فقط^(٢)، وقيدوا نصب الحاكم الناظر^(٣)، فمن باب أولى أن لا يستحق النصب والتولية ناظرًا -الذي هو المجلس في صورة المسألة- لم يُشترط له ذلك؛ فالنظارة في صورة المسألة ولاية، ولا يملك التولية والنصب إلا من له ولاية التولية والنصب.

المسألة الثالثة: شغور منصب عضوية أحد أعضاء مجلس النظارة:

في حال شغور منصب عضوية أحد أعضاء مجلس النظارة؛ لانتهاؤ عضويته بموت أو استقالة أو عزل أو غير ذلك (أو في حال تمليك مجلس النظارة حق العزل دون حق النصب)، فإنه يجري على هذه الحال لشغل منصبه الأحكام الواردة في مسألة: خلو الوقف عن ناظر^(٤)، وقد سبق ترجيح أن الوقف في حال خلوه عن ناظر -ولم يكن ثمة شرط للواقف في التولية لنفسه أو لغيره-: أن النظارة تكون للموقوف عليهم إن كانوا معينين أو جمعًا محصورًا، وتكون للحاكم إن كان الوقف على غير معينين.

(١) كما سبق بيانه في المبحث الأول.

(٢) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢٤٤، الإسعاف ٤٩.

(٣) كما سيأتي بيانه في المبحث التالي -إن شاء الله تعالى-.

(٤) ينظر: المسألة الثالثة من المبحث الأول، والمسألة الخامسة من المبحث الثاني.

فبناءً على ذلك: إن كان للواقف شرط في عدد أعضاء مجلس النظارة: فإنه ينبغي مراعاة شرطه، فلا ينقص العدد بعزل أحدهم إلا ويتمم بإقامة آخر مقامه ممن له حق الإقامة والنصب، إما بأن يحل محل العضو المعزول في الوقف على معينين: الموقوف عليهم بأجمعهم إن كانوا معينين أو جمعاً محصوراً - ويكون لهم النظر بحسب حصصهم في الوقف مُمثّلين عضواً واحداً-، أو يقيمون من ينوب عنهم في ذلك، وإن كان الوقف على غير معينين: فيشغل منصب هذا العضو: الحاكم أو نائبه.

حكم تعليق مجلس النظارة نظارة أحد أعضائه::

سبق في مقدمة هذا المبحث بيان صورة المسألة، وهي: أن يوقف مجلس النظارة أحد أعضائه عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتاً بغير اختيار العضو، سواء أقام المجلس غيره مؤقتاً مقامه أو لا.

وسبق بيان أن هذه الصورة متضمنة إسقاط مجلس النظارة ولاية العضو بالنظارة على الوقف مؤقتاً، لكونه يزيل عنه صفة النظارة، ويُسقط ما يترتب عليها - من وظائف وصلاحيات وحقوق - في تلك المدة.

وقد سبقت دراسة المسائل المرتبطة بهذه المسألة، والتي تبين من خلال عرضها وبحثها حكم هذه المسألة.

فبناءً على ما سبقت دراسته، وتفريراً عليه، الذي يظهر - والله أعلم -:

١- أنه يسوغ لمجلس النظارة تعليق عضوية أحد أعضائه مؤقتاً ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا اشترط الواقف لمجلس النظارة - بأغليته أو بثلثي أعضائه أو بما يراه من نصاب - (أو لرئيسه أو غير ذلك) حق تعليق عضوية أحد أعضاء المجلس - سواءً اشترط لهم ذلك مطلقاً أو في أحوال معينة - .

لأنه حيث صح جعل الواقف حق التولية والعزل لمن شاء، فمن باب أولى حق التعليق الذي هو أقل حالاً من العزل والنصب، وهو مقيس على اشتراط الواقف صفة في الناظر أو تعليقه النظارة بتحقيق وصف فيه، فبهذا الشرط: يملك مجلس النظارة حق عزل عضو المجلس مؤقتاً، كما يملك المجلس حق إعادة إقرار عضويته في المجلس، ولا يملك المجلس بهذا الشرط حق النصب والعزل مطلقاً في المجلس، وإنما التعليق بصورته الخاصة لأعضاء المجلس .

- إذا اشترط الواقف لمجلس النظارة - بأغليته أو بثلثي أعضائه أو بما يراه من نصاب - (أو لرئيسه أو غير ذلك) حق النصب والعزل في المجلس - سواءً اشترط لهم ذلك مطلقاً أو في أحوال معينة - .

لأنه حيث صح جعل الواقف حق التولية والعزل لمن شاء، فتعليق العضوية في معنى العزل - كما سبق تقريره -، بل إنه أقل حالاً منه، فإذا جاز العزل والنصب هنا في هذه الحال للمجلس: فلأن يجوز التعليق من باب أولى .

وإذا حصل التعليق: فإن لهم أن ينصبوا بدلاً عنه فترة تعليق عضويته، بأن يقيموا غيره مقامه، ما دام أن النصب مشروط لهم. وينبغي التأكيد هنا على ضرورة أن لا يساء استعمال هذا الحق - حيث ساغ- واستغلاله في تمرير قرارات لا يوافق عليها العضو فترة تعليق عضويته.

٢- أنه لا يسوغ لمجلس النظارة تعليق عضوية أحد أعضائه مؤقتاً ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا اشترط الواقف لمجلس النظارة النصب فقط، أو اشترط لهم العزل فقط؛ ذلك أن التعليق في حكم العزل - كما سبق تقريره-، فحيث كان لهم حق النصب فقط: فإنهم لم يملكوا حق العزل الذي بموجبه تُعلّق عضوية العضو، وحيث كان لهم حق العزل فقط؛ فإنهم لم يملكوا حق النصب الذي بموجبه يعيدون العضو المعلق إلى مجلس النظارة، فعملية التعليق مركبة من عزل ونصب.

- إذا لم يكن ثمة شرط من الواقف للمجلس لا بالتعليق ولا بالعزل والنصب.

وقد سبق ذكر أثر وثمرات التعليق وما يترتب عليه في خاتمة المبحث الثاني بما يغني عن إعادته هنا، والله أعلم.

المبحث الرابع تعليق الحاكم النظارة

صورة المسألة:

أن يوقف الحاكمُ أو نائبه (القاضي أو الجهة المختصة) الناظرَ أو عضوَ مجلس النظارة أو مجلس النظارة بأكمله عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتاً بغير اختياره، سواءً أقام الحاكم أو نائبه غيره مؤقتاً مقامه أو لا. وسواءً كان هذا على سبيل العقوبة، أو لغرض كف اليد لحين الانتهاء من التحقق من أمر ما، أو لغير ذلك.

وهذه الصورة: هي الصورة التي نصت عليها لائحة تنظيم أعمال النظارة، حيث جاء في الفقرة (أ) من المادة (٢٤):

«مع عدم الإخلال بالمسؤولية المدنية والجزائية: إذا ثبت للهيئة أن ناظرًا أو من فوّضت إليه إدارة الوقف خالف أي حكم من أحكام هذه اللائحة أو التعليمات الصادرة من الهيئة؛ فتوقع عليه واحداً أو أكثر من العقوبات الآتية - مع مراعاة جسامه المخالفة وآثارها وظروف ارتكابها-: ... ج- إيقاف عمل الناظر في النظارة مدة لا تتجاوز (٩٠) يوماً من تاريخ ارتكاب المخالفة»^(١).

(١) وبنحو هذا المعنى جاءت بعض القوانين العربية، ينظر المادة (٨٠) من قانون الوقف اليمني، والمادة (٣٣٨) من قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين، والمادة (١٢٤٨) من القانون المدني الأردني، والمادة (٤١) من قانون الوقف

وهذه الصورة - في حقيقتها - متضمنة إسقاط الحاكم ولاية الناظر على الوقف أو وكالته به مؤقتاً، لكونه يزيل عنه صفة النظارة، ويُسقط ما يترتب عليها - من وظائف وصلاحيات وحقوق - في تلك المدة.

وقد سبق بسط الكلام في عدد من المسائل التي يبنى عليها الحكم في هذه المسألة، بما يغني عن إعادته مفصلاً هنا، وثمة مسائل يحسن بين يدي دراسة هذه المسألة تقديم النظر فيها، منها:

المسألة الأولى: عزل الحاكم الناظر:

لا تخلو هذه المسألة من أربعة أحوال:

الحال الأولى: أن يكون الناظر مشروطاً (منصوب الواقف):

اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في عزل الحاكم الناظر المشروط، على قولين:

القول الأول: لا يعزل الحاكم الناظر المشروط مطلقاً، سواء كان لجنحة أو لغير جنحة، وهو قول الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

الليبي، والمادة (٤٨) من القانون رقم (٨) في شأن الوقف بإمارة الشارقة، والمادة (٢٠) من القانون الاتحادي الإماراتي بشأن الوقف.
 (١) ينظر: أسنى المطالب وحاشية الرمي ٢/ ٤٧٢-٤٧٣، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٣ و ٥٥٥.
 (٢) ينظر: المغني لابن قدامة ٦/ ٤٠، الإنصاف ٧/ ٦٣ و ٦٧، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٢٨.

القول الثاني: يصح عزل الحاكم الناظر المشروط إذا كان لجنحة، وهو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤).

وقال الحنفية: «إن اشتراط الواقف أن لا يعزل القاضي الناظر شرطٌ باطل مخالف للشرع»^(٥).

الحال الثانية: أن يكون ناظرًا بالأصالة:

وهو الموقوف عليه المعين إذا لم يكن ثمة ناظر على الوقف، فقد نص الحنابلة^(٦) على أن النظر له، وأنه أحق به، حتى لو فسق؛ لأنه ينظر لنفسه، كما في الملك المطلق، وفي احتمال عندهم: أن يضم إلى

(١) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/ ٢٤٥ و ٢٤٩ و ٢٥٢ و ٢٥٣ و ٢٦٥ و ٧/ ٥٠ و ٨٦، غمز عيون البصائر ٢/ ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣١، رد المحتار ٤/ ٣٨٠ و ٣٨٢ و ٤٢٠ و ٤٢٥ و ٤٣٨ و ٤٣٩ و ٤٥٥، قررة عين الأختار ٧/ ٤٦٠.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٦/ ٣٧، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٨٨، بلغة السالك ٤/ ١١٩.

(٣) ينظر: الغرر البهية ٢/ ٢٧٧، أسنى المطالب وحاشية الرملي ٢/ ٤٧١، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٣، تحفة المحتاج وحواشيها ٦/ ٢٨٨.

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة ٦/ ٤٠.

(٥) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢٦٥ و ٢٦٦، غمز عيون البصائر ٢/ ٢٢٨-٢٢٩، رد المحتار ٤/ ٣٨٧.

(٦) ينظر: المغني لابن قدامة ٦/ ٣٩، الإنصاف ٧/ ٦٧، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٢٨. ولم يقف الباحث على نص لغيرهم في المسألة.

الفاسق أمين؛ حفظاً لأصل الوقف عن البيع أو التضييع، وحفظاً لحق من يأتي بعد من أهل الوقف.

الحال الثالثة: أن يكون الناظر منصوب الحاكم:

اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في عزل الحاكم الناظر الذي نصبه، على قولين:

القول الأول: لا يصح عزل الحاكم الناظر الذي نصبه إلا لجنحة، وهو قول عند المالكية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني: يصح عزل الحاكم الناظر الذي نصبه، لجنحة أو لغير جنحة، وهو قول الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥).

وعلل أصحاب القول الثاني لقولهم بما يلي:

١- أن نصب الحاكم الناظر توكيل، فملك عزله، كما يملك الموكل عزل الوكيل، ولو لغير جنحة^(٦).

(١) ينظر: مواهب الجليل ٣٩/٦.

(٢) ينظر: مطالب أولي النهى ٣٢٨/٤.

(٣) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٥/٢٤٥ و ٢٥٤، غمز عيون البصائر ٢٣٠/٢ و ٢٣١، رد المحتار ٤/٣٨٠ و ٣٨٢ و ٤٢٣ و ٤٣٨ و ٤٣٩.

(٤) ينظر: فتاوى السبكي ٢/١٥٦، تحفة المحتاج وحواشيها ٦/٢٨٦.

(٥) ينظر: الإنصاف ٧/٦٣، كشف القناع ٤/٢٧٢ و ٢٧٦، مطالب أولي النهى ٤/٣٢٦ و ٣٢٨ و ٣٣٠، حاشية ابن قائد على منتهى الإرادات ٣/٣٦٢.

(٦) ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٧/٥٠، تحفة المحتاج وحواشيها ٦/٢٨٦، كشف القناع ٤/٢٧٦، مطالب أولي النهى ٤/٣٣٠.

٢- أنه في حال وقوع جنحة من الناظر المنصوب من جهة الحاكم
- كما لو فسق بعد أن كان عدلاً أو أصر متصرفاً بخلاف الشرط-: فإنه
يستحق العزل؛ لأن ما منع التولية ابتداءً منعها دواماً^(١).

الحال الرابعة: أن يكون الناظر منصوب حاكم آخر:

اختلف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في عزل الحاكم الناظر الذي نصبه حاكم
آخر، على قولين:

القول الأول: لا يصح عزل الحاكم الناظر الذي نصبه حاكم آخر
إلا لجنحة، وهو قول عند المالكية^(٢).

وأطلق الحنابلة^(٣) المنع، فقالوا: إذا فوّض حاكم النظر لإنسان،
فليس لحاكم آخر نقضه، وحمله بعضهم على حال تعدد الحكام، وقال:
إذا مات الحاكم الأول أو عزل فإن لمن بعده نقضه.

وعلل الحنابلة للمنع في صورة التفويض من حاكم آخر: بأنه
مقيس على حكم الحاكم قبله^(٤).

(١) ينظر: مطالب أولي النهى ٤/ ٣٢٨.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٦/ ٤٠.

(٣) ينظر: الإنصاف ٧/ ٦٤، كشف القناع ٤/ ٢٦٧، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٢٦ و
٣٣٠. ولهم في توجيه هذا المنع تأويلان، ينظران في المرجعين السابقين.

(٤) ينظر: كشف القناع ٤/ ٢٦٧، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٢٦. وهذا التعليل لا يتفق
مع ما ذكر في آخر الفقرة السابقة، بل هو على أحد التوجيهين المشار إليهما آنفاً.

القول الثاني: يصح عزل الحاكم الناظر الذي نصّب حاكم آخر مطلقاً، لجنحة أو لغير جنحة، وهو قول الحنفية^(١)، وقول المالكية^(٢).
وقيده الحنفية^(٣): بما إذا رأى في عزله مصلحة.

الترجيح:

بالنظر إلى اختلاف الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى في المسألة -على اختلاف أحوالها-، وما أورده كل فريق منهم من أدلة وتعليقات، يتبين -والله أعلم- أنها لا تخرج عن ما ذكر في ما قبل من مباحث، ذلك أن أحكام هذه المسألة وأحوالها مبنية على حقيقة وتكييف عقد النظارة، إلا أنه يحسن التفصيل في كل حال بحسبها:

ففي الحال الأولى:

مضمون ما ذهب إليه كل فريق: اتفاقهم ابتداءً على عدم جواز وعدم صحة عزل الحاكم الناظر المشروط من غير جنحة؛ لكون نظارته ولايته، وإنما انحصر الخلاف في حال وقوع وحصول الجنحة

(١) ينظر: الإسعاف ٥٣، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥ / ٢٤٥ و ٢٥٤، رد المحتار ٣٨٢ / ٤.

(٢) ينظر: المختصر الفقهي ٨ / ٤٩٠ (جعله لمن ولي بعده)، مواهب الجليل ٦ / ٤٠.

(٣) ينظر: الإسعاف ٥٣، البحر الرائق ومنحة الخالق ٥ / ٢٤٥ و ٢٥٤، رد المحتار ٣٨٢ / ٤.

من الناظر كالتفريط أو العجز وعدم مراعاة الوقف^(١) ونحوه - على اختلاف وتفصيل بينهم في ضابطها، فمثلاً فرق بعضهم بين الفسق الطارئ بعد التولية والفسق قبلها (وذلك بناءً على الخلاف في اشتراط العدالة في الناظر المشروط)، ومنه: الخيانة وعدم الأمانة^(٢)، والتصرف بخلاف الشرط الصحيح مع العلم^(٣)، ونحوه مما ليس هذا مقام بسطه، مع كونه عند التفصيل مؤثراً على بعض صور وتطبيقات المسألة -.

والذي يظهر - والله أعلم - أن الناظر حيث كان ناظرًا بالشرط، فإنه يقال بالتفصيل في هذه الحال:

- فحيث أمكن الجمع والتوفيق بين تحقيق شرط الواقف في النظر وتلافي ما يحصل من الناظر المشروط من جنحة: فإنه يتعين ذلك، كما لو فسق الناظر المشروط أو كان به خيانة، فيقام معه ناظر عدل أو ناظر أمين يشرف عليه، أو كان الناظر المشروط يتصرف بخلاف الشرط الصحيح مع العلم ويمكن أطره على التصرف بما يوافق الشرط، أو

(١) وقد عد بعض الأحناف العجز وعدم مراعاة الوقف من أسباب العزل، ينظر: رد المحتار ٤/٣٨٠.

(٢) فقد نص زين الدين ابن نجيم رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى أن الخيانة في الوقف فسق، ينظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٧/٨٦.

(٣) وقد عدّه تقي الدين ابن تيمية أنه مما يقدر في الناظر، ينظر: المستدرک علی مجموع الفتاوى ٤/١٠٢.

كان به تفريط يزول بإقامة غيره معه ويحصل به حفظ الوقف، فإنه يتعيّن ذلك؛ جمعًا بين الحقين: حق الناظر وحق الموقوف عليهم^(١).

- وحيث لم يمكن الجمع والتوفيق بين تحقيق شرط الواقف في النظر وتلافي ما يحصل من الناظر المشروط من جنحة: فإنه يتعيّن مراعاة مصلحة الوقف والموقوف عليهم -معينين كانوا أو غير معينين أو جهة-؛ لأن مصلحةهم أولى من مصلحة الناظر المشروط^(٢)، فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة -كما هو متقرر فقهيًا-.

وحيث زال ما بالناظر المشروط من جنحة، كما لو زال فسقه أو خيانتة أو تصرفه بخلاف الشرط أو تفريطه: فإنه يعود للنظر من غير تولية جديدة؛ لأنها مستحقة له بالشرط، وقد زال المانع.

قال تقي الدين ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «من ثبت فسقه أو أصر متصرفًا بخلاف الشرط الصحيح عالمًا بتحريمه قرح فيه، فإما أن

(١) وقد نص الحنابلة على أن الناظر المشروط إن فسق، فإنه يصح، ويضم إليه ناظر أمين. وكذا إن كان الناظر المشروط ضعيفًا، فإنه يضم إليه قوي أمين. وكذا إن كان مفرطًا أو فيه تهمة، فإنه يضم له ناظر أمين. (ينظر: المبدع ١٧٢/٥، كشاف القناع ٤/٢٧٠ و٢٧٢، دقائق أولي النهى ٢/٤١٥ و٣/٥٠٨، حاشية الخلوقي على منتهى الإرادات ٣/٤٩٢، حاشية ابن قائد على منتهى الإرادات ٣/٣٦٢-٣٦٣).

كما نص الأحناف على أن القاضي لا يملك نصب متول آخر على الوقف بلا سبب موجب لذلك، كظهور خيانة من الأول أو شيء آخر (ينظر: رد المحتار ٤/٣٨٢). وذكر بعضهم أن له عزل الخائن أو إدخال غيره معه، (ينظر: رد المحتار ٤/٣٨٠).

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة ٦/٤٠.

ينعزل أو يضم إليه أمين - على الخلاف المشهور-، ثم إن صار هو أو الوصي أهلاً عاد، كما لو صرح به، وكالموصوف^(١).

وقال شهاب الدين الرملي^(٢) رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «العارض لم يكن سالباً، بل مانعاً من التصرف»^(٣).

فتبين بقوله رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى مقصود بعض أصحاب القول الأول المانعين من عزل الحاكم الناظر؛ وأن مفهوم منع الناظر من التصرف فترة جنوحه لا يسمى عندهم عزلاً؛ لكونه يعود بزوال العارض من غير تولية، بخلاف أصحاب القول الثاني، فإنهم يسمونه عزلاً، وبهذا التوجيه تقل مسافة الخلاف بين الفريقين؛ فيحمل قول بعض الفريق الأول على المنع من العزل التام الذي لا يعود به الناظر ناظراً، ويحمل قول الفريق الثاني على صحة العزل الذي هو منع التصرف - والله أعلم-، مع اتفاقهم - والله أعلم- على استحقاق الناظر النظارة بزوال العارض المانع، فيبقى خلافهم في المنع من التصرف: هل يصح منعه بالكلية (كما يدل عليه قول الفريق الثاني)، أو لا يصح منعه إلا أن

(١) ينظر: المستدرک على مجموع الفتاوى ٤/ ١٠٢.

(٢) هو: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي الأنصاري الشافعي، تلميذ القاضي زكريا، من مؤلفاته: شرح الزبد لابن رسلان، وغاية المرام، والفتاوى، توفي سنة ٩٧١هـ. (ينظر: الكواكب السائرة ٣/ ١٠١، ديوان الإسلام ٢/ ٣٣٥، الأعلام ١/ ١٢٠).

(٣) ينظر: أسنى المطالب وحاشية الرملي ٢/ ٤٧٣.

يمنع جزئياً بأن يضم إليه مشارف أو ناظر أمين (كما يدل عليه قول بعض الفريق الأول) - والله أعلم -.

ولا يختلف القول عند الفريقين بضرورة مراعاة مصلحة الوقف والموقوف عليهم، وتقديمها على مصلحة الناظر عند التعارض، وأنه حيث كان ثمة ضرر منه فإنه يُزال - كما هو متقرر فقهاً -، إلا أنه يُدفع بالأخف فالأخف، على وفق التفصيل الذي مر آنفاً - والله أعلم -^(١).

وفي الحال الثانية:

فإن الذي يترجح - والله أعلم - هو مضمون ما ذهب إليه الحنابلة^(٢)، من أنه لا يعزل مطلقاً؛ لأنه ينظر لنفسه، كما في الملك المطلق، إلا أنه يتعين في حال كون الناظر بالأصالة خائناً غير أمين أو فاسقاً: أنه يضم إليه أمين عدل يشرف عليه؛ حفظاً للوقف من البيع أو التضييع؛ لحق من يأتي بعد من أهل الوقف - كما سبق ذكره -.

وفي الحال الثالثة:

منشأ الخلاف بين الفريقين هو: اعتبار نصب الحاكم الناظر تقريراً في وظيفة النظر (ولاية) أو توكيلاً، فمن عدّه تقريراً في وظيفة النظر: لم

(١) ينظر: رد المحتار ٤/ ٣٨٠.

(٢) ولم يقف الباحث على قول لغيرهم - كما سبقت الإشارة إليه في الحاشية عند موضع المسألة -.

يسوّغ عزله إلا لسبب يقتضي ذلك، ومن عدّه توكيلاً: سوّغ عزله بسبب وبلا سبب.

والذي يظهر - والله أعلم - أنه حيث كان نصب الحاكم الناظر على هيئة التقرير في وظيفة النظر: فإنه لا يسوغ عزله إلا في حال وقوع وحصول جنحة منه، وأنه حيث كان النصب على هيئة التوكيل: فإنه يسوغ عزله بجنحة وبلا جنحة.

فما يكون على هيئة التقرير في وظيفة النظر: تعيين الحاكم الناظر الموصوف في شرط الواقف، كما لو شرط الواقف أن الناظر يكون أحد ذريته، فعين الحاكم أحدهم، ومما يكون على هيئة التوكيل: ما لم يكن فيه شرط للواقف، فأسنده الحاكم إلى نوابه، أو أناب من يتولاه^(١).

وفي هذه الصورة شبه بمسائل عزل القضاة ونواب الحاكم والإمام ونحوهم، ويجري على الناظر الذي نصبه الحاكم ما يجري عليهم من أحكام، وللمسألة فروع^(٢) وذبول تنظر في مظانها.

(١) وهذه هي حقيقة اختلاف قولي الحنابلة في المسألة، فهو من باب اختلاف الصور، وليس خلافاً حقيقياً، فمن منع من العزل: فإنما منعه في صورة التقرير، ومن سوّغه: فإنما سوّغه في صورة التوكيل؛ يدل على ذلك أنه في مطالب أولي النهى ٣٢٨/٤ نص على المنع؛ لكونه تقريراً، ونص على الجواز؛ لكونه توكيلاً ٣٢٦/٤ و٣٢٨ و٣٣٠.

(٢) من فروع المسألة مثلاً: هل ينعزل الناظر الذي نصبه القاضي بعزل الإمام القاضي؟ (ينظر: غمز عيون البصائر ٢/٣٨٧).

وفي الحال الرابعة:

لا تخلو هذه الحال من إحدى هذه الصور:

- أن يكون الناظر منصوب حاكم آخر، وقد أقامه الحاكم نائباً عنه
- على سبيل التوكيل-، وقد انتهت ولاية ذلك الحاكم بعزل أو موت
أو غيره^(١): فإن لمن يأتي بعده -والله أعلم- أن يعزل هذا الناظر لجنحة
أو لغير جنحة؛ لأن الحاكم الأخير قام مقام الأول.

- أن يكون نصب الناظر من الحاكم الآخر على هيئة التفويض أو
الإسناد أو التقرير في وظيفة النظر: فإنه ليس للحاكم الآخر -والله
أعلم- عزله إلا بجنحة.

وهاتان صورتان لا تختلفان كثيراً عن ما ذكر في الحال الثالثة
-والله أعلم-.

- أن يكون الناظر منصوب حاكم آخر في حال تعدد الحكام: كما
لو تعدد القضاة في البلد، فليس لغير من ولاه -والله أعلم- عزله بغير
جنحة؛ منعاً لتداخل الولايات، إلا أن يكون العزل ممن هو أعلى منه
ولاية كالإمام، أو ممن حل محل القاضي أو الحاكم الأول -ولو لغير
جنحة-، فيكون لها حكم الصورة الأولى.

(١) ومسألة انعزال نواب القاضي بموته أو عزله، وكذا انعزال نواب الخليفة أو
الإمام أو الحاكم بموته أو عزله: ليس هذا مقام بسطها، فلتنظر في مظانها.

- أن يكون نصب الناظر على هيئة الحكم، كما لو اختلف ذرية الواقف في استحقاق النظر، فقدم الحاكم أحدهم: فإنه ليس لغيره ولا لمن يأتي بعده - والله أعلم - عزله بغير جنحة؛ لأنه متضمن نقض حكم الأول، إلا أن يتغيّر موجب الحكم، فيكون للآخر عزله؛ لأن الحكم يقع على محل معين وحال معينة (حيث وجد موجب)، ويتنقض بانتفاء مسبباته، فخلافه غير محكوم به ولا فيه، فيقع عليه حكم الآخر.

وهذه الصور - كما ذكر في الحال الثالثة -: تشبه مسائل عزل القضاة ونواب الحاكم والإمام ونحوهم، ويجري عليها ما يجري على تلك من أحكام - والله أعلم -، فلتنظر في مظانها.

ولم تفرّق لائحة تنظيم أعمال النظارة بين هذه الأحوال، وإنما جعلت للهيئة الحق إيقاع عقوبة العزل على الناظر، فقد جاء في الفقرة (٢) من المادة (٢٤):

«مع مراعاة جسامة المخالفة وتكرارها والآثار المترتبة عليها وظروف ارتكابها: يجوز للهيئة أن توقع عقوبة عزل الناظر في المخالفات الآتية:

أ- ارتكاب الناظر أي جريمة منصوص عليها في أيّ نظام عبر الوقف أو عبر توليه لأعمال النظارة.

ب- ثبوت مخالفة الناظر لشرط الواقف في مصارف الوقف، وذلك شريطة أن يتم إشعاره بمخالفته من قبل الهيئة دون أن يتجاوب معها في معالجة المخالفة.

ج- خلط الناظر أموال الوقف مع أموال غيره دون مسوغ شرعي أو نظامي».

المسألة الثانية: نصب الحاكم الناظر:

اتفق الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى من الحنفية^(١) المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) على أن للحاكم نصب ناظر على الوقف، وذلك حيث كانت الولاية للحاكم - كما لو لم يكن ثمة ناظر مشروط على الوقف مثلاً-، أو استحق ناظر الوقف العزل - على قول من يصححه - ولم يكن ثمة ناظر يخلفه، فإن للحاكم أن ينصب ناظرًا على الوقف وكيلاً عنه ونائبًا عنه، وهذا نظير نصب الإمام نوابه في الولايات المختلفة، كالقضاء، والولاية على الأيتام والقصر والغيب ونحوهم، من غير فرق.

(١) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢٤٥ و ٢٥٠، رد المحتار ٤/ ٣٨٢ و ٤٢٣-٤٢٤ و ٤٢٨ و ٤٣٥.

(٢) ينظر: المختصر الفقهي ٨/ ٤٩٠، مواهب الجليل ٦/ ٣٧، الشرح الكبير للدردير وحاشية السوقي ٤/ ٨٨، بلغة السالك ٤/ ١١٩.

(٣) ينظر: فتاوى السبكي ٢/ ١٥٦، أسنى المطالب وحاشية الرمي ٢/ ٤٧٢، مغني المحتاج ٣/ ٥٥٦.

(٤) ينظر: الإنصاف ٧/ ٦٢، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢ و ٢٧٦، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٣٠.

كما أن للحاكم أن يقدم وينصب ناظرًا عند اختلاف نفر في استحقاق النظر، وهذا من مقتضى ولايته، وهو: الفصل في الخصومات والنزاعات، كغيرها من سائر المنازعات، ولا فرق.

كما أن له أن يقرر من يرى في وظيفة النظر حيث لم يكن ثمة ناظر؛ لما له من الولاية العامة.

المسألة الثالثة: خلو الوقف عن ناظر:

صورة المسألة: في حال عزل الحاكم الناظر الذي نصبه - في الأحوال التي يصح فيها عزله أو في غيرها عند من يقول بها -، سواء كان عزلاً تاماً أو مؤقتاً، ولم ينصب أو يولى غيره، فإن الوقف لا يخلو عن ناظر.

وقد سبق في المسألة الثالثة من المبحث الأول دراسة مسألة خلو الوقف عن ناظر في حياة الواقف، كما سبق في المسألة الثالثة من المبحث الثاني دراسة مسألة خلو الوقف عن ناظر في غير حياة الواقف، ولا تختلف الحال في هذه المسألة عن تينك المسألتين، فيغني إيراد الخلاف هناك عن إعادة سوجه هنا.

وحيث أدى عزل الناظر إلى شغور منصب عضويته في مجلس نظارة - حيث كانت النظارة في مجلس - : فإنه قد سبق في المسألة الثالثة من المبحث الثالث دراسة مسألة شغور المنصب، ولا يختلف الأمر في هذه الحال عن تلك.

حكم تعليق الحاكم نظارة الناظر:

سبق في مقدمة هذا المبحث بيان صورة المسألة، وهي: أن يوقف الحاكم أو نائبه (القاضي أو الجهة المختصة) الناظر أو عضو مجلس النظارة أو مجلس النظارة بأكمله عن ممارسة أعمال النظارة مؤقتاً بغير اختياره، سواء أقام الحاكم أو نائبه غيره مؤقتاً مقامه أو لا.

وسبق بيان أن هذه الصورة متضمنة إسقاط الحاكم أو نائبه (القاضي أو الجهة المختصة) ولاية الناظر أو عضو مجلس النظارة أو مجلس النظارة بأكمله على الوقف أو وكالته به مؤقتاً؛ لكونه يُزيل عنه صفة النظارة، ويسقط ما يترتب عليها - من وظائف وصلاحيات وحقوق - في تلك المدة.

وقد سبقت دراسة المسائل المرتبطة بهذه المسألة، والتي تبين من خلال عرضها وبحثها حكم هذه المسألة.

فبناءً على ما سبقت دراسته، وتفريعاً عليه، الذي يظهر - والله أعلم -:

١ - أنه يسوغ للحاكم أو نائبه (القاضي أو الجهة المختصة) تعليق نظارة الناظر أو عضوية عضو مجلس النظارة أو مجلس النظارة بأكمله مؤقتاً، ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا كان الناظر مشروطاً (منصوب الواقف)، وحصل منه جنحة، ولم يمكن تلافئها إلا بتعليق نظارته، على أنه يعود له النظر فور زوال

سبب التعليق، فيزول التعليق من قبله هو، لا من جهة الحاكم، ويكون دور الحاكم التحقق من زوال السبب.

- إذا كان الناظر منصوب الحاكم، وكان نصبه له على هيئة التوكيل، بأن يقيمه الحاكم نائباً عنه، سواءً كان تعليق نظارته لجنحة أو لغير جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وقد أقامه نائباً عنه، وانتهت ولاية ذلك الحاكم - بعزل أو موت أو غيره -، سواءً كان تعليق نظارته لجنحة أو لغير جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وكان نصبه تقريراً له في وظيفة النظر أو تفويضاً أو إسناداً للنظر إليه، على هيئة التولية، وحصل منه جنحة، ولم يمكن تلافيها إلا بتعليق نظارته.

- إذا كان الناظر منصوب قاضٍ آخر، وتعدد القضاة، ولم تحصل منه جنحة، وكانت توليته على هيئة التوكيل له، وكانت سلطة مُعلّق العضوية فوق سلطة الناصب (كالإمام أو الخليفة أو السلطان).

- إذا كان نصب الناظر بحكم من حاكم آخر، وحصل منه جنحة.

ويكون للحاكم في جميع ما سبق حق إقامة غيره مقامه، وذلك حيث لم يكن ثمة شرط للواقف في استحقاق النصب والتولية في الوقف بأن يكون مستحقاً لغير الحاكم - كما لو كان مشروطاً للواقف أو للناظر المشروط أو غيره -.

٢- أنه لا يسوغ للحاكم أو نائبه (القاضي أو الجهة المختصة) تعليق نظارة الناظر أو عضوية عضو مجلس النظارة أو مجلس النظارة بأكمله مؤقتاً، ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا كان الناظر مشروطاً (منصوب الواقف)، ولم تحصل منه جنحة.
- إذا كان الناظر مشروطاً (منصوب الواقف)، وحصل منه جنحة، وأمكن تلافيها بدون تعليق نظارته.

- إذا كان الناظر ناظراً بالأصالة (وهو الموقوف عليه المعين إذا لم يكن ثمة ناظر على الوقف)، ولو حصل منه جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب الحاكم، وكان نصبه تقريراً له في وظيفة النظر أو تفويضاً أو إسناداً للنظر إليه على هيئة التولية، ولم تحصل منه جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وكان نصبه تقريراً له في وظيفة النظر أو تفويضاً أو إسناداً للنظر إليه، على هيئة التولية، ولم تحصل منه جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وكان نصبه تقريراً له في وظيفة النظر أو تفويضاً أو إسناداً للنظر إليه، على هيئة التولية، وحصل منه جنحة، وأمكن تلافيها بدون تعليق نظارته.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وتعدد الحكام، ولم تحصل منه جنحة، وكانت توليته على هيئة التوكيل له من ذلك الحاكم.

- إذا كانت تولية ونصب الناظر بحكم من حاكم آخر، ولم تحصل منه جنتحة.

وينبغي التأكيد - في ختام هذا المبحث - أن التعليق لا يتعين طريقاً لتحقيق مصلحة الوقف والموقوف عليهم في الأحوال التي سوَّغ فيها التعليق، فعلى الحاكم ونوابه التفتن لذلك وتحري سبل تحصيل المصالح، فقد لا يظهر وجه مصلحة في اتخاذ التعليق عقوبة للناظر المشروط لمخالفة أمور إجرائية أو تنظيمية؛ لما قد يترتب على ذلك من ضياع الوقف، لتعاقب النظر عليه، وقد يظهر وجه المصلحة في اتخاذ التعليق سبيلاً لكف يد الناظر المشروط عند الحاجة للتحقق من أمر ما، ونحو ذلك - والله أعلم -.

وقد سبق ذكر أثر وثمرات التعليق وما يترتب عليه في خاتمة المبحث الثاني بما يغني عن إعادته هنا، والله أعلم.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأشكره سُبحَانَهُ وَتَعَالَى على ما وفقني إليه من إتمام هذا البحث، وأعتذر عما حصل فيه من زلل أو هفوات، وحسبي الاجتهاد والسعي، وما توفيقني إلا بالله.

النتائج:

وقد ظهر لي من خلال هذا البحث (تعليق نظارة ناظر الوقف) نتائج عدة، ومن أهمها ما يلي:

١- أن تعليق النظارة ينزل منزلة العزل، فمن جاز عزله عن النظارة = جاز تعليق نظارته من باب أولى - وهذا من حيث الإجمال -.

٢- أنه يسوغ للواقف تعليق نظارة الناظر أو عضو مجلس النظارة مؤقتاً ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال الآتية:

- إذا جعل لنفسه ذلك حال إنشاء الوقف، أو اشترط حق العزل والنصب للنظار.

- إذا جعل النظر لنفسه ابتداءً، ثم ولى غيره، حيث كانت تولية غيره توكيلاً منه له.

٣- أنه لا يسوغ للواقف تعليق نظارة الناظر أو عضو مجلس النظارة مؤقتاً ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه إذا جعل النظر لغيره ابتداءً، ولم يشترط لنفسه حق العزل والنصب.

٤- أنه يسوغ للناظر أو عضو مجلس النظارة تعليق نظارته مؤقتًا ونصب غيره مؤقتًا بدلًا عنه في الأحوال التالية:

- إذا اشترط الواقف له ذلك خصوصًا، أو شرطه لكل ناظر على وقفه عمومًا.

- إذا كان ناظرًا مشروطًا، وشرط له الواقف حق النصب والعزل للنظار.

٥- أنه لا يسوغ للناظر أو عضو مجلس النظارة تعليق نظارته مؤقتًا ونصب غيره مؤقتًا بدلًا عنه في الأحوال التالية:

- إذا كان ناظرًا مشروطًا، ولم يشرط له الواقف حق النصب والعزل للنظار، فهذا ليس له الفراغ عن النظر أو إسقاطه، لكن له أن يتقدم للسلطان، فيقيم غيره مقامه في هذه المدة، وليس له سوى ذلك إلا التوكيل.

- إذا كان ناظرًا بالأصالة، فهذا ليس له الفراغ عن النظر أو إسقاطه، لكن له التوكيل.

٦- أنه يسوغ للناظر إقامة غيره مقامه مؤقتًا على سبيل التوكيل في الأحوال التالية:

- إذا كان ناظرًا بالشرط: فإنه يسوغ له ذلك مطلقًا - ولو لم يُشترط له ذلك، ما دام لم يُنص على المنع منه -، شريطة أن لا يكون التوكيل

طويلاً مطلقاً عامًا - مع قدرة الناظر وإمكانه -، فتبقى به النظارة صورة عند الناظر، ويباشر الوكيل سائر العمل.

- إذا كان ناظرًا بالأصالة، فإنه يسوغ له ذلك مطلقاً.

٧- أنه لا يسوغ للناظر الذي يكون له حكم الوكيل - كالناظر الذي أقامه الحاكم نائباً عنه ونحوه - إقامة غيره مقامه مؤقتاً على سبيل التوكيل، ما لم يكن العرف جارياً بالإذن بذلك، شريطة أن لا يكون التوكيل طويلاً مطلقاً عامًا - مع قدرة الناظر وإمكانه -، فتبقى به النظارة صورة عند الناظر، ويباشر الوكيل سائر العمل.

٨- أنه يسوغ لمجلس النظارة تعليق عضوية أحد أعضائه مؤقتاً ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا اشترط الواقف لمجلس النظارة - بأغليته أو بثلثي أعضائه أو بما يراه من نصاب - (أو لرئيسه أو غير ذلك) حق تعليق عضوية أحد أعضاء المجلس - سواءً اشترط لهم ذلك مطلقاً أو في أحوال معينة -.

- إذا اشترط الواقف لمجلس النظارة - بأغليته أو بثلثي أعضائه أو بما يراه من نصاب - (أو لرئيسه أو غير ذلك) حق النصب والعزل في المجلس - سواءً اشترط لهم ذلك مطلقاً أو في أحوال معينة -.

٩- أنه لا يسوغ لمجلس النظارة تعليق عضوية أحد أعضائه مؤقتاً ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا اشترط الواقف لمجلس النظارة النصب فقط، أو اشترط لهم العزل فقط.

- إذا لم يكن ثمة شرط من الواقف للمجلس لا بالتعليق ولا بالعزل والنصب.

١٠- أنه يسوغ للحاكم أو نائبه (القاضي أو الجهة المختصة) تعليق نظارة الناظر أو عضوية عضو مجلس النظارة أو مجلس النظارة بأكمله مؤقتاً، ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا كان الناظر مشروطاً (منصوب الواقف)، وحصل منه جنحة، ولم يمكن تلافئها إلا بتعليق نظارته، على أنه يعود له النظر فور زوال سبب التعليق، فيزول التعليق من قبله هو، لا من جهة الحاكم، ويكون دور الحاكم التحقق من زوال السبب.

- إذا كان الناظر منصوب الحاكم، وكان نصبه له على هيئة التوكيل، بأن يقيمه الحاكم نائباً عنه، سواءً كان تعليق نظارته لجنحة أو لغير جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وقد أقامه نائباً عنه، وانتهت ولاية ذلك الحاكم -بعزل أو موت أو غيره-، سواءً كان تعليق نظارته لجنحة أو لغير جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وكان نصبه تقريراً له في وظيفة النظر أو تفويضاً أو إسناداً للنظر إليه، على هيئة التولية، وحصل منه جنحة، ولم يمكن تلافيها إلا بتعليق نظارته.

- إذا كان الناظر منصوب قاضي آخر، وتعدد القضاة، ولم تحصل منه جنحة، وكانت توليته على هيئة التوكيل له، وكانت سلطة مُعلّق العضوية فوق سلطة الناصب (كالإمام أو الخليفة أو السلطان).

- إذا كان نصب الناظر بحكم من حاكم آخر، وحصل منه جنحة. ويكون للحاكم في ما سبق من الصور حق إقامة غيره مقامه، وذلك حيث لم يكن ثمة شرط للواقف في استحقاق النصب والتولية في الوقف بأن يكون مستحقاً لغير الحاكم - كما لو كان مشتركاً للواقف أو للناظر المشروط أو غيره -.

١١- أنه لا يسوغ للحاكم أو نائبه (القاضي أو الجهة المختصة) تعليق نظارة الناظر أو عضوية عضو مجلس النظارة أو مجلس النظارة بأكمله مؤقتاً، ونصب غيره مؤقتاً بدلاً عنه في الأحوال التالية:

- إذا كان الناظر مشروطاً (منصوب الواقف)، ولم تحصل منه جنحة.
- إذا كان الناظر مشروطاً (منصوب الواقف)، وحصل منه جنحة، وأمكن تلافيها بدون تعليق نظارته.

- إذا كان الناظر ناظراً بالأصالة (وهو الموقوف عليه المعين إذا لم يكن ثمة ناظر على الوقف)، ولو حصل منه جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب الحاكم، وكان نصبه تقريراً له في وظيفة النظر أو تفويضاً أو إسناداً للنظر إليه على هيئة التولية، ولم تحصل منه جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وكان نصبه تقريراً له في وظيفة النظر أو تفويضاً أو إسناداً للنظر إليه، على هيئة التولية، ولم تحصل منه جنحة.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وكان نصبه تقريراً له في وظيفة النظر أو تفويضاً أو إسناداً للنظر إليه، على هيئة التولية، وحصل منه جنحة، وأمكن تلافيها بدون تعليق نظارته.

- إذا كان الناظر منصوب حاكم آخر، وتعدد الحكام، ولم تحصل منه جنحة، وكانت توليته على هيئة التوكيل له من ذلك الحاكم.

- إذا كانت تولية ونصب الناظر بحكم من حاكم آخر، ولم تحصل منه جنحة.

التوصية:

وقد ظهر لي من خلال هذا البحث أمر تحسن التوصية به، وهو تتبع الصور التي نص الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى على استحقاق الناظر العزل فيها؛ لتنزيلها على مسألة التعليق، فتضمّن تلك الصور وأحوالها

اللوائح والأنظمة التي تحكم عمل النظار، وينص فيها استحقاق الناظر العزل أو التعليق بارتكاب أيٍّ منها^(١).

أسأل الله العلي العظيم - سبحانه - أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يتقبله بمنه وكرمه وجوده وإحسانه، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم.

(١) ينظر مثلاً: رد المحتار ٤/ ٣٨٠، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٠٢.

فهرس المراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الأحكام السلطانية، تأليف: أبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، دار الحديث، القاهرة.
٣. الأحكام السلطانية، تأليف: القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٤. الإسعاف في أحكام الأوقاف، تأليف: إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي الحنفي، المطبعة الهندية، مصر، شارع المهدي بالأزبكية، الطبعة الثانية، ١٣٢٠هـ-١٩٠٢م.
٥. أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، تأليف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي.
٦. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، اعتنى به: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٧. الأشباه والنظائر، تأليف: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
٨. الأعلام، تأليف: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشرة، أيار/ مايو ٢٠٠٢م.
٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.

١٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، وبالhashية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
١١. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، تأليف: أبي العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي المالكي، دار المعارف.
١٢. البيان في مذهب الإمام الشافعي، تأليف: أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
١٣. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
١٤. تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف: أبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الملقب بمرتضى الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
١٥. التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف: أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
١٦. تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، تأليف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، عام النشر: ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م.



١٧. تهذيب اللغة، تأليف: أبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
١٨. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه = (صحيح البخاري)، تأليف: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٩. الجوهر المنضد في طبقات متأخري أصحاب أحمد، تأليف: يوسف بن الحسن بن عبد الهادي الدمشقي الصالحي الخنبلي المعروف بابن المبرد، تحقيق وتقديم وتعليق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٢٠. حاشية ابن قائد على منتهى الإرادات، تأليف: عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٢١. حاشية الخلوقي على منتهى الإرادات، تأليف: محمد بن أحمد بن علي البهوتي الخلوقي، تحقيق: سامي بن محمد بن عبد الله الصقير ومحمد بن عبد الله بن صالح اللحيان، دار النوادر، سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
٢٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر.
٢٣. حاشيتا قليوبي وعميرة، تأليف: أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٢٤. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تأليف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
٢٥. ديوان الإسلام، تأليف: شمس الدين أبي المعالي محمد بن عبد الرحمن بن الغزي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
٢٦. رد المحتار على الدر المختار، تأليف: ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٢٧. الروايتين والوجهين (المسائل الفقهية منه)، تأليف: القاضي أبي يعلى، تحقيق: عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٢٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.
٢٩. السحب الواابلة على ضرائح الحنابلة، تأليف: محمد بن عبد الله بن حميد النجدي المكي، تحقيق: بكر بن عبد الله أبو زيد وعبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
٣٠. سلم الوصول إلى طبقات الفحول، تأليف: مصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني المعروف بـ (كاتب جلبي) وبـ (حاجي خليفة)، تحقيق: محمود عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة إرسيسكا، إسلام بول، تركيا، عام النشر: ٢٠١٠م.



٣١. شرح السير الكبير، تأليف: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، الشركة الشرقية للإعلانات، تاريخ النشر: ١٩٧١م.
٣٢. شرح مختصر خليل للخرشي، تأليف: أبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، وعليه: حاشية العدوي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
٣٣. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، تأليف: شمس الدين أبي الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.
٣٤. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، تأليف: ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار المعرفة.
٣٥. الفرر البهية في شرح البهجة الوردية، تأليف: زين الدين أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا السنيكي الأنصاري، المطبعة الميمنية.
٣٦. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، تأليف: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٣٧. فتاوى السبكي، تأليف: تقي الدين أبي الحسن علي بن عبد الكافي السبكي، دار المعارف.
٣٨. الفتاوى الكبرى، تأليف: تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.
٣٩. فتح القدير، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، وتكملته: نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، تأليف: القاضي زاده، دار الفكر.

٤٠. الفروع، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، ومعه: تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، وحاشية: ابن قندس تقي الدين أبي بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٤١. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تأليف: شهاب الدين أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم ابن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، دار الفكر، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٤٢. قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار، تأليف: علاء الدين محمد بن محمد أمين المعروف بابن عابدين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
٤٣. القوانين الفقهية، تأليف: أبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي الغرناطي.
٤٤. كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية.
٤٥. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، تأليف: نجم الدين محمد بن محمد الغزي، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٤٦. لائحة تنظيم أعمال النظارة، إصدار: الهيئة العامة للأوقاف بالملكة العربية السعودية، ١٤٤٣.

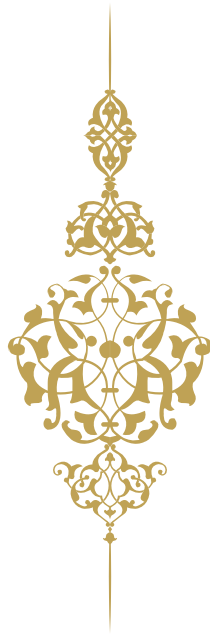


٤٧. لسان الحكام في معرفة الأحكام، تأليف: لسان الدين أبي الوليد أحمد بن محمد بن محمد ابن الشحنة الثقفي الحلبي، الباي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.
٤٨. لسان العرب، تأليف: جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٤٩. المبدع في شرح المقنع، تأليف: برهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٥٠. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، تأليف: برهان الدين أبي المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة الحنفي، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
٥١. المختصر الفقهي، تأليف: أبي عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.
٥٢. المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، تأليف: تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، جمع: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٥٣. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ = (صحيح مسلم)، تأليف: أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- ٥٤ . مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة الرحباني مولدًا ثم الدمشقي الحنبلي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- ٥٥ . المطلع على ألفاظ المنع، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، تحقيق: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- ٥٦ . معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
- ٥٧ . المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تأليف: أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، تخريج: جماعة من الفقهاء، إشراف: محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.
- ٥٨ . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- ٥٩ . المغني لابن قدامة، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.
- ٦٠ . منتهى الإرادات، تأليف: تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.



٦١. المنهج الأحمد في تراجم أصحاب أحمد، تأليف: مجير الدين أبي اليمن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن العليمي المقدسي الحنبلي، إشراف: عبد القادر الأرنؤوط، تحقيق وتعليق: حسن إسماعيل مروة، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
٦٢. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٦٣. النجم الوهاج في شرح المنهاج، تأليف: كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري الشافعي، دار المنهاج، جدة، تحقيق: لجنة علمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٦٤. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، تأليف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٦٥. نهاية المطلب في دارية المذهب، تأليف: ركن الدين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني الملقب بإمام الحرمين، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٦٦. النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تأليف: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.
٦٧. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية = (شرح حدود ابن عرفة)، تأليف: أبي عبد الله محمد بن قاسم الرصاع التونسي المالكي الأنصاري، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.





تجديد الاجتهاد وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة

د. عبد المجيد بن خالد بن عبد العزيز المبارك

عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

إنَّ الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، مَنْ يهده الله فلا مضلَّ له، ومَنْ يضلل الله فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان، وسلّم تسليمًا، أما بعد:

فإنَّ للاجتهاد مقامًا رفيعًا في الشريعة الإسلامية، فهو أحد سبل بقاء هذا الدين وحفظه؛ ذلك أن النصوص الشرعية قليلة بالنسبة لكثرة الحوادث والنوازل، ولا طريق للوصول إلى الحكم الشرعي إلا بالاجتهاد، ثم إنَّ كثيرًا من المسائل قد يطرأ لها ما يستدعي إعادة النظر فيها، إما لتغيُّر صورتها، أو اختلاف تحقيق المناط فيها؛ ومن هنا أردتُ الكتابة في مسألة من مسائل الاجتهاد، وهي مسألة: تجديد الاجتهاد، فبيّنتُ المراد بهذه المسألة، والخلاف فيها، ثم ختمتُ البحث بتطبيقات تجديد الاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة.

والحاجة لتجديد الاجتهاد لا تنحصر على باب دون باب، بل هي عامة في أبواب الشريعة، وفي المسائل المستجدة على وجه أخص؛ فالنظر القضائي مثلاً لا ينفك عن الاجتهاد في الحكم والفصل بين الناس، حتى في تنزيل القاضي للنصوص النظامية على الوقائع القضائية؛ إذ إن تحقيق المناط ضرب من ضروب الاجتهاد، وهذا البحث يعالج هذه

المسألة، لا سيما وأن هناك عددًا من المسائل التي تُنظر قضاءً، قد استجدت صورتها وتغيرت في العصر الحديث.

وكذلك الشأن في العاملين في المؤسسات المالية واللجان الشرعية، فهم محتاجون لمثل هذا الموضوع، سواء في صياغة العقود أو إبرام الاتفاقيات أو دراسة المنتجات المالية ونحوها، لا سيما في هذا العصر الذي تتجدد فيه النوازل وتختلف صورها بشكل سريع، بل إن كثيرًا من المنتجات المالية اختلفت هيكلتها عما كانت عليه أول ظهورها وصدور القرارات الشرعية بشأنها.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية البحث من خلال أمور عديدة، منها:

- ١- أن هذا البحث متصلٌ بأحد أهم موضوعات الاجتهاد، الذي يُعد من شروط النظر في المسائل والنوازل.
- ٢- أنَّ ثمَّ حاجةً لبيان مسألة تجديد الاجتهاد من الناحية التأصيلية؛ لكثرة تجدد الوقائع والنوازل، وتغيُّر كثير من صور المسائل؛ مما يبيِّن أهمية دراسة هذه المسألة.
- ٣- أنَّ كثيرًا من مسائل المعاملات المالية المعاصرة قد طرأ عليها ما يغيِّر صورتها؛ فكان من الواجب إعادة النظر فيها، ولذا جاءت هذه الدراسة تبيِّن أهمية تجديد الاجتهاد في عددِ المعاملات المالية المعاصرة.

أهداف الموضوع:

- يهدف الباحث في بحثه هذا إلى عدد من الأمور، منها:
 - ١- بيان المراد بتجديد الاجتهاد، والفرق بينه وبين ما يشابهه.
 - ٢- ذكر أهم الأسباب لتجديد الاجتهاد.
 - ٣- إيضاح الخلاف في مسألة تجديد الاجتهاد، بتحرير محل النزاع في المسألة، وذكر الأقوال وأبرز الأدلة، ومن ثم بيان بناء المسألة وسبب الخلاف فيها، وثمره الخلاف من ناحية أصولية وفقهية.
 - ٤- بيان أثر تجديد الاجتهاد على عددٍ من مسائل المعاملات المالية المعاصرة.

الدراسات السابقة:

- تطرق الأصوليون لهذه المسألة في باب الاجتهاد، إلا أنهم لم يفصلوا القول فيها، فكان من المهم إفراد المسألة على وجه مفرد ومفصل.
- إلا أن هناك عددًا من الدراسات تطرقت لهذا الموضوع، وأفردت الكلام فيه، سأذكر أهمها، ثم أبيّن الفرق بينها وبين دراستي:
- الدراسة الأولى: تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرر حدوثها، للدكتور: فيصل بن سعود الحليبي، منشور في مركز التميز البحث العملي في القضايا المعاصرة.

وقد تناول الباحث - وفقه الله - الجانب التأصيلي، ولم يتطرق للجانب التطبيقي، وكيف أثر تجديد الاجتهاد على عدد من المسائل المالية المعاصرة.

الدراسة الثانية: تجديد الاجتهاد وأثره في تغير الفتيا، للدكتور: سعيد بن متعب القحطاني، منشور في مجلة الحكمة.

الدراسة الثالثة: تجديد الاجتهاد وأثره في فقه المسائل المستجدة، للدكتور: عبد الله بن أحمد الرميح، منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية.

وقد تناول الباحثان - وفقهما الله - الجانب التأصيلي، أما الجانب التطبيقي فقد اكتفيا بذكر نماذج ومسردٍ لعدد من المسائل ينبغي أن يُعاد نظرُ الاجتهاد فيها، دون أن يبينوا كيف تطورت هذه المسائل مما يستدعي وجوب تجديد الاجتهاد فيها.

أما دراستي في هذا البحث فإني تناولتُ الجانب التأصيلي مفصَّلاً، ثم بحثتُ الجانب التطبيقي في عدد من مسائل المعاملات المالية المعاصرة، وكيف أثر تجديد الاجتهاد على الحكم في هذه المسائل، وهذا الجانب التطبيقي يشكّل قدرًا كبيرًا من البحث، ولم أر في الدراسات السابقة من تطرق له، فكان هذا من أظهر الفروق بين دراستي والدراسات السابقة التي سبق ذكرها.

منهج البحث:

التزمتُ في هذا البحث المنهجَ العلمي المعتمد في كتابة البحوث الشرعية، ويمكن ذكر أهم عناصره فيما يأتي:

- الاعتماد على المصادر الأصيلة في كل مسألة بحسبها.
- عزو نصوص العلماء وآرائهم لكتبهم مباشرة، إلا إذا تعذر ذلك.
- بيان أرقام الآيات القرآنية وعزوها لسورها.
- تخريج الأحاديث الواردة في صلب البحث، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيتُ بتخرجه منهما، وإلا خرجته من مصادره المعتمدة، مع ذكر ما قاله علماء الحديث فيه.
- الاكتفاء بذكر المعلومات المتعلقة بمصادر البحث في قائمة المصادر.
- الاقتصار في المسائل التطبيقية على بعض المسائل في المعاملات المالية المعاصرة؛ مما كان له علاقة مباشرة بتجديد الاجتهاد، بغض النظر عن الخلاف في المسألة الفقهية، والراجع فيها.

تقسيمات البحث:

- انتظمت خطة البحث في مقدمة، وخمسة مباحث، وخاتمة، وفهارس على النحو الآتي:
- أما المقدمة: فذكرتُ فيها أهمية الموضوع، والدراسات السابقة، وأهداف الموضوع، ومنهج البحث، وتقسيماته.



المبحث الأول: تعريف تجديد الاجتهاد.

المبحث الثاني: الفرق بين تجديد الاجتهاد وما يشابهه.

المبحث الثالث: أسباب تجديد الاجتهاد.

المبحث الرابع: حكم تجديد الاجتهاد:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الخلاف في حكم تجديد الاجتهاد.

المطلب الثاني: بناء المسألة وسبب الخلاف فيها.

المطلب الثالث: ثمرة الخلاف في المسألة.

المبحث الخامس: تطبيقات لتجديد الاجتهاد في المعاملات

المالية المعاصرة:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: جريان الربا في الأوراق النقدية.

المطلب الثاني: الإجارة المنتهية بالتمليك.

المطلب الثالث: التسويق الشبكي.

المطلب الرابع: وقف النقود والأوراق المالية المعاصرة.

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج والتوصيات.

فهرس المراجع.

وَأَسْأَلُ اللَّهَ تَعَالَى أَنْ يُوَفِّقَنَا جَمِيعًا لِلْعِلْمِ النَّافِعِ وَالْعَمَلِ الصَّالِحِ،
وَصَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمْ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ.

وكتب

عبد المجيد بن خالد المبارك

(a.almubarak12@gmail.com)



المبحث الأول

تعريف تجديد الاجتهاد

تجديد الاجتهاد مركَّبٌ إضافي، يتكون من كلمة (تجديد)، وكلمة (الاجتهاد)، ولذا سأعرِّف باختصار هذا المصطلح باعتبارين:

الاعتبار الأول: تعريف تجديد الاجتهاد باعتباره مركَّبًا إضافيًا:

فأعرِّف أولاً كلمة (التجديد) لغة واصطلاحًا، ثم أعرِّف ثانيًا كلمة (الاجتهاد) لغة واصطلاحًا.

أولاً: تعريف التجديد لغة واصطلاحًا:

التجديد في اللغة: مصدر الفعل جَدَّدَ، وهو في الأصل يطلق على عدة معان، إلا أنَّ أقربها لموضوع البحث هنا هو: نقيض الخَلْق وخلاف القديم، وأما الجديد فهو مصدر الفعل جَدَّ، فيقال: جَدَّ الشيء يجد جِدَّة: صار جديدًا، ويطلق الجديد أيضًا على ما وقع حديثًا مما لا عهد لك به^(١).

التجديد في الاصطلاح: عُرِّف التجديد بعدة تعريفات متقاربة عند المعاصرين، ويمكن أن يقال في حدِّه اصطلاحًا بأنه: إحياء المعاني

(١) انظر: الصحاح (٢/ ٤٥٤)، مادة «جدد»، لسان العرب (٣/ ١١١)، مادة «جدد»، تاج العروس (٤/ ٤٨٢)، مادة «جدد».

الصحيحة التي اندرست، ومعالجة المعاني الخاطئة التي طرأت، وإعادة الشيء إلى حالته الصحيحة تصوراً وتطبيقاً^(١).

ثانياً: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً:

الاجتهاد في اللغة: مصدر الفعل اجتهد، يقال: اجتهد يجتهد اجتهداً، فهو افتعال من الجهد، أي: بلغ الغاية في الجهد، وأصل الجهد في اللغة: المشقة وبلوغ الغاية^(٢).

الاجتهاد في الاصطلاح: عُرف الاجتهاد بتعريفات كثيرة، ولعل من أحسنها أن يُقال في تعريفه: استفراغ الوسع في طلب الحكم الشرعي على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه^(٣).

الاعتبار الثاني: تعريف تجديد الاجتهاد باعتباره لقباً على علم معين:

يمكن أن يُقال: إن المراد بتجديد الاجتهاد بهذا الاعتبار: إعادة المجتهد النظر في المسألة لتكرّر وقوعها أو السؤال عنها، وقد سبق له النظر والفتيا فيها إلى حكم يغلب على ظنه أنه هو الصواب^(٤).

(١) انظر: التجديد الأصولي عند ابن تيمية (٤٧).

(٢) انظر: مقاييس اللغة (١/٤٨٦)، مادة «جهد»، لسان العرب (٣/١٣٤)، مادة «جهد»، تاج العروس (٧/٥٣٨)، مادة «جهد».

(٣) انظر: قواطع الأدلة (٢/٣٠٧)، الإحكام (٤/١٦٢)، كشف الأسرار (٤/١٤)، الإبهاج (٣/٢٣٦).

(٤) انظر: المعتمد (٢/٣٥٩)، قواطع الأدلة (٢/٣٥٦)، المسودة (١/٥٢٧)، نفائس الأصول (٩/٣٩٧١)، صفة الفتوى (ص ٧٠)، التمهيد للإسنوي (ص ٥٢٩)، نهاية السؤل (ص ٤٠٥)، البحر المحيط (٨/٣٥٤)، التقرير والتحجير (٣/٣٣٢)، شرح الكوكب المنير (٤/٥٥٤).

مثال ذلك: أن يُسأل المجتهد عن حكم الرمي قبل الزوال يوم
النفر، أو حكم التورق، أو حكم قصر الصلاة للمسافر إن جاوز أربعة
أيام؛ فينظر في الأقوال ويستفرغ جهده ما استطاع، فيفتي بما بدا له،
ثم يسأل عن إحدى هذه المسائل مرة أخرى، فهل له أن يفتي بما أفتى
به سابقاً؟ أو يلزمه أن يعيد النظر في المسألة؛ لاحتمال ورود الخطأ في
اجتهاده السابق، أو ظهور دليل لم يكن عنَّ له سابقاً؟

المبحث الثاني

الفرق بين تجديد الاجتهاد وما يشابهه

يُشابه تجديد الاجتهاد عددًا من المصطلحات الأصولية، فمن ذلك: تغيير الاجتهاد، ونقض الاجتهاد، وكما سبق في بيان المراد بتجديد الاجتهاد، أنه إعادة النظر في المسألة لتكرار الواقعة المسؤول عنها، ولا يلزم من ذلك أن يغيّر المجتهد رأيه الذي توصل إليه، فربما نظر المجتهد في الواقعة مرة أخرى، وأنعم النظر فيها، ولم يزل باقي على اجتهاده السابق.

أما تغيير الاجتهاد، فهو مرحلة لاحقة لتجديد الاجتهاد، وهو نتيجة لتجديد الاجتهاد، ويلى ذلك نقض الاجتهاد، فهو لا يكون إلا بعد تجديد الاجتهاد وتغييره، وكذلك فإن تغيير الاجتهاد أمر نظري للعدول عن الاجتهاد السابق، أما نقض الاجتهاد فمجاله عملي، يكون غالبًا في باب القضاء في المنازعات والخصوم^(١).

وكذلك فإن تغيير الاجتهاد يكون من قبل المجتهد نفسه، أما نقض الاجتهاد فقد يكون برأي المجتهد وقد يكون برأي غيره، ويكون نقض الاجتهاد أيضًا - على ظاهر الحال - فيما فيه حكم الحاكم، وأما تغيير الاجتهاد فإنه يكون فيما فيه حكم الحاكم وما ليس فيه حاكم؛

(١) انظر: تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها (ص ١١١٤-١١١٥)، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (ص ٤٦٩)، تغيير الاجتهاد (١/٢٣٦).

فيسبق حكم ما فيه حكم الحاكم، كما أنه يسمى نقض حكم الحاكم تغييراً^(١).



(١) انظر: تجديد الاجتهاد وأثره في تغير الفتيا (٣٣٣).

المبحث الثالث أسباب تجديد الاجتهاد

لتجديد الاجتهاد أسبابٌ كثيرة، أذكرُ أهمّها:

السبب الأول: تكرار الواقعة المستجمعة لشروط وجوب الاجتهاد؛ مما يدعو المجتهد أن يعاود النظر في الواقعة مرة أخرى^(١).

السبب الثاني: اختلاف الأعصار؛ ذلك أن حاجات الناس ومصالحهم تختلف بمرور الأعصار وتعاقبها^(٢).

السبب الثالث: اختلاف عوائد البلدان وأعرافها؛ وذلك لأن اختلافها مؤثر في الحكم، فيلزم المجتهد معاودة النظر في المسألة مرة أخرى^(٣).

(١) انظر: العدة (٤/١٢٢٨)، المسودة (ص ٤٦٧)، البحر المحيط (٨/٣٥٤)، شرح الكوكب المنير (٤/٥٥٣)، تيسير التحرير (٤/٢٣١).

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول (ص ٤٤٢)، أعلام الموقعين (٣/١١)، البحر المحيط (٨/٣٥٥)، تيسير التحرير (٤/٢٣١)، الاجتهاد في الإسلام (ص ١٩٩)، تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها (ص ١١١٦). وقد عقد ابن القيم فصلاً جليلاً في هذه المسألة، وأبان عن المسألة أحسن بيان، ورسّمه بعنوان: «فصل في تغيير الفتوى، واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد»، فطالعه إن شئت. أعلام الموقعين (٣/١١).

(٣) انظر: أعلام الموقعين (٤/٢٢٨)، اختلاف الاجتهاد وتغييره وأثر ذلك في الفتيا، للمرعشي (ص ١١٥)، تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها (ص ١١١٨).

وقد نصَّ على ذلك جمعٌ من أهل العلم؛ قال النووي: «لا يجوز أن يفتي في الأيمان والإقرار ونحوهما مما يتعلق بالألفاظ، إلا أن يكون من أهل بلد اللفظ، أو متنزلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وعرفهم فيها»^(١).

وقال القرافي: «لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلدٍ آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه أفتيانهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قَدِمَ علينا أحدٌ من بلد عادته مُضَادَّةً للبلد الذي نحن فيه لم نُفْتِهِ إِلَّا بِعَادَةِ بَلَدِهِ دُونَ عَادَةِ بَلَدِنَا»^(٢).

السبب الرابع: قيام الداعي الذي يجعل المجتهد ينظر في المسألة مرة أخرى؛ كأن يقف على دليلٍ لم يطلع عليه في اجتهاده السابق، أو يكون ناسياً للحكم الذي صار إليه في اجتهاده السابق، فيكون في حكم من لم يجتهد ابتداءً، أو يكون ذاكراً للحكم، ولكن نسيَ الدليل؛ فكلُّ أولئك أسبابٌ لتجديد الاجتهاد^(٣).

(١) المجموع (٤٦/١).

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص ٢١٨).

(٣) انظر: العدة (٤/١٢٢٨)، قواطع الأدلة (٢/٣٦٢)، المحصول (٦/٦٩)، نفائس الأصول (٩/٣٩٢٢)، المجموع (١/٤٧)، أدب الفتوى، لابن الصلاح (ص ٧٨)، البحر المحيط (٨/٣٥٥)، فواتح الرحموت (٢/٣٤٩)، تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها (ص ١١١٦).

السبب الخامس: تغيُّر صورة المسألة وتكييفها، فهذا يستوجب على المجتهد أن يعيد النظر في المسألة، ولا يكن حكمه مبنياً على اجتهاده السابق، ويكثر هذا في المسائل المعاصرة، وعلى وجه أخص في باب المعاملات، فربما تغيّرت صورة المعاملة بالكلية، فيعيد المجتهد حينئذٍ النظر ويحقق المناط فيها، وهو ما أردتُ البيانَ عنه في الباب التطبيقي، وكيف أثر تجديد الاجتهاد على جملة من المسائل المالية المعاصرة.



المبحث الرابع

حكم تجديد الاجتهاد

المطلب الأول: الخلاف في حكم تجديد الاجتهاد:

تحرير محل النزاع في المسألة:

١- لا خلاف أن المجتهد إذا اجتهد في حكم واقعة، ثم تجدد له ما يوجب الرجوع؛ وجب عليه أن يجدد اجتهاده، كأن يكون المجتهد مخالفاً لنص أو قاعدة متفقٍ عليها، ولم يكن على بصيرٍ بالنص والقاعدة سلفاً، أو تكون المسألة مبنية على العرف، وقد تغير العرف فيها^(١).

٢- لا خلاف أن المجتهد إذا اجتهد في حكم واقعة، ولم يقم موجبٌ لتجديد الاجتهاد، أو احتمالٌ يؤدي لتغير الاجتهاد، وكان ذاكراً لطريق اجتهاده، لم يجب عليه تجديده^(٢).

واختلفوا فيما لو اجتهد المجتهد في حكم واقعة، ثم تجدد ما يحتمل أنه يقتضي الرجوع، ولم يكن ذاكراً لطريق اجتهاده، أو كان ذاكراً له مع

(١) انظر: التمهيد، لأبي الخطاب (٣٩٤/٤)، روضة الطالبين (١١/١٠٠)، البحر المحيط (٨/٣٥٥)، سلم الوصول (٤/٦٠٦)، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (ص ٤٦٧).

(٢) انظر: المعتمد (٢/٣٥٩)، التمهيد، لأبي الخطاب (٤/٣٩٤)، رفع الحاجب (٤/٥٩٦)، البحر المحيط (٨/٣٥٥)، تشنيف المسامع (٤/٦٠٧)، التحبير (٨/٤٠٥٨)، سلم الوصول (٤/٦٠٦)، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (ص ٤٦٧).

احتمال ما يقتضي رجوعه عن اجتهاده، أو لم يتجدد ما يقتضي رجوعه عن اجتهاده، ولكنه غير ذاك لطريق اجتهاده، فهل يجب عليه أن يجدد اجتهاده في إحدى هذه الصور^(١)؟

على أقوال، أشهرها ثلاثة:

القول الأول: وجوب تجديد الاجتهاد مطلقاً:

وهو قول القاضي أبي يعلى^(٢)، والشيرازي^(٣)، وإمام الحرمين^(٤)، والقرافي^(٥)، وابن مفلح^(٦).

(١) انظر: البحر المحيط (٨/ ٣٥٥)، التحبير (٨/ ٤٠٥٧)، سلم الوصول (٤/ ٦٠٦)، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (ص ٤٦٧)، تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها (ص ١١٢١).

(٢) انظر: العدة (٤/ ١٢٢٨).

(٣) انظر: شرح اللمع (٢/ ١٠٣٦).

(٤) انظر: البرهان (٢/ ٨٧٨). إلا أن أبا المعالي كان له تفصيل ورأي في المسألة؛ حيث قال: «وعندي أن الفتوى الأولى إذا استقرت إلى قطع من نص فلا يلزمه المراجعة ثانياً؛ لأنه لا تصور تغييره. وكذلك إذا كانت المسألة في مظنة الاجتهاد وعسر المراجعة في كل دفعة، بأن كان يحتاج إلى انتقال وسفر؛ والسبب فيه أنا نعلم أن أهل الفيافي كانوا يستفتون في عصر الصحابة مرة، وكانوا يتخذون الأجوبة قدوتهم عند تكرار تلك الواقعة، وكذلك إذا كانت المسألة فيما يتواتر ويتكرر، كالاستنجاء والصلاة، فقد يتكرر في كل يوم دفعات، فإيجاب المراجعة في كل مرة تكليف ومشقة، وما عداه فعل ما قاله الأولون».

(٥) انظر: شرح تنقيح الفصول (ص ٤٢٢)، نفائس الأصول (٩/ ٤١٠١).

(٦) انظر: أصول الفقه، لابن مفلح (٤/ ١٥٥١).

وهو مذهب الحنابلة^(١).

ونسبه بعض الأصوليين إلى أبي بكر الباقلاني^(٢).

واحتج القائلون بهذا القول بأدلة، منها:

الدليل الأول: أن المجتهد إذا جدد اجتهاده ربما وقف على شيء لم يقف عليه في اجتهاده السابق؛ من زياد برهان في المسألة، أو الوقوف على خطأ لم يتنبه له في اجتهاده السابق؛ فيعدل عنه، ويغير اجتهاده، والمجتهد مأمور بما ينتهي إليه بذل وسعه^(٣).

نوقش: بأن هذا غير مسلم؛ إذ من لازم قولكم بوجوب تجديد الاجتهاد؛ لاحتمال تغييره، وجوب تجديد الاجتهاد دومًا من غير حد عند تكرار الواقعة المسؤول عنها، وهذا لا جرم باطل بالاتفاق^(٤).

(١) انظر: المسودة (ص ٤٦٧)، شرح الكوكب المنير (٤/٥٥٣).

(٢) انظر: تيسير التحرير (٤/٢٣١)، فواتح الرحموت (٢/٣٩٤)، سلم الوصول (٤/٦٠٨).

(٣) انظر: البرهان (٢/٨٧٨)، الواضح، لابن عقيل (٥/٢٤٤)، الإحكام، للآمدي (٤/٢٣٣)، نفائس الأصول (٩/٤١٠١)، أصول الفقه، لابن مفلح (٤/١٥٥١)، شرح الكوكب المنير (٤/٥٥٤).

(٤) انظر: منتهى الوصول والأمل (ص ٢٢١)، بديع النظام (٢/٦٩٢)، رفع الحاجب (٤/٥٩٦)، أصول الفقه، لابن مفلح (٤/١٥٥١)، تيسير التحرير (٤/٢٣١).

الدليل الثاني: أن المجتهد يجب في حقه الاجتهاد، ولا يجوز له المصير إلى التقليد إلا في حال العجز عن الاجتهاد، فإذا أخذ باجتهاده السابق ولم ينظر في المسألة مرة أخرى صار مقلداً^(١).

ويمكن أن يناقش: بأن التقليد أخذُ مذهب الغير بلا معرفة دليله، والمجتهد في اجتهاده السابق صار إلى اجتهاده بعد استفراغ وسع وأخذٍ بالدليل، وهو ما زال ذاكرًا للدليل اجتهاده، فيكون مجتهدًا لا مقلداً.

القول الثاني: عدم وجوب تجديد الاجتهاد:

وهو قول بعض الشافعية^(٢)، وبعض الحنابلة^(٣)، واختاره ابن الحاجب^(٤)، وابن الساعاتي^(٥)، والعضد الإيجي^(٦)، والمطيعي^(٧).

(١) انظر: الواضح، لابن عقيل (٥/ ٢٤٤)، بديع النظام (٢/ ٦٩٢)، التحبير (٨/ ٤٠٥٦).
(٢) انظر: شرح اللمع (٢/ ١٠٣٦)، قواطع الأدلة (٢/ ٣٥٦)، رفع الحاجب (٤/ ٥٩٦).

(٣) انظر: أصول الفقه، لابن مفلح (٤/ ١٥٥١)، شرح الكوكب المنير (٤/ ٥٥٤).

(٤) انظر: منتهى الوصول والأمل (ص ٢٢١).

(٥) انظر: بديع النظام (٢/ ٦٩٢).

(٦) انظر: شرح العضد (٢/ ٣٠٧).

(٧) انظر: سلم الوصول (٤/ ٦٠٩).

واحتج القائلون بهذا القول بأدلة، منها:

الدليل الأول: أن المجتهد قد استفرغ جهده للوصول إلى الحكم، وحصل له ظن أو يقين في ذلك، فالأصل أنه باقٍ على اجتهاده^(١).

نوقش: أن ثمّ احتمالاً لتغيير المجتهد اجتهاده بعد تجديده، لا سيما مع قيام موجب ذلك، كقيام الظن عند المجتهد باحتمال رجوعه، أو غير ذلك من الاحتمالات^(٢).

الدليل الثاني: أن إيجاب تجديد الاجتهاد عند تكرار الواقعة المسؤول عنها إيجاب بلا موجب صحيح^(٣).

ويمكن أن يناقش: بأن الواقعة إذا تكررت وورد ما قد يغيّر حكمها عند المجتهد؛ فإن هذا احتمال ناهض لتجديد الاجتهاد ومن ثمّ تغييره.

القول الثالث: التفصيل في المسألة:

وحاصله: أن المجتهد إما أن لا يكون ذاكراً لدليل اجتهاده السابق، فيجب عليه أن يجدد اجتهاده، وإما أن يكون ذاكراً له، فلا

(١) انظر: المحصول (٦/ ٧٠)، الأحكام، للآمدي (٤/ ٢٣٣)، صفة الفتوى، لابن حمدان (ص ٣٧)، نهاية الوصول (٩/ ٣٨٨٣)، منتهى الوصول والأمل (ص ٢٢١). التحبير (٨/ ٤٠٥٦).

(٢) انظر: بيان المختصر (٣/ ٣٦٢)، رفع الحاجب (٤/ ٥٩٦)، الردود والنقود (٢/ ٧٢٥).

(٣) انظر: المحصول (٦/ ٧٠)، نهاية الوصول (٩/ ٣٨٨٣)، منتهى الوصول والأمل (ص ٢٢١)، رفع الحاجب (٤/ ٥٩٦)، التقرير والتحبير (٣/ ٣٣٢).

يجب عليه تجديد الاجتهاد حينئذٍ، واختاره جمهرةً من أهل العلم، كأبي الحسين البصري^(١)، وأبي الخطاب الكلوذاني^(٢)، والرازي^(٣)، والآمدي^(٤)، والنووي^(٥)، والصفى الهندي^(٦)، والإسنوي^(٧)، وابن السبكي^(٨)، والمرداوي^(٩).

وبرهان هذا القول: أن المجتهد إن كان ذاكراً لدليل اجتهاده السابق، ولم يبد له ما يعارضه، فهو باق على اجتهاده السابق، ولا موجب لإيجاب تجديد الاجتهاد عليه، فهو كالمجتهد في الحال. أما إن كان ناسياً

(١) انظر: المعتمد (٢/٣٥٩).

(٢) انظر: التمهيد (٤/٣٩٤).

(٣) انظر: المحصول (٦/٦٩).

(٤) انظر: الإحكام (٤/٢٨٣).

(٥) انظر: المجموع (١/٤٧)، روضة الطالبين (١١/١٠٠). وقع إشكال في نسبة هذا القول للنووي عند بعض من كتب في هذه المسألة، وظاهر عباراته أنه يقول بهذا القول، ويفصل هذا التفصيل؛ قال في المجموع (١/٤٧): «إذا أفتى في حادثة ثم حدث مثلها، فإن ذكر الفتوى الأولى ودليلها بالنسبة إلى أصل الشرع إن كان مستقلاً أو إلى مذهبه إن كان متسبباً؛ أفتى بذلك بلا نظر، وإن ذكرها ولم يذكر دليلها ولا طراً ما يوجب رجوعه، فقليل: له أن يفتي بذلك، والأصح وجوب تجديد النظر».

(٦) انظر: نهاية الوصول (٩/٣٨٨٢).

(٧) انظر: نهاية السؤل (ص ٤٠٥).

(٨) انظر: جمع الجوامع (ص ١٢٢).

(٩) انظر: التحبير (٨/٤٠٥٨).

دليل اجتهاده، فإنه يكون في حكم من لم يجتهد في الواقعة؛ إذ الاجتهاد معرفة القول بدليله^(١).

قال المحلي: «إذ لو أخذ بالأول من غير نظر، حيث لم يذكر الدليل كان أخذًا بشيء من غير دليل يدل عليه، والدليل الأول بعدم تذكره لا ثقة ببقاء الظن منه، بخلاف ما إذا كان ذاكراً للدليل، فلا يجب تجديد النظر في واحدة من الصورتين؛ إذ لا حاجة إليه»^(٢).

الترجيح:

الذي يظهر -والله أعلم- هو وجهة القول الثالث، وهو أن المجتهد إن كان ذاكراً للدليل اجتهاده السابق، فلا يجب عليه تجديد الاجتهاد، أما إن نسيه، فيجب عليه تجديده حينئذ؛ وذلك للآتي:

١- قوة ما احتجوا به، وسلامته من المعارض القوي، ولما ورد على أدلة القولين الأولين من مناقشة.

٢- أن في ذلك إذكاءً لروح الفقه والاجتهاد، ومعيناً لمراجعة المجتهد لآرائه وآراء أهل العلم عموماً.

(١) انظر: المعتمد (٢/٣٥٩)، المحصول (٦/٦٩)، الإحكام (٤/٢٨٣)، البدر الطالع في حل جمع الجوامع (٢/٣٩٨)، تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها (ص ١١٢٧).

(٢) البدر الطالع في حل جمع الجوامع (٢/٣٩٨).

٣- أنه جاء عن جماعات من أهل العلم الكبار أنهم يرجعون في اجتهاداتهم ويغيرونها؛ وذلك نتيجة لتجديدهم للاجتهاد، ووقوفهم على نصوص وأدلة لم يقفوا عليها من قبل، وهذا جاء عن الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل كثيراً، وبمطالعة ما كتبه أصحابهما يظهر هذا جلياً.

ويجدر التنبيه إلى أن الكلام في المسألة من حيث الأصل، في عدم قيام احتمال تغير الحكم السابق عند المجتهد. أما إن بدا للمجتهد ظن في تغير الحكم السابق، كما لو تغير عُرف معتبر، أو قامت مصلحة معتبرة لحظها المجتهد؛ فيجب عليه معاودة نظره للمسألة، وتجديد اجتهاده لها، ولا يلزم من تجديده لاجتهاده أن يغيّره، بل ربما عاود النظر مرة أخرى، وبقي على رأيه.

المطلب الثاني: بناء المسألة، وسبب الخلاف فيها:

يظهر عند تأمل أقوال جمع من الأصوليين أن مسألة تجديد الاجتهاد يمكن أن تُبنى على أكثر من أصل، إلا أن أشبهها هو أصل: حجية الاستصحاب؛ فمن قال بعدم وجوب تجديد المجتهد لاجتهاده عند تكرر الواقعة، فإن حقيقة الاستصحاب قد توافرت فيه، فهو يستمر في الزمن المستقبل على ما وجد منه من اجتهاد في الزمن الماضي، وهذه حقيقة الاستصحاب، وأما من أوجب تجديد الاجتهاد، فقد استصحب

الأصل في المجتهد، وأنه يبحث عن الحكم بدليله، وأما من فصل في المسألة، فقد استصحب في كل حالة ما يناسبها^(١).

وقد أشار إلى نحو هذا البناء جمع من الأصوليين^(٢).

قال ابن حمدان: «وقيل: بلى^(٣)؛ لأن الأصل بقاءه على ذلك الاجتهاد»^(٤).

وقال الأنصاري: «بل الجواب الحق: أن الظاهر الاستصحاب، وبقاء الاجتهاد»^(٥).

وقد ذكر بعض الأصوليين أنه يمكن بناء المسألة على أصل: تقليد المجتهد لغيره^(٦)؛ وذلك أن من منع من تقليد المجتهد لغيره فإنه يقول بلزوم تجديد المجتهد الاجتهاد عند تكرار الحادثة؛ لأن المجتهد عندما يأخذ القول دون معرفة مأخذه فإن حقيقة التقليد قد توافرت فيه، والمجتهد ممنوع من التقليد، سواء أكان التقليد لنفسه أو لغيره^(٧).

(١) انظر: بناء الأصول على الأصول في الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح (١/١٤٠).

(٢) انظر: الأحكام (٤/٢٨٣) بديع النظام (٢/٦٩٢)، أعلام الموقعين (٤/١٧٩)، التحبير (٨/٤٠٥٨)، سلم الوصول (٤/٦٠٨).

(٣) أي: له أن يفتي ولم يجدد اجتهاده ونظره في المسألة.

(٤) صفة الفتوى (ص ٣٧).

(٥) فواتح الرحموت (٢/٤٢٧).

(٦) انظر: المسودة (٤٦٧)، التقرير والتحبير (٣/٣٣٢)، التحبير (٨/٤٠٥١).

(٧) انظر: بناء الأصول على الأصول في الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح (١/١٣٩).

قال ابن عقيل: «إذا استفتى العامي عالماً في حكم حادثة فأفتاه، ثم حدث مثلها، وجب عليه أن يحدث لها اجتهاداً ثانياً، ولا يفتي مما أفتى أولاً، فيكون مقلداً لنفسه، كما إذا اجتهد في القبلة فأداه اجتهاده إلى جهة ثم حضرت صلاة أخرى، فإنه يحدث لها اجتهاداً ثانياً إذا كانت القبلة على الخفاء، ولا يستقبل الجهة الأولى؛ لأن الاجتهاد قد يتغير، فلا يؤمن أن يكون الحق فيما يتجدد من الحكم باجتهاده الثاني»^(١).

والبناء على هذه المسألة كما ترى بناءً جزئي، يقول به بعض من ألزم بتجديد الاجتهاد.

ويمكن أن يُعترض على هذا البناء: بأن المجتهد عندما يأخذ بقوله السابق لا يكون هذا من التقليد الممنوع؛ لأن التقليد الممنوع اتباع قول غيره، وهو هنا لم يأخذ بقول غيره، بل أخذ بقول نفسه، وذلك بناءً على اجتهادٍ صحيح ودليلٍ للاح له^(٢).

المطلب الثالث: ثمرة الخلاف في المسألة:

يعد الخلاف في هذه المسألة خلافاً معنوياً، ويظهر جلياً في عدد من المسائل الأصولية والفقهية:

(١) الواضح (٥/٢٤٣-٢٤٤).

(٢) انظر: بناء الأصول على الأصول في الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح (١/١٤١).

أولاً: المسائل الأصولية:

المسألة الأولى: تكرار اجتهاد المجتهد للواقعة المسؤولة عنها:

فالمجتهد إذا سئل عن حكم واقعة أفتى فيها في اجتهاد سابق له، فإن قيل: إن تجديد الاجتهاد واجب، قيل: يجب عليه اجتهاد جديد، وأن يستفرغ وسعه للوصول للحكم الشرعي، فإن لم يستأنف اجتهاداً لم تحل له الفتيا.

أما إن قيل: إن تجديد غير واجب، فإن للمجتهد أن يفتي بما توصل إليه في اجتهاده السابق، ولا يلزم بتكرير النظر في الواقعة التي سئل عنها^(١).

المسألة الثانية: تكرار سؤال المستفتي للمجتهد عند تكرار الواقعة:

إذا سأل المستفتي المجتهد عن واقعة نزلت به، فأفتاه المجتهد، ثم نزلت به مرة أخرى، فهل يلزمه تكرار السؤال للمجتهد؟ من قال: إن تجديد الاجتهاد واجب، ألزم المستفتي السؤال مرة أخرى؛ لاحتقال أن المجتهد يغير اجتهاده إذا جدده. وأما من قال: بعدم وجوب تجديد الاجتهاد، لم يلزم المستفتي بتكرير السؤال للمجتهد؛ لأن الأصل أن المجتهد باقٍ على اجتهاده^(٢).

(١) انظر: البحر المحيط (٣٥٥ / ٨)، تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها (ص ١١٣٦).

(٢) انظر: نفائس الأصول (٣٩٧١ / ٩)، المسودة (ص ٤٦٥)، رفع الحاجب (٥٩٦ / ٤)، أصول الفقه، لابن مفلح (٤ / ١٥٥١)، التحبير (٨ / ٤٠٥٦)، التقرير والتحبير (٣ / ٣٣٣).

المسألة الثالثة: حكم تقليد الميت:

فإذا كان للمجتهد الميت قولٌ، فلا يجوز تقليده عند من أوجب تجديد الاجتهاد، أما من لم يوجب تجديده، فإنه يجوز تقليد المجتهد وإن كان ميتاً^(١).

قال ابن حمدان: «يجوز تقليد الميت في أصح المذهبين وأشهرهما؛ لأن المذاهب لا تبطل بموت أصحابها... والثاني لا يجوز؛ لأن أهليته زالت بموته، فهو كما لو فسق، ولأنه لو عاش لوجب عليه تجديد الاجتهاد فيها في أحد المذاهب، فربما تغير اجتهاده ورأيه فيها»^(٢).

ثانياً: المسائل الفقهية:

المسألة الأولى: من اجتهد في تحديد القبلة، ثم صلى بناءً على هذا الاجتهاد، ثم دخل وقت صلاة أخرى، فهل يلزمه أن يجدد اجتهاده لتحديد القبلة مرة أخرى؟

على القول بوجوب تجديد الاجتهاد، فإنه يجتهد مرة أخرى، ولا يعمل باجتهاده السابق. وعلى القول بعدم وجوب تجديد الاجتهاد، فإن له أن يعمل باجتهاد السابق^(٣).

(١) انظر: التمهيد (٤/ ٣٩٤)، المسودة (ص ٥٢١)، أعلام الموقعين (٤/ ٢٣٥)، البحر المحيط (٨/ ٣٥١)، غاية الوصول (ص ١٧١).

(٢) صفة الفتوى (ص ٧٠).

(٣) انظر: العدة (٤/ ١٢٢٨)، المجموع (١/ ٤٧)، التمهيد، للإسنوي (ص ٥٢٩).

المسألة الثانية: إذا تيمّم من أراد أن يصلي الفريضة، ثم دخل وقت فريضة أخرى، فهل يلزمه طلب الماء إذا كان نازلاً في موضعه؟

على القول بوجوب تجديد الاجتهاد، فإنه يجب عليه طلب الماء، ولا يعمل باجتهاده السابق. وعلى القول بعدم وجوب تجديد الاجتهاد، فإن له أن يعمل باجتهاده السابق، ولا يجب عليه طلب الماء مرة أخرى^(١).

المسألة الثالثة: إذا تنجس أحد الإناءين، فاجتهد وتوضأ بما غلب على ظنه طهارته منهما، ثم حضرت فريضة أخرى وهما باقيان، فهل يجب عليه إعادة الاجتهاد فيهما؟

فعلى القول بوجوب تجديد الاجتهاد، فإنه يجب عليه إعادة الاجتهاد في الإناءين، ولا يعمل باجتهاده السابق. وعلى القول بعدم وجوب تجديد الاجتهاد، فإنه لا يجب عليه أن يجتهد مرة أخرى^(٢).

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز (١/١٩٩)، المجموع (١/٤٧)، التمهيد، للإسنوي (ص ٥٢٩).

(٢) انظر: التمهيد، للإسنوي (ص ٥٢٩).

المبحث الخامس

تطبيقات لتجديد الاجتهاد

في المعاملات المالية المعاصرة

المطلب الأول: جريان الربا في الأوراق النقدية:

الأوراق النقدية: «هي عبارة عن أوراق تُصدرها الدولة، وتُلزم مواطنيها باستخدامها كوسيطٍ للتبادل ومقياسٍ للقيَم، مما يجعلها مقبولةً قبولاً عاماً»^(١).

ولما نشأ التعامل بالأوراق النقدية الإلزامية بين الناس مطلع القرن العشرين الميلادي تقريباً^(٢)، اختلف الفقهاء المعاصرون في إلحاقها بالذهب والفضة في الأحكام الشرعية، كالقول بجريان ربا البيوع فيها، أما ربا القروض فإنه يجري فيها بالاتفاق؛ لأنه لا يختصُّ بمالٍ دون آخر^(٣).

(١) معجم مصطلحات المصرفية الإسلامية والمعاملات المالية المعاصرة، علي سيد إسماعيل (ص ٣٣٧).

(٢) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، الشيخ محمد تقي العثماني (ص ١٤٨-١٥٤)، تطور النقود في ضوء الشريعة الإسلامية، د. أحمد الحسيني (ص ٥٩).

(٣) انظر: المحلّى (٧/٤٠١-٤٠٢).

وخلافهم راجعٌ للتوصيف الفقهي لهذه الأوراق النقدية، ومن أبرز الأقوال في المسألة^(١):

القول الأول: أن الأوراق النقدية سند بدين على جهة إصدارها^(٢).

القول الثاني: أن الأوراق النقدية عرض من العروض^(٣).

القول الثالث: أن الأوراق النقدية ملحقة بالفلوس^(٤).

القول الرابع: أن الأوراق النقدية نقدٌ مستقلٌ قائم بذاته، ويعد كلُّ نوع منها جنسًا مستقلًا.

وهذا القول هو الذي استقرَّ عليها علماء العصر، وصدرت به قرارات وفتاوى هيئات الاجتهاد الجماعي؛ كمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٥)، والمجمع الفقهي الإسلامي التابع

(١) انظر: الربا والمعاملات المصرفية، د. عمر المترك (ص ٣١٩)، التضخم النقدي في الفقه الإسلامي، د. خالد المصلح (ص ٦٣).

(٢) واختاره جماعة، منهم: الأمين الشنقيطي في «أضواء البيان» (٨ / ٢٩٢).

(٣) واختاره جماعة، منهم: الشيخ عليش المالكي في «فتح العلي الملك» (١ / ١٦٤)، والشيخ عبد الرحمن السعدي في «فتاويه» (ص ٢١٣-٢٢٩).

(٤) على اختلاف بينهم في الفلوس هل تلحق بالعروض أم بالأثمان؟، ومن اختار هذا القول - مع كون الفلوس تلحق بالأثمان - الشيخ ابن عثيمين في «الشرح الممتع» (٨ / ٤٠٥). وانظر: الربا والمعاملات المصرفية، د. عمر المترك (ص ٣٢٨).

(٥) كما في قراره ذي الرقم: (٢١) (٩ / ٣). انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي - العدد (٣) (٣ / ١٦٥٠).

لرابطة العالم الإسلامي^(١)، وهيئة كبار العلماء بالمملكة^(٢)، ودار الإفتاء الأردنية^(٣).

جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي: «فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، يقرّر: أنّ العملة الورقية نقدٌ قائمٌ بذاته، له حكم النقدين الذهب والفضة، فتجب الزكاة فيها، ويجري الربا عليها بنوعيه، فضلاً ونسيئته، كما يجري ذلك في النقدين من الذهب والفضة تماماً، باعتبار الثمنية في العملة الورقية قياساً عليهما، وبذلك تأخذ العملة الورقية أحكام النقود في كلّ الالتزامات التي تفرّضها الشريعة فيها».

ومما يحسن بيانه أنّ الأقوال السالفة في توصيف الأوراق النقدية كانت مبنيةً على ظروف تاريخية ذلك «أنّ النظام النقدي في العالم لم يكن قائماً على طور واحد في حقيقتها، ومكانتها النظامية، وإنما مرّت عليها أدوار وأطوار شتى، تنقلت فيها من كونها سندات للديون في مبدأ أمرها إلى أن تحوّلت إلى أثمانٍ عرفية، وبهذا نعرف أنّ الخلاف الفقهي في تكيفها لا يرجع إلى خلاف حقيقي، وإنما يرجع إلى الحكم عليها من خلال مراحل نموها وتطورها، فالذي يقول مجرد وثيقة بدين فذلك يرجع إلى بداية نشأتها، ومثله الذي يقول: إنها قائمة مقام

(١) كما في قراره ذي الرقم: (٢٢) (٥ / ٦). انظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - العدد (٨) (ص ٣٣٤).

(٢) كما في قرارها ذي الرقم (١٠) بتاريخ ١٧ / ٨ / ١٣٩٣ هـ.

(٣) انظر: <https://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=3392>

الذهب والفضة باعتبار أنها كانت في مرحلة من تاريخها مغطاة بالذهب والفضة، وأما الذي يرى أنها أثمان عرفية قائمة بذاتها، حكم عليها بالنسبة لمآها التي آلت إليه»^(١).

وعليه، فليس من صواب النظر تنزيل كلام الفقهاء على الأوراق النقدية في وضعها الحالي دون مراعاة لما جدّ وطراً عليها من تغيير عما كانت عليه؛ إذ إنّ الثمنية لم تتجدّر في الأوراق النقدية في عصرهم كما هو الحال فيها الآن^(٢). وأيضاً فلا يستقيم تخريج خلاف الأئمة الأربعة في علة الربا في النقيدين على الأوراق النقدية المعاصرة، بل لو قيل: إن لازم قولهم أنّ الربا يجري في الأوراق النقدية لم يكن بعيداً؛ ذلك أنهم أجزوا في الفلوس^(٣) - وهي من أشبه الفروع بالورق النقدي - أحكام الربا بعلّة الثمنية.

فقد جاء في «المبسوط»: «فأما بيع فلّسٍ بغير عينه بفلسين بغير أعيانها لا يجوز؛ لأنّ الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على

(١) المعاملات المالية المعاصرة أصالة ومعاصرة، الشيخ ديبان الديبان (١٢/٤٢). وانظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، الشيخ محمد تقي العثماني (ص ١٥٢ - ١٥٣).

(٢) انظر: آفاق التجديد في فقه المعاملات المالية ومتطلباته، د. طلال الدوسري، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (٥٠) (ص ٣٥٨).

(٣) الفلوس: جمع فلّس، وهي عملة يتعامل بها، مضروبة من غير الذهب والفضة. وأكثر ما تضرب من النحاس، وهي نقد مساعد، وقد تكون نقداً رئيساً. انظر: القاموس الفقهي، د. سعدي أبو جيب (ص ٢٩٠)، الفروق الفقهية في المعاملات المالية المعاصرة (النقود)، د. عبد الرحيم الصاعدي (ص ٢٥٨-٢٥٩).

سقوط قيمة الجودة فيها، ليكون أحد الفلوسين فضلاً خالياً عن العوض مشروطاً في البيع، وذلك هو الربا»^(١)، وعند الحنفية أن «الفلوس الرائجة بمنزلة الأثمان؛ لاصطلاح الناس على كونها ثمناً للأشياء»^(٢).

ونقل ابن القاسم عن الإمام مالك في الفلوس: «لا خير فيها نظراً بالذهب ولا بالورق، ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين، لكرهتها أن تُباع بالذهب والورق نظراً»^(٣). وهذا صريح منه في كون العلة مطلق الثمنية.

وأما الشافعية فهم وإن قالوا بعدم جريان الربا في الفلوس باعتبار أن العلة في النقدين غلبة الثمنية^(٤)، لكن لا يفهم منه عدم تعديّة غير النقدين مطلقاً، وإنما عنوا بذلك أنهم لم يجدوا في زمانهم فرعاً تتوفر فيه علة الذهب والفضة ليقاس عليهما^(٥)، ثم إن الثمنية اصطلاحية، وليست خلقية.

(١) (١٨٣/١٢).

(٢) المبسوط (٢٥/١٤).

(٣) المدونة (٥/٣).

(٤) انظر: الحاوي (٩١/٥)، أسنى المطالب (٢٢/٢).

(٥) انظر: الجامع في أصول الربا، د. رفيق المصري (ص ١١٢-١١٣).

ولذا قال الجويني: «الفلوس إذا جرت في بعض البلاد وراجت رواج النقود، فقد ذهب شزيمةً من الأصحاب إلى أنها تلتحق بالنقود في الأحكام»^(١).

وقال النووي: «ثم لغير المتعدية، فائدتان: إحداهما: أن تعرف أن الحكم مقصور عليها فلا تطمع في القياس. والثانية: أنه ربما حدث ما يشارك الأصل في العلة فيلحق به. وأجابوا عن الفلوس بأن العلة عندنا كون الذهب والفضة جنس الأثمان غالباً، وليست الفلوس كذلك، فإنها وإن كانت ثمناً في بعض البلاد، فليست من جنس الأثمان غالباً، وإن لم تكن أثماناً»^(٢).

فقوله: «فليست من جنس الأثمان غالباً»: هذا الأمر متنفذ الآن، ولذا فمناط الثمنية متحقق اليوم في الأوراق النقدية أظهر من تحققه في الذهب والفضة.

وأما الإمام أحمد، فإنه نصّ في «رواية الجماعة» على أنه لا يجوز بيع فلس بفلسين، وعلّل الأصحاب ذلك بعلّة الثمنية فيها^(٣).

قال الإمام ابن تيمية: «صرف الفلوس النافقة بالدرهم هل يشترط فيها الحلول، أم يجوز فيها النساء؟ على قولين مشهورين: هما قولان في

(١) نهاية المطلب (٦/٢١).

(٢) المجموع (٩/٣٩٤).

(٣) انظر: المغني (٧/١٢٥)، الإنصاف (٥/١٥).

مذهب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل...، والأظهر المنع من ذلك؛ فإنَّ الفلوس النافقة يغلب عليها حكم الأثمان وتجعل معيار أموال الناس»^(١).

والحاصل: أنه ينبغي للفقهاء تجديد اجتهاده ونظره في المسائل التي تتغير أوصافها ومناطقها، ولا يكون جامداً على صورة المسألة دون نظره لما طرأ عليها من أوصاف مؤثرة في الحكم.

يقول الشيخ محمد تقي العثماني: «والذي يغلب على الظنَّ أن هؤلاء الفقهاء لو كانوا أحياءً في هذا الزمان، وشاهدوا من تغير أحوال النقود ما نشاهده؛ لأفتوا بحرمة الفلوس بالفلسين»^(٢).

المطلب الثاني: الإجارة المنتهية بالتمليك:

عرِّفت الإجارة المنتهية بالتمليك بتعريفات متعددة من أوصافها: «التعاقد بين مالكٍ ومستأجر، على أن ينتفع المستأجر بمحل العقد، بأجرة محدَّدة، بأقساط موزَّعة على مدد معلومة، على أن ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للمحل»^(٣).

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم هذه المسألة على قولين رئيسيين:

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٤٦٨-٤٦٩).

(٢) بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ص ١٥٩).

(٣) أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي (١/٥٨٣).

القول الأول: تحريم هذا المعاملة بكل حال:

لاشتمالها على عقدين في عقد، بينهما شيءٌ من التضاد في الأحكام والآثار. وبه صدر قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة^(١).

جاء في قرار هيئة كبار العلماء: «رأى المجلس بالأكثرية أن هذا العقد غير جائز شرعاً لما يأتي:

أولاً: أنه جامع بين عقدين على عين واحدة غير مستقر على أحدهما، وهما مختلفان في الحكم متنافيان فيه. فالبيع يوجب انتقال العين بمنافعها إلى المشتري، وحينئذ لا يصحُّ عقد الإجارة على المبيع لأنه ملك للمشتري، والإجارة توجب انتقال منافع العين فقط إلى المستأجر. والمبيع مضمون على المشتري بعينه ومنافعه، فتلفه عليه، عيناً ومنفعة، فلا يرجع بشيء منها على البائع، والعين المستأجرة من ضمان مؤجرها، فتلفها عليه، عيناً ومنفعة، إلا أن يحصل من المستأجر تعدُّ أو تفريط.

ثانياً: أن الأجرة تقدر سنوياً أو شهرياً بمقدار مقسط يستوفي به قيمة المعقود عليه، يعده البائع أجرة من أجل أن يتوثق بحقه حيث لا يمكن للمشتري بيعه...

(١) كما في قرارها ذي الرقم (١٩٨) بتاريخ ٦/١١/١٤٢٠هـ.

ثالثاً: أن هذا العقد وأمثاله أدى إلى تساهل الفقراء في الديون حتى أصبحت ذمم كثير منهم مشغولة منهكة، وربما يؤدي إلى إفلاس بعض الدائنين لضياح حقوقهم في ذمم الفقراء».

القول الثاني: التفصيل:

فتباح بعض صور هذه المعاملة، ويمنع من بعضها. وبهذا القول أخذ عامّة المجامع الفقهية، كمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(١)، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية^(٢)، واللجان الشرعية في المصارف^(٣)، وهو الذي استقرّ عليه رأي الباحثين المعاصرين على خلاف بينهم في بعض الضوابط^(٤).

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: «أولاً: ضابط الصور الجائزة والممنوعة ما يلي:

(١) كما في قراره ذي الرقم: (١١٠) (١٢/٤). انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٢)، (١/٦٩٧-٦٩٨).

(٢) انظر: المعايير الشرعية - معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك (ص ١٨٣).

(٣) انظر: قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي (ص ٢٥١-٢٥٣)، قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (١/١٦٣-١٦٤)، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد (ص ٤٣-٥٠)، الأحكام والضوابط الشرعية لمنتجات الإنماء وخدماته (ص ١٥١)، الأحكام المستخلصة من قرارات اللجنة الشرعية لمنتجات البنك الأهلي السعودي (ص ٥٣).

(٤) انظر: التمويل بواسطة بيوع العينة، د. عبد الله الحمادي (ص ٧٣٧).

أ- ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد.

ب- ضابط الجواز:

١- وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة. والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

٢- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

ج- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من غير تلف ناشئ من تعدي المستأجر أو تفریطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

د- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

هـ- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

و- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.

ثانياً: من صور العقد الممنوعة:

أ- عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجره خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً.

ب- إجارة عين لشخص بأجرة معلومة، ولمدة معلومة، مع عقد بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت في المستقبل.

ج- عقد إجارة حقيقي واقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجلاً إلى أجل طويل محدد (هو آخر مدة عقد الإيجار).

وهذا ما تضمنته الفتاوى والقرارات الصادرة من هيئات علمية، ومنها: هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية.

والمقصود أن إعطاء حكم عام لجميع صور الإجارة المنتهية بالتملك محل نظر، كون هذه المعاملة مرّت في التطبيق العملي في المؤسسات المالية بعددٍ من الصور، بمعنى أن هيكله هذا المنتج وصورته لم تكن كما هي الآن أول ما بدأ العمل بها بين الناس، بل طرأ عليها عددٌ من المستجدات تتطلب تجديد الاجتهاد فيها، وعدم الاكتفاء بالاجتهادات الفقهية التي صدرت أول الأمر، ولا يعني هذا عدم صحة تلك الاجتهادات في حينها، بل هي اجتهادات صحيحة، لكن الشأن كما قال أبو إسحاق الشاطبي: «كل صورة من صور النازلة نازلة مستأنفة»

في نفسها لم يتقدّم لها نظير، وإن تقدّم لها في نفس الأمر فلم يتقدّم لنا فلا بدّ من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنه تقدّم لنا مثلها؛ فلا بدّ من النظر في كونها مثلها أو لا»^(١).

ولذا فما جاء في قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة يمكن حمله على ما كان في أول الأمر مما ينطبق على الصور الممنوعة كما أشار لذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي، أما إطلاق حكم عامّ في جميع صور هذه المعاملة فهو محلّ نظر، ومن ثمّ، فمتى ما أمكن الجمع بين عقدين على وجه لا يؤدّي إلى تداخلهما وتنازع آثارهما، فليس في النصوص الشرعية أو القواعد الفقهية ما يمنع من ذلك، ويجري حكم كلّ عقدٍ في حينه^(٢).

المطلب الثالث: التسويق الشبكي (Network Marketing):

يُعرف التسويق الشبكي بأنه: «نظام ترويجي مباشر للسلع والخدمات عن طريق المشتريين، بمنحهم عمولاتٍ مالية عن كلّ شخص يشتري من طريقهم، وفق شروط معينة»^(٣).

(١) الموافقات (١٤/٥).

(٢) انظر: التأجير التمويلي، د. يوسف الشبيلي، ضمن أبحاث في قضايا مالية معاصرة (١٠٩/١).

(٣) التسويق الشبكي، د. محمد الصواط، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (٦٦) (ص ١٠٢).

وهذا النوع من المعاملات قد استقر رأي أكثر الفقهاء المعاصرين على تحريمه^(١)، بل كثير من الأنظمة تجرم هذه المعاملة^(٢)؛ لما تنطوي عليه من أساليب الحيلة والخداع وأكل أموال الناس.

والكلام في هذه المسألة واسع المدى، غير أن مما هو متعلق بموضوع بحثنا: أنه قد صدر في بداية نشاط هذه المعاملة فتوى بجوازها من دار الإفتاء المصرية كونها من باب الجعالة، ثم لما أعادت النظر والاجتهاد في المسألة ذهبت إلى تحريم هذه المعاملة لتغير التوصيف الفقهي لديها.

فمما جاء في فتواهم الأخيرة: «وقد تبين أن لهذا النوع من المعاملات تأثيرات اقتصادية واجتماعية واسعة المدى بعد ازدياد الشكوى منها ومن آثارها؛ ولذلك أحجمت أمانة الفتوى بدار الإفتاء المصرية عن استمرار الفتوى بحلها حتى تستجمع المعلومات المتاحة حول هذه المعاملات وتدرس مآلاتها، والآثار التي يمكن أن تسببها على الاقتصاد المحلي، واجتمعت الأمانة في هذا الصدد بالأطراف ذات الصلة بهذه المعاملة؛ حرصاً على الاطلاع المباشر على تفاصيلها... وبناءً على ذلك

(١) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء بالملكة (١٥/٢١٣-٢١٦)، فتوى دار الإفتاء الأردنية رقم (٦٤٤) بتاريخ ٢٢/٤/٢٠١٠م، فتوى مجمع الفقه الإسلامي بالسودان رقم (٣/٥٤) بتاريخ ١٧/٤/١٤٢٤هـ، فقه المعاملات المالية المعاصرة، د. سعد الخثلان (ص٢١٩)، التسويق الشبكي، د. محمد الصواط، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (٦٦) (ص١٣٢).

(٢) حيث حذرت من ذلك وزارة التجارة. انظر: [https://mci.gov.sa/MediaCenter/](https://mci.gov.sa/MediaCenter/News/Pages/n01Sep.aspx?AspxAutoDet)

كلّهُ: فإنّ هذه المعاملة تكون بهذه الحال المسؤول عنها حراماً شرعاً؛ لاشتغالها على المعاني السابقة، خاصة بعد أن ثبت لدى أهل الاختصاص أنّ شيوع مثل هذا النمط من التسويق يُخلُّ بمنظومة العمل التقليدية التي تعتمد على الوسائط المتعددة، وهو في ذات الوقت لا يُنشئُ منظومة أخرى بديلة منضبطة ومستقرة، ويُضيِّقُ فرص العمل، ووجد أنّ هذا الضرب من التسويق قد يدفع الأفراد إلى ممارسات غير أخلاقية من كذب الموزع أو استخدامه لألوان من الجذب يمكن أن تمثل عيباً في إرادة المشتري؛ كالتركيز على قضية العمولة وإهدار الكلام عن العقد الأساس - وهو شراء السلعة-، وقد سبق لأمانة الفتوى أن نبّهت في الفتوى السابقة بشأن هذه المعاملة إلى أنّ خلوّها من هذه المحاذير شرط في حلّها؛ فحصل اللبس بعدم الالتفات إلى هذه القيود، وقد تبين لأمانة الفتوى بعد دراسة واقع هذه المعاملة أنها مشتملة على هذه المحاذير التي تمنع حلّها؛ وهذا ما دعاها إلى الجزم بتحريمها صراحةً؛ فلا يحل التعامل بها حينئذٍ لعدم سلامتها من هذه المحاذير المذكورة؛ حيث لا توجد الحماية القانونية والاقتصادية للمشتري المسوّق، وحيث تحققت فيها الصورية في السلعة محل التسويق التي صارت مجرد وسيلة للاشتراك في النظام وليست مقصودة لذاتها ولا محتاجاً إليها بالفعل، وأصبح إخلالها بمنظومة العمل التقليدية واقعاً صعباً ملموساً يحتاج إلى علاج حقيقي وحاسم. والله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ^(١).

(١) انظر الفتوى مطولة في موقعهم الإلكتروني: <https://2u.pw/Txel2vb>

المطلب الرابع: وقف النقود والأوراق المالية المعاصرة^(١):

اختلف الفقهاء في وقف النقود على قولين في الجملة:

القول الأول: عدم صحة وقف النقود:

وهو مذهب متقدمي الحنفية^(٢)، ومذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: يصح وقف النقود:

وهو قول متأخري الحنفية^(٥)، ومذهب المالكية^(٦)، واختيار شيخ

الإسلام ابن تيمية^(٧).

ومن أظهر ما أخذ المانعين من وقف النقود: تعليلهم المنع؛ بعدم

إمكان بقاء النقود عند الانتفاع بها^(٨).

(١) انظر: فقه الأوقاف الاستثمارية (ص ٤٠١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٠)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٦٣-٣٦٥).

(٣) انظر: أسنى المطالب (٢/ ٤٥٨)، مغني المحتاج (٣/ ٤٦٤).

(٤) انظر: المغني (٦/ ٣٤)، شرح منتهى الإرادات (٤/ ٣٣٥).

(٥) انظر: الإيساعف في أحكام الأوقاف (ص ٢٢)، البحر الرائق (٥/ ٢١٩).

(٦) انظر: المدونة (١/ ٣٨٠)، حاشية الدسوقي (٤/ ٧٧).

(٧) انظر: مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٣٤).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٠)، مغني المحتاج (٣/ ٤٦٤)، المغني (٦/ ٣٤).

قال ابن قدامة: «ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالدينار والدرهم، والمطعم والمشروب، والشمع، وأشباهه، لا يصح وقفه، في قول عامة الفقهاء وأهل العلم»^(١).

وحيث إن صورة النقد قد تغيرت في واقعنا المعاصر عما كان معروفاً عند الفقهاء لا سيما في الأوراق النقدية والمالية المعاصرة، فإن هذا يجلي أهمية تجديد الاجتهاد في المسألة وإعادة النظر فيها.

ومعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، فالظاهر أنه لا يستقيم المنع من وقف الأوراق النقدية أو المالية المعاصرة؛ لعدم ورود مأخذ المنع على صورة وقف النقود والأوراق المالية المعاصرة؛ فالنقود في زماننا لا تتعین بالتعيين، فهي مجرد أرقام وقيود محاسبية، كما أنها متساوية القيمة، وجرى عرف الناس وعملهم على أن الأوراق النقدية لا تُراد لذاتها، بل قيمتها تكمن في وظيفتها وهي الثمنية^(٢).

ثم إن المانع أنفسهم جوزوا بعض الصور مما لا ينطبق عليها مأخذ المنع؛ مما يدل على أن الحكم عندهم معلق بوصف معين، ولذا يقول الموفق ابن قدامة: «والمراد بالذهب والفضة هاهنا: الدرهم والدينار، وما ليس بحلي؛ لأن ذلك هو الذي يتلف بالانتفاع به، أما

(١) المغني (٦/٣٤).

(٢) انظر: النوازل الوقفية (ص ٢٨).

الحلي؛ فيصحُّ وقفه للْبَس والعارية...، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها، مع بقائها دائماً، فصَحَّ وقفها؛ كالعقار»^(١).

والتعيين في الموقوف هنا واقع على القيمة الاستبدالية، وهو كافٍ في تعيين الموقوف ورفع الجهالة والإبهام، وأيضاً كما يجوز إبدال الوقف عند الحاجة أو المصلحة الراجحة مع أنه يترتب عليه تغييرٌ لصورة الوقف؛ فلأن يجوز هنا أولى وأظهر؛ لأنَّ النقود مثلية واستبدالها لا يُفوّت غرض الواقف ولا الموقوف عليه^(٢).

وعليه؛ فتخريج وقف الأوراق النقدية أو المالية المعاصرة على خلاف الفقهاء في وقف النقود مُشكِّلٌ على ما تقدّم إيراده، وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدوليّ بجواز ذلك، حيث جاء فيه: «وقف النقود جائزٌ شرعاً؛ لأنَّ المقصود الشرعيّ من الوقف وهو حبس الأصل وتسهيل المنفعة متحقّقٌ فيها؛ ولأنَّ النقود لا تتعيّن بالتعيين، وإنما تقوم أبدالها مقامها»^(٣).

(١) المغني (٦/٣٤-٣٥) باختصار.

(٢) انظر: فقه الأوقاف الاستثمارية (ص ٤٠٣).

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلاميّ رقم (١٤٠) (٦/١٥).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على المبعوث بأشرف الرسالات، أما بعد: فقد خرجتُ من هذا البحث بعدة نتائج عدة، أذكر أهمها:

١- أن تجديد الاجتهاد مصطلح مركبٌ من كلمتين، ويمكن أن يُعرّف باعتبارين، إلا أن المقصود به باعتبار لقباً على علم معين: إعادة المجتهد النظر في المسألة لتكرّر وقوعها أو السؤال عنها، وقد سبق له النظر والفتيا فيها إلى حكم يغلب على ظنه أنه هو الصواب.

٢- أن هناك فرقاً بين تجديد الاجتهاد وتغيّره ونقضه، وذلك أن تجديد الاجتهاد إعادة النظر في المسألة، أما تغير الاجتهاد، فهو مرحلة لاحقة لتجديد الاجتهاد، وهو نتيجةٌ له، ويبي ذلك نقض الاجتهاد، فهو لا يكون إلا بعد تجديد الاجتهاد وتغيّره، وكذلك فإن تغيّر الاجتهاد أمرٌ نظري للعدول عن الاجتهاد السابق، أما نقض الاجتهاد فمجاله عمليّ، يكون غالباً في باب القضاء في المنازعات والخصوم.

٣- أن هناك أسباباً لتجديد الاجتهاد، منها: اختلاف الأعصار والعاتات، وتغير صورة المسألة وتكييفها، مما يستدعي إعادة النظر فيها.

٤- أن الأصوليين اختلفوا في حكم تجديد الاجتهاد على أقوال، أشهرها ثلاثة أقوال: فمن قائل: بوجوب تجديد الاجتهاد مطلقاً، ومن

قائلٍ: بعدم وجوب تجديد الاجتهاد، ومن قائلٍ: إن المجتهد إن لم يكن ذاكراً لدليل اجتهاده السابق، فيجب عليه أن يجدد اجتهاده، أما إن كان ذاكراً له، فلا يجب عليه تجديد الاجتهاد حينئذٍ.

٥- أهمية تجديد الاجتهاد في العصر الحاضر، لا سيما في المعاملات المالية المعاصرة؛ إذ يحتمل أن يطرأ عليها ما يغيّر صورتها وكيفيتها، وقد ذكرتُ أربع مسائل في ذلك، وفصّلت القول فيها، وهي: مسألة جريان الربا في الأوراق النقدية، والإجارة المنتهية بالتمليك، والتسويق الشبكي، ووقف النقود والأوراق المالية المعاصرة.

أما التوصيات: فإني أوصي الباحثين بتجديد الاجتهاد، وإعادة النظر في عدد من المسائل التي استجدت، لا سيما في مسائل المعاملات المالية المعاصرة؛ لكثرة الحاجة إليها، وسرعة تجدد صور المعاملة، وأن يبيّنوا وجه تطور كل معاملة في صورتها وتكيفها؛ ما أدى بضرورة الحال إلى تغير الحكم، كما أوصي الباحثين بالمزج في دراسة المسائل بين التأصيل والتطبيق على المسائل التي يحتاج الناس إليها في هذا العصر ويكثر سؤالهم عنها.

والله أعلم وأحكم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه، وآخر دعواي أن الحمد لله رب العالمين.

فهرس المراجع

١. آفاق التجديد في فقه المعاملات المالية ومتطلباته، د. طلال الدوسري، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (٥٠)، ١٤٤١هـ.
٢. أبحاث في قضايا مالية معاصرة، أ. د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، دار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
٣. الاجتهاد في الإسلام - أصوله أحكامه آفاقه -، للدكتورة: نادية شريف العمري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
٤. الأحكام المستخلصة من قرارات اللجنة الشرعية لمنتجات البنك الأهلي السعودي، دار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٤٥هـ.
٥. الإحكام في أصول الأحكام، لعلي بن أحمد بن سعيد، أبي محمد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
٦. الإحكام في أصول الأحكام، لعلي بن محمد بن سالم التغلبي الأمدي (ت: ٦٣١هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت.
٧. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لأحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ.
٨. الأحكام والضوابط الشرعية لمنتجات الإنماء وخدماته، دار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٤٥هـ.
٩. اختلاف الاجتهاد وتغيّره وأثر ذلك في الفتيا، للدكتور: محمد بن عبد الرحمن المرعشلي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١٠. أدب الفتوى وشروط المفتي وصفة المستفتي وأحكامه وكيفية الفتوى والاستفتاء، لابن الصلاح (ت: ٦٤٣هـ)، تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.
١١. إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني (ت: ١١٨٢هـ)، تحقيق: صلاح الدين مقبول أحمد، الدار السلفية، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
١٢. الإسعاف في أحكام الأوقاف، لإبراهيم بن موسى الطرابلسي (ت: ٩٢٢هـ)، الطبعة الثانية، ١٣٢٠هـ.
١٣. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لأبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري السنيكي (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
١٤. أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، لـ أ. د. عياض بن نامي بن عوض السلمي، دار التدمرية، الرياض، الطبعة الأولى.
١٥. أصول الفقه، لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الصالحي الحنبلي (ت: ٧٦٣هـ)، تحقيق: فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى.
١٦. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين الشنقيطي (ت: ١٣٩٣هـ)، دار عطاءات العلم، الرياض، الطبعة الخامسة، ١٤٤١هـ-٢٠١٩م.
١٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٨. أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت ٧-١١ رجب ١٤٠٧هـ، بيت التمويل الكويتي، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ.



١٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المنع والشرح الكبير)، لعلي بن سليمان المرادوي (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٢٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
٢١. البحر المحيط في أصول الفقه، لمحمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، دار الكتبي، الطبعة الأولى.
٢٢. بحوث في قضايا فقهية معاصرة، الشيخ محمد تقي العثماني، دار القلم، دمشق، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤هـ.
٢٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
٢٤. البدر الطالع في حل جمع الجوامع، لجلال الدين المحلي (ت: ٨٦٤هـ)، شرح وتحقيق: مرتضى الداغستاني، مؤسسة الرسالة - ناشرون، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
٢٥. بديع النظام الجامع بين أصول البزدوي والإحكام، لأحمد بن علي بن تغلب الساعاتي (ت: ٦٩٤هـ)، تحقيق: مصطفى الأزهري ومحمود الدمياطي، دار ابن القيم ودار ابن عфан.
٢٦. البرهان في أصول الفقه، لأبي المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، دار الوفاء، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٢٧. بناء الأصول على الأصول في الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح،
للدكتور: عبد الحميد بن عبد الله المشعل، رسالة ماجستير في قسم أصول
الفقه، في كلية الشريعة بالرياض، ١٤٣٢هـ.
٢٨. بيان المختصر، شرح مختصر ابن الحاجب، لمحمود بن عبد الرحمن بن
أحمد الأصفهاني (ت: ٧٤٩هـ)، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني،
السعودية، الطبعة الأولى.
٢٩. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق
الحسيني، الملقب بمرتضى الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، دار الهداية.
٣٠. التأجير التمويلي، د. يوسف الشبلي، ضمن: أبحاث في قضايا مالية
معاصرة، دار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ.
٣١. تجديد الاجتهاد في الواقعة لتكرار حدوثها، د. فيصل الحلبي، بحث
محكم منشور في مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، ١٤٣١هـ -
٢٠١٠م.
٣٢. تجديد الاجتهاد وأثره في تغير الفتيا، د. سعيد بن متعب بن كردم
القحطاني، بحث محكم منشور في مجلة الحكمة، العدد (٤٣)، ٢٠١١م.
٣٣. التجديد الأصولي عند ابن تيمية - دراسة استقرائية تحليلية، للدكتور:
عبيد بن أحمد الظاهري، رسالة دكتوراه في قسم الشريعة والدراسات
الإسلامية في تخصص أصول الفقه، كلية الآداب والعلوم الإنسانية،
جامعة الملك عبد العزيز بجدة، ١٤٤٣هـ.
٣٤. التعبير شرح التحرير في أصول الفقه، لعلاء الدين أبي الحسن، علي بن
سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق:
مجموعة من المحققين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى.



٣٥. التسويق الشبكي، د. محمد الصواط، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (٦٦)، ١٤٣٦هـ.
٣٦. تشنيف المسامع بجمع الجوامع، لمحمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، تحقيق: سيد عبد العزيز، وعبد الله ربيع، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
٣٧. التضخم النقدي في الفقه الإسلامي، د. خالد المصلح، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٣٨. تطور النقود في ضوء الشريعة الإسلامية، د. أحمد الحسيني، دار المدني، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
٣٩. تغير الاجتهاد، دراسة تأصيلية تطبيقية، للدكتور: أسامة بن محمد الشيبان، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
٤٠. التقرير والتحجير، لشمس الدين محمد بن محمد بن محمد، المعروف بابن أمير حاج، ويقال له ابن الموقت الحنفي (ت: ٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية.
٤١. التمهيد في أصول الفقه، لمحفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلّوذاني الحنبلي (ت: ٥١٠هـ)، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة، ومحمد علي إبراهيم، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، مكة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م.
٤٢. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي (ت: ٧٧٢هـ)، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.
٤٣. التمويل بواسطة بيوع العينة، د. عبد الله الحمادي، دار التحجير، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ.



- ٤٤ . تيسير التحرير، لمحمد أمين بن محمود البخاري، المعروف بأمير بادشاه الحنفي (ت: ٩٧٢هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٤٥ . الجامع في أصول الربا، د. رفيق المصري، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
- ٤٦ . جمع الجوامع في أصول الفقه، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
- ٤٧ . حاشية ابن عابدين المسماة (رد المحتار على الدر المختار)، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
- ٤٨ . حاشية الدسوقي على مختصر المعاني، لمحمد بن عرفة الدسوقي (ت: ١٢٣٠هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية، بيروت.
- ٤٩ . الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (وهو شرح مختصر المزني)، لعلي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- ٥٠ . الربا والمعاملات المصرفية، د. عمر بن عبد العزيز المترك، عناية: د. بكر أبو زيد، دار العاصمة.
- ٥١ . الردود والنقود، شرح مختصر ابن الحاجب، لمحمد بن محمود بن أحمد البابرقي الحنفي (ت: ٧٨٦هـ)، تحقيق: د. ضيف الله العمري، ود. ترحيب الدوسري، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى.



٥٢. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى.
٥٣. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.
٥٤. سلم الوصول لشرح نهاية السؤل، لمحمد بن بخيت المطيعي (ت: ١٣٥٤هـ)، عالم الكتب، بيروت.
٥٥. شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، وعلى المختصر والشرح: حاشية التفتازاني (ت: ٧٩١هـ)، وحاشية الجرجاني (ت: ٨١٦هـ)، وعلى حاشية الجرجاني: حاشية الفناري (ت: ٨٨٢هـ)، وعلى المختصر وشرحه وحاشية السعد والجرجاني: حاشية الجيزاوي (ت: ١٣٤٦هـ).
٥٦. شرح الكوكب المنير، لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى، المعروف بابن النجار الحنبلي (ت: ٩٧٢هـ)، تحقيق: مجموعة من الباحثين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الثانية.
٥٧. شرح اللمع، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
٥٨. الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح العثيمين (ت: ١٤٢١هـ)، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢-١٤٢٨هـ.
٥٩. شرح تنقيح الفصول، لأحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى.

٦٠. شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي (ت: ١٠٥١هـ)، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٦١. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة.
٦٢. صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، لأحمد بن حمدان بن شبيب (ت: ٦٩٥هـ)، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٩٧هـ.
٦٣. الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، أمانة الهيئة الشرعية، الطبعة الثانية، ١٤٣٧هـ.
٦٤. العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: د. أحمد بن علي بن سير المباركي، الطبعة الثانية.
٦٥. العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، لأبي القاسم الرافعي القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، تحقيق: علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٦٦. غاية الوصول في شرح لب الأصول، لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتب العربية الكبرى، مصر.
٦٧. الفتاوى السعدية، العلامة عبد الرحمن بن ناصر السعدي، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.



٦٨. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء - المجموعة الأولى، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، نشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالمملكة.
٦٩. فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالک، أبو عبد الله محمد بن أحمد عیش المالکی (ت: ١٢٩٩هـ)، دار المعرفة.
٧٠. الفروق الفقهية في المعاملات المالية المعاصرة (النقود)، د. عبد الرحيم الصاعدي، دار كنوز إشبیلیا، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٧١. فقه الأوقاف الاستثمارية، د. محمد بن خالد النشوان، منشور في مجلة قضاء، العدد الثالث والثلاثون، ١٤٤٥هـ.
٧٢. فقه المعاملات المالية المعاصرة، د. سعد الخثلان، دار الصمعي، الطبعة السادسة، ١٤٤٠هـ.
٧٣. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري اللكنوي (ت: ١٢٢٥هـ)، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
٧٤. القاموس الفقهي، د. سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
٧٥. قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، المجموعة الشرعية، دار كنوز إشبیلیا، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ.
٧٦. قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ندوة البركة، الطبعة الثامنة، ١٤٤٤هـ.
٧٧. قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (ت: ٤٨٩هـ)،

- تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.
٧٨. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي ابن منظور (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٧٩. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة، بيروت.
٨٠. مجموع الفتاوى، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية.
٨١. المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، ومعه تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى.
٨٢. المحصول في أصول الفقه، لمحمد بن عبد الله بن العربي المعافري الإشبيلي (ت: ٥٤٣هـ)، تحقيق: حسين علي البدری، وسعيد فودة، دار البيارق، عمان، الطبعة الأولى.
٨٣. المحلى بالآثار، لعلي بن أحمد بن سعيد، أبي محمد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى.
٨٤. المدونة الكبرى (رواية سحنون)، للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: ١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
٨٥. المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، الجد: مجد الدين عبد السلام ابن تيمية (ت: ٦٥٢هـ)، ثم الأب: عبد الحلیم ابن تيمية (ت: ٦٨٢هـ)، ثم الحفيد: أحمد بن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، لبنان، الطبعة الأولى.



٨٦. المعاملات المالية المعاصرة أصالة ومعاصرة، الشيخ ديبان بن محمد الديبان، الطبعة الثانية، ١٤٣٤هـ.
٨٧. المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، التي تمّ اعتمادها حتى جمادى الآخرة ١٤٤٣هـ، دار الميهان.
٨٨. المعتمد في أصول الفقه، لأبي الحسين محمد بن علي الطيب البصري المعتزلي (ت: ٤٣٦هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.
٨٩. معجم مصطلحات المصرفية الإسلامية والمعاملات المالية المعاصرة، د. علي سيد إسماعيل، دار حميثرا للنشر والترجمة، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م.
٩٠. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٩١. المغني في أصول الفقه، لأبي محمد، عمر بن محمد بن عمر الخبازي (ت: ٩٩١هـ)، تحقيق: محمد مظهر بقا، مطبوعات جامعة أم القرى بمكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
٩٢. المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، الطبعة الأولى.
٩٣. مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت: ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٩٤. منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، لأبي عمرو، عثمان بن عمر، المعروف بـ«ابن الحاجب» (ت: ٦٤٦هـ)، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ.

٩٥. الموافقات، لأبي إسحاق الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٩٦. نفائس الأصول في شرح المحصول، لأحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٥م.
٩٧. نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ (ت: ٧٧٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.
٩٨. نهاية المطلب في دراية المذهب، لأبي المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى.
٩٩. نهاية الوصول في دراية الأصول، لمحمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي (ت: ٧١٥هـ)، تحقيق: صالح بن سليمان اليوسف، وسعد بن سالم السويح، المكتبة التجارية بمكة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٦م. (رسالتا دكتوراه).
١٠٠. النوازل الفقهية، د. ناصر بن عبد الله الميمان، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
١٠١. الواضح في أصول الفقه، لأبي الوفاء علي بن عقيّل (ت: ٥١٣هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.



المواقع على الشبكة العنكبوتية:

١. وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بدولة السودان (<https://mraa.gov.sd/>)
٢. دار الإفتاء العام بالمملكة الأردنية الهاشمية (<https://www.aliftaa.jo/>)
٣. دار الإفتاء المصرية (<https://2u.pw/TxeL2vb>)







الجريمة الفكرية

د. الوليد بن عيسى بن محمد الحميد

الأستاذ المشارك في قسم الفقه وأصوله

كلية الشريعة والقانون في جامعة حائل

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فقد وقعت الفُرقة في الدين في زمن متقدم في حياة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عندما اعترض ذي الخويصرة على رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، على خلافٍ عند المؤرخين هل هذا هو أول بداية لظهور الخوارج؟ أو أن ظهورها كفرقة مستقلة كان بعد ذلك؟^(١).

ثم تعددت الآراء المختلفة حول بعض مسائل الأسماء والصفات لله جَلَّ وَعَلَا، ومسائل البيعة والإمامة، وترتب على ذلك وجود فرق إسلامية وتنظيمات سياسية تخالف منهج السلف الصالح، وأدى بها إلى الخروج على الولاية وتكفير المسلمين، وما صاحب ذلك من أعمال إرهابية ترتب عليها قتل للأبرياء واستهداف للمستأمنين، وفي مقابل ذلك ظهر انحراف فكري تمثل في الانحراف عن الدين، والانحلال منه، والإلحاد فيه، والعياذ بالله تعالى. وكلا الطرفين مخالف لعقيدة السلف الصالح.

(١) الإيمان الأوسط (٣١٤ - ٣٢٠)، البداية والنهاية (١٠ / ٥٥٩ - ٦٤٧)، الخوارج تاريخهم وآراؤهم الاعتقادية للعواجي (٣٧)، فرق معاصرة للعواجي (١ / ٢٣٢)

وعندما يدقق المرء النظر في هذا الانحراف الفكري سواءً بالغلو والتشدد أو كان بالانحلال والإلحاد، يجد أنه جريمة فكرية تحتاج إلى تأصيل فقهي؛ فكان هذا البحث مشاركة في هذا.

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من موضوعه، فإنه يتحدث عن الجريمة الفكرية، والتأصيل الشرعي الفقهي للعقوبة عليها، والتعريف بها، وحدود حرية الفكر في الشريعة، وضوابط العقوبة في الجريمة الفكرية، إلى ما سوى ذلك مما هو مذكور في خطة البحث.

حدود البحث:

يتناول البحث الجريمة الفكرية من الناحية الفقهية من حيث هي، من غير أن يصاحبها سلوك عملي.

إشكالية البحث:

مشكلة البحث تدور حول التساؤلات التالية:

أولاً: ما هي الجريمة الفكرية؟

ثانياً: ما مفهوم حرية الفكر في الإسلام؟

ثالثاً: هل يوجد في الإسلام حرية فكر؟

رابعاً: ما هي حدود حرية الفكر في الإسلام؟

خامساً: ما الأصل الشرعي للعقوبة على الجريمة الفكرية؟

سادسًا: ما هي شروط الجريمة الفكرية؟

سابعًا: ما هي أركان الجريمة الفكرية؟

ثامنًا: ما هي وسائل إثبات الجريمة الفكرية؟

تاسعًا: ما هي مراتب العقوبة على الجريمة الفكرية؟

عاشرًا: ما هي ضوابط العقوبة على الجريمة الفكرية؟

الدراسات السابقة:

لقد وقفت على بعض الدراسات السابقة، وهي:

١. فضاءات الحرية، بحث في مفهوم الحرية في الإسلام وفلسفتها وأبعادها وحدودها، من تأليف د. سلطان بن عبد الرحمن العميري، من إصدارات المركز العربي للدراسات الإنسانية، الطبعة الثانية، تكلم فيه مؤلفه - وفقه الله - عن قسمين: القسم الأول: البناءات النظرية لمفهوم الحرية. والقسم الثاني: المكونات الأساسية لمفهوم الحرية في الإسلام. وتحت كل قسم عدد من المباحث، ولا يتفق بحثي معه إلا في مبحث واحد، وهو الأصول التي قامت عليها الحرية السياسية في الإسلام.

٢. حرية التعبير بين المفهوم الشرعي والمفاهيم المعاصرة، من تأليف د. محمد الخرعان، وهو من منشورات كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٦ هـ، وهذا البحث تكلم فيه مؤلفه - وفقه الله - عما يأتي: المبحث الأول: في تعريفات الحرية في ضوء النصوص الشرعية، والحرية

في الفكر الغربي. وفي المبحث الثاني: تكلم عن مفهوم حرية التعبير في ضوء النصوص الشرعية، والفلسفة الغربية. وفي المبحث الثالث: تكلم عن المقارنة بين مفهوم حرية التعبير في الإسلام، وبين مفهومها في الليبرالية.

٣. حق الإنسان في حرية الفكر والاعتقاد من منظور إسلامي، بحث محكم من إعداد د. أحمد إبراهيم عبد الحميد، منشور في مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، مجلد ٢٠٢١م، العدد ٣٧. وهذا البحث تكلم فيه مؤلفه - وفقه الله - عن تمهيد، وبين فيه المقصود من حرية الفكر. ثم ثلاثة مباحث، وهي: المبحث الأول: حرية الفكر، والمبادئ التي أرساها الإسلام لتحقيقه. والمبحث الثاني: في حرية الاعتقاد وضماناتها في الشريعة الإسلامية. والمبحث الثالث: في ضمانات شرعية لحرية الفكر والاعتقاد.

٤. حرية الفكر في الإسلام مقارنةً بالمذاهب الوضعية، مقال منشور في موقع الألوكة، من إعداد د. عبد الحميد عيد عوض، وهو مقال يتكلم فيه المؤلف - وفقه الله - عن حرية الفكر في الإسلام. وهو مقال علمي، وليس بحثاً علمياً، ولم يراع فيه الجوانب الشكلية للبحث العلمي.

وكل هذه البحوث كما يتضح من خلال المباحث التي تمت دراستها فيها، لا تتفق مع بحثي في هدفه، وطريقة عرضه، وأسلوب بحثه، فهذه البحوث عامة تتعلق بالفكر الإسلامي، وسبل معالجته لقضية

حرية الرأي في الإسلام ورد الشبه حولها، أما بحثي فهو خاص بالجريمة الفكرية من ناحية فقهية تأصيلية قانونية، وقد حاولت السير في بحثي هذا على ترتيب منطقي تسلسلي، محاولاً تأصيل نظرية فقهية للجريمة الفكرية، بداية بتعريف الجريمة الفكرية، ثم حدود حرية الفكر في الإسلام، ثم التأصيل الشرعي للعقوبة على الجريمة الفكرية، ثم شروط الجريمة، ثم أركان الجريمة الفكرية، كما هي في خطة البحث، والله الموفق.

منهج البحث:

سأتبع في هذا البحث منهج الاستقراء والاستنباط، وسأسير فيه على ما يلي:

- الحرص على تصوير المسألة إذا دعت الحاجة، مع بيان مواضع الاتفاق والاختلاف فيها إن وجدت.

- ذكر الأقوال ومن قال بها وأدلتها في مواضع الخلاف مع المناقشات والترجيح.

- استقصاء الأدلة قدر الإمكان للأحكام، ومنها الاستدلال للأقوال عند ورودها، مع عزو الآيات، وتخريج الأحاديث والآثار، والحكم عليها عند ورودها في غير الصحيحين أو أحدهما، والحرص على التوثيق من مظانه في عموم البحث عند إمكانه.

- العناية باللغة العربية ومصطلحات الرسم، وإتباع البحث بخاتمة وفهرس للمصادر والمراجع.

خطة البحث:

يتألف البحث من: مقدمة، وتمهيد، وسبعة مباحث، وخاتمة، بيانها كالتالي:

التمهيد: في تعريف الجريمة الفكرية.

المبحث الأول: مفهوم حرية الفكر في الإسلام، ووجوده، وحدوده.

المبحث الثاني: الأصل الشرعي للعقوبة على الجريمة الفكرية.

المبحث الثالث: شروط الجريمة الفكرية.

المبحث الرابع: أركان الجريمة الفكرية.

المبحث الخامس: وسائل إثبات الجريمة الفكرية.

المبحث السادس: مراتب العقوبة على الجريمة الفكرية.

المبحث السابع: ضوابط العقوبة على الجريمة الفكرية.

الخاتمة: وفيها خلاصة البحث، وأهم نتائجه.

فهرس المصادر والمراجع.

وختامًا؛ أسأل الله تعالى التوفيق والإعانة والإخلاص في القول والعمل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

التمهيد

في تعريف الجريمة الفكرية

أولاً: تعريف الجريمة الفكرية باعتبارها مفرداتها:

تعريف الجريمة في اللغة:

الجريمة: اسم من الفعل الثلاثي جرم، فالجيم والراء والميم أصل واحد يرجع إليه الفروع، فالجرم هو القطع، ومما يرد إليه قولهم: جرم، أي كسب؛ لأن الذي يحوزه فكأنه اقتطعه. وفلان جريمة أهله، أي كاسبهم^(١)، والجرم مصدر الجارم الذي يجرم نفسه وقومه شراً، وفلان له جريمة إلي: أي جرم، وقد جرم وأجرم جرماً وإجراماً، إذا أذنب. والجارم: الجاني، والمجرم، والمذنب^(٢).

والجرم: بالضم هو الذنب، والجريمة مثله، وجرم عليهم، وإيهم جريمة: جنى جناية^(٣).

فالجريمة في اللغة: هي الذنب^(٤).

(١) مقاييس اللغة (١/٤٤٦).

(٢) تهذيب اللغة (١١/٤٦).

(٣) الصحاح (٥/١٨٨٥)، تاج العروس (٣١/٣٨٥)، لسان العرب (١٢/٩٠)، القاموس المحيط (١٠٨٧)، المعجم الوسيط (١/١١٨).

(٤) النهاية في غريب الحديث والأثر (١/٢٦٢).

تعريف الجريمة في الاصطلاح:

عرف الماوردي الجريمة فقال: «الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحدٍ أو تعزير»^(١).

أما الجناية في الاصطلاح فهي: «اسم لفعلٍ محرمٍ حلَّ بهال أو نفس»^(٢).
فالفقهاء خصوا لفظ الجناية بما حلَّ بنفس أو أطراف، والغصب والسرقه بما حلَّ بهال.

فعلى ذلك تكون الجريمة أعم من الجناية^(٣).

تعريف الفكرية في اللغة:

الفكرية: نسبة إلى الفعل فكر، فالفاء والكاف والراء تردد القلب في الشيء، يقال تفكر: إذا ردد قلبه معتبراً، ورجل فكير: كثير الفكر^(٤).

والفكر: إعمال الخاطر في الشيء، والاسم: الفكر، والفكرة، والتفكر اسم التفكير، ومنهم من قال: فكري، ورجل فِكِّير: كثير التفكير، والتفكر: التأمل^(٥).

(١) الاحكام السلطانية للماوردي (٣٢٢).

(٢) التعريفات (٧٩)، لسان العرب (١٤/١٥٤)، رد المحتار (٥/٣٣٩).

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٦/٥٩).

(٤) مقاييس اللغة (٤/٤٤٦).

(٥) تهذيب اللغة (١٠/١١٦)، الصحاح (٢/٧٨٣)، القاموس المحيط (٤٨٥)، لسان

العرب (٥/٦٥)، تاج العروس (١٣/٣٤٥)، المعجم الوسيط (٢/٦٩٨).

أما الفكر في الاصطلاح فهو:

قوة مُطَرِّقة للعلم إلى المعلوم، والتَّفَكُّرُ: جولان تلك القوة بحسب نظر العقل، وذلك للإنسان دون الحيوان، ولا يقال إلا فيما يمكن أن يحصل له صورة في القلب^(١).

وجاء في المعجم الوسيط أن الفكر هو: إعمال العقل في أمر ما وترتيب بعض ما يعلم ليصل به إلى مجهول.

وقيل أيضًا الفكر هو: إعمال العقل في المعلوم للوصول إلى معرفة مجهول^(٢).

فعلى ذلك يمكن أن يقال أن الفكر يقوم على أمور ثلاثة:

(١) الكيفية التي يمكن أن يدرك بها الإنسان حقائق الأمور التي أعمل فيها عقله، وبالتالي فهو بهذا الاعتبار أداة التفكير.

(٢) أو أن يراد به ما نتج عن ذلك من تصورات وأحكام ورؤى حول القضايا المطروحة.

(٣) وإما أن ينحصر في مجرد النظر العقلي في أمرٍ ما، فيكون التفكير عندئذٍ منسوبًا إلى مبدأ أو مذهب أو طائفة أو أمة أو عصر أو دين^(٣).

(١) مفردات القرآن (٦٤٣).

(٢) المعجم الوسيط (٢/٦٩٨).

(٣) مقال (تعريف الفكر) للدكتور/ سمير مثنى علي الأبارة، موقع شبكة الألوكة، على الشبكة العنكبوية، مقال (قراءة في مفهوم الفكر)، موقع رؤيا للبحوث والدراسات، على الشبكة العنكبوية.

وأقرب مفهوم للفكر هو التعبير الثالث، وهو الذي سنسير عليه في هذا البحث بإذن الله تعالى.

ثانيًا: تعريف الجريمة الفكرية باعتبارها علمًا مفردًا:

بعد البحث عن تعريف لها عند الباحثين لم أجد لها تعريفًا عندهم، فيمكن أن يقال بعد النظر في التعريف اللغوي والاصطلاحي لمصطلح الجريمة والفكر، ومفهوم الفكر الذي يقوم عليه، أن الجريمة الفكرية هي:

الذنب الناتج عن اعتقاد أمر ما مخالف للشريعة الإسلامية غلوًا فيها أو انحلالًا منها سلبًا أو إيجابًا.

فقصدي بـ«الذنب الناتج عن اعتقاد أمر ما» هو الجرم الذي اعتقده هذا الشخص اعتقادًا مجردًا، فخرج بذلك من عمل بما اعتقده ودعا إليه.

وقولي: «مخالف للشريعة الإسلامية غلوًا فيها أو انحلالًا منها» فأقصد بذلك أن الجريمة الفكرية تكون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية بأن يغلو في اعتقاد أمر معين منها، أو اعتقاد ما به الانحلال أو التفلت من أحكامها.

وقولي: «سلبًا أو إيجابًا» أي يؤدي به اعتقاده إلى ترك ما يجب، أو فعل ما يحرم.

المبحث الأول مفهوم حرية الفكر في الإسلام، ووجوده، وحدوده

الحرية في الفكر هي أول خطوة للتقدم، وأساس الحضارة والنهضة، وأحد أهم الشروط للتنمية، واختناق الحرية هي أحد أهم عوامل تخلف العالم الإسلامي في نظر بعض المفكرين، وهي في نظر آخرين أم القضايا الفكرية في العالم الإسلامي ومحورها وحجر الزاوية فيها^(١).

وبالتالي أصبحت قضية الحرية ملتبسة من حيث الناحية الشرعية، وذلك فيما يتعلق بمفهومها، وهل في الإسلام حرية فكر، وما هي حدود حرية الفكر في الإسلام؟

وفي هذا المبحث سأجيب عن ثلاثة أسئلة مهمة، تمهد لما أردت بحثه في الجريمة الفكرية.

السؤال الأول: مفهوم الحرية في الإسلام؟

السؤال الثاني: هل في الإسلام حرية فكر؟

السؤال الثالث: ما هي حدود حرية الفكر في الإسلام؟

الحرية في الإسلام خاطر عزيز ومقصد شريف للنفوس البشرية، فبها نماء القوى الإنسانية، من تفكير وقول وعمل، وبها تنطلق

(١) فضاءات الحرية (١٣).

المواهب العقلية متسابقة في ميادين التفكير، فلا يصح أن تسام بقيدٍ إلا قيدياً يُدفع به عن صاحبه ضر ثابت أو يجلب به نفعه^(١).

وحيث إن الحرية أصبحت بهذا الحجم من الاهتمام عند كافة الخلق، والناس بكافة أطيافهم ودياناتهم يدعون إلى الحرية، فأصبح الأمر مثاراً للسؤال عنها، والتشغيب على المسلمين بعدم وجود حرية لديهم في تشريعهم، مع ما صاحب ذلك من سهولة التواصل مع العالم الغربي، في حكوماته ومنظّماته، فأصبح الحديث عنها مثاراً للسؤال لدى بعض المثقفين، وما صاحب ذلك من عقد المقارنات في قضايا الحرية بين المسلمين، وغيرهم، فالتبس بها كثير من الإشكالات والتساؤلات الشرعية، ونشأت الحاجة إلى بيان ماهية الحرية في الإسلام.

فإجابة للسؤال الأول، أقول إن مفهوم الحرية هو: «أن تتعبد للخالق باختيارك، وأن لا يستعبدك الخلق في ظاهرك، أو باطنك»^(٢).

«فهذا التعريف يعتبر من أشمل التعريفات التي قدمت للحرية ومن أشدها مقاربة»^(٣).

(١) أصول النظام الاجتماعي في الإسلام (١٦٢).

(٢) وهو تعريف الدكتور / طه عبد الرحمن في كتابه (سؤال العمل ١٥٣).

(٣) فضاءات الحرية (٥٧).

وللإجابة عن السؤال الثاني أقول:

أنه عند الكلام عن وجود الحرية في الإسلام لا بد من النظر إلى أكثر من جهة، فبالنسبة إلى الحرية الشخصية، نستطيع أن نقول إن الأسس التي قامت عليها الحرية الشخصية في الإسلام هي:

- (١) أن الأصل في تصرفات الإنسان الحياتية الحل والإباحة.
- (٢) أن كل ما فيه ضرر على الإنسان أو غيره فهو ممنوع.
- (٣) أن كل ما ييطل حرية الإنسان أو يضر بها فإنه يجب منعه ومحاربه^(١).

وعند النظر إلى وجود الحرية الدينية في الإسلام نجد أنها قامت على الأسس التالية:

- (١) أن حقيقة التعبد قائمة على الحب والخوف والرجاء.
 - (٢) كمال براهين الإسلام وقوة دلائله.
 - (٣) أن الإسلام في حقيقته عقد بين العبد وبين ربه^(٢).
- وعند النظر إلى وجود الحرية في الرأي والتعبير في الإسلام، وهو من أشد الموضوعات التي وقع فيها الاضطراب لدى كثير من الباحثين، نجد أنها قامت على الأسس التالية:

(١) فضاءات الحرية (٢٢٨-٢٣٨).

(٢) فضاءات الحرية (٢٤٨-٢٥٠).



(١) دخولها في دائرة التكليف والإلزام الإلهي.

(٢) مراعاة البعد الأخلاقي^(١).

(٣) مراعاة المصالح والمفاسد.

وعند النظر إلى وجود الحرية السياسية في الإسلام، نجد أنها قامت على الأسس التالية:

(١) الهيمنة المطلقة والسيادة العليا للشريعة الإسلامية.

(٢) فعل ولي الأمر منوط بالمصلحة^(٢).

(٣) الاجتماع وعدم التفرق.

وبالتالي أصبحت الحرية في الإسلام موجودة في كافة نواحيه، ولكنها مضبوطة بالشرع، محققة للمصلحة، مراعية للأخلاق، مؤديةً للاجتماع وعدم الفرقة، محققةً للمصالح، دافعةً للمفاسد.

أما الجواب عن السؤال الثالث، فأقول:

إن حدود الحرية في الإسلام مركبة من أصليين كبيرين:

فأولهما: البعد الديني -العلاقة مع الله- بحيث لا يكون فيها ضرر

على تدين الناس وعلاقتهم بربهم.

(١) فضاءات الحرية (٤٣٧-٤٣٨).

(٢) فضاءات الحرية بتصرف (٥١٩-٥٨٣).

وثانيهما: البعد الدنيوي -العلاقة مع الخلق- بحيث لا يكون فيها ضرر بحياة الإنسان في الدنيا وعلاقته بالكون وغيره من البشر^(١).

وبالتالي أصبحت العلاقة بين الجريمة الفكرية، وحرية الفكر، هي العموم والخصوص الوجهي، فقد تكون الجريمة الفكرية داخلية فيما يسمى بحرية الفكر، لكنها لما خالفت الأسس التي قامت عليها الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالحريات وأسسها وأبعادها كما تقدم، أصبحت جريمة فكرية. وقد لا تكون كذلك.

وهو كذلك بالنسبة للحرية الفكرية فقد تكون داخلية في دائرة المباح، وبالتالي فهي مباحة، وقد تكون داخلية في دائرة المنع، فتكون جريمة فكرية.

فكل جريمة فكرية هي متعلقة بالفكر غلوًا في الدين، أو انحلالًا منه، سلبًا أو إيجابًا.

وكل حرية فكرية قد تكون جريمة فكرية، وقد لا تكون. والله أعلم.

(١) فضاءات الحرية بتصرف (٩٠).

المبحث الثاني

الأصل الشرعي للعقوبة على الجريمة الفكرية

قد تقدم في التمهيد التعريف بالجريمة، وقررت أنها ذنب على اعتقاد أمرٍ ما، وبالتالي أصبحت مستحقة للعقوبة في الشريعة الإسلامية، شأنها شأن كافة الجنايات والمعاصي التي جاء الشرع بردع صاحبها، ويمكن أن يستدل على ذلك بما يلي:

أولاً: القياس على عقوبة المرتد:

حيث جاءت الأدلة الشرعية على تشريع عقوبة المرتد - عياداً بالله - ومن ذلك، ما رواه الإمام البخاري وغيره، عن عكرمة مولى ابن عباس: أن علياً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَرَّقَ قَوْمًا فبلغ ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فقال: لو كنت أنا لم أحرِّقهم، لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا تعذبوا بعذاب الله)). ولقتلتهم كما قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من بدل دينه فاقتلوه))^(١).

قال الترمذي عقب إيراده هذا الحديث «هذا حديث صحيح حسن، والعمل على هذا عند أهل العلم في المرتد - يعني أنه يقتل -»^(٢).

وقد أجمع على هذا أهل العلم، نقله غير واحد.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب الله، حديث رقم (٣٠١٧)، من طريق أيوب السختياني، عن عكرمة، فذكره.

(٢) جامع الترمذي (٣٥٤).

فمن ذلك ما نقله صاحب كتاب الإقناع في مسائل الإجماع، فقال: «ثبت أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من بدل دينه فاقتلوه)) دخل في ظاهر هذا الأحرار والعبيد، والرجال، والنساء، وبه قال جمهور الفقهاء ولا أحفظ فيه خلافاً»^(١).

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «ومعنى ((من بدل قتل)) معنى يدل على أن من بدل دينه دين الحق، وهو الإسلام لا من بدل غير الإسلام، وذلك أن من خرج من غير دين الإسلام إلى غيره من الأديان فإنما خرج من باطل إلى باطل، ولا يقتل على الخروج من الباطل إنما يقتل على الخروج من الحق»^(٢).

وبتأمل الحديث ورواياته المتعددة عن طرق عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ نجد أن العقوبة هنا وقعت على المرتد لكونه تاركاً لدينه، ولو لم يحصل منه خروج أو تمرد أو بغى أو خيانة للمجتمع المسلم، وبالتالي عوقب على فكره واعتقاده المجرد، فتأسيماً على ذلك فالجريمة الفكرية هي جريمة فكر واعتقاد، فتقاس على عقوبة المرتد.

(١) الإقناع في مسائل الإجماع (٢/ ٢٧٠).

(٢) الأم (١/ ١٩٤).

ثانياً: تعزيز المبتدع:

فقد جاءت الأدلة الشرعية بمشروعية تعزيز المبتدع الداعي إلى بدعته^(١)، واتفق العلماء على ذلك^(٢)، قال ابن عابدين: «أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم بحيث توجب الكفر فإنه يباح قتلهم جميعاً إذا لم يرجعوا ولم يتوبوا»^(٣).

وأسند الإمام مالك من طريقه: عن عمه أبي سهيل بن مالك، أنه قال: كنت أسير مع عمر بن عبد العزيز، فقال: ما رأيك في هؤلاء القدرية؟ قال: فقلت: أرى أن تستيبيهم، فإن قبلوا ذلك، وإلا عرضتهم على السيف، فقال عمر بن عبد العزيز: وذلك رأيي، قال مالك: وذلك رأيي^(٤).

وقال في تبصرة الحكام «وأما الداعية إلى البدعة المفرقة لجماعة المسلمين فإنه يستتاب، فإن تاب وإلا قتل»^(٥).

(١) الأحكام الفقهية المتعلقة بأهل البدع (٤٢٨).

(٢) رد المحتار (٤/١٤)، المقدمات الممهدة (٣/٤٤٦)، الذخيرة (١٠/٤٤٤)، أسنى المطالب (١/٢٩٥)، حاشية قليوبي (٣/١٨٣)، شرح منتهى الإرادات (١/٣٣٩)، الفروع (٣/٢٦٤).

(٣) رد المحتار على الدر المختار (٤/٢٤٠).

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، باب النهي عن القول بالقدر، حديث رقم (١٨٧٦). وأفتى الإمام مالك باستتابة الحرورية وأهل الأهواء، فإن تابوا وإلا قتلوا. ينظر: المدونة الكبرى (٣/٤٧).

(٥) تبصرة الحكام (٢/٢٩٧).

قال الغزالي: «والقول الوجيه فيه أنه يسلك مسلك المرتدين - أي في من قضي بكفره منهم - في النظر في الدم والمال والنكاح والذبيحة ونفوذ الأفضية وقضاء العبادات»^(١).

وقال في الفروع: «ونقل ابن الحكم أن مالكا قال في عمرو بن عبيد: يستتاب، فإن تاب وإلا ضربت عنقه.

قال أحمد: أرى ذلك إذا جحد العلم، وذكر له المروزي عمرو بن عبيد، قال: كان لا يقر بالعلم، وهذا كافر»^(٢).

فالداعي إلى البدعة يستحق العقوبة باتفاق المسلمين، وعقوبته تكون تارة بالقتل، وتارة بما دون القتل، كما قتل السلف جهنم بن صفوان، والجعد بن درهم، وغيلان القدري، وغيرهم، ولو قدر أنه لا يستحق العقوبة أو لا يمكن عقوبته فلا بد من بيان بدعته والتحذير منها، فإن هذا من جملة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والذي أمر الله به ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٣).

قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ بعد أن تكلم عن أنواع الهجر: «..... النوع الثاني: الهجر على وجه التأديب، وهو هجر من يظهر المنكرات يهجر حتى يتوب منها كما «هجر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والمسلمون: الثلاثة

(١) فضائح الباطنية (١٥٦)، وقد جعل الشافعية قذف عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا من أسباب الردة، ينظر: مغني المحتاج (٣٥٩/٦).

(٢) الفروع (١٧٨/١٠).

(٣) الفتاوى الكبرى (١٩٣/٤).

الذين خلفوا حتى أنزل الله توبتهم»، حين ظهر منهم ترك الجهاد المتعين عليهم بغير عذر ولم يهجر من أظهر الخير وإن كان منافقاً فهنا الهجر هو بمنزلة التعزير. والتعزير يكون لمن ظهر منه ترك الواجبات وفعل المحرمات كتارك الصلاة والزكاة والتظاهر بالمظالم والفواحش والداعي إلى البدع المخالفة للكتاب والسنة وإجماع سلف الأمة التي ظهر أنها بدع. وهذا حقيقة قول من قال من السلف والأئمة: إن الدعاة إلى البدع لا تقبل شهادتهم ولا يصلى خلفهم ولا يؤخذ عنهم العلم ولا يناكحون. فهذه عقوبة لهم حتى ينتهوا؛ ولهذا يفرقون بين الداعية وغير الداعية؛ لأن الداعية أظهر المنكرات فاستحق العقوبة بخلاف الكاتم فإنه ليس شرّاً من المنافقين الذين كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقبل علانيتهم ويكل سرائرهم إلى الله مع علمه بحال كثير منهم. ولهذا جاء في الحديث: ((أن المعصية إذا خفيت لم تضر إلا صاحبها ولكن إذا أعلنت فلم تنكر ضرت العامة))^(١) وذلك لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إن الناس إذا رأوا المنكر فلم يغيروه أوشك أن يعمهم الله بعقاب

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٩٤ / ٥)، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٥٢٧ / ٧)، باب في ظهور المعاصي، وقال عقبه: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه مروان بن سالم الغفاري وهو متروك».

منه»^(١). فالمنكرات الظاهرة يجب إنكارها؛ بخلاف الباطنة فإن عقوبتها على صاحبها»^(٢).

بل نصَّ بعض الحنفية والمالكية والحنابلة على مشروعية حبس المبتدع غير الداعية وضربه إذا لم ينفع معه البيان والنصح، وقال آخرون: يعزر، بل قرر بعضهم جواز قتله إذا لم يتب^(٣).

وهذه العقوبة التي تلحق المبتدع تعزير له على بدعته، فكذلك يقاس عليه صاحب الجريمة الفكرية، فيعزر على ذنبه واعتقاده.

ثالثاً: تعزير المفتي الجاهل:

لا يخفى عظم أمر الفتوى، وشدة أمرها، والغريب أن بعض المفتين تجرؤا عليها، وتهاون بها، حتى قرر جماعة من أهل العلم من الحنفية أن من حاله كذلك فإنه يستحق التعزير والعقوبة، وقرروا أنه لا بد من الحجر على المفتي الماخن، ومنعه من الفتوى، وهو الذي يُعلم

(١) أخرجه الترمذي في الجامع وغيره، أبواب الفتن، باب ما جاء في نزول العذاب إذا لم يغير المنكر، حديث رقم (٢١٦٨)، من حديث إسماعيل بن أبي خالد، عن قيس بن أبي حازم، عن أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فذكره. قال أبو عيسى الترمذي: «وفي الباب عن عائشة وأم سلمة والنعمان بن بشير وعبد الله بن عمر وحذيفة، وهذا حديث صحيح، هكذا روى غير واحد، عن إسماعيل نحو حديث يزيد، ورفع بعضهم عن إسماعيل، وأوقفه بعضهم».

(٢) مجموع الفتاوى (٢٨/٢٠٥).

(٣) رد المحتار (٤/٢٤٣)، معين الحكام (١٩٧)، أقضية رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٣٠)، تبصرة الحكام (٢/٣١٧)، مجموع فتاوى ابن تيمية (١٣/٣١١).

العوام الحيل الباطلة، كتعليم الارتداد؛ لتبين المرأة من زوجها، أو لتسقط عنها الزكاة، ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام، أو تحريم الحلال^(١).

والمقصود عندهم ليس حقيقة الحجر، أي المنع الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف، لأن المفتي لو أفتى بعد الحجر وأصاب، جاز، فدل هذا على أن المراد هو المنع الحسي، فهو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(٢)، وفسره بعضهم بالمنع من مزاوله المهنة^(٣).

وإذا أصبحت الفتوى بهذه المكانة والأهمية كان واجباً على ولي الأمر أن يتصفح أحوال المفتين وأن ينظر في أمورهم، فمن كان يصلح للفتوى أقره عليها، ومن لم يكن من أهلها منعه من الفتوى، وأخبره بأن لا يتعرض لها، وأوعده بالعقوبة إن لم ينته عنها^(٤).

ومن أفتى الناس وليس بأهل للفتوى فهو آثم وعاصٍ، ومن أقره من ولاية الأمور على ذلك فهو آثم أيضاً كذلك، ويلزم ولي الأمر منعهم كما فعل بنو أمية، وهؤلاء بمنزلة من يدل الركب، ولا يعرف الطريق، وبمنزلة الأعمى الذي يرشد الناس إلى القبلة، وبمنزلة من لا معرفة له بالطب وهو يعالج الناس، بل هو أسوأ حالاً من هؤلاء

(١) تبين الحقائق (٥/ ١٩٢).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٦٩)، رد المحتار (٦/ ١٤٧).

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة (٢/ ٣١٣).

(٤) الفقيه والمتفقه (٢/ ٣٢٤).

كلهم، وإذا تعين على ولي الأمر منع من لم يحسن التطب من مداواة المرضى، فكيف بمن لم يعرف الكتاب والسنة، ولم يتفقه في الدين؟^(١).
فكل هذه الأدلة تدل على اتفاق العلماء على تعزيز المفتي الجاهل، ومثله صاحب الجريمة الفكرية، فيستحق التعزير قياساً عليه، والله أعلم.

رابعاً: تعزيز الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لِأَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَالْمَعَاصِي:

ومن ذلك ما رواه الدارمي وغيره، بإسناده عن نافع مولى عبد الله، أن صبيغاً بن عسل الحنظلي، جعل يسأل عن أشياء من القرآن في أجناد المسلمين حتى قدم مصر، فبعث به عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فلما أتاه الرسول بالكتاب فقرأه فقال: أين الرجل؟ فقال: في الرحل، قال عمر: «أبصر أن يكون ذهب فتصبيك مني به العقوبة الموجهة»، فأتاه به، فقال عمر: «تسأل محدثة»، فأرسل عمر إلى رطائب من جريد، فضربه بها حتى ترك ظهره دبيرة، ثم تركه حتى برأ، ثم عاد له، ثم تركه حتى برأ، فدعا به ليعود له، قال: فقال صبيغ: إن كنت تريد قتلي، فاقتلني قتلاً جميلاً، وإن كنت تريد أن تداويني، فقد والله برأت، فأذن له إلى أرضه، وكتب إلى أبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن لا يجالسه أحد من المسلمين، فاشتد ذلك على

(١) إعلام الموقعين (٤/١٦٧).

الرجل، فكتب أبو موسى إلى عمر: أن قد حسنت توبته، فكتب عمر: أن ائذن للناس بمجالسته^(١).

وقصة صبيغ بن عسل مع عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من أشهر القضايا، فإنه بلغه أنه يسأل عن متشابه القرآن حتى رآه عمر، فسأل

(١) هذه القصة أخرجها غير واحد، وهذا هو لفظ الدارمي في سننه (١/ ٢٥٤)، برقم (١٥٠)، حيث ساقها بإسناده من طريق عبد الله بن صالح، عن الليث، عن ابن عجلان، عن نافع، به. وقال محققه: «إسناده ضعيف، لضعف عبد الله بن صالح».

كما أخرجها الدارمي (١/ ٢٥٢)، برقم (١٤٦)، بإسناده من طريق أبي النعمان، عن حماد بن زيد، عن يزيد بن حات، عن سليمان بن يسار، به. وقال محققه: «رجاله ثقات غير أنه منقطع، سليمان بن يسار لم يدرك عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ».

كما أخرجها الأجرى في الشريعة (١/ ٤٨٣) برقم (١٥٣)، و(٥/ ٢٥٥٦)، برقم (٢٠٦٥)، واللالكائي في شرح أصول اعتقاد أهل السنة (٤/ ٧٠٢)، برقم (١١٣٧-١١٣٨)، وابن زنجويه في الأموال (٢/ ٦٧٦)، برقم (١١٣٠)، وابن وضاح في البدع (٢/ ١١١)، برقم (١٤٨)، والبزار في مسنده (١/ ٤٢٣)، برقم (٢٩٩). وغيرهم.

ورويت هذه القصة مرفوعة إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا تصح. قال ابن كثير في التفسير (٧/ ٤١٤): «فهذا الحديث ضعيف رفعه، وأقرب ما فيه أنه موقف على عمر، فإن قصة صبيغ بن عسل مشهورة مع عمر، وإنما ضربه لأنه ظهر له من أمره فيما يسأل تعتًا وعنادًا، والله أعلم». وقال ابن حجر في الإصابة (٣/ ٣٧١): «له - أي لصبيغ - إدراك، وقصته مع عمر مشهورة... كما أخرجها - أي القصة - ابن الأنباري من وجه آخر عن يزيد بن خصيفة، عن السائب بن يزيد، عن عمر بسند صحيح، وفيه: فلم يزل صبيغ وضيعًا في قومه بعد أن كان سيّدًا فيهم. قلت: وهذا يدل على أنه كان في زمن عمر رجلًا كبيرًا. وأخرجه الإسماعيلي في جمعه حديث يحيى بن سعيد من هذا الوجه» أ.هـ.

عمر عن ﴿وَالذَّرِيَّتِ ذَرَوْا ۝١﴾^(١) فقال: ما اسمك؟ قال: عبد الله صبيغ، فقال: وأنا عبد الله عمر، وضربه الضرب الشديد.

وكان ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا إِذَا أَلَحَّ عَلَيْهِ رَجُلٌ فِي مَسْأَلَةٍ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، يَقُولُ لَهُ: مَا أَحْوَجُكَ أَنْ يَصْنَعَ بِكَ كَمَا صَنَعَ عُمَرُ بِصَبِيغٍ؟

وهذا لأنهم رأوا أن غرض السائل ومبتغاه هو ابتغاء الفتنة، لا الاسترشاد والاستفهام والتعلم، كما قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ))^(٢) وكما قال تعالى: ﴿فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ﴾^(٣)، فعاقبوهم على هذا القصد الفاسد، كالذي يعارض بين آيات القرآن، وقد نهى النبي

(١) الآية (١) من سورة الذاريات.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب التفسير، سورة آل عمران، حديث رقم (٤٥٤٧)، ومسلم، كتاب العلم، باب النهي عن اتباع متشابه القرآن، والتحذير من متبعيه، والنهي عن الاختلاف في القرآن، حديث رقم (٢٦٦٥)، عن القاسم بن محمد، عن عائشة. قالت: تلا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ ۝٧﴾. قالت: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ، فَأُولَئِكَ الَّذِينَ سَمَى اللَّهُ))، فاحذروهم، وقد أخرجه البخاري، ومسلم كلاهما من طريق: (حماد بن سلمة، ويزيد بن إبراهيم)، عن عبد الله بن أبي مليكة، عن القاسم بن محمد، فذكره.

(٣) جزء من الآية (٧) من سورة آل عمران.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ وَقَالَ: ((لَا تَضْرِبُوا كِتَابَ اللَّهِ بَعْضَهُ بِبَعْضٍ))^(١)،
فإن ذلك يوقع الشك والريب والاشتباه في قلوبهم.

ومع ابتغاء الفتنة، ابتغاء تأويله الذي لا يعلمه إلا الله، فكان مقصودهم مذموماً، ومطلوبهم متعذراً، مثل أغلوطات المسائل: وهي التي نهى عنها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(١) أخرجه أحمد في المسند ١٧٨ / ٢، حديث رقم (٦٦٦٨) قال: حدثنا أبو معاوية، حدثنا داود بن أبي هند، وفي ١٨١ / ٢، حديث رقم (٦٧٠٢) قال: حدثنا أنس بن عياض، حدثنا أبو حازم، وفي ١٨٥ / ٢، حديث رقم (٦٧٤١) قال حدثنا عبد الرزاق، أخبرنا معمر، عن الزهري، وفي ١٩٥ / ٢، حديث رقم (٦٨٤٥) قال: حدثنا إسماعيل، حدثنا داود بن أبي هند، وفي ١٩٦ / ٢، حديث رقم (٦٨٤٦) قال: حدثنا يونس، حدثنا حماد، يعني ابن سلمة، عن حميد، ومطر الوراق، وداود بن أبي هند. و«البخاري» في «خلق أفعال العباد» قال: حدثنا إسحاق، أنبأنا عبد الرزاق، أنبأنا معمر، عن الزهري. و«ابن ماجة»، أبواب السنة، باب في القدر، حديث رقم (٨٥)، قال: حدثنا علي بن محمد، حدثنا أبو معاوية، حدثنا داود بن أبي هند، من طرق: عن شعيب، عن جده عبد الله بن عمرو، قال: خرج رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على أصحابه، وهم يختصمون في القدر، فكأنها يفتأ في وجهه حب الرمان من الغضب. فقال: ((بهذا أمرتم، أو لهذا خلقتم؟! تضربون القرآن بعضه ببعض. بهذا هلكت الأمم قبلكم)).

قال: فقال عبد الله بن عمرو: ما غبطت نفسي بمجلس، تخلفت فيه عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ما غبطت نفسي بذلك المجلس، وتخلفي عنه. وأربعتهم (الزهري، وداود، وحميد، ومطر) روه عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره. قال ابن الجنيدي: قلت ليحيى بن معين: عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ضعيف؟ فقال: كأنه ليس بذلك. «سؤالات ابن الجنيدي ليحيى بن معين» (٦٩٥)، وصححه محققوا مسند الإمام أحمد (٢٥٠ / ١١)، (٤٣٤ / ١١).

ومما يبين الفرق بين المعنى والتأويل: أن صبيغاً سأل عمر عن (الذاريات)، وليست من الصفات، وقد تكلم الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فِي تفسيرها مثل علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مع ابن الكواء لما سأله عنها، كره سؤاله لما رآه من قصده؛ لكن علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كانت رعيته ملتويةً عليه، وخارجةً عليه، ولم يكن مطاعاً فيهم طاعة عمر حتى يؤدبه.

و(الذاريات) و(الحاملات) و(الجاريات) و(المقسمات) فيها اشتباه وخفاء؛ لأن اللفظ يحتمل الرياح، والسحاب، والنجوم، والملائكة، ويحتمل غير ذلك، إذ ليس في اللفظ ذكر الموصوف.

والتأويل الذي لا يعلمه إلا الله، هو أعيان الرياح، ومقاديرها، وصفاتها، ومتى تهب، وأعيان السحاب، وما تحمله من الأمطار، ومتى ينزل المطر، وكذلك في (الجاريات)، و(المقسمات)، فهذا كله لا يعلمه إلا الله^(١).

ومن ذلك ما أخرجه البخاري في صحيحه بإسناده، عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، قال: لعن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المخشثين من الرجال، والمترجلات من النساء، وقال: ((أخرجوهم من بيوتكم)) وأخرج فلاناً، وأخرج عمر فلاناً^(٢).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية (٣١٢/١٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الحدود، باب: نفي أهل المعاصي والمخشثين، حديث رقم (٦٨٣٤)، من حديث يحيى بن أبي كثير، عن عكرمة، فذكره.

قال في فتح الباري: «ثم وقفت في كتاب المغربين لأبي الحسن المدائني، من طريق الوليد بن سعيد، قال: سمع عمر قومًا يقولون: أبو ذؤيب أحسن أهل المدينة فدعا به، فقال: أنت لعمرى فأخرج عن المدينة، فقال: إن كنت تخرجني فإلى البصرة حيث أخرجت يا عمر نصر بن حجاج، وذكر قصة نصر بن حجاج وهي مشهورة، وساق قصة جعدة السلمي وأنه كان يخرج مع النساء إلى البقيع، ويتحدث إليهن، حتى كتب بعض الغزاة إلى عمر يشكو ذلك فأخرجه، وعن مسلمة بن محارب عن إسماعيل بن مسلم أن أمية بن يزيد الأسدي، ومولى مزينة، كانا يحتكران الطعام بالمدينة فأخرجهما عمر، ثم ذكر عدة قصص لمبهم ومعين، فيمكن التفسير في هذه القصة ببعض هؤلاء قال ابن بطال: أشار البخاري بإيراد هذه الترجمة عقب ترجمة الزاني إلى أن النفي إذا شرع في حق من أتى معصية لا حد فيها، فلأن يشرع في حق من أتى ما فيه حد أولى»^(١).

فهذه النصوص تثبت أن المتقرر عند العلماء هو مشروعية تعزيز أهل المعاصي والأهواء، ومثلهم صاحب الجريمة الفكرية، فهو لا يخلو من أن تكون جريمته فكرية اعتقادية، كأصحاب الأهواء، أو أن تكون جريمته الفكرية انسلاخًا من الدين وانحلالاً منه، فهو كمثل من عزره الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؛ لتخثه، وتشبيهه بالنساء، أو الحديث معهن، فكان التأديب لهما مشروعًا تأسيسًا على هذه الأدلة، وهذا هو المطلوب.

(١) فتح الباري لابن حجر (١٢/١٦٠).

فالمقصود: أن هذه أحكام شرعية: لها طرق شرعية، لا تتم مصلحة الأمة إلا بها، ولو فتح هذا الباب لفسدت مصالح الأمة، واختل النظام، وفتح على الناس الشر، بل يحكم فيها متولي ذلك بالأمارات، والعلامات الظاهرة، والقرائن البينة.

ولما كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لا يتم إلا بالعقوبات الشرعية، فإن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن، فإقامة الحدود واجبة على ولاية الأمور. والعقوبة إما أن تكون على فعل محرم، أو ترك واجب^(١).

(١) الطرق الحكمية (٢٢٢).

المبحث الثالث

شروط الجريمة الفكرية

الجريمة الفكرية كأي جريمة وجناية في الشريعة، لها شروط لا بد من توافرها في الجاني، حتى يكون مستحقاً للعقاب عليها حال ثبوتها عليه، وهي لا تخرج عما ذكره الفقهاء في شروط التكليف^(١)، وعدم وجود عوارض الأهلية، وهي:

(١) الإسلام: ودليل اشتراطه: إجماع العلماء على أن الكافر لا يُقبل منه عملٌ، فهو مكلف بالأصل الذي هو الإسلام، ثم بعد ذلك الفروع التي هي الأحكام^(٢).

(٢) البلوغ: والدليل على كون البلوغ شرطاً حديث: ((رفع القلم عن ثلاثة))، وذكر منهم: ((الصغير حتى يحتلم))^(٣)^(٤).

(١) الأحكام للآمدي (٢١٥/١)، بيان المختصر (٤٣٥/١)، الإبهاج (١٥٦/١)، تيسير التحرير (١٤٣/٢)، القواعد والفوائد الأصولية (٤٤/١)، شرح مختصر الروضة (١٨٠/١).

(٢) رد المحتار (٤/٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٣/٤)، مغني المحتاج (٤٤٦/٥)، كشف القناع (٧٧/٦).

(٣) المغني (٦٥/٩).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٤٤٤/٢)، مسند علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، حديث رقم (١٣٢٨)، وأبو داود في السنن (١٤٠/٤)، كتاب: الحدود، باب: في المجنون يسرق أو يصيب حدًا، حديث رقم (٤٤٠٢)، والنسائي في السنن الكبرى (٤٨٧/٦)، أبواب التعزيرات والشهود، باب المجنونة تصيب الحد، حديث رقم (٥٥٩٦)، والترمذي في السنن (٨٤/٣)، أبواب الحدود عن رسول الله =

٣) العقل: والدليل على كون البلوغ شرطاً لحديث: ((رفع القلم

عن ثلاثة))، وذكر منهم: ((المجنون حتى يفيق))^(١)(٢).

٤) الاختيار: وهو أن لا يكون مكرهاً على الفعل ولا على الترك،

والدليل على اشتراط هذا الشرط قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ

= صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، حديث رقم (١٤٢٣) بلفظ، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يشب، وعن المعتوه حتى يعقل». قال أبو عيسى الترمذي رَحِمَهُ اللَّهُ عقبه: «وفي الباب عن عائشة، حديث علي حديث حسن غريب من هذا الوجه، وقد روي من غير وجه عن علي، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وذكر بعضهم: وعن الغلام حتى يحتلم، ولا نعرف للحسن سماعاً من علي بن أبي طالب وقد روي هذا الحديث، عن عطاء بن السائب، عن أبي ظبيان، عن علي بن أبي طالب، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نحو هذا الحديث ورواه الأعمش، عن أبي ظبيان، عن ابن عباس، عن علي موقوفاً ولم يرفعه، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم». والحديث ورد من عدة طرق ساقها الزيلعي في نصب الراية (٤/١٦٢)، وابن حجر في التلخيص الحبير (١/٤٦٧)، وابن الملقن في البدر المنير (٣/٢٢٦) وقال فيه: «هذا الحديث قاعدة من قواعد الإسلام يدخل فيها ما لا يحصى من الأحكام، له طرق أقواها طريق عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا رواه إبراهيم، عن الأسود عنها أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المتبلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر)) وفي لفظ: ((يحتلم))، وفي لفظ: ((يبليغ)). رواه الأئمة: أحمد في «مسنده» وأبو داود في «سننه» في (الحدود) والنسائي، وابن ماجه في «سننهما» في (الطلاق) والحاكم في «مستدرکه» في البيوع، وأبو حاتم بن حبان في «صحيحه» بإسناد حسن، بل (صحيح) متصل كلهم علماء.».

(١) سبق تخریجه.

(٢) المغني (٩/٦٥).

مُطْمِنٌ بِالْإِيْمَانِ^(١)، فالآية تدل على عدم مؤاخذه من أكرهه على النطق بكلمة الكفر، وإذا عُذر في النطق بكلمة الكفر فمن باب أولى عذره فيما دون ذلك^(٢).

٥) العلم بالتحريم: وهو قول عامة أهل العلم^(٣)، وعليه فإن ادعى الجاني الجهل بالتحريم^(٤)، فهذا حاله ينقسم قسمين:

القسم الأول: ما يترتب على الاعتقاد به عمل يؤدي إلى سفك الدماء كاعتقاد الخوارج والبغاة الذي يترتب عليه الخروج على الحاكم، وإثارة الفتنة في المجتمع، والقيام بأعمال إرهابية، فمثل هؤلاء لا يعذرون بالجهل؛ بل يعاقبون بما يناسب جرائمهم، فمن قتل يُقتل، ومن كان دون ذلك فمرددهم إلى تقدير الحاكم.

القسم الثاني: ما لا يترتب على الاعتقاد به عمل يضر بالمجتمع وإثارة فتنة تؤدي إلى سفك الدماء؛ فهؤلاء على قسمين:

- (١) جزء من الآية (١٠٦) من سورة النحل.
- (٢) حاشية قليوبي وعميرة (٤/١٨٠)، مطالب أولي النهى (٦/١٥٩).
- (٣) مغني المحتاج (٥/٤٤٦)، نهاية المحتاج (٧/٤٢٦)، كشف القناع (٦/٧٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٣٣٥). الموسوعة الفقهية الكويتية (١٧/١٤٢).
- (٤) الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون (٣٤٦)، بحث (أثر الشبهات في العقوبات التعزيرية)، مجلة قضاء، العدد السابع والعشرون، شوال ١٤٤٣هـ.

أ) قسم لا يعذرون بجهلهم، وهم المتخوضون فيما يعلم من الدين بالضرورة، والمسائل الظاهرة، كدعوى الجهل بالشرك أو جحد فرائض الدين، فمثل هذا لا يقبل عذره بالجهل؛ بل يستتاب، فإن تاب وإلا قتل على ما قرره الفقهاء في كتاب الردة، وإن رجع وتاب عوقب بما يردع غيره عن الخوض في هذه المسلمات؛ كما فعل عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بصبيغ بن عسل.

ب) قسم يعذرون بالجهل إن كان مثلهم يعذر به؛ كحديث العهد بالإسلام أو ناشئ في بلاد الكفر ونحوهم، وهذا في المسائل الخفية التي تحتمل الجهل: كمسائل الأسماء والصفات على ضوء ما قرره شيخ الإسلام رَحِمَهُ اللَّهُ وما حكاه الإمام ابن عبد البر عن متقدمي السلف، ومما يلحق بذلك فيما أرى قضايا الفكر المعاصر، كالمذاهب والاتجاهات الفكرية المعاصرة من العلمانية أو الليبرالية ونحوها، فمثل هؤلاء يوقفون على الحق ويوعظون به بما يجرهم عن اعتناق هذه الأفكار الهدامة؛ فإن امتثلوا، فإني أرى أن يخلى سبيلهم بلا عقوبة بشرط إقرارهم بعدم العودة لما كانوا عليه، وأن يعلنوا للناس رجوعهم إلى الحق وبطلان ما كانوا عليه يعتقدونه من الباطل، وهذا إن كانوا أعلنوا للناس ما يعتقدونه واشتهر أمرهم بين العامة، وإلا فيكفي أخذ الإقرار عليهم دون إعلان.

المبحث الرابع

أركان الجريمة الفكرية

الجريمة الفكرية كأي جريمة، لا بد أن تتوافر فيها أركان معينة، لتكون جريمة فكرية يستحق صاحبها العقاب، فأركان الجريمة الفكرية، هي:

الركن الأول: الركن الشرعي للجريمة الفكرية:

ويتمثل هذا في النصوص المجرّمة لهذا الفعل، سواء كان فعلاً أو تركاً، وقد دلت عدة أدلة على هذا الشرط، منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ۗ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ ءآيَاتِنَا ۗ﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿لَوْلَا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ۗ﴾^(٣).

فعلى ذلك الأفعال المحرمة لا تُعد مجرّمة إلا إذا جاءت الأدلة الشرعية بتقرير عقوبة لها سواء كانت حدّاً أو تعزيراً، ومن هنا نخلص إلى أن قاعدة الشريعة الإسلامية تؤكد على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. فالجرائم الفكرية سواء كانت فعلاً أو تركاً أو اعتقاداً لا يعاقب

(١) جزء من الآية (١٥) من سورة الإسراء.

(٢) جزء من الآية (٥٩) من سورة القصص.

(٣) جزء من الآية (١٠٤) من سورة النساء.

عليها الشرع إلا إذا دلت الأدلة الشرعية على تحريم هذا الفعل أو منعه أو كونه مما يضر الغير^(١).

الركن الثاني: المادي:

ويُقصد به ارتكاب بالفعل أو القول للأمر الذي ورد به النهي، وقررت له عقوبة يطبقها القضاء^(٢).

ولا بد للجريمة أن تمر بثلاث مراحل، وهي:

المرحلة الأولى: مرحلة التفكير:

فهذه المرحلة لا عقوبة عليها في الفقه الإسلامي ما دام أن هذه الفكرة في قلب صاحبها، ويدل على أن هذه المرحلة غير مؤاخذ عليها، ما ثبت في الصحيحين من قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به نفسها ما لم تعمل أن تتكلم))^{(٣)(٤)}.

(١) النظرية العامة للجريمة (٣١٣)، الأحكام العامة للنظام الجنائي (٥١)، الجريمة السياسية (٢٩).

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (١٣٢، ٢٧٢).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان والندور، باب: إذا حنث ناسياً في الإيمان، حديث رقم (٦٦٦٤)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر في القلب، حديث رقم (٣٣١)، من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (٢٧٢)، النظرية العامة للجريمة (٣١٣).

المرحلة الثانية: مرحلة التحضير للجريمة:

ويُقصد به أن ينتقل الجاني من مرحلة التفكير إلى مرحلة أقرب للتنفيذ، وذلك بأن يأتي الجاني الأفعال المادية المحسوسة والظاهرة التي يخرج بها عن مجال التفكير والتصميم ليعد نفسه لارتكاب الجريمة وتنفيذها، فالجاني إذا اقترن تفكيره بشراء أدوات تنفيذ الجريمة كسواء السلاح وإعداده لاقتراف جريمة القتل، أو التهديد، أو لاستخدامه في السرقة، أو إعداد المفاتيح المصطنعة، فيكون بذلك قد خرج من دائرة التفكير إلى دائرة التحضير للجريمة التي يريد ارتكابها^(١).

وكلام الفقهاء يدور حول التفريق بين حالين:

الحال الأولى: إذا كانت الأعمال التحضيرية من المحظورات - كاخلوة بالأجنبية قصد التمهيد لارتكاب جريمة الزنا - فهذه الأعمال يعاقب عليها، لا لأنها أعمال تحضيرية لجرائم، لكن لأنها تشكل جرائم بحد ذاتها^(٢).

قال النووي: «وسبيل الجنایات اندراج المقدمات في المقاصد ولهذا لو انفردت مقدمات الزنا أوجبت تعزيراً، فإذا انضمت إليه لم يجب التعزير مع الحد»^(٣).

(١) النظرية العامة للجريمة (٣٣٠).

(٢) الجريمة السياسية (٣٧).

(٣) المجموع (١٤٩/٢).

وقال الخطاب: «يلزم التعزير لمن سرق مالا قطع فيه، والخلوة بالأجنبية ووطء المكاتبه ونحو ذلك من الاستمناء وإتيان البهيمه ولليمين الغموس والغش في الأسواق والعمل بالربا وشهادة الزور والتحليل والشهادة على نكاح السر»^(١).

الحال الثانية: أما إذا كانت الأعمال التحضيرية التي تكون أعمالاً مباحة في أصلها، ولكن كون الدافع لها جريمة من الجرائم التي تستحق العقاب، فقد عدّها المالكية والحنابلة جرائم يعاقب عليها، بناءً على النظر للبواعث.

فالحنفية والشافعية لا ينظرون إلى البواعث في التصرفات لأنها تتصل بالنيات؛ لأن الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى قَدْ تَجَاوَزَ عَمَّا تَوَسَّسَ بِهِ النَّفْسُ، وما دام الأمر لم يكن في ذاته عملاً إجرامياً بل هو في دائرة المباح، فلا يتجاوز أنه وسوسة نفسية، وليس بعمل إجرامي.

أما المالكية والحنابلة يرون أن البواعث النفسية إذا بدا من العمل ما يدل على المقصد وأنه متجه إليه، فإنها لا تكون خواطر أو نيات مجردة، بل تكون عملاً محرماً، إذا أخذ طريقه إلى الحرام، والاحتياط لحرمان الله يوجب الضرب على يد الآثم من وقت ابتداء السير في الطريق لكيلا يصل إلى غايته^(٢).

(١) مواهب الجليل (٦/٣٢٠).

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (٢٧٧).

فيقال إن مرحلة التحضير بالنسبة للجريمة الفكرية يكون - مثلاً - بجمع الكتب الضالة، أو إنتاج وتجميع المقاطع والصوتيات المسموعة والمرئية، وتهيئتها لنشرها في أوساط المجتمع.

المرحلة الثالثة: مرحلة التنفيذ:

وهذه هي المرحلة التي تُعد فيها أفعال الجاني جريمةً، ويعد الفعل جريمة كلما كان معصية، فالقتل تنفيذ بإزهاق الروح، والجرح بإحداث الشجاج التي تصيب جسم المجني عليه، والسرقة بأخذ المال من حرز مثله خلسة، أو في غفلة من صاحبه على الخلاف في مدلول كلمة السارق، والقذف أو السب يكون بالقول الذي من شأنه الغض من كرامة المقدوف، وفقد اعتباره بين الناس إن صدق القائل، وهكذا يكون التنفيذ بكل قول أو فعل من شأنه أن يحدث الأذى أو الفساد الذين حرّمهما الشارع الحكيم^(١).

وعليه فيقال أن مرحلة التنفيذ في الجريمة الفكرية يتمثل بالدعوة للأفكار الضالة، عن طريق تأليف الكتب، أو نشر المقالات، أو نشر المقاطع الصوتية أو المرئية.

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (٢٨٦)، النظرية العامة للجريمة (٣٣١)، الجريمة السياسية (٤٠).

الركن الثالث: الأدبي أو المعنوي:

وهو أن تتوافر في المجرم مسؤوليته عن هذا الأمر وقع منه، الذي نص على تجريمه وعقابه، وذلك بتوافر عناصر المسؤولية الأدبية في شخصه من حيث الإدراك والإرادة، ومن حيث الخطأ العمدي أو الخطأ غير العمدي، ومن حيث ارتكاب الأمر بغير حق يستعمله أو واجب يؤديه^(١).

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (١٣٢)، النظرية العامة للجريمة (٥١٩)، الجريمة السياسية (٤٠).

المبحث الخامس

وسائل إثبات الجريمة الفكرية

يذكر الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ وسائل وطريقة إثبات الجرائم والحدود في المدونات الفقهية المختلفة.

ويمكن أن يقال: أن الجريمة الفكرية تثبت بأحد وسائل الإثبات التالية:

أولاً: الإقرار:

ولقد دلت الأدلة على مشروعية العمل بالإقرار، وهو سيد الأدلة، فمن هذه الأدلة:

(١) قوله تعالى: ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾ (١٦٥) (١).

وجه الدلالة من الآية: فيها الأمر بالقيام بالعدل، وأداء الشهادة، ولو كانت شهادة الإنسان على نفسه، وقد «قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه هو الإقرار» (٢). وإقرار الإنسان على نفسه باقتراف جريمة فكرية، كاف في إثبات هذه الجريمة بحقه.

(١) جزء من الآية (٣٥) من سورة النساء.

(٢) مغني المحتاج (٢/٢٣٨).

(٢) ما ثبت في الصحيحين، من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وغيره، قال: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها))^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيَّنَّ أن إقرارها على نفسها بالفعل هو سبب وجوب الحد عليها، ولو لم يكن الإقرار حجةً، لما طلبه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فدَلَّ ذلك على أن الإقرار يثبت به الحد، والجريمة الفكرية على ذلك تثبت بالإقرار، كسائر الحدود والجرائم.

(٣) الإجماع: فقد انعقد الإجماع على اعتبار الإقرار وحجتيه، ومؤاخذه المقر من زمن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يومنا هذا من غير نكير، وأجمعت الأمة على المؤاخذه به^(٢)، والجريمة الفكرية إذا أقر صاحبها بما نسب إليه، داخلة في هذا.

(٤) المعقول: الإقرار إخبار الإنسان على نفسه، على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فالعاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها، ولهذا كان الإقرار أكد من الشهادة، فالمدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه

(١) أخرجه البخاري في الصحيح (٣٧١) وهذا لفظه، كتاب الوكالة، باب: الوكالة في الحدود، حديث رقم (٢٣١٥، ٢٣١٤)، ومسلم في الصحيح، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، حديث رقم (١٦٩٧، ١٦٩٨)، من حديث الليث، عن ابن شهاب، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، عن أبي هريرة، وزيد بن خالد الجهني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بمثله.

(٢) تبين الحقائق (٣/٥)، مغني المحتاج (٢/٣٢٢)، المغني (٧/٣٤٠)، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (٧/٥١٣).

الشهادة، وإنما تُسمع إذا أنكر، ولو كذب المدعي بيينة لم تسمع، وإن كذب المقر ثم صدقه سمع^(١)، فدل ذلك على أن الإقرار حجة قاطعة، والجريمة الفكرية إذا أقرَّ بها الإنسان، أخذ بها أقرَّ به.

ثانياً: الشهادة:

لقد اتفق الفقهاء على مشروعية الإثبات بالشهادة، بدلالة الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول^(٢).

فمن الأدلة على ذلك:

(١) قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾^(٣).

وجه الدلالة من الآية: أن الآية أمرت بالإشهاد على البيوع والمعاملات؛ حفظاً للحقوق من الضياع، فدل على أن الشهادة وسيلة

(١) المغني (٧/٣٤٠).

(٢) فتح القدير (٢/٦)، بداية المجتهد (٤/٢٤٥)، مغني المحتاج (٤/٤٢٦)، كشاف القناع (٥/٢٤٢).

(٣) جزء من الآية (٢٨٢) من سورة البقرة.

من وسائل الإثبات في الشريعة، وبالتالي الجريمة الفكرية يمكن إثباتها بالشهادة، حالها حال المعاملات في الشريعة.

(٢) ما أخرجه الشيخان من حديث عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من حلف على يمين صبر، يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان))، قال: فدخل الأشعث بن قيس، فقال: ما يحدثكم أبو عبد الرحمن؟ قالوا: كذا وكذا، قال: صدق أبو عبد الرحمن، في نزلت، كان بيني وبين رجل أرض باليمن، فخاصمته إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((هل لك بينة؟)) فقلت: لا، قال: ((فيمينه))، قلت: إذن يحلف، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند ذلك: ((من حلف على يمين صبر، يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان)) فنزلت: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾^(١) إلى آخر الآية^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سأل المدعي البينة على دعواه، وهو حقه المدعى به، والشهادة من أنواع البينات في الشرع، فدل ذلك على اعتبارها طريقاً من طرق الإثبات، والجريمة الفكرية كسائر الحقوق تثبت بالشهادة.

(١) جزء من الآية (٧٧) من سورة آل عمران.

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الشهادات، باب سؤال الحاكم المدعي: هل لك بينة؟ قبل اليمين، حديث رقم (٢٦٦٦)، ومسلم في الصحيح، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، حديث رقم (٢٢٠)، وهذا لفظه، كلاهما من طريق أبي معاوية، عن الأعمش، عن أبي وائل، به.

٣) الإجماع: الله عَزَّوَجَلَّ شرع للمسلمين الشهادة لحفظ الحقوق، وقد دَلَّ على ذلك الإجماع، قال ابن القطان: «وأجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن شهادة الرجل المسلم البالغ العاقل... جائزة يجب على الحاكم قبولها إذا كانا رجلين أو رجلاً وامرأتين»^(١). وقال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «والأصل فيها -أي الشهادة- الكتاب والسنة والإجماع»^(٢)، وقال الخطيب الشربيني: «والأصل فيه قبل الإجماع آيات، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾»^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾»^(٤)، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾»^(٥)»^(٦).

٤) المعقول: فالحاجة داعية إلى كون الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات، وذلك لما جُبلت عليه بعض النفوس من التشاح، ووجد الحق أحياناً، فاعتبار الشهادة وكونها حجة، صيانة لحقوق الأفراد، وحفظ الأموال والحقوق والعقود على أهلها. والجريمة الفكرية من هذه الحقوق التي يجب على المسلمين حماية أفرادهم منها، وصون

(١) الإقناع في مسائل الإجماع (٢/١٣٦).

(٢) المغني (١٤/١٢٣).

(٣) جزء من الآية (٢٨٣) من سورة البقرة.

(٤) جزء من الآية (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٥) جزء من الآية (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٦) مغني المحتاج (٤/٥٦٨). وينظر كذلك: فتح القدير (٧/٣٧٠)، حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٦٥)، كشف القناع (٦/٤٠٤)، موسوعة

الإجماع في الفقه الإسلامي (٧/٢٤٥).

المجتمع من العبث بهم من خلالها، فكانت الشهادة وسيلة من وسائل إثبات هذه الجريمة.

ثالثاً: القرائن:

يكاد يتفق الفقهاء على جعل القرائن وسيلة من وسائل الإثبات، وإن كانوا يختلفون في بعض تفاصيلها، وأوسع المذاهب في الأخذ بها مذهب المالكية، والحنابلة، ثم الشافعية، ثم الحنفية^{(١)(٢)}.

ومما يستدل به على مشروعية الأخذ بالقرائن:

(١) قوله تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾^(٣).

(١) الإسلام عقيدة وشريعة (٤٦٩)، السياسة الشرعية عبد العال عطوة (١٣٤)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (٥٠٠/٢).

(٢) اختلف أهل العلم في مشروعية الأخذ بالقرائن، فذهب جماعة من أهل العلم إلى الأخذ بها، منهم ابن تيمية، وابن القيم، وابن فرحون، وابن حجر، وذهب جماعة من أهل العلم إلى عدم مشروعية الأخذ بها، منهم الرملي، وابن نجيم من الحنفية.

ينظر في تفصيل الخلاف في ذلك: تكملة رد المحتار (٤٣٧/٧)، البحر الرائق (٢٠٥/٧)، تبصرة الحكام (٩٧، ٢١٢)، القوانين الشرعية (٣٠٤-٣٠٥)، قواعد الأحكام (٥٦-٥٧)، أدب القضاء لابن أبي الدم (١/١٦٨)، كشاف القناع (٣٥٤/٦)، الطرق الحكمية (٤)، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (٥٠١/٢)، بحث (حجية الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي وضوابطه) د. محمد محمد سويلم، مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الطبية (١٠-١١).

(٣) جزء من الآية (١٨) من سورة يوسف.

وجه الدلالة من الآية: أن يعقوب عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حكم بعدم صدق ما ادعاه أولاده من أكل الذئب ليوسف عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، بقرينة سلامة القميص من أثر التمزيق، وهذا حكم بالقرينة^(١)، قال في تبصرة الحكام: «قال ابن الفرس: هذه الآية يحتاج بها العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البيئات»^(٢)، فدَلَّ ذلك على مشروعية القضاء بالقرائن في كافة الحقوق والعقود إلا ما جاء الشرع باستثنائه، والجريمة الفكرية لا تخرج عن ذلك.

(٢) ما أخرجه الشيخان من حديث عبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن ابني عفراء تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((هل مسحتما سيفيكما؟)) قالوا: لا، فنظر في السيفين، فقال: ((كلاكما قتله))، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، والرجلان معاذ بن عمرو بن الجموح، ومعاذ بن عفراء^(٣).

(١) تفسير القرطبي (٩/ ١٥٠)، تفسير ابن كثير (٩/ ٤٧١)، أحكام القرن للكيان المراسي (٣/ ٢٩٩).

(٢) تبصرة الحكام (١/ ٢٤١).

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب، ومن قتل قتيلا فله سلبه من غير أن يخمس، وحكم الإمام فيه، حديث رقم (٣١٤١)، ومسلم في الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب استحقات القاتل سلب القاتل، حديث رقم (١٧٥٢)، كلاهما من طريق يوسف بن الماجشون، عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، عن أبيه، عن جده عبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ به.

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اعتمد على الأثر في السيف^(١)، وفي هذا تأسيس منه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للأخذ بالقرائن في الخصومات والحقوق، مما يعني مشروعية القضاء بالقرائن، مما يعني ثبوت الجريمة الفكرية بالقرائن، والله أعلم.



(١) تبصرة الحكام (١/٢٤٢).

المبحث السادس

مراتب العقوبة على الجريمة الفكرية

الجريمة الفكرية لا تخلو إما أن توجب حدًّا، كمن لا يؤمن بوجود الله تعالى، أو ينكر الشريعة، أو يجلل ما حرّم الله، أو يحرّم ما أحله الله تعالى، فهذا عقوبته من جنس الحدود، تنظر من القاضي الشرعي حسب ثبوتها، وحسب اعتقاده.

إما إذا كانت الجريمة الفكرية لا تصل إلى الحد، فهي داخلة في دائرة التعزير، وقد «اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية، ليس فيها حد وهي نوعان: ترك واجب، أو فعل محرم»^(١).

وما دامت الجريمة الفكرية توجب تعزيرًا فهي تختلف باختلاف الفاعل والجنائية، وهي تختلف بحسب اختلاف الذنوب، وما يعلم من حال المعاقب من جلده وصبره على يسيرها أو ضعفه عن ذلك، وانزجاره إذا عوقب بأقلها، وبحسب الجنائية في العظم والصغر، وبحسب الجاني في الشر وعدمه^(٢).

(١) الطرق الحكيمة (٩٣).

(٢) الفروق (٤/١٧٧).

وقد ذهب جمهور العلماء المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو الراجح عند الحنفية^(٤): أن التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الحاكم، وهذا التفويض في التعزير من أهم أوجه الخلاف بينه وبين الحد الذي هو عقوبة مقدرة من الشارع^(٥). وهو يختلف بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً^(٦)، فعلى الحاكم في تقدير عقوبة التعزير مراعاة حال الجريمة والمجرم والزمان.

إذا تمهد ذلك يمكن أن تجعل العقوبة التعزيرية على الجريمة الفكرية

على مراتب:

الأولى: الوعظ.

وهو نهي الحاكم المسيء عن فعله بنصح وتخويف من الله تنبيهاً له

على ما فعله^(٧).

(١) جواهر الإكليل (٢/٢٩٦).

(٢) حاشية قليوبي وعميرة (٤/٢٠٥).

(٣) المغني (١٢/٥٢٥)

(٤) رد المحتار (٣/١٧٧).

(٥) الفروق (٤/١٧٧).

(٦) إغائة اللفهان (١/٥٧١).

(٧) التعزيرات البدنية وموجباتها في الفقه الإسلامي (٣٤٧)، سلطة القاضي في تقدير

العقوبة التعزيرية (٣٧).

ويجوز للقاضي أن يكتفي في عقاب المجرم فكرياً بوعظه إذ رأى أن في الوعظ ما يكفي لإصلاحه وردعه^(١).

وقد نصَّ القرآن الكريم صراحة على عقوبة الوعظ في قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾^(٢). ومن المعروف أن نشوز الزوجة وعدم طاعتها معصية لا حدَّ فيها ولا كفارة، وفيها التعزير، فيكون الوعظ من عقوبات التعزير في الجريمة الفكرية إذا كانت تعزيرية دون الحد^(٣).

الثانية: التوبيخ^(٤):

وهو زجر المذنب من قبل الحاكم عن فعله بالتأنيب والتقريع الذي لا قذف فيه ولا سب^(٥).

فإذا رأى القاضي أن التوبيخ يكفي لإصلاح الجاني وتأديبه اكتفى بتوبيخه.

(١) التعزير في الشريعة الإسلامية (٤٣٩).

(٢) جزء من الآية (٣٤) من سورة النساء.

(٣) التعزير في الشريعة الإسلامية (٤٣٩).

(٤) بدائع الصنائع (٦٤ / ٧)، شرح مختصر خليل للخرشي (٨ / ١١٠)، مغني المحتاج (٥٢٤ / ٥)، كشاف القناع (٦ / ١٢٤).

(٥) التعزيرات البدنية وموجباتها في الفقه الإسلامي (٣٤٩)، سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية (٣٨).

ودليل مشروعيته: ما فعله النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع أبي ذر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقد جاء عنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إنه كان بيني وبين رجل من إخواني كلام، وكانت أمه أعجمية، فغيرته بأمه، فشكاني إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلقيت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: ((يا أبا ذر، إنك امرؤ فيك جاهلية))، قلت: يا رسول الله، من سب الرجال سبوا أباه وأمه، قال: ((يا أبا ذر، إنك امرؤ فيك جاهلية، هم إخوانكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فأطعموهم مما تأكلون، وألبسوهم مما تلبسون، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم))»^(١).

الثالثة: التهديد (أو ما يسمى وقف التنفيذ):

وهو تخويف المذنب وتوعده بالعقوبة من قبل الحاكم عقوبة له^(٢). والغرض من هذه العقوبة هو زجر الجاني ومحاولة إصلاحه ودلالته على الطريق المستقيم، وينبغي أن يكون القاضي صادقاً في التهديد، حتى يكون التهديد في محله، ويحصل به الزجر^(٣).

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب ما ينهى من السباب واللعن، حديث رقم (٦٠٥٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه، حديث رقم (١٦٦١)، واللفظ له، كلاهما من طريق الأعمش، عن المعرور هو ابن سويد، عن أبي ذر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، به.

(٢) سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية (٤١).

(٣) المقاصد الشرعية في التعزير (٥٠٣).

ودليل مشروعيته: ما ثبت في الصحيحين، من حديث أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقد ناسًا في بعض الصلوات، فقال: ((لقد هممت أن أمر رجلاً يصلي بالناس، ثم أخالف إلى رجال يتخلفون عنها، فأمر بهم فيحرقوا عليهم، بحزم الحطب بيوتهم، ولو علم أحدهم أنه يجد عظمًا سمينا لشهدها)) يعني صلاة العشاء^(١).

قال ابن فرحون رَحِمَهُ اللهُ: «وفائدة قوله لقد هممت تقديم الوعيد كالتهديد على العقوبة، لأن المفسدة إذا ارتفعت واندفعت بالأخف من الزواجر لم يعدل إلى الأعلى»^{(٢)(٣)}.

الرابعة: الهجر^(٤):

وهو مقاطعة الجاني، والامتناع عن الاتصال به، أو معاملته بأي نوعٍ أو طريقةٍ كانت^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب صلاة الجماعة والإمامة، باب وجوب صلاة الجماعة، حديث رقم (٦٤٤)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب فضل صلاة الجماعة وبيان التشديد في التخلف عنها، حديث رقم (٦٥١) واللفظ له، كلاهما من حديث أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، به.

(٢) تبصرة الحكام (١٣٧/٢).

(٣) سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية (٤٢).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (٥٩٦/٢)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢٣٦/٣)، تبصرة الحكام (٢٩١/٢)، السياسة الشرعية لابن تيمية (٥٣).

(٥) التعزير في الشريعة الإسلامية (٤٤٥).

ودليل مشروعيته: قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾^(١).

وقد يكون الهجر هو العقوبة الوحيدة، كما فعل الرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع الصحابة الثلاثة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الَّذِينَ تَخَلَّفُوا عَنْ غَزْوَةِ تَبُوكَ^(٢)، فلم يرد أنه عاقبهم بغير الهجر، وقد يضم معه غيره من العقوبات كما فعل عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي صَبِيغٍ^(٣)، إذ كان الهجر مع السجن والضرب والنفي^(٤).

الخامسة: التشهير^(٥):

وهو إعلام الناس بجريمة المحكوم عليه تنكيلاً به حتى يحذر الناس منه فيجتنبوه.

(١) جزء من الآية (٣٤) من سورة النساء.

(٢) أخرجها البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب حديث كعب بن مالك وقول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خَلَّفُوا﴾، حديث رقم (٤٤١٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب التوبة، باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه، حديث رقم (٢٧٦٩) كلاهما من طريق ابن شهاب، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن كعب بن مالك، عن عبد الله بن كعب بن مالك، عن كعب بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، به.

(٣) وقد تقدمت في المبحث الثاني من هذا البحث.

(٤) التعزير في الشريعة الإسلامية (٤٤٦).

(٥) بدائع الصنائع (٢٨٩/٦)، تبصرة الحكام (١٤٩/٢)، الأحكام السلطانية للماوردي (٢٢١)، نهاية المحتاج (١٤٧/٧) كشاف القناع (١٢٧/٦)، السياسة الشرعية لابن تيمية (٥٤).

أو فضح الجاني وخزيه على رؤوس الأشهاد في الجرائم التي يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس بأمانته وصدقه، كالغش وبيع لحوم الميتات أو التدليس وغيرها، حتى يعلم الجميع بجرمه وخطئه، فيحذروا من الاعتماد عليه أو الثقة به^(١).

ودليل مشروعيته: أن عمر بن الخطاب كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور: أن يجلد أربعين جلدة، وأن يُسَخَمَ^(٢) وجهه، وأن يخلق رأسه، وأن يطال حبسه^(٣).

السادسة: العزل:

وهو حرمان الشخص من وظيفته، وحرمانه تبعاً لذلك من راتبه الذي يتقاضاه عنها، لعزله عن عمله^(٤).

- (١) التعزير في الشريعة الإسلامية (٤٥٩)، المقاصد الشرعية في التعزير (٥١٦).
- (٢) يُسَخَمُ بالخاء والحاء، أي يُسَوِّد الأول من السُّخَامِ، وهو الفحم، وهو سواد القدر أيضاً، وشعر سُخَامٍ أي أسود لين، والثاني من الأسحَم وهو الأسود، والسُّخْمَةُ السوداء، والاستعمال في تسخيم الوجه من الأول وهو بالخاء المعجمة، ويصح من الثاني وهو بالخاء المُعْلَمَةُ بعلامة تحتها من الأسحَم الذي قلنا. ينظر: طلبة الطلبة (١٣٣)، المغرب في ترتيب المغرب (٢٤١).
- (٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٣٢٦/٨)، كتاب الشهادات، باب عقوبة شاهد الزور، رقم (١٥٣٩٢)، من طريق مكحول، عن الوليد بن أبي مالك، أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ به. وأخرجه البيهقي في سننه (٢٣٩/١٠)، كتاب آداب القاضي، باب ما يفعل بشاهد الزور، رقم (٢٠٤٩٤)، من طريق مكحول، أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ به، وقال عقبه: «ضعيف ومنقطع».
- (٤) التعزير في الشريعة الإسلامية (٤٤٨).

قال ابن تيمية رَحْمَةُ اللَّهِ: «وليس لأقل التعزير حد؛ بل هو بكل ما فيه إيلاام الإنسان، من قول وفعل، وترك قول، وترك فعل..... وقد يعزر بعزله عن ولايته، كما كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأصحابه يعزرون بذلك...»^(١).

السابعة: التعزير بالمال^(٢):

والمراد به: أخذ المال أو تغييره أو إتلافه من قبل الحاكم عقوبةً للجاني^(٣).

ودليل مشروعيته لمن يقول به: ما أخرجه أبو داود وغيره، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أن رجلاً من مزينة أتى رسول الله فقال: يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل؟ فقال: ((هي ومثلها والنكال، وليس في شيء من الماشية قطع، إلا فيما آواه المراح، فبلغ ثمن المجن، ففيه قطع اليد، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال))، قال: يا رسول الله كيف ترى في الثمر المعلق؟ قال: ((هو ومثله معه والنكال، وليس في شيء من الثمر المعلق قطع،

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية (٩٢).

(٢) وهو محل خلاف بين الفقهاء فقد منع منه الحنفية والحنابلة، وهو قول الشافعي الجديد، وأجازته المالكية في صور محددة، وهو قول قديم للشافعي، وأجازته أخذًا وإتلافًا ابن تيمية وابن القيم. ينظر: رد المحتار (٣/١٨٤)، تبصرة الحكام (٢/٣٦٧-٣٦٨)، الأحكام السلطانية لأبي يعلى (٢٩٥)، حاشية الشبراملسي على شرح المنهاج (٧/١٧٤)، كشف القناع (٤/٧٤-٧٥)، الحسبة في الإسلام (٤٠)، الطرق الحكمية (٢٥٠).

(٣) سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية (٤٢).

إلا فيما آواه الجرين، فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجنّ ففيه القطع، وما لم يبلغ ثمن المجنّ ففيه غرامة مثليه وجلداتُ نكالٍ»^(١).

الثامنة: الحبس:

والحبس في اللغة: المنع، وهو مصدر حبس، ثم أطلق على الموقع^(٢).

أما في الشرع: فليس هو السجن في مكان ضيق، وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيله عليه، وملازمته له^(٣).

(١) أخرجه أبو داود بنحوه في السنن، (٢٥٣)، كتاب: اللقطة، باب: التعريف باللقطة، حديث رقم (١٧١٠)، والترمذي مختصراً في الجامع (٣١٣)، أبواب البيوع، باب: ما جاء في الرخصة في أكل الثمار للهاربها، حديث رقم (١٢٨٩) وقال عقبه: حديث حسن، والنسائي بلفظه في السنن الصغرى، (٦٨١)، كتاب قطع السارق، باب: الثمر يسرق يبعد أن يؤويه الجرين، حديث رقم (٤٩٦٢)، وابن ماجه بلفظه في السنن، (٣٧٣)، أبواب الحدود، باب من سرق من الحرز، حديث رقم (٢٥٩٦)، كلهم من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، فذكره. والكلام في هذه السلسلة لا يخفى، فقد ضعّفها كثير من أهل العلم من المتقدمين، كعلي بن المديني، وأحمد، وغيرهما، قال ابن أبي خيثمة: سئل يحيى بن معين، عن حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده؟ قال: ليس بذلك، رأيتُ في كتاب علي ابن المديني: سمعت يحيى بن سعيد يقول: حديث عمرو بن شعيب عندنا واه. تاريخ ابن أبي خيثمة» ٢٣٩ / ٢ / ٣. وقال الميموني: سمعتُ أحمد بن حنبل يقول: عمرو بن شعيب له أشياء مناكير، إنما نكتب حديثه نعتبره، فأما أن يكون حجة فلا. «الضعفاء» للعتيلي (١٢٨٠). ومن أهل العلم ممن احتج بهذه السلسلة وتوثيقها كأحمد بن سعيد الدارمي، والحازمي، وغيرهما، فالله أعلم، ينظر في ذلك: الاحتجاج برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، تأليف د. إبراهيم الصبيحي.

(٢) الصحاح (٣ / ٩١٥)، القاموس المحيط (١ / ٥٣٧)، تاج العروس (١٥ / ٥٢٠)، التعزير في الشريعة الإسلامية (٣٦١).

(٣) الطرق الحكمية (٨٩).

وكان هذا هو الحبس على عهد النبي وأبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ولم يكن له محبس معد لحبس الخصوم، ولكن لما انتشرت الرعية في زمن عمر بن الخطاب ابتاع بمكة دارًا وجعلها سجنًا يحبس فيها، ولهذا تنازع العلماء من أصحاب أحمد وغيرهم: هل يتخذ الإمام حبسًا؟ على قولين: فمن قال: لا يتخذ حبسًا، قال: لم يكن لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا لخليفته بعده حبس، ولكن يعوقه بمكان من الأمكنة، أو يقام عليه حافظ، وهو الذي يسمى الترسيم، أو يأمر غريمه بملازمته كما فعل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ومن قال: له أن يتخذ حبسًا، قال: قد اشترى عمر بن الخطاب من صفوان بن أمية دارًا بأربعة آلاف، وجعلها حبسًا، قال ابن عينة: فهو سجن الناس اليوم بمكة^(١).

(١) الطرق الحكيمة (٩٠). والأثر أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤/٣٧٨)، كتاب المناسك، باب الكراء في الحرم، وهل تبوب دور مكة؟ والكراء بمنى، رقم (٩٤٣٤)، وابن أبي شيبة في المصنف (٥/٧)، في العريان في البيع، رقم (٢٣٢٠١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١/٤٢٩)، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، حديث رقم (١١٢٩١)، كلهم من طريق: سفيان بن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن عبد الرحمن بن فروخ مولى نافع بن عبد الحارث قال: اشترى نافع بن عبد الحارث من صفوان بن أمية دار السجن...، فذكره. وعلقه البخاري في الصحيح (٣٨٩)، كتاب الخصومات، باب الربط والحبس في الحرم. وفي إسناده عبد الرحمن بن فروخ العدوي مولاهم، قال في تقريب التهذيب، (٢/٢٤٣): «مقبول، من الثالثة، ولم يصرح البخاري بذكره. ١. هـ»، روى عن أبيه، وابن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وروى عنه عمرو بن دينار المكي (التاريخ الكبير للبخاري (٥/٣٣٨)، (الجرح والتعديل لابن أبي حاتم =

ولقد بَوَّبَ الإمام البخاري رَحْمَهُ اللهُ فِي الصَّحِيحِ: بِأَبِ التَّوْتُقِ مِمَّنْ تَخْشَى مَعْرَتَهُ، أَي فِسَادِهِ^(١).

وَأُورِدَ فِيهِ قِصَّةَ رِبْطِ ثَمَامَةَ بِنِ أَسَالِ سَيِّدِ أَهْلِ الْيَمَامَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بِسَارِيَّةٍ مِنْ سُوَارِي الْمَسْجِدِ^(٢).

وَوَجَّهَ الْإِسْتِدْلَالَ ظَاهِرًا مِنَ الْحَدِيثِ، حَيْثُ رِبَطَ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثَمَامَةَ بِنِ أَسَالِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فِي الْمَسْجِدِ، وَهُوَ كَافِرٌ^(٣)، وَهَذَا نَوْعٌ مِنْ تَقْيِيدِ الْحَرِيَّةِ، وَالسَّجْنِ بِالْمَعْنَى الْمَعْرُوفِ الْآنَ، لَا يُخْرَجُ عَنْ ذَلِكَ.

التاسعة: القتل:

وَالْمُرَادُ بِهِ هُنَا: إِزْهَاقُ رُوحِ الْجَانِي عَقُوبَةً لَهُ عَلَى جُنَايَةٍ عَظِيمَةٍ ارْتَكَبَهَا^(٤).

= (٥/ ٢٧٥)، تهذيب التهذيب (٦/ ٢٢٧)، وقد ذكره ابن حبان في الثقات (٧/ ٨٧)، جاء في تحرير تقريب التهذيب (٢/ ٣٤٣) تعقيباً على كلام ابن حجر الماضي «بل: مجهول، تفرد بالرواية عنه عمرو بن دينار، وذكره ابن حبان وحده في «الثقات»». ومع هذا يظهر - والله أعلم - أن هذا الأثر مما يحتج به، فقد احتج به أحمد رَحْمَهُ اللهُ، قال في المغني (٦/ ٣٣١): «قال الأثرم: قلت لأحمد تذهب إليه؟ قال أي شيء أقل؟ هذا عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ».

- (١) صحيح البخاري (٣٨٩)، كتاب الخصومات، باب التوثق ممن تخشى معرفته.
- (٢) أخرجه في صحيح البخاري (٣٨٩)، كتاب الخصومات، باب: التوثق ممن تخشى معرفته، أي فساد، حديث رقم (٢٤٢٢)، من حديث الليث، عن سعيد بن أبي سعيد، عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ به.
- (٣) فتح الباري لابن حجر (٨/ ٨٨).
- (٤) سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية (٤٩).

والأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالباً، بالتالي فلا ينبغي أن تكون عقوبة التعزير مهلكةً للنفس^(١)، لما في المتفق عليه من حديث مسروق، عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب بالثيب، والمفارق لدينه التارك للجماعة))^(٢).

لكن دلت الأدلة الأخرى من الكتاب والسنة على جواز القتل تعزيراً عند الحاجة إلى ذلك، وكان ذلك الفساد لا يزول إلا بقتل صاحبه، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾^(٣). فقوله

(١) البحر الرائق (٤٤/٥)، شرح الزرقاني (١١٥/٨)، أسنى المطالب (٤/١٦١)، الإقناع (٤/٢٦٩)، سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية (٤٩).

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح (١١٨٥)، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ﴾^(٤٥)، حديث رقم (٦٨٧٨)، ومسلم في الصحيح (٧٤٢)، كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، حديث رقم (١٦٧٦) كلاهما من طريق الأعمش، عن عبد الله بن مرة، عن مسروق، عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا به.

(٣) الآية (٣٢) من سورة المائدة.

تعالى: ﴿أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ﴾ نكرة في سياق الشرط، فتفيد العموم^(١)،
ويقيّد ذلك بأن الشر لا يندفع إلا بقتل صاحبه كما دلّت عليه
الأدلة الأخرى.

ومن لم يندفع فساده إلا بالقتل قُتل، مثل المفرّق لجماعة المسلمين،
والداعي إلى البدع في الدين.

وكذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيما أخرجه الإمام مسلم من حديث
عرفجة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أتاكم وأمركم
جميعاً، على رجلٍ واحدٍ، يريد أن يشق عصاكم، أو يفرّق جماعتكم،
فاقتلوه))^(٢).

وما أخرجه أحمد، وغيره من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال
رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا
الفاعل والمفعول به، ومن وجدتموه وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا
البهيمة))^(٣).

(١) البرهان (١/١١٩)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب (٢/١١٣)، الإحكام
للأمدي (٢/٢٣١).

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح (٨٣٢)، كتاب الإمارة، باب حكم من فرّق أمر
المسلمين وهو مجتمع، حديث رقم (١٨٥٣) من حديث يونس بن أبي يعفور عن
أبيه، عن عرفجة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ به.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٢٧٣٢)، وأبو داود في السنن، كتاب الحدود، باب
فيمن عمل عمل قوم لوط، حديث رقم (٤٤٦٢)، ومن طريقه ابن حزم في
المحلى (١١/٣٨٢)، وابن عبد البر في الاستذكار (٢٠/١٤٩)، والترمذي، أبواب
الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، حديث رقم (١٤٥٦)، وابن ماجه في =

وقد ذكر الحنفية جواز القتل سياسة لمن تكررت منه السرقة^(١)، وأجاز المالكية جواز قتل الجاسوس المسلم، والداعي إلى البدعة^(٢)، وجوّز بعض الشافعية قتل الداعية إلى البدع المخالفة للكتاب والسنة^(٣)، وذكر بعض الحنابلة جواز قتل الداعية إلى البدع في الدين^(٤).

وينبغي أن يقال: إنه وإن أجاز بعض الفقهاء القتل تعزيراً لبعض الجرائم، فلا بد أن يقال أن هذه العقوبة تكون في حالة ما إذا لم يرتدع

= السنن، كتاب الحدود، باب من عمل عملاً قوم لوط، حديث رقم (٢٥٦١)، وغيرهم، من طرق عن عكرمة، عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، به، قال الترمذي في سننه: وإنما يعرف هذا الحديث عن ابن عباس عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من هذا الوجه، وروى محمد بن إسحاق هذا الحديث، عن عمرو بن أبي عمرو، فقال (ملعون من عمل عملاً قوم لوط، ولم يذكر فيه القتل، وذكر فيه ملعون من أتى بهيمة)، قال الترمذي: سألتُ محمداً، يعني ابن إسماعيل البخاري، عن حديث عمرو بن أبي عمرو، عن عكرمة، عن ابن عباس، فقال: عمرو بن أبي عمرو صدوق، ولكن روى عن عكرمة مناكير، ولم يذكر في شيء من ذلك أنه سمع عن عكرمة. (علل الترمذي الكبير ٢٥٤)، وقال ابن القيم في الجواب الكافي (١٢٠): «رواه أهل السنن وصححه ابن حبان، واحتج الإمام أحمد بهذا الحديث، وإسناده على شرط البخاري»، وقال ابن عبد الهادي في المحرر (١١٤٨) (وإسناده صحيح، فإن عكرمة روى له البخاري، وعمرو من رجال الصحيحين، وقد أُعْلِلَ بما فيه نظر) والحديث صححه الألباني في إرواء الغليل (١٧/٨).

(١) رد المحتار (٣/١٨٤-١٨٥).

(٢) تبصرة الحكام (٢/١٠٦).

(٣) المهذب (٢/٢٦٨)، الأحكام السلطانية للماوردي (٢١٢-٢١٣).

(٤) الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية (٤٦)، وينظر: التعزير في الشريعة الإسلامية (٣٠٥-٣١١).

صاحبها بأقل من ذلك؛ احتياطاً للدماء المعصومة، مع بذل الجهد الكبير والتأمل الكثير في الموازنة بين المصالح والمفاسد، مصلحة حفظ النفوس، والتحقق من وجود مفسد هذه الجريمة، وعظم أثرها على المجتمع، وبالتالي يكون الحكم حيال هذه الجريمة وما تستحقه من عقوبة. والله أعلم.

المبحث السابع

ضوابط العقوبة على الجريمة الفكرية

إذا تبين الأصل الشرعي للعقوبة في الجريمة الفكرية، فسأذكر الضوابط في هذه العقوبة بإذن الله، فأقول -وبالله التوفيق-:

الضابط الأول: أن يكون اعتقادًا مجردًا:

والمقصود بهذا الضابط ألا يصاحب اعتقاد المجرم فكريًا فعل ينضاف إلى اعتقاده، فلا يصاحب اعتقاده دعوة إلى هذا المعتقد، أو إشادة، أو تقرير، أو تبرير، أو ثناء عليه، أو مشاركة مع أهله، أو تعاون معهم، أو عنف، أو قتل، أو أي صورة من صور الدعم والمؤازرة. فإن كان هناك ثم أي دعم أو مؤازرة انتقلت الجريمة الفكرية من كونها جريمة فكرية إلى جريمة أخرى، وبالتالي أصبح داعية إلى بدعة، أو انحراف، أو انحلال أو غيرها من وقد تقدم أن السلف اتفقوا على تعزيز المبتدع الداعية وغيره. لكن هذا الضابط يوضح أن صاحب الجريمة الفكرية لم يصدر من صاحبه فعل أو قول يدعم تصريحًا أو إشارة جريمته الفكرية، والنبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يعاقب المنافقين في عهده مع علمهم بحال أكثرهم؛ لأنه لم يصدر منهم فعل أو قول يدل على اعتقادهم.

الضابط الثاني: ألا يصاحبها جريمة أخرى:

وقصدي بهذا الضابط ألا يقترن بالجريمة الفكرية وصف جرمي من قول أو فعل، فإن اقترن بها وصف جرمي آخر من قول أو فعل فإن الجرم هنا ينسب إلى الفعل الذي أضيف إلى الاعتقاد. ولا ينسب إلى الفكر.

الضابط الثالث: مخالفتها للشريعة:

حيث لا بد أن تكون الجريمة الفكرية مخالفة للشريعة الإسلامية سواء كانت غلوًا أو انحلالًا، فإذا تخلف هذا الضابط أصبحت تقصيرًا أو تساهلًا وهذا لا يكفي للعقوبة عليه من ولي الأمر إلا إذا كان قد تلبس بترك شعيرة ظاهرة جحودًا أو تهاونًا أو إنكارًا لما معلوم من الدين بالضرورة فحينئذٍ تنتقل الجريمة الفكرية إلى جريمة أخرى حسب ما يبحثه الفقهاء في باب الردة والجحود.

الضابط الرابع: كونها مؤذية للغير:

والقصد من هذا الضابط أن تكون الجريمة تحتوي على أذية للغير، فمن كان يعتقد تكفير المسلمين من غير موجب شرعي وحصل منه أذية للغير، أو من اعتقد بعقيدة الإلحاد على الطرف الآخر، فإن كان هذا الاعتقاد مجردًا فلا يدخل في تصنيف الجريمة الفكرية، فإن حصل منه أذية لغيره من خلال التبرير أو التعاطف أو الدعم أو إقامة

المناظرات الفكرية ونشر ذلك على الملأ من الناس، أو التشكيك في المسلمات من الدين، فهذا هو المقصود بهذا الضابط.

الضابط الخامس: لا بد من دليل قولي أو فعلي على الجريمة الفكرية:

فلا بد أن يدل دليل قولي أو فعلي على اعتقاد المجرم فكرياً، وحيث نصت القاعدة الفقهية على أنه (لا ينسب إلى ساكت قول) (١)، فالأصل أن من يعتقد أمراً مخالفاً للشريعة الإسلامية ولم يظهر منه التأيد أو الدعوة أو التعاطف أو التبرير أو الدعم وغير ذلك فالأصل أنه بريء، وهذا هو عمله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع المنافقين، وقد جاء كلام الشاطبي رَحِمَهُ اللَّهُ مفصلاً عن هذا المعنى بقوله: «وأما إذا دعا إليها فمظنة الاقتداء أقوى وأظهر، ولا سيما المبتدع اللسن الفصيح الآخذ بمجامع القلوب إذا أخذ في الترغيب والترهيب، وأدلى بشبهته التي تُدْخِلُ القلب بزخرفها، كما كان معبداً الجُهَنِيِّ يدعو الناس إلى ما هو عليه من القول بالقدر، ويلوي بلسانه نسبه إلى الحسن البصري» (٢).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «فبهذا ونحوه رأى المسلمون أن يهجروا من ظهرت عليه علامات الزيغ من المظهرين للبدع، الداعين إليها والمظهرين للكبائر، فأما من كان مستتراً بمعصية أو مسراً لبدعة غير مكفرة فان هذا لا يهجر، وإنما يهجر الداعي إلى البدعة. إذ

(١) التبصرة (٥١٧)، شرح اللمع (٢/ ١٠٨٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٩).

(٢) الاعتصام (١/ ٢١٩).

الهجر نوع من العقوبة، وإنما يعاقب من أظهر المعصية قولاً أو عملاً، وأما من أظهر لنا خيراً، فإننا نقبل علانيته، ونكل سريره إلى الله تعالى؛ فإن غايته أن يكون بمنزلة المنافقين الذين كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقبل علانيتهم ويكل سرائرهم إلى الله لما جاءوا إليه عام تبوك يلفون ويعتذرون. ولهذا كان الإمام أحمد وأكثر من قبله وبعده من الأئمة كمالك وغيره لا يقبلون رواية الداعي إلى بدعة ولا يجالسونه بخلاف الساكت. وقد أخرج أصحاب الصحيح عن جماعات ممن رمي ببدعة من الساكتين ولم يخرجوا عن الدعاء إلى البدع^(١). ولأن الأقوال داخلية في الأفعال على قول بعض أهل العلم، والأصل في الأفعال العدم، كما أن الأصل في الصفات العارضة العدم^(٢)، فهذا مما يستدل به على هذا الضابط، إذا تمهد ذلك فإن ظهر دليل قولي أو فعلي على الجريمة الفكرية أخذ بها، وإلا فالأصل البراءة كما هو مقرر في الأدلة الشرعية.

الضابط السادس: الثبوت من تلبس المجرم بما يوجب عليه العقوبة:

أن يثبت ويتبين أن ما وقع فيه المجرم دلت النصوص والأصول الشرعية على كونه معصية من جهة، وأن يتيقن من وقوعه فيه من جهة أخرى بحيث يتيقن أن المخالف قد وقع فيها فعلاً، والتأكد من ذلك، وعليه أن يتبين حقيقة الحال لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا

(١) مجموع الفتاوى (١٧٤/٢٤).

(٢) التخریج عند الفقهاء والأصوليين (٢١٠)، الفصل في القواعد الفقهية (٣١٣)، قاعدة (لا ينسب إلى ساكت قول وتطبيقاتها الفقهية) (٥٦).

أَجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ ﴿١﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا ﴿٣٦﴾﴾^(٢)، كما يجب أن يُراعى خلوُّ المتلبِّس بهذه الجريمة من الموانع والأعذار، كالجهل والتأوُّل وغيرهما، فأهل الأعذار والموانع تُقدِّم لهم النصيحة والبيان الذي لا تبقى معه الشبهة العالقة في الأذهان، فالرجل لا يُحكَّم عليه بكونه عاصيًا إلا إذا خالف نصًّا شرعيًّا ظاهرًا أو أمرًا مجمعًا عليه خلافًا لا يُعذر فيه، ومثله صاحب الجريمة الفكرية، وفي هذا السياق، قال ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «...والبدعة التي يُعَدُّ بها الرجل من أهل الأهواء، ما اشتهر عند أهل العلم بالسنة مخالفتها للكتاب والسنة، كبدعة الخوارج والروافض والقدرية والمرجئة...»^(٣)، وقال في نصٍّ آخر: «من خالف الكتاب المستبين، والسنة المستفيضة، أو ما أجمع عليه سلف الأمة خلافًا لا يُعذر فيه، فهذا يُعامل بما يُعامل به أهل البدع»^(٤). وقد جاء ذلك صريحًا في المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية: «لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص، إلا بعد ثبوت إدانته بأمر محظور شرعًا أو نظامًا بعد محاكمة تجرى وفقًا للمقتضى الشرعي».

(١) جزء من الآية (١٢) من سورة الحجرات.

(٢) الآية (٣٦) من سورة الإسراء.

(٣) مجموع الفتاوى (٤١٤/٣٥).

(٤) مجموع الفتاوى (١٧٢/٢٤).

الضابط السابع: الحذر من اتباع الهوى:

أن يحذر الناظر في حال المخالف من اتباع الهوى، والتماس حظوظ النفس، أو رضا مسؤول ما، أو الحصول على شيء من الدنيا، أو غيره على دين الله غير مضبوطة بضابط الشرع؛ لأنَّ تجريم الناس وتأديبهم على معاصيهم عملٌ يُتَقَرَّبُ به إلى الله تعالى، إذ شرط قبول العمل: الإخلاص والمتابعة، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَادِقًا وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا﴾ (١١).

الخاتمة

- بعد عرض هذا البحث، استخلص منه أهم نتائجه، وهي:
- أن الجريمة الفكرية هي: الذنب الناتج عن اعتقاد أمر ما مخالف للشريعة الإسلامية غلوًا فيها أو انحلالًا منها سلبًا أو إيجابًا.
 - مفهوم حرية الفكر في الإسلام هو: «أن تتعبد للخالق باختيارك، وأن لا يستعبدك الخلق في ظاهرك، أو باطنك».
 - الأسس التي قامت عليها الحرية الشخصية في الإسلام هي:
 - أن الأصل في تصرفات الإنسان الحياتية الحل والإباحة.
 - أن كل ما فيه ضرر على الإنسان أو غيره فهو ممنوع.
 - أن كل ما يبطل حرية الإنسان أو يضر بها فإنه يجب منعه ومحاربه.
 - الحرية الدينية في الإسلام قامت على الأسس التالية:
 - أن حقيقة التعبد قائمة على الحب والخوف والرجاء.
 - كمال براهين الإسلام وقوة دلائله.
 - أن الإسلام في حقيقته عقد بين العبد وبين ربه.
 - حرية التعبير في الإسلام قامت على الأسس التالية:
 - دخولها في دائرة التكليف والإلزام الإلهي.
 - مراعاة البعد الأخلاقي.



- مراعاة المصالح والمفاسد.

■ الحرية السياسية في الإسلام، نجد أنها قامت على الأسس التالية:

- الهيمنة المطلقة والسيادة العليا للشريعة الإسلامية.

- فعل ولي الأمر منوط بالمصلحة.

- الاجتماع وعدم التفرق.

■ حدود الحرية في الإسلام مركبة من أصليين كبيرين:

- فأولهما: البعد الديني -العلاقة مع الله- بحيث لا يكون فيها

ضرر على تدين الناس وعلاقتهم بربهم.

- وثانيهما: البعد الدنيوي -العلاقة مع الخلق- بحيث لا يكون

فيها ضرر بحياة الإنسان في الدنيا وعلاقته بالكون وغيره من البشر.

■ العلاقة بين الجريمة الفكرية، وحرية الفكر، هي العموم

والخصوص الوجيهي، فكل جريمة فكرية هي متعلقة بالفكر

غلوًا في الدين، أو انحلالًا منه، سلبيًا أو إيجابًا، فكل حرية فكرية

قد تكون جريمة فكرية، وقد لا تكون. والله أعلم.

■ ذكرت في البحث عددًا من الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة

وأثار الصحابة وأقوال العلماء على مشروعية العقوبة على

الجريمة الفكرية.

- شروط الجريمة الفكرية هي: الإسلام، والبلوغ، والعقل، والاختيار، والعلم بالتحريم.
- أركان الجريمة الفكرية هي: الركن الشرعي، والركن المادي، والركن الأدبي أو المعنوي، وقد بيّنت تفصيل ذلك في البحث.
- تثبت الجريمة الفكرية: بالإقرار، والشهادة، والقرائن.
- تتفاوت العقوبة على الجريمة الفكرية ابتداءً من الوعظ، والتوبيخ، والتهديد، والهجر، والتشهير، والعزل، والتعزير بالمال، والحبس، وانتهاءً بالقتل. حسب الجريمة وظروفها وأحوالها.
- ضوابط العقوبة على الجريمة الفكرية: أن تكون الجريمة اعتقاداً مجرداً، وألا يصاحبها جريمة أخرى، وأن تكون مخالفةً للشريعة، وكونها مؤذية للغير، ولا بد من دليل قولي أو فعلي عليها، والتثبت من تلبس المجرم بما يوجب العقوبة، والحذر من اتباع الهوى في العقوبة عليها.



فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

١. أشر الشبهات في العقوبات التعزيرية، المؤلف: أماني بن مبارك الرشود، بحث منشور في مجلة قضاء، العدد السابع والعشرون، شوال ١٤٤٣هـ،

مايو ٢٠٢٢م.

٢. الأحكام السلطانية، المؤلف: القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ)، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقهي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٣. الأحكام السلطانية، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهرير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، دار الحديث، القاهرة.

٤. الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، المؤلف: عبد الفتاح الصيفي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبع عام ٢٠١٦م.

٥. الأحكام الفقهية المتعلقة بأهل البدع، المؤلف: د. عبد العزيز بن سليمان العيسى، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ، المملكة العربية السعودية، الدمام.

٦. الاختيار لتعليل المختار، المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي، (ت ٦٨٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.

٧. أدب القضاء لابن أبي الدم، المؤلف: إبراهيم بن عبد الله الهمذاني الحموي ابن أبي الدم الشافعي، المحقق: محيي هلال السرحان، وزارة الأوقاف العراق.

٨. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٩. الإسلام عقيدة وشريعة، المؤلف: محمود شلتوت، دار الشروق، الطبعة الثامنة عشرة، ٢٠٠١م.
١٠. أسنى المطالب شرح روض الطالب، المؤلف: أبو يحيى زكريا الأنصاري، (ت ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
١١. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
١٢. الأشباه والنظائر للسيوطي، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
١٣. أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشيخ الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية.
١٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
١٥. إغاثة اللفهان في مصائد الشيطان، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١)، تحقيق: محمد عزيز شمس، خرج



أحاديثه: مصطفى بن سعيد إيتيم، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.

١٦. أفضية رسول الله، المؤلف: محمد بن الفرغ القرطبي المالكي، أبو عبد الله، ابن الطلاع، ويقال الطلاعي (المتوفى: ٤٩٧هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، عام النشر: ١٤٢٦هـ.

١٧. الإقناع في مسائل الإجماع، المؤلف: علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ)، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

١٨. الأم، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

١٩. الإيمان الأوسط، المؤلف: أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، دراسة وتحقيق: الدكتور علي بن بخيت الزهراني، أصل الكتاب: أطروحة دكتوراه، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع العقيدة بجامعة أم القرى، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية

٢٠. بحث (حجية الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي والنظام السعودي وضوابطه)، د. محمد محمد سويلم، مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الطبية (١٠-١١).

٢١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، (ت ٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

٢٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٢٣. تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
٢٤. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المؤلف: القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي المعروف بابن فرحون اليعمري، (المتوفى: ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٢٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلبي (المتوفى: ١٠٢١هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
٢٦. تعريف الفكر (مقال)، المؤلف: سمير مثنى علي الأبارة، موقع شبكة الألوكة، على الشبكة العنكبوية.
٢٧. التعريفات، المؤلف: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٢٨. التعزير في الشريعة الإسلامية، المؤلف: د. عبد العزيز عامر، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الرابعة، بدون سنة نشر.
٢٩. تفسير ابن كثير، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٣٠. تفسير القرطبي، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.
٣١. تكملة رد المحتار، المؤلف: علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي (المتوفى: ١٣٠٦هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
٣٢. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٨٩م.
٣٣. تهذيب اللغة، المؤلف: محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
٣٤. الجامع الكبير - سنن الترمذي، المؤلف: محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨م.
٣٥. الجرح والتعديل لابن أبي حاتم، المؤلف: أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم (المتوفى: ٣٢٧هـ)، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، بحيدر آباد الدكن، الهند، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٢٧١هـ-١٩٥٢م.
٣٦. الجريمة السياسية، مفهومها، وأثارها، ونتائجها، دراسة فقهية قانونية، المؤلف: محمد حمدان الفروح، دار المقتبس، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ-٢٠١٨م.

٣٧. الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٨ م.
٣٨. الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي أو الداء والدواء، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، دار المعرفة، المغرب، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧ م.
٣٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان.
٤٠. حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، المؤلف: شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، (المتوفى: ٩٥٧هـ)، مطبوع مع حاشية قليوبي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثالثة، ١٣٧٥هـ-١٩٥٦ م.
٤١. حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، المؤلف: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، (المتوفى: ١٠٦٩هـ)، مطبوع مع حاشية عميرة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثالثة، ١٣٧٥هـ-١٩٥٦ م.
٤٢. الحسبة في الإسلام أو وظيفة الحكومة الإسلامية، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
٤٣. الخوارج تاريخهم وآراؤهم الاعتقادية، غالب علي عواجي، مكتبة لينة، مصر الأولى، ١٤١٨هـ.
٤٤. الذخيرة، المؤلف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ٦٨٤هـ، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م.



٤٥. رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
٤٦. سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية، المؤلف: فضيلة الشيخ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار النشر: دار ابن فرحون.
٤٧. سنن ابن ماجه، المؤلف: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٤٨. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٤٩. سنن الدارمي، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (المتوفى: ٢٥٥هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ-٢٠٠٠م.
٥٠. السنن الصغرى للنسائي، المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٥١. السنن الكبرى، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٥٢. السنن الكبرى، المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٥٣. سؤالات ابن الجنيد ليحيى بن معين، المؤلف: أبو زكريا يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام بن عبد الرحمن المري بالولاء، البغدادي (المتوفى: ٢٣٣هـ)، المحقق: أحمد محمد نور سيف، دار النشر: مكتبة الدار، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
٥٤. السياسة الشرعية، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية.
٥٥. الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، المؤلف: منصور الحفناوي، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
٥٦. شرح مختصر الروضة، المؤلف: سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى: ٧١٦هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٥٧. شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

- ٥٨ . شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- ٥٩ . الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- ٦٠ . صحيح البخاري، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، (المتوفى: ٢٥٦هـ)، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- ٦١ . صحيح مسلم، المؤلف: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (المتوفى: ٢٦١هـ)، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- ٦٢ . الضعفاء، المؤلف: أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي المكي (المتوفى: ٣٢٢هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- ٦٣ . الطرق الحكمية، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، مكتبة دار البيان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٦٤ . طلبة الطلبة، المؤلف: عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، بدون طبعة، ١٣١١هـ.
- ٦٥ . علل الترمذي الكبير، المؤلف: محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، رتبه على كتب الجامع:

- أبو طالب القاضي، المحقق: صبحي السامرائي، أبو المعاطي النوري، محمود خليل الصعيدي، عالم الكتب، مكتبة النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
٦٦. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، المؤلف: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: ١٠٩٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٦٧. الفتاوى الكبرى، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.
٦٨. فتح الباري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتيه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه و صححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.
٦٩. فتح القدير، المؤلف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، دار الفكر، الطبعة بدون طبعة وبدون تاريخ.
٧٠. فرق معاصرة تنتسب إلى الإسلام وبيان موقف الإسلام منها، المؤلف: د. غالب بن علي عواجي، المكتبة العصرية الذهبية للطباعة والنشر والتسويق، جدة، الطبعة الرابعة، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٧١. الفروع، المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.



٧٢. الفروق، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٣٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، أصل هذا الكتاب أطروحتان: الأولى ماجستير والثانية دكتوراه لنفس الباحث، دار الجليل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، رقم الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

٧٣. فضاءات الحرية، المؤلف: سلطان بن عبد الرحمن العميري، المركز العربي للدراسات الإنسانية، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر.

٧٤. الفقه على المذاهب الأربعة، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (المتوفى: ١٣٦٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٧٥. الفقيه والمتفقه، المؤلف: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، المحقق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.

٧٦. القاموس المحيط، المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

٧٧. قراءة في مفهوم الفكر (مقال)، موقع رؤيا للبحوث والدراسات، على الشبكة العنكبوية.

٧٨. قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، المؤلف: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: ٦٦٠هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (وصورتها دور عدة

- مثل: دار الكتب العلمية، بيروت، ودار أم القرى، القاهرة)، طبعة: جديدة مضبوطة منقحة، ١٤١٤هـ-١٩٩١م.
٧٩. القواعد والفوائد الأصولية، المؤلف: ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ٨٠٣هـ)، المحقق: عبد الكريم الفضيلى، المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٨٠. كشف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية.
٨١. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٨٢. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المؤلف: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: ٨٠٧هـ)، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
٨٣. المجموع شرح المهذب، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، دار الفكر.
٨٤. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم، وساعده ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، المدينة النبوية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٨٥. المحرر لابن عبد الهادي، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (المتوفى: ٧٤٤هـ)، المحقق: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، محمد سليم إبراهيم سمارة، جمال حمدي الذهبي، دار المعرفة، لبنان، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.



٨٦. المحلى، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٨٧. المدخل إلى السياسة الشرعية، عبد العال عطوة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة النشر: ١٤١٤هـ.
٨٨. مسند الإمام أحمد، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، (ت ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد وآخرون، إشراف: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٨٩. مسند البزار = المنشور باسم البحر الزخار، المؤلف: أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار (المتوفى: ٢٩٢هـ)، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله، (حقق الأجزاء من ١ إلى ٩)، وعادل بن سعد (حقق الأجزاء من ١٠ إلى ١٧)، وصبري عبد الخالق الشافعي (حقق الجزء ١٨)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، (بدأت ١٩٨٨م، وانتهت ٢٠٠٩م).
٩٠. مصنف ابن أبي شيبة، المؤلف: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
٩١. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المؤلف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدًا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٩٢. المعجم الأوسط، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، المحقق: طارق بن



- عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.
٩٣. المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، دار الدعوة.
٩٤. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المؤلف: أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي (المتوفى: ٨٤٤هـ)، وبهامشه لسان الحكام لابن الشحنة، مطبعة البابي الحلبي، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.
٩٥. المغرَّب في ترتيب المعرَّب، المؤلف: ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المُطَرِّزِي (المتوفى: ٦١٠هـ)، دار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٩٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٩٧. المغني شرح مختصر الخرقى، المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، (المتوفى: ٦٢٠هـ)، تحقيق: عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٩٨. المفصل في القواعد الفقهية، د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، تقديم أ.د. عبد الرحمن بن عبد العزيز السديس، دار التدمرية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
٩٩. المقاصد الشرعية في التعزير (رسالة ماجستير)، المؤلف: نصره إبراهيم، دار عباد الرحمن، مصر، ودار البشير، الإمارات، الطبعة الأولى، ١٤٤١هـ-٢٠١٩م.

١٠٠. مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
١٠١. المقدمات الممهّدات، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
١٠٢. المهذب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية.
١٠٣. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالخطاب، (المتوفى: ٩٥٤هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
١٠٤. موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، إعداد: د. أسامة بن سعيد القحطاني، د. علي بن عبد العزيز بن أحمد الخضير، د. ظافر بن حسن العمري، د. فيصل بن محمد الوعلان، د. فهد بن صالح بن محمد اللحيان، د. صالح بن عبيد الحربي، د. صالح بن ناعم العمري، د. عزيز بن فرحان بن محمد الحبلائي العنزي، د. محمد بن معيض آل دواس الشهراني، د. عبد الله بن سعد بن عبد العزيز المحارب، د. عادل بن محمد العبيسي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
١٠٥. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، عدد الأجزاء: ٤٥ جزءاً، الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ)، الأجزاء ١-٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، الأجزاء ٢٤-٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.

١٠٦. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي، المؤلف: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، قدم للكتاب: محمد يوسف البُنُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، المحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١٠٧. النظرية العامة للجريمة، حقيقتها، وأسسها العامة، المؤلف: حسن بن علي الشاذلي، دار الكتاب الجامعي، مصر، بدون سنة نشر.
١٠٨. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
١٠٩. النهاية في غريب الحديث والأثر، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي.
١١٠. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، المؤلف: د. محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق، سوريا، الطبعة الشرعية الثالثة، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

