



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المجلة العلمية الفقهية السعودية



مجلة فضاء

مجلة علمية محكمة
العدد الثامن رجب ١٤٣٨ هـ - أبريل ٢٠١٧ م

الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية
في باب القصاص في النفس
د. عبدالرحمن بن عايد العايد

التعزير بدون إثبات الإدانة - دراسة تأصيلية تطبيقية -
د. منصور بن عبدالرحمن الحيدري

قبول الوقف ومسائله المعاصرة
د. زيد بن سعد الغنام

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس
د. عبدالله بن إبراهيم الخضيري





هيئة التحرير

الأستاذ المشارك بقسم الفقه بالمعهد العالي للقضاء
رئيس هيئة التحرير

د. يوسف بن عبد الله بن عبد الله

القاضي بوزارة العدل
عضو هيئة التحرير

د. عبد المحسن بن زيد بن عبد الله

الأستاذ بقسم الفقه بالمعهد العالي للقضاء
عضو هيئة التحرير

أ.د. محمد بن جبر الالفي

الأستاذ بكلية الشريعة
عضو هيئة التحرير

أ.د. عبد الله بن محمد بن عبد الله

الأستاذ المشارك بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الملك سعود
عضو هيئة التحرير

د. خالد بن عثمان بن عبد الله

الأستاذ المساعد بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء
عضو هيئة التحرير

د. منصور بن عبد الرحمن بن عبد الله

الأستاذ المشارك بقسم الفقه بكلية الشريعة
مدير التحرير

د. خالد بن عبد الرحمن بن عبد الله

البحوث والدراسات
والمقالات المنشورة في
المجلة لا تعبر بالضرورة
عن رأي المجلة وإدارة
تحريرها.

مجلة قضاء - علمية محكمة متخصصة دورية
ترسل جميع البحوث والمشاركات العلمية باسم رئيس التحرير على العنوان التالي:
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المعهد العالي للقضاء - الجمعية العلمية القضائية
السعودية

هاتف وفاكس: ٠٠٩٦١ ١١ ٢٥٨٤٧٠١

بريد إلكتروني: qadham@imamu.edu.sa

للمراسلة



كلمة رئيس التحرير

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على مَنْ لا نبي بعده، وبعد:

يقوم التعليم العالي بدور كبير في خدمة المجتمع وتنميته بمختلف قطاعاته؛ وتعد المجالات العلمية المحكَّمة في الجامعات من القنوات العلمية المهمة في نشر المعرفة، والإسهام في التنمية والتطوير.

وتواصل «مجلة قضاء» عطاءاتها ببحوثها المتنوعة في مجال القضاء بتخصصاته المختلفة، وقد حظي هذا العدد بأبحاث علمية محكمة خادمة للقضاء، وداعمة لقضاياه.

إن تهيئة هذا المنبر العلمي لنشر البحوث العلمية، والتي تم تحكيمها وفق القواعد العلمية للتحكيم العلمي المتعارف عليه؛ تسهم في إثراء الجانب النظري والتطبيقي للدراسات القضائية، والتي نسعد جميعًا بالتعاون في إثرائها وتطويرها.

إن هذا الاهتمام بالجوانب القضائية يعكس اهتمام ولاية الأمر، وفقهم الله، وجميع الأجهزة القضائية بتحقيق العدل الذي قامت عليه السموات والأرض، ويشرفنا في «جمعية قضاء»، وعبر «مجلة قضاء» الإسهام في تنمية الجانب العلمي بالدراسات العلمية المتخصصة.

ومن هنا نسعد بصدور العدد الثامن من هذه المجلة المباركة، ونؤكد

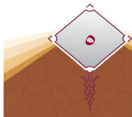


سرورنا وترحبنا باستقبال الدراسات والبحوث التي تُعنى بالجوانب القضائية
من أصحاب الفضيلة: القضاة وكُتّاب العدل، والمختصين، والباحثين،
وأعضاء هيئة التدريس، وغيرهم من المهتمين بالدراسات العلمية
المتخصصة في مجال القضاء.

وَأَسْأَلُ اللَّهَ لِلْجَمِيعِ التَّوْفِيقَ وَالسَّدَادَ

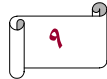
وَصَلَّى اللَّهُ وَسَلَّم عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ

رئيس التحرير





محتويات العدد



○ الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية

في باب القصاص في النفس

د. عبد الرحمن بن عايد العايد



○ التعزير بدون إثبات الإدانة

د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري



○ قبول الوقف ومسائله المعاصرة

د. زيد بن سعد الغنام



○ الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

د. عبد الله بن إبراهيم بن صالح الخضير



ضوابط النشر في المجلة

- ١- أن يكون البحث لم يسبق نشره.
- ٢- أن يكون البحث فيما يخدم مجال القضاء.
- ٣- أن يتصف البحث بالجدة والأصالة.
- ٤- إذا كان البحث تحقيقاً لمخطوط سبق نشره، فيذكر الباحث ما يفيد قيمته العلمية وأنه لم يسبق تحقيقه.
- ٥- أن يلتزم الباحث بالمنهجية العلمية لكتابة البحوث وتحقيق المخطوطات.
- ٦- ألا يتجاوز عدد الصفحات (٥٠ صفحة)، ولهيئة التحرير الاستثناء من ذلك.
- ٧- أن يرفق الباحث ملخصاً للبحث باللغتين: (العربية والإنجليزية) بما لا يزيد عن مائتي كلمة.
- ٨- أن يرفق الباحث نسخة من البحث على (قرص مدمج - CD) يحتوي على البحث بكامله على برنامج «وورد»، عند إجازته للنشر.
- ٩- أن يكون خط الأصل (١٨) وخط الهامش (١٤)، ونوع الخط (Traditional Arabic).
- ١٠- أن يرفق أربع نسخ مطبوعة على مقاس (A4)، وتكون اثنتان منها دون اسم الباحث؛ مع أهمية التنبيه بعدم الإشارة للباحث في جميع البحث وفقاً لمعيار التحكيم العلمي.
- ١١- للمجلة الحق في نشر البحث على الموقع الإلكتروني للجمعية بعد إجازته للنشر.
- ١٢- ترسل الأبحاث عبر البريد أو تسلم مئولة لأمانة المجلة، أو ترسل عبر بريد المجلة الإلكتروني.
- ١٣- لا تلتزم المجلة برد النسخ عند عدم إجازة البحث للنشر.
- ١٤- لا يحق للباحث نشر البحث قبل مضي ستة أشهر من تاريخ نشره في المجلة.
- ١٥- يزود الباحث بنسختين من المجلة مع عشر مستلآت.





الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص في النفس

إعداد

د. عبد الرحمن بن عايد العايد

الأستاذ المشارك بقسم الفقه في كلية الشريعة

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية





الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المقدمة

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

أما بعد:

فإن الخلق على اختلاف طبقاتهم، وما هم عليه من تشتت الأهواء، وتباين الآراء، لا بد لهم من إمام مطاع يجمع شتاتهم، وينظر في مصالحهم. ولا يمكن لهذا الإمام أن يقوم بواجباته ما لم يُطع من قِبَل رعيته؛ ولذا أوجب الإسلام طاعة ولي الأمر، ونهى الرعية عن منازعته في تصرفاته ما دام أنها في غير معصية الله - تعالى.

ولولي الأمر أحكام أكسبه الشارع إياها - بصفته الاعتبارية - تبين أن لولي الأمر ما ليس لغيره من آحاد الناس، وهذا ما أريد بحثه بعنوان: (الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص في النفس).

أهمية الموضوع:

الكلام عن الأحكام التي يكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية - تبين بوضوح - أن له مزية عن غيره، وهذا مما يقوي في النفوس مكانته، ويحفزها إلى طاعته بالمعروف، وقد تكلم علماء العقيدة عن حق ولي الأمر، ولم يألوا جهداً في بيان ذلك للناس بما يذكرون به من نصوص شرعية تعظم





الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

هذا الحق .

وللتنوع في أسلوب إبراز هذا الحق : كان هذا الموضوع الذي يبين حق ولي الأمر من خلال فروع فقهية في باب القصاص في النفس .

أسباب اختيار الموضوع:

- ١ - أهمية الموضوع : كما سبق بيانه .
- ٢ - الحاجة الملحة لبيان هذه الأحكام ، والتي يساعد إبرازها على بيان مكانة ولي الأمر في الإسلام ، ولا سيما مع التشغيب على هذه المكانة في عصرنا الحاضر .
- ٣ - الكلام في هذا الموضوع - بهذه الطريقة - لم أرَ مَنْ بحثه ، فأردت بحثه بحثاً فقهياً .

أهداف الموضوع:

- ١ - تقديم دراسة فقهية مؤصلة تجمع هذه الأحكام ، وكلام الفقهاء فيها .
- ٢ - المساهمة - من الناحية الفقهية - في إبراز ما لولي الأمر من مكانة تعزز وجوب طاعته .
- ٣ - المساهمة في الرد على من ينتقص من حق ولي الأمر ، ويشغب عليه .

منهج البحث:

- ١ - تصوّر المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها .



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصص

٢ - إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق ذكرت حكمها بدليله، مع توثيق ذلك.

٣ - إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، ذكرت الأقوال فيها - بعد تحقيق الأقوال - وصحة النسبة فيها، وتوثيقها من كتب المذهب نفسه، مع الترجيح، وبيان سببه.

٤ - عند عرض الأقوال في المسألة المختلف فيها، أذكر القول، ثم أذكر دليله، ووجه الاستدلال، وما نوقش به، وما أجيب به عن تلك المناقشة، فإن صدرت المناقشة أو الإجابة ب: يناقش، أو: يجاب، فالمناقش أو المجيب أنا، وإن صدرتهما ب: نوقش، أو: أجيب، فالمناقش أو المجيب غيري؛ ثم بعد ذلك أذكر الراجع.

٥ - أكتفي بذكر اسم المرجع دون ذكر المؤلف، ما لم يكن هناك أكثر من مرجع يحمل الاسم نفسه، فأميز بينها بذكر اسم المؤلف.

٦ - عزو الآيات القرآنية الواردة في البحث إلى سورها؛ وذلك ببيان اسم السورة، ورقم الآية.

٧ - تخريج الأحاديث النبوية والآثار عند أول ورودها في البحث، مع بيان درجتها إن لم تكن في «الصحيحين» أو أحدهما.

٨ - عدم الترجمة للأعلام الوارد ذكرهم في البحث.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٩ - جعلت في نهاية البحث خاتمة بينت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها .

تقسيمات البحث:

□ انتظمت الخطة في : مقدمة ، وتمهيد ، وخمسة مباحث ، وخاتمة ؛ وهذا بيانها :

○ المقدمة :

وبينت فيها : عنوان الموضوع وأهميته ، وأسباب اختياره ، وأهدافه ، ومنهج البحث ، وتقسيماته .

○ التمهيد : في وجوب طاعة ولي الأمر .

○ المبحث الأول : جعل ولاية الدم لولي الأمر :

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : ولاية دم من لا وارث له .

المطلب الثاني : استيفاء القصاص من قاتل من لا وارث له .

المطلب الثالث : العفو مجاناً عن قاتل من لا وارث له .

المطلب الرابع : استيفاء حق الصغير إذا كان ولياً للدم .

○ المبحث الثاني : إذن ولي الأمر في استيفاء القصاص :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: اشتراط إذن ولي الأمر في استيفاء القصاص .

المطلب الثاني: عقوبة المستوفي دون إذن ولي الأمر .

○ **المبحث الثالث:** استيفاء عقوبة من استحق القتل:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قتل المرتد .

المطلب الثاني: رجم الزاني المحصن .

المطلب الثالث: قتل القاتل عمداً .

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: قتل القاتل غيلة .

المسألة الثانية: قتل القاتل على وجه الحراية .

المسألة الثالثة: قتل القاتل في غير الغيلة أو الحراية .

○ **المبحث الرابع:** معاقبة القاتل عمداً إذا عفي عنه .

○ **المبحث الخامس:** تحتم قتل قاتل ولي الأمر .

○ **الخاتمة:** وتشمل أهم النتائج المتوصل إليها .

وفي الختام أتوجه إلى الله **وَعَلَى** بالشكر على نعمه الظاهرة والباطنة ، ومنها

إكمال البحث على هذا الوجه .



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصص

وَأَسْأَلُ اللَّهَ **عَزَّ وَجَلَّ** أَنْ يَغْفِرَ لِي مَا حَصَلَ مِنِّي فِي هَذَا الْبَحْثِ مِنَ التَّقْصِيرِ
وَالزَّلَلِ، وَأَنْ يَجْعَلَ هَذَا الْبَحْثَ عِنْدَ حَسَنِ ظَنِّ مَنْ قَرَأَهُ.
فَإِنْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَمِنَ اللَّهِ، وَأُحْمَدُهُ عَلَى ذَلِكَ، وَإِنْ يَكُنْ غَيْرَ ذَلِكَ فَاسْتَغْفِرُ
اللَّهُ.

وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ.





الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

التمهيد

طاعة ولي الأمر

وردت نصوص كثيرة في وجوب السمع والطاعة لولي الأمر ما لم يأمر بمعصية، والدخول في بيعته، وحرمة الخروج عليه، فقال الله - تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ۝٥٩﴾ (١).

وفي الحديث: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني، ومن عصى أميري فقد عصاني» (٢).

وأمر صلى الله عليه وآله بالسمع والطاعة لولي الأمر، وإن كان في أمر تكرهه ولا تنشط إليه، وإن كان في طاعته ما يخالف هواك؛ فعن عباد بن الصامت رضي الله عنه قال: دعانا رسول الله صلى الله عليه وآله فبايعناه، فكان فيما أخذ علينا: أن بايعنا على السمع

(١) سورة النساء، الآية: (٥٩).

(٢) رواه البخاري - واللفظ له - في صحيحه (٤/ ٣٢٨)، كتاب الأحكام، باب قول الله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، حديث رقم (٧١٣٧)، ومسلم في صحيحه (٣/ ١٤٦٦)، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية، حديث رقم (١٨٣٥).

والطاعة في منشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا، وألا ننازع الأمر أهله، قال: «إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم من الله فيه برهان»^(١).

قال ابن تيمية: (فطاعة الله ورسوله واجبة على كل أحد، وطاعة ولاية الأمور واجبة لأمر الله بطاعتهم، فمن أطاع الله ورسوله بطاعة ولاية الأمور لله فأجره على الله، ومن كان لا يطيعهم إلا لما يأخذه من الولاية، فإن أعطوه أطاعهم، وإن منعوه عصاهم، فما له في الآخرة من خلاق)^(٢).

وفي الحديث: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم: رجل على فضل ماء بالطريق يمنع منه ابن السبيل، ورجل بايع إماماً لا يبايعه إلا لدنياه إن أعطاه ما يريد وفى له وإلا لم يف له، ورجل يبايع رجلاً بسعة بعد العصر، فحلف بالله لقد أعطي بها كذا وكذا، فصدقه فأخذها ولم يُعْطَ بها»^(٣).

وإعطاء ولي الأمر حقه واجب وإن لم يعطك حقلك. لما سأل رجل

(١) رواه البخاري في صحيحه (٤ / ٣١٣)، كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ: «سترون بعدي أموراً تنكرونها»، ورواه مسلم - واللفظ له - في صحيحه (٣ / ١٤٧٠)، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية، حديث رقم (١٨٤٠).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٥ / ١٦، ١٧).

(٣) رواه البخاري - واللفظ له - في صحيحه (٤ / ٣٤٥)، كتاب الأحكام، باب من بايع رجلاً لا يبايعه إلا للدنيا، حديث رقم (٧٢١٢)، ومسلم في صحيحه (١ / ١٠٣)، كتاب الإيمان، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار والمن بالعطية، حديث رقم (١٧٣).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

النبي ﷺ فقال: يا نبي الله أرأيت إن قامت علينا أمراء يسألونا حقهم ويمنعونا حقنا فما تأمرنا؟ فأعرض عنه، ثم سألوه فأعرض عنه، ثم سألوه في الثالثة، فجذبه الأشعث بن قيس، فقال رسول الله ﷺ: «اسمعوا وأطيعوا، فإنما عليهم ما حملوا، وعليكم ما حملتم»^(١).

بل إن طاعته واجبة وإن جار عليك وآذاك، حتى إن النبي ﷺ قال: «تسمع وتطيع للأمر، وإن ضرب ظهرك، وأخذ مالك، فاسمع وأطع»^(٢).

ولا تخرج عليه وتخلع بيعته من عنقك لأجل جوره؛ ففي الحديث أن النبي ﷺ قال: «من كره من أميره شيئاً فليصبر عليه، فإنه ليس من أحد من الناس خرج من السلطان شبراً فمات عليه، إلا مات ميتة جاهلية»^(٣).

وهذا سواء كان إماماً عادلاً أم كان جائراً، ما دام لم يخرج عن الإسلام؛

(١) رواه مسلم في صحيحه (٣/ ١٤٧٤، ١٤٧٥)، كتاب الإمارة، باب في طاعة الأمراء وإن منعوا الحقوق، حديث رقم (١٨٤٦).

(٢) رواه مسلم في صحيحه (٣/ ١٤٧٥)، كتاب الإمارة، باب وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن وفي كل حال، وتحريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة، حديث رقم (١٨٤٧).

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٤/ ٣١٣)، كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ: «سترون بعدي أموراً تنكرونها»، حديث رقم (٧٠٥٣)، ورواه مسلم - واللفظ له - في صحيحه (٣/ ١٤٧٧)، كتاب الإمارة، باب وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن وفي كل حال، وتحريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة، حديث رقم (١٨٤٩).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

وذلك لأن الصبر على جور الأئمة وظلمهم مع ما فيه من ضرر، أخف ضرراً
وأيسر خطراً من ضرر الخروج عليهم.
وقد نُقل الإجماع على عدم جواز الخروج على السلطان الظالم^(١).



(١) نقل الإجماع على ذلك النووي في شرحه لصحيح مسلم (١٢ / ٢٢٩)، وابن حجر في
فتح الباري (٧ / ١٣).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المبحث الأول جعل ولاية الدم لولي الأمر

إذا كان للمقتول أقارب؛ فإن ولاية دمه ترجع إلى أقاربه باتفاق الفقهاء، على اختلافٍ بينهم في التفاصيل^(١).

فإن لم يكن له من يرث دمه، فمن يكون وليه؟ وهل له استيفاء القصاص؟ وهل له أن يعفو عن دمه مجاناً؟ وإذا كان ولي الدم غير مكلف، فمن يستوفي له القصاص؟

﴿هذا ما أتكلم عنه في أربعة مطالب:﴾

- ❑ **الطلب الأول:** ولاية دم من لا وارث له.
- ❑ **الطلب الثاني:** استيفاء القصاص من قاتل من لا وارث له.
- ❑ **الطلب الثالث:** العفو مجاناً عن قاتل من لا وارث له.
- ❑ **الطلب الرابع:** استيفاء حق الصغير إذا كان ولياً للدم.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٤٢/٧)، الاختيار (٢٤/٥)، النوادر والزيادات (٩٦/١٤)، الكافي لابن عبد البر (١١٠٠/٢، ١١٠١)، الحاوي (١٠٠/١٢)، المهذب (١٨٣/٢)، المغني (٥٨١/١١)، شرح الزركشي على الخرقي (١٠٦/٦).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الأول

ولاية دم من لا وارث له

﴿إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ لَا وَارثَ لِدَمِهِ، فَإِنَّ وَلِيَّ الْأَمْرِ يَكُونُ وَلِيَّ دَمِهِ﴾^(١)؛ وذلك لما يأتي:

١ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ - ثَلَاثَ مَرَاتٍ - فَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا، فَوَلِيَّ الْأَمْرِ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»^(٢).

وجه الاستدلال: الحديث صريح في أن من لا ولي له فوليه ولي الأمر، وهو وإن ورد في النكاح، لكن لفظه عام في كل من لا ولي له^(٣).

(١) انظر: تحفة الفقهاء (١٠١/٣)، الاختيار (٢٩/٥)، البيان والتحصيل (٤٧٧/١٥)، الشرح الكبير للدردير (٢٥٦/٤)، المهذب (١٨٤/٢)، البيان (٤٠٢/١١)، المغني (٥٩٤/١١)، كشف القناع (٥٣٥/٥).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٢٤٣/٤٠)، حديث رقم (٢٤٢٠٥)، وأبو داود - واللفظ له - في سننه (٣٩٢/٢) كتاب النكاح، باب في الولي، رقم الحديث (٢٠٨٣)، والترمذي في سننه (٣٩٨/٣، ٣٩٩)، رقم الحديث (١١٠٢)، وابن ماجه في سننه (٦٠٥/١)، رقم الحديث (١٨٧٩).

والحديث صحيح، انظر: تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٢٨٦/٤)، تنقيح التحقيق للذهبي (١٦٨/٢)، نصب الراية (١٨٤/٣)، صحيح سنن أبي داود (٣٩٣/٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٤٥/٧).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٢ - عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُبَيْدِ بْنِ عُمَيْرٍ، قَالَ: لَمَّا طُعِنَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَثَبَ عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ عَلَى الْهُرْمُزَانَ فَقَتَلَهُ، فَقِيلَ لِعُمَرَ: إِنَّ عُبَيْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قَتَلَ الْهُرْمُزَانَ، قَالَ: وَلِمَ قَتَلَهُ؟ قَالَ: إِنَّهُ قَتَلَ أَبِي، قِيلَ: وَكَيْفَ ذَلِكَ؟ قَالَ: رَأَيْتُهُ قَبْلَ ذَلِكَ مُسْتَخْلِيًا بِأَبِي لَوْلُؤَةَ، وَهُوَ أَمْرُهُ بِقَتْلِ أَبِي، قَالَ عُمَرُ: مَا أَذْرِي مَا هَذَا؟ انْظُرُوا إِذَا أَنَا مُتُّ فَاسْأَلُوا عُبَيْدَ اللَّهِ ابْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ ابْنَ الْهُرْمُزَانَ، هُوَ قَتَلَنِي، فَإِنْ أَقَامَ ابْنَةُ فَدَمُهُ بِدَمِي، وَإِنْ لَمْ يُقِمِ ابْنَةُ فَأَقِيدُوا عُبَيْدَ اللَّهِ مِنْ الْهُرْمُزَانَ، فَلَمَّا وَلِيَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قِيلَ لَهُ: أَلَا تُمَضِّي وَصِيَّةَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي عُبَيْدِ اللَّهِ؟ قَالَ: وَمَنْ وَلِيَ الْهُرْمُزَانَ؟ قَالُوا: أَنْتَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ: فَقَدْ عَفَوْتُ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ^(١).

وجه الاستدلال: أن الهرمزان لا ولي له من ورثته، وقد جعل عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من نفسه ولياً له؛ وذلك باعتبار أنه هو ولي أمر المسلمين، وقد أقره الصحابة على ذلك، وتصرف بمقتضى هذه الولاية، فعفا عن عبيد الله بن عمر ^(٢).

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٧٥/٥ - ٤٨٠)، كتاب المغازي، باب حديث أبي لؤلؤة قاتل عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حديث رقم (٩٧٧٥)، والبيهقي - واللفظ له - في السنن الكبرى (٦١/٨، ٦٢)، كتاب الجنایات، باب أحد الأولياء إذا عدا على رجل فقتله بأنه قاتل أبيه.

والأثر حسن، انظر: مجمع الزوائد (٨٠/٩)، المطالب العالية (٧٨١/١٥)، فتح الباري (٣٤٣/١٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٤٥/٧).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٣ - عصمة الدماء مطلوبة في الشرع، ولو لم نجعل لمن لا وارث له ولياً
يطالب بمعاقة الجاني عليه؛ لأدى ذلك إلى أن يتساهل بعض الناس في
قتله (١).



(١) انظر: الإنصاف (٩/٤٨٣)، كشف القناع (٥/٥٣٥).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الثاني

استيفاء القصاص من قاتل مَنْ لا وارث له

سَبَقَ أَنْ وَلِيَّ الْأَمْرِ يَكُونُ وَلِيَّ دَمٍ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْقَصَاصَ مِنَ الْقَاتِلِ؟

□ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

○ **القول الأول:** لولي الأمر أن يستوفي القصاص من قاتل مَنْ لا وارث له؛ وهذا مذهب الحنفية، وقول المالكية، ومذهب الشافعية، وقول الحنابلة^(١).

واستدلوا: بالأدلة نفسها التي سبق ذكرها في كون ولي الأمر ولي من لا وارث له^(٢).

○ **القول الثاني:** ليس لولي الأمر أن يستوفي القصاص من قاتل من لا وارث له، إن كان المقتول من أهل دار الإسلام، وله ذلك إن كان المقتول

(١) انظر: الأصل (٥١٩/٤)، تحفة الفقهاء (١٠١/٣)، البيان والتحصيل (٤٧٧/١٥)، مواهب الجليل (٢٥٠/٦)، حاشية الدسوقي (٢٥٦/٤)، الحاوي (١٠١/١٢)، التهذيب (٧٦/٧)، الكافي لابن قدامة (٣٦/٤)، الإنصاف (٤٨٣/٩).

(٢) انظر ص: (٨، ٩) من هذا البحث.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

من أهل دار الحرب؛ وهذا قول أبي يوسف من الحنفية^(١).

واستدل بما يأتي:

١ - أنه إذا كان في دار الإسلام فله ولي، إلا أننا لا نعلمه بعينه، وحق استيفاء القصاص للولي، فيصير ذلك شبهة تمنع ولي الأمر من استيفاء القصاص، وإذا تعذر استيفاء القصاص بشبهة وجبت الدية، أما إذا كان حربياً فأسلم ودخل دار الإسلام، فقتل، فإننا نعلم أن لا ولي له في دار الإسلام^(٢).

ونوقش: بأن المسألة فيمن لا يُعلم له ولي، أما إذا علم أن له ولياً فلا.

٢ - القصاص عقوبة مشروعة للتشفي، وهذا يحصل للأولياء، ولا يحصل لعامة المسلمين، وولي الأمر نائب عن المسلمين في استيفاء ما هو حق لهم، وحقهم فيما ينفعهم، وهو الدية؛ لأنه مال مصروف إلى مصالحهم؛ فلهذا أوجبنا الدية دون القصاص^(٣).

ويناقش: بأن اختيار ولي الأمر ليس تشهياً، وإنما يراعى فيه مصلحة المسلمين، ومصلحتهم كما تكون في الدية، تكون - أيضاً - في القصاص؛ وذلك لزجر من تُسَوَّلُ له نفسه قتل مَنْ لا ولي له، فنكون بهذا القصاص

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٣/١٠١)، البناية (١٢/١٢٠).

(٢) انظر: المبسوط (١٠/٢١٨، ٢١٩)، بدائع الصنائع (٧/٢٤٥).

(٣) انظر: المبسوط (١٠/٢١٩).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

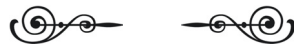
حافظنا على دماء مَنْ لا وارث لهم، وحافظنا على دماء من يريد قتلهم.

○ **القول الثالث:** ليس لولي الأمر أن يستوفي القصاص مِنْ قَاتِلِ مَنْ لا وارث له؛ وهذا قول عند الشافعية^(١).

واستدلوا: بأن هذا حق لعامة المسلمين، وفيهم صغار، وهؤلاء مصلحتهم في أخذ المال، لا في القصاص^(٢).

ويناقش: بأن الحق لعامة المسلمين، لا لفئة منهم، واختيار ولي الأمر بين القصاص والدية مبني على ما تقتضيه مصلحتهم في الجملة، وإن تعارض مع مصلحة بعضهم.

■ **والراجع:** القول الأول بأن ولي الأمر له أن يستوفي القصاص من قاتل من لا وارث له؛ لقوة أدلتهم، مع مناقشة ما استدل به المخالفون.



(١) انظر: التهذيب (٧/٧٦)، روضة الطالبين (٧/٨٣).

(٢) انظر: التهذيب (٧/٧٦).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الثالث

العفو مجاناً عن قاتل من لا وارث له

❏ إذا قُتِلَ مَنْ لا وارث له، فوليه ولي أمر المسلمين، فهل له أن يعفو عن القاتل مجاناً؟

❑ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

○ **القول الأول:** ليس لولي الأمر العفو مجاناً عن قاتل من لا وارث له؛ وهذا قول الحنفية، ومذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة^(١).

واستدلوا: بأن الحق للمسلمين، وولي الأمر نائب عنهم، يتصرف لهم بما فيه مصلحتهم وحظهم، ولا حظ لهم في إسقاط حقهم بغير بدل، فلم يملكه ولي الأمر^(٢).

○ **القول الثاني:** ليس لولي الأمر العفو مجاناً عن قاتل مَنْ لا وارث له إذا كان القاتل والمقتول مسلمين، وله ذلك إذا كانا كافرين، ثم أسلم

(١) انظر: الأصل (٥١٩/٤)، بدائع الصنائع (٢٤٥/٧)، التنبيه ص: (١٣٤)، التهذيب (٧٦/٧)، المحرر (١٣١/٢)، المبدع (٢٨٥/٨).

(٢) انظر: الأصل (٥١٩/٤)، بدائع الصنائع (٢٤٥/٧)، الحاوي (١٠١/١٢)، المهذب (١٨٩/٢)، المغني (٥٩٤/١١)، المبدع (٢٨٥/٨).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

القاتل ؛ وهذا قول المالكية^(١) .

واستدلوا: بأن حرمة القاتل لما أسلم أعظم من حرمة الكافر المقتول ؛ ولأنه ليس لهذا المقتول أولياء ، وإنما ولايته لولي أمر المسلمين ، فكان لولي الأمر العفو مجاناً^(٢) .

ويناقش: بأن عِظَمَ حرمة دم القاتل الذي أسلم لا تُسقط حق المسلمين بالدية .

○ **القول الثالث:** لولي الأمر العفو مجاناً عن قاتلٍ مَنْ لا وارث له ؛ وهذا قول عند الشافعية ، وقول عند الحنابلة^(٣) .

واستدلوا بما يأتي:

١ - أنه روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه عفا عن عبيد الله بن عمر قاتل الهرمزان ، ولم ينكره أحد من الصحابة^(٤) .

ويناقش: بأنه ورد في بعض روايات هذا الأثر أن عثمان رضي الله عنه ودَى مَنْ قَتَلَهُ عبيد الله بن عمر^(٥) .

(١) انظر: البيان والتحصيل (٤٧٧/١٥)، شرح الخرشي على خليل (٢١/٨) .

(٢) انظر: البيان والتحصيل (٤٧٧/١٥) .

(٣) انظر: الحاوي (١٠١/١٢)، الكافي لابن قدامة (٥٢/٤)، الإنصاف (٤٨٤/٩) .

(٤) انظر: الكافي لابن قدامة (٥٢/٤)، المبدع (٢٨٥/٨) .

(٥) انظر هذه الرواية في مصنف عبد الرزاق (٤٧٥/٥ - ٤٨٠)، كتاب المغازي، =



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٢ - أن ولي الأمر في هذه الحالة هو ولي الدم، فجاز له العفو على غير المال، كسائر الأولياء^(١).

ويناقد: بأن ولي الدم له في العفو منفعة، وهي الحصول على الأجر، بينما لا يوجد ذلك في ولي الأمر؛ لأنه لا ينظر لنفسه، وإنما لعموم المسلمين.

■ **والراجع:** القول الأول بأن ولي الأمر لا يملك العفو مجاناً؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، مع مناقشة ما استدل به المخالفون.



= باب حديث أبي لؤلؤة قاتل عمر رضي الله عنه، حديث رقم (٩٧٧٥).
(١) انظر: الحاوي (١٠١/١٢)، الكافي لابن قدامة (٥٢/٤).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الرابع

استيفاء حق الصغير إذا كان ولياً للدم

﴿إذا كان وارث الدم صغيراً، فهل لولي أمر المسلمين أن يستوفي حقه؟﴾

□ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

○ القول الأول: لا يستوفي ولي الأمر حق الصغير إذا كان ولياً للدم. وهذا قول عند الحنفية، وقول المالكية، والشافعية، والحنابلة^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١ - أن القصاص شرع للتشفي ودرك الغيظ لولي الدم، ولا يحصل ذلك باستيفاء غيره^(٢).

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٣/١٠١)، الاختيار (٥/٢٩)، النوادر والزيادات (١٤/١١٢)، الذخيرة (١٢/٣٠٢)، الحاوي (١٢/١٠٤)، المذهب (٢/١٨٤)، الكافي لابن قدامة (٤/٣٥)، كشف القناع (٥/٥٣٣).

والقائلون بهذا القول اختلفوا على قولين:

القول الأول: ينتظر بلوغ الصبي. وهذا قول عند الحنفية، وهو قول الشافعية، وقول الحنابلة.

القول الثاني: يجعل ولي أمر المسلمين للصبي ولياً ينظر له؛ هذا قول المالكية. انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤/٤٠)، المغني (١١/٥٧٧)، المبدع (٨/٢٧٨).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٢ - أن ولي الأمر لا يملك إيقاع الطلاق بزوجة الصغير، فلا يملك استيفاء القصاص له^(١).

○ **القول الثاني:** يستوفي ولي الأمر حق الصغير إذا كان ولياً للدم؛ وهذا قول المتأخرين من الحنفية^(٢).
ولم أجد لهم دليلاً.

■ **والراجع:** القول الأول بأن ولي الأمر لا يستوفي حق الصغير؛ لقوة ما استدلوا به.



(١) انظر: البيان (٤٠٠/١١)، المغني (٥٧٧/١١)، المبدع (٢٧٨/٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٤٣/٧)، تكملة البحر الرائق (٣٤٢/٨).

تنبيه: الخلاف المذكور في القصاص في النفس، لا فيما دون النفس، ففيه كلام آخر خارج عن موضوع هذا البحث.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المبحث الثاني

إذن ولي الأمر في استيفاء القصاص

لولي الدم استيفاء القصاص بنفسه - إذا كان يحسنه - على قول جمهور الفقهاء^(١)، لكن هل يمكنه ذلك دون إذن ولي الأمر؟ وإذا كان لا يمكنه ذلك فماذا عليه لو فعل ذلك؟

هذا ما أتكلم عنه في مطلبين:

□ **الطلب الأول:** اشتراط إذن ولي الأمر في استيفاء القصاص.

□ **الطلب الثاني:** عقوبة المستوفي دون إذن ولي الأمر.



(١) انظر: المبسوط (٢١٨/١٠، ١٧٣/٢٦)، بدائع الصنائع (٢٤٣/٧)، بداية المجتهد (٣٠٢/٢، ٤٠٥)، الشرح الكبير للدردير (٢٥٦/٤)، روضة الطالبين (٨٤، ٨٥)، كفاية النبيه (٤٥٧/١٥)، المغني (٥١٦ / ١١)، المبدع (٢٨٩/٨).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الأول

اشتراط إذن ولي الأمر في استيفاء القصاص

إذا أذن ولي الأمر لولي المجني عليه أن يقتص من الجاني، فاقص منه؛ فلا شيء عليه؛ لأنه فعل ما له فعله، وله الحق في الاستيفاء بنفسه أو بوكيله - على قول جمهور الفقهاء^(١).

ويشترط الحنفية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة حضور الموكل إذا كان المستوفي هو الوكيل^(٢).

فإن لم يأذن له ولي الأمر، وقتل الجاني، ولم تكن له بينة على ثبوت القصاص له؛ لم تقبل دعواه، ويعامل معاملة الجاني ابتداءً، فيؤاخذ بجنايته.

فإن ثبت القصاص واستوفاه دون إذن ولي الأمر؛ اعتدّ به عن القصاص؛ لأنه استوفى حقه^(٣).

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: المبسوط (١٧٣/٢٦)، بدائع الصنائع (٢٤٣/٧)، مغني المحتاج (٢٢١/٢)، المبدع (٣٥٩/٤).

(٣) انظر: النواذر والزيادات (٤٢٨/١٣، ٤٩/١٤)، الذخيرة (٣٢٣/١٢)، البيان (١١/٤٠٥)، مغني المحتاج (٤١/٤)، الفروع (٤٠٣/٩)، المبدع (٢٨٨/٨).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

ولكن هل يجب استئذان ولي الأمر في الاستيفاء؟

□ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

○ القول الأول: يجب استئذان ولي الأمر في الاستيفاء؛ وهذا قول عند الحنفية، وهو قول المالكية، ومذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١- عن النزال بن سبرة قال: (إِنَّا لَبِمَكَّةَ إِذْ نَحْنُ بِامْرَأَةٍ اجْتَمَعَ عَلَيْهَا النَّاسُ حَتَّى كَادَ أَنْ يَقْتُلُوهَا، وَهُمْ يَقُولُونَ: زَنْتَ زَنْتَ، فَأَتَى بِهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رضي الله عنه، وَهِيَ حُبْلَى، وَجَاءَ مَعَهَا قَوْمُهَا، فَأَثْنُوا عَلَيْهَا بِخَيْرٍ، فَقَالَ عُمَرُ: أَخْبِرِينِي عَنْ أَمْرِكِ؟ قَالَتْ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، كُنْتُ امْرَأَةً أُصِيبُ مِنْ هَذَا اللَّيْلِ، فَصَلَّيْتُ ذَاتَ لَيْلَةٍ ثُمَّ نِمْتُ، وَقُمْتُ وَرَجُلٌ بَيْنَ رِجْلَيَّ، فَقَذَفَ فِيَّ مِثْلَ الشَّهَابِ ثُمَّ ذَهَبَ، فَقَالَ عُمَرُ رضي الله عنه: لَوْ قَتَلَ هَذِهِ مَنْ بَيْنَ الْجَبَلَيْنِ - أَوْ قَالَ: الْأَخْشَبَيْنِ - شَكَ أَبُو خَالِدٍ - لَعَذَّبَهُمُ اللَّهُ، فَخَلَّى سَبِيلَهَا وَكَتَبَ إِلَى الْأَفَاقِ: أَلَّا تَقْتُلُوا أَحَدًا إِلَّا بِإِذْنِي^(٢).

(١) انظر: الدر المختار (٥٤٩/٦)، التوضيح لخليل (١٠٩/٨)، شرح الخرشي على خليل (٤/٨)، مختصر المزني ص: (٢٤٣)، نهاية المحتاج (٣٠٢/٧)، الهداية لأبي الخطاب (١١٢/٢)، الإنصاف (٤٨٧/٩).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥١٢/٥)، كتاب الحدود، باب في درء الحدود بالشبهات، حديث رقم (٢٨٥٠١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦١/٨)، =



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

- وجه الاستدلال:** أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نهاهم عن القتل إلا بإذنه - وكان هو ولي الأمر، وهذا صريح في وجوب استئذان ولي الأمر.
- ٢-** أن إثبات القصاص واستيفاءه يحتاج إلى نظر واجتهاد؛ لوجود الخلاف في بعض شروطه وكيفية استيفائه، وما يحتاج إلى نظر واجتهاد لا بد فيه من إذن ولي الأمر ^(١).
- ٣-** أن أمر الدماء خطير؛ فلئلا يتجرأ عليها آحاد الناس نوجب إذن ولي الأمر في الاستيفاء ^(٢).
- ٤-** أنه لا يؤمن الحيف في الاستيفاء، ولا سيما مع وجود قصد التشفي ^(٣).
- ٥-** القياس على استيفاء حد القذف في وجوب استئذان ولي الأمر، بجامع أن كلا منهما عقوبة تتعلق ببدن الآدمي ^(٤).

- = كتاب الجنایات، باب المولی لا يستبد بالقصاص دون الإمام، وكتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهه (٢٣٦/٨).
- وصححه الألباني في إرواء الغلیل (٣٠/٨).
- (١) انظر: الحاوي (١٩٢/١٢)، البيان (٤٠٥/١١)، المغني (٥١٥/١١)، مطالب أولي النهی (٥٠/٦).
- (٢) انظر: الذخيرة (٣٢٣/١٢)، التوضيح لخليل (١٠٩/٨)، كفاية النبيه (٤٥٦/١٥)، النجم الوهاج (٤٢١/٨).
- (٣) انظر: المغني (٥١٥/١١)، المبدع (٢٨٨/٨)، مطالب أولي النهی (٥٠/٦).
- (٤) انظر: العزيز (٢٦٥/١٠).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

○ **القول الثاني:** لا يجب استئذان ولي الأمر في الاستيفاء؛ وهذا مذهب الحنفية، وقول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة واختيار ابن تيمية^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١ - عن وائل بن حُجر قال: إِنِّي لَقَاعِدٌ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ إِذْ جَاءَ رَجُلٌ يَقُودُ آخَرَ بِنِسْعَةٍ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَذَا قَتَلَ أَخِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَقْتَلْتُهُ؟» - فَقَالَ: إِنَّهُ لَوْ لَمْ يَعْتَرِفْ أَقَمْتُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ - قَالَ: نَعَمْ قَتَلْتُهُ، قَالَ: «كَيْفَ قَتَلْتَهُ؟» قَالَ: كُنْتُ أَنَا وَهُوَ نَخْتَبِطُ مِنْ شَجَرَةٍ، فَسَبَّيْنِي، فَأَغْضَبَنِي، فَضَرَبْتُهُ بِالْفَأْسِ عَلَى قَرْنِهِ، فَقَتَلْتُهُ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «هَلْ لَكَ مِنْ شَيْءٍ تُؤَدِّيهِ عَنْ نَفْسِكَ؟» قَالَ: مَا لِي مَالٌ إِلَّا كِسَائِي وَفَأْسِي، قَالَ: «فَتَرَى قَوْمَكَ يَشْتَرُونَكَ؟» . قَالَ: أَنَا أَهْوَنُ عَلَى قَوْمِي مِنْ ذَلِكَ، فَرَمَى إِلَيْهِ بِنِسْعَتِهِ، وَقَالَ: «دُونَكَ صَاحِبُكَ»، فَانْطَلَقَ بِهِ الرَّجُلُ، فَلَمَّا وَلَّى قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ»، فَارْجَعَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ بَلَغَنِي أَنَّكَ قُلْتَ: «إِنْ قَتَلَهُ فَهُوَ مِثْلُهُ»، وَأَخَذْتُهُ بِأَمْرِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَّا تُرِيدُ أَنْ يَبُوءَ بِإِثْمِكَ، وَإِثْمِ صَاحِبِكَ؟». قَالَ: يَا نَبِيَّ اللَّهِ - لَعَلَّهُ قَالَ - بَلَى، قَالَ: «فَإِنَّ ذَاكَ كَذَاكَ»، قَالَ: فَرَمَى بِنِسْعَتِهِ وَخَلَّى سَبِيلَهُ^(٢).

(١) انظر: الفتاوى الهندية (٧/٦)، لسان الحكام ص: (٣٩٢)، حاشية ابن عابدين (٦/٥٤٩)، العزيز (١٠/٢٦٥)، كفاية النبيه (١٥/٤٥٦)، النجم الوهاج (٨/٤٢١)، المغني (١١/٥١٥)، الفروع (٩/٤٠٢، ٩/٤٠٣)، الإنصاف (٩/٤٨٧).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٣/١٣٠٧)، كتاب القسامة، باب صحة الإقرار =



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ فوض أمر القصاص إلى ولي المقتول، ولم يحضر القصاص ولم يرسل نائباً عنه^(١).

ويناقش الاستدلال: بأن النبي ﷺ أذن لولي المقتول في استيفاء القصاص، ولم ينفرد بالقصاص ابتداءً.

٢ - اشتراط حضور ولي الأمر - أو إذنه - لا يثبت إلا بنص، أو إجماع، أو قياس، ولم يثبت ذلك^(٢).

ويناقش: بأنه ثبت بما ذكره الموجبون من أدلة.

٣ - أن حقه في الاستيفاء ثبت بنص القرآن والإجماع، وما كان هكذا لم يفتقر في استيفائه إلى إذن ولي الأمر^(٣).

ويناقش: بأن أصل الاستيفاء ثابت، ولكن نحتاج إلى إثبات هذا الحق لهذا الشخص في هذه الواقعة، وهذا يحتاج إلى اجتهاد ونظر.

٤ - أن المستوفي استوفى حقه، فلا يمنع منه كاسترجاع المغصوب،

= بالقتل وتمكين ولي القتل من القصاص واستحباب طلب العفو منه، الحديث رقم (١٦٨٠).

(١) انظر: المغني (١٢/٥١٥)، المبدع (٨/٢٨٩).

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: كفاية النيه (١٥/٤٥٦).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

والأخذ بالشفعة وسائر الحقوق^(١).

ويناقد: بأنه لا يملك أن يستوفى ما له إلا إذا ثبت له، ومنع المستفيد من الاستيفاء إلا بإذن ولي الأمر إنما هو للتثبت من ثبوت هذا الحق له.

■ **والراجع:** القول الأول: بأنه يجب استئذان ولي الأمر في الاستيفاء؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، مع مناقشة أدلة المخالفين.



(١) انظر: العزيز (٢٦٥/١٠)، النجم الوهاج (٤٢١/٨).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الثاني

عقوبة المستوفي دون إذن ولي الأمر

كـختلف القائلون بوجوب استئذان ولي الأمر في استيفاء القصاص، في معاقبة مستوفي القصاص دون إذن ولي الأمر على قولين:

○ القول الأول: يعزر مستوفي القصاص دون إذن ولي الأمر؛ وهذا قول المالكية^(١)، ومذهب الشافعية^(٢)، ومذهب الحنابلة^(٣).

واستدلوا: بأنه افتات على ولي الأمر في فعل ما ليس له فعله^(٤).

(١) انظر: الذخيرة (٣٢٣/١٢)، التوضيح لخليل (١٠٩/٨)، الشرح الكبير للدردير (٤/٢٣٩)، بلغة السالك (٣/٣٧٤).

وقيّد وذكر بعضهم أن هذا فيما إذا كان الإمام عدلاً، وعلم ولي الدم أنه سيقم القصاص، فإن علم أنه لا يقيم القصاص، فاستوفاه دون إذنه، فلا يعزر. انظر: مواهب الجليل (٢٣٤/٦)، شرح الخرشي على خليل (٤/٨)، حاشية العدوي على الخرشي (٤/٨)، حاشية الدسوقي (٤/٢٣٩).

(٢) انظر: مختصر المزني ص: (٢٤٣)، الحاوي (١١١/١٢، ١٩٢/١٢)، البيان (١١/٤٠٥)، العزيز (٢٦٤/١٠)، كفاية النبيه (٤٥٦/١٥).

(٣) انظر: المغني (٥١٥/١١)، الفروع (٤٠٣/٩)، المبدع (٢٨٨/٨)، الإنصاف (٩/٤٨٧)، مطالب أولي النهي (٥٠/٦).

(٤) انظر: الذخيرة (٣٢٣/١٢)، التوضيح لخليل (١٠٩/٨)، الحاوي (١١١/١٢)، مغني المحتاج (٤١/٤)، المغني (٥١٥/١١)، مطالب أولي النهي (٥٠/٦).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

○ **القول الثاني:** لا يعزر مستوفي القصاص إن استوفاه دون إذن ولي الأمر؛ وهذا قول عند الشافعية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن الاستيفاء حق له، وقد استوفى حقه، كما لو استوفى ماله^(٣).

ويناقش: بأن كون الاستيفاء يعتبر حقاً له يمنعه من القصاص، لكن لا يمنعه من التعزير؛ لما ذكر من أدلة توجب استئذان ولي الأمر.

■ **والراجع: القول الأول:** بأن مستوفي القصاص دون إذن ولي الأمر يعزر؛ لقوة دليلهم، ومناقشة دليل القول المرجوح.



(١) انظر: البيان (٤٠٥/١١).

(٢) انظر: الفروع (٤٠٣/٩)، المبدع (٢٨٩/٨)، الإنصاف (٤٨٧/٩).

(٣) انظر: البيان (٤٠٥/١١)، الفروع (٤٠٣/٩)، المبدع (٢٨٩/٨)، الإنصاف (٤٨٧/٩).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المبحث الثالث

استيفاء عقوبة من استحق القتل

قد يفعل المعصوم فعلاً يستحق بسببه القتل؛ فيكون مهدر الدم، وهذا مثل المرتد، والزاني المحصن، والقاتل عمداً بالنسبة لولي الدم.

وهذا ما أتكلم عنه في ثلاثة مطالب:

- **الطلب الأول:** قتل المرتد.
- **الطلب الثاني:** رجم الزاني المحصن.
- **الطلب الثالث:** قتل القاتل عمداً.





الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الأول

قتل المرتد

✍️ اتفق الفقهاء على أن قتل المرتد إنما هو لولي الأمر، لا لأحد الناس^(١)؛ وذلك لأن الحكم بردة شخص يحتاج إلى نظر واجتهاد لا يملكه أحد الناس، كما أن الحكم بقتله يسبقه إجراءات يقوم بها ولي الأمر، أو من ينيبه، وفي فتح المجال لعامة الناس بإمكانية قتل المرتد تحصل الفوضى، وتسفك الدماء، وربما ادعى القاتل أنه إنما قتل المقتول لردته.

○ فإن قتله بعد ثبوت ردته، فلا قصاص عليه باتفاق الفقهاء؛ حيث اشترطوا عصمة المقتول لوجوب القصاص على القاتل^(٢)؛ لأن القصاص إنما شرع حفظاً للدماء المعصومة، وزجراً عن إتلاف البنية المطلوب بقاؤها، وذلك معدوم في غير المعصوم^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٦/٧)، التنف في الفتاوى (٦٨٩/٢)، النوادر والزيادات (٥٦٢/١٣)، عقد الجواهر الثمينة (٢٢٩/٣)، منح الجليل (٧/٩)، الوسيط (٦/٢٧٢)، أسنى المطالب (١٢/٤)، الفروع (٣٦٨/٩)، كشف المخدرات (٧٠٨/٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٦/٧)، عقد الجواهر الثمينة (٢٢٩/٣)، الذخيرة (١٢/٢٧٧)، التاج والإكليل (٢٣١/٦)، الوجيز (١٢٥/٢)، مغني المحتاج (١٤/٤)، المقنع (٢٧٦)، المحرر (١٢٥/١)، الإنصاف (٤٦٢/٩).

(٣) انظر: المبدع (٢٦٣/٨)، كشف القناع (٥٢١/٥).

■ ومع القول بعدم القصاص من قاتل المرتد؛ إلا أنه يعزر لافتياته على ولي الأمر فيما هو من خصائصه، وقد نص على تعزيره: المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

وأما الحنفية فنصّوا على أن من قتل مباح الدم كمن قتل مرتدًا أو مقضيًا عليه بالرجم أن لا شيء عليه^(٤)، وفي تعليلهم لذلك ما يوحى أنه لا تعزير عليه؛ حيث قال السرخسي: (لأنَّ مَا فَعَلَهُ ذَلِكَ الرَّجُلُ مِنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ، وَإِنْ أَفْتَاتَ فِيهِ عَلَى رَأْيِ الْإِمَامِ فَفَعَلَهُ فِي ذَلِكَ كَفَعَلَ الْإِمَامِ؛ لِأَنَّهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْإِمَامُ بِمَنْزِلَةِ جَمَاعَةٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فِي اسْتِيفَاءِ هَذَا الْحَدِّ)^(٥). إلا أن الطحاوي ذكر أن قاتل المرتد قبل استتابته يُؤدّب^(٦).

○ **فلعله يجمع بينهما بأن يقال:** إن قتله قبل الاستتابة يعزر، وإن قتله بعدها لا يعزر.

(١) انظر: النوادر والزيادات (١٣/٥٦٢)، عقد الجواهر الثمينة (٣/٢٢٩)، التاج والإكليل (٦/٢٣٣)، شرح الزرقاني (٨/٤)، منح الجليل (٩/٨).

(٢) انظر: مختصر المزني ص: (٢٦٠)، الحاوي (١٣/١٦٧)، المهذب (٢/١٨٣)، نهاية المطلب (١٧/١٧٠).

(٣) انظر: الفروع (٩/٣٦٨)، المبدع (٨/٢٦٣)، الإنصاف (٩/٤٦٢).

(٤) انظر: المبسوط (٩/٢٠٤).

(٥) المرجع السابق.

(٦) انظر: مختصر الطحاوي ص: (٢٦١).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

ويمكن ترجيح هذا الفهم بما ذكره الجصاص في «شرحه لمختصر الطحاوي»، حيث قال: (وذلك لأن عصمة دمه زائلة بنفس الردة، ولكن الأحسن تقديم الاستتابة، والدعاء إلى الإسلام قبل قتله، فمن قتله قبل ذلك: لم يكن عليه ضمان دمه، وكان مسيئاً في إقدامه، كمن قتل حربياً قبل الدعاء إلى الإسلام)^(١).

فقوله: (فمن قتله قبل ذلك) يعني: قبل الاستتابة، (وكان مسيئاً في إقدامه) يدل على أن من قتله بعد ذلك لم يكن مسيئاً.



(١) شرح مختصر الطحاوي (٦/١٣٨).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الثاني

رجم الزاني المحصن

✍ الزاني المحصن حده الرجم حتى الموت، والذي يحكم بالرجم، ويأمر بتنفيذه هو ولي الأمر، ولا يحق لأحد أن يفتات على ولي الأمر في ذلك؛ لما سبق ذكره في قتل المرتد.

■ فإذا قضي برجمه، فقتله غير ولي الأمر، فهل يقتص منه؟

□ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

○ القول الأول: لا يقتص من قاتله؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، ومذهب الشافعية، وقول الحنابلة^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١- الزاني المحصن مباح الدم وقتله متحتم؛ فيقاس على الكافر الحربي في عدم القصاص من قاتله^(٢).

٢- أن قتله حق لله لا بد أن يُقام، ولا تخيير فيه ولا عفو، والقاتل إنما

(١) انظر: الاختيار (٨٤/٤)، البحر الرائق (٨/٥)، عقد الجواهر الثمينة (٢٢٩/٣)، التاج والإكليل (٥٣١/٦)، المهذب (١٧٤/٢)، كفاية الأخيار (٩٩/٢)، مغني المحتاج (٤/١٥)، المقنع ص: (٢٧٦)، المحرر (١٢٥/٢).

(٢) انظر: المهذب (١٧٤/٢)، المغني (٤٧٢/١١).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

استوفى حق الله - تعالى^(١).

○ **القول الثاني:** يقتص من قاتله؛ وهو قول عند الشافعية^(٢).

واستدلوا: بأن قتله إنما هو لولي الأمر وحده، فيجب القصاص على من قتله سوى ولي الأمر؛ قياساً على من عليه قصاص فقتله غير مستحقه^(٣).

ونوقش بما يأتي:

١- أن هذا ينتقض بالمرتد؛ حيث إنه قتله إلى ولي الأمر، ومع ذلك لا قصاص على قاتله^(٤).

٢- قياسه على القاتل عمداً قياس مع الفارق، ويتضح الفرق بينهما فيما يأتي:

أ- القاتل عمداً قتله غير متحتم بخلاف الزاني المحصن.

ب- قتل القاتل عمداً مستحق بطريق المعاوضة، فاخص بمستحقه، بينما الزاني المحصن يجب قتله لله؛ ولذا فقياس قاتل الزاني المحصن على قاتل المرتد أولى من قياسه على قاتل القاتل عمداً^(٥).

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٣/٢٢٩)، مغني المحتاج (٤/١٥).

(٢) انظر: المهذب (٢/١٧٤)، الوجيز (٢/١٢٥)، مغني المحتاج (٤/١٥).

(٣) انظر: المهذب (٢/١٧٤)، مغني المحتاج (٤/١٥)، المغني (١١/٤٧٢).

(٤) انظر: المغني (١١/٤٧٢).

(٥) انظر: المغني (١١/٤٧٢).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

■ **والراجع: القول الأول:** بأن قاتل الزاني المحصن المقضي برجمه لا قصاص عليه؛ لقوة ما استدلوا به، مع مناقشة دليل المخالف بما يكفي لإضعافه.

ومع القول بعدم القصاص من قاتل الزاني المحصن، إلا أنه يعزر لافتياته على ولي الأمر فيما هو من خصائصه، وقد نص على تعزيره: المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).



(١) انظر: مواهب الجليل (٢٣٤/٦)، شرح الزرقاني (٤/٨)، منح الجليل (٨/٩).

(٢) انظر: تحفة المحتاج (٣٩٨/٨).

(٣) انظر: المبدع (٢٦٣/٨)، الإنصاف (٤٦٢/٩)، كشف القناع (٥٢٢/٥)، كشف المخدرات (٧٠٨/٢).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المطلب الثالث

قتل القاتل عمداً

﴿كَمَ إِذَا قَتَلَ شَخْصٌ آخَرَ، فَلَا يَخْلُو: إما أن يقتله على وجه الغيلة، أو على وجه الحراية، أو على وجه آخر غيرهما، وهذا ما أتكلم عنه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: قتل القاتل غيلة.

المسألة الثانية: قتل القاتل على وجه الحراية.

المسألة الثالثة: قتل القاتل في غير الغيلة أو الحراية.

□ **المسألة الأولى:** قتل القاتل غيلة:

إذا قتل شخص آخر غيلة، فهل الحق لولي دمه، فتكون له المطالبة بالقصاص، أو الدية، أو العفو؟ أو أن ذلك إلى ولي أمر المسلمين ويتحتم قتل القاتل؟ **اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:**

○ **القول الأول:** القتل غيلة إلى ولي أمر المسلمين، ويتحتم قتل القاتل؛ وهذا قول المالكية، وقول عند الحنابلة، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(١).

(١) انظر: الرسالة الفقهية ص: (٢٣٦)، التبصرة (١٣/ ٦٢١٥)، الفروع (٩/ ٤١١)، الإنصاف (١٠/ ٦)، مجموع الفتاوى (٣١٧/ ٢٨)، السياسة الشرعية (ص ١٢١).

واستدلوا بما يأتي:

١- قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (٣٣) ﴿١﴾.

وجه الاستدلال: أن الغيلة من أنواع الحراية، بل قد يكون ضررها أشد، والحراية حد من حدود الله، وحدود الله يقيمها ولي الأمر، ولا مدخل للعفو فيها (٢).

٢- عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجْرَيْنِ، قِيلَ: مَنْ فَعَلَ هَذَا بِكَ، أَفْلَانُ، أَفْلَانُ؟ حَتَّى سُمِّيَ الْيَهُودِيُّ، فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا، فَأُخِذَ الْيَهُودِيُّ، فَأَعْتَرَفَ، (فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ فُرِضَ رَأْسُهُ بَيْنَ حَجْرَيْنِ) (٣).

(١) سورة المائدة، الآية رقم (٣٣).

(٢) انظر: التوضيح لخليل (٧٣ / ٨)، الفواكه الدواني (٢ / ٢٥٥)، البهجة في شرح التحفة (٢ / ٣٧٤)، الفروع (٩ / ٤١١)، المبدع (٨ / ٢٩٩)، مجموع الفتاوى (٢٨ / ٣١٦)، السياسة الشرعية (ص ١٢١).

(٣) أخرجه البخاري - واللفظ له - في صحيحه (٤ / ٤)، كتاب الوصايا، باب إذا أومأ المريض برأسه إشارة بينة جازت، رقم الحديث (٢٧٤٦)، ومسلم في صحيحه (٣ / ١٣٣٠)، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره من المحددات، والمثقلات، وقتل الرجل بالمرأة، رقم الحديث (١٦٧٢).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

وجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ قتل اليهودي دون الرجوع إلى أولياء الجارية؛ فدل على أن القتل كان حدًا، يقيمه ولي الأمر، ولا مجال للعفو فيه^(١).

نوقش: أن رسول الله ﷺ قتل اليهودي لنقضه للعهد، لا لكون القتل غيلة لا يجوز العفو فيه^(٢).

أجيب عن المناقشة: أن ناقض العهد حقه القتل بالسيف، لكن الرسول ﷺ فعل به كما فعل بالجارية، فدل على أن قتله لم يكن لنقضه للعهد^(٣).

٣ - عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ نَاسًا مِنْ عُرَيْنَةِ اجْتَوَوْا الْمَدِينَةَ (فَرَحَّصَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَأْتُوا إِبِلَ الصَّدَقَةِ، فَيَشْرَبُوا مِنْ أَلْبَانِهَا، وَأَبْوَالِهَا، فَكَتَلُوا الرَّاعِي، وَاسْتَأَقُوا الذَّوْدَ، فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَأُتِيَ بِهِمْ، فَقَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ، وَسَمَرَ أَعْيُنَهُمْ، وَتَرَكَهُمْ بِالْحَرَّةِ يَعَضُّونَ الْحِجَارَةَ)^(٤).

(١) انظر: زاد المعاد (٩/٥).

(٢) انظر: المرجع السابق (٩/٥).

(٣) انظر: المرجع السابق (٩/٥).

(٤) أخرجه البخاري - واللفظ له - في صحيحه (٤٦٥/١)، كتاب: الزكاة، باب استعمال إبل الصدقة وألبانها لأبناء السبيل، رقم الحديث (١٥٠١)، ومسلم في صحيحه (٣/١٢٩٦)، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب حكم المحاربين والمرتدين، رقم الحديث (١٦٧١).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

وجه الاستدلال: أن هؤلاء الناس قتلوا الراعي قتل غيلة ومحاربة، فقتلهم النبي ﷺ دون الرجوع إلى أولياء الراعي، فدل على أن هذا القتل يكون إلى ولي أمر المسلمين، ولا يدخله العفو.

٤ - عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَتَلَ نَفَرًا، خَمْسَةَ أَوْ سَبْعَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ قَتَلُوهُ قَتْلَ غِيلَةٍ وَقَالَ عُمَرُ: (لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعًا) ^(١).

وجه الاستدلال: أن عمر رضي الله عنه - وهو ولي أمر المسلمين - جعل الأمر له بقوله: (لقتلتهم)، ولم يجعله للأولياء.

ونوقش: أن قول عمر: (لأقذتهم به) أي: أمكنت الولي من استيفاء القود منهم ^(٢).

ويجاب عن هذه المناقشة: أن هذا يردده الرواية المذكورة، وفيها التصريح

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٨٧١/٢)، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر، وعبد الرزاق في مصنفه (٤٧٥/٩)، حديث رقم (١٨٠٧٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٢٩/٥)، حديث رقم (٢٧٦٩٣)، وذكره البخاري في صحيحه (٢٧٢/٤)، كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل، هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم، رقم الأثر (٦٨٩٦).

والأثر صحيح، انظر: نصب الراية (٣٥٣/٤)، فتح الباري (٢٢٧/١٢، ٢٢٨)، إرواء الغليل (٢٥٩/٧).

(٢) انظر: المغني (٤٦١/١١)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٨١/٥).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

بأنه هو الذي سيقتلهم؛ حيث قال: (لقتلتهم به).

٥- أن القتل في الغيلة يصعب الاحتراز منه كالحرابة، بل إن ضرره أشد؛ لأنه لا يُدْرَى به، فيقاس على القتل في الحرابة في كونه إلى ولي الأمر، لا إلى الأولياء^(١).

○ **القول الثاني:** القتل غيلة إلى ولي الدم كغيره من أنواع القتل، ولا يتحتم قتل القاتل؛ وهذا قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(٢).

واستدلوا بما يأتي:

١- عموم الأدلة التي تعطي الأولياء حق ولاية الدم، ومن هذه الأدلة قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُنْزْ عَلَيْكُمْ الْقَصَاصَ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ مِّنْ أَعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٤).

(١) انظر: مجموع الفتاوى (٣١٦/٢٨).

(٢) انظر: الحجة على أهل المدينة (٤/ ٣٨٢)، الأم (٧/ ٣٢٩)، المغني (١١/ ٤٦١)، المبدع (٨/ ٢٩٩).

(٣) سورة الإسراء، الآية رقم (٣٣).

(٤) سورة البقرة، الآية رقم (١٧٨).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

وعن أبي شريح الكعبي، قال: قال رسول الله ﷺ: «أَلَا إِنَّكُمْ يَا مَعْشَرَ خُزَاعَةَ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هَذِيلٍ، وَإِنِّي عَاقِلُهُ، فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَاتِلِي هَذِهِ قَتِيلٌ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ: أَنْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ، أَوْ يَقْتُلُوا»^(١).

وجه الاستدلال: الأدلة السابقة عامة في أنواع قتل العمد؛ حيث لم تفرق بين قتل الغيلة ولا غيره، فمن قتل له قتيلاً فأهله لهم الخيار، وليس إلى ولي أمر المسلمين^(٢).

ويناقد الاستدلال: أن هذه أدلة عامة تخصصها أدلة القول الآخر.

٢- أنه قد أجاز عمر وابن مسعود رضي الله عنهما العفو من أحد الأولياء، ولم يسألاً: أقتل غيلة كان ذلك أم غيره^(٣).

ويناقد: أن هذا عام جاء ما يخصه، ثم إنه يُحتمل أن الصحابة رضي الله عنهم يعلمون أنه ليس بغيلة، وإذا تطرق إلى الدليل الاحتمال سقط به الاستدلال.

(١) رواه أحمد في مسنده (١٣٧/٤٥)، حديث رقم (٢٧١٦٠)، وأبو داود في سننه (٤/٤١٩)، كتاب الديات، باب ولي العمد يرضى بالدية، حديث رقم (٤٥٠٤)، والترمذي في سننه (٢١/٤)، كتاب الديات، باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو، حديث رقم (١٤٠٦).

والحديث صحيح. انظر: صحيح سنن أبي داود (٨٥٣/٣)، إرواء الغليل (٢٧٦/٧).
(٢) انظر: الحجة على أهل المدينة (٤/٣٨٢، ٣٨٣)، المغني (١١/٤٦١)، كشف القناع (٥/٥٣٢، ٥٣٣).

(٣) انظر: الحجة على أهل المدينة (٤/٣٨٣-٣٨٧)، معرفة السنن والآثار (١٢/٧١).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٣ - أنه قتل في غير المحاربة، فكان أمره إلى وليه، كسائر القتلى^(١).
ويناقد: بأن قياسه على المحارب أولى من قياسه على غيره؛ لتعذر الاحتراز.

■ **الراجع:** القول الأول القائل: بأن القتل غيلة إلى ولي أمر المسلمين، ويتحتم قتل القاتل؛ لقوة ما استدلوا به، مع مناقشة أدلة القول المخالف، والإجابة عن مناقشتهم لأدلة القول الراجع.

□ المسألة الثانية: قتل القاتل على وجه الحراية:

إذا قتل المحارب في الحراية معصومَ الدم، ثم قُدر على المحارب، فلا يخلو: إما أن يتوب قبل القدرة عليه، أو يُقدر عليه قبل أن يتوب، فهاتان حالتان:

○ الحالة الأولى: توبته قبل القدرة عليه:

إذا تاب المحارب قبل القدرة عليه، وكان قد قتل معصومًا، فالقتل حينئذٍ كغيره من أنواع القتل، الحق فيه لأولياء المقتول وليس لولي الأمر^(٢).

(١) انظر: المغني (١١ / ٤٦١).

(٢) انظر: المبسوط (٩ / ١٩٩)، بدائع الصنائع (٧ / ٩٦)، المدونة (٦ / ٣٠٠)، مواهب الجليل (٦ / ٣١٦)، المهذب (٢ / ٢٨٥)، مغني المحتاج (٤ / ١٨٣)، المغني (١٢ / ٤٧٧)، التوضيح للشويكي (٣ / ١٢٣٣).





الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

○ الحالة الثانية: القدرة عليه قبل توبته:

إذا قتل المحارب معصومًا، وقُدِّر عليه قبل أن يتوب، فعقوبته حينئذٍ تكون متحتمة، ولو عفا ولي دمه، وتكون إلى ولي أمر المسلمين؛ لأنها تكون حينئذٍ عقوبة حدية، وهذا باتفاق الفقهاء^(١)، إلا أنهم اختلفوا فيما يملكه ولي الأمر من ناحية العقوبة في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: لا يملك ولي الأمر إلا قتل المحارب القاتل؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة^(٢).

القول الثاني: لولي الأمر أن يختار إحدى العقوبات الحدية المذكورة في الآية، فله أن يقطع يد المحارب القاتل ورجله من خلاف؛ وهذا قول سعيد ابن المسيب، والحسن، وعطاء، والضحاك، والنخعي، ومجاهد، وهو

(١) انظر: المبسوط (١٩٦/٩)، تبين الحقائق (٢٣٧/٣)، المدونة (٣٠١/٦)، التوضيح لخليل (٣٢٣/٨)، الحاوي (٣٥٦/١٣)، عمدة السالك ص: (٢٤٠)، المغني (١٢/٤٧٧)، المبدع (١٤٧/٩).

(٢) انظر: المبسوط (١٩٥/٩)، فتح القدير (١٧٧/٥)، المدونة (٢٩٩/٦)، الكافي لابن عبد البر (١٠٨٨/٢)، الحاوي (٣٥٣/١٣)، المهذب (٢٨٤/٢)، المغني (٤٧٧/١٢)، المبدع (١٤٧/٩).

يرى المالكية في عقوبة المحارب أن ولي الأمر مخير بين العقوبات الحدية المذكورة في الآية، ما لم يكن قاتلاً، فإن كان قاتلاً، فيتحتّم قتله؛ ولأن المسألة هنا مفروضة فيما إذا قتل معصومًا، كان قولهم موافقًا للجمهور.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

قول الظاهرية^(١).

□ المسألة الثالثة: قتل القاتل في غير الغيلة أو الحاربة:

إذا قتل القاتل على غير وجه الغيلة أو الحاربة، فإنه لا يخلو: إما أن يكون للمقتول وليٌّ أو لا، وإذا كان له ولي فلا يخلو: إما أن يكون مكلفاً أو لا. ○ فإن لم يكن له ولي، أو كان له ولي ولكنه غير مكلف كالصغير والمجنون، فقد سبق الكلام عنهما^(٢).

○ وأما إن كان ولي الدم مكلفاً، فله المطالبة بالقصاص من القاتل، ولكن هل له تنفيذ ذلك بنفسه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

■ القول الأول: له الاستيفاء بنفسه إذا كان يحسن الاستيفاء؛ وهذا قول الحنفية، وقول عند المالكية، وهو قول الشافعية والحنابلة^(٣).

(١) انظر: المبسوط (١٩٥/٩)، بدائع الصنائع (٩٤/٧)، الحاوي (٣٥٣/١٣)، المغني (٤٧٦/١٢)، المحلى (٣١٢/١١)، (٣١٣).

لم أذكر الأدلة للقولين؛ لأن الكلام في هذه المسألة في كتاب الحدود، وهذا خارج نطاق بحثي، وإنما ذكرت هذه المسألة؛ لأنها قسيمة للمسألتين الأخريين في طريقة القتل، وليبان أن الحق في ولاية دم المقتول إلى ولي الأمر، لا إلى أقاربه.

(٢) انظر: ص: (١٤، ٨) من هذا البحث.

(٣) انظر: المبسوط (٢١٨/١٠، ١٧٣/٢٦)، بدائع الصنائع (٢٤٣/٧)، بداية المجتهد (٣٠٢/٢، ٤٠٥)، الشرح الكبير للدردير (٢٥٦/٤)، روضة الطالبين (٨٤/٧)، =



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

واستدلوا بما يأتي:

١ - قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ (١).

وجه الاستدلال: أن الله جعل لولي القتل سلطاناً، وهذا ولي أمر القتل فله استيفاء القصاص.

٢ - عن أبي شريح الكعبي، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَا إِنَّكُمْ يَا مَعْشَرَ خُزَاعَةَ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هَذَا، وَإِنِّي عَاقِلُهُ، فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَاتِي هَذِهِ قَتِيلٌ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ: أَنْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ، أَوْ يَقْتُلُوا» (٢).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ جعل الخيار لأهل القتل في القصاص، أو أخذ الدية.

٣ - أن في استيفاء ولي القتل للقصاص تحقيق حكمة شرعية القصاص؛ وهي كمال التشفي والانتقام (٣).

■ **القول الثاني:** لا يمكن ولي الدم من مباشرة الاستيفاء؛ وهذا قول

= (٨٥)، كفاية النبيه (٤٥٧/١٥)، المغني (٥١٦، ١١)، المبدع (٢٨٩/٨).

(١) سورة الإسراء الآية رقم (٣٣).

(٢) سبق تخريجه (ص ٢٨) من هذا البحث.

(٣) انظر: المبسوط (٢١٨/١٠)، كفاية النبيه (٤٥٧/١٥).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

بعض المالكية^(١).

واستدلوا: بأنه إذا مكن ولي الدم من مباشرة الاستيفاء لم يؤمن التعدي، فليس كل أحد يحسن الاستيفاء^(٢).

ويناقش: بأن تمكين ولي الدم إنما يكون حينما يحسن الاستيفاء.

■ **القول الثالث:** ولي الأمر مخير بين تمكين ولي الدم من الاستيفاء، وتمكين غيره من ذلك؛ وهذا قول عند المالكية^(٣).

ولم أجد لهم دليلاً، بل تأوله بعضهم بأن اللام في قوله: للحاكم، بمعنى: على، فلا تخيير^(٤).

والراجع: القول الأول: بأن لولي الدم الذي يحسن الاستيفاء مباشرة القصاص من القاتل؛ لقوة ما استدلوا به، مع مناقشة ما استدل به المخالف.

(١) انظر: المنتقى (١٢٩/٧)، حاشية العدوي على شرح الخرشي (٢٤/٨).

(٢) انظر: المنتقى (١٢٩/٧).

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير (٢٥٩/٤)، حاشية الدسوقي (٢٥٩/٤)، شرح الخرشي على خليل (٢٤/٨).

(٤) في مختصر خليل قال: وللحاكم رد القتل - فقط - للولي، وشرحه الخرشي على أن الحاكم مخير، ورد هذا الدسوقي، والعدوي.

انظر: حاشية الدسوقي (٢٥٩/٤)، حاشية العدوي على شرح الخرشي (٢٤/٨).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

ومما سبق يتبين أن من الفقهاء من جعل تنفيذ قتل القاتل لولي الأمر، لا إلى الولي، وهذا هو المناسب في وقتنا الحاضر، وهو المعمول به - عندنا - في المملكة العربية السعودية.





الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المبحث الرابع

معاقة القاتل عمداً إذا عفي عنه

﴿إذا استحق أولياء الدم القصاص، فعفوا عن القاتل، فهل لولي الأمر أن يعاقب القاتل؟﴾

□ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

○ القول الأول: ليس لولي الأمر أن يعاقب القاتل عمداً إذا عفي عنه؛ وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١ - أن الذي على القاتل عمداً حق واحد، وقد أسقطه مستحقه، فلم يجب عليه شيء آخر، كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ^(٢).

٢ - أنه لم يرد دليل بنص ثابت على معاقة القاتل عمداً إذا عفي عنه، ولا يقال بتحديد عقوبة عليه إلا بتوقيف، ولا توقيف ثابت في ذلك^(٣).

(١) انظر: تبين الحقائق (٩٨/٦)، تكملة البحر الرائق (٣٣٠/٨)، العزيز (٢٩١/١٠)، مغني المحتاج (٤٨/٤، ٤٩)، المغني (٥٨٤/١١)، الفروع (٤١٠/٩)، كشف القناع (٥٤٣/٥).

(٢) انظر: المغني (٥٨٤/١١)، الفروع (٤١٠/٩)، كشف القناع (٥٤٣/٥).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٤٠٤/٢).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

○ **القول الثاني:** يعاقب القاتل عمداً إذا عفي عنه، بأن يسجن سنة و يجلد مائة؛ وهذا قول المالكية^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١ - عَنْ عَلِيٍّ، وَعَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: (قَتَلَ رَجُلٌ عَبْدَهُ عَمْدًا مُتَعَمِّدًا، فَجَلَدَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مائةً، وَنَفَاهُ سَنَةً، وَمَحَا سَهْمَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ)^(٢).

وجه الاستدلال: أنه حيث لم يقتل القاتل أوقعت عليه عقوبة الجلد مائة،

(١) انظر: النوادر والزيادات (١٤/ ٢٢٢، ٢٢٣)، المنتقى (٧/ ١٢٤)، بداية المجتهد (٢/ ٤٠٤)، القوانين الفقهية ص: (٢٢٧)، التوضيح لخليل (٨/ ١٨٤)، الشامل في فقه الإمام مالك (٢/ ٨٩٣، ٩٠٧).
وعندهم قول آخر: بأن القاتل إذا كان امرأة، أو عبداً، فإنهما لا يسجنان، وإنما يجلدان فقط.

انظر: الذخيرة (١٢/ ٤١٢)، التوضيح لخليل (٨/ ١٨٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه - واللفظ له - في سننه (٢/ ٨٨٨)، كتاب الديات، باب هل يقتل الحر بالعبد، حديث رقم (٢٦٦٤)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٤١٣)، كتاب الديات، باب الرجل يقتل عبده من قال لا يقتل به، رقم الحديث (٢٧٥١٠)، والدارقطني في سننه (٣/ ١٤٤)، كتاب الحدود والديات وغيره، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٦)، كتاب الجنائيات، باب ما روي فيمن قتل عبده أو مثلاً به. والحديث ضعيف.

انظر: الأحكام الوسطى (٤/ ٧١)، إتحاف الخيرة المهرة (٤/ ١٨٧)، ضعيف سنن ابن ماجه ص: (٢١٣).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

والسجن سنة^(١).

ونوقش: بأن الحديث ضعيف، ثم إن هذا فيمن قتل عبده، وليس في القاتل عمداً إذا عفي عنه^(٢).

٢ - القياس على الزاني؛ حيث إنه إذا لم يقتل لعدم الإحصان، يضرب مائة ويحبس سنة، فكذلك القاتل عمداً، إذا لم يقتص منه، يضرب مائة و يحبس سنة^(٣).

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ حيث يراعى في عقوبة الزاني الإحصان وعدمه، ولا يراعى شيء من ذلك في عقوبة القاتل.

■ **والراجع: القول الأول** القاتل بعدم إيقاع عقوبة على القاتل عمداً، إذا عفي عنه؛ لقوة ما استدلوا به، ولمناقشة ما استدل به المخالف بما يكفي لإضعافه.

لكن لو رأى ولي الأمر عقوبته، بما يحفظ على الناس دماءهم، فله ذلك من باب السياسة الشرعية.



(١) انظر: التوضيح لخليل (١٨٤/٨).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٤٠٤/٢)، التوضيح لخليل (١٨٤/٨).

(٣) انظر: المنتقى (١٢٤/٧).



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المبحث الخامس

تحتّم قتل قاتل ولي الأمر

﴿لو أن شخصاً قتل ولي أمر المسلمين حال ولايته، فهل لأولياء ولي الأمر العفو عن القاتل، أو أن قتل قاتل ولي الأمر متحتّم لا عفو فيه؟﴾
□ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

○ القول الأول: قاتل ولي الأمر يقتل قصاصاً، وللأولياء العفو؛ وهذا هو الصحيح عند الشافعية، ومذهب الحنابلة، والمفهوم من قول الحنفية والمالكية^(١).

واستدلوا: عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ فِي ابْنِ مُلْجَمٍ بَعْدَمَا ضَرَبَهُ: (أَطْعُمُوهُ، وَاسْقُوهُ، وَأَحْسِنُوا إِسَارَهُ، فَإِنْ عِشْتُ فَأَنَا وَلِيُّ دَمِي، أَعْفُو إِنْ شِئْتُ، وَإِنْ شِئْتُ اسْتَقَدْتُ، وَإِنْ مِتُّ فَقَتَلْتُمُوهُ فَلَا تُمَثِّلُوا)^(٢).

(١) انظر: المهذب (٢/ ٢٢١)، النجم الوهاج (٨/ ٤١٧)، الفروع (٩/ ٤١١)، المبدع (٨/ ٣٠٠)، الإنصاف (١٠/ ٦).

وقد فهمته من قول الحنفية والمالكية في استثناء القتل في الحراقة من حق الأولياء في العفو، مما يفهم منه أن غيره لا يستثنى.

انظر: المبسوط (٩/ ١٩٥، ١٩٦)، (٢٦/ ١٧٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٧)، البناية (١٢/ ٨٧)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٨٨)، التوضيح لخليل (٨/ ٣٢٤).

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ١٧٢٤)، كتاب قتال أهل البغي، والبيهقي في =



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

وجه الاستدلال: أن علياً رضي الله عنه قال: أَعْفُوْا إِن شِئْتُ، وَإِنْ شِئْتُ اسْتَفَدْتُ، وهذا صريح في عدم تحتم قتل قاتل ولي الأمر؛ فعلي رضي الله عنه المقتول كان ولي أمر المسلمين^(١).

ويمكن أن يستدل لهم: بعمومات النصوص التي تجعل الخيار لولي الدم.

○ **القول الثاني:** قاتل ولي الأمر يقتل حدًّا، ولا عفو فيه؛ وهو قول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة^(٢).

واستدلوا: بأن الفساد الذي يحصل بقتل ولي الأمر عام، وهو أعظم من فساد المحارب الذي يتحتم قتله، فتحتم قتل قاتل ولي الأمر أَوْلَى^(٣).

ويناقش: أن هذا تعليل في مقابلة عموم النصوص التي تجعل الخيار لولي الدم.

ويمكن أن يستدل لهم: بقتل الحسن لابن ملجم قاتل علي رضي الله عنه وكان ولي أمر المسلمين؛ حيث لم يقتله قصاصًا بدليل أنه لم ينتظر بلوغ الصغار، ولم

= السنن الكبرى (١٨٣/٨)، كتاب قتال أهل البغي، باب الرجل يقتل واحدًا من المسلمين على التأويل.

(١) انظر: المهذب (٢٢١/٢).

(٢) انظر: المهذب (٢٢١/٢)، النجم الوهاج (٨/٤١٧)، الفروع (٩/٤١١)، المبدع (٨/٣٠٠)، الإنصاف (١٠/٦).

(٣) انظر: المراجع السابقة.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

يسأل الكبار عن عفوهم من عدمه^(١).

ويناقش: بأن قتل الحسن لابن ملجم يرد عليه عدة احتمالات، فيحتمل أنه كان على سبيل القصاص بدليل ما استدل به أصحاب القول الأول، ويحتمل أنه قتل لكفره؛ لأنه قتل علياً مستحلاً لدمه، ويحتمل أن هذا رأي للحسن رضي الله عنه، وإذا تطرق للدليل الاحتمال سقط به الاستدلال.

■ **الراجع:** هو القول الأول بأن قاتل ولي الأمر يقتل قصاصاً، وللأولياء العفو؛ لقوة ما استدلوا به، مع مناقشة ما استدل به أصحاب القول المخالف.



(١) قصة قتل ابن ملجم، أخرجها ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٣٧/٥)، كتاب الديات، باب الرجل يقتل وله ولد صغار (٢٧٧٧٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥٨/٨)، كتاب الجنایات، باب من زعم أن للكبار أن يقتصوا قبل بلوغ الصغار.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

الخاتمة

الحمد لله على ما مَنَّ به من إتمام هذا البحث ، وأسأل الله - تعالى - أن يجعله عند حسن ظن من قرأه أو سمعه ، وأن يحسن العاقبة ويغفر الزلل .

وفي ختام هذا البحث أذكر أبرز النتائج التي توصلت إليها، وهي على النحو الآتي:

- ١ - طاعة ولي الأمر في غير معصية الله واجبة بالكتاب والسنة والإجماع .
- ٢ - إذا كان المقتول لا وارث لدمه ، فإن ولي الأمر يكون وليّ دمه .
- ٣ - لولي الأمر أن يستوفي القصاص من قاتل من لا وارث له .
- ٤ - من الفقهاء من يرى أن لولي الأمر العفو مجاناً عن قاتل من لا وارث له ، والراجح أنه ليس له ذلك .
- ٥ - من الفقهاء من يرى أن ولي الأمر يستوفي حق الصغير إذا كان ولياً للدم ، والراجح أنه ليس له ذلك .
- ٦ - يجب استئذان ولي الأمر في استيفاء القصاص ، إذا كان الذي سيستوفيه ولي الدم .
- ٧ - إذا استوفى ولي الدم القصاص دون إذن ولي الأمر فإنه يعزر .



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

- ٨ - اتفق الفقهاء على أن قتل المرتد إنما هو لولي الأمر، لا لآحاد الناس.
- ٩ - مع القول بعدم القصاص من قاتل المرتد، إلا أنه يعزر لافتياته على ولي الأمر فيما هو من خصائصه.
- ١٠ - الزاني المحصن حده الرجم حتى الموت، والذي يحكم بالرجم، ويأمر بتنفيذه هو ولي الأمر، ولا يحق لأحد أن يفتات على ولي الأمر في ذلك.
- ١١ - مع القول بعدم القصاص من قاتل الزاني المحصن؛ إلا أنه يعزر لافتياته على ولي الأمر فيما هو من خصائصه.
- ١٢ - القتل غيلة إلى ولي أمر المسلمين، ويتحتم قتل القاتل.
- ١٣ - إذا تاب المحارب قبل القدرة عليه، وكان قد قتل معصومًا، فالقتل حينئذٍ كغيره من أنواع القتل، الحق فيه لأولياء المقتول وليس لولي الأمر.
- ١٤ - إذا قتل المحارب معصومًا، وقُدِرَ عليه قبل أن يتوب، فعقوبته حينئذٍ تكون متحتمة، ولو عفا ولي دمه، وتكون إلى ولي أمر المسلمين، وهذا باتفاق الفقهاء.
- ١٥ - من الفقهاء من يرى أن ولي الأمر يتخير في عقوبة المحارب ولو كان قاتلاً، والراجح أنه يتحتم قتل المحارب القاتل.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

- ١٦ - لولي الدم الذي يحسن الاستيفاء مباشرة القصاص من القاتل .
- ١٧ - من الفقهاء من جعل تنفيذ قتل القاتل لولي الأمر، لا إلى الولي، وهذا هو المناسب في وقتنا الحاضر، وهو المعمول به - عندنا - في المملكة العربية السعودية .
- ١٨ - إذا عفي عن القاتل عمدًا، فعند المالكية يعزر بالحبس سنة، والجلد مائة، والراجح أنه لا يعاقب بعقوبة أخرى، إلا أن يرى ولي الأمر ذلك من باب السياسة الشرعية .
- ١٩ - من الفقهاء من يرى أن قاتل ولي الأمر يتحتم قتله، والراجح أن قاتل ولي الأمر يقتل قصاصًا، وللأولياء العفو .
- وأخيرًا: أدعو الله ﷻ أن يغفر لي ما بدر من تقصير أو زلل، كما أسأله - سبحانه - أن ينفع بهذا العمل، وأن يجعله خالصًا لوجهه الكريم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .





الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصص

فهرس المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم.

٢- إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة: للإمام أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ، ١٩٩٠م، دار الوطن، الرياض، السعودية.

٣- الأحكام الوسطى من حديث النبي ﷺ: أبو محمد عبد الحق بن عبد الرحمن ابن عبد الله الأزدي الإشبيلي «ابن الخراط» (ت ٥٨٢ هـ)، تحقيق: حمدي السلفي، وصباحي السامرائي، مكتبة الرشد، الرياض ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٤- الاختيار لتعليل المختار: تأليف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت ٦٨٣هـ)، الطبعة الثالثة ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٥- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: تأليف محمد ناصر الدين الألباني، بإشراف زهير الشاويش، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٦- أسنى المطالب في شرح روض الطالب: للشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)، المكتبة الإسلامية.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٧- **الأصل المعروف بالمبسوط**: لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ) اعتنى بتصحيحه والتعليق عليه: أبو الوفا الأفغاني، الطبعة الأولى، دار المعارف النعمانية، باكستان.

٨- **الأم**: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، أشرف على طبعه وياشر تصحيحه: محمد زهري النجار، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٩- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي (ت ٨٨٥هـ)، صححه وحققه: محمد حامد الفقي، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، أعادت طبعه دار إحياء التراث العربي.

١٠- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**: للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي.

١١- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد ابن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ)، الطبعة الثامنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

١٢- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**: لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

١٣- **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك:** لأحمد بن محمد الصاوي المالكي (ت ١٢٤١هـ)، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

١٤- **البنية في شرح الهداية:** لأبي محمد محمود بن أحمد العيني (ت ٨٥٥هـ)، الطبعة الثانية ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، دار الفكر، بيروت، لبنان.

١٥- **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة:** لأبي الوليد بن رشد القرطبي (ت ٥٢٠هـ)، تحقيق: أحمد الشرقاوي إقبال، ومحمد حجي، ومحمد العرايشي، وأحمد الحبابي، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.

١٦- **البيان في مذهب الإمام الشافعي:** يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، (ت ٥٥٨هـ)، اعتنى به: قاسم النوري، دار المنهاج.

١٧- **التاج والإكليل لمختصر خليل:** للشيخ أبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق (ت ٨٩٧هـ)، وهو مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، دار الفكر.

١٨- **التبصرة:** لعلي بن محمد اللخمي، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر.

١٩- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق:** للعلامة فخر الدين عثمان بن علي



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

الزليعي (ت ٧٤٣هـ)، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ، المطبعة الكبرى ببولاق، مصر.

٢٠- **تحفة الفقهاء:** لعلاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي (ت ٥٣٩هـ)، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢١- **تحفة المحتاج بشرح المنهاج:** للعلامة شهاب الدين أحمد بن محمد ابن علي بن حجر الهيتمي الشافعي (ت ٩٧٣هـ)، مطبوع بهامش حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي عليه، دار إحياء التراث العربي.

٢٢- **تكملة البحر الرائق:** تأليف: الشيخ عبد القادر بن عثمان القاهري الشهير بالطوري (ت نحو: ١٠٣٠هـ)، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي.

٢٣- **التنبه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي:** لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفيروزآبادي، الطبعة الأخيرة ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.

٢٤- **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق:** للحافظ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الهادي المقدسي (ت ٧٧٤هـ)، تحقيق: سامي جاد الله، وعبد العزيز الخباني، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، أضواء السلف، الرياض، السعودية.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٢٥- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق: للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، ضبط نصه وعلق عليه: مصطفى أبو الغيط، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، دار الوطن، الرياض، السعودية.

٢٦- التهذيب في فقه الإمام الشافعي: الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود وعلي محمد معوض، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٧- التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح: تأليف العلامة أحمد بن محمد بن أحمد الشويكي (ت ٩٣٩هـ)، دراسة وتحقيق: ناصر بن عبد الله الميمان، الطبعة الثالثة ١٤١٩هـ، المكتبة المكية، السعودية.

٢٨- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: خليل إسحاق الجندي المالكي (ت ٧٧٦هـ)، صححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبوه للمخطوطات و خدمة التراث ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

٢٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للعلامة شمس الدين الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ)، روجعت هذه الطبعة على النسخة الأميرية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٣٠- حاشية العدوي على شرح الخرشي: للشيخ علي بن أحمد الصعيدي



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

العدوي المالكي (ت ١١٨٩هـ)، مطبوع بهامش شرح الخرشي، دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي، القاهرة.

٣١- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل عبد الموجود، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٢- الحجة على أهل المدينة: أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (ت ١٨٩)، ت: مهدي حسن الكيلاني القادري، الطبعة الثالثة ١٤٠٣هـ، عالم الكتب، بيروت.

٣٣- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: للعلامة محمد بن علي بن محمد الحصني الشهير بالحصكفي الحنفي (ت ١٠٨٨هـ)، مطبوع مع رد المحتار، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، طبع ونشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، بمصر.

٣٤- الذخيرة: لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: سعيد أعراب، ومحمد أبو خبزة، والدكتور محمد حجي، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، دار الغرب الإسلامي.

٣٥- رد المحتار على الدر المختار الشهير بحاشية ابن عابدين: لمحمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م،



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

طبع ونشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، بمصر.

٣٦- الرسالة الفقهية: للشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ)، تحقيق: الدكتور الهادي حمو، والدكتور محمد أبو الأجفان، الطبعة الثانية ١٩٩٧م، دار الغرب الإسلامي.

٣٧- روضة الطالبين: للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: الشيخ عادل عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٨- سنن ابن ماجه: للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥هـ)، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليها: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، دار إحياء التراث العربي.

٣٩- سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥هـ)، إعداد وتعليق: عزت عبيد الدعاس، وعادل السيد، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، دار ابن حزم، بيروت.

٤٠- سنن الترمذي ويسمى الجامع الصحيح: للحافظ أبي عيسى محمد ابن عيسى بن سورة الترمذي (ت ٢٩٧هـ)، تحقيق وشرح: أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، طبع ونشر دار الحديث.

٤١- سنن الدار قطني: لشيخ الإسلام علي بن عمر الدار قطني (ت



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٣٨٥هـ)، عني بتصحيحه وتنسيقه: عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المحاسن للطباعة، القاهرة.

٤٢- **السنن الكبرى**: لإمام المحدثين أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، دار الفكر.

٤٣- **السياسة الشرعية**: لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق الدكتور صالح اللحام، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، الدار العثمانية، عمان، ودار الرشد، الرياض.

٤٤- **الشامل في فقه الإمام مالك**: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري (ت ٨٠٥هـ)، صححه: أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

٤٥- **شرح الخرشي على مختصر خليل**: للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (ت ١١٠١هـ)، دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي، القاهرة.

٤٦- **شرح الزرقاني على مختصر خليل**: للشيخ عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (ت ١٠٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٤٧- **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**: لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت ٧٧٢هـ)، تحقيق: الشيخ عبد الله ابن عبد الرحمن الجبرين، الطبعة الأولى، طبع على نفقة عبد العزيز ومحمد



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

الجميع.

٤٨- الشرح الكبير المسمى بالشافعي بشرح المقنع: للشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٨٢هـ)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض.

٤٩- الشرح الكبير على مختصر خليل: للشيخ أحمد بن محمد الدردير (ت ١٢٠١هـ)، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه، روجعت هذه الطبعة على النسخة الأميرية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٥٠- شرح مختصر الطحاوي: أبو بكر الرازي الجصاص. (ت ٣٧٠هـ) تحقيق: محمد عبيد الله خان، صححه: سائد بكداش، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، دار البشائر الإسلامية بيروت، لبنان، دار السراج، المدينة المنورة.

٥١- صحيح البخاري، المسمى: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه: تأليف: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، تحقيق: محب الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٥٢- صحيح سنن أبي داود: تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، اختصر أسانيده وعلق عليه وفهرسه. زهير الشاويش، الناشر مكتب التربية



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٥٣- صحيح مسلم: لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (ت ٢٦١ هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م، دار الحديث.

٥٤- ضعيف سنن ابن ماجه: تأليف محمد ناصر الدين الألباني، بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج، أشرف على طباعته: زهير الشاويش، الطبعة الثالثة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٥٥- العزيز شرح الوجيز: للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني الشافعي (ت ٦٢٣ هـ)، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥٦- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لجلال الدين عبد الله ابن نجم ابن شاس (ت ٦٦١ هـ)، تحقيق: د. محمود أبو الأجفان، وعبد الحفيظ منصور، الطبعة الأولى: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، دار الغرب الإسلامي.

٥٧- عمدة السالك وعدة الناسك: لشهاب الدين أحمد بن النقيب



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

المصري، عني بطبعه ومراجعته: عبد الله الأنصاري، منشورات المكتبة العصرية، بيروت.

٥٨- الفتاوي الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الطبعة الرابعة ١٤٠٦هـ، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٥٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري: تأليف: أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر.

٦٠- فتح القدير: لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت ٨٦١هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة السابعة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٦١- الفروع: للشيخ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي (ت ٧٦٣هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م، مؤسسة الرسالة.

٦٢- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: تأليف: الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي الأزهري (ت ١١٢٠هـ)، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٦٣- القوانين الفقهية: للشيخ أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي (ت ٧٤١هـ)، المكتبة الثقافية، بيروت.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٦٤- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت.

٦٥- الكافي في فقه أهل المدينة: تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق وتقديم وتعليق: الدكتور محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

٦٦- كشف القناع عن متن الإقناع: لمنصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، دار عالم الكتب، بيروت.

٦٧- كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات في فقه الإمام أحمد: تأليف: زين الدين عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلي (ت ١١٩٢هـ)، قام بمراجعته وتصحيحه: عبد الرحمن حسن محمود، من منشورات المكتبة السعيدية بالرياض.

٦٨- كفاية الأخيار: تأليف: أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٦٩- كفاية النبيه شرح التنبيه في فقه الإمام الشافعي: أبو العباس نجم الدين أحمد بن محمد بن الرفعة (ت ٧١٠هـ)، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٧٠- **لسان الحكام في معرفة الأحكام:** لأبي الوليد إبراهيم بن محمد بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة الحنفي، مطبوع مع معين الحكام، دار الفكر.

٧١- **المبدع في شرح المقنع:** لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح (ت ٨٨٤هـ)، طبع سنة ١٩٨٠م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.

٧٢- **المبسوط:** للشيخ شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٩٠هـ)، طبعة سنة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٧٣- **مجموع فتاوى ابن تيمية:** جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي (ت ١٣٩٢هـ)، طبع بأمر خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود، إشراف الرسالة العامة لشؤون الحرمين الشريفين.

٧٤- **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل:** لشيخ الإسلام مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية (ت ٦٥٢هـ)، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية.

٧٥- **مختصر الطحاوي:** للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي (ت ٣٢١هـ)، حققه وعلق عليه: أبو الوفا الأفغاني،



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان.

٧٦- مختصر المزني: تأليف: الإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني (ت ٢٦٤ هـ)، مطبوع مع كتاب الأم للشافعي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٧٧- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩ هـ)، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي (ت ٢٤٠ هـ)، عن الإمام عبد الرحمن ابن قاسم العتقي (ت ١٩١ هـ)، طبع سنة ١٣٢٣ هـ، مطبعة السعادة، بمصر.

٧٨- المسند: لشيخ الإسلام الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت ٢٤١ هـ)، إشراف: الدكتور عبد الله التركي، تحقيق مؤسسة الرسالة، إشراف شعيب الأرناؤوط، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

٧٩- مسند الإمام الشافعي: للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤ هـ)، ترتيب: سنجر بن عبد الله الناصري (ت ٧٤٥ هـ)، حققه وخرجه: الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، دار البشائر الإسلامية.

٨٠- المصنف في الأحاديث والآثار: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي العبسي (ت ٢٣٥ هـ)، تقديم: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، دار التاج، بيروت، لبنان.

٨١- المصنف: أبو بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١ هـ)،



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولى ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م، المجلس العلمي.

٨٢- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحباني، طبع على نفقة صاحب السمو علي بن الشيخ بن قاسم آل ثاني - حفظه الله-، الطبعة الأولى، ١٣٨١ هـ - ١٩٦١ م، منشورات المكتب الإسلامي.

٨٣- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية: للحافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ)، تحقيق: محمد بن ظافر الشهري، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، دار العاصمة، دار الغيث.

٨٤- معرفة السنن والآثار: أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨ هـ)، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، دار قتيبة، دمشق، بيروت - دار الوعي حلب - القاهرة، دار الوفاء المنصورة، القاهرة.

٨٥- المغني: لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠ هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة.

٨٦- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشيخ محمد



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

الشرييني الخطيب (ت ٩٧٧هـ)، طبعة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م ملتزم الطبع والنشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٨٧- **المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل:** للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٨٨- **المنتقى، شرح موطأ مالك:** لسليمان بن خلف الباجي (ت ٤٩٤هـ)، الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ، مطبعة السعادة، مصر.

٨٩- **منح الجليل على مختصر خليل:** للشيخ أبي عبد الله محمد بن أحمد عlish (ت ١٢٩٩هـ)، طبعة سنة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٩٠- **المهذب في فقه الإمام الشافعي:** للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزآبادي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، دار الفكر.

٩١- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل:** لأبي عبد الله محمد بن محمد ابن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (ت ٩٥٤هـ)، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، دار الفكر.

٩٢- **الموطأ:** تأليف: إمام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

٩٣- التنف في الفتاوى: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي (ت ٤٦١ هـ)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م، مؤسسة الرسالة، بيروت - دار الفرقان - عمان.

٩٤- النجم الوهاج في شرح المنهاج: كمال الدين أبو البقاء محمد بن موسى بن عيسى الدميري (ت ٨٠٨ هـ)، الطبعة الأولى ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، دار المنهاج.

٩٥- نصب الراية لأحاديث الهداية: لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت ٧٦٢ هـ)، تصحيح أصل النسخة بعناية بالغة من إدارة المجلس العلمي بالهند، دار الحديث.

٩٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي المصري الشهير بالشافعي الصغير (ت ١٠٠٤ هـ)، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٩٧- نهاية المطلب في دراية المذهب: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٧٨ هـ)، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، الطبعة الأولى ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م، دار المنهاج، جدة.

٩٨- النوادر و الزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦ هـ)، تحقيق:



الأحكام التي اكتسبها ولي الأمر بشخصيته الاعتبارية في باب القصاص

محمد حجي، الطبعة الأولى ١٩٩٩م، دار الغرب الإسلامي.

٩٩- الهداية: للشيخ أبي الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوزاني (ت ٥١٠هـ)، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٠٠- الوجيز: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، طبعة سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

١٠١- الوسيط في المذهب: لأبي حامد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، حققه وعلق عليه: محمد محمد تامر، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، دار السلام.







التعزير بدون إثبات الإدانة

دراسة تأصيلية تطبيقية

إعداد

د. منصور بن عبدالرحمن الحيدري

مدير عام مركز البحوث بوزارة العدل

والأستاذ المساعد بقسم السياسة الشرعية

بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية





التعزيز بدون إثبات الإدانة

مشكلة الدراسة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

فإن الأصل في كل شخص براءة ذمته؛ إذ الأصل أن الإنسان لم يرتكب ما نسب إليه، والقاعدة الشرعية أن (الأصل براءة الذمة)^(١) وأساس ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»^(٢) فالأصل أن أي مدعى عليه بريء حتى يُثبت المدعي عكس ذلك، فإن لم يتمكن المدعي من ذلك عضد المدعى عليه موقفه بيمينه وفقاً للقاعدة النبوية المنصوص عليها في الحديث.

ويترتب على هذا الأصل أن عبء إثبات الإدانة يقع كاملاً على الادعاء العام، فلا يطالب الإنسان بإثبات براءته بل يطالب المدعي العام بما يثبت الانتقال عن هذا الأصل^(٣).

(١) الأشباه والنظائر، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، (ص ٥٠)؛ الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ، (ص ٥٣).

(٢) المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري، دار طيبة، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، الحديث رقم (١٧١١).

(٣) مبدأ الأصل في الإنسان البراءة وأثره على الضمانات الممنوحة للمتهم، زوزو =

كما يترتب على ذلك أن الشك دائماً يفسر لصالح المتهم؛^(١) فأن تخطئ في العفو خير من أن تخطئ في العقوبة. قال ابن تيمية رحمته الله: (إذا دار الأمر بين أن يخطئ فيعاقب بريئاً أو يخطئ، فيعفو عن مذنب كان هذا الخطأ خير الخطأين)^(٢). كما يترتب على أصل براءة الذمة أن يكون الحكم مبنياً على الجزم أو غلبة الظن المعمول بها شرعاً لا على مجرد التخمين.

إن اتجاه جمهور الفقهاء إلى حصر طرق الإثبات في المجال الجنائي بالشهادة أو الإقرار دون اعتبار للقرائن بغض النظر عن قوتها، مع قناعة القاضي الداخلية بارتكاب المدعى عليه لما نسب إليه دون قدرة منه على إثبات إدانة المدعى عليه؛ لعدم وجود شهادة أو إقرار، أدى إلى أن يحكم معظم القضاة - في نسبة مرتفعة من القضايا الجنائية -^(٣) بالعقوبة بمجرد توجه التهمة وقوة الشبهة مع النص صراحة أو ضمناً على عدم ثبوت الإدانة؛

= هدى وحوحو أحمد صابر، دفا تر السياسة والقانون، الجزائر، العدد الثالث، يناير ٢٠١٠م، (ص ٢٥٧).

(١) المرجع السابق.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، ١٤١٦هـ، (٣٠٨/١٥).

(٣) تبلغ عدد القضايا الجنائية المنشورة في مجموع الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٤٠٢) قضية، حكم في (١٠١) منها بالتعزير لقوة التهمة أو الشبهة مع الحكم بعدم ثبوت الإدانة، وهذا يشكل ٢٥% من القضايا وهي تعد نسبة عالية.

وذلك لأنه لا يريد للمجرم أن يفلت من العقوبة لظهور ارتكابه للجريمة بالقرائن المتعاضدة، إلا أن ذلك لم يصل لتحقيق معيار الثبوت وفقاً للاتجاه الفقهي بالانحصار طرق الإثبات في المجال الجنائي. وهذا الاتجاه أدى إلى خلل ظاهر في موازين العدالة؛ إذ إن من يقرأ نص الحكم يتعجب من التناقض بين صدره وعجزه؛ إذ كيف ينص القاضي على عدم ثبوت ما نسب إلى المتهم، وفي نفس الوقت يحكم عليه بعقوبة موجعة؟

ويزداد الأمر إشكالاً مع منع النص النظامي إيقاع أي عقوبة على أمر محظور شرعاً أو نظاماً إلا مع ثبوت الإدانة؛ حيث نصت المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية على أنه «لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص، إلا بعد ثبوت إدانته بأمر محظور شرعاً أو نظاماً بعد محاكمة تُجرى وفقاً للمقتضى الشرعي»^(١)، وكذلك المادة الثالثة والسبعون بعد المئة التي نصت على أنه «... وبعد ذلك تصدر المحكمة حكماً بعدم إدانة المتهم، أو بإدانته وتوقيع العقوبة عليه»^(٢). كما زاد الأمر غموضاً المبدأ القضائي الذي صدر من الهيئة العامة بالمحكمة العليا الذي ينص على «أن العقوبة الجزائية التي يشترط إثبات الإدانة لها هي ما كان منصوصاً على عقوبتها

(١) نظام الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢ وتاريخ ١/٢٢/١٤٣٥هـ، المادة (٣).

(٢) نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٧٣).

شرعاً أو نظاماً، وما عدا ذلك فلا يشترط له ثبوت الإدانة، وكفي لإصدار العقوبة وجود أدلة وقرائن معتبرة لإصدار عقوبة تعزيرية مرسلة حسب تقدير حاكم القضية^(١)؛ إذ فرّق المبدأ بين ما كان منصوباً على عقوبته شرعاً أو نظاماً، فيشترط ثبوت الإدانة لإيقاع العقوبة، وبين ما لم يكن منصوباً على عقوبته، فلا يشترط له ثبوت الإدانة، رغم أن المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية اشترطت لإيقاع العقوبة أمرين: كون الفعل مجرمًا شرعاً أو نظاماً، وثبوت الإدانة بارتكاب ذلك الفعل، ولم تتناول كون العقوبة منصوباً عليها أو لا.

وما سبق إيراد من إشكالات، يدور النقاش حولها في الوسط القضائي، وأوساط الفقهاء، وفي أوساط المحامين مما يستدعي بحثها بشكل دقيق؛ للخروج بنتيجة تتفق مع قواعد الشريعة وتحقق العدالة. وقد قسم هذا البحث إلى مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وفق الآتي:

○ **المقدمة:** وتتضمن مشكلة الدراسة.

○ **التمهيد:** التعريفات، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التهمة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الشبهة لغة واصطلاحاً.

(١) الهيئة العامة بالمحكمة العليا، قرار رقم (٢١/م) وتاريخ ٢٨/٤/١٤٣٦هـ.



التعزير بدون إثبات الإدانة

○ المبحث الأول: حجية الإثبات بالقرائن في التعازير، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف القرينة لغة واصطلاحًا.

المطلب الثاني: حجية القرائن القضائية.

المطلب الثالث: العقوبة بالتهمة.

○ المبحث الثاني: درء الحد والتعزير بالشبهة وأثرها:

المطلب الأول: درء الحد والتعزير بالشبهة.

المطلب الثاني: أثر الدرع بالشبهة.

○ المبحث الثالث: سلطة المحكمة في تعديل وصف الدعوى، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف تعديل وصف الدعوى.

المطلب الثاني: حدود سلطة المحكمة في تعديل وصف الدعوى.

○ المبحث الرابع: تطبيق عملي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الواقع القضائي من خلال الأحكام المنشورة لعام

١٤٣٥هـ.

المطلب الثاني: صيغة مقترحة لمبدأ قضائي وفقًا لنتائج الدراسة.

○ الخاتمة.

التمهيد

المطلب الأول

تعريف التهمة لغة واصطلاحاً

○ قال ابن منظور: (التهمة أصلها الوهمة من الوهم، ويقال: اتهمته افتعال منه.. وأتهم الرجل، على أفعل، إذا صارت به الريية... واتهمته: ظننت فيه ما نسب إليه)^(١)، وعرفها في معجم لغة الفقهاء أنها مصدر وهم، وهو ظنة الذنب^(٢).

○ وأما اصطلاحاً: فلم أجد فيما اطلعت عليه نصاً للفقهاء بتعريفها بشكل صريح؛ غير أنه يمكن استنباط تعريفها الاصطلاحي من كلام ابن القيم رحمته الله حين قال: (فدعوى التهمة: أن يُدعى فعل محرم على المطلوب، يوجب عقوبته، مثل قتل أو قطع الطريق أو سرقة أو غير ذلك من العدوان الذي يتعذر إقامة البينة عليه في غالب الأحوال)^(٣). فالتهمة هي إذن (ادعاء على مطلوب بارتكابه فعلاً محرماً موجباً للعقوبة).

(١) لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، د. ط.، د. ت، (١٢/٦٤٤).

(٢) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنبي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ، (١/١٤٩).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، دار عالم الفوائد، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ، (١/١٤٩).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

المطلب الثاني

تعريف الشبهة لغة واصطلاحاً

○ **الشبهة لغة:** تأتي بمعنى الالتباس والمشتبهات من الأمور هي المشكلات^(١). قال ابن منظور: (الشبهة: الالتباس، وأمور مشتبهة ومشبهة: مشكلة يشبه بعضها بعضاً)^(٢) وذلك أنه يشتبه على الناظر الشيء سواء أكان حسياً أم معنوياً فيختلط عليه ويظنه شيئاً آخر. وجاء في معجم لغة الفقهاء: (الشبهة: ما التبس أمره حتى لا يمكن القطع فيه أحلال هو أم حرام)^(٣).

○ **ولا يبعد التعريف الاصطلاحي للشبهة عن التعريف اللغوي؛** إذ عرفها بعض الفقهاء أنها (ما يشبه الثابت وليس بثابت)^(٤)، وعرفها آخر أنها (وجود صورة المباح)^(٥)، وعرفها أحد المعاصرين تعريفاً جيداً أنها (حال تخلُّ

(١) مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ، (ص ١٦١)، مادة (ش ب هـ).

(٢) لسان العرب (١٣/٥٠٤).

(٣) معجم لغة الفقهاء (١/٢٥٧).

(٤) شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام، تعليق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ، (٥/٢٤٩).

(٥) المغني، موفق الدين أبي عبدالله ابن قدامة، تحقيق: عبدالله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ (١٢/٣٤١).

بكمال أحد الأركان، أو الشروط، التي يتوقف عليها العقاب سواء كان حدًا أو قصاصًا^(١).

فمن خلال ما ورد من تعريفات يظهر أن التهمة والشبهة يتفقان في أن كلاً منهما قائم على الظن والاحتمال لا على القطع واليقين، فالتهمة تقوم على نسبة فعل ما إلى شخص لوجود ما يشير هذه التهمة والتي قد تثبت لاحقاً وقد لا تثبت، والشبهة تختلف باختلاف أنواعها إلا أنها تقوم على الشك في تحقق شيء، ويستخدم القضاة في المملكة كلاً الاصطلاحين في الأحكام، إلا أن الشبهة غالباً ما تستخدم في الجرائم الحدية التي لا يمكن إقامة الحد فيها؛ لوجود شبهة في الثبوت، وأما التهمة فأكثر ما تستخدم في التعازير.



(١) دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، عوض محمد عوض، دار البحوث العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ، (ص ٦٤).



المبحث الأول حجية الإثبات بالقرائن في التعازير

المطلب الأول تعريف القرينة لغة واصطلاحاً

القرينة: أصلها مأخوذ من قرن، ولهذه الكلمة معانٍ كثيرة تدور حول الاقتران والمصاحبة والملازمة، وكلمة قرينة فعيلة بمعنى مفعولة من الاقتران، وهي مأخوذة من المقارنة والمصاحبة^(١)، والارتباط بين التعريف اللغوي وبين القرينة ظاهر؛ إذ إن القرينة إذا وجدت دلت على وجود ما يرتبط بها من نتيجة.

وأما اصطلاحاً: فقد عرفت بعدة تعريفات لا تخلو من انتقادات، وقد اختار أحد الباحثين تعريف د. مصطفى الزرقا رحمته الله بعد تعديل يسير عليه ليكون: (كل أمر ظاهر يصاحب شيئاً خفياً، فيدل عليه)^(٢).

(١) لسان العرب (١٣/ ٣٣٥ - ٣٣٦).

(٢) القضاء بالقرائن المعاصرة، عبدالله العجلان، مطبوعات عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ، (١/ ١١٠).



المطلب الثاني

حجية القرائن القضائية

ويقصد بالقرائن القضائية القرائن التي يستنبطها القاضي بفطنته وذكائه من خلال سماع أقوال الأطراف، ومن خلال الظروف المحيطة بالدعوى^(١). يقول ابن القيم رحمه الله عن الحكم بالقرائن: (فهذه مسألة كبيرة عظيمة النفع، جليلة القدر، إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقًا كثيرًا، وأقام باطلاً كبيرًا، وإن توسع فيها وجعل معوّله عليها دون الأوضاع الشرعية، وقع في أنواع من الظلم والفساد)^(٢).

ولا يمكن حصر هذه القرائن القضائية في أنواع محددة؛ لاختلافها باختلاف الدعوى والأمور المحيطة بها. إلا أنه من الضروري تقسيم هذه القرائن قوة وضعفًا؛ لاختلافها في حجية الإثبات بها؛ فقد تكون القرينة قاطعة وهي الأمانة البالغة حد اليقين كما عرفت في مجلة الأحكام العدلية^(٣).

(١) القضاء بالقرائن المعاصرة (١/١١٧).

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (٤/١).

(٣) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ، ٤/٤٨٤ (وضربت المجلة مثلاً إذا خرج أحد من دار خالية خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم فدخل في الدار، ورئي فيها شخص مذبوح فلا يشبه في كونه قاتل ذلك الشخص، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة =



التعزيز بدون إثبات الإدانة

ويمكن إلحاق القرائن المفيدة لغلبة الظن بالقرائن القاطعة باعتبار أن غلبة الظن مما جرت الشريعة باعتباره في مواضع كثيرة، وباعتبار أن غلبة الظن ملحقة باليقين والغالب كالمحقق^(١).

وقد تكون ضعيفة وهي القرينة التي تقبل إثبات العكس، وتكون دليلاً مرجحاً للقرائن الأخرى ومقوية لها، فالعمل يكون بها وبغيرها لا بها وحدها^(٢).

وقد تكون ضعيفة إلا أنها تعتضد بما يقويها من قرائن أخرى، وقد تكون أحياناً قوية الصلة بما يراد إثباته، وتكون أحياناً أخرى ضعيفة الصلة، وقد تصل القرينة إلى درجة من القوة بحيث تكون لوحدها دليلاً قاطعاً على ما يراد إثباته^(٣).

وقد تكون القرائن كاذبة وهي القرائن التي لا تفيد علماً بل هي مجرد احتمال وشك، وهذه لا يعمل بها ولا يلتفت إليها؛ لأن الواقع يكذبها^(٤).

= كأن يكون ذلك الشخص المذكور ربما قتل نفسه؛ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان - دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ، (ص ٤٩٣).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٦٣).

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (ص ٤٩٤)؛ القضاء بالقرائن المعاصرة (١/ ١٢٥).

(٣) القضاء بالقرائن المعاصرة (١/ ١٢٣).

(٤) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ٤٩٤؛ القضاء بالقرائن المعاصرة (١/ ١٢٦).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

مشروعية العمل بالقرائن:

وأما من حيث مشروعية العمل بالقرائن، فلم ينص الفقهاء المتقدمون - فيما اطلعت عليه - على مشروعية العمل بالقرائن صراحة، إلا أنه يمكن القول من خلال الاطلاع على كتب الفقهاء أنهم قد اتفقوا على العمل بالقرائن في الجملة من خلال مسائل كثيرة متعددة في أبواب فقهية مختلفة، إلا أنهم ما بين موسع أجاز العمل بالقرائن حتى في الحدود، ومضيق أجازها فيما عدا الحدود، ويمكن تلخيص الخلاف فيما يلي:

□ القول الأول: جواز العمل بالقرائن:

يرى المالكية^(١)، وبعض الحنفية^(٢)، وبعض الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، أنه يجوز العمل بالقرائن حتى في بعض الحدود كحد الزنا بقرينة الحمل،

(١) الموطأ، مالك بن أنس، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٤٠٦هـ، (٢/٨٢٧)؛ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، أبو عبدالله محمد بن فرحون المالكي، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ، (٢/١٤٧).

(٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين ابن عابدين، تحقيق: عادل عبدالموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ، (٥/٣٥٤).

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبدالسلام، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤١٤هـ، ٢/٢٢٥ (فصل في تنزيل دلائل العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح المقال...).

(٤) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (١/١١ - ١٣، ١٧ - ١٨).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

وحد المسكر بقرينة الرائحة وكذلك في قضايا الأموال وغيرها. قال ابن القيم رحمه الله: (فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصّها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوفّ مسماها حقه)^(١).

○ واستدل أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة وغيرها:

فمن القرآن: قوله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ (٢٦) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٢٧) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ (٢٨) ﴿٢٩﴾. فقد اعتبر شق القميص من الأمام دليلاً على صدق المرأة وشقه من الخلف دليلاً على كذبها^(٣).

ومنها قوله تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾ (٤). فقد استدل يعقوب عليه السلام بسلامة القميص من الشق على كذب إخوة يوسف^(٥).

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (٢٥/١).

(٢) سورة يوسف، الآيات (٢٦ - ٢٨).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (٢٥/١).

(٤) سورة يوسف، الآية (١٨).

(٥) أثر القرائن في الحكم على المتهم، بحث من بحوث الندوة العلمية الأولى: المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، نشأت إبراهيم الدريني، المركز العربي للدراسات الأمنية، ١٤٠٦هـ، (٢٩٦/١).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

ومن السنة أحاديث كثيرة منها: حديث القسامة^(١)، فإنها قائمة على وجود اللوث وهو قرينة، وحديث تعريف اللقطة^(٢) فإنها مبنية على معرفة الملتقط بالصفات، وهي قرينة على أن من عرف علاماتها هو صاحبها، وغيرها من الأحاديث. وقد نقل ابن القيم إجماع الصحابة على العمل بالقرائن^(٣).

□ القول الثاني: عدم جواز العمل بالقرائن:

وقال به بعض العلماء من الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) إلا أن هذا مقتصر في غالبه على الحدود، وأما في التفصيلات الفقهية الأخرى، فإنهم يجيزون في كتبهم العمل بالقرائن في التعازير والأموال^(٦).

واستدل أصحاب هذا القول: بقوله ﷺ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة، لرجمته فلانة»؛ فقد ظهر منها الريبة في منطقتها، وهيئتها، ومن يدخل

(١) صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب القسامة، الحديث ١٦٦٩، (ص ٧٩٢/١).

(٢) صحيح مسلم، كتاب اللقطة، الحديث ١٧٢٢، (ص ٨٢٣/١).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (١/١٢).

(٤) شرح فتح القدير (٥/٢٩٤).

(٥) الحاوي الكبير، أبي الحسن علي الماوردي، تحقيق: علي معوض وعادل عبدالموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ، (٢٢٧/١٣).

(٦) القضاء بالقرائن المعاصرة (١/١٣٥).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

عليها^(١). فلو كان العمل بالقرائن مشروعاً لرجمها النبي ﷺ. كما استدلوا من المعقول بأن القرائن ليست مطردة الدلالة ولا منضبطة، فلا يثبت بها حكم، كما أن القرائن تقوم على الظن لا على القطع^(٢).

شروط العمل بالقرائن:

□ يشترط للعمل بالقرائن عند من يقول بجوازها شرطان:

- ١ - أن يوجد أمر ظاهر ومعروف؛ ليكون أساساً لاعتماد الاستدلال منه لوجود صفات وعلامات فيه؛ فالوقائع المادية تتألف من أمور ظاهرة ثابتة وتنطوي على أمور باطنة يستدل عليها بالأمارات المصاحبة لها^(٣).
- ٢ - أن توجد صلة قوية واضحة بين الأمر الثابت وبين القرينة التي استنبطت منه؛ بحيث لا تعتمد على الوهم بل تعتمد على قوة العلاقة وظهورها^(٤).

(١) سنن ابن ماجه، الحافظ أبو عبد الله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، د.ط.، د.ت.، كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، الحديث رقم ٢٥٥٩، ٨٥٨/٢، وصححه الألباني. صحيح سنن ابن ماجه، محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ، (٢/٣٢٣).

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (ص ٥١٠).

(٣) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (ص ٤٨٩ - ٤٩٠).

(٤) المرجع السابق (ص ٤٩٠).



المطلب الثالث

العقوبة بالتهمة

لا خلاف أن الأصل حرمة دماء المسلمين وأبشارهم وحریاتهم؛ لقوله ﷺ: «فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا»^(١).

والأصل ألا يعاقب الإنسان إلا على تهمة ثابتة. قال ابن القيم: (الحبس عقوبة، والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها، وهي من جنس الحدود، فلا يجوز إيقاعها بالشبهة، بل يشبث الحاكم)^(٢).

والأصل براءة الذمة^(٣) فهل يجوز الانتقال من اليقين وهو براءة الذمة؛ إذ هي الأصل، إلى غلبة الظن بارتكابه لهذه الجريمة ومن ثم عقوبة المتهم عليها؟ وهل يمكن العقوبة لمجرد توجه التهمة أو لا بد من ثبوتها؟

يرى بعض الفقهاء جواز التعزير بالتهمة وإن لم تثبت. يقول ابن عابدين: (وفيه من الكفالة معزياً للبحر وغيره: للقاضي تعزير المتهم قاصداً نسبته إليه،

(١) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، دار ابن كثير، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، الحديث (١٧٣٩).

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (١/١٦٠).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٥٠)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٣).



التعزير بدون إثبات الإدانة

فيقتضي التعزير في دعوى السرقة لا في دعوى الزنا، وهذا عكس الحكم. اهـ. منه. وإن لم يثبت عليه، وكل تعزير لله تعالى يكفي فيه خبر العدل؛ لأنه في حقوقه تعالى يقضي فيها بعلمه اتفاقاً، ويقبل فيه الجرح المجرد كما مر، وعليه فما يكتب في المحاضر في حق إنسان يعمل به في حقوق الله تعالى^(١).

فيما ترى طائفة أخرى أنه لا بد من ثبوت التهمة لإيقاع العقوبة، ومن ثبوت التهمة ثبوتها بغلبة الظن؛ إذ إن غلبة الظن من الأمور المعمول بها في الشريعة في أبواب كثيرة من العبادات والمعاملات والجنايات وغيرها.

يقول الماوردي رحمته الله: (أن للأمير أن يراعي شواهد الحال، وأوصاف المتهم في قوة التهمة وضعفها، فإن كانت التهمة زناً، وكان المتهم مطيعاً للنساء ذا فكاكة وخلاصة قوية التهمة، وإن كان بضده ضعفت، وإن كانت التهمة بسرقة، وكان المتهم بها ذا عيارة، أو في بدنه آثار ضرب، أو كان معه حين أخذ منقب قوية التهمة، وإن كان بضده ضعفت وليس هذا للقضاة أيضاً)^(٢).

ويقول الطرابلسي رحمته الله: (قال بعض العلماء: على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح، وهو قوة التهمة، ولا خلاف في الحكم بها، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفق عليها الطوائف

(١) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (٦/١٢٦-١٢٧).

(٢) الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي البغدادي، الشهير بالماوردي، دار الحديث - القاهرة، د.ط.، د.ت.، (ص ٣٢٣).

الأربع من الفقهاء^(١).

قال ابن عبد البر رحمه الله: (والأصل المجتمع عليه أن الدماء الممنوع منها بالكتاب والسنة لا ينبغي أن يراق شيء منها ولا يستباح إلا بيقين، واليقين الشهادة القاطعة أو الإقرار الذي يقيم عليه صاحبه، فإن لم يكن ذلك، فلأن يخطئ الإمام في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة، فإذا صحت التهمة فلا حرج عليه في تعزير المتهم وتأديبه بالسجن وغيره)^(٢).

ويقول ابن الديري رحمه الله: (قلت: والتهمة إذا قام دليلها عند المبتلى بالحادثة فأوجب ذلك غلبة الظن منه على أنه محل لما اتهم به، فلا يستبعد أن يعتبر غالب الظن في ذلك)^(٣) ويقول في موضع آخر: (وقوة دليل التهمة أن يكون الشاكي معروفاً بالبر والصلاح والصدق في القول ولا حامل له على الاتهام من ظهور عداوة أو سبب داعٍ إلى رية في ذلك. وأن يكون المتهم معروفاً بالجناية وسلوك الطريق الذميمة كالمعروفين بالسراقات أو غيرها مما اتهم به)^(٤).

(١) معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين الطرابلسي الحنفي، دار الفكر، د.ط.، د.ت.، (ص ١٦٦).

(٢) الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢١هـ، (٥١١/٧).

(٣) الحبس في التهمة والامتحان على طلب الإقرار وإظهار المال، سعد الدين الخالدي المعروف بابن الديري، ١٣٣١هـ، ص (١٦).

(٤) المرجع السابق، (ص ٣٩).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

وأما الغزالي رحمته الله، فإنه لم ير ارتكاب المتهم للسوابق الماضية أو وجود القرائن - التي تحتل ارتكاب الجرم وتحتل عدمه - دليلاً يؤخذ به في العقوبة؛ لأن الأصل أن العقوبة لا تثبت إلا بجناية والجناية لا تثبت إلا بحجة، وأنه لا يجوز تغليب مصلحة مَنْ وقعت عليه الجريمة على مصلحة المتهم بارتكابها دون حجة كافية^(١).

وأما ما جرى عليه العمل القضائي عندنا في المملكة العربية السعودية فالأصل أنه لا بد من تقديم أدلة يمكن الركون إليها في استحلال عقوبة

(١) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، أبو حامد الغزالي، تحقيق: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد - بغداد، ١٣٩٠هـ، (ص ٢٢٩-٢٣١) يقول رحمته الله: (إن الأموال والنفوس معصومة، وعصمتها تقتضي الصون عن الضياع، وإن من عصمة النفوس ألا يعاقب إلا جانٍ، وإن الجناية تثبت بالحجة، وإذا انتفت الحجة: انتفت الجناية؛ وإذا انتفت الجناية: استحالت العقوبة. فكان في المصير إليه نوع آخر من الفساد، فإن المأخوذ بالسرقه قد يكون بريئاً عن الجناية، فالهجوم على ضربه تفويت لحق عصمته من نفسه ناجزاً لأمر موهوم: يرجع حاصله إلى التشوف إلى تأكيد عصمة المال. فإن كانت مصلحة ذي المال في ضربه، رجاء أن يكون هو الجاني فيقر، فمصلحة المأخوذ في الكف عنه وترك الإضرار به؛ وليس أحدهما برعاية مصلحته بأولى من الآخر... فإن قيل: إن التهمة تثبت بكونه معروفاً بالسرقه، وبما يعرف من حاله في التردد على الموضع الذي جرت فيه السرقه قبل ذلك الوقت أو بعده... فنقول: يستحيل الهجوم على عقوبته بالسرقه السابقة التي عرف بها وعوقب عليها. ويستحيل أن يعاقب بما يتوهم عليه من هذه السرقه المدعاة، فليس من ضرورة كل من سرق شيئاً أنه يسرق أمثاله... فالهجوم على عقوبته تعرض لحقه الناجز بالتفويت لأمر هو موهوم).

المدعى عليه^(١). بل غلّبت الهيئة الدائمة في المجلس الأعلى للقضاء في إحدى القضايا جانب براءة الذمة والاحتياط ما دام الصديق محتملاً واحتمال وقوعه وارداً^(٢).

غير أن العمل القضائي في اشتراط ثبوت التهمة غير مستقر. فأما الاتجاه الأول، فإنه يرى أنه لا بد من ثبوت التهمة لإيقاع العقوبة على ارتكابها، والمقصود أنه غلب على ظن القاضي ارتكاب المتهم للجريمة إلا أنه وُجد

(١) قرار رقم ١/٢/١٥ وتاريخ ١٤٣٣/٢/٢٧هـ، المحكمة العليا: (وبوقوفنا على جلية المرافقة من واقع أوراقها ومستنداتها ولأن المدعي العام لم يقدم من الأدلة ما يمكن الركون إليه في استحلال عقوبة المدعى عليهما، ولأن الأصل المستقر أنه لا تجوز عقوبة امرئ ما لم يثبت جرمه بالأدلة المنصوبة شرعاً، وأخذاً من قوله ﷺ كما عند البخاري: «فإن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم، وأبشاركم، عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا» وبه أخذ نظام الإجراءات الجزائية كما في مادته الثالثة).

(٢) قرار رقم ٣٦/٢/٣٣٨ وتاريخ ١٤٠٣/١١/٢٢هـ، الهيئة الدائمة للمجلس الأعلى للقضاء: (ظهر أن القرائن التي حفت بقضية المذكورة لا تساعد على إدانتها بالحيازة والمتهمة قد نفت رمي شيء وإنما ذكرت أنه سقط من يدها بسبب الزحمة، وهذا قد يؤيده تركها تخرج؛ إذ لو كانت قد رمت ذلك بمشاهدة المفتشة لما تركتها تمر وما دام صدقها محتملاً فكيف يرتب عليها جزاء ذنب لم تعترف به واحتمال عدم وقوعه وارد، ولأنه عند التردد بين جرمين أحدهما أخف من الآخر، فإن العدل ألا يعاقب بالأغلظ مع احتمال وقوع الأخف، وقد يظهر من قرائن حال الحادثة صدق المتهمة؛ لذا فإن الأحوط لبراءة الذمة ألا تعاقب السجينة بعقوبة جريمة إلا باعتراف صريح أو بينة، ولم يحصل من ذلك شيء).



التعزير بدون إثبات الإدانة

شك يمنعه من التيقن بارتكابه؛ فهذا الظن الغالب موجب للتعزير. جاء في تعميم رئيس القضاة رَحِمَهُ اللهُ ما نصه: (وتعزير من تثبت في حقه التهمة تعزيراً بليغاً يردعه)^(١). فعبر بثبوت التهمة لا بمجرد توجيهها فمؤداه وجود أدلة كافية على ثبوت التهمة ويكفي فيها غلبة الظن.

ويبدو أن معيار الثبوت يختلف من قاضٍ إلى آخر؛ إذ جاء في قرار للهيئة القضائية العليا أن التعزير على التهمة لا يشترط أن تكون درجة ثبوته مماثلة لدرجة الثبوت في الحدود كما في جاء في القرار: (وإن كانت الهيئة ترى التعزير بالتهمة وأن مرادها أنه لا بد قيام التهمة الموجبة للتعزير من شهادة عدلين بذلك، فالقضية هذه قد شهد فيها شاهدان عدلان بأنهما شاهدا المتهمين وهما بحال غير طبيعية، وفي شهادة أحدهما أن رائحة المسكر تنبعث من فمهما وشهادة الآخر يوجد رائحة كريهة، يضاف إلى هذا التقرير الطبي المتضمن أن الدم محتوٍ على الكحول؛ أي أن المتهمين تناولا مسكراً وقت الكشف عليهما مع أن الشارع لم يبلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال)^(٢).

وأما الاتجاه الآخر - وهو ما جرى عليه عمل أكثر القضاة -^(٣) فإنه ينصّ على عدم الإدانة في الجريمة المنسوبة إلى المتهم مثل أن يقول القاضي: (لم

(١) تعميم رقم (٣/٣٥٥) في ٧/١٠/١٣٨٣هـ.

(٢) قرار رقم (٢٠٥) وتاريخ ١/٨/١٣٩١هـ، الهيئة القضائية العليا.

(٣) ينظر المبحث الرابع، المطلب الأول في التطبيقات القضائية.





التعزير بدون إثبات الإدانة

يثبت لدى إدانة المدعى عليه (بكذا) ثم يعقّب بأنه نظراً لتوجه التهمة، فإنه قرر تعزير المدعى عليه دون أن يتطرق لثبوت توجه التهمة ولا يظهر هل هذا الاتجاه يعاقب على مجرد توجه التهمة دون اشتراط ثبوت هذا التوجه، أما أنهم يرون ثبوت التوجه ومن ثمّ يوقعون العقوبة عليه.





المبحث الثاني درء الحد والتعزير بالشبهة وأثرها

المطلب الأول درء الحد والتعزير بالشبهة

جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله؛ فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»^(١). وهذا الحديث وإن اختلف في ثبوته إلا أنه مما اتفق الفقهاء على العمل بمضمونه:

قال ابن المنذر رحمته الله: (وأجمعوا على أن درء الحد بالشبهات)^(٢).

أما ابن حزم رحمته الله فلا يرى ثبوت هذا الحديث ولا الأخذ بمضمونه؛ حيث يقول: (وذهب أصحابنا إلى أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة، ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد، فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة؛ لقول رسول الله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام»، وإذا

(١) الجامع الكبير، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، الحديث ١٤٢٤، (٣/٩٤ - ٩٥).

(٢) الإجماع، محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: صغير حنيف، مكتبة الفرقان ومكتبة مكة الثقافية - الإمارات، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ، (ص ١٦٢).

ثبت الحد لم يحلّ أن يدرأ بشبهة^(١). ويقول: (وهكذا نقول: إن من جهل: أحرام هذا الشيء أم حلال؟ فالورع له أن يمسك عنه، ومن جهل: أفرض هو أم غير فرض؟ فحكمه ألا يوجبه، ومن جهل: أوجب الحد أم لم يجب ففرضه ألا يقيمه؛ لأن الأعراض والدماء حرام)^(٢).

□ واختلف الفقهاء في إلحاق التعزير بالحدود في الدرء عند وجود الشبهة.

فمن الفقهاء مَنْ يرى شمول الدرء للتعزيرات؛ لأن الهدف من الدرء مصلحة المتهم، وهذه تتحقق في التعزيرات كما تتحقق في الحدود. ومنهم من قصر شمول الدرء للتعزير في حالة وجود عذر للمتهم في ارتكاب الجريمة؛ كالإكراه أو الجهل ونحو ذلك^(٣).

ومنهم من يرى أن التعزير لا يدرأ بالشبهة، قال ابن نجيم: (التعزير يشب مع الشبهة، ولذا قالوا: يثبت بما يثبت به المال، ويجري فيه الحلف ويُقضى فيه

(١) المحلى بالآثار، علي بن أحمد بن حزم، تحقيق: عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ، (١٢ / ٥٧ - ٥٨).

(٢) المرجع السابق، ١٢ / ٦٠.

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد الرملي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ، (٧ / ٤٢٥)، درء الحدود بالشبهات، عبد الله العلي الركبان، مجلة أضواء الشريعة - السعودية، (ص ٢٨ - ٢٩).



التعزير بدون إثبات الإدانة

بالنكول^(١).

□ ذكر الفقهاء أنواعاً من الشبهات الدائرة للحد وقسموها تقسيمات تختلف باختلاف اعتبارات التقسيم وباختلاف المذاهب الفقهية، ويمكن تقسيم الشبهة إجمالاً فيما يلي:

○ **شبهة الدليل:** وهي المعروفة بشبهة الطريق عند المالكية^(٢) والشافعية^(٣)، فمن ارتكب أمراً اختلف في تحريمه العلماء فلا يقام عليه الحد بذلك؛ كمن تزوج امرأة بلا ولي ونكاح الشغار، ونحوها.

○ **شبهة الملك:** وهي المعروفة بالشبهة الحكمية عند الحنفية^(٤) أو شبهة المحل عند المالكية^(٥) والشافعية^(٦) كما لو وطئ الأب جارية ابنه، أو سرق

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١١١).

(٢) أنوار البروق في أنواء الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، عالم الكتب. د.ط، د.ت، (١٧٢/٤)؛ الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب، عبد الله الموسى، مجلة الحكمة - السعودية، العدد ٤٠، ٢٠٠٩م (ص ١٨٤).

(٣) المنشور في القواعد الفقهية، بدر الدين الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، (٢/٢٢٧)، درء الحدود بالشبهات (ص ٣٠)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٨٤).

(٤) شرح فتح القدير (٥/٢٦١)، درء الحدود بالشبهات (ص ٣٤).

(٥) شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، دار الفكر للطباعة - بيروت، د.ط، د.ت، (٨/٩٥)؛ الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٨٦).

(٦) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد =

من ماله لوجود شبهة الملك .

○ **شبهة العقد:** وهي عند أبي حنيفة دون صاحبين؛ إذ يرى أن وجود صورة العقد ولو لم توجد حقيقته شبهة دائرة للحد؛ كما لو استأجر امرأة ليزني بها^(١).

○ **شبهة الإثبات:** وتتضمن شبهة الإثبات تحتها أربع صور من الشبه:

○ **شبهة توصيف الجريمة:** فمتى لم يصف الشهود الجريمة وصفاً وافياً دقيقاً فإن الحد يدرأ بذلك، وكذلك متى لم يكن الإقرار صريحاً واضحاً فإنه لا يمكن أن يقام بموجه الحد^(٢).

○ **شبهة التقادم:** وهذه الشبهة عند الحنفية دون الجمهور؛ ومقتضاها عدم قبول الشهادة المتقادمة؛ لأن هناك شبهة بوجود عداوة نشأت أدت إلى كشف ما ستر سابقاً^(٣).

= الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، (٥/٤٧٠)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٨٥).

(١) شرح فتح القدير (٥/٢٦١)، درء الحدود بالشبهات (ص ٣٤)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٨٧).

(٢) الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٨٧).

(٣) المبسوط، محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة - بيروت، د.ط، ١٤١٤هـ، (٩/٩٧)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٩١ - ١٩٣).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

○ **شبهة الرجوع:** أي رجوع الشهود عن شهادتهم^(١) أو رجوع المقر عن إقراره بالقول أو الفعل^(٢)؛ لأن ذلك يقتضي الكذب أو الخطأ إما في حال الإقرار أو في حال الرجوع، وكلاهما شبهة تورث درء الحد احتياطاً.

○ **شبهة معارضة البيئة أو الإقرار:** ويقصد بها ظهور ما يعارض البيئة أو الإقرار: إما بما يفيد الكذب أو يفيد التناقض والتعارض^(٣). وهذه شبهة دائرة للحد ما عدا عند المالكية^(٤).

○ **شبهة الجهل:** فمن ارتكب محرماً وادعى عدم معرفته بتحريمه؛ لم يقر عليه الحد إن كان يتصور منه ذلك^(٥).

(١) شرح فتح القدير (٢٣٧/٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (٨٠/٨)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، علاء الدين أبو الحسن المرداوي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، د.ت، (١٩٧/١٠)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب، (ص ١٩٣).

(٢) المبسوط (٩٧/٩)، الاستذكار (٥٠٢/٧)؛ درء الحدود بالشبهات (ص ٣١ - ٣٢)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٩١ - ١٩٣).

(٣) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، المطبعة الميمنية، د.ط، د.ت، (٨٣/٥)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٩٣/١٠)؛ الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٩٥).

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي (٨١/٨)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٩٥).

(٥) شرح فتح القدير (٢٣٧/٥)، الشبهة وأثرها في إسقاط العقاب (ص ١٩٦ - ١٩٧).



التعزير بدون إثبات الإدانة

- **شبهة الإرادة:** فمن ارتكب محرماً وادعى الإكراه أو الاضطرار؛ فلا يقام عليه الحد لوجود شبهة تمنع من إقامته^(١).
- **شبهة الاستحقاق:** كما لو سرقت امرأة من مال زوجها، أو ابن من مال أبيه الذي تجب على الأب نفقته^(٢).
- **شبهة الإذن:** كما لو وطئ الزوج جارية زوجته التي أباحتها له، وسرقة الضيف من بيت مضيفه الذي أذن له في الدخول^(٣).



(١) شرح فتح القدير (٥/ ٢٦٠ - ٢٦١).

(٢) درء الحدود بالشبهات (ص ٣٢).

(٣) المرجع السابق (ص ٣٢).



المطلب الثاني أثر الدرء بالشبهة

﴿أولاً: وقت درء الحد بالشبهة:﴾

من الأسئلة المهمة التي ترد: هل يكون درء الحد بعد ثبوته أم يكون الدرء قبل الثبوت؟ يترتب على هذه المسألة أثر مهم في صياغة الحكم القضائي، فإذا قلنا: إن الدرء يكون بعد الثبوت فإن القاضي يقرر ثبوت الحد ثم يحكم بدرء الحد لوجود الشبهة؛ ومن ثمَّ يوقع العقوبة التعزيرية إن كان الموقف يقتضي ذلك. وإذا قلنا: إن الدرء يكون قبل الثبوت، فإن القاضي لا يقرر ثبوت الحد ابتداءً وإنما يحكم بعدم ثبوت الحد لعدم تحقق موجهه ولوجود الشبهة، فإنه يوقع العقوبة التعزيرية إن كان الموقف يقتضي ذلك.

ظاهر ما ذكره الفقهاء - فيما اطلعت عليه - أن الدرء يكون بعد الثبوت؛ لأنه قبل ثبوت الحد لا يتصور درؤه؛ لأن الدرء لا يكون إلا لما ثبت؛ لأنه إن لم يكن ثابتاً فلا حاجة لدرئه؛ ولذلك فإذا كانت هناك إشكالية في ثبوت الحد، كاختلال ركن من أركانه أو شرط من شروطه، فلا يمكن أن يقال: إن الحد ثبت ثم درئ. وأما إن اكتملت أركان الحد وشروطه ثم وجد مانع من الموانع؛ فإن الدرء هنا يكون بعد الثبوت.

قال الكمال ابن الهمام في سياق كلامه على العمل بحديث درء الحدود



التعزير بدون إثبات الإدانة

بالشبهات: (الإرسال لا يقدح، وأن الموقوف في هذا له حكم المرفوع؛ لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل، بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة)^(١).

يقول الشيخ عبد الله الركبان في سياق قصة ماعز رضي الله عنه: (ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت؛ لأنه كان بعد صريح الإقرار وبه الثبوت)^(٢).

ثانيًا: عقوبة المتهم أو إطلاق سراحه:

عند وجود شبهة دائرة للحد، فهل تنتهي القضية عند هذا الحد، أم يجوز إيقاع العقوبة بعد درء الحد؟

يمكن التفصيل في هذه المسألة وفق ما يلي:

○ أولاً: الشبهة القوية:

ويكون ذلك في ثلاث صور:

١ - أن تكون الشبهة قائمة في الدليل المثبت للجناية مع عدم وجود أي أدلة أو قرائن أخرى: ففي هذه الحالة فإن المتهم يطلق سراحه، ولا يُتعرض له بأي عقوبة، ويمكن أن يكون هذا كما لو لم يكن على المتهم بينة إلا شهادة

(١) شرح فتح القدير (٥/٢٣٧)، درء الحدود بالشبهات (ص ٢٨).

(٢) درء الحدود بالشبهات (ص ٢٦).



التعزير بدون إثبات الإدانة

الشهود الذين رجعوا عن شهادتهم؛ فإن رجوعهم عن الشهادة مشعرٌ بكذبهم مما يضعف جانب اتهام المدعى عليه. ففي هذه الحالة لا تجوز عقوبته^(١).

٢ - أن تكون الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة: كمن فعل شيئاً محرماً يعتقد حله في الواقع، وكان ذلك الخطأ بسبب جهل في أصل الحكم الشرعي؛ كمن جهل تحريم الزنا وكان حديث العهد بالإسلام، أو كان الجهل في طبيعة الفعل الذي فعله الذي يشبهه بالمباح؛ كمن زُفت إليه امرأة فوطئها يظنها زوجته؛ لأنه كان يعتقد حلّ ما فعله فانعدم القصد الجنائي^(٢).

قال ابن القيم: (الحبس عقوبة، والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها، وهي من جنس الحدود، فلا يجوز إيقاعها بالشبهة، بل يثبت الحاكم)^(٣).

٣ - أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المحرّم على الفعل: كمن تزوج امرأة بلا ولي وكان المتهم يعتقد جواز ذلك^(٤).

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، دار الكاتب العربي - بيروت، د. ط، د. ت، (٢١٥/١)، درء الحدود بالشبهات (ص ٣٢)، نظرية الشبهات وأثرها في الحدود، عثمان جمعة ضميرية، مجلة البحوث الإسلامية - السعودية، العدد ٩٦، ٢٠١١م، (ص ٢٣١).

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي (١/٢١٤)، درء الحدود بالشبهات (ص ٣٣)، نظرية الشبهات وأثرها في الحدود (ص ٢٣٠).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (١/١٦٠).

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي (١/٢١٥)، درء الحدود بالشبهات (ص ٣٣)، =



التعزير بدون إثبات الإدانة

○ ثانيًا: الشبهة الضعيفة:

فمتى كانت الشبهة ضعيفة - كما فيما عدا الصور الثلاث المذكورة - فإن القاضي يدرأ عن المتهم العقوبة الحدية ويعاقبه بعقوبة تعزيرية تتناسب مع جريمته؛ كأن يدعي الإكراه على الزنا ولا يستطيع أن يثبت ذلك، أو يدفع بزواجه من المزني بها ولا يستطيع إثبات ذلك.



= نظرية الشبهات وأثرها في الحدود (ص ٢٣١).



المبحث الثالث

سلطة المحكمة في تعديل وصف الدعوى

المطلب الأول

تعريف تعديل وصف الدعوى

الأصل أن المحكمة تلتزم بالوصف الجنائي المرفوع لها من المدعي العام وألا تضيف على الدعوى وقائع جديدة لم تكن منصوصاً عليها^(١)، إلا أن المحكمة في الوقت نفسه ملزمة بأن تنزل الحكم الشرعي أو النظامي الصحيح على الدعوى المعروضة أمامها من غير أن تكون مقيدة بالوصف المقدم لها؛ لأن الوصف المقدم من المدعي العام للدعوى قد يشوبه خطأ في التكييف أو قصور في الوصف؛ مما يستدعي تدخل المحكمة في تعديل وصف الدعوى بما يتناسب مع الواقعة المعروضة أمامها^(٢).

وقد يمكن تعريف تعديل وصف الدعوى من خلال ما ورد في المادة الثامنة والخمسين بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية التي نصت على أنه

(١) سلطة المحكمة الجنائية في تعديل التهمة، محمد أحمد منتصر، مجلة مصر المعاصرة، ٢٠١٤م، مجلد ١٠٥، عدد ٥١٤، (ص ٥).

(٢) المرجع السابق (ص ٥).

التعزير بدون إثبات الإدانة

(لا تنقيد المحكمة بالوصف الوارد في لائحة الدعوى، وعليها أن تُعطي الفعل الوصف الذي يستحقه ولو كان مخالفاً للوصف الوارد في لائحة الدعوى، وإذا جرى التعديل وجب على المحكمة أن تبلغ المتهم بذلك)^(١). فيكون تعريفها (إعطاء الفعل الإجرامي الموصوف في لائحة الدعوى خطأ الوصف الذي يستحقه). ويفرق بعض الباحثين بين تعديل التهمة وتغيير الوصف القانوني للواقعة فتعديل التهمة يقتضي إضافة وقائع جديدة للتهمة لم تكن موجودة من قبل وإسنادها إلى المدعى عليه. وأما تغيير الوصف القانوني فهو أن تبقى لائحة الدعوى كما هي دون إضافة، ولكن يتغير الوصف القانوني لها بأن تكون نصباً واحتيالاً بدلاً من أن تكون سرقة، على سبيل المثال^(٢).



(١) نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٥٨).

(٢) سلطة المحكمة الجنائية في تعديل التهمة (ص ١٥ - ١٦).



التعزير بدون إثبات الإدانة

المطلب الثاني

حدود سلطة المحكمة في تعديل وصف الدعوى

بما أن المنظم قد أعطى المحكمة سلطة تعديل وصف الدعوى، إلا أن سلطة تعديل وصف الدعوى مقيد بعدد من القيود التي يجب على المحكمة اتباعها:

أولاً: أن يتم التعديل من قبل محكمة الدرجة الأولى:

حيث نص الشراح على أن التعديل يجب أن يكون من محكمة الدرجة الأولى أثناء المحاكمة، وإن أجازوا لمحكمة الاستئناف تعديل وصف الدعوى متى ما ظهرت ظروف إضافية تقتضي ذلك^(١)؛ لأن القول بخلاف ذلك مقتضاه أن يحاكم المتهم على جريمة اختلاس ويصدر بها الحكم الابتدائي، فلو أجاز لمحكمة الاستئناف أن تعدل وصف الدعوى إلى جريمة سرقة، فإن مقتضى ذلك أن المتهم لم يمنح الضمانات الكافية لتحقيق العدالة؛ لأن كل دفعه كانت تتركز حول اتهامه بالاختلاس لا بجريمة السرقة.

(١) سلطة المحكمة الجنائية في تعديل التهمة (ص ٢١).

❧ ثانيًا: أن تكون وقائع تعديل وصف الدعوى مشمولة بالتحقيق:

وهذا الشرط بدهي ولا يتصور وقوع خلافه؛ إذ إن الوقائع عادة هي ذات الوقائع التي تم التحقيق فيها ورفعت بموجبها الدعوى، وإنما يكون الخطأ في توصيفها من قبل المدعي العام؛ ومن ثمَّ فلا يتصور عادة أن تضاف وقائع جديدة غير مشمولة بالتحقيق عند تعديل وصف الدعوى^(١).

❧ ثالثًا: أن تبلغ المحكمة المتهم بتعديل وصف الدعوى:

حيث نصت المادة الثامنة والخمسون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية على أنه (لا تنقيد المحكمة بالوصف الوارد في لائحة الدعوى، وعليها أن تُعطي الفعل الوصف الذي يستحقه ولو كان مخالفًا للوصف الوارد في لائحة الدعوى، وإذا جرى التعديل وجب على المحكمة أن تبلغ المتهم بذلك)^(٢).

وهذا الإجراء هدفه تحقيق ضمانات العدالة للمتهم؛ إذ قد يكون تعديل وصف الدعوى بجريمة أشدَّ مما تقدم بها المدعي العام، مما يستدعي إعطاء المتهم الفرصة والوقت الكافي للرد على هذا التعديل بما يراه محققاً لمصلحته، إلا أنه ليس من الواضح متى يتم هذا التعديل لوصف الدعوى؛ لأن تعديل وصف الدعوى قد يكون في أي مرحلة من مراحل الدعوى؛ إذ قد

(١) المرجع السابق (ص ٢٣).

(٢) نظام الإجراءات الجزائية، المادة (١٥٨).



التعزير بدون إثبات الإدانة

لا يتبين للقاضي الوصف الصحيح للدعوى إلا بعد اكتمال اللوائح والمذكرات الجوابية بين الطرفين .

رابعًا: عدم الإخلال بحق الدفاع:

حيث يجب على المحكمة أن تمكّن المتهم من الدفاع عن نفسه بعد تعديل وصف الدعوى، وأي إخلال بذلك هو إخلال بضمانة جوهرية من ضمانات المتهم^(١).

خامسًا: أن يكون التعديل قبل الحكم في الدعوى:

وهذا الشرط بدهي كذلك؛ إذ إن تعديل وصف الدعوى بعد الحكم فيها لا يحقق ضمانات العدالة للمتهم. وقد نصت على ذلك المادة الثلاثون بعد المائة من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية بقولها: (٤- على المحكمة تحديد الوصف الجرمي في الحكم الصادر في الدعوى الجزائية قبل تقرير العقوبة)^(٢). وهذه المادة وإن كانت في الوصف الأصلي للدعوى إلا أنها تنطبق على الوصف المعدل من باب أولى.



(١) سلطة المحكمة الجنائية في تعديل التهمة (ص ٢٤).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢١هـ، المادة (٤/١٣٠).

المبحث الرابع تطبيق عملي

المطلب الأول

الواقع القضائي من خلال الأحكام المنشورة لعام ١٤٣٥هـ

من خلال دراسة القضايا المعدة للنشر لعام ١٤٣٥هـ، فقد كانت القضايا الجزائية المحكوم فيها ٤٠٢ قضية جزائية، اشتملت ١٠١ قضية منها على حكم بالتعزيز لتوجه التهمة أو لوجود الشبهة مع النص على عدم ثبوت الإدانة، وهي نسبة كبيرة تعادل ٢٥% تقريباً من القضايا؛ مما يستدعي إيجاد حلٍّ جذري لها. ويمكن انتقاء بعض الأحكام التي تمثل تنوعاً في الموضوع والقرائن المصاحبة، ويمكن تناول هذه التطبيقات من جانبين:

أولاً: أسباب توجه التهمة:

من خلال دراسة القضايا محل التطبيق، فإنه يظهر أن أسباب توجه التهمة لا تخلو من أن تكون واحداً من خمسة أسباب:

○ السبب الأول: تضافر القرائن:

وهذا السبب هو السبب الرئيس، بل يمكن رد كل الأسباب الأخرى إليه؛ إذ إن تضافر القرائن الدالة على ارتكاب المتهم للجريمة هي التي تحقق غلبة



التعزيز بدون إثبات الإدانة

الظن لدى القاضي بارتكاب المتهم للجريمة .

ومن خلال دراسة القضايا محل التطبيق فإن من القرائن وجود أدوات الجريمة مع المدعى عليه ؛ كالجوال المتضمن لرسائل التهديد والابتزاز أو وجود العوازل الطبية ووسائل منع الحمل ، أو وجود ما يربط المتهم بالجريمة بدليل حسي كوجود البصمات ، أو انطباق العينة الوراثية لما هو موجود في مسرح الجريمة كالشعر والدم واللعب ونحوها مع العينة الوراثية للمتهم ، أو انطباق الآثار وفقاً لتقرير القائف ، أو وجود القرائن المكذبة لما يدعيه المتهم ؛ كأن يدعي وجوده في مكان معين فيثبت من خلال تقنية تتبع المكالمات عبر وسائل تقنية الاتصالات وجوده في مكان آخر غير الذي يدعيه ، أو ما يحتويه محضر الضبط والتفريغ من توصيف لما تم ضبطه وتحريزه ، أو وجود المسروقات لدى المتهم ، أو كبر الكمية المضبوطة من المخدرات فهي قرينة على الترويج ، أو تحليل الدم ، أو التقرير الكيميائي ، أو غيرها من القرائن .

○ السبب الثاني : الرجوع عن الاعتراف :

ففي عدد من القضايا يعترف المتهم بارتكابه للجريمة أمام المحقق ، ثم يدعي إما الإكراه على الإقرار تحت التهديد بالضرب دون وجود بينة لديه على ذلك ، أو لا يدعي الضرب وإنما يدعي تغيير المحقق به ووعده له بإطلاق سراحه إن اعترف ، أو يدعي عدم معرفته بما وقع عليه من اعترافات .



التعزيز بدون إثبات الإدانة

وفي أحيان أخرى يعترف المتهم بارتكاب الجريمة أمام القاضي في جلسة، فإذا جاءت الجلسة الأخرى تراجع عن اعترافه.

○ السبب الثالث: الإقرار بارتكاب الفعل وادعاء الخطأ:

فقد يقر المتهم بارتكابه للفعل الجرمي إلا أنه يدفع بالخطأ، وهذا الدفع قد يكون معقولاً بحيث يبعث الشبهة في نفس القاضي، إلا أنه في نفس الوقت لا يسيغ للقاضي إطلاق سراحه دون عقوبة، مما يجعل القاضي يعاقبه على توجه التهمة إليه.

○ السبب الرابع: شهادة الشهود غير الموصلة:

فقد يشهد شهود على ارتكاب المتهم للجريمة، ويقدمون تفاصيل دقيقة تتطابق في بعضها مع الواقع، إلا أن شهادتهم غير موصلة، ففي هذه الحالة لا يستطيع القاضي إثبات الإدانة بموجب هذه الشهادة، إلا أنها لقوتها فإنها تحقق غلبة الظن لدى القاضي بارتكاب الجريمة، مما تتوجه معه التهمة أو تقوى الشبهة على المتهم.

○ السبب الخامس: وجود سوابق على المتهم:

وهذا السبب قائم على الظن وما جرت عليه العادة والعرف لا على الإثبات المتيقن؛ فطبيعة هذا السبب معناها أن العادة جرت أن من ارتكب جريمة سابقة مماثلة للجريمة محل الدعوى؛ فإن ذلك يثير غلبة الظن بارتكابه لهذه الجريمة أيضاً. وكذلك فإن كون المتهم معروفاً بالفساد وارتكابه



التعزيز بدون إثبات الإدانة

لسوابق أخرى يعني ارتفاع احتمالية ارتكابه لهذه الجريمة محل الدعوى .
وهذا السبب في حقيقته مشكل ؛ إذ إن ارتكاب المتهم لجريمة سابقة -
بدون وجود قرائن أخرى - لا يعني ارتكابه لهذه الجريمة ؛ إذ إن أصل براءة
الذمة يجب استصحابه حتى لو كان الشخص متهمًا أو معروفًا بالفساد .

ثانيًا: تحليل القضايا محل الدراسة:

من خلال دراسة القضايا محل الدراسة، فإنه يمكن تقسيم القضايا لثلاثة
أنواع:

النوع الأول: عوقب فيه المتهمون على توجه التهمة أو قوة الشبهة رغم
إمكانية إثبات الإدانة بالقرائن وإيقاع العقوبة عليهم .

النوع الثاني: لا تصل الأدلة المقدمة فيه إلى إثبات إدانة المتهمين
بارتكاب الجرائم المنسوبة إليهم، إلا أنه يمكن للقاضي تغيير الوصف
الجرمي وإثبات الإدانة وإيقاع العقوبة على الوصف الجرمي المعدل .

النوع الثالث: عوقب فيه المتهمون على توجه التهمة أو قوة الشبهة رغم
ضعف الدليل أو انعدامه وكان حق المتهمين في تلكم الحالة عدم الإدانة،
وفيما يلي تفصيلها:

○ النوع الأول: قضايا يمكن إيقاع العقوبة على التهمة الموجهة للمدعى
عليه:

ويقصد بهذا التصنيف أن وقائع القضية والأدلة أو القرائن المقدمة من المدعي العام كانت كافية لإثبات إدانة المدعى عليه بالجريمة المتهم بها دونما حاجة لتغيير الوصف الجرمي لها؛ إذ لا حاجة لإثبات عدم الإدانة - رغم إمكانيتها - ثم إيقاع العقوبة لتوجه التهمة، فهي من التناقض الواضح بالإضافة لمخالفتها لصريح المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية التي نصت على أنه «لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص، إلا بعد ثبوت إدانته بأمر محظور شرعاً أو نظاماً بعد محاكمة تُجرى وفقاً للمقتضى الشرعي»^(١).

■ **فعلى سبيل المثال:** ففي إحدى قضايا الابتزاز نصّ القاضي على عدم ثبوت إدانة تهمة ابتزاز الفتاة لديه؛ لإنكار المدعى عليه ذلك وعدم تقديم المدعي العام بينات إضافية عدا ما هو موجود في أوراق المعاملة، إلا أن القاضي مع ذلك حكم بتعزيره على ذلك لتوجه التهمة، وكان الأولى إثبات الإدانة؛ إذ إنه بالاطلاع على ما ورد في أوراق المعاملة نجد أنه تم ضبط أجهزة جوال للمدعى عليه تتضمن رسائل ابتزاز وتهديد للفتاة من جواله الخاص به دون إبداء أي دفوع مقنعة لورود هذه الرسائل من جواله الشخصي^(٢).

(١) نظام الإجراءات الجزائية، المادة (٣).

(٢) القضية رقم (٣٥٧٨٥٨٧) في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من =



التعزير بدون إثبات الإدانة

.....

= محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم (٣٥١٨٥٢٤٢) وتاريخ (٢٢/٠٣/١٤٣٥هـ).

(فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة المتضمنة إقرار المدعى عليه بإقامة علاقة محرمة مع فتاة لا تمت له بصلة شرعية، وحيازة صور جنسية خلية ومقاطع فيديو إباحية؛ حيث إن هذه أفعال محرمة شرعاً ومعاقب عليها، وبما أن المدعى عليه أنكر قيامه بابتزاز الفتاة وتهديدها بنشر صورها واستيلائه على جوالها واستغلاله لمكان عمله في إقامة علاقات محرمة، وبما أن المدعي العام اكتفى بما في أوراق المعاملة، وبناء على ما جاء في محضر القبض والتفتيش والمذكور بعاليه، وبناء على ما جاء في محضر استجواب المدعى عليه المتضمن إقراره بأخذ جوال الفتاة لإصلاح شاشته، وبناء على ما جاء في محضر الاطلاع على جوال المدعى عليه والاطلاع على رسائل جواله والمذكور سابقاً، لذا كله فقد قررت ما يلي:

أولاً: ثبت لديّ إدانة المدعى عليه (. . .) بقيامه بإقامة علاقة محرمة مع فتاة لا تمت له بصلة شرعية، وحيازته لصور جنسية خلية ومقاطع فيديو إباحية، فقررت تعزيره على ذلك بما يلي:

أ - سجنه لمدة ستة أشهر تحتسب منها مدة توقيفه السابقة في هذه القضية.

ب - جلده مائة وخمسين جلدة مفرقة على ثلاث دفعات، كل دفعة خمسون جلدة، بين كل دفعة والأخرى مدة لا تقل عن عشرة أيام، ويكون تنفيذ أحد الدفعات في أحد الأسواق النسائية، وذلك في أحد أيام العطلة الأسبوعية.

ثانياً: لم يثبت لديّ إدانة المدعى عليه المذكور بقيامه بابتزاز فتاة لا تمت له بصلة شرعية وتهديدها بنشر صورها، واستيلائه على جوال الفتاة، واستغلاله لمكان عمله في إقامة علاقات محرمة؛ فقررت صرف النظر عن مطالبة المدعي العام تطبيق العقوبة الواردة في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، ولكن ما تقدم كلها قرائن تقوي التهمة في حقه، فقررت تعزيره على ذلك بما يلي:

=

وهذه قرائن قوية كان يمكن للقاضي أن يستند إليها في إثبات التهمة على المدعى عليه، ومن ثم إيقاع العقوبة التعزيرية المناسبة عليه.

■ **ومثلها:** القضايا التي تتضمن اعترافات حقيقية، فالقارئ فيها على ارتكاب الجريمة قوية؛ ففي إحدى القضايا اعترف المدعى عليه تحقيقاً بقدومه مع أسرته لغرض التسول؛ إلا أن القاضي حكم بعدم ثبوت تهمة إساءة استعمال سلطته على زوجته وأولاده واستغلال ضعفهم بغرض التسول بسبق الإصرار والتخطيط والمنصوص عليها ضمن نظام مكافحة الاتجار بالبشر، إلا أنه حكم عليه تعزيراً؛ وذلك لتوجه التهمة^(١). وكان الأولى

= أ - سجنه لمدة سنة كاملة تبدأ بعد انتهاء فترة سجنه المنصوص عليها أعلاه.
ب - جلده مائة جلدة مفرقة على دفعتين، كل دفعة خمسون جلدة، بين كل دفعة وأخرى مدة لا تقل عن عشرة أيام.
ج - مصادرة الهاتف الجوال للمدعى عليه وهو من نوع (...) يحمل الرقم المصنعي (...). والثاني من نوع (...) (...) يحمل الرقم المصنعي (...). وبما تقدم حكمت).

(١) القضية رقم (٣٤١٥٩٨٤٠) في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥٢٩٧٤٨٢ وتاريخ ٢٩/٠٦/١٤٣٥ هـ. (فبعد سماع الدعوى والإجابة، والاطلاع على أوراق المعاملة وعلى الأدلة والقرائن المشار إليها، وبما أن المدعى عليه أنكر ما نسبته إليه المدعي العام في دعواه ضده، ونظراً لأن المدعى عليه سبق وأن قبض عليه بمنطقة تبوك أثناء ممارسة التسول، وبما أن المدعى عليه ليس عليه سوابق جنائية مسجلة عليه مما يظهر من أوراق المعاملة، وبما أن القصد لا يطلع عليه إلا الله ﷻ، وليس ثمة ما يثبت إدانة المدعى عليه بما نسبته إليه =



التعزير بدون إثبات الإدانة

اعتبار اعترافه التحقيقي قرينة قوية يمكن أن يستند إليها في إثبات التهمة على المدعى عليه، ومن ثم إيقاع العقوبة التعزيرية المناسبة عليه.

وفي قضية اتهام بخيانة أمانة، لم تثبت للقاضي إدانة المدعى عليه لتراجعه عن الاعتراف تحقيقاً، إلا أنه عزره لتوجه التهمة^(١). وكان من الأولى إدانته

= المدعي العام في دعواه.

لما تقدم كله فقد صرفت النظر عن طلب المدعي العام إثبات إدانة المدعى عليه (...). بإساءة استعمال سلطته على زوجته وأولاده واستغلال ضعفهم بغرض التسول بسبق الإصرار والتخطيط، ولم يثبت لدي إدانته بذلك، وإنما تتوجه إليه التهمة بذلك، وحكمت عليه تعزيراً لقاء ذلك بسجنه مدة عشرين يوماً يحسب منها كل سجن سجن به بسبب هذه القضية. هذا ما ظهر لي وبه حكمت).

ومثلها: القضية رقم ٣٥٦٦٦٦٣ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم (٣٥٣٣٢٥٦٤) وتاريخ ١٤٣٥/٠٧/٢٨هـ.

(١) القضية رقم (٣٥١٦٢٨٣) في المحكمة الجزائية بالأحساء، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٢٢٨٩٥٦ وتاريخ ١٤٣٥/٠٥/٠٢هـ. (فبناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وبعد النظر في حال المدعى عليه والتأكد من أهليته، وبما أن المدعى عليه أنكر دعوى المدعي العام باتهامه بخيانة الأمانة بسرقة مبلغ مالي قدره ستة عشر ألفاً وسبعمائة ريال من مقر عمله، وتبليغه ببلاغ كاذب ولا بينة للمدعي العام على ذلك سوى إقرار المدعى عليه تحقيقاً وقد رجع عنه، وبما أنه يتهم بذلك، وبما أن ما يتهم به من المدعى عليه من المحرم شرعاً قال تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ وقال تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّكَ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ وقال ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه» ما يستوجب تعزير المدعى عليه ويتوجه تخفيف العقوبة عليه لانتهاه الحق الخاص بالتنازل، كما يتوجه أيضاً أن تكون عقوبته بالجلد أشد من السجن لكونه أجنبياً.



التعزير بدون إثبات الإدانة

بخيانة الأمانة بناء على قرينة الاعتراف التحقيقي؛ إذ إن الرجوع عن الإقرار فيما موجه العقوبة التعزيرية غير مقبول وفقاً للقول الراجح، وهو اختيار المحكمة العليا^(١).

■ **ومثلها:** قضية أخرى أنكر فيها المدعى عليه دعوى المدعي العام، ولم تكن شهادة الشهود موصلة؛ ولذلك لم يثبت لدى القاضي إدانة المدعى عليه بصدم مركبتين تابعتين للدوريات الأمنية عمداً وعدواناً أثناء تأدية عملهما والإضرار بهما وفقاً لقيمة التلفيات المرفقة، إلا أنه لوجود التهمة فقد حكم بتعزيره^(٢).

= لذا كله ولأجل الحق العام حكمت على المدعى عليه بما يلي:

أولاً: لم يثبت لديّ إدانة المدعى عليه بخيانة الأمانة بسرقة مبلغ مالي قدره ستة عشر ألفاً وسبعمائة ريال من مقرّ عمله وتبليغه ببلاغ كاذب، وقررت ردّ دعوى المدعي العام بإثبات إدانته بذلك.

ثانياً: يعزّر لأجل التهمة بسجنه لمدة أربعة أشهر من تاريخ إيقافه على ذمة القضية وبجلده مائة وخمسين جلدة مفرقة على ثلاث دفعات متساوية، كل دفعة خمسون جلدة، وبين كل دفعة وأخرى مدة لا تقل عن عشرة أيام.

ثالثاً: يؤخذ عليه التعهد بعدم العودة لمثل ما يتهم به).

(١) قرار المحكمة العليا رقم (١٦/م) وتاريخ ٣٠/٢/١٤٣٦هـ.

(٢) القضية رقم (٣٤١٤٣٤٤٩) في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١٣٩٩٣٥ وتاريخ ٠٧/٠٢/١٤٣٥هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث أنكر المدعى عليه دعوى المدعي العام، وحيث إن شهادة الشهود غير موصلة لإدانة المدعى عليه وعدم وجود البينة، =



التعزير بدون إثبات الإدانة

ونلاحظ أن القاضي نص على عدم ثبوت إدانته؛ لإنكار المدعى عليه ذلك، وكان الأولى اعتبار شهادة الشهود ولو لم تكن موصلة وقرائن الحال من وجود الاصطدام بين سيارة المدعى عليه وسيارة الشرطة، وهي قرائن قوية يمكن أن يستند إليها في إثبات التهمة على المدعى عليه؛ ومن ثمَّ إيقاع العقوبة التعزيرية المناسبة عليه.

■ وكذلك في قضية أخرى فقد كانت القرائن قوية بوجود بصمات المدعى عليه على السيارة المتلفة، بالإضافة إلى وجود سوابق إجرامية متعددة مما يقوي جانب ارتكابه للجريمة، إلا أن القاضي لم يثبت لديه إدانة المدعى عليه بما نسب إليه، وحكم بتعزيره لقاء توجه التهمة نحوه^(١). وكان الأولى

= ونظرًا لتوجه التهمة قررت ما يلي:

لم يثبت لديَّ إدانة المدعى عليه (...). بصدم مركبتين تابعتين للدوريات الأمنية عمدًا وعدوانًا أثناء تأدية عملهما والإضرار بهما وفقًا لقيمة التلفيات المرفقة، ولوجود التهمة فقد حكمت بتعزيره، وذلك بسجنه شهرًا تحتسب منها مدة إيقافه في هذه القضية. وبجلده خمسين جلدة دفعة واحدة).

(١) القضية رقم (٣٤١٧٦٢٦٧) في المحكمة الجزائية بمكة المكرمة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥١٩٣٩٦٦ وتاريخ ١٤٣٥/٠٤/٠٢ هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وبناء على إنكار المدعى عليه للدعوى وعدم قيام الدليل القاطع على إدانته وانطباق بصماته توجه التهمة نحوه بما نسب إليه، خاصة مع إقراره بأنه لم يقابل المبلغ صاحب السيارة منذ ثلاثة أشهر تقريبًا، واعتبارًا لسوابق المدعى عليه؛ لذا كله لم يثبت لديَّ إدانة المدعى عليه بما نسب إليه، وحكمت بتعزيره لقاء توجه التهمة نحوه بالسجن شهرين من تاريخ إيقافه، وجلده سبعين سوطًا دفعة واحدة).

التعزير بدون إثبات الإدانة

اعتبار وجود البصمات ووجود السوابق قرائن قوية على ارتكابه للجريمة؛ حيث فرّق الفقهاء بين المعروف بالشر والجريمة وبين مستور الحال وبين العدل.

■ وفي قضية أخرى فإن المدعى عليه كان في حال سكر وأطلق النار على السيارة فأحرقها وقد أقر بإطلاق النار، إلا أنه دفع أن الإطلاق كان بطريق الخطأ، وقد حكم القاضي بعدم ثبوت الإدانة؛ ولكنه عزّره لوجود القرائن التي تتوجه معها التهمة^(١). وكان الأولى اعتبار حال السكر وإقراره بإطلاق النار قرائن قوية على ارتكابه للجريمة بشكل عمدي.

■ وكذلك فقد حكم قاضٍ آخر بعدم ثبوت تهمة إحراق سيارة لكون الشهادة غير موصلة ولا كافية، إلا أنه لتوجه التهمة عليهما فقد حكم عليهما

(١) القضية رقم (٣٤٢٩٣٢٨٥) في المحكمة الجزائية بالمدينة المنورة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة المدينة المنورة بالقرار رقم ٣٥٣٦٨٨٤٤ وتاريخ ٢٧/٠٨/١٤٣٥ هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، ونظرًا لإنكار المدعى عليه الدعوى، ونظرًا لما جاء في التقرير الفني ومحضر المعاينة، ونظرًا لما جاء في اعترافه تحقيقًا وأنه كانت معه بندقية صيد أصيبت بها السيارة بدون قصد منه، وحيث لم يعثر له على سوابق جنائية، وحيث تم التنازل في الحق الخاص. فبناء على ما تقدم لم تثبت لديّ صحة الدعوى بصفة قطعية، ولكن نظرًا لما أورده المدعي العام من قرائن، فهي توجه التهمة تجاه المدعى عليه في صحة الدعوى، وحكمت تعزيرًا على المدعى عليه بسجنه مدة ثلاثة أشهر اعتبارًا من تاريخ توقيفه، وجلده خمسين جلدة تكرر عليه مرتين، بين كل منهما مدة لا تقل عن أسبوع).



التعزير بدون إثبات الإدانة

تعزيراً^(١). وكان من الممكن الحكم بالقرائن لانطباق أثر سيارة المدعى عليهما مع ما قرره القائف، كما أن شهادة الشهود يمكن ربطها بشكل منطقي مع تسلسل الأحداث بما يعزز ثبوت ارتكابهما للجريمة.

■ كما حكم قاضي آخر بعدم ثبوت إدانة مستأجر سيارة بحرقها إلا أنه حكم بتعزيره لتوجه التهمة لوجود قرائن متعددة^(٢).

(١) القضية رقم ٣٤٤٠٢٤٨٣ في المحكمة الجزائية بحائل، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة حائل بالقرار رقم ٣٥١٧١٩٦٦ وتاريخ ٠٣/٠٨/١٤٣٥ هـ. (وبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة والاطلاع على أوراق المعاملة، وبما أن المدعى عليهما أنكرا ما جاء في دعوى المدعي العام، وبما أن المدعي العام لم يحضر سوى شاهدين، وبعد النظر في شهادتهما وجدتها غير موصلة وغير كافية؛ حيث إن كلا الشاهدين لم يشهدا على الفعل الصادر من المدعى عليهما أو أحدهما. لذا كله فلم يثبت لدي إدانة المدعى عليهما بالاشتراك في إحراق سيارة مواطن مع توجه التهمة عليهما بذلك، وحكمت عليهما تعزيراً بما يلي: أولاً: سجن كل واحد منهما خمسة أشهر، ويحسب لهما كل سجن سجننا به في هذه القضية.

ثانياً: جلد كل واحد منهما تسعين جلدة مفرقة على ثلاث دفعات، بين كل دفعة وأخرى عشرة أيام. وبه حكمت).

(٢) القضية رقم ٣٤٤٠٦٩٦٥ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٠٧٤٥٧ وتاريخ ٠١/٠٧/١٤٣٥ هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة المتضمنة إقرار المدعى عليه باستئجار السيارة المذكورة في الدعوى وإنكاره بقيامه بإحراقها، وبما أن المدعي العام اكتفى بما في أوراق المعاملة، وبما أن المدعى عليه مسؤول عما تحت يده، وبما أن المدعى عليه =

■ وحكم آخر بعدم ثبوت إدانة المدعى عليه بكسر زجاج سيارة الدورية الأمنية وتعطيلها عن أداء مهام عملها لعدم البينة الموصلة، إلا أنه لتوجه التهمة القوية بقيامه بذلك للقرائن كاعترافه تحقيقاً ولوجود سابقة مماثلة، فقد حكم عليه تعزيراً^(١).

■ ومثلها قضية كان فيها اعتراف بإزعاج السلطات ثم تراجع عنه المتهم

= أقر بأن السيارة قد سُرقَت ولم يتم بتقديم بلاغ رسمي للجهة المختصة للبحث عنها وإخلاء مسؤوليته، وذلك يعد تفريطاً وإهمالاً منه، وبما أن المدعى عليه صادق على السوابق، وبناء على ما جاء في تقرير اللجنة النفسية المذكورة آنفاً. لذا كلفه يثبت لِدَيَّ إدانة المدعى عليه (...). بقيامه بإحراق سيارة بعد استئجارها، ولكن ما تقدم كلها قرائن توجد التهمة في حقه، وقررت تعزيره على ذلك بسجنه لمدة ثلاثة أشهر تحتسب منها مدة توقيفه السابقة في هذه القضية، وجلده سبعين جلدة دفعة واحدة، وبما تقدم حكمت).

(١) القضية رقم ٣٥٣٥٤٣٠ في المحكمة الجزائية بمكة المكرمة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥١٨٦٧٤٤ وتاريخ ٢٥/٠٣/١٤٣٥هـ. (وبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وما أشير إليه أعلاه، فلم يثبت لِدَيَّ قيام المدعى عليه (...). المذكور بكسر زجاج سيارة الدورية الأمنية وتعطيلها عن أداء مهام عملها لعدم البينة الموصلة، وصرفت النظر عن طلب إثبات ذلك، إلا أنه تتجه نحوه التهمة القوية بقيامه بذلك للقرائن المشار إليها أعلاه ولوجود سابقة مماثلة له؛ وحكمت عليه بالسجن ثلاثة أشهر من تاريخ إيقافه على ذمة هذه القضية وجلده مائة جلدة مفرقة على دفعتين متساويتين، بين كل دفعة والتي تليها عشرة أيام، مع أخذ التعهد عليه بالبعد عن كل ما يشير الشك والريبة نحوه).



التعزير بدون إثبات الإدانة

أمام القاضي^(١). وكان من الممكن اعتبار هذه القرائن المذكورة في هذه القضايا كافية بحد ذاتها للإثبات، خصوصًا أن هذا مما لا يشترط الشارع فيه طريقة معينة للثبوت.

■ وفي قضية أخرى اعترف المدعى عليه تحقيقًا بإزعاج السلطات ببلاغ كاذب عن سرقة جواله وجهازه إلا أنه نفى علمه بما يحتويه المحضر، ثم تراجع عن اعترافه، فلم يثبت لدى القاضي إدانته ومع ذلك فإنه حكم بتعزيره^(٢). وقد كان من الممكن اعتبار هذا الاعتراف الصريح والدفع غير

(١) القضية رقم ٣٥١٧٨٧٣٥ في المحكمة الجزائية بالخبر، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٣٨٨٥٦٩ وتاريخ ١٨/٠٩/١٤٣٥ هـ. (وبعد الاطلاع على المعاملة، وبناءً على إقرار المدعى عليه المشار إليه سابقًا، والذي ادعى المدعى عليه الإكراه عليه، ولعدم وجود سوابق عليه مسجلة على المدعى عليه، ولكون التعزيرات سلطة تقديرية للقاضي؛ ولجميع ما ذكر فقد حكمت بالآتي: أولاً: صرف النظر عن طلب المدعي العام إثبات إدانة المدعى عليه بما تُسبب إليه في الدعوى؛ لعدم وجود بينة قاطعة تثبت ذلك.

ثانياً: تعزير المدعى عليه بالسجن لمدة شهر تحسب منها مدة إيقافه على ذمة هذه القضية؛ وذلك لقاء التهمة المتوجهة عليه بإزعاج السلطات بالبلاغ الكاذب، وذلك بموجب قرينة اعترافه المذكور سابقًا، ويؤخذ عليه التعهد بعدم العودة لمثل ذلك).

(٢) القضية رقم ٣٤٧٧١٥٠ في المحكمة الجزائية بالخبر، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٣٤٤٧٨١ وتاريخ ٠٧/٠٨/١٤٣٥ هـ. (بناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة المتضمنة قيامه ببلاغ الشرطة عن سرقة جواله وجهازه اللاب توب، وحيث صادق المدعى عليه على توقيعه على الإقرار المذكور سابقًا فدفع بأنه =

المقبول بعدم علمه بمحتواه كافيًا في إثبات الجريمة والتعزير بموجبها .
■ وفي قضية تحرش ، لم تثبت للقاضي إدانة المدعى عليه وإنما رأى توجه التهمة إليه ، رغم وجود شاهدين على رؤيته عاريًا في غرفة أخته ، وسماع صراخ أخته ، وتعاطيه للمخدرات^(١) ، وكان من الممكن اعتبار هذه القرائن

= وقع عليه دون العلم بما فيه ، وبعد الاطلاع على المعاملة ، ولعدم وجود سوابق مسجلة على المدعى عليه ، ولكون التعزير سلطة تقديرية للقاضي .
ولجميع ما ذكر فقد قررت تعزير المدعى عليه بالسجن لمدة شهرين مع جلده أربعين جلدة ، كل شهر عشرون جلدة ، فبذلك حكمت . وذلك لقاء التهمة المتوجهة عليه بالتقدم للشرطة ببلاغ كاذب وإزعاج السلطات ، وذلك بقرينة إقراره المذكور سابقًا والموقع عليه ، وأوصي بإبعاد المدعى عليه عن البلاد بعد استيفاء ما عليه من حقوق) .

(١) القضية رقم ٣٥٦٨١٧ في المحكمة الجزائية بريدة ، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة القصيم بالقرار رقم ٣٥١٢٥٠٩٩ وتاريخ ٢٣/٠١/١٤٣٥ هـ . (فبعد سماع الدعوى والإجابة ، والاطلاع على أوراق المعاملة ، وعلى الأدلة والقرائن المشار إليها ، وبناء على أن المدعى عليه من أرباب السوابق - حيث عليه ثلاث سوابق جنائية مسجلة عليه ، واحدة توسط في ترويج مخدرات واستعماله للمخدرات ، والثانية عقوق والدين بضربهما والتهجم عليهما وقذف والدته ، والثالثة حيازة واستعمال مخدرات مما يظهر من أوراق المعاملة - وبما أن تعاطي الحشيش المخدر موجب للحد؛ لما تقدم فقد صدر مني ما يلي :

أولاً: ثبت لدي إدانة المدعى عليه بتعاطي الحشيش المخدر والحبوب المحظورة ، وحكمت عليه لقاء ذلك بجلده ثمانين جلدة دفعة واحدة حد المسكر .

ثانياً: تتوجه التهمة على المدعى عليه بتحرشه بشقيقته وتجرده من ملابسه وشروعه بفعل الفاحشة بها ، وحكمت عليه تعزيراً لقاء ذلك للحق العام بسجنه سنة من تاريخ إيقافه بهذه القضية وجلده ثلاثمائة جلدة مفرقة على خمس دفعات ، كل دفعة ستون جلدة =



التعزيز بدون إثبات الإدانة

كافية في اعتبار ثبوت التحرش أو الشروع فيه ، ومن ثم العقوبة على ذلك دون العقوبة على توجه التهمة .

■ وتمائلها قضية أخرى لم يحكم القاضي بثبوت الإدانة وحكم بتعزيز المدعى عليه لتوجه التهمة^(١) . رغم وجود قرائن قوية كرسائل الجوال التي

= بين كل مرة وأخرى ما لا يقل عن عشرة أيام ، وبين الدفعة الأولى منها وبين جلد حد المسكر ما لا يقل عن عشرة أيام .

ثالثاً: صرفت النظر عن طلب المدعي العام تعزيز المدعى عليه بالسجن والمنع من السفر لقاء تعاطيه الحشيش المخدر والحبوب المحظورة ؛ بناء على المادتين الحادية والأربعين والسادسة والخمسين من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية ؛ لأنه زيادة على الحد . هذا ما ظهر لي وبه حكمت).

(١) القضية رقم ٣٥١١٥٨٥ في المحكمة الجزائية بحائل ، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة حائل بالقرار رقم ٣٥١٥٧٦١٤ وتاريخ ٢٣/٠٢/١٤٣٥ هـ . (بناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة ، وإقرار المدعى عليه بضربه لأخته ، وما جاء في محضر تفريغ المحادثات المدونة في لفة رقم (١) (ص ١٤) والمدون مضمونها أعلاه ، وإقراره بأن الرقم (. . .) والمرسلة منه الرسائل المذكورة أعلاه عائد له ، وما جاء في أقوال أخي المدعى عليه (. . .) والمدون في لفة رقم (١) (ص ١٦) والمدون مضمونها أعلاه ، وتناقض أقوال المدعى عليه في سبب ضربه لأخته المذكورة أعلاه . ولما تقدم كله فقد ثبت لدي إدانة المدعى عليه بضربه لأخته ، وتوجه عليه التهمة بالتحرش الجنسي بها ومراودته لها عن نفسها .

ونظراً لكون ما فعله المدعى عليه فعلاً محرماً ؛ لعموم قوله ﷺ : « كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه » ، ولأن الأصل أن تأمن أخته على نفسها عنده ؛ لأنه محرم لها ومطلوب منه الحفاظ على محارمه والذود عنهم ، ولوجود سابقة عليه وهي اختلاء محرم وحيازة مخدرات ؛ فقد حكمت عليه بأن يسجن أحد عشر شهراً ابتداء من تاريخ =

يحاول فيها التحرش بأخته وفعل الفاحشة بها ، وكونه متعاطياً للمخدرات .
وكان من الممكن اعتبار هذه القرائن كافية في اعتبار ثبوت التحرش أو
الشروع فيه ، ومن ثمَّ العقوبة على ذلك بدلاً من العقوبة على توجه التهمة .
■ وفي قضية تستر على مجرم ، حكم القاضي بتوجه التهمة إلى المدعى
عليه دون إشارة إلى ثبوت ذلك من عدمه ؛ وقد كان بالإمكان اعتبار اعترافه
كافياً في إيقاع العقوبة^(١) .

■ وفي قضية تستر على مجرم آخر ، لم يثبت القاضي الإدانة لإنكار
المدعى عليه ؛ إلا أنه حكم بتعزيره لقوة القرائن المحتفة ؛ ككذبه في مكان
وجوده رغم إثبات وسائل تقنية الاتصالات غير ذلك ، واشتهار أسرته بإخفاء

= إيقافه في هذه القضية ، وجلده مائتي جلدة مفرقة على أربع دفعات متساوية ، كل دفعة
خمسون جلدة ، بين كل دفعة والأخرى مدة لا تقل عن عشرة أيام) .

(١) القضية رقم ٣٥١٦٨٤٧ في المحكمة الجزائية بالقصيم ، المصدق من محكمة
الاستئناف بمنطقة القصيم بالقرار رقم ٣٥٢١٩١٧٥ وتاريخ ٢٣/٠٤/١٤٣٥ هـ . (فبناء
على ما تقدم من الدعوى والإجابة ، وبناء على إقرار المدعى عليه وأخيه (. . .) ، وحيث
إن التهمة القوية جداً تتوجه إلى المدعى عليه بتضليل الجهات الأمنية وتستره على أحد
الجناة ، وحكمت على المدعى عليه بما يلي :

أولاً: سجن المدعى عليه لمدة شهرين يحسب منها مدة إيقافه .

ثانياً: جلده مائتي جلدة تعزيراً موزعة على أربع دفعات كل دفعة خمسون جلدة ، وبين
كل دفعة وأخرى سبعة أيام .

ثالثاً: أخذ التعهد على المدعى عليه ألا يضع نفسه مواضع التهم) .



التعزير بدون إثبات الإدانة

المطلوبين، كما أن للمدعى عليه سابقة في ذات الموضوع تستر فيها على القاتل حتى انتهى الحق الخاص بالتنازل^(١). وقد كان من الممكن اعتبار هذه القرائن كافية في اعتبار ثبوت التستر أو الشروع فيه، ومن ثم العقوبة على ذلك دون العقوبة على توجه التهمة.

■ وفي قضية تلفظ، أقام المدعي العام بينته على قيام المدعى عليه بإرسال هذه الرسائل من جواله إلى جوال خالته؛ والتي تتضمن عبارات كفرية وقذفًا؛ وحيث إنه يمكن إرسال هذه الرسائل من غير المدعى عليه ولو كان جواله الخاص، والحدود تدرأ بالشبهات؛ لذا فقد صرف القضاة النظر عن دعوى المدعي العام المطالبة بحد الردة وحكموا عليه بعقوبة أقل منها لتوجه التهمة على المدعى عليه، ولوجود الشبهة والقرائن والقبض عليه وبحوزته

(١) القضية رقم ٣٥١٠٢١٢٦ في المحكمة الجزائية بأبها، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم ٣٥٣٠٧٢٣٩ وتاريخ ٠٧/٠٧/١٤٣٥ هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، ونظرًا لأن المدعى عليه أنكر ما نسب إليه، ونظرًا لأن بينة المدعي العام غير موصلة لإثبات دعواه، إلا أن ما قدمه يوجه التهمة في حق المدعى عليه، ونظرًا لتعلق القضية بالدماء وقد تساهلت بعض القبائل في تهريب الجناة، فكان التشديد في تعزير المستترين عليهم من المصلحة الظاهرة.

لذلك كله لم يثبت لدي إدانة المدعى عليه بالتستر على ابنه القاتل (..). في قضية قتل وعدم تعاون مع الجهات الأمنية في الدلالة على أماكن تواجده ومراوغته أثناء التحقيق، وثبت لدي توجه التهمة في حقه وقد جاءت الشريعة بالتعزير في التهمة، وقررت تعزير المدعى عليه بالسجن لمدة سنتين ابتداء من تاريخ إيقافه، وبذلك حكمت).

الجوابات التي تم الاتصال منها والرسائل النصية^(١). وقد كان من الممكن

(١) القضية رقم ٣٣٧١٣١٨١ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٢٦٤٥٧٢ وتاريخ ٣٥٢٦٤٥٧٢/٠٦/٠٢هـ. (فبناء على ما تقدم من دعوى المدعي العام، وبما أن المدعى عليه أنكر دعوى المدعي العام جملة وتفصيلاً، وبما أن المدعي العام أقام بيئته على قيام المدعى عليه بإرسال هذه الرسائل من جواله إلى جوال خالته، وحيث إنه يمكن إرسال هذه الرسائل من غير المدعى عليه ولو كان جواله الخاص، والحدود تدرأ بالشبهات. لذا فقد صرفنا النظر عن دعوى المدعي العام المطالبة بحد الردة ومصادرة هاتفه النقال، وحكمنا بسجن المدعى عليه ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إيقافه وجلده خمسمائة جلدة مفرقة على دفعات، كل دفعة خمسون جلدة، وبه حكمنا. وبعرضه على المدعى عليه قرر عدم القناعة بدون لائحة اعتراضية، وبعرضه على المدعي العام قرر عدم قناعته بالحكم واستعد بتقديم اللائحة الاعتراضية خلال المدة النظامية، فإن مضت سقط في الاعتراض. وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

حرر في ١٤٣٥/٢/١هـ. الحمد لله وحده وبعد، ففي يوم الاثنين الموافق ١٤٣٥/٢/١هـ افتتحتنا الجلسة، وبالإطلاع على اللائحة الاعتراضية المقدمة من المدعي العام ضد (...)، ولم نلاحظ ما يؤثر على ما حكمنا به، وقررنا رفع المعاملة لمحكمة الاستئناف. وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في ١٤٣٥/٠٣/٢٦هـ. الحمد لله وحده وبعد، فقد عادت المعاملة من محكمة الاستئناف بمكة المكرمة بخطابهم رقم ٣٥٢٠٦٢١٥ في ١٤٣٥/٤/١٢هـ، بخصوص دعوى المدعي العام ضد (...). مرفق معه القرار رقم ٣٥٢٠٦٢١٥ في ١٤٣٥/٤/١٢هـ، المتضمن: تقرر بالأكثرية إعادتها لأصحاب الفضيلة حكام القضية لملاحظة أن أصحاب الفضيلة حكموا بصرف النظر ثم حكموا بتعزير المدعى عليه بالسجن والجلد ولم يبينوا الوصف الجرمي لتعزير المدعى عليه، وبالله التوفيق فتجيب أصحاب الفضيلة - =



التعزير بدون إثبات الإدانة

اعتبار هذه القرائن كافية في اعتبار ثبوت الجريمة أو الشروع فيها، ومن ثمّ العقوبة على ذلك دون العقوبة على توجه التهمة.

■ وفي قضية جرائم معلوماتية لم يثبت للقاضي إدانة المدعى عليه بحيازة مواد إباحية بها مساس بالقيم الدينية والآداب العامة، إلا أنه عزّره لتوجه التهمة بالقرائن^(١). وكان بإمكان القاضي الحكم بإدانته وعقوبته لعائدية

= وفقهم الله - بأننا صرفنا النظر عن الدعوى لعدم ثبوت الموجب، وحكمنا بالتعزير لتوجه التهمة على المدعى عليه، ولوجود الشبهة والقرائن والقبض عليه وبحوزته الجوانات التي تم الاتصال منها والرسائل النصية).

(١) القضية رقم ٣٤٥٥٦٠٣٢ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٢١٦٦٩٤ وتاريخ ٢٠/٠٤/١٤٣٥هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، المتضمنة إنكار المدعى عليه لما نسب إليه في دعوى المدعي العام، وبما أن الجوال المذكور في الدعوى عائد له، وبما أن المدعي العام اكتفى بما في أوراق المعاملة، وبناء على ما جاء في محضر الاطلاع والتفريغ والمذكور بعاليه، وبناء على ما جاء في محضر إفادة أعضاء نقطة التفتيش، وبما أن المدعى عليه غير مسلم.

لذا كله فلم يثبت إدانة المدعى عليه (...). بقيامه بحيازة مواد إباحية بها مساس بالقيم الدينية والآداب العامة، وقررت صرف النظر عن مطالبة المدعي العام تطبيق العقوبة الواردة في الفقرة الأولى من المادة السادسة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، وتطبيق العقوبة الواردة في المادة الثالثة عشرة من النظام نفسه، ولكن ما تقدم كلها قرائن تقوي التهمة في حقه، وقررت تعزيره على ذلك بما يلي:

- أ - سجنه لمدة عشرين يوماً تحتسب منها مدة توقيفه السابقة في هذه القضية.
- ب - جلده سبعين جلدة دفعة واحدة. وبما تقدم حكمت).



التعزير بدون إثبات الإدانة

الجوال إليه، ولما وجد في محضر الضبط والتفريغ.

■ وفي قضية خطف واستدراج من شاب يبلغ ١٦ عامًا ويعاني من أعراض اكتئاب وهلاوس سمعية وقلق مستمر لم تثبت لدى القضاة إدانته، إلا أنهم حكموا عليه بعقوبة تعزيرية لتوجه التهمة بإقراره الذي تراجع عنه^(١). ولم

(١) القضية رقم ٣٤٥٤٠٧ في المحكمة العامة ببريدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة القصيم بالقرار رقم ٣٥٣٧٨٧٩٥ وتاريخ ١٤٣٥/٠٩/٠٩ هـ. (فبعد سماعنا للدعوى والإجابة، وبعد الاطلاع على ما استند إليه المدعي العام وأقر ببعضه، فإن ما جاء في إقراره المدونين في الصحف المشار إليها توجه التهمة إليه بما نسبته إليه المدعي العام؛ لأن ما قام به المدعى عليه يعد سوء أدب واعتداء من غير وجه حق ويستحق التعزير عليه.

وبعد الاطلاع على البحث الاجتماعي المقدم من مدير دار الملاحظة الاجتماعية المؤرخ في ١٤٣٤/٢/١٤ هـ الصادر بحق المدعى عليه (...)، المبين فيه أنه يعاني من أعراض اكتئاب وهلاوس سمعية وقلق مستمر يحتاج إلى العلاج والدواء، وبعد الاطلاع على التقرير الطبي الصادر بحق المجني عليه ذي الرقم ١٨/س/٤٦/٤٥ في ١٤٣٤/١/٢٥ هـ من مستشفى (...). بعنيزة، وقد تضمن: (تقرير طبي سري الاسم (...). العمر ١١ عام، حضر المذكور لقسم الطوارئ بتاريخ ١٤٣٣/١٠/٧ هـ إثر ادعاء اعتداء بالضرب، وبالكشف الطبي تبين أنه بحالة جيدة ولا توجد أي إصابات خارجية ظاهرة، تم إعطاؤه العلاج اللازم وخرج من المستشفى بحالة جيدة). اهـ. لذلك كله قد قررنا ما يلي:

أولاً: رددنا دعوى المدعي العام في إقامة حد الحراية لعدم الإدانة.
ثانياً: تعزير المدعى عليه مؤاخذه على إقراره لدى التحقيق، وذلك بسجنه خمسة أشهر من تاريخ ١٤٣٣/١٠/٧ هـ وجلده ثلاثين جلدة توقع عليه دفعة واحدة، وبه حكمنا).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

يبين التقرير النفسي: هل يمكن مؤاخذه أو لا؟ بالإضافة إلى أن طلب المدعي العام إيقاع حد الحرابة عليه فيها مبالغة غير منطقية. وكان من الممكن اعتبار اعترافه قرينة - على افتراض كونه مؤاخذاً وفقاً لتقرير طبي - تثبت بموجبها التهمة في الخطف ثم تخفف العقوبة لمرضه النفسي.

■ وفي قضية دعارة وقوادة لم يثبت للقاضي إدانة المدعى عليهما بالدعارة والقوادة؛ ولتوجه الشبهة بوجود ملابس سهرة وعوازل طبية وموانع حمل، فقد عززهما^(١). وكان من الممكن اعتبار هذه القرائن كافية على ارتكاب

(١) القضية رقم ٣٣٤٤٦٧٤٠ في المحكمة الجزائية بالرياض، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الرياض بالقرار رقم ٣٥١٠٩٦٠٣ وتاريخ ١٤٣٥/٠١/٠٩هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث أنكر المدعى عليهما دعوى المدعي العام، وحيث إن ما جاء في محضر القبض يورث الشبهة القوية تجاههما، لا سيما أنه عثر معهما على ملابس سهرة، وكذا شريط حبوب منع الحمل وعوازل طبية، وهذه غالباً ما تستعمل فيما جاء في دعوى المدعي العام.

فعليه لم يثبت لديّ امتهان المدعى عليهما للدعارة والبغاء والأولى بالقوادة على الثانية، وتوجه الشبهة القوية عليهما حيال ذلك الأمر، وقررت تعزيزهما لقاء الشبهة؛ وذلك بسجن كل واحدة منهما ستة أشهر من تاريخ إيقافهما وجلد كل واحدة منهما خمسين جلدة دفعة واحدة، وبذلك حكمت. وأوصي بإبعادهما إلى بلادهما بعد انتهاء محكوميتهما وعدم السماح لهما بدخول هذه البلاد مرة أخرى).

ومثلها: القضية رقم ٣٣٤٧٣٩٩٠ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥١٩٦٩٢٦ وتاريخ ١٤٣٥/٠٤/٠٤هـ، والقضية رقم ٣٤٦١٤٩١ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٢٨٤٢٧٧ وتاريخ =

هذه الجريمة؛ إذ إن غالب من يمارس مثل هذه الجرائم من الوافدات إنما يكون بمقابل مادي مما يحقق أركان جريمة الدعارة.

■ وفي قضية خيانة أمانة، ثبت لدى القاضي تسبب المدعى عليه في ضياع مبلغ قدره مائة وأربعة وسبعون ألفاً وثمانمائة وأربعة وثلاثون ريالاً (١٧٤٨٣٤ ريالاً) لكفيله، ولتوجه الشبهة إليه بخيانة الأمانة فقد حكم عليه تعزيراً^(١). وكان من الأولى إثبات خيانة الأمانة إليه لاعترافه بأخذ مبلغ ٥٠

= ٢٠/٠٦/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٢٤٦٣٢٥ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٢١٤٠٢٢ وتاريخ ١٨/٠٤/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٥١٠١٧٧ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥١٩٤٦٨٦ وتاريخ ٠٣/٠٤/١٤٣٥هـ، القضية رقم ٣٤٥٥٨٢٥٧ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٣٣٧٤٤٦ وتاريخ ٠٣/٠٨/١٤٣٥هـ، القضية رقم ٣٥٧٧٩٩٣ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٣١٨٨٩٨ وتاريخ ١٦/٠٧/١٤٣٥هـ، القضية رقم ٣٤٤٤٩٥٤١ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥١٨٢٩٥٥ وتاريخ ٢٠/٠٣/١٤٣٥هـ.

(١) القضية رقم ٣٤٢٦١٩٦٨ في المحكمة الجزائية بالمدينة المنورة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥١٨٨٨١٠ وتاريخ ٢٧/٠٣/١٤٣٥هـ. بناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة عليها، وما جاء في أوراق التحقيق المنوه عنه، فقد ثبت لدى إدانة المدعى عليه (...). الجنسية بالتسبب في ضياع مبلغ قدره مائة وأربعة وسبعون ألفاً وثمانمائة وأربعة وثلاثون ريالاً (١٧٤٨٣٤ ريالاً) لكفيله =



التعزيز بدون إثبات الإدانة

ألفاً، وعدم توريد مبالغ أخرى للمحل بعد بيع البضائع، ولم تكن هناك حاجة للعقوبة لتوجه الشبهة.

○ النوع الثاني: قضايا يمكن تغيير وصفها الجرمي أو درؤها:

ويقصد بها: القضايا التي يمكن تغيير الوصف الجرمي لها بناء على سلطة القاضي الممنوحة له بموجب نظام الإجراءات الجزائية، لتكون جريمة مختلفة عما ادعى بها المدعي العام، أو الجرائم التي يمكن درؤها لكون الحدود تدرأ بالشبهات.

■ فعلى سبيل المثال: ففي إحدى القضايا لم يثبت لدى القضاة إدانة المدعى عليه بالحرابة لأنكاره ولعجز المدعي العام عن إحضار البينة عدا ما هو مقيد من تعرف الشاهد على المدعى عليه وتعرف المجني عليه أيضاً، إلا أن هناك قرائن محتفة تؤيد ارتكابه لهذه الجريمة؛ ولذلك فإن القضاة أصدروا العقوبة بناء على توجه التهمة فحسب^(١).

= (. . .) المذكور، مع توجه الشبهة نحوه بخيانة الأمانة، وبموجبه قررت تعزيره لقاء ذلك بسجنه مدة سنة من تاريخ توقيفه، وبذلك حكمت).

(١) القضية رقم ٣٤٩٩٨٦٢ في المحكمة الجزائية بالأحساء، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٤٧٥٨٠ وتاريخ ١٤/٠٢/١٤٣٥هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث أنكر المدعى عليه دعوى المدعي العام جملة وتفصيلاً، وحيث قرر المدعي العام عجزه عن إحضار البينة، وحيث إن الشريعة السمحة أمرت بحفظ الضروريات الخمس، ومنها النفس والمال، وحيث إن =

التعزير بدون إثبات الإدانة

■ وتقاربها في الوقائع والنتائج قضية أخرى لم تثبت إدانة المدعى عليه بالحرابة، إلا أنه لوجود القرائن القوية فقد حكم عليه تعزيراً لتوجه التهمة^(١). وقد كان من الممكن تغيير الوصف الجرمي ليكون محاولة سرقة،

= الشبهة تدور حول المدعى عليه، لا سيما وأن من ضمن السوابق المسجلة ضده سابقة سلب وسطو وتهديد بالسلاح؛ ما يجعل التهمة تتوجه ضده؛ لذا ولجميع ما تقدم قررنا ما يلي: أولاً: صرف النظر عن مطالبة المدعي العام بإقامة حد الحرابة لعدم ثبوت موجهها. ثانياً: تعزير المدعى عليه وذلك بسجنه سنتين اعتباراً من تاريخ إيقافه، وجلده مائتي جلدة مفرقة على أربع فترات، لكل فترة خمسون جلدة، بين الفترة والأخرى مدة لا تقل عن عشرين يوماً، وبذلك حكمنا).

(١) القضية رقم ٣٥٥٩٦٥ في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥٣٢١٦٣٠ وتاريخ ١٩/٠٧/١٤٣٥هـ. (فبعد سماع الدعوى والإجابة، والاطلاع على أوراق القضية، وبما أن المدعى عليه أنكر دعوى المدعي العام، ولما جاء في الأدلة والقرائن الواردة في دعوى المدعي، وهي قرائن لا ترقى لإثبات إدانة المدعى عليه بما نسب إليه، وإنما توجه التهمة وتوجب تعزير المدعى عليه؛ لذا فقد قررنا ما يلي:

أولاً: لم يثبت لدينا إدانة المدعى عليه بما نسب إليه في دعوى المدعي العام. ثانياً: ردنا طلب المدعي العام بإقامة حد الحرابة على المدعى عليه؛ لعدم ثبوت الإدانة.

ثالثاً: ردنا طلب المدعي العام بالحكم على المدعى عليه بالسجن والغرامة وفقاً لنص المادة الرابعة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية.

رابعاً: تعزير المدعى عليه وذلك بسجنه مدة سنة اعتباراً من تاريخ دخوله السجن وجلده مائة وخمسين جلدة مفرقة على ثلاث دفعات، كل دفعة خمسون جلدة، بين كل دفعة والأخرى مدة لا تقل عن عشرة أيام. وبما تقدم حكمنا لقاء الحق العام).



التعزيز بدون إثبات الإدانة

أو شروعاً في سرقة، أو نحوها مما يكون فيه عبء الإثبات أقل من غيره. ■ ومثلها قضية أخرى لم يثبت للقاضي فيها إدانة المدعى عليه بالاشتراك في تلقي أموال مختلسة والتصرف بها، إلا أنه حكم عليه بالتعزيز لوجود الشبهة في فعل ذلك^(١). ولما ذكر من قرائن فإن الأولى هو الحكم على

(١) القضية رقم ٣٥٢٧١٨٤٦ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٣٣٩٦٨٢ وتاريخ ١٤٣٥/٠٨/٠٤هـ. (٢٣) فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث أنكر المدعى عليه دعوى المدعي العام من اتهامه بالاشتراك في تلقي أموال مختلسة والتصرف فيها؛ وحيث إن أدلة المدعي العام ليس فيها ما يدين المدعى عليه بما نسب إليه، وحيث دفع المدعى عليه أثناء جوابه على دعوى المدعي العام من أن لديه مؤسسة، وهذا الدفع غير مقبول؛ حيث ذكر أثناء إجابته على الدعوى بأنه لا يتعامل في هذه المؤسسات بصفقات كبيرة؛ وحيث إنه يشتبه في المدعى عليه قيامه بما نسب إليه، ويدل على ذلك: أولاً: إقراره المدون بمحضر الاستجواب بأنه قام بتلقي مبالغ مالية تقدر بحوالي ثلاثمائة ألف ريال وقام بسحبها، ولا يعلم مصدرها ولا من قام بتحويلها، واستخدام هذه الأموال في سداد بعض الالتزامات التي عليه.

ثانياً: تصرفه بهذه الأموال قرينة على معرفته بمصدرها ومن قام بتحويلها.

ثالثاً: وجود سوابق عليه مما يدل على سوء مسلكه.

رابعاً: استعداده في الجلسة الماضية بسداد هذا المبلغ لأصحابها، وحيث إنه كثر في هذا الوقت التلاعب على الناس وخداعهم وسحب أموالهم من حساباتهم، وذلك بالاتصال عليهم، وطلب بيانات الحسابات بادعاء المتصل أنه مسؤول في هذه البنوك، وحيث إن هذه الظاهرة تستوجب الحد منها، وذلك بالتشديد على من يتهم بها؛ لذا كله ولأجل الحق العام فلم يثبت لدي إدانة المدعى عليه بالاشتراك في تلقي أموال مختلسة والتصرف بها، وقررت تعزيره للشبهة بما يلي:

=

المدعى عليه بهذه العقوبة للقرائن القوية وهي إحدى طرق الإثبات، بدلاً من العقوبة بمجرد الشبهة.

■ كما صرف القضاة النظر عن إدانة المدعى عليه بارتكاب الردة لإنكار المدعى عليه ما جاء بدعوى المدعي العام، ونظراً لعدم وجود بينة موصلة للمدعي العام على ما ذكره بدعواه سوى القرائن التي تؤيد ما جاء بدعوى المدعي العام^(١). ولأنه من غير المقبول إقامة حد الردة بمجرد القرائن والخروج عن أصل حرمة دم المسلم، فإن المنطق يقتضي ألا تمر هذه

= أولاً: سجن المدعى عليه سنة ونصف تحتسب منها مدة إيقافه على ذمة القضية.
ثانياً: جلد المدعى عليه مائة وخمسين جلدة مفرقة على ثلاث دفعات، كل دفعة خمسون جلدة، بين كل دفعة وأخرى خمسة عشر يوماً، وبذلك حكمت).

(١) القضية رقم ٣٤٥١١٣٧١ في المحكمة العامة بجازان، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم ٣٥٣٦١٧٤٣ وتاريخ ٢١/٠٨/١٤٣٥هـ. (وبناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث أنكر المدعى عليه ما جاء بدعوى المدعي العام، ونظراً لعدم وجود بينة موصلة للمدعي العام على ما ذكره بدعواه سوى القرائن المشار إليها أعلاه، ولكون القرائن تؤيد ما جاء بدعوى المدعي العام، ولكون سب الدين من نواقض الإسلام وكبيرة من كبائر الذنوب، والتساهل فيه يدل على الجرأة في ارتكاب المعاصي؛ لذا فلم يثبت لدينا إدانة المدعى عليه بسب الدين، وإنما تتوجه التهمة إليه بذلك فحكمنا بما يلي:

أولاً: صرفنا النظر عن طلب المدعي العام إقامة حد الردة على المدعى عليه.
ثانياً: تعزير المدعى عليه بسجنه سنة ونصفاً من تاريخ توقيفه وجلده مائتي جلدة مفرقة على دفعات، كل دفعة خمسون جلدة بينها عشرة أيام، وبما تقدم حكمنا).



التعزير بدون إثبات الإدانة

التصرفات دون عقوبة، فيمكن النص على أن العقوبة هي عقوبة تعزيرية لدرء الحد بالشبهات، وليس لمجرد توجه التهمة.

■ وفي قضية حراية تتعلق بالعرض، لم تثبت إدانة المدعى عليه لتراجعه عن الاعتراف، إلا أنه لقوة التهمة باعترافه المتراجع عنه، وتطابق وصف الحدث لملابسه الداخلية وجواله، ووجود سوابق مماثلة؛ فقد حكم عليه القضاة بعقوبة تعزيرية؛ وقد كان من الممكن النص على أن العقوبة عقوبة تعزيرية لدرء الحد بالشبهات وليس لمجرد توجه التهمة^(١).

(١) القضية رقم ٣٤٥٣٤٥٩ في المحكمة العامة بالجبيل، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٣٣٦٣٣ وتاريخ ١٤٣٥/٠٢/٠١هـ. (فبناء على ما تقدّم من الدعوى والإجابة المتضمنة إنكار المدعى عليه جميع ما ذكره المدعي العام، وبناء على اعتراف المدعى عليه المدوّن في الجلسة الأولى ملخصه والذي أقرّ به أمام المحقق وأمامنا ودفع بكونه صدر منه على سبيل الإكراه، ولم يحضر بينة على ذلك، وبناء على محضر تطابق الأقوال، وتطابق وصف الحدث لملابسه الداخلية وكذا وصفه لجواله، ولوجود السوابق عليه غالبها مماثل لهذه الجريمة، ولأنّ الأصل في الإقرار الصحّة لا سيما وقد احتفت به القرائن من المحاضر المذكورة.

كما أنّ الرجوع عن الإقرار بما يُوجب التعزير لا يُقبل - كما توارد عليه الفقهاء - ولأنّ الأعراض مصونة في الشريعة، كما قال النبي ﷺ في الحديث الصحيح: «إنّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرامّ عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا»؛ لأجل ذلك كلّ، ولجميع ما سبق، ولكون ما سبق من محاضر وإقرار قد رجع عنه وسوابق مماثلة تقوّي توجه التهمة عليه بفعل ذلك، ولا ترتقي إلى إدانته بما جاء في دعوى المدعي العام؛ لذا فلم تثبت لدينا إدانته وقررنا بالإجماع ما يلي:

أولاً: درء حد الحراية لعدم اكتمال شروطه.

=

■ وفي قضية زنا، لم يثبت لدى القاضي إدانة المدعى عليه بالزنا لتراجعه عن اعترافه؛ إلا أن تراجعته عن الاعتراف يوجب التهمة مما يستدعي تعزيره^(١). وكان يمكن النص على أن العقوبة هي عقوبة تعزيرية لدرء الحد

= ثانياً: يُسجن المدعى عليه مدة سنة ونصف تبدأ من تاريخ إيقافه على ذمة القضية. ثالثاً: يُجلد المدعى عليه خمسمائة جلدة تعزيراً مفرقة على عشر دفعات، في كل دفعة خمسون جلدة بين كل دفعة والأخرى ما لا يقل عن عشرة أيام. رابعاً: صرف النظر عن تطبيق المادة الثالثة عشرة من نظام الجرائم المعلوماتية، وذلك لعدم ثبوت ذلك، وبما سبق حكمنا).

ومثلها: القضية رقم ٣٤٣٤٧٧٩٢ في المحكمة العامة بالأحساء، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١١٧٣٥٥ وتاريخ ١٦/٠١/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٣٤٩٦٣٣ في المحكمة العامة بالأحساء، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١١٧١٨٩ وتاريخ ١٦/٠١/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٣٧٩١٣٥ في المحكمة العامة بالأحساء، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٣٤٢٤٣ وتاريخ ٠١/٠٢/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٥٢٠٥٠٩ في المحكمة العامة ببريدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة القصيم بالقرار رقم ٣٥٢٣٣٤١٦ وتاريخ ٠٥/٠٥/١٤٣٥هـ.

(١) القضية رقم ٣٣٤٥٤٨٠ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٨٣٢٥٩ وتاريخ ٢٠/٠٣/١٤٣٥هـ. (فبناء على ما تقدّم من الدعوى والإجابة المتضمنة إنكار المدعى عليه لما نسب إليه في دعوى المدعي العام، وبما أنّ المدعي العام اكتفى بما في أوراق المعاملة، وبناء على ما جاء في إقرار المدعى عليه أثناء التحقيق والمذكور بعاليه، وبما أنّ المدعى عليه رجع عن اعترافه ذلك في مجلس القضاء، وبما أنّ الحدود تُدرأ بالشبهات، وبما أنّ تقرير الطب الشرعي والمذكور بعاليه أثبت خلو فرج ودبر الفتاة من أيّ تمزقات أو إيلاجات =



التعزير بدون إثبات الإدانة

بالشبهات وليس لمجرد توجه التهمة.

■ وفي قضية سحر، فلم تثبت لدى القضاة إدانة المدعى عليهما بعمل السحر لرجوعهما عن الاعتراف التحقيقي إلا أنهم حكموا بتعزيرهما^(١).

= وسلبية العينة المرسلة للحمل؛ وبما أنّ المدعى عليه غير محصن ولا سوابق عليه؛ لذا كله فلم يثبت لدى إدانة المدعى عليه (...) بقيامه بفعل فاحشة الزنا، فدرأت عنه حدّ الزاني غير المحصن، ولكن ما تقدم كلّها قرائن تقوّي التهمة في حقّه، وقررت تعزيره على ذلك بجلده ثمانين جلدة دفعة واحدة، وبه حكمت).

ومثلها: القضية رقم ٣٥٤٠٠٤٥ في المحكمة العامة بحائل، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة حائل بالقرار رقم ٣٥٢٢٩٠٥١ وتاريخ ١٤٣٥/٠٥/٠٢ هـ.

(١) القضية رقم ٣٣٦٠٦٨٨٠ في المحكمة العامة بحائل، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة حائل بالقرار رقم ٣٥١٢٦٦٢٠ وتاريخ ١٤٣٥/٠١/٢٤ هـ. (فبناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وبما أنّ المدعى عليهما أنكرتا دعوى المدعي العام وليس هناك بينة مثبتة لما يدعيه المدعي العام، وبناءً على إقرار المدعى عليهما تحقيقاً وإقرار المدعى عليهما (...) بالخلوة مع شخص أجنبي وتمكينه من تقبيلها وضمها. بناءً على ما سبق كله؛ فلم يثبت لدينا إدانة المدعى عليهما بما يوجب إقامة حدّ السحر عليهما، كما ثبت لدينا إدانة المدعى عليهما (...) بالخلوة مع شخص أجنبي وتمكينه من تقبيلها وضمها؛ وحكمنا عليها تعزيراً بسبب ذلك ولقاء التهمة القوية بعمل السحر بما يلي: أولاً: سجنها خمس سنوات من تاريخ إيقافها في هذه القضية.

ثانياً: جلدها خمسمائة جلدة مفرقة على دفعات متساوية، بين كل دفعة وأخرى ما لا يقل عن عشرة أيام.

كما حكمنا على المدعى عليها (...) تعزيراً بسبب التهمة القوية ضدها بعمل السحر بما يلي:

= أولاً: سجنها ثلاث سنوات من تاريخ إيقافها في هذه القضية.

وكان يمكن النص على أن العقوبة هي عقوبة تعزيرية لدرء حد السحر بالشبهة وليس لمجرد توجه التهمة.

■ وفي مجموعة من قضايا السرقة، فإن ناظري القضية لم تثبت لديهم إدانة المدعى عليهم؛ إلا أنهم قد حكموا عليهم بعقوبات تعزيرية بناء على توجه التهمة إما بسبب الرجوع عن الاعتراف^(١)، أو تضافر القرائن على قيام

= ثانياً: جلدها ثلاثمائة جلدة مفرقة على دفعات متساوية، بين كل دفعة وأخرى ما لا يقل عن عشرة أيام).

ومثلها: القضية رقم ٣٤٢٠٦٤١٩ في المحكمة الجزائية بمحافظة جدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٣٦٢٧٧٧ وتاريخ ٠٨/٢١/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٢٣٩٢٧٤ في المحكمة العامة بالمدينة المنورة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٢٢٨٥٥٣ وتاريخ ٠٥/٠٢/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٣٢٥٧٥١ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٢٣٣٣٥٤ وتاريخ ٠٥/٠٥/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٣٥٤٣٨٩ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٢٠٣٠٣٠ وتاريخ ١٠/٠٤/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٤٤٢٧٥٩٦ في المحكمة العامة بالطائف، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٢٦٤٩٨٩ وتاريخ ٠٣/٠٦/١٤٣٥هـ.

(١) القضية رقم ٣٤٢٦٠٩٧٢ في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١٦٣٣٨٦ وتاريخ ٢٩/٠٢/١٤٣٥هـ (اعتراف ودفع بعدم العلم بمضمون الإقرار)، القضية رقم ٣٤٢٩٩٠٣٠ في المحكمة العامة بعرعر، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥٢٣٩٧٣٠ وتاريخ ١١/٠٥/١٤٣٥هـ (رجوع عن الإقرار)، والقضية رقم ٣٥١٥٥٠٦ في =



التعزيز بدون إثبات الإدانة

المدعى عليهم بالسرقة؛ كانطبق البصمات أو العينة الوراثية أو محضر التعرف أو وجود المسروقات عندهم، أو نحو ذلك^(١). وكان يمكن النص

= المحكمة العامة بععر، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥٢٣٣٢٩٩ وتاريخ ١٤٣٥/٠٥/٠٥هـ (رجوع عن الإقرار)، والقضية رقم ٣٥١٩٥١٧ في المحكمة العامة بععر، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١٧٧١٩٧ وتاريخ ١٤٣٥/٠٣/١٣هـ (رجوع عن الإقرار).

(١) القضية رقم ٣٤١٨٤٥٤٧ في المحكمة العامة بعينة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة القصيم بالقرار رقم ٣٥١٩٨٤٦٩ وتاريخ ١٤٣٥/٠٤/٠٥هـ (تطابق العينة الوراثية مع عقب سيجارة)، القضية رقم ٣٤١٧١٥٥٠ في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١٠٣٥٤٢ وتاريخ ١٤٣٥/٠٣/٠١هـ (تعرف الشاهد مع وجود سوابق)، القضية رقم ٣٤٢٥٨٣٣٩ في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١٣٠١٤٠ وتاريخ ١٤٣٥/٠١/٢٩هـ (تطابق العينة التي رفعت من مسرح الجريمة مع عينة الدم الخاصة بالمتهم)، القضية رقم ٣٤٣١١١٠٢ في المحكمة الجزائية ببريدة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة القصيم بالقرار رقم ٣٥٣٦٧٥٩٥ وتاريخ ١٤٣٥/٠٨/٠٨هـ (وجود شاهد واحد).

القضية رقم ٣٤٥٥٨٣١١ في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١٦٣٣٥٢ وتاريخ ١٤٣٥/٠٢/٢٩هـ (تناقض أقوال المتهم)، والقضية رقم ٣٤٥٧٠٣٢٧ في المحكمة العامة بععر، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١٢٩٠١٠ وتاريخ ١٤٣٥/٠١/٢٨هـ (محضر التعرف وتصوير كاميرا مراقبة)، القضية رقم ٣٥١٠٦٣٦ في المحكمة العامة بالمدينة المنورة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة المدينة المنورة بالقرار رقم ٣٥٣٠٢٨٩٥ وتاريخ ١٤٣٥/٠٧/٠٥هـ (شهادة أحد الشاهدين غير موصلة)، القضية رقم ٣٥١١٢١٩ في المحكمة العامة بمكة المكرمة، المصدق من محكمة =



التعزير بدون إثبات الإدانة

على أن العقوبة هي عقوبة تعزيرية لدرء حد السرقة بالشبهة وليس لمجرد توجه التهمة .

= الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٣٢٧٨٧١ وتاريخ ١٤٣٥/٠٧/٢٣ (شهادة غير موصلة ودفع بعدم معرفة مضمون الإقرار)، والقضية رقم ٣٥١١٢٦٢ في المحكمة العامة بمكة المكرمة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٢٢٨٥٠٢ وتاريخ ١٤٣٥/٠٥/٠٢ (إقرار بدخول منزل مفتوح وليس بالقوة بعد رجوعهم عن الإقرار)، القضية رقم ٣٥١٤٨٨١ في المحكمة العامة بمكة المكرمة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥١٩١٥٣٨ وتاريخ ١٤٣٥/٠٣/٢٨ (شهادة غير موصلة ورجوع عن الإقرار)، القضية رقم ٣٢٣٥١٩٨٦ في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥٢٦٣١٦٠ وتاريخ ١٤٣٥/٠٦/٠٢ (شهادة غير موصلة)، القضية رقم ٣٥١١٠٥٧١ في المحكمة العامة ببنبع، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة المدينة المنورة بالقرار رقم ٣٥٣٠٥٨٢٢ وتاريخ ١٤٣٥/٠٧/٠٧ (محضر تعرف وتنفيذ المهمة والإقرار التحقيقي)، القضية رقم ٣٥١١١٣٨٣ في المحكمة العامة بالمدينة المنورة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٣٣٣٨٠٩ وتاريخ ١٤٣٥/٠٧/٢٩ (انطباق البصمات).

القضية رقم ٣٥٣٦٦٠٠٢ في المحكمة الجزائية بالأحساء، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٣٦٦٦٣٩ وتاريخ ١٤٣٥/٠٨/٢٦ (وجود المسروقات لديه والدفع بالحصول عليها في الطريق العام)، القضية رقم ٢٠٢٩ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٧٠٨٤٨ وتاريخ ١٤٣٥/٠٣/٠٧ (وجود المسروقات في سيارته)، القضية رقم ٣٣٦٩١٤٨٩ في المحكمة الجزائية بمكة المكرمة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٣١٢٦٨٨ وتاريخ ١٤٣٥/٠٧/١٢ (وجود المتهم مع اللصوص في نفس السيارة).



التعزير بدون إثبات الإدانة

■ وفي قضايا لواط، لم تثبت لدى ناظري القضايا إدانة المدعى عليهم ولم يُقم عليهم الحد، إلا أنهم حكموا عليهم بالعقوبة التعزيرية لتوجه التهمة بفعل الفاحشة: إما بالرجوع عن الإقرار^(١)، أو بتضافر القرائن^(٢). وكان يمكن النص على أن العقوبة هي عقوبة تعزيرية لدرء الحد بالشبهة وليس لمجرد توجه التهمة.

■ وفي قضايا شرب المسكر، فلم تثبت لدى ناظري القضايا إدانة المدعى عليهم لكون طريق الإثبات هو القرائن ولا يثبت حد المسكر بالقرائن على هذا الاجتهاد القضائي^(٣) أو لكونهم رجعوا عن الإقرار. وهذه شبهة توجب درء الحد، إلا أنهم حكموا عليهم بالعقوبة التعزيرية لتوجه التهمة بشرب

(١) القضية رقم ٣٤١٨٣٢٢٦ في المحكمة العامة بمكة المكرمة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥٣٤٠٩٢٩ وتاريخ ١٤٣٥/٠٨/٠٥ هـ. (اعترف أحد المتهمين بالفعل ثم دفع بالإكراه)

(٢) القضية رقم ٣٤٣٣٣٢٧٠ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٤٥٨٥٧ وتاريخ ١٤٣٥/٠٢/١٣ هـ. (عدم استنجد المدعى عليه بأحد لإنقاذه وتواطؤه مع أصدقائه للتصوير قرائن قوية على رضاه)

(٣) القضية رقم ٣٤٥٢٢٨٧٠ في المحكمة الجزائية بسكاكا، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١١٨٧٣١ وتاريخ ١٤٣٥/٠١/١٧ هـ (وجود رائحة الخمر)، القضية رقم ٣٥٨٧٠٦ في المحكمة العامة بمحافظة حفر الباطن، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٥٤٠٨٤ وتاريخ ١٤٣٥/٠١/٢٠ هـ (وجود الخمر في سيارة المدعى عليه)

المسكر. وكان يمكن النص على أن العقوبة هي عقوبة تعزيرية لدرء الحد بالشبهة وليس لمجرد توجه التهمة. وفي قضايا ترويج مسكر، فلم يثبت القاضي إدانة المدعى عليهم؛ إلا أنه لوجود قرائن متضافرة بارتكابهم للترويج باتصالات ترد إليهم بطلب المسكر، وسوابقهم المشابهة، والقبض عليهم بمعية شخص اعترف بسكره؛ فقد عوقبوا بعقوبة تعزيرية لتوجه التهمة لهم بارتكاب هذه الأفعال^(١)، وكان بالإمكان التعزير على شيء آخر لثبوته؛ كالتعزير على مجالسة السكارى وقد نصّ الفقهاء على العقوبة عليها^(٢).

■ وفي قضية تعاطٍ للحشيش، فإن القاضي قد حكم بعدم ثبوت إدانته بتعاطي الحشيش إلا أنه عاقبه بعقوبة تعزيرية لتوجه التهمة بتعاطي الحشيش؛ لأن من يحوزه يغلب على الظن أن يتعاطاه^(٣). وهذا الاستنباط غير صالح

(١) القضية رقم ٣٥٦٩٧١٥ في المحكمة العامة بمحافظة حفر الباطن، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٨٦٢٧١ وتاريخ ٢٥/٠٣/١٤٣٥هـ، والقضية رقم ٣٥٥٥٨٨٥ في المحكمة الجزائية بأبها، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم ٣٥٢٤٦٦١٤ وتاريخ ١٧/٠٥/١٤٣٥هـ.

(٢) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ، (٣٤٩/١٦).

(٣) القضية رقم ٣٢٤٦٩٦٦ في المحكمة الجزائية بتبوك، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة تبوك، بالقرار رقم ٣٥٣١٨٧٩١ وتاريخ ١٦/٠٧/١٤٣٥هـ (الحيازة قريبة على التعاطي).



التعزير بدون إثبات الإدانة

لإصدار حكم بالعقوبة، وكان بإمكان القاضي عقوبة المتهم على حيازة الحشيش دون أن يعاقب على احتمالية التعاطي.

■ وفي قضايا المخدرات تكون الإشكالية أكبر في قضايا التهريب والترويج؛ إذ إن عقوبة التهريب القتل^(١) التي يجب الاحتياط البالغ لها فلا يمكن إثباتها بالقرائن، وفي نفس الأمر فلا يمكن ترك المهرب ينجو من العقوبة. وأما في الترويج فأشكاليته أن إثبات الترويج الأول بمعايير أقل تؤدي إلى قتل المروج لو ثبت عليه الترويج في المرة الثانية بشكل قاطع. وفيما اطلعنا عليه من قضايا متعلقة بجرائم المخدرات في عام ١٤٣٥هـ حكم فيها بالعقوبة بناء على الشبهة؛ فإن الفعل الجرمي لم يثبت لدى ناظري القضايا لعدم كفاية الأدلة، إلا أنه اعتضد بالقرائن^(٢) أو اعتضد بإقرار رُجع

(١) نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٩ وتاريخ: ٨ / ٧ / ١٤٢٦ هـ، المادة (٣٧).

(٢) القضية رقم ٣٤٨٠٢٩٠ في المحكمة العامة بجازان، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم ٣٥٢٥٨٤١٢ وتاريخ ٢٩ / ٥ / ١٤٣٥هـ (محضر القبض قرينة على ارتكاب الجريمة)، القضية رقم ٣٥٣٠٨٣٩ في المحكمة الجزائية بجازان، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم ٣٥١٤١٩٩٠ وتاريخ ٠٨ / ٥ / ١٤٣٥هـ (كبر حجم الكمية قرينة على الترويج)، القضية رقم ٣٥٣٤٦١٧ في المحكمة الجزائية بجازان، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم ٣٥١٦٦١٨٠ وتاريخ ٠٤ / ٣ / ١٤٣٥هـ (كبر حجم الكمية قرينة على الترويج)، القضية رقم ٣٥١٠٧٧٨٠ في المحكمة العامة بمحافظة حفر الباطن، المصدق من =

عنه^(١)، إلا أنه تم الحكم عليهم بعقوبة تعزيرية لقوة التهمة. وكان يمكن النص على أن العقوبة هي عقوبة تعزيرية لدرء القتل بالشبهة وليس لمجرد توجه التهمة.

○ النوع الثالث: قضايا في تهم لا تثبت ابتداءً:

ويقصد بها أن المتهم قد اتهم بعدة جرائم، ثبت بعضها غير أنه لا يستلزم من ثبوتها ثبوت جرائم أخرى قد تكون مصاحبة لها، ومع ذلك فإن القاضي

= محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٢٣٦٣١٠ وتاريخ ١٤٣٥/٠٥/٠٩ (كبر حجم الكمية قرينة على الترويح).

القضية رقم ٣٥٣٧٤٠ في المحكمة الجزائية بجازان، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم ٣٥١٦٠٩٤٣ وتاريخ ١٤٣٥/٠٢/٢٧ (كبر حجم الكمية قرينة على الترويح)، القضية رقم ٣٥٦٠٤١ في المحكمة الجزائية بمكة المكرمة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة مكة المكرمة بالقرار رقم ٣٥١٨٣٦٦٢ وتاريخ ١٤٣٥/٠٣/٢٠ (كبر حجم الكمية قرينة على الترويح)، القضية رقم ٣٥٥٥٦٤ في المحكمة العامة بعنيزة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة القصيم بالقرار رقم ٣٥١٧٠١٠٢ وتاريخ ١٤٣٥/٠٣/٠٧ (تحليل الدم قرينة قوية)، القضية رقم ٣٥١٠٦٦٤ في المحكمة العامة بعنيزة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥١٤٥٥٧٢ وتاريخ ١٤٣٥/٠٢/١٣ (التقرير الكيميائي قرينة)، القضية رقم ٣٥٤٣٢١٠ في المحكمة الجزائية بالخبر، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥٢٦٧٨٨٥ وتاريخ ١٤٣٥/٠٦/٠٧ (التقرير الكيميائي ووجود السوابق قرائن).

(١) القضية رقم ٣٣٦١٥٣٥ في المحكمة العامة بعنيزة، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف بالقرار رقم ٣٥٢١٢٦٧٥ وتاريخ ١٤٣٥/٠٤/١٨.



التعزير بدون إثبات الإدانة

حكم بعدم ثبوت الإدانة للجريمة المصاحبة المحتملة، إلا أنه حكم بتعزير المدعى عليه بسبب توجه التهمة .

■ ففي إحدى القضايا أقرّ المتهم بالخلوة المحرمة إلا أنه أنكر إيواء المرأة لاستغلالها جنسياً، وقد حكم القاضي بثبوت الخلوة وبعدم ثبوت إدانته بإيواء تلك المرأة لاستغلالها جنسياً إلا أنه عزره لتوجه التهمة^(١) .

وعند التأمل فإننا نجد أنه لا يوجد أي دليل مادي على هذه التهمة، ويكفي عقوبته على مقدمات الزنا وهي الخلوة دون محاسبته على ما في نيته المستقبلية التي لا يمكن الكشف عنها من إيواء المرأة لأجل استغلالها جنسياً؛ ولذا فإن العقوبة هنا غير مبررة .

■ كما حكم قاضٍ آخر بعدم ثبوت إدانة المدعى عليه بالمساعدة في تهريب الخادمة لعدم وجود ما يكفي لإدانة المدعى عليه، غير أنه حكم

(١) القضية رقم ٣٤٢٩٦٩٢٢ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٤٩٤٤٤ وتاريخ ١٥/٠٢/١٤٣٥هـ. (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث أنكر المدعى عليه دعوى المدعي العام، وحيث إن شهادة الشهود غير موصلة لإدانة المدعى عليه وعدم وجود البينة، ونظراً لتوجه التهمة قررت ما يلي:

لم يثبت لديّ إدانة المدعى عليه (. . .) بصدم مركبتين تابعتين للدوريات الأمنية عمداً وعدواناً أثناء تأدية عملهما والإضرار بهما وفقاً لقيمة التلفيات المرفقة، ولوجود التهمة فقد حكمت بتعزيره، وذلك بسجنه شهراً تحتسب منها مدة إيقافه في هذه القضية، وبجلده خمسين جلدة دفعة واحدة).

بتعزيره لتوجه التهمة القوية في قيامه بذلك^(١). وعند تأمل ذلك فإنه ما ذكر من قرائن لا تكفي للتعزير؛ إذ إن تصادف هروبها مع لقائه بها في ذلك اليوم لا يعني إسقاط حقه في البراءة الشرعية؛ إذ الأصل عدم وإيقاع العقوبة بمجرد الاحتمال أمر لا يسوغ.

■ وفي قضية تفحيط نصّ القاضي على أنه لم يجد فيها ما يدين المدعى عليه بممارسة التفحيط للمرة الثالثة، إلا أن التهمة تتوجه ضده؛ فلذلك حكم عليه ولم يبين القاضي وجه توجه التهمة^(٢).

(١) القضية رقم ٣٤٢٥٤٨٤٦ في المحكمة الجزائية بالدمام، المصدق من محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية بالقرار رقم ٣٥١٥٣٨٠٩ وتاريخ ٢٠/٢/١٤٣٥هـ. (وبالاطلاع على أوراق المعاملة لم أجد بها ما يكفي لإدانة المدعى عليه بدخول منزل المدعي بالحق الخاص بقصد تهريب خادمته ومساعدتها على الهرب من منزل كفيلاها، فبناء على ما سبق من الدعوى والإجابة، وحيث أنكر المدعى عليه دعوى المدعي العام من قيامه بالدخول لمنزل أحد المواطنين بقصد تهريب خادمته ومساعدتها على الهرب من منزل كفيلاها، ونظرًا لتوجه التهمة القوية في قيامه بذلك، حيث جرى الاطلاع على محضر الشهادة المذكور، لذلك كله قررت سجن المدعى عليه لمدة (٦) ستة أشهر من تاريخ إيقافه وجلده (٥٠) خمسين جلدة دفعة واحدة؛ نظرًا لتوجه التهمة القوية في قيامه بالدخول لمنزل أحد المواطنين بقصد تهريب خادمته ومساعدتها على الهرب من منزل كفيلاها، وبذلك حكمت حكمًا في الحق العام).

(٢) القضية رقم ٣٥١١٥٧١ في المحكمة الجزائية بمحافظة الرس، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة القصيم بالقرار رقم ٣٥٢٦٤٦٣٨ وتاريخ ٠٢/٠٦/١٤٣٥هـ. (وبدراسة أوراق المعاملة لم أجد فيها ما يدين المدعى عليه بممارسة التفحيط =



التعزير بدون إثبات الإدانة

وعند التأمل في ذلك فإنه لا يظهر موجب لإيقاع العقوبة لمجرد وجود سابقة دون وجود أدلة مادية على ارتكابه للجريمة في هذه القضية بعينها.

■ وفي قضية حيازة أوراق مشتملة على سحر وشعوذة، لم تثبت لدى القاضي إدانة المدعى عليها بذلك لعدم وجود أصل الورقة التي تم إتلافها من قبل جهات الضبط، إلا أنه حكم بتعزيرها لتوجه الشبهة^(١). والعقوبة بهذا الشكل غير مقبولة؛ إذ لم يطلع القاضي على الورقة واعتمد على ما ضبط في الأوراق رغم إنكار المدعى عليها عائديتها لها، والخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة.



= للمرة الثالثة، إلا أن التهمة تتوجه ضده في ذلك وقررت ما يلي:

أولاً: صرفت النظر عن جميع طلبات المدعي العام.

ثانياً: حجز مركبة المدعى عليه الواردة في الدعوى لمدة ثمانية أشهر اعتباراً من تاريخ حجزها لتوجه التهمة، وبما تقدم حكمت).

(١) القضية رقم ٣٣١٤٦١٥ في المحكمة الجزائية بجازان، المصدق من محكمة الاستئناف بمنطقة عسير بالقرار رقم ٣٥١٤٧٣٦٥ وتاريخ ١٤/٠٢/١٤٣٥هـ. (وبناءً على عدم وجود بينة من المدعي العام على إدانتها بعائدية الورقة المذكورة، وعلى اعتراف المدعى عليها بوجود تلك الورقة داخل شنطتها؛ لذا فإن دعوى المدعي العام الموجهة للمدعى عليها المذكورة بعائدية الورقة المشتملة على السحر والشعوذة لم تثبت لدي شرعاً لعدم الدليل الكافي لإثباتها؛ ولعدم الاطلاع على الورقة المذكورة، إلا أن الشبهة تنجس نحوها فيما ذكر أعلاه؛ فقد حكمت عليها بسبب تلك الشبهة بالتعزير بالجلد بخمس عشرة جلدة علناً دفعة واحدة).

المطلب الثاني

صيغة مقترحة لمبدأ قضائي وفقاً لنتائج الدراسة

□ من خلال ما سبق إirاده يتضح ما يلي:

○ **أولاً:** أن المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية لم تفرق بين ما كان منصوصاً على عقوبته من الجرائم فتشترط له إثبات الإدانة، وما لم يكن منصوصاً على عقوبته شرعاً أو نظاماً فلا يشترط له إثبات الإدانة، بل المادة صريحة في اشتراط الإدانة لما كان مجرماً شرعاً أو نظاماً دون النظر لجانب العقوبة: هل هي منصوص عليها أو لا؟

○ **ثانياً:** أن غالب مَنْ يعاقب بالتهمة أو بالشبهة من القضاة إنما يحكم بذلك لما تكونت لديه عقيدة بغلبة الظن بارتكاب المتهم لتلك الجريمة، غير أنه لا يقدر على إثبات الإدانة: إما لكون الحد لم يثبت لدرئه بالشبهة أو لكونه ممن لا يرى الإثبات بالقرائن في العقوبات.

○ **ثالثاً:** أن مَنْ ينتقد ممارسات القضاة بالعقوبة للتهمة أو للشبهة يتفق معهم غالباً في النتيجة، وإنما يختلف معهم في طريقة الصياغة والتسبيب؛ إذ إن عدم إثبات الإدانة يقتضي عدم العقوبة وفقاً للأصول الشرعية والنظامية؛ فإنه لا تجوز العقوبة بمجرد الشبهة. قال ابن القيم **رحمته الله**: (الحبس عقوبة، والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها، وهي من جنس الحدود، فلا يجوز إيقاعها



التعزير بدون إثبات الإدانة

بالشبهة، بل يشبث الحاكم...) (١).

○ **رابعًا:** ولذلك فإن الحل لهذه الإشكالية يكمن في أحد خيارين:

١ - أن يتم تعديل المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية؛ ليتوافق مع الممارسة الحالية من جواز التعزير لمجرد توجه التهمة أو الشبهة، وتكون صياغتها المقترحة: «لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص، إلا بعد ثبوت إدانته بأمر محظور شرعًا أو نظامًا بعد محاكمة تُجرى وفقًا للمقتضى الشرعي، ويستثنى من ذلك التعزير للتهمة التي تدل عليها القرائن القوية ولو لم تثبت».

٢ - **الثاني:** أن يتم تعديل المبدأ القضائي ليتوافق مع المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية، وتكون صياغة المبدأ المقترح: «يشترط لإثبات العقوبة الجزائية ثبوت الإدانة، ويجوز للدائرة فيما عدا الحدود إثبات الإدانة وإصدار العقوبة عند وجود أدلة وقرائن معتبرة حسب تقدير حاكم القضية».

○ **خامسًا:** تكون صياغة الأحكام المقترحة وفقًا لما يلي:

١ - **الحدود التي رجع عن الاعتراف فيها:** (وبناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة؛ وحيث اعترف المدعى عليه بشربه للمسكر؛ ونظرًا لرجوع المدعى عليه عن اعترافه؛ ولعدم وجود بينة موصلة للمدعي العام على ما ذكره بدعواه سوى اعتراف المدعى عليه الذي رجع عنه؛ فقد ثبت لديّ شرب

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (١/١٦٠).

التعزير بدون إثبات الإدانة

المدعى عليه للمسكر، ونظرًا لكون الرجوع عن الاعتراف شبهة دائرة للحد، فقد حكمت بجلده... جلدة تعزيرًا).

٢ - الجرائم الثابتة بالقرائن: (فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة، وحيث أنكر المدعى عليه دعوى المدعي العام، وحيث إن شهادة الشهود غير موصلة لإدانة المدعى عليه إلا أن القرائن قد تضافرت على صدم المدعى عليه لمركبتين تابعتين للدوريات الأمنية عمدًا وعدوانًا، فقد قررت ما يلي: ثبت لديّ إدانة المدعى عليه بصدم مركبتين تابعتين للدوريات الأمنية عمدًا وعدوانًا أثناء تأدية عملهما، وحكمت بتعزيره بسجنه شهرًا تحتسب منها مدة إيقافه في هذه القضية، وبجلده خمسين جلدة دفعة واحدة).

٣ - الجرائم التي تغير وصفها الجرمي: (وبناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة؛ ونظرًا لكون الأدلة المقدمة من المدعي العام لا ترقى لإثبات ارتكاب المدعى عليه للزنا؛ وحيث ثبت من خلال القرائن المتضافرة خلوة المدعى عليه ومباشرته للمرأة، فلم يثبت لديّ ارتكاب المدعى عليه للزنا وثبت لديّ خلوته بامرأة أجنبية لا تحل له ومباشرته لها، وحكمت بجلده... جلدة تعزيرًا).

■ **وفي خلاصة هذه الدراسة،** فإن مسألة التعزير بدون إثبات الإدانة من المسائل الواقعية المشككة؛ إذ إن الأصل في كل شخص براءة ذمته، والأصل حرمة أضرار الناس ودمائهم وحرياتهم، وقد ظهر لنا أن سبب هذه



التعزيز بدون إثبات الإدانة

الإشكالية لفظي في الدرجة الأولى؛ إذ إن من ينتقد ممارسات القضاة بالعقوبة للتهمة أو للشبهة يتفق معهم غالبًا في النتيجة، وإنما يختلف معهم في طريقة الصياغة والتسييب. وقد يكون سبب عدم النص على الإثبات رغم توفر أسبابه - الأخذ باتجاه جمهور الفقهاء إلى حصر طرق الإثبات في المجال الجنائي بالشهادة أو الإقرار دون اعتبار للقرائن بغض النظر عن قوتها. وقد رأينا من خلال الدراسة أن الاتجاه الراجح هو العمل بالقرائن.

■ كما رأينا أن للمحكمة سلطة في تعديل وصف الدعوى وفق ضوابط، منها: أن يكون ذلك من قبل محكمة الدرجة الأولى، وأن تكون وقائع تعديل وصف الدعوى مشمولة بالتحقيق، وأن تبلغ المحكمة المتهم بتعديل وصف الدعوى، وألا يترتب على التعديل إخلال بحق الدفاع، وأن يكون التعديل قبل الحكم في الدعوى.

■ كما ظهر أن الأسباب الموجبة لتوجه التهمة من خلال ما تمت دراسته من أحكام قضائية تتلخص في تضافر القرائن على ارتكاب المتهم للجريمة، أو رجوعه عن الاعتراف، أو إقراره بارتكاب الفعل الجرمي وادعاء الخطأ، أو وجود شهادة غير موصلة، إلا أنها تقوي جانب القرائن، وكذلك وجود سوابق على المتهم.

■ كما ظهر من خلال الدراسة أن القضايا كانت على ثلاثة أنواع:

فالنوع الأول: عوقب فيه المتهمون على توجه التهمة أو قوة الشبهة رغم

التعزير بدون إثبات الإدانة

إمكانية إثبات الإدانة بالقرائن وإيقاع العقوبة عليهم.

والنوع الثاني: لا تصل الأدلة المقدمة فيه إلى إثبات إدانة المتهمين بارتكاب الجرائم المنسوبة إليهم، إلا أنه يمكن للقاضي تغيير الوصف الجرمي وإثبات الإدانة وإيقاع العقوبة على الوصف الجرمي المعدل.

والنوع الثالث: عوقب فيه المتهمون على توجه التهمة أو قوة الشبهة رغم ضعف الدليل أو انعدامه، وكان حق المتهمين في تلكم الحالة عدم الإدانة.

■ **وخلصنا في النهاية إلى:** أنه لحل هذه الإشكالية فإنه لا بد من تعديل المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية؛ لتتوافق مع الممارسة الحالية من جواز التعزير لمجرد التهمة أو الشبهة دون حصول الثبوت، أو أن يتم تعديل المبدأ القضائي ليتوافق مع المادة الثالثة من نظام الإجراءات الجزائية.

كما قدمنا مقترحات لصياغة الحكم القضائي وفق التعديل المقترح في الحدود التي رُجع عن الاعتراف بارتكابها، والجرائم التي يمكن إثباتها بالقرائن، والجرائم التي يمكن تغيير وصفها الجرمي، والله أعلم.

وَصَلَّى اللّٰهُ وَسَلَّم عَلَى نَبِينَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.





قبول الوقف ومسائله المعاصرة

إعداد

د. زيد بن سعد الغنام

الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بالرياض قسم الفقه







قبول الوقف ومسائله المعاصرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله الذي شرع البر والإحسان، والصلاة والسلام على خير إنسان؛ نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان، وبعد:

فإن الوقف من أجلّ التبرعات وأفضلها وأشملها، وأكثرها تأثيراً في حياة الناس، ومسائله عديدة متجددة، وقد ألفت فيه أو في بعض مسائله عشرات المؤلفات قديماً وحديثاً؛ لذا رأيت مستعيناً بالله تعالى أن أدلي بدلوي في هذا البحر الزاخر، وأبحث في مسألة من مسائله وموضوع من موضوعاته، ألا وهو: «قبول الوقف ومسائله المعاصرة».

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

- ١- دعاء الحاجة لمعرفة أحكام قبول الوقف وتجلية مسائله؛ لوقوعه في حياة الناس - وربما وقع بسبب الاختلاف فيه مشاحنات أو مقاضاة - ولتعلقه بمعاملة مالية هامة ألا وهي «الوقف».
- ٢- وجود بعض المسائل المعاصرة المتعلقة به، وهذا يزيده أهمية ولا شك.

- ٣- أنه لم يفرد - فيما اطلعت عليه - ببحث مستقل يستقصي مسائله وأحكامه، وإن كان كثير ممن كتب عن الوقف - عموماً - يتعرض لمسألة

قبول الوقف، لكن بشكل فيه اختصار. وأيضاً ليس لجميع مسائل قبول الوقف، ومن أبرز ما انفردت به في هذا البحث: بيان الحكم التكليفي لقبول الوقف، وكذلك الأحكام المترتبة على عدم قبول الوقف، والمسائل المعاصرة لقبول الوقف.

منهج البحث:

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

- ١- تصوير المسألة وتحليل محل الخلاف الفقهي، إن وجد.
- ٢- الاختصار على رأي المذاهب الفقهية الأربعة، وربما ذكرت رأي غيرهم أحياناً؛ فإن كانت المسألة محل اتفاق ذكرت اتفاقهم وأتبعته بالأدلة، وإن كانت المسألة خلافية ذكرت الأقوال ثم الأدلة ووجه الاستدلال، والمناقشات الواردة ثم الترجيح مع بيان سببه، وربما اجتهدت في الاستدلال والمناقشة.
- ٣- توثيق أقوال المذاهب من مصادرهم الأصيلة، وإذا لم أجد قولاً صريحاً لمذهب في مسألة سلكت مسلك التخريج الفقهي.
- ٤- الرجوع للكتب غير الفقهية؛ كالتفسير وشروح الحديث والقواعد الفقهية عند الحاجة إليها، مع الاستعانة بالمراجع الحديثة.
- ٥- التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد، مع العناية بضرب الأمثلة الواقعية عند المناسبة.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ٦- ترقيم الآيات وذكر اسم السورة، وتخريج الأحاديث النبوية والآثار من كتب السنة، وبيان ما ذكره أهل الاختصاص في درجتها والحكم عليها- إن لم تكن في «الصحيحين» أو أحدهما- فإن كانت اكتفيت بذكره.
- ٧- وضع خاتمة تعطي فكرة عما تضمنه البحث من نتائج.
- ٨- وضع فهرس للمصادر وآخر للموضوعات.

✍ خطة البحث:

- جعلت هذا البحث في مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث وخاتمة.
- المقدمة: وفيها أهمية الموضوع وسبب اختياره، ومنهج البحث، وخطته.
- التمهيد: في التعريف بمفردات الموضوع، وبيان مقاصد التبرع المؤثرة في حكم قبوله، وفيه مطلبان:
 - المطلب الأول: التعريف بمفردات العنوان.
 - المطلب الثاني: مقاصد التبرع المؤثرة في حكم قبوله.
- المبحث الأول: حكم قبول الوقف، وفيه مطلبان:
 - المطلب الأول: الحكم الوضعي لقبول الوقف، وفيه خمس مسائل:
 - المسألة الأولى: قبول الوقف إذا كان على جهة أو غير معين.
 - المسألة الثانية: قبول الوقف إذا كان على معين.

المسألة الثالثة: قبول البطن الثاني ومن بعده.

المسألة الرابعة: تبعض قبول الوقف.

المسألة الخامسة: القبول إذا كان الموقوف عليه محجوراً عليه.

المطلب الثاني: الحكم التكليفي لقبول الوقف.

○ **المبحث الثاني: صيغة قبول الوقف وأثر طرء الموت وانعدام الأهلية في قبول الوقف، وفيه ثلاثة مطالب:**

المطلب الأول: أنواع صيغة قبول الوقف.

المطلب الثاني: شروط صيغة قبول الوقف.

المطلب الثالث: أثر طرء الموت وانعدام الأهلية في قبول الوقف.

○ **المبحث الثالث: أثر عدم قبول الوقف والتردد فيه، وفيه مطلبان:**

المطلب الأول: أثر عدم قبول الوقف، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أثر عدم قبول الوقف إذا كان الموقوف عليه واحداً.

المسألة الثانية: أثر عدم قبول الوقف إذا كان الموقوف عليه متعدداً.

المطلب الثاني: أثر التردد في قبول الوقف.

○ **المبحث الرابع: المسائل المعاصرة في قبول الوقف، وفيه ثلاثة مطالب:**

المطلب الأول: قبول وقف غير المسلم على الجهات الخيرية الإسلامية.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

المطلب الثاني: أثر التنظيمات الإدارية والمالية الحديثة في قبول الوقف.
المطلب الثالث: أثر الكسب المشبوه والتوجه السيئ في قبول الوقف،
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أثر الكسب المشبوه في قبول الوقف.

المسألة الثانية: التوجه السيئ للواقف في قبول الوقف.

○ **الخاتمة:** وفيها أهم نتائج البحث.

○ **فهرس المراجع.**

○ **فهرس الموضوعات.**

وبعد: فأحمد الله تعالى على إتمام هذا البحث، فما كان فيه من صواب
فمنه سبحانه وما كان فيه من خطأ أو نقص فمني وأستغفر الله من ذلك،
وأسأله - جل وعلا - أن ينفع بهذا البحث، وألا يحرمني أجره؛ إنه سميع
مجيب.

وَصَلَّى اللهُ وَسَلَّم عَلَى نَبِينَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ.





التمهيد

المطلب الأول

التعريف بمفردات العنوان

المسألة الأولى: تعريف القبول:

□ **القبول لغةً:** مصدر: قَبِلَ يَقْبَلُ قَبُولًا، بفتح القاف وحكي بالضم، وهو أخذ الشيء عن رضا وطيب خاطر، يقال: قبل الهدية: إذا أخذها. وقبل العمل: إذا رضيه^(١).

□ **القبول اصطلاحًا:** عرف بأنه «موافقة ثاني المتعاقدين على إيجاب الأول»^(٢).

وعرف بأنه «ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يتم العقد»^(٣).

ومن خلال كلام الفقهاء^(٤) عن القبول وضوابطه يمكن أن نعرفه بأنه «ما

(١) انظر: القاموس المحيط: (١٣٥٢)، المصباح المنير: (١٨٦)، المعجم الوسيط (٧١٣/١).

(٢) معجم لغة الفقهاء: (٣٥٦).

(٣) القاموس الفقهي: (٢٩٤).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٥٠٦/٤)، منح الجليل (٤٣٢/٤)، النجم الوهاج (١١/٤)، كشف القناع (١٤٦/٣).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

يصدر قولاً أو فعلاً من أحد المتعاقدين أو أحد الطرفين في المعاملات المالية، والذي يفيد الرضا بهذه المعاملة».

○ **وعليه:** فيكون تعريف قبول الوقف اصطلاحاً «ما يصدر قولاً أو فعلاً من الموقوف عليه أو ممن يقوم مقامه، يدل على رضاه بهذا الوقف».

المسألة الثانية: تعريف الوقف:

□ **الوقف لغة:** الحبس والمنع، يقال: وقفت الرجل عن الشيء أي: منعتة عنه، ويطلق على السكوت، يقال: وَقَفَتِ الدابة وقفاً ووقوفاً: إذا سكنت^(١)، و«وقف الدار» أفصح من «أوقف الدار»^(٢).

□ **تعريف الوقف اصطلاحاً^(٣):** للفقهاء عدة تعاريف للوقف، وكلها متقاربة ومنها:

١ - **للحنفية:** «حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة»^(٤).

(١) انظر: القاموس المحيط: (١١٢)، لسان العرب (٣٥٩/٩)، مختار الصحاح: (٧٣٣).

(٢) انظر: القاموس المحيط: (١١٢).

(٣) كل مَنْ كتب وألف عن الوقف يتناول تعريفه، منهم من يطيل جدّاً، ومنهم من يتوسط، ومنهم من يختصر؛ ولذا راعيت الاختصار؛ لأن الخوض في التعريفات لا يناسب المقام في مثل هذه البحوث، وبخاصة أن مصطلح الوقف أصبح معلوماً لدى أهل الاختصاص ولا فائدة كبيرة في الإطالة في تعريفه.

(٤) الهداية (١٣/٣)، الاختيار (٤٠/٣).



قبول الوقف ومساائله المعاصرة

٢- **للمالكية:** «إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيها ولو تقديراً»^(١).

٣- **للسنعية:** «حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته»^(٢).

٤- **للحنابلة:** «تحسيس الأصل وتسهيل المنفعة على جهة بر أو قرابة»^(٣).

وهذا التعريف الأخير هو الأنسب والأقرب، فيما يظهر.



(١) مواهب الجليل (١٨/٦)، منح الجليل (١٠٨/٨).

(٢) مغني المحتاج (٣٧٦/٢)، زاد المحتاج (٤١٥/٢).

(٣) الروض المربع مع حاشية ابن قاسم (٥٣١/٥).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

المطلب الثاني

مقاصد التبرع المؤثرة في حكم قبوله

من التبرعات^(١) ما يكون قصد المتبرع فيها - غالبًا - الثواب الأخروي وتكون للمحتاج وهي الصدقة، وأيضًا لا يكون بين المتصدق والمتصدق عليه سابق معرفة.

ومن التبرعات ما يكون الغالب فيها الإكرام والملاطفة والتودد، ويكون هناك سابق معرفة بين المتبرع والآخذ، وذلك كالهدية والهبة.

ومنها ما يكون جامعًا بين هذا وذاك كالوصية، فغالبًا ما تكون للمحتاج. وأما الوقف فهو أكثر التبرعات أثرًا وأظهرها أهمية، وتكون فيه تلك المقاصد كلها، فالوقف على الفقير - مثلاً - يقصد به الثواب الأخروي، والوقف على القريب يقصد به مع قصد الثواب الصلة، والوقف على الصديق يقصد به المودة والمحبة^(٢).

(١) عقود التبرعات هي: «ما يكون التملك فيها بلا مقابل؛ مثل الهبة بلا عوض، والصدقة، والوصية، والوقف». المدخل الفقهي العام (٥٨٣/١)، الملكية ونظرية العقد: (٣٠٧)، الفقه الإسلامي وأدلته (٢٤٤/٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٢٢/٨)، منح الجليل (١٧٤/٨)، مغني المحتاج (٢/٣٩٦)، كشف القناع (٢٩٩/٤)، قواعد الأحكام (٨٣/١) وما بعدها، تحرير =

قبول الوقف ومسائله المعاصرة

والمأمل في كلام الفقهاء عن قَبُول التبرع يجد أن لنوع التبرع، ومقصد المتبرع، وحالة المتبرع له، واختلاف الأحوال أثرًا في الحكم التكليفي للقبول - كما سيتبين ذلك إن شاء الله - في هذا البحث بالنسبة لقبول الوقف. ولهذا فقبول التبرع - عمومًا - قد يكون جائزًا، وقد يكون مستحبًا أو مكروهًا أو محرّمًا أو واجبًا. والله أعلم.



= المقال فيما يحل ويحرم من بيت المال : (١٩٩) وما بعدها، القواعد لابن رجب : (٣٤٨)، الموسوعة الفقهية (٢٥٣/٤٢).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

المبحث الأول حكم قبول الوقف

المطلب الأول الحكم الوضعي^(١) لقبول الوقف

المسألة الأولى: قبول الوقف إذا كان على جهة أو على غير معين:

إذا وقف شخص على جهة خيرية كالمساجد والمدارس والمستشفيات، أو على أوقاف أخرى، أو على غير محصور كالفقراء والمساكين، فهل يشترط القبول؟

□ **اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:**

○ **القول الأول:** إنه لا يشترط القبول.

وهو مذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة^(٢).

(١) الحكم الوضعي هو: «خطاب الله تعالى المتعلق بجعل شيء سبباً لشيء أو شرطاً له أو مانعاً فيه» المستصفى (٩٣/١)، إرشاد الفحول: (٦)، ففي هذا المطلب ومسائله يبحث. هل قبول الوقف شرط أو لا؟ وهذا يسمى عند الأصوليين حكماً وضعياً.

(٢) انظر: للحنفية: الإسعاف: (٧٣)، البحر الرائق (٢١٢/٥). وللمالكية: الشرح الكبير (٨٨/٤)، منح الجليل (١٤٥/٨). وللشافعية: «العزیز» (٢٦٥/٦)، روضة الطالبين (٣٨٩/٤). وللحنابلة: «المغني» (١٨٧/٨)، الفروع (٣٤١/٧)، المبدع (٣٢٤/٥)، الإنصاف (٤٠١/١٦).

○ **القول الثاني:** إنه يشترط القبول، والذي يتولاه الإمام أو نائبه. وهو احتمال^(١) عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

■ الأدلة والمناقشة:

استدل القائلون بأنه لا يشترط القبول بما يأتي:

- ١- أن الوقف إذا كان على جهة لم يتصور فيه القبول فلم يكن شرطاً^(٤).
- ٢- أنه لو اشترط القبول لامتنع صحة الوقف فيه^(٥).
- ٣- أن الوقف إذا كان على من لا يمكن حصرهم - غير المعين - فقد يكون بعضهم أصلاً غير موجود - كمن سيولد بعد ذلك - فكيف يقال باشتراط قبوله^(٦).

-
- (١) الاحتمال هو: الحكم المنقول في مسألة من بعض الأصحاب المجتهدين: إما لدليل مرجوح بالنسبة إلى ما خالفه، أو لدليل مساوٍ له. انظر: مقدمة الإنصاف (٩/١)، المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل (١/٢٨٠).
 - (٢) النجم الوهاج (٥/٤٨٠)، مغني المحتاج (٢/٣٨٣).
 - (٣) انظر: المغني (٨/١٨٧)، الفروع (٧/٣٤١)، الإنصاف (١٦/٤٠٢).
 - (٤) انظر: الممتع شرح المقنع (٤/١٢٥)، كشف القناع (٤/٢٥٢).
 - (٥) انظر: المرجعين السابقين، مغني المحتاج (٢/٣٨٣).
 - (٦) انظر: منح الجليل (٨/١٤٥).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

واستدل من قال باشتراط القبول من الحاكم أو نائبه بما يأتي :

١- قول الله تعالى: ﴿أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ وَأَنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ﴾ (١).

وجه الاستدلال :

دلت الآية على أن الله تعالى هو الذي يقبل الصدقات - أي : التبرعات - والوقف داخل فيها ، والحاكم نائب عن الله تعالى في ذلك ، فاشتراط قبوله للوقف (٢).

ويناقش هذا الاستدلال :

بأن فيه بعداً ؛ لأن المراد بالقبول في الآية القبول الأخروي والمجازاة والمثوبة على الصدقات (٣) ، كما تقول مثلاً : قبل الله صلاته ، وقبل حجه . . . وهكذا ، ولا علاقة للآية بمسألة قبول الوقف .

٢- أن الحاكم ينوب عن المسلمين في استيفاء القصاص وأخذ الأموال - غير الوقف - كالزكاة والجزية وغيرهما ، وإذا كان كذلك ناب عنهم في أخذ

(١) سورة التوبة الآية : (١٠٤) .

(٢) انظر : النجم الوهاج (٥/ ٤٨٠) .

(٣) انظر في تفسير الآية : جامع البيان = تفسير الطبري (٦/ ٤٦٥) ، فتح القدير للشوكاني (٢/ ٥١٠) .

الوقف أو رده^(١).

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

- أ -** أنه قياس مع الفارق؛ لأن تلك الأمور التي ذكرت تحتاج لنظر واجتهاد ومباشرة فجعلت للحاكم، بخلاف الوقف فلا يحتاج لذلك^(٢).
- ب -** أن ولاية القصاص وأخذ الأموال غير الوقفية ولاية استيفاء وحفظ وللإمام ولاية فيها، أما قبول الوقف فولاية تملك وليس للإمام هذه الولاية^(٣).

○ **والراجع - والله أعلم -** قول الأكثر من أنه لا يشترط قبول الوقف إذا كان على جهة أو غير معينين، بل يثبت لهم بمجرد إيجابه من الواقف، وذلك لوجاهة أدلة هذا القول في مقابل ضعف أدلة القول الآخر وبما ورد عليها من مناقشة.

وأيضاً عدم اشتراط قبول الحاكم للأوقاف هو ما جرى عليه عمل المسلمين منذ عهد النبوة، فمع كثرة الأوقاف في كل زمان ومكان لم ينقل أو يشتهر أنه أخذ رأي الحاكم أو نائبه في قبولها، والمقصود بهذه المسألة عدم

(١) انظر: النجم الوهاج (٥/٤٨٠)، مغني المحتاج (٢/٣٨٣).

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: أسنى المطالب (٢/٤٦٣).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

اشتراط القبول لصحة الوقف، لكن ذلك لا يعني أن الحاكم أو نائبه من الجهات المسئولة عن الأوقاف ليس لهم الرد، بل لهم ذلك إن رأوا المصلحة - كما سيأتي - في الحكم التكليفي لقبول الوقف.

✍️ المسألة الثانية: قبول الوقف إذا كان على معين:

إذا وقف على معين كمحمد، أو على أشخاص معينين يمكن حصرهم وعدهم كأولاد فلان، فهل يشترط قبول الموقوف عليه أو لا؟

□ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

○ القول الأول: إنه يشترط قبول الوقف إذا كان على معين^(١).

وهو مذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والقول الأصح عند الشافعية^(٤)، ووجه عند الحنابلة^(٥)، واختاره ابن عثيمين رحمته الله^(٦).

(١) منهم من يرى القبول شرطاً لصحة الوقف، فلو رده بطل الوقف مطلقاً، ومنهم من يراه شرطاً لدخول الوقف في ملكية الموقوف عليه لا أنه شرط صحة؛ ولهذا لو رده صرف في غيره على اختلاف بينهما كما سيأتي، إن شاء الله.

(٢) انظر: الإسعاف: (٧٣)، البحر الرائق (٢١٢/٥)، حاشية ابن عابدين (٣٤٢/٤).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٨٨/٤)، الفواكه الدواني (٢٢٥/٢)، منح الجليل (١٤٦/٨).

(٤) انظر: العزيز (٢٦٥/٦)، روضة الطالبين (٣٨٩/٣)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٥) انظر: المغني (١٨٧/٨)، الفروع (٣٤١/٧)، الإنصاف (٤٠١/١٦).

(٦) انظر: الشرح الممتع (٥٥٨/٩).

○ القول الثاني: إنه لا يشترط قبول الوقف إذا كان على معين^(١).

وهو قول عند الشافعية^(٢)، والمشهور من مذهب الحنابلة^(٣).

■ الأدلة والمناقشة:

استدل من قال باشتراط القبول بما يأتي:

١- أن الهبة والوصية يشترط فيهما قبول الموهوب له والموصى له، فكذا يقاس الوقف عليهما بجامع أنها كلها تبرعات، فيشترط فيه قبول الموقوف عليه مثلهما^(٤).

ونوقش: بوجود الفرق بين الهبة والوصية من جهة وبين الوقف من جهة أخرى؛ وذلك أن الوقف لا يختص بالموقوف عليه غير المعين، بل ينتقل بعده إلى البطن الآخر، فيكون الوقف على جميعهم، فهو بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل بردهم ولا يشترط فيه قبولهم. أما الهبة والوصية لمعين

(١) ليس معنى عدم الاشتراط أن الوقف يدخل في ملكية الموقوف عليه قهراً، بل المقصود أنه يدخل بدون قبول لكن له أن يردّه؛ لأنه ليس بلازم، فالفرق بين القولين أنه على القول الأول: لا يدخل الوقف في ملك الموقوف عليه إلا بقبوله ورضاه، وعلى القول الثاني: يدخل بدون قبول، ويتفق القولان في أن للموقوف عليه أن يرد الوقف ولا يقبله.

(٢) انظر: العزيز (٢٦٥/٦)، روضة الطالبين (٣٨٩/٤)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٣) انظر: المغني (١٨٧/٨)، المبدع (٣٢٤/٥)، الإنصاف (٤٠١/١٦).

(٤) انظر: المغني (١٨٧/٨)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).



قبول الوقف ومساألة المعاصرة

فهما بخلاف ذلك^(١).

٢- أن القول بعدم اشتراط القبول يترتب عليه دخول عين أو منفعة في ملك شخص بغير رضاه. وهذا لا يصح^(٢).

ونوقش: بأنه لا يلزم من عدم اشتراط القبول لصحة الوقف على معين دخول العين أو المنفعة في ملكه بغير رضاه؛ لأنه إن قبل دخلت في ملكه، وإن لم يقبل انتقل الوقف إلى من بعده^(٣).

واستدل من قال بعدم اشتراط قبول الموقوف عليه بما يأتي:

١- حديث أبي طلحة رضي الله عنه، أنه كان أكثر الأنصار بالمدينة ما لا من نخل، وكان أحب إليه بيرحاء، فلما نزل قول الله تعالى: ﴿لَنْ نَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾^(٤) قام أبو طلحة فقال: يا رسول الله، إن أحب أموالي بيرحاء، وإنها صدقة لله فضعها حيث أراك الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بخ، ذاك مال رابح، وإنني أرى أن تجعلها في الأقربين»، فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه^(٥).

وجه الاستدلال: أن ظاهر الحديث يدل على أن الموقوف عليه - وهم قرابة

(١) انظر: مغني المحتاج (٣٨٣/٢)، كشف القناع (٢٥٢/٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٨٩/٤)، المغني (١٨٨/٨).

(٣) انظر: صيغ العقود في الفقه الإسلامي (٤١٩).

(٤) آل عمران الآية: (٩٢).

(٥) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، فتح الباري (٣٩٦/٥)، ومسلم في صحيحه، كتاب الزكاة (٢٣٨).

أبي طلحة - لم يشترط قبولهم، يقول ابن حجر رحمته الله: «وفي قصة أبي طلحة من الفوائد . . . أن الوقف لا يحتاج في انعقاده إلى قبول الموقوف عليه»^(١).

٢- أن العتق لا يشترط فيه قبول المعتق، فكذلك الوقف يقاس عليه؛ بجامع أن العتق والوقف يزول بهما الملك، وأنهما إذا وردا على عين حرم بيعها وهبتها وإرثها^(٢).

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن العتق لا يبطل بالرد، ولا بالشروط الفاسدة بخلاف الوقف^(٣).

ويجاب: بأن الوقف - أيضاً - لا يبطل بالرد ولا بالشروط الفاسدة، والقول بأنه يبطل بالرد ليس باتفاق^(٤)، بل محل خلاف كما سيأتي.

٣- أن الوقف إزالة ملك عن الرقبة والمنفعة على وجه التقرب إلى الله تعالى، وإذا كانت هذه حقيقته كان إلحاقه بالتقرب التي لا يشترط فيها القبول أولى من إلحاقه بما يشترط له القبول من العقود^(٥).

٤- أن القبول لا يشترط في الوقف على غير المعين - الجهة - فكذلك لا

(١) فتح الباري (٣٩٧/٥).

(٢) انظر: المغني (١٨٨/٨)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢١٩/٦)، شرح الخرشي (٧٩/٧)، المهذب (٤٤٢/١)، المغني (١٨٧/٨).

(٥) انظر: نهاية المحتاج (٣٧٢/٥).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

يشترط في الوقف على المعين؛ لأنه أحد نوعي الوقف^(١).

○ **والراجع - والله أعلم:** القول بأنه لا يشترط لصحة الوقف قبوله إذا كان على معين، بل إذا قبله كان له، وإن رده صرف مصرفاً آخر، كما سيأتي^(٢). وذلك لوجاهة أدلة هذا القول، في مقابل ضعف ما علل به للقول الآخر وبما ورد عليه من مناقشة.

□ **سبب الخلاف في هذه المسألة:**

ذُكر في ذلك سببان:

○ **الأول:** الاختلاف في انتقال ملكية الموقوف: فمن قال بأنها تنتقل إلى الموقوف عليه قال باشتراط قبوله، ومن قال بأنها لا تنتقل وإنما هي ملك لله تعالى، قال بعدم اشتراط قبوله^(٣).

○ **الثاني:** أن سبب الخلاف هو تردد حقيقة الوقف بين التملك والتحرير، فمن قال بأنه إلى التملك أقرب قال باشتراط قبول الموقوف عليه، ومن قال بأنه إلى التحرير - العتق - أقرب قال بعدم اشتراط القبول^(٤).

(١) انظر: المغني (٨/١٨٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (١٦/٤٠٢).

(٢) راجع: مبحث «أثر عدم قبول الوقف» من هذا البحث.

(٣) انظر: الممتع شرح المقنع (٤/١٢٦)، الإنصاف (١٦/٤٠٤).

(٤) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقى (٤/٢٧٠)، الإنصاف (١٦/٤٠٤).

المسألة الثالثة: قبول البطن الثاني ومن بعده:

إذا وقف على معين ثم على أولاده، ومات الموقوف عليه المعين بعد قبوله واستفادته من هذا الوقف، فهل يشترط قبول البطن الثاني ومن بعدهم أو لا؟

□ خلاف بين الفقهاء على قولين:

○ القول الأول: إنه لا يشترط قبولهم، بل يدخل الوقف في ملكهم مباشرة.

وهذا مذهب الجمهور؛ فقد قال به الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو القول الأشهر عند الشافعية^(٤).

واستدلوا بما يلي:

١- أن الوقف قد ثبت ولزم بقبول الموقوف عليه المعين، فلا يمكن انقطاعه^(٥).

(١) انظر: الإسعاف في أحكام الأوقاف (٧٣)، أحكام الأوقاف للخصاف (٢٩).

(٢) انظر: الكافي (١٠١٩/٢)، الفواكه الدواني (١٧٨/١).

(٣) انظر: الإنصاف (٤٠٤/١٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٩٠/٤)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢)، أسنى المطالب (٢/٤٦٣).

(٥) انظر: المراجع السابقة.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

٢- أن القبول تأخر ضرورة فلم يعتبر وجوده منه^(١).

○ **القول الثاني:** إنه يشترط قبول كل بطن: وهو قول عند الشافعية^(٢).
واستدلوا بأن كل بطن يتلقى حق الوقف من البطن الذي قبله، وإذا كان كذلك اشترط القبول^(٣).

○ **والأرجح - والله أعلم:** هو القول بأنه لا يشترط قبولهم؛ لأن الأظهر أنهم تلقوا حق الوقف من الواقف وليس من البطن أو الشخص الذي قبلهم؛ لأنه مستفيد مثلهم، ولهذا يكتفى بقبول الأول، فهو كالإرث الذي لا يشترط فيه القبول.

المسألة الرابعة: تبعض قبول الوقف:

□ **تبعض قبول الوقف على قسمين:**

○ **الأول:** تبعض قبول في الغلة والريع، كأن يقول الموقوف عليه: قبلت نصفه أو ثلثه. ومثله التبعض في الجزء؛ مثل أن يقبل الدور العلوي من الدار.

○ **الثاني:** تبعض في مدة القبول، كأن يقول الموقوف عليه: قبلت غلة

(١) انظر: حاشية القليوبي على شرح المحلي (٣/ ١٠١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٣٩٠)، مغني المحتاج (٢/ ٣٨٣).

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

الوقف سنة أو شهراً .

وقد اتفق الفقهاء على صحة تبعض قبول الوقف بقسميه . نص على هذا الحنفية^(١) ، وهو مقتضى مذهب الجمهور ؛ لأنهم يرون أن للموقوف عليه أن يرد الوقف كله ولا يقبله^(٢) ، فلأن يصح له أن يقبل البعض ويرد البعض من باب أولى .

ويستدل لهذه المسألة بأن الموقوف عليه قد يرى مصلحته في قبول بعض الوقف ورد بعضه الآخر ، ولا ضرر في ذلك على أحد فيكون صحيحاً .

مسألة الخامسة: القبول إذا كان الموقوف عليه محجوراً عليه:

اتفق الفقهاء - القائلون بأنه يشترط قبول الوقف إذا كان على معين - أن الموقوف عليه المعين إذا كان محجوراً عليه لجنون أو صغر أو سفه ؛ فإن الذي يقوم مقامه في قبول الوقف أو رده هو وليه في المال^(٣) .
واستدلوا بأن وليه يقوم مقامه في قبول الهبة والوصية ، فكذلك في قبول

(١) انظر: أحكام الأوقاف للخصاف: (١٥٣)، الإسعاف في أحكام الأوقاف: (٧٥)، البحر الرائق (٢١٥/٥) .

(٢) راجع (ص ٢٢٢) من هذا البحث .

(٣) انظر: للحنفية: الإسعاف: (٧٤) . وللمالكية: منح الجليل (١٤٥/٨)، الشرح الكبير (٨٨/٤)، وللشافعية: النجم الوهاج (٤٨٠/٥) . مغني المحتاج (٣٨٣/٢)، وللحنابلة: المغني (٢٣٧/٨)، الشرح الكبير (٤٥٨/١٦) .



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

الوقف^(١).

ويستدل - أيضًا - بأن ولي المحجور عليه مأمور بالنظر في المعاملات المالية المتعلقة به، ومنها الوقف، فيكون له النظر في قبوله أو رده.



(١) انظر: النجم الوهاج (٥/ ٤٧٨٠).

المطلب الثاني

الحكم التكليفي^(١) لقبول الوقف

لم أقف على نص من الفقهاء على الحكم التكليفي لقبول الوقف إذا كان على معين، ولكن من خلال النظر في كلامهم عن قبول الهدية والصدقة والوصية، وكذلك حكم الوقف نفسه يمكن بيان حكم قبول الوقف من باب التخيير؛ لأن الكل قبول تبرع، وذلك على النحو الآتي:

○ **أولاً:** استحباب قبول الوقف إذا ظهر أن قصد الواقف المودة والمحبة والصلة والإكرام، كما لو وقف على قريبه أو على صديقه أو جاره، تخريجاً على مذهب جمهور الفقهاء في استحباب قبول الهدية التي يقصد منها ذلك^(٢)، بجامع أن الهدية والوقف تبرع مالي.

(١) الحكم التكليفي هو: «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً»، المستصفى (٦٥/١)، التوضيح (١٣/١).

والمقصود في هذا المطلب بيان حكم قبول الوقف من حيث الجواز أو الاستحباب أو الحرمة أو الكراهة، وهذا ما يسمى عند الأصوليين بالحكم التكليفي أو الخطاب التكليفي.

(٢) انظر: للحنفية: الدر المختار (٤٢٢/٨)، مجمع الأنهر (٣٥٣/٢). وللمالكية: التمهيد (١٨/٢١)، الفواكه الدواني (١٦٨/٢). وللشافعية: روضة الطالبين (٣٦٥/٥)، النجم الوهاج (٣٥٣/٥). وللحنابلة: الفروع (٤٠٥/٧)، كشاف القناع (٢٩٩/٤)، مطالب أولي النهى (٣٩٧/٤).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

ويستدل لهذه الحالة بما ورد من أدلة استحباب قبول الهدية ومنها:

١- قول النبي ﷺ: «لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدي إليّ ذراع أو كراع لقبلت»^(١).

٢- قول عائشة رضي الله عنها: «كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها»^(٢).

٣- أن أنس بن مالك رضي الله عنه صاد أرنبًا وبعث إلى رسول الله ﷺ بوركها فقبله^(٣).

○ ثانيًا: جواز قبول الوقف إذا قصد الواقف منه الثواب الأخروي، كما لو وقف على فقير أو مريض - محتاج - ونحوهم، وكذلك يجوز قبول الوقف إذا كان الموقوف عليه غنيًا وليس بينه وبين الواقف صلة ولا مودة، ولم يكن بسؤال منه، وذلك تخريجًا على مذهب الفقهاء في جواز قبول الصدقة في هذه الحالات^(٤)، والوقف والصدقة كلاهما تبرع.

(١) رواه البخاري في كتاب الهبة، باب القليل من الهبة، فتح الباري (١٩٩/٥).

(٢) رواه البخاري في كتاب الهبة، باب المكافأة على الهبة، فتح الباري (٢١٠/٥).

(٣) رواه البخاري في كتاب الهبة، باب قبول هدية الصيد، فتح الباري (٢٠٢/٥).

(٤) انظر: للحنفية: بدائع الصنائع (٤٧/٢)، البحر الرائق (٣٦٢/٢). وللمالكية: مواهب الجليل (٣٤٧/٢)، شرح الزرقاني (١٦٩/٢). وللشافعية: المجموع (٢٤٥/٦)، مغني المحتاج (١٢١/٣). وللحنابلة: المغني (٥٨/١٤ - ٥٩)، كشف القناع (٢٩٨/٤). وانظر: تحرير المقال فيما يحل ويحرم من بيت المال: (٢٠٦).



قبول الوقف ومسايله المعاصرة

ويستدل بما استدل به على قبول التبرع في مثل هذه الحالات، ومن ذلك:

١- قول النبي ﷺ: «إذا جاءك من هذا المال شيء وأنت غير مشرف^(١) ولا سائل؛ فخذ»^(٢).

فالحديث يدل على أن الشخص ولو كان غنيًا إذا أعطي مالا بدون استشراف ولا سؤال جاز له أخذه وقبوله، والوقف داخل في ذلك.

٢- أن المسألة تباح للمحتاج والفقير، فإذا أعطي جاز له الأخذ والقبول^(٣)، فكذلك إذا وقف عليه.

○ ثالثًا: يكون قبول الوقف محرماً في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الموقوف عليه قاضيًا أو من أصحاب الولايات وليس بينه وبين الواقف صلة ولا معرفة سابقة أو صداقة، ولم يكن ممن يهاديه قبل ولايته.

ب- إذا كان الوقف في أصله حرامًا، سواء كان محرماً لذاته أو لوصفه كالعقار المغصوب أو المأخوذ ظلماً.

ج- إذا ظهر أن قصد الواقف أمر محرّم؛ كالرياء والمنة، أو لاستغلاله

(١) «غير مشرف»: أي غير متعرض ولا حريص عليه. فتح الباري (٣/٣٣٧).

(٢) رواه البخاري في كتاب الزكاة، باب من أعطاه الله شيئاً من غير مسألة، فتح الباري (٣/٣٣٧).

(٣) انظر: أحكام المسألة والاستجداء (٩١).



قبول الوقف ومساائل المعاصرة

لأغراض سيئة.

د- إذا ترتب على قبول الوقف مفسد أعظم من مصلحة قبوله، كما لو كان الواقف مبتدعاً داعياً لبدعته، أو عرف عنه المجاهرة بالفسق والمنكرات؛ لأن القبول فيه إعانة له على ذلك المحرم.

وتحريم القبول في مثل هذه الحالات هو مقتضى مذهب الفقهاء تخريجاً على مذهبهم في تحريم قبول الهدية والصدقة والوصية في مثل هذه الحالات^(١) إذ الكل قبول تبرع.

ويستدل بالأدلة التي تدل على تحريم قبول التبرع في مثل هذه الحالات، ومنها:

١- قول النبي ﷺ: «هدايا العمال غلول»^(٢).

فإذا كانت الهدية وقبولها محرمة في حق العمال - الموظفين والمسؤولين

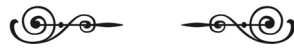
(١) انظر: للحنفية: بدائع الصنائع (٩/٧)، تبين الحقائق (١٧٨/٤). وللمالكية: الكافي (٩٥٣/٢)، منح الجليل (٢٩٨/٨ - ٢٩٩). وللشافعية: المهذب (٢٩٢/٢)، الحاوي الكبير (٢٨٣/١٦)، وللحنابلة: الفروع (١٣٨/١١)، كشف القناع (٣١٦/٦). وانظر: تحرير المقال: (٢١٢)، فتح الباري (٣٣٨/٣)، الموافقات (٢٧٩/٢).

(٢) رواه أحمد في المسند (١٤/٣٩)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي (١٣٨/١٠)، وضعفه الزيلعي في تخريج أحاديث تفسير الكشاف (٢٣٦/١)، والهيتمي في مجمع الزوائد (٢٠٠/٤)، وابن حجر في فتح الباري (٢٢١/٥)، وصححه الألباني بشواهده في إرواء الغليل (١٢٤٦/٨).

- فكذاك الوقف وقبوله في هذه الحالة .

- ٢- أن عدم قبول الوقف في مثل هذه الحالات إعمال للقاعدة الشرعية : «سد الذرائع» ، وإعمال لقاعدة : «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح» .
- ٣- أنه يترتب على قبول الوقف إعانة للواقف على أمور محرمة ، والإعانة على الحرام حرام ، يقول الله تعالى : ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(١) .
- ٤- أن المال الحرام لا يجوز استعماله ، ومن ذلك وقفه وقبول وقفه ، فما حرم إعطاؤه حرم أخذه^(٢) .

○ **رابعاً:** يكره قبول الوقف إذا كان الواقف معروفاً بتعاملاته المالية المشبوهة ، أي : أن فيها شبهة الحرام ؛ لأن الفقهاء مختلفون في حكم قبول التبرع من الشخص إذا كان ماله مختلطاً من حلال وحرام^(٣) .



(١) سورة المائدة: الآية: (٢) .

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: (٢٨) ، تحرير المقال: (٢٠٦) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم: (١٨٣) .

(٣) والأقرب والله أعلم: القول بكراهة قبول تبرعه ومنه الوقف . راجع هذه المسألة (ص ٢٣١) من هذا البحث .



المبحث الثاني

صيغة قبول الوقف وأثر طرء الموت وانعدام الأهلية في قبول الوقف

المطلب الأول

أنواع صيغة قبول الوقف

□ إذا كان الوقف على معين فلقبوله نوعان من الصيغة:

○ الأولى: الصيغة القولية، كأن يقول الموقوف عليه: قبلت هذا الوقف أو رضيت به، ونحو ذلك.

وقد اتفق الفقهاء على أن القبول يصح بالصيغة القولية^(١). ويستدل لذلك بأن الصيغة القولية هي الأصل، وهي أقوى من الفعل في الدلالة على المراد.

○ الثانية: الصيغة الفعلية: مثل أن يأخذ الموقوف عليه ريع الوقف،

(١) انظر: للحنفية: الإسعاف: (٧٤). وللمالكية: منح الجليل (١٤٦/٨). وللشافعية: العزيز (٢٦٥/٦)، روضة الطالبين (٣٨٩/٤). وللحنابلة: المغني (١٩٠/٨)، القواعد لابن رجب: (٩٥).

ومثل أن يأخذ الوقف المنقول بدون قول^(١)، وقد اختلف الفقهاء في صحة قبول الوقف بهذه الصيغة على قولين:

■ القول الأول: أن القبول يصح بالصيغة الفعلية.

وهو مذهب الجمهور، فهو مذهب الحنابلة^(٢)، والقول الأصح عند الشافعية^(٣)، ومقتضى مذهب الحنفية والمالكية تخريجاً على مذهبهم في صحة انعقاد الوقف بالفعل^(٤)، وعلى مذهبهم في صحة قبول الهدية بالفعل^(٥)، وهذا القول اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٦).

واستدلوا بما يأتي:

- ١- أن عرف الناس جارٍ بذلك^(٧).
- ٢- أن القبول بالفعل يقوم مقام القبول باللفظ، ويفيد ما يفيد فـكان

(١) انظر: الفروع (٣٤١/٧)، الإنصاف (٤٠٣/١٦).

(٢) انظر: المرجعين السابقين، القواعد لابن رجب: (٩٥).

(٣) انظر: العزيز (٢٦٥/٦)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢)، النجم الوهاج (٤٨١/٥).

(٤) انظر: للحنفية: مجمع الأنهر (٧٤٧/١)، حاشية ابن عابدين (٣٥٦/٤)، أحكام الأوقاف للخصاف: (١١٣). وللمالكية: شرح الزرقاني (٨٢/٨)، أسهل المدارك (١٠٠/٣).

(٥) انظر: للحنفية: بدائع الصنائع (١١٥/٦)، الجوهرة النيرة (٩/٢). وللمالكية: شرح الزرقاني (٩٦/٨). أسهل المدارك (٨٨/٣).

(٦) انظر: الاختيارات الفقهية: (٢٥١)، الفروع (٣٤١/٧)، الإنصاف (٤٠٣/١٦).

(٧) انظر: المغني (١٩٠/٨).



قبول الوقف ومسائلة المعاصرة

صحيحًا مثله^(١).

٣- أنه لم ينقل عن رسول الله ﷺ ولا عن صحابته رضي الله عنهم أنهم كانوا يلتزمون اللفظ في التبرعات من جانب الطرفين^(٢)، بل كان النبي ﷺ يهدي ويهدي له ويأخذ الهدية بدون لفظ ويكون أخذه لها قبضًا^(٣)، وقبول الوقف يقاس على هذا.

■ **القول الثاني:** أن قبول الوقف لا يصح بالفعل بل لا بد من القول.

وهو قول عند الشافعية^(٤).

ولم أقف لهم على دليل خاص بهذه المسألة، وقد يكون استدلالهم هو نفسه استدلالهم بالأدلة التي استدلوها بها على أن العقود المالية عمومًا لا تصح بالصيغة الفعلية^(٥)، والوقف وقبوله يدخل في ذلك.

(١) انظر: المغني (٨/ ١٩٠)، القواعد لابن رجب (٩٥).

(٢) انظر: صيغ العقود في الفقه الإسلامي (١٧٩).

(٣) تنظر الأحاديث في هذا المعنى في صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري، كتاب الهدية، باب قبول الهدية (٥/ ٢٠٣)، وباب إذا وهب هبة فقبضها الآخر ولم يقل: قبلت (٥/ ٢٢٣)، وباب قبول الهدية من المشركين (٥/ ٢٣٠).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٣٨٩)، النجم الوهاج (٥/ ٤٨١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٨٣).

(٥) انظر هذه الأدلة في مغني المحتاج (٢/ ٣)، البيان (٥/ ١٣)، صيغ العقود في الفقه الإسلامي (١٨٢ - ١٨٤).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

■ **والراجع - والله أعلم:** القول بصحة قبول الوقف بالصيغة الفعلية لقوة أدلته ووضوحها، ثم إن الألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده بأي طريقة كان عمل بها، ومن ذلك الصيغة الفعلية^(١).



(١) انظر: إعلام الموقعين (١/٢١٨)، صيغ العقود (١٨٦).



قبول الوقف ومساائل المعاصرة

المطلب الثاني

شروط صيغة قبول الوقف

✍️ **الشرط الأول: الفورية وعدم التراخي إذا كان الموقوف عليه معيناً:**

□ وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

○ **القول الأول:** إنه لا تشترط الفورية ويصح القبول ولو متراخياً.

وهو قول للشافعية^(١)، والمشهور من مذهب الحنابلة^(٢)، وهو الذي يفهم من كلام الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، واختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية^(٥).

ودليل هذا القول القياس على عدم اشتراط الفورية في قبول الوصية والوكالة^(٦).

(١) انظر: العزيز (٢٦٥/٦)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٢) انظر: المغني (١٨٧/٨)، الإنصاف (٤٠١/١٦)، المبدع (٣٢٤/٥).

(٣) انظر: الإسعاف (٧٣).

(٤) انظر: الكافي (١٠١٩/٢)، الفواكه الدواني (١٧٨/١).

(٥) انظر: الاختيارات الفقهية: (٤٥١)، الفروع (٣٤١/٧).

(٦) انظر: المرجعين السابقين.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

○ القول الثاني: اشتراط الفورية في قبول الوقف.

وهو المشهور من مذهب الشافعية^(١)، وقول بعض الحنابلة^(٢).

واستدلوا بالقياس على اشتراط الفورية في قبول عقد البيع والهبة^(٣).

وبناقش: بأن قياس قبول الوقف على العقد غير اللازم - وهو الوصية والوكالة - أولى من قياسه على العقد اللازم وهو البيع؛ لأن القبول في حق الموقوف عليه ليس لازماً.

■ **والراجع - والله أعلم:** القول بأنه لا يشترط الفورية في قبول الوقف؛ لوجهة تعليل هذا القول، وأيضاً لما تقدم من ترجيح القول بأنه لا يشترط قبول الموقوف عليه إذا كان معيناً، ولأن عدم اشتراط الفورية هو الأشبه بعقود التبرعات التي ليس فيها مشاحة كعقود المعاوضات.

✍️ الشرط الثاني: كون القبول منجزاً غير معلق.

□ وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

○ **القول الأول:** إنه لا يشترط كون القبول منجزاً، بل يصح أن يكون معلقاً؛ كأن يقول الموقوف عليه: قبلت الوقف إن رضي محمد، أو إن جاء

(١) انظر: أسنى المطالب (٤٦٣/٢)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٢) انظر: الإنصاف (٤٠٤/١٦).

(٣) انظر: الإنصاف (٤٠٤/١٦)، أسنى المطالب (٤٦٣/٢).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

فلان . . . وهكذا .

وهو مقتضى مذهب المالكية، تخريجاً على مذهبهم في صحة تعليق إيجاب الوقف من الواقف^(١). واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله^(٢).

ويستدل لهذا القول بما يأتي:

١- أن الحاجة أو المصلحة قد تستدعي تعليق قبول الوقف؛ لأن من الناس من قد يحتاج إلى شيء من الوقت للنظر والتروي أو المشاورة^(٣).

٢- أن تعليق القبول الأصل فيه الصحة وعدم البطلان، ولم يرد في الشرع شيء صريح في إبطاله ومنعه^(٤).

○ **القول الثاني:** إنه يشترط في قبول الوقف أن يكون منجزاً.

وهو مقتضى مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، تخريجاً على مذهبهم في عدم صحة تعليق الوقف^(٥).

(١) انظر: مواهب الجليل (٣٢/٦)، الشرح الكبير للدردير (٨٧/٤).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (٣٥/٣١)، نظرية العقد لابن تيمية (٢٢٧).

(٣) انظر: صيغ العقود في الفقه الإسلامي (٨١)، اختيارات ابن تيمية الفقهية (١٢١/٨).

(٤) انظر: اختيارات شيخ الإسلام (١٢١/٨).

(٥) انظر: للحنفية: بدائع الصنائع (٢٢٠/٦)، فتح القدير (٢٠٨/٦)، وللشافعية: العزيز

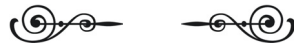
(٢٧٠/٦)، النجم الوهاج (٨٧/٥)، نهاية المحتاج (٣٧٥/٥)، وللحنابلة: الفروع

(٣٣٩/٧)، الإنصاف (٣٩٧/١٦)، كشف القناع (٥٥٢/٤).

ويمكن الاستدلال لهذا القول بما استدلوأ به على عدم صحة تعليق الوقف - عندهم - وهو أن الوقف يقتضي نقل الملك للموقوف عليه حالاً ؛ كالقبول في البيع والهبة^(١) ؛ ولهذا لم يصح التعليق .

ويناقش: بعدم التسليم بأن نقل الملك يمنع التعليق فهو استدلال بالمذهب، ثم إنه أيضاً قياس مع الفارق ؛ لأنه قياس على مسألة مختلف فيها ؛ إذ من الفقهاء من يرى صحة التعليق في البيع والهبة^(٢) .

■ **والراجع - والله أعلم:** القول بأنه لا يشترط لصحة قبول الوقف أن يكون منجزاً، بل يصح ولو كان معلقاً على شيء محدد لمدة معينة ؛ لوجه أدلته في مقابل ضعف دليل القول الآخر، ثم إن الوقف إحسان محض، وتعليق قبوله لا ضرر فيه على أحد، بل فيه مصلحة ومناسبة لا تنافي مقصود الشرع ؛ لهذا فمتى حصل ما علق عليه كان مقبولاً وإلا كان مردوداً وترتب عليه أحكام رد الموقوف، كما تقدم بيانها .



(١) انظر: النجم الوهاج (٥/٤٨٧)، البحر الرائق (٥/٢٠٢) .

(٢) يصح تعليق البيع في رواية عند الحنابلة، انظر: الفروع (٦/١٩٠)، المبدع (٤/٥٩) .
ويصح تعليق الهبة عند المالكية وهو رواية للحنابلة . انظر: الذخيرة (٦/٢٤٣)، الإنصاف (١٧/٤٤) .



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

المطلب الثالث

أثر طرء الموت وانعدام الأهلية في قبول الوقف

قد يطرأ الموت أو انعدام الأهلية بجنون أو خرف ونحو ذلك إما على الواقف أو على الموقوف عليه المعين، والمقصود طرء ذلك قبل قبول الوقف أو رده من الموقوف عليه، فهل يؤثر ذلك في حكم المسألة؟

❖ أولاً: طرء الموت أو انعدام الأهلية على الواقف:

مقتضى مذهب الفقهاء اتفاقهم على أن ذلك لا يؤثر في قبول الوقف؛ تخريجاً على مذهبهم في أن الوقف لازم في حق الواقف ليس له الرجوع فيه^(١)، وبناء على هذا فالوقف صحيح، وللموقوف عليه أن يقبل أو يرد كأن الواقف حي أو مكلف.

❖ ثانياً: طرء الموت أو انعدام الأهلية على الموقوف عليه:

□ أ - إذا مات الموقوف عليه قبل القبول أو الرد، ففيه خلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال:

○ القول الأول: أنه لا يسقط حقه ويقوم وارثه مقامه في القبول والرد:

(١) انظر: للحنفية: بدائع الصنائع (٦/٢١٨)، الاختيار (٣/٤١)، وللمالكية: المعونة (٣/١٥٩١)، عقد الجواهر الثمينة (٣/٤٩)، وللشافعية: الحاوي الكبير (٧/٥١١)، المذهب (١/٤٤)، وللحنابلة: المغني (٨/١٨٥)، كشف القناع (٤/٢٥١).

وهو مقتضى قول عند المالكية، ومقتضى المشهور من مذهبي الشافعية والحنابلة تخريجاً على مذهبهم في أن الموصى له إذا مات قبل قبول الوصية قام وارثه مقامه^(١) بجامع أن الوصية والوقف في حق الموقوف عليه جائزان وليساً بلازمين.

○ **القول الثاني:** أن ملكية الانتفاع بالوقف تدخل مباشرة بموت الموقوف عليه ولو لم يصدر فيه قبول.

وهو مقتضى مذهب الحنفية، ومقتضى قول عند المالكية، ومقتضى رواية عند الحنابلة؛ تخريجاً على مذهبهم في أن الموصى له إذا مات قبل قبول الوصية دخلت في ملكه مباشرة^(٢).

○ **القول الثالث:** أن الوقف يبطل بموت الموقوف عليه قبل أن يقبل أو يرد.

وهو مقتضى قول عند المالكية، ورواية عند الحنابلة؛ تخريجاً على

(١) انظر: للمالكية: مواهب الجليل (٣٦٦/٦)، الشرح الكبير (٤٢٤/٤)، وللشافعية: مغني المحتاج (٥٤/٣)، النجم الوهاج (٢٦٦/٦)، نهاية المطلب (٢١٩/١١)، وللحنابلة: الفروع (٤٦٢/٧)، الإنصاف (٢٤٦/١٧)، كشف القناع (٣٤٦/٤).

(٢) انظر: للحنفية: بدائع الصنائع (٣٣٢/٧)، الجوهرة النيرة (٣٩١/٢)، وللمالكية: مواهب الجليل (٣٦٧/٦)، أسهل المدارك (٢٨٤/٣)، وللحنابلة: الفروع (٤٦٢/٧)، الإنصاف (٢٤٦/١٧).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

مذهبهم في أن الوصية تبطل بموت الموصى له^(١).

الأدلة والمناقشة^(٢): استدل من قال بأن حق القبول يورث بما يأتي:

١- أن قبول الوقف حق مالي فيورث عن الموقوف عليه إذا مات^(٣)؛
لعموم قوله ﷺ: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته»^(٤).

٢- قياساً على إرث حق خيار العيب، وحق المطالبة بالشفعة^(٥).

واستدل من قال بأن الوقف يدخل مباشرة في ملكية الموقوف عليه بموته بأن الموقوف عليه إذا مات، فقد حصل اليأس من رده؛ ولهذا يحكم بقبوله للوقف^(٦).

(١) انظر: للملكية: مواهب الجليل (٣٦٧/٦)، أسهل المدارك (٢٨٤/٣)، وللحنابلة: الفروع (٤٦٢/٧)، الإنصاف (٢٤٧/١٧).

(٢) هذه الأدلة ذكرها الفقهاء في المسألة المخرج عليها وهي موت الموصى له قبل القبول فذكرتها تخريجاً - أيضاً - كما في تخريج الأقوال.

(٣) انظر: مغني المحتاج (٥٤/٣)، الشرح الكبير (٢٤٦/١٧)، كشف القناع (٣٤٦/٤).

(٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، فتح الباري (٩/١٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الفرائض: (٤١٤)، والترمذي في سننه، كتاب الفرائض (٢٧٩/٣)، وأحمد في المسند (٥٢/١٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠١/٦) كلهم بلفظ: «من ترك مالا» دون لفظة: «أو حقاً». قال ابن حجر في التلخيص الحبير (٥٦/٣): «أورده الشافعي بلفظ: «من ترك حقاً» ولم أره كذلك».

(٥) انظر: مغني المحتاج (٥٤/٣)، كشف القناع (٣٤٦/٤).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣٣٢/٧)، الشرح الكبير لابن قدامة (٢٤٦/١٧).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

ويناقش: بأنه بموته قد حصل - أيضاً - اليأس من قبوله فالأمر محتمل وليس أحد الاحتمالين أولى من الآخر.

واستدل من قال ببطالان الوقف بأن الوقف يشترط له قبول الموقوف عليه، فإذا مات ولم يصدر منه قبول بطل الوقف؛ لعدم وجود هذا الشرط^(١).

ويناقش: بأنه لا يسلم باشتراط القبول لصحة الوقف، بل الصحيح عدم اشتراطه - كما تقدم - ثم أيضاً في هذه المسألة لا يقطع بعدم وجود قبول، بل الأمر محتمل فيما لو كان الموقوف عليه حياً.

■ **والراجع - والله أعلم -** القول بأن الموقوف عليه إذا مات قبل القبول قام وارثه مقامه؛ لوجهة أدلة هذا القول في مقابل ضعف ما علل به للقولين الآخرين بما ورد عليها من مناقشة.

□ **ب -** إذا طرأ انعدام الأهلية بجنون وخرف ونحوهما من المؤثرات العقلية على الموقوف عليه قبل القبول أو الرد، فمقتضى مذهب الفقهاء الاتفاق على أن الوقف لا يبطل ويقوم وليه مقامه في القبول والرد؛ تخريجاً على مذهبهم في أنه لو وقف على غير مكلف قام وليه مقامه - كما تقدم^(٢)، وهذه المسألة آل فيها الأمر إلى أنه وقف على غير مكلف.

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٤٦/١٧).

(٢) راجع (ص ١٩٦) من هذا البحث.



المبحث الثالث أثر عدم قبول الوقف والتردد فيه

المطلب الأول أثر عدم قبول الوقف

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أثر عدم قبول الوقف إذا كان الموقوف عليه واحدًا:

اختلف الفقهاء في حكم ما إذا وقف على شخص معين ولم يقبل هذا الوقف، وعدم القبول قد يكون بالقول كأن يقول: لا أريد هذا الوقف، أو لا أقبله، وقد يكون بالسكوت دون رده^(١)، هل يبطل هذا الوقف أو لا يبطل؟ على قولين:

○ **القول الأول:** أن هذا الوقف لا يبطل. وهو مذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، وهو المشهور من مذهبي الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) انظر: كشف القناع ٢٥٢/٤، الممتع (١٢٦/٤).

(٢) انظر: الإسعاف في أحكام الأوقاف (٧٣)، حاشية ابن عابدين (٣٤٢/٤).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٣٣/٦)، الشرح الكبير (٨٨/٤)، منح الجليل (١٤٦/٨).

(٤) انظر: العزيز (٢٦٦/٦)، روضة الطالبين (٣٩٠/٤)، النجم الوهاج (٤٨١/٥).

(٥) انظر: المغني (١٨٨/٨)، الممتع (١٢٦/٤)، الإنصاف (٤٠٥/١٦).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

ودليلهم: القياس على عدم بطلان العتق، فيما لو رده الرقيق المعتقد ولم يقبله^(١).

○ **القول الثاني:** أن الوقف يبطل. وهو قول للشافعية^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا بما يأتي:

١- أن الوقف تمليك لم يوجد شرطه وهو القبول، فبطل^(٤).

ويناقش: بأنه لا يُسلم بأن القبول شرط لصحة الوقف، بل الصحيح عدم اشتراطه - كما تقدم.

٢- القياس على الوكالة والوصية، فكما أنهما يبطلان برد الوكيل ورد الموصى له، فكذلك الوقف يبطل برد الموقوف عليه^(٥).

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الوقف عقد لازم - من جهة الواقف^(٦) - والوكالة والوصية عقدان جائزان غير لازمين.

(١) انظر: المراجع السابقة، روضة الطالبين (٣٩٠/٤)، النجم الوهاج (٤٨١/٥).

(٢) انظر: العزيز (٢٦٦/٦)، روضة الطالبين (٣٩٠/٤)، النجم الوهاج (٤٨١/٥).

(٣) انظر: الممتع (١٢٦/٤)، الفروع (٣٤١/٧)، الإنصاف (٤٠٥/١٦).

(٤) انظر: الممتع شرح المقنع (١٢٦/٤).

(٥) انظر: الممتع شرح المقنع (١٢٦/٤)، الإنصاف (٤٠٥/١٦)، مغني المحتاج (٣٨٣/٢).

(٦) انظر: المبسوط (٢٧/١٢)، المعونة (١٥٩١/٣)، الحاوي الكبير (٥١١/٧)، المغني (١٨٥/٨).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

■ **والراجع - والله أعلم:-** أن الوقف لا يبطل بعدم القبول؛ لوجهة ما علل به لهذا القول في مقابل ضعف تعليل القول الآخر؛ ولأن عدم البطلان هو الذي يوافق طبيعة الوقف.

□ **ثم اختلف الفقهاء القائلون بعدم البطلان في مصرف هذا الوقف الذي لم يقبل على ثلاثة أقوال:**

○ **القول الأول:** أنه يصرف في المصالح العامة للمسلمين باجتهاد الحاكم.

وهو مذهب الحنفية^(١)، وقول للمالكية^(٢)، وقول للشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا بأن الموقوف عليه إذا لم يقبل فكأنه غير موجود، وإذا كان كذلك صرف الوقف في مصالح المسلمين العامة؛ لأن المقصود من الوقف القربة، والمصالح العامة أولى من غيرها^(٥).

(١) انظر: الإسعاف (٧٣).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٣٣/٦)، الشرح الكبير (٨٨/٤)، منح الجليل (١٤٦/٨).

(٣) انظر: النجم الوهاج (٤٨١/٥)، مغني المحتاج (٣٨٤/٢)، حلية العلماء (١٩/٦).

(٤) انظر: الفروع (٣٤١/٧)، الإنصاف (٤٠٥/١٦).

(٥) انظر: الإسعاف: (٧٣)، مغني المحتاج (٣٨٤/٢).

○ **القول الثاني:** أنه يصرف لورثة الموقوف عليه. وهو رواية عند الحنابلة^(١).

ودليلهم: القياس على مصرف الوقف المنقطع ابتداء^(٢).

ويناقش: بأن مصرف الوقف المنقطع الابتداء مختلف فيه^(٣).

○ **القول الثالث:** أنه يصرف لفقراء الواقف.

وهو قول للمالكية^(٤)، وقول للشافعية^(٥).

ولعل دليلهم أن الوقف خرج من ملك الواقف إلى جهة قرابة لم تتعين وقرابة الواقف هم أولى من يستفيد من وقفه، فيصرف لهم.

ويناقش: هذا القول بأن صرف هذا الوقف في المصالح العامة أولى من حصره في قرابة الواقف.

■ **والراجع - والله أعلم -** أن الوقف إذا لم يقبله لموقوف عليه، فإنه

(١) انظر: المغني (١٨٨/٨)، الفروع (٣٤١/٧)، الإنصاف (٤٠٥/١٦).

(٢) انظر: المراجع السابقة، والوقف المنقطع ابتداء هو: «الوقف على ما لا يجوز الوقف عليه، ثم على من يجوز الوقف عليه». انظر: بدائع الصنائع (٢٢٠/٦)، حاشية الدسوقي (٨٠/٤)، نهاية المحتاج (٣٧١/٥)، الإنصاف (٤٠٦/١٦).

(٣) انظر: المراجع السابقة في تعريفه.

(٤) انظر: مواهب الجليل (٣٣/٦)، الشرح الكبير (٨٨/٤)، منح الجليل (١٤٦/٨).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٣٨٤/٢)، نهاية المحتاج (٣٧٤/٥)، حلية العلماء (١٩/٦).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

يصرف في المصالح العامة للمسلمين، بحسب ما يراه الحاكم أو الجهة المسؤولة عن الوقف، وذلك لوجاهة تعليل هذا القول في مقابل ضعف تعليقات الأقوال الأخرى، ثم إن هذا القول أقرب لمقصود الوقف وحكمة مشروعيته.

المسألة الثانية: أثر عدم قبول الوقف إذا كان الموقوف عليه متعددًا:

قد يكون الوقف على أشخاص معينين ولكنهم متعددون كأن يوقف شخص على أولاد فلان أو على أربعة أشخاص ونحو ذلك ولهذه المسألة صورتان:

□ **الصورة الأولى:** أن يرد الجميع ولا يقبلوا بهذا الوقف، والحكم في هذه الصورة كحكم عدم القبول إذا كان الموقوف عليه واحدًا، وقد تقدم بيان ذلك في المسألة السابقة من أن الوقف لا يبطل ويصرف في مصالح المسلمين العامة على الراجح.

□ **الصورة الثانية:** أن يقبل بعضهم بالوقف ويرد الباقون؛ كأن يقبل اثنان مثلاً، ويرد اثنان وقد اختلف الفقهاء في حكم نصيب من لم يقبل على قولين:

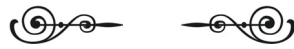
○ **القول الأول:** أن نصيبهم من الوقف يعطى لمن قبل، فيكون الوقف كله لهم، وهو مذهب الحنفية^(١)، ورواية عند الحنابلة هي المذهب^(٢).

(١) انظر: أحكام الأوقاف للخصاف (١٣٩)، الإسعاف (٧٤)، حاشية ابن عابدين (٣٤٢/٤).

(٢) انظر: المبدع (٣٣٢/٥)، الإنصاف (٣٤٢/١٦).

وعللوا بأن لفظ الواقف يقتضي صرف الوقف إلى نوع هذا المصرف^(١).
○ القول الثاني: أنه يأخذ حكم عدم قبول الوقف إذا كان الموقوف عليه واحداً، وهو مذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).
 وعللوا بأن نصيب مَنْ لم يقبل كأنه مصرف مسكوت عنه، فيأخذ حكم الوقف منقطع الابتداء^(٥).

■ **والراجع - والله أعلم:-** هو القول الثاني من أنه يأخذ حكم عدم القبول فيما لو كان الموقوف عليه واحداً؛ ولهذا فيصرف نصيب مَنْ لم يقبل في مصالح المسلمين العامة؛ بناءً على ما ترجح في المسألة السابقة؛ ولأن تعدد الموقوف عليه لا أثر له في حكم هذه المسألة - فيما يظهر - فمثلاً لو كانت غلة الوقف ألفين والموقوف عليهم أربعة وقبل منهم اثنان ورد اثنان؛ فإنه يعطى لمن قبل ألفاً، لكل واحد خمسمائة والألف الآخر يصرف في المصالح العامة... وهكذا.



(١) انظر: الفروع (٣٤١/٧)، الإنصاف (٣٤٢/١٦).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٣٣/٦)، الشرح الكبير (٨٨/٤)، منح الجليل (١٤٦/٨).

(٣) انظر: النجم الوهاج (٤٨١/٥)، نهاية المحتاج (٣٧٣/٥).

(٤) انظر: الإنصاف (٤٣٢/١٦).

(٥) انظر المرجع السابق.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

المطلب الثاني

أثر التردد في قبول الوقف

لهذه المسألة صورتان:

□ **الصورة الأولى:** أن يرد الموقوف عليه الوقف، ثم يقبله بعد ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة على ثلاثة أقوال:

○ **القول الأول:** أنه لا يقبل منه القبول بعد ذلك.

وهو مذهب الحنفية^(١)، وقول للشافعية^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣)، ومقتضى مذهب المالكية؛ تخريجاً على مذهبهم في أن إسقاط الحق لا يصح فيه التعليق أو التردد^(٤).

ويمكن أن يستدل لهذا القول بأن قبول الوقف حق مالي للموقوف عليه وقد أسقطه، والساقط لا يعود، كما هو مقرر في القواعد الفقهية^(٥).

(١) انظر: الإسعاف: (٧٣)، حاشية ابن عابدين (٣٤٢/٤)، الفتاوى الهندية (٤٢٩/٢).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٣٧٢/٥)، أسنى المطالب (٤٦٣/٢).

(٣) انظر: الفروع (٣٤١/٧).

(٤) انظر: الفروق (٣٩٧/١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: (٣٧٥)، جمهرة القواعد الفقهية (٧٤٧/٢).



قبول الوقف ومساائله المعاصرة

○ **القول الثاني:** التفصيل وهو أنه يقبل منه القبول بعد الرد إذا لم يحكم به حاكم لغيره، فإن حكم به لغيره لم يقبل منه بعد ذلك. وهو المذهب عند الشافعية^(١).

ولعل دليلهم أنه إذا حكم به حاكم تعلق به حق الغير، فلم يكن للموقوف عليه القبول حينئذ.

○ **القول الثالث:** أنه يقبل منه القبول بعد الرد. وهو رواية عند الحنابلة^(٢).

ولعل دليلهم بأن الموقوف عليه هو المنفرد بهذا الحق - وهو القبول - فكان له الرجوع إليه.

وهذه المسألة كما هو ظاهر ليس فيها دليل قوي لأي من الأقوال ولكن لعل الأقرب - والله أعلم - القول بأنه لا يقبل منه القبول إذا رد أولاً؛ لأن إسقاط الحقوق المالية الأنسب لها عدم التردد، ولأنها أمور مبنية على المشاحة بعد الإسقاط.

□ **الصورة الثانية:** أن يقبل الوقف، ثم يرده بعد ذلك.

وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يقبل منه الرد، بل يلزمه الوقف، نص على

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٣٩٠)، مغني المحتاج (٢/٣٨٣).

(٢) انظر: الفروع (٧/٣٤١).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

هذا الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو مقتضى مذهب المالكية، والحنابلة؛ لأنهم يرون أن الموقوف عليه إذا قبل الوقف دخل في ملكه جبراً ولزم في حقه^(٣)، وهذا يقتضي أنه ليس له رده.

ويستدل لهذه الصورة بأن الوقف قد دخل في ملك الموقوف عليه بقبوله له أول الأمر، فصار كالميراث ولزم في حقه. والله أعلم.



(١) انظر: أحكام الأوقاف للخصاف (١٥٣)، الإسعاف في أحكام الأوقاف (٧٣)، البحر الرائق (٢١٥/٥).

(٢) انظر: النجم الوهاج (٤٨٠/٥)، نهاية المحتاج (٣٧٢/٥).

(٣) انظر: للمالكية: شرح الزرقاني (٨/٨٥)، وللحنابلة: كشف القناع (٢٥٢/٤).

المبحث الرابع المسائل المعاصرة في قبول الوقف

المطلب الأول قبول وقف غير المسلم على الجهات الخيرية الإسلامية^(١)

يحصل في وقتنا المعاصر أن يوقف غير المسلمين سواء أكان فردًا أم جهة كـ بعض المنظمات والهيئات - كما هو موجود في بعض البلاد التي يعيش فيها أقليات مسلمة- يوقفون على بعض الجهات الخيرية التي تخص المسلمين كالمدارس والمراكز الإسلامية، وفقراء المسلمين^(٢)، ونحو ذلك. فما

(١) قبول وقف غير المسلم وإن كان موجودًا في السابق، إلا أن وجه كونه نازلة ومسألة معاصرة هو أن أوقاف غير المسلمين في الوقت الحاضر ربما تكون من جهات وهيئات وبشكل رسمي وربما كانت لها آثار ظاهرة على الجهات الخيرية المسلمة، ثم إن العلاقات والاتفاقيات الدولية اختلفت عن ذي قبل وأيضًا الأحوال والظروف تغيرت، وكل هذا وغيره له أثر في بيان الأحكام.

(٢) يرى الحنفية والمالكية وبعض الشافعية عدم صحة وقف الكافر على المساجد والمصاحف؛ ولهذا فلا يصح قبول وقفه عليها عندهم، انظر: الإسعاف (٤٠)، شرح الخرشي (٨٢/٧)، مغني المحتاج (٥١٠/٢).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

حكم قبول هذا الوقف؟

مقتضى مذهب الفقهاء - رحمهم الله - الاتفاق على أن قبول وقف الكافر على المسلم يأخذ حكم قبول وقف المسلم على المسلم - كما تقدم تفصيله - وذلك تخريجاً على مذهبهم في صحة وقف الكافر المستأمن على المسلم^(١)، ولازم ذلك صحة قبوله وجوازه على الأصل، ومن أدلتهم على صحة وقف الكافر على المسلم ما يأتي:

- ١- أن غير المسلم أهل للتبرع والإحسان؛ لأن الوقف ليس موضوعاً للتعبد به بحيث لا يصح من الكافر أصلاً^(٢).
- ٢- أن عتق الكافر للمسلم صحيح، فكذلك وقفه عليه؛ لأنه تبرع مثله^(٣).
- ٣- أن الأصل في التعامل المالي بين المسلم والكافر الصحة والجواز إلا ما استثناه الدليل^(٤).

(١) انظر: للحنفية: المحيط البرهاني (١٥٥/٩)، الإسعاف (٣٩٩). وللمالكية: مواهب الجليل (٢٤/٦)، الشرح الكبير (٧٩/٤). وللشافعية: مغني المحتاج (٣٧٦/٢)، النجم الوهاج (٢٥٤/٥). وللحنابلة: المغني (٢٣٦/٨)، المحرر (٤٣/٢)، أحكام أهل الذمة (٢٢٣/١).

(٢) انظر: المبسوط (٦٠/٢٢)، الإسعاف (٣٩٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣٧٦/٢)، شرح منتهى الإرادات (٤٩٢/٢).

(٤) انظر: المبسوط (٦٠/٢٢)، أحكام الأوقاف للزرقاء (٤٣).

٤- أن الوقف فيه نفع عام، وهذا لا يختلف من دين إلى دين^(١).

ويمكن الاستدلال على صحة قبول وقف الكافر على المسلم وجوازه في الجملة بما يأتي:

١- أن النبي ﷺ كان يقبل هدايا المشركين، فقد قبل هدية المقوقس ملك مصر، وقبل هدية ملك الروم، وقبل هدية اليهودية^(٢)، ويقاس على ذلك قبول وقف الكافر على المسلم بجامع التبرع في كليهما.

٢- أن الشرع شرع التعامل الحسن مع الكفار المستأمنين المسالمين، ويدخل في ذلك قبول تبرعاتهم، ومنها الوقف^(٣).

وبناء على ما سبق يمكن القول بجواز قبول وقف غير المسلمين في بلاد الأقليات وفي غيرها، مع مراعاة الأخذ بالضوابط الآتية:

أ- ألا يكون الموقوف محرماً في ذاته أو وصفه؛ كالمغصوب والمسروق والمأخوذ ظلماً، ونحو ذلك.

(١) انظر: العمل الخيري مع غير المسلمين (٧٣)، تنبيه ذوي الألباب بحكم الوقف في بلاد أهل الكتاب (٨٦).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الهدايا، باب قبول هدية المشركين، فتح الباري (٢٣٠/٥)، وانظر: نصب الراية (٤/٤٢١ - ٤٢٢)، زاد المعاد (٣/٦٨٨).

(٣) انظر: أحكام أهل الذمة (١/٢٢٤)، الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة «قسم فقه الأقليات» (٣٥٥).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ب-** ألا يترتب على قبول وقف الكافر ضرر أو مفسدة تلحق بالمسلمين؛ مثل الاستدلال والمنة، ومثل الابتزاز السياسي وتنفيذ أغراض سيئة^(١).
- ج-** ألا يكون الوقف أو الجهة الواقفة ممن عرف عنها المواقف السيئة أو العدائية للمسلمين؛ لأن في قبول وقفهم إعانة لهم على ذلك.
- د-** أن يكون هناك هيئة أو لجنة متخصصة من قبل المسلمين في تلك البلاد للنظر في مثل هذه التبرعات والأوقاف؛ لأنها قد تحتاج إلى شيء من الدراسة ووضع الضوابط لقبولها، فإن لم يمكن، فلا أقل من استفتاء أهل العلم في ذلك.
- هـ-** ألا يكون الوقف مشتملاً على شروط فيها مخالفة لأحكام الوقف خصوصاً أو مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية عموماً^(٢).



(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥٣/٦/١٠)، النوازل في الأوقاف (٩٥)، صناعة الفتوى وفقه الأقليات (٤١٧).

(٢) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة في السعودية (١٦/١٧٨).

المطلب الثاني

أثر التنظيمات الإدارية والمالية الحديثة في قبول الوقف على الجهات الخيرية

في وقتنا المعاصر أصبح للجهات التي يمكن الوقف عليها - كالمساجد والمدارس والجامعات والمستشفيات ودور الرعاية وغيرها - تنظيمات ولوائح تنظم الموارد المالية لتلك الجهات، وأصبح لها مجالس إدارات... فهل لهذه التنظيمات الإدارية الحديثة أثر في قبول الأوقاف على تلك الجهات؟

عند التأمل في هذه المسألة والنظر في الواقع نجد أن لها تأثيراً، وأن الوقف على الجهات الخيرية في الوقت المعاصر يختلف عن الوقف عليها في السابق؛ ولهذا يمكن القول فيما يتعلق بقبول الوقف عليها بما يأتي:

○ **أولاً:** للمسؤولين عن تلك الجهات حق النظر في قبول هذا الوقف أو رده - كما هو معمول به في وقتنا الحاضر^(١) وهو وإن كان لا يشترط قبول الوقف إذا كان على جهة خيرية - كما تقدم^(٢) إلا أنه لا يعني أنه لا يمكن

(١) وذلك ما تقوم به بعض مجالس الإدارات أو مجالس الجامعات من النظر في التبرعات والأوقاف المقدمة، كوقف المكتبات على هذه الجامعة، أو وقف العقار على تلك الجهة... وهكذا.

(٢) راجع (ص ١٨٥) من هذا البحث.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

رده، ويستأنس لذلك بما ذهب إليه بعض الفقهاء - كما تقدم- من أن نائب الحاكم - وتمثله الجهات المسؤولة الآن - هو الذي يتولى القبول أو الرد^(١)، وذلك لاختلاف الأحوال عن السابق؛ ولهذا فلمجالس الإدارات والمسؤولين أن يقبلوا هذه الأوقاف أو يردوها بحسب المصلحة التي تظهر، وبعد الدراسة والتشاور حوله.

○ **ثانيًا:** حق القبول أو الرد لا يكون لشخص واحد كمدير تلك الإدارة مثلاً، بل يكون لمجموعة مجلس الإدارة أو الهيئة الاستشارية أو غيرهم حتى يكون أقرب للصواب والأخذ بالمصلحة وعند الاختلاف يؤخذ برأي الأكثر.

○ **ثالثًا:** وضع ضوابط معينة من قبل متخصصين في الشريعة والاقتصاد وغيره مما له صلة بالأوقاف والأمور المالية، ويعمل بهذه الضوابط عند النظر في قبول هذه الأوقاف التي تكون لتلك الجهات.

وإنما قيل بما سبق؛ لأن فيه مراعاة لمقاصد الشريعة، فالوقف في الوقت المعاصر ليس كما هو في السابق، فمثلاً قد يوقف شخص أو جهة معينة على جهة ويتبين أن هذا الوقف لمجرد مصلحة تجارية أو دعائية لتلك الجهة الواقفة، وقد توقف جهة أو شركة معروفة بتعاملاتها المشبوهة أو مواقفها السيئة - كما سيأتي - فالقول بقبول أوقاف تلك الجهات مطلقاً وعدم النظر

(١) راجع (ص ١٨٦) من هذا البحث.



قبول الوقف ومسايله المعاصرة

فيها من قبل المسؤولين قول يخالف المصلحة، والقواعد الشرعية التي تقتضي سد الذرائع^(١)، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح^(٢).



(١) انظر: حول هذه القاعدة في الموافقات (١٤٣/٤)، تبصرة الحكام (٢٦٩/٢)، إعلام الموقعين (١٢٧/٣).

(٢) انظر: حول هذه القاعدة في الأشباه والنظائر للسيوطي (١٧٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم: (٩٩).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

المطلب الثالث

أثر الكسب المشبوه والتوجه السيئ في قبول الوقف

هناك جهات في وقتنا الحاضر يوجد في معاملاتها ومكاسبها شبهة الحرام لسبب ما وعلم ذلك وظهر، وكذلك هناك جهات أخرى - غير تجارية- عرفت بمواقفها وتوجهاتها السيئة تجاه بعض القضايا الشرعية، فهل لهذه الشبهة في الكسب، وهذا التوجه السيئ أثر في حكم قبول وقف تلك الجهات على الأشخاص أو الجهات الخيرية؟

✍️ المسألة الأولى: أثر الكسب المشبوه في قبول الوقف:

يمكن تخريج حكم هذه المسألة على مسألة قبول تبرعات من في كسبه حرام وحلال؛ لأن قبول وقفه داخل في ذلك.

□ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

○ القول الأول: أن قبول تبرعات من في كسبه حرام وحلال مكروه مطلقاً، ومن ذلك قبول وقفه.

وهو مذهب الشافعية^(١)، وقول عند المالكية^(٢)، ورواية عند الحنابلة -

(١) انظر: مغني المحتاج (٣/٢٤٦)، الأشباه والنظائر (١٠٧).

(٢) انظر: فتاوى ابن رشد (١/٦٤٥).

هي المذهب^(١).

○ **القول الثاني:** القول بالتفصيل؛ فإن كان الغالب الحلال قبل وقفه، وإن كان الغالب الحرام حرم قبول وقفه.

وهو مذهب الحنفية^(٢)، وقول عند المالكية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).

○ **القول الثالث:** أن قبول وقفه محرم مطلقاً؛ وهو قول عند المالكية^(٥)، ورواية عند الحنابلة^(٦).

□ **الأدلة والمناقشة:**

استدل القائلون بالكراهة بما يأتي:

١- قول النبي ﷺ: «إن الحلال بيّن والحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه...» الحديث^(٧).

(١) انظر: الإنصاف (٣٢٨/٢١)، كشف القناع (١٦٧/٥).

(٢) انظر: عيون المسائل (٢٢٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢٥).

(٣) انظر: الذخيرة (٣١٧/١٣)، مرجع المشكلات (١٠٦).

(٤) انظر: الإنصاف (٣٢٨/٢١)، كشف القناع (١٦٧/٥).

(٥) انظر: الذخيرة (٣١٧/١٣)، البيان والتحصيل (١٩٤/١٨).

(٦) انظر: الإنصاف (٣٢٧/٢١)، كشف القناع (١٦٧/٥).

(٧) رواه البخاري في كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، فتح الباري (١٢٦/١).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

وجه الاستدلال: أن الحديث يفيد أن المال الحلال إذا اختلط بالحرام أورث شبهة الوقوع في الحرام، وهذه الشبهة تستدعي الاستبراء للدين بترك التعامل المالي مع صاحب هذا المال؛ ومن ذلك كراهة قبول وقفه^(١).

٢- أنه يحتمل أن يكون ما أوقفه من الحرام، ويحتمل أن يكون من الحلال، وإذا كان كذلك كان قبوله مكروهاً؛ لأنه لا يمكن الجزم بأحدهما^(٢).

٣- أن هذا من المتشابه الممنوع على وجه التوقي^(٣)، وما كان اجتنابه على وجه التوقي كان مكروهاً^(٤).

واستدل من قال بالتفصيل بحسب القلة والكثرة بأنه إقامة للأكثر مقام الكل^(٥)، وقاعدة الشرع اعتبار الغالب، ومن ذلك أن الخمر والميسر حرماً مع أن فيهما نفعاً؛ لأن إثمهما أكبر من نفعهما^(٦).

ونوقش: بأنه يعسر جداً ضبط القليل والكثير^(٧).

(١) انظر: أحكام المال الحرام (٢٤٩).

(٢) انظر: كشف القناع (١٦٨/٥).

(٣) انظر: فتاوى ابن رشد (٦٣٤/١).

(٤) انظر: فتاوى ابن رشد (٦٣٤/١)، أحكام المال الحرام (٢٤٩).

(٥) انظر: الإنصاف (٣٢٨/٢١)، الذخيرة (٣١٧/١٣).

(٦) انظر: أحكام المال الحرام (٢٤٨).

(٧) انظر: المرجع السابق، النوازل في الأوقاف (٢٠٩).

واستدل من قال بالتحريم مطلقاً: بأن المال الحلال لما اختلط بالحرام صار شائعاً فيه، فإذا عامل أحد صاحب هذا المال فقد عامله في جزء من الحرام^(١)، ومن ذلك قبول وقفه.

ونوقش من وجهين:

أ- أن هذا مخالف لما ثبت عن النبي ﷺ من قبول هدايا الكفار^(٢).

ب- أن هذا القول يوقع في الشدة والخرج^(٣).

■ **والراجع - والله أعلم -** القول بکراهة قبول وقف من في كسبه شبهة الحرام، لوجهة أدلة هذا القول في مقابل ضعف أدلة القولين الآخرين، وبما ورد عليها من مناقشة.

وبناءً على هذا: يترجح القول بکراهة قبول وقف الجهات ذات التعاملات المالية المشبوهة، وقد يقال - أيضاً - بأنه ينظر في المصالح أو المفسد المترتبة على القبول من عدمه، وينظر في قرائن الأحوال ويعمل بها.

المسألة الثانية: أثر التوجه السيئ للواقف في قبول الوقف:

إذا وقفت جهة وكانت هذه الجهة معروفة بتوجهاتها ومواقفها السيئة تجاه

(١) انظر: فتاوى ابن رشد (١/٦٣٤).

(٢) انظر: النوازل في الأوقاف: (٢٠٩)، وراجع (ص ٢٢٦) من هذا البحث.

(٣) انظر: البيان والتحصيل (١٨/١٩٤).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

بعض القضايا الشرعية، فهل لهذا أثر في قبول وقفها؟

الذي يظهر - والله أعلم- القول بأن المسؤولين عن الجهات الموقوف عليها - كنظار الوقف ومجالس الإدارات ونحوهم - عليهم النظر في آثار هذا الوقف ودراسة آثاره، فإن ظهر لهم - بعد التحري والدراسة - وغلب على ظنهم أن قبول هذا الوقف سيؤدي إلى تقوية تلك الجهة الواقفة وتحسين صورتها وسمعتها ردوا الوقف ولم يقبلوه، وإن ظهر لهم - أو غلب على ظنهم - أن قبول الوقف لا يترتب عليه شيء من ذلك، فالأقرب القول بالقبول، وبخاصة إذا كانت الجهة الموقوف عليها محتاجة . . . وهكذا تدرس كل قضية وينظر فيها بحسبها.

○ ويستدل لهذا بما يأتي:

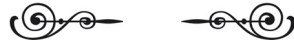
- ١- أن هذا النظر هو من المسؤولية وأداء الأمانة التي أمر بها الشرع كُلٌّ من يتولى أمرًا ماليًا أو غير مالي.
- ٢- أن هذا النظر فيه عمل بالقواعد الشرعية ذات العلاقة مثل قاعدة: درء المفسد مقدم على جلب المصالح، وقاعدة: المعاملة بنقيض القصد^(١) . . . وفيه - أيضًا - عمل بالسياسة الشرعية ومراعاة للمقاصد العامة للشريعة.

(١) انظر حول هذه القاعدة في: السياسة الشرعية لابن تيمية (٥٢، ٥٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٨٤).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

٣- أن قبول وقف تلك الجهات ذات التوجهات السيئة فيما لو ترتب عليه مفسدة، يعد من الإعانة على الإثم الذي حرّمته الشريعة^(١).



(١) انظر: حول مراعاة المصالح والمآلات في الأوقاف في: الأحكام السلطانية للماوردي: (٢٦٣، ٢٣٧).



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

الخاتمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

○ ففي ختام هذا البحث أسجل أبرز نتائجه وما توصلت إليه على النحو الآتي:

- ١- قبول الوقف هو «ما يصدر قولاً أو فعلاً من الموقوف عليه، أو من يقوم مقامه يدل على رضاه بهذا الوقف».
- ٢- يختلف حكم قبول التبرعات - عمومًا - بحسب نوع التبرع، وحال المتبرع، وحال المتبرع له، وبحسب اختلاف الأحوال المصاحبة.
- ٣- لا يشترط قبول الوقف سواء أكان على جهة أم على معين، وهذا هو أصح قولي الفقهاء في المسألة.
- ٤- لا يشترط قبول الوقف من البطن الثاني ومن بعدهم.
- ٥- يصح تبعض الوقف، سواء كان التبعض للرّيع أو للمدة.
- ٦- إذا كان الوقف على محجور عليه، قام وليه في المال مقامه في القبول أو الرد.
- ٧- الحكم التكليفي لقبول الوقف يختلف باختلاف الأحوال المصاحبة؛ فقد يكون مستحبًا، وقد يكون جائزًا، وقد يكون مكروهًا، وقد يكون



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

محرمًا .

٨- يصح قبول الوقف بالصيغة القولية وبالصيغة الفعلية - على الراجح من قولي الفقهاء .

٩- لا يشترط الفورية في قبول الوقف، وكذلك لا يشترط كونه منجزًا، بل يصح ولو كان معلقًا على الراجح .

١٠- لا يؤثر طرؤ الموت ولا انعدام الأهلية على الواقف قبل قبول الوقف .

١١- إذا مات الموقوف عليه قبل القبول أو الرد، قام وارثه مقامه على الراجح .

١٢- إذا طرأ انعدام الأهلية على الموقوف عليه قبل القبول أو الرد، قام وليه في المال مقامه .

١٣- إذا رد الموقوف عليه الوقف ولم يقبله، لم يبطل الوقف وصرف في المصالح العامة للمسلمين .

١٤- إذا تردد الموقوف عليه في القبول لم يؤثر تردده في الحكم، ويؤخذ بما اختاره أولاً من القبول أو الرد .

١٥- يجوز قبول وقف غير المسلمين على الجهات الخيرية الإسلامية في وقتنا الحاضر لكن وفق ضوابط معينة، تراعي القواعد والأحكام الشرعية



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

عمومًا، وأحكام الوقف خصوصًا، وكذلك تراعي تحقيق المصالح ودرء المفسد.

١٦- للتنظيمات الإدارية والمالية الحديثة أثر في حكم قبول الوقف على الجهات الخيرية في وقتنا المعاصر، فقد يقبل الوقف وقد لا يقبل بحسب اختلاف الأحوال المصاحبة.

١٧- للكسب المشبوه وللتوجه السيئ للواقف سواء كان فردًا أو جهة أثره في حكم قبول وقفه على الجهات الخيرية في وقتنا المعاصر.

وبعد، فهذا ما تيسر لي تدوينه في هذا البحث، سائلًا الله - تعالى - أن ينفع به وأن يوفقنا لما يحبه ويرضاه، فهو ولي ذلك والقادر عليه والحمد لله رب العالمين.



فهرس المراجع

- ١- أحكام أهل الذمة: لمحمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، ت: طه عبد الرؤوف سعد، ط دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤١٥هـ.
- ٢- أحكام الأوقاف: لأبي بكر أحمد بن عمرو «الخصاف»، الناشر مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.
- ٣- أحكام الأوقاف: لمصطفى الزرقا، ط دار عمان، الأولى، سنة ١٤١٨هـ.
- ٤- الأحكام السلطانية والولايات الدينية: لأبي الحسن علي الماوردي، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٥- أحكام المال الحرام: د.عباس الباز، ط دار النفائس، الأردن، الأولى ١٤١٨هـ.
- ٦- أحكام المسألة والاستجداء في الفقه الإسلامي: محمد بلو الخياط، ط مؤسسة الريان، مصر، سنة ١٤٢٧هـ.
- ٧- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: لعلي بن محمد البعلي، ت ٨٠٣هـ، ت: د.أحمد الخليل، ط دار العاصمة، الرياض، الأولى ١٤١٨هـ.
- ٨- الاختيار في تعليل المختار: لعبد الله بن محمود الموصلي، ط دار



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

الكتب العلمية، بيروت.

٩- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: ناصر الدين الألباني، ط المكتب الإسلامي، بيروت، سنة ١٤٠٥هـ.

١٠- الإسعاف في أحكام الأوقاف: برهان الدين إبراهيم الطرابلسي، ت: د. عبد الله فدي، ط المكتبة المكية، مكة، سنة ١٤٣٦هـ.

١١- الأشباه والنظائر: لجلال الدين السيوطي، ط دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤٠٣هـ.

١٢- الأشباه والنظائر: لزين الدين بن نجيم الحنفي، ت: محمد مطيع الحافظ، ط دار الفكر، بيروت، الأولى ١٤٠٣هـ.

١٣- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك: لأبي بكر بن حسن الكشناوي، ط دار الفكر، بيروت.

١٤- إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، ت ٧٥١هـ، ت: محمد محيي الدين، ط المكتبة العصرية، بيروت، سنة ١٤٠٧هـ.

١٥- أموال الوقف ومصرفه: د. عبد الرحمن العثمان، ط وزارة الشؤون الإسلامية في السعودية، سنة ١٤٢٧هـ.

١٦- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلي بن سليمان المرداوي، ت: د. عبد الله التركي، ط دار هجر، بيروت، سنة ١٤١٥هـ.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ١٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين الكاساني، ط دار الكتب العلمية، بيروت، الثانية سنة ١٤٠٦هـ.
- ١٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن نجيم، ط دار المعرفة، بيروت، الثانية ١٤١٣هـ.
- ١٩- البيان في فقه الشافعي: ليحيى العمراني، ت: قاسم محمد النوري، ط دار المنهاج، سنة ١٤٢١هـ.
- ٢٠- البيان والتحصيل: لأبي الوليد بن رشد القرطبي، ت: محمد صبحي، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ.
- ٢١- تبصرة الحكام: لبرهان الدين بن محمد بن فرحون المالكي: ت: جمال مرعشلي، ط دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤٢٢هـ.
- ٢٢- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين الزيلعي، ط مكتبة إمدادية، باكستان.
- ٢٣- تخريج الأحاديث والآثار الواردة في تفسير الكشاف: لجمال الدين الزيلعي، ت: سلطان الطيشي، ط دار ابن خزيمة، الرياض، الأولى ١٤١٤هـ.
- ٢٤- تحرير المقال فيما يحل ويحرم من بيت المال: تقي الدين البلاتنسي، ت: فتح الله محمد الصباغ، ط دار الوفاء، مصر، سنة ١٤٠٩هـ، الأولى.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ٢٥- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبد البر،
ت: د. محمد الفلاح، الناشر: مكتبة البوادي، جدة.
- ٢٦- تنبيه ذوي الألباب بحكم الوقف في بلاد أهل الكتاب: د. إقبال
عبد العزيز المطوع، ط الكويت، سنة ١٤٢٧هـ.
- ٢٧- جامع البيان عن تأويل آي القرآن: للإمام ابن جرير الطبري، ط دار
المكتب العلمي، بيروت، الرابعة، ١٤٢٦هـ.
- ٢٨- جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية: د. أحمد الندوي،
ط شركة الراجحي المصرفية، الأولى، سنة ١٤٢١هـ.
- ٢٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي، ط دار
الفكر، بيروت.
- ٣٠- حاشية رد المحتار «حاشية ابن عابدين»: لمحمد أمين بن عابدين،
ط دار الفكر، بيروت، سنة ١٣٩٩هـ.
- ٣١- الحاوي الكبير شرح مختصر المزني: لعلي الماوردي، ت: عادل
عبد الموجود وعلي بن محمد معوض، ط دار الكتب العلمية، بيروت،
الأولى، سنة ١٤١٤هـ.
- ٣٢- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: لمحمد بن أحمد القفال،
ت: د. ياسين درادكه، ط مكتبة الرسالة، الأردن، سنة ١٤٠٨هـ.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ٣٣- الذخيرة: إدريس القرافي، ت: محمد حجي، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، الأولى، سنة ١٤١٤هـ.
- ٣٤- روضة الطالبين: ليحيى بن شرف النووي، ت: عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤١٢هـ.
- ٣٥- السنن الكبرى: لأحمد البيهقي، ط دار المعرفة، بيروت، سنة ١٤١٣هـ.
- ٣٦- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: لابن تيمية، ت: محمد أيمن الشبراوي، ط دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٣٧- شرح الخرشي على مختصر خليل: لمحمد بن عبد الله الخرشي، ط دار صادر، بيروت.
- ٣٨- شرح الزرقاني على مختصر خليل: لمحمد بن عبد الله الخرشي، ط دار صادر، بيروت.
- ٣٩- الشرح الكبير لمختصر الخرقى: عبد الرحمن بن قدامة، ت: د. عبد الله التركي، ط دار هجر، بيروت، الأولى، سنة ١٤١٥هـ.
- ٤٠- الشرح الكبير على مختصر خليل: لأحمد الدردير، ط دار الفكر، بيروت.
- ٤١- صحيح الإمام البخاري: لمحمد بن إسماعيل البخاري، ط دار



قبول الوقف ومسائل المعاصرة

المعرفة، مطبوع مع شرحه: فتح الباري.

٤٢- صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج القشيري، ط مكتبة الرشد بالرياض، سنة ١٤٢٧هـ.

٤٣- صناعة الفتوى وفقه الأقليات: لعبد الله بن بيه، ط دار المنهاج، جدة، ١٤٢٨هـ.

٤٤- صيغ العقود في الفقه الإسلامي: د. صالح الفليقة، ط كنوز إشبيلية، الرياض، الأولى، سنة ١٤٢٧هـ.

٤٥- العزيز شرح الوجيز: لعبد الكريم الرافعي، ت: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، ط دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤١٧هـ.

٤٦- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لجلال الدين بن شاس، ت د. محمد أبو الأجفان، ط دار الغرب الإسلامي، سنة ١٤١٠هـ.

٤٧- العمل الخيري مع غير المسلمين: حسن عبد الرحمن وهدان، ط دار النفائس، الأردن، الأولى، سنة ١٤٣٣هـ.

٤٨- عيون المسائل في فروع الحنفية: لأبي الليث السمرقندي، ت: سيد محمد مهني، ط دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، سنة ١٤١٩هـ.

٤٩- فتاوى ابن رشد: لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي المالكي، ت: د. المختار التليلي، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٧هـ.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ٥٠- فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، ط دار المعرفة، بيروت.
- ٥١- فتح القدير شرح الهداية: للكمال بن الهمام، ط دار الفكر، بيروت.
- ٥٢- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث في السعودية: جمع: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، توزيع مؤسسة الأميرة العنود آل سعود، سنة ١٤٢٣هـ.
- ٥٣- الفروع: لمحمد بن مفلح المقدسي، ت: د. عبد الله التركي، ط مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤هـ.
- ٥٤- الفروق: للإمام أحمد القرافي، ط دار الكتب العلمية.
- ٥٥- الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي، ط دار الفكر، دمشق، سنة ١٤٠٩هـ.
- ٥٦- الفواكه الدواني شرح رسالة أبي زيد القيرواني: لابن غنيم النفراوي، ط دار الفكر، بيروت.
- ٥٧- القواعد في الفقه الإسلامي: لأبي الفرج بن رجب الحنبلي، مراجعة: طه عبد الرؤوف سعد، ط دار الجيل، بيروت، الثانية، ١٤٠٨هـ.
- ٥٨- كشف القناع عن متن الإقناع: لمنصور البهوتي، ط مكتبة النصر الحديثة، الرياض.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ٥٩-** الكافي في فقه أهل المدينة: ليوسف بن عبد البر، ت: د. محمد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، سنة ١٣٩٨هـ.
- ٦٠-** القاموس المحيط: لمحمد الفيروزآبادي، ط مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة ١٤٠٧هـ.
- ٦١-** المبدع شرح المقنع: لابن مفلح الحنبلي، ط المكتب الإسلامي، بيروت، سنة ١٩٨٠هـ.
- ٦٢-** المبسوط: لشمس الدين السرخسي، ط دار المعرفة، بيروت، سنة ١٤٠٦هـ.
- ٦٣-** مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: لعبد الله أفندي الحنفي، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٦٤-** المجموع شرح المذهب: للإمام النووي، ط دار الفكر، بيروت.
- ٦٥-** مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: جمع عبد الرحمن بن قاسم، ط دار عالم الكتب، سنة ١٤١٢هـ.
- ٦٦-** المحيط البرهاني في الفقه النعماني: لمحمود بن أحمد بن مازة، ت: أحمد عزو عناية، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، الأولى.
- ٦٧-** المدخل الفقهي العام: لمصطفى الزرقا، ط دار الفكر، بيروت، ١٩٦٨م.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ٦٨- المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل : د. بكر بن عبد الله أبو زيد، ط دار العاصمة، الرياض، الأولى، سنة ١٤١٧هـ.
- ٦٩- مسند الإمام أحمد: ت: مجموعة من الباحثين، ط مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة ١٤٢٩هـ.
- ٧٠- المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب المالكي، ت: د. حميش عبد الحق، ط مكتبة الباز، مكة، الرياض، سنة ١٤١٥هـ.
- ٧١- المغني شرح مختصر الخرقي: لموفق الدين بن قدامة، ت: د. عبد الله التركي، و د. عبد الفتاح الحلو، ط دار هجر، القاهرة، سنة ١٤١٣هـ.
- ٧٢- مغني المحتاج شرح المنهاج: لمحمد الخطيب الشربيني، ط دار الفكر، بيروت.
- ٧٣- منح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد عlish، ط دار الفكر، بيروت.
- ٧٤- المذهب في فقه الشافعي: لأبي إسحاق الشيرازي، ط دار الفكر، بيروت.
- ٧٥- الموافقات في أصول الشريعة: لأبي إسحاق الشاطبي، ت: عبد الله دراز، ط دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤١١هـ.



قبول الوقف ومسائله المعاصرة

- ٧٦- الممتع شرح المقنع: لزين الدين بن المنجي، ت: د. عبد الملك ابن دهيش، ط دار خضر، بيروت، الأولى، سنة ١٤١٨هـ.
- ٧٧- مواهب الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد الحطاب، ط دار الفكر، بيروت.
- ٧٨- الموسوعة الفقهية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بالكويت، ط الأولى.
- ٧٩- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة «قسم المعاملات المالية»: الصادرة عن مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، سنة ١٤٣٥هـ، ط الأولى.
- ٨٠- النجم الوهاج شرح المنهاج: لكمال الدين الدميري، ط دار المنهاج، سنة ١٤٢٥هـ.
- ٨١- نهاية المحتاج شرح المنهاج: لشمس الدين محمد الرملي، ط دار الفكر، بيروت، سنة ١٤٠٤هـ.
- ٨٢- نهاية المطلب في دراية المذهب: لإمام الحرمين الجويني، ت: د. عبد العظيم الديب، ط دار المنهاج، جدة، الأولى، ١٤٢٨هـ.
- ٨٣- النوازل في الأوقاف: د. خالد المشيقح، د الناشر كرسي راشد بن دايل لدراسة الأوقاف، بجامعة الإمام، الرياض، سنة ١٤٣٣هـ.





الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

إعداد

د.عبد الله بن إبراهيم بن صالح الخضير

القاضي بمحكمة التنفيذ بالرياض







الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي أتم علينا نعمه، وأسبغ علينا مننه، وعلمنا ما لم نكن نعلم، والصلاة والسلام على خير الأنام ومسك الختام نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

﴿أما بعد﴾:

فهذه دراسة مختصرة في بيان (الديون الممتازة عند التنفيذ على أموال المفلس)، جمعت فيها بين الرأي الفقهي والنص النظامي المعمول به قضاءً في هذه البلاد المباركة: المملكة العربية السعودية؛ وذلك لما بدا لي من أهمية في هذا الموضوع:

○ إذ تعد الديون من أهم وأخطر القضايا الاقتصادية المعاصرة، ولها تأثير مباشر على حياة الناس، فالعالم يغرق في الديون؛ على مستوى الأفراد والشركات بل والحكومات.

فبالنسبة للأفراد: تدل الإحصاءات في بعض البلدان أن الدين يستغرق نحو ٩٠% من الدخل الشهري لكثير من الأفراد الذين يستدينون لشراء المنزل والسيارة والأثاث وغيرها.

وبالنسبة للشركات: تمثل الديون المصدر الأهم للتمويل؛ ولذلك صارت أسواق المال العالمية أسواقاً للديون، وتفضل الشركات في كل أنحاء العالم إصدار سندات الدين وليس أسهم الاشتراك والملكية^(١).

○ ولا ريب أن ظاهرة الديون تثير مسائل وإشكالاتٍ تحتاج إلى نظر، مِنْ أهمها: أحكام أداء وسداد الديون عند الإفلاس، وما يقدم منها على غيره، وتطبيق ذلك من خلال قضاء التنفيذ.

✍ وقد وجدت بعض الدراسات السابقة ذات الصلة بهذا الموضوع:

□ **منها:** الدراسات القانونية التي تناولت امتياز الديون وفقاً لأحكام قانون أو قوانين معينة، دون النظر للجانب الفقهي.

□ كما أن هناك دراساتٍ فقهية تناولت هذا الموضوع، إلا أنني لم أجد فيها مَنْ تناوله من جهة قضاء التنفيذ، وغالبها لم يتعرض لأحكام النظام أو الأنظمة ذات الصلة، ومنها ما كان قاصراً على نوع معين من الديون

(١) ففي الولايات المتحدة - مثلاً - لا تمثل الأسهم أكثر من ٤,٥% من مجمل مصادر التمويل للشركات المساهمة من أسواق المال. بينما نحو ٩٣% منها كان بإصدار سندات الدين، إضافة إلى القروض المصرفية.

ينظر: بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية في مجال القطاع العام والخاص، بحث مقدم إلى الدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، (٢٥-٣٠ رجب ١٤١٩هـ)، البحرين على الرابط:

<http://www.kantakji.com/media/8293/1036.htm>.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الممتازة؛ كمن وجد عين ماله عند المفلس.

○ وأهم تلك الدراسات الفقهية التي اطلعت عليها:

- ١- الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه - كلية الشريعة بالرياض)، إبراهيم التتم، ط ١، دار ابن الجوزي، الدمام، ١٤٣٠هـ.
- ٢- أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية (رسالة دكتوراه - كلية الشريعة بالرياض)، فضل الرحيم محمد عثمان، ط ١، دار كنوز إشبيلية، الرياض، ١٤٢٧هـ.
- ٣- شروط استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي، د. عدلان غازي الشمراني، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (٣٩) رجب ١٤٢٣هـ.
- ٤- أحكام المعسر في الفقه، عبد الله حميد، ط ١، الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٦هـ.
- ٥- حق الامتياز في الديون (تكميلي بالمعهد العالي للقضاء)، محمد الجريوي (غير مطبوع).
- ٦- الديون الممتازة في الفقه الإسلامي، أحمد سير مباركي (غير مطبوع).

□ وقد حرصت في هذا البحث على بيان الأحكام الفقهية بإيجاز مع ربط ذلك بقضاء التنفيذ والأنظمة المعمول بها في المملكة، مما له صلة بالديون الممتازة، وسرت فيه على المنهج التالي:

١ - أصور المسألة المراد بحثها قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢ - إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣ - إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:

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

ب - ذكر الأقوال في المسألة، وبيان مَنْ قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج - الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة.

د - توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.

هـ - عرض أهم أدلة الأقوال، مع وجه الدلالة، وأهم ما يرد عليها من مناقشات.

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



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

- ٤- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية مع الاهتمام بالدراسات المعاصرة.
- ٥- التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.
- ٦- العناية بضرب الأمثلة؛ خاصة الواقعية.
- ٧- تجنب ذكر الأقوال الشاذة.
- ٨- ترقيم الآيات وبيان سورها.
- ٩- تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في «الصحيحين» أو أحدهما - فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذٍ بتخريجهما.
- ١٠- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.

وقد اشتملت هذه الدراسة على المباحث التالية:

- المبحث الأول: تعريف الديون الممتازة.
 - المبحث الثاني: الفرق بين الإفلاس والإعسار.
 - المبحث الثالث: أنواع الديون الممتازة في الفقه، وأثرها في التنفيذ على أموال المفلس.
 - المبحث الرابع: الديون الممتازة في نظام التنفيذ والأنظمة ذات الصلة.
 - المبحث الخامس: الترتيب بين الديون الممتازة في التنفيذ.
- وإني لأرجو أن يكون هذا العمل خالصاً لوجه الله، ومفيداً لمن يطالعه



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

من المتخصصين أو غيرهم، وأن يكون إضافة مثرية للمكتبة القضائية الشرعية والنظامية.

والله الهادي والموفق، وبه أستعين وعليه أتوكل.





المبحث الأول

تعريف الديون الممتازة

أ- تعريف الديون:

○ **لغة:** جمع دين، وهو: القرض وثمان المبيع ونحوه، يقال: داينت فلاناً إذا عاملته بالدين، أخذاً أو إعطاءً، فهو مدين ومديون إذا كثر ما عليه من الدين، والتداين، والمداينة دفع الدين، وكل ما ليس بحاضر دين، ويرجع في أصله لمعنى الذل؛ لأن فيه كل الذل^(١).

○ **واصطلاحاً:** يطلق على ما يثبت في الذمة غير معين، فهو في مقابلة العين، ويدخل في ذلك: الأموال، والحقوق المحضة، وهذا الإطلاق - وهو مطلق الحق اللازم في الذمة - عام، وله إطلاق خاص بالأموال - هو المراد - وهو عند جمهور الفقهاء: كل مال يثبت في الذمة لسبب يقتضيه، إما نظير معاوضة أو إتلاف أو قرض أو أرش جنائية أو حق لله تعالى كالزكاة، ولا يثبت في الذمة إلا المثليات وهي الأموال التي تتماثل آحادها وتتساوى في القيمة كالمكيل والموزون والنقود ونحو ذلك، أما القيميات فلا تثبت في الذمة، بل تثبت قيمتها كثمان البيع وغرامة الإتلاف.

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١٣/١٦٧)، ومعجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٢/٣١٩)، وأساس البلاغة، للزمخشري (١/٢٠٠).

وكل قرض دين، ولكن الدين ربما كان بسبب القرض، أو لأسباب أخرى: كالبيع الآجل والسلم، والمهر المؤخر، وأرش الجناية، وعوض الخلع... إلخ، ويكون الدين حالاً إذا كان يجب أدائه عند طلب الدائن، أو مؤجلاً إذا كان للوفاء به مدة محددة^(١).

كـ ب- تعريف الامتياز:

○ **لغة:** الامتياز في الأصل مشتق من الميز، ومعانيه اللغوية تدور حول: الإزالة، والقطع، والفرز، والفصل، والتنحية، والعزل، والتفضيل والرفعة، والقوة، والانفراد، والأربعة الأخيرة هي الأقرب للمعنى الاصطلاحي هنا، كما سيأتي^(٢).

○ **واصطلاحاً:** لا يختلف عن المعنى اللغوي؛ إذ «لا يعهد للفقهاء استعمال لهذه الكلمة بغير المدلول اللغوي»^(٣).

(١) ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، للهروي (٢٩٤/١)، و طلبه الطلبة، للنسفي ١٦٤/١، والمطلع على أبواب المقنع، للبعلي (١٤٠/١)، ويقال: استدان أي: اشترى بالدين، وأدان أي: باع بالدين، وأدان - بتشديد الدال - أي: قبل الدين، وينظر: بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية في مجال القطاع العام والخاص، بحث مقدم إلى الدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، (٢٥ - ٣٠ رجب ١٤١٩هـ)، البحرين على الرابط:

<http://www.kantakji.com/media/8293/1036.htm>.

(٢) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٤١٣/٥)، ومختار الصحاح، للرازي (٢٦٧/١).

(٣) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، نزيه حماد (ص ٨٠).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

وقد تباينت تعريفات الديون الممتازة في الاصطلاح القانوني - مع اتفاقها في الجملة على أنها صفة تمنح صاحبها حق الأولوية والتقديم على غيره من الدائنين - ومن ذلك أنه: «الدين الذي يستحق التقديم على غيره عند الوفاء لسبب شرعي»^(١).

وهذا يتضمن جوهر الامتياز في الديون وهو: الأفضلية والتقديم للدائن، وأن هذا الحق يقرره الشارع أو المنظم لسبب شرعي، فدين النفقة مقرر امتياز من الشارع ابتداءً، والدين الناتج عن عقود ومعاوضات مالية يقرر المنظم امتياز له لسبب شرعي كالرهن أو وجود عين المال ونحوها^(٢).

ج- مصادر وأقسام الديون الممتازة:

منشأ الامتياز في الديون هو الشرع أو النظام، وعليه فلا يكفي أن يتفق الدائن والمدين في عقد الدين أن يكون ذلك الدين ممتازاً عن باقي ديون المدين، بل يجب أن يتحقق في الدين أحد أسباب الامتياز ليكون كذلك^(٣).

(١) حق امتياز الديون، الجريوي (ص ١٥) بواسطة: الامتياز في المعاملات المالية، إبراهيم التّم (ص ٥٨).

(٢) ينظر: المصدر السابق (ص ٥٥ - ٥٨).

(٣) ينظر: الموسوعة العربية على الرابط:

http://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full1&nid=163551



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المدين

○ وأسباب الامتياز في الديون - عند القانونيين - ترجع في الجملة للاعتبارات التالية:

أولاً: الاعتبارات الإنسانية، كالنفقات وأجور العمال والخدم؛ فهي ضرورة لمعاشهم.

ثانياً: وجود معنى الرهن الضمني، كامتياز المؤجر، وحامل المتاع ونحوهم.

ثالثاً: تسبب الدائن في دخول الشيء لملك المدين، أو تعلق حقه بالعين، كبائع العقار والمنقول.

وينقسم الامتياز في الديون إلى عام، وهو: ما كان محله جميع أموال المدين. أو امتياز خاص بمال معين للمدين^(١).

فتبين - مما سبق - أن الديون الممتازة: هي التي ترتب لأصحابها حق استيفاء ديونهم من أموال المدين جميعها؛ تفضيلاً على باقي الديون العادية للغير من الدائنين العادين.

■ وتنقسم هذه الديون الممتازة - عند القانونيين - إلى قسمين:

القسم الأول: ديون ممتازة امتيازاً عاماً: وهي الديون التي نص النظام صراحة على تقديم استيفائها من أموال المدين قبل سائر الديون العادية،

(١) ينظر: الامتياز في المعاملات المالية، إبراهيم التميمي (ص ٩٢ - ١٠٢).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

مثل: الديون المتعلقة برواتب الموظفين (الديون العمالية)، والديون المستحقة للدولة (الديون الحكومية)، وكذلك ديون النفقة (الديون العائلية)، فيكون الامتياز عامًّا عندما يتناول جميع أموال المدين المنقولة أو غير المنقولة أو كليهما معًا.

القسم الثاني: الديون الممتازة امتيازًا خاصًّا: وهي التي ترتب لأصحابها حق خاص على جزء من أموال المدين سواء كان عقارًا أو منقولًا، مثل: الرهن التأميني أو العقاري، فيكون الامتياز خاصًّا عندما يرد على أموال منقولة أو غير منقولة محددة بنص النظام^(١).

د- تعريف التنفيذ:

○ **وهو في اللغة:** مصدر الفعل نفَذ الدال على جواز الشيء والخلوص منه، والنفاذ هو الحدة والمضاء، و النفوذ هو القطع، و أنفذ الأمر: قضاه، و(نفذ) الحكم: أخرج به إلى العمل حسب منطوقه، ورتب أثره عليه، و(نفذ: اسم الإنفاذ)^(٢).

○ **وفي الاصطلاح:** استخدم الفقهاء التنفيذ بمعناه اللغوي السابق في مواضع عدة من أبواب الفقه، مثل: العقد، والحكم، والوصية، والعقوبة،

(١) ينظر: الموسوعة العربية على الرابط:

http://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=163551.

(٢) ينظر: لسان العرب لابن منظور (ج ٣ ص ٥١٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

ويختلف معناه بحسب ما أضيف إليه منها: فتنفيذ الوصية - مثلاً: العمل بها، وتنفيذ العقوبة: إيقاعها، وتنفيذ الحكم: إمضاؤه وإصداره، أو ترتب أثره عليه^(١)، فهو - أي: تنفيذ الحكم - يطلق عند الفقهاء على أربعة معان، هي^(٢):

١ - عقد الحكم وإمضاؤه.

٢ - تأييد قاضٍ لاحق لحكم قاضٍ سابق، وهذا إطلاق مجازي^(٣).

٣ - قيام القاضي بفعل ما حَكَمَ به بعد الحكم، كأخذ الدين ممن هو عليه وتسليمه للدائن.

٤ - إلزام القاضي - غيره - العمل بمقتضاه، كما نقل عن بعض الحنفية^(٤)، ومقتضاه هو: الإلزام الحسي بتسليم الحق لربه بالقوة، سواء بالحبس، أو أخذ المال بالقوة ودفعه لمستحقه، وتخليص سائر الحقوق،

(١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي (١٩٦/٦)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣٤١/٤)، والموسوعة الكويتية (٧١/١٤).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (١٧/٧)، ومعين الحكام، للطرابلسي (٣٩/١، ٥٢)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (٦٣٤/٤)، و الذخيرة، للقرافي (١٠/٧٢)، وفتح الوهاب، لزكريا الأنصاري (٣٧٥/٢)، والفروع، لابن مفلح (٤٣٣/٦)، والإنصاف للمرداوي (٣١٦/١١).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٣٥٣/٥)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (١٠٠/١).

(٤) ينظر: العناية شرح الهداية، للبابرتي (٢٧٧/١٠)، وحاشية ابن عابدين (٣٥٣/٥).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

وهذا هو المراد هنا، فيقال: هو «تخليص الحق ممن هو عليه طوعاً أو جبراً وإعطاؤه لمستحقه»^(١)؛ لأنه معنى إمضاء الحكم على المحكوم عليه، والعمل بمقتضاه، وترتيب أثره عليه^(٢).



-
- (١) بحث: تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة لمعالي الشيخ عبد الله بن خنين (ص ٥ - ٦).
(٢) ينظر: تنفيذ الحكم القضائي في غير العقوبات، خالد السرهيد (١ / ١٣ - ١٩).

المبحث الثاني الفرق بين الإفلاس والإعسار

أ- تعريف الإفلاس:

○ **لغة:** مصدر أفلس فلان أي: فقد ماله فهو مفلّس، إذا صار إلى حال يقال فيها: ليس معه فلس، وفلس من الشيء فَلَسا؛ خلا منه وتجرد فهو فَلَسٌ، والفَلَس اسم المصدر بمعنى: الإفلاس، وهي حالة تترتب على توقف التاجر عن الوفاء بديونه^(١).

○ **واصطلاحًا:** مَنْ دَيْنُهُ أَكْثَرُ مِنْ مَالِهِ وَخَرَجَهُ أَكْثَرُ مِنْ دَخْلِهِ، سواء أكان غير ذي مال أصلًا أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه، فكل مَنْ عليه ديون حالة زائدة على ماله فهو مفلّس.

ويسمى من له مال بذلك إذا غلب دينه؛ لوجوب صرف ماله في سداد دينه فهو كالمعدوم، وإنما سمي مفلّسًا؛ لأنه لا مال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال؛ أو لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه؛ أو لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه كالفلوس ونحوها^(٢).

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٦/١٦٥)، والمعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرون (٢/٧٠٠).

(٢) ينظر: المطلع على أبواب المقنع، للبعلي (١/٢٥٤)، ودرر الحكام شرح =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

والتفليس منع الحاكم المفلس من التصرف بماله؛ لتعلق الدَّيْن به، وشهره بصفة الإفلاس، ويعبر عنه بعض الفقهاء بالحجر^(١)، وقد وضع مجمع الفقه الإسلامي ضابطًا للإفلاس وهو: «عدم كفاية أموال المدين لسداد ما عليه من ديون. والمفلس هو من اتصف بهذا الوصف»^(٢).

كتاب- تعريف الإعسار:

○ **لغة:** العين والسين والراء، أصل صحيح يدل على صعوبة وشدة، والإعسار مصدر أعسر ضد اليسار واليسر، وهو: الضيق والشدة^(٣).

○ **واصطلاحًا:** الافتقار وعدم القدرة على أداء الديون والحقوق - كالنفقة - بمال ولا كسب^(٤). فالمعسر عاجز عن أداء الدين، وقد وضع

= مجلة الأحكام، لعلي حيدر (٦٤٦/٢).

(١) ينظر: شرح ميارة الفاسي (٤٠١/٢)، ومواهب الجليل للحطاب (٣٢/٥)، والقوانين الفقهية لابن جزي (٢٠٩/١)، وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب، لتركيا الأنصاري (٣٠٩/٣)، وروضة الطالبين، للنووي (١٢٧/٤).

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٨٦ (٢٠/١) في ١٤٣٣هـ بشأن أحكام الإعسار والإفلاس.

(٣) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (٥٦٤/٤)، ومعجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/٣١٩).

(٤) ينظر: طلبة الطلبة، للنسفي (١٣٥/١)، والمطلع على المقنع، للبعلي (٢٥٥/١)، والتعاريف، للمناوي (٧٤٩/١).

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

مجمع الفقه الإسلامي ضابطاً للإعسار الذي يوجب الإنظار، وهو: «وصف عارض يلحق بالشخص يكون معه عاجزاً عن القيام بنفقاته الواجبة وسداد ديونه. والمعسر: هو من لحق به هذا الوصف»^(١).

ج- الفرق بين الإعسار والإفلاس:

○ لا يفرق بعض الفقهاء بين الإعسار والإفلاس فيسمي المعدم مفلساً^(٢)، ويرى أنه لا مسوغ للتفريق بينهما في اللغة والشرع؛ لأن المعسر من يتعسر عليه قضاء دينه، والمفلس: من أفلس من قضاء دينه فهما من هذا الجانب متحدان ويرجعان في المعنى لشيء واحد^(٣).

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي، رقم ١٨٦ (٢٠/١) في ١٤٣٣هـ بشأن أحكام الإعسار والإفلاس.

(٢) كقول ابن مفلح في المبدع (٣٠٥/٤) المفلس المعدم ومنه الخبر: «من تعدون المفلس فيكم؟» قالوا: من لا درهم له ولا متاع.

(٣) فمثلاً قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢١٣): «الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين: أحدهما: أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه. والثاني: ألا يكون له مال معلوم أصلاً»، وقال الشوكاني في السيل الجرار (٤/٢٧٦): «هذا الفرق بين المعسر والمفلس وجعل كل واحد منهما له مفهوم مستقل لا يرجع إلى شرع ولا لغة... ولا شك أن معنى المعسر لغة: هو من يتعسر عليه قضاء دينه. والمفلس: هو من أفلس عن قضاء دينه فهما من هذه الحيثية متحدان وليس المراد من هذا الباب إلا بيان ما يجب عليهما للغير لا بيان أنهما في أنفسهما متصفان بإعسار أو إفلاس، فإن ذلك لا فائدة فيه ولا جدوى له».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

○ **والصواب:** ما جرى عليه أكثر الفقهاء من التفريق بينهما اصطلاحاً :
بأن المعسر من ليس له مال معلوم فاضلاً عن حاجاته الضرورية، أما المفلس فهو ذو مال لكن تستغرقه الديون، فلا يفي بسدادها، وقد يؤول إلى الإعسار إذا صرف ماله في سدادها، وهو سبب التجوز لدى البعض في تسمية المفلس معسراً، فبينهما عموم وخصوص^(١).

□ ومن أهم الفروق بينهما:

- ١- أن الإفلاس لا ينفك عن دين، أما الإعسار، فقد يكون عن دين أو عن قلة ذات اليد، فقد يكون مسبوقاً بحالة اليسار، وقد لا يكون مسبوقاً بها، بخلاف الإفلاس، فإنه لا يتحقق إلا إذا كان مسبوقاً بحالة اليسار^(٢).
- ٢- أن المفلس يحجر عليه ويمنع من التصرف في ماله، أما المعسر، فلا يجوز الحجر عليه؛ لأنه عاجز، ولا يستفاد من الحجر عليه - بعد ثبوت إعساره - في الوفاء بشيء من الدين الذي عليه، وإنما يجب إنظاره إلى ميسرة.

(١) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو (٣١١/٢)، ومواهب الجليل للخطاب (٣٢/٥)، وتحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه)، للنووي (١٩٥/١)، وفتح الوهاب، لزكريا الأنصاري (٣٠٩/٣)، وفتح الباري لابن حجر (٦٢/٥)، والفروع لابن مفلح (٢٢١/٤)، والمطلع على أبواب المقنع للبعلي (٢٥٤/١).

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (٥/٢٤٦، ٣٠٠) (إشراف - إقالة).

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

٣- أن مدعي الإعسار إذا جهلت حاله، فإنه يسجن؛ استظهارًا، أما المفلس فإنه يسجن عقوبة - عند الاحتيال - وإكراهًا له على أداء حقوق الدائنين.

٤- أن الديون المؤجلة لا تحل بالإعسار، وفي حلولها أو تأجيلها بالإفلاس خلاف.

٥- أن التفليس يقتضي بيع أموال المفلس. وقسمتها بين الغرماء والمحاصة فيها، ورجوع الإنسان في عين ماله، بخلاف الإعسار؛ إذ ليس للمعسر مال يباع أو يقسم^(١).

وقد بين نظام التنفيذ ولائحته التنفيذية أحكام وإجراءات نظر قضايا الإعسار، وذلك في الباب الخامس - المشتمل على المواد (٧٧ - ٨١) ولوائحها التنفيذية - دون النص على تعريف محدد للإعسار، ثم نصت المادة (٨٢) من هذا النظام على: «أن يخضع التاجر في إعلان إفلاسه لقواعد الإفلاس المقررة نظامًا»، وكان نظام المحكمة التجارية قد نص في المادة (١٠٣) على تعريف المفلس بأنه: «من استغرقت الديون جميع أمواله فعجز عن تأديتها»، وهو موافق لما قرره الفقهاء فيما تقدم، إلا أنه يلاحظ على المنظم هنا أنه لم يفرق - في التسمية - بين المفلس والمعسر في القانون المدني، فكلاهما يخضع لنظام التنفيذ، وإنما فرق بين الإفلاس المدني

(١) ينظر: المصادر السابقة.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

والتجاري، فالأول يتناوله نظام التنفيذ، أما الإفلاس التجاري فيطبق عليه أحكام نظام التسوية الواقية من الإفلاس، ونظام الشركات، والمحكمة التجارية^(١)؛ لاختصاصها بالمدين التاجر ومحلله القانون التجاري، ويختص بنظره المحكمة التجارية، بخلاف الإعسار والإفلاس المدني الذي تنظره المحاكم العامة أو محاكم التنفيذ، حسب الاختصاص، وتطبق عليه أحكام نظام التنفيذ؛ لاختصاصه بالمدين غير التاجر ومحلله القانون المدني^(٢).

والعمل القضائي جارٍ على التفريق بين المفلس والمعسر على نحو ما قرره الفقهاء، فإذا كان مفلساً حُجِرَ على أمواله وأجريت المحاسبة فيها بين الغرماء، بخلاف من ثبت إعساره، فإنه ينظر ويفرج عنه حتى تثبت ملاءته بدعوى مستقلة بعد ذلك إن وجد له مال^(٣).

(١) يرجع لهذه الأنظمة القضائية في موقع هيئة الخبراء على الرابط.

<https://boe.gov.sa/>

(٢) فمثلاً نص في نظام التنفيذ (مادة ٧٨) على حبس مدعي الإعسار استظهاراً لحاله، ولأجل البحث والإفصاح عن أمواله، وجاء في الفصل الثالث من النظام (المواد ٥٧-٥٩) بيان لكيفية توزيع الحصيلة وإجراء المحاسبة بين الغرماء في مال المنفذ ضده إذا لم يف بالمديونية، وَمَنْ هذه حاله فإنه مفلس -؛ لأنه ذا مال استغرقت الديون - لكن لم يسمه النظام كذلك، ومثله من ثبت احتياله في دعوى الإعسار، فإنه مفلس، لكن لم يسمه النظام كذلك، وقد نص نظام التنفيذ (المادة ٨٤) على منع حبس من ثبت إعساره؛ تأكيداً للفرق بينه وبين المفلس، وإن لم ينص على ذلك صراحة.

(٣) وقد صدرت عدة أحكام ظهر فيها التفريق بين المفلس والمعسر - غير التاجر - وهي منشورة في المدونات القضائية الصادرة عن وزارة العدل وديوان المظالم.

المبحث الثالث

أنواع الديون الممتازة في الفقه وأثرها في التنفيذ على أموال المفلس

المطلب الأول

عين مال البائع إذا وجدته لدى المشتري المفلس

الفرع الأول: الأصل في ثبوت هذا النوع ومشروعيته:

فإن للبائع امتيازاً على باقي الغرماء باختصاصه في أحقية الرجوع بعين ماله من بينهم، وفسخ العقد فيها - العين المبيعة - وقد دل على ذلك: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره»^{(١)(*)}، وقد ورد بلفظ:

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه (١١٩٣/٢)، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، برقم (٢٢٧٢)، ومسلم في صحيحه (١١٩٣/٣)، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، برقم (١٥٥٩)، كما أخرجه أبو داود في سننه (٢٠/٣)، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، برقم (٣٥١٩)، وابن ماجه في سننه (٢٠/٢)، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، برقم (٢٣٥٨)، والدارمي في سننه، باب فيمن وجد متاعه عند المفلس (٣٤٠/٢)، برقم (٢٥٩٠)، وأحمد في المسند (٢٥٨/٢) برقم (٧١٢٤) ورقم (٧٤٩٨)، وورد بطرق أخرى إسنادها أيضاً صحيح، ينظر: البدر المنير، =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

«متاعه» و «سلعته» بدل ماله، وزاد في رواية: «ولم يفرقه»، وفي رواية^(١): «فهو أحق به من الغرماء»^(٢).

= لابن الملقن (٦٤٨/٦)، وقال ابن عبد البر في التمهيد (٤١٠/٨): «حديث التفليس هذا من رواية الحجازيين والبصريين حديث صحيح عند أهل النقل ثابت وأجمع فقهاء الحجازيين وأهل الأثر على القول بجملته وإن اختلفوا في أشياء من فروعه». (* قوله: (فهو أحق به)، جواب: إذا، التي تضمنت معنى الشرط، فلذلك دخلت الفاء في جوابها، والضمير في: به، يرجع إلى قوله: ماله، يعني: أحق به من غيره، أي: كائناً من كان وارثاً وغريباً من غرماء المفلس، ينظر: عمدة القاري، للعيني (٢٣٧/١٢)، وفتح الباري لابن حجر (٦٤/٥).

(١) هذه الروايات أخرجها مسلم (١١٩٣/٣)، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، برقم (١٥٥٩).

(٢) قال ابن الأثير في جامع الأصول (٥٤٩/٢): «فوجد عنده سلعته بعينها» هذه رواية البخاري، ومسلم. وفي رواية الموطأ، والترمذي، وأبي داود: «أما رجل أفلس، فأدرك الرجل ماله بعينه، فهو أحق به من غيره» قال في الموطأ: «ماله»، وقال أبو داود: «متاعه»، وقال الترمذي: «سلعته» وأخرجه في «الموطأ». . . إن رسول الله ﷺ قال: «أما رجل باع متاعاً، فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه، فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه، فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء». ولفظ أبي داود مثله. . . وزاد: «وإن كان قضى من ثمنها شيئاً، فما بقي، فهو أسوة الغرماء» وله في أخرى: «...وأما امرئ هلك، وعنده متاع امرئ بعينه، اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض، فهو أسوة الغرماء». وأخرج النسائي نحوه من هذه الروايات، وقال صديق حسن خان في الروضة الندية (١٩٤/٣): «حديث حسن. . . وقال ابن حجر في الفتح إسناده حسن؛ ولكن سماع الحسن، عن سمرة فيه مقال».

وجاء في رواية: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجد متاعه بعينه، فهو أحق به وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء»، وفي رواية: «وإن قضى من ثمنها شيئاً، فهو أسوة الغرماء فيها»^(١).

(١) وقد أخرجهما أبو داود في سننه (٢٠/٣)، باب في الرجل يفلس، فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، برقم (٣٥٢٠)، وبرقم (٣٥٢١)، وبرقم (٣٥٢٣) وابن ماجه في سننه (٢/٢٠)، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، برقم (٢٣٥٩) - بدون ذكر الموت - وقال أبو داود: حديث مالك أصح - يعني: المرسل - وكذا نص غير واحد من الحفاظ على ذلك . . . وقال الدارقطني: إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث ولا يثبت هذا عن الزهري مسنداً، وإنما هو مرسل . . . وقال تقي الدين في «الإمام» بعد نقله مقالة الدارقطني: هذا الحديث رواه إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي وهو شامي، وقد اشتهر تصحيح حديث إسماعيل عن الشاميين إلا أنه شامي روى عن الحجازيين، وله متابعات، وقد وصله عبد الرزاق في «مصنفه» عن مالك وذكر ابن حزم أن عراك بن مالك رواه أيضاً عن أبي هريرة وفي «غرائب مالك» وفي «التمهيد» أن بعض أصحاب مالك وصله عنه، وقال صديق حسن خان في الروضة الندية (٣/١٩٤): «وقد وصله أبو داود . . . وفي إسناده إسماعيل بن عياش، ولكنه هنا روى عن الزبيدي، وهو شامي، وهو قوي في الشاميين . . . وهذا المرسل صحيح، وكذا الذي وصله أبو داود ولم يتفرد به ابن عياش، كما بينه ابن القيم في «التهذيب» (٥/١٧٥ - ١٧٦)، وصحح الحديث هناك؛ فراجع»، وينظر: البدر المنير، لابن الملقن (٦/٦٥٠ - ٦٥٤)، والتلخيص الحبير، لابن حجر (٣/٣٨)، والحديث في صحيح ابن حبان (١١/٤١٢) برقم ٥٠٣٦ و ٥٠٣٧ و ٥٠٣٨ و ٥٠٣٩، و«ماله» أي: عين المال - كما في بعض الروايات - والمعنى: نفسه وذاته، والأسوة: القدوة، يعني: أنهم في المال الموجود للمفلس سواء، لا يتفرد به أحدهم دون الآخر، ينظر: جامع الأصول، لابن الأثير (٢/٥٥١).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

وفي رواية: «من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه، فهو أحق به»^(١)، إلا أن الفقهاء اختلفوا في ثبوت هذا النوع من الامتياز للديون عند الإفلاس، وبيان ذلك كما يلي:

(١) أخرجها أبو داود في سننه (ج ٣ ص ٢٠) باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، برقم (٣٥٢٣) وابن ماجه في سننه (ج ٢ ص ٢٠)، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، برقم (٢٣٦٠)، وهو من طريق ابن أبي ذئب عن أبي المعتمر عن عمر ابن خلدة عنه، قال ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٣٨): «وأبو المعتمر قال أبو داود والطحاوي وابن المنذر: هو مجهول ولم يذكر ابن أبي حاتم له إلا راوياً واحداً وهو ابن أبي ذئب وذكره ابن حبان في الثقات...»

فائدة: قال ابن عبد البر: هذا الحديث لا يرويه غير أبي هريرة وحكي البيهقي مثل ذلك... وفي إطلاق ذلك نظر؛ لما رواه أبو داود والنسائي عن سمرة بلفظ: «من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به» ولا ابن حبان في «صحيحه» من طريق فليح عن نافع عن ابن عمر بلفظ: «إذا عدم الرجل، فوجد البائع متاعه بعينه، فهو أحق به»، وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٦/٦٤٩-٦٥٠): «أعل هذا الحديث بأبي المعتمر فحكي عن أبي داود أنه قال: من يأخذ بهذا وأبو المعتمر من هو؛ لا يُعرف. وقال الطحاوي: لا يعرف مَنْ هو، ولا سمعنا له ذكرًا إلا في هذا الحديث... وقد ذكره ابن حبان في «ثقاته» وأخرج الحاكم في «مستدركه» هذا الحديث من جهته... ثم قال: هذا حديث عال صحيح الإسناد بهذا اللفظ، ولم يخرجاه. وقال صديق حسن خان في الروضة الندية (٣/١٩٤): «قال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي وهو من أوامهما؛ فإن في سنده عند الجميع أبا المعتمر بن عمرو بن نافع؛ قال الذهبي - نفسه - في «الميزان»: «لا يُعرف»، وقال الحافظ: «مجهول الحال»، وكذا جهله ابن عبد البر وغيره. فالحديث ضعيف السند، منكر المتن»، وقال ابن حجر في فتح الباري (٥/٦٤): «وهو حديث حسن يحتج بمثله، أخرجه أيضًا أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم»، والحديث في صحيح ابن حبان (١١/٤١٢) برقم (٥٠٣٦، ٥٠٣٧، ٥٠٣٨، ٥٠٣٩).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الفرع الثاني: بيان الخلاف الفقهي في ثبوت هذا النوع:

□ أ- سبب الخلاف:

○ **أولاً:** معارضة الحديث للقياس: فالأصل أن كل أموال المفلس محل للوفاء بديونه فيشترك فيها الغرماء، دون تفريق بين أنواع المال، وأن السلعة صارت بالبيع ملكاً للمشتري المفلس ومن ضمانه واستحقاق البائع أخذها منه نقض لملكه، فأبو حنيفة تمسك بهذا الأصل ورد الأخبار؛ لمعارضتها القياس على أصله، والجمهور تمسكوا بها وجعلوها مخصصة لذلك^(١).

(١) قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢١٦): «الأصل في هذه المسألة ما ثبت من حديث أبي هريرة... فمن هؤلاء من حمله على عمومته... ومنهم من خصصه بالقياس... وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة؛ لكون خبر الواحد مظنوناً والأصول يقينية مقطوع بها... وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة مختلف فيه... وهذا الحديث أولى؛ لأنه موافق للأصول الثابتة. قالوا: وللجمع بين الحديثين وجه، وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية».

وقال الشوكاني في نيل الأوطار (٥/٣٦٤): «خالفت الحنفية في ذلك... وتأولوا الحديث بأنه خبر واحد مخالف للأصول... وحملوا الحديث على صورة وهي: ماذا كان المتاع وديعة أو عارية أو لقطة» وسيأتي جواب ذلك، وينظر: الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن (٢/٧١٤).

وقال ابن حجر في فتح الباري (٥/٦٤): «اعتذارهم بكونه خبر واحد فيه نظر؛ فإنه مشهور من غير هذا الوجه، أخرجه ابن حبان من حديث ابن عمر وإسناده صحيح، وأخرجه أحمد وأبو داود من حديث سمرة وإسناده حسن. وقضى به عثمان وعمر بن عبد العزيز».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

○ **ثانيًا:** أن أبا حنيفة يرى أن المبيع هو الركن المعقود عليه دون الثمن الذي هو وسيلته، فلا يفسخ العقد لتعذر الثمن بخلاف تعذر المبيع، ويرى غيره استواءهما، فكلاهما ركن للعقد يفسخ بتعذره ويرد لعيبه بلا فرق^(١).

○ **ثالثًا:** اختلاف الروايات في الحديث المتقدم - الذي هو أصل المسألة - بين إطلاق وتقييد أو عموم وخصوص، وذكر لقيود في بعضها دون بعض، مع اختلاف في تصحيحها أو تضعيفها بين العلماء^(٢).

وقال الشوكاني في نيل الأوطار (٣٦٤/٥): «والاعتذار بأن الحديث خبر واحد مردود بأنه مشهور من غير وجه... وقد قضى به عثمان كما رواه البخاري والبيهقي عنه، حتى قال ابن المنذر: لا نعرف لعثمان مخالفاً في الصحابة، والاعتذار بأنه مخالف للأصول اعتذار فاسد؛ لما عرفناك من أن السنة الصحيحة هي من جملة الأصول، فلا يترك العمل بها إلا لما هو أنهض منها ولم يرد في المقام ما هو كذلك».

(١) قال القرافي في الذخيرة (١٧٣/٨): «وأصل المسألة أن الثمن يجري مجرى المثل، وكذلك يقبل الإقالة والرد بالعيب، فإذا تعذر بالفلس كان كتعذر تسليم المبيع للمشتري فسخ البيع. وعند أبي حنيفة: الثمن معقود به لا معقود عليه؛ فلا يفسخ العقد بالإعسار به».

(٢) ففي شرح سنن ابن ماجه للسيوطي وآخرين (١٧١/١): «قد اختلفت الروايات عن أبي هريرة في هذا الباب؛ فقال في رواية: «من وجد متاعه بعينه فهو أحق به» بغير ذكر البيع. وفي رواية مع ذكر البيع ومع قيد أنه لم يكن قبض من ثمنها شيئاً؛ فهو أسوة الغرماء. وفي رواية: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه». وفي رواية: «أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة للغرماء»... ولكل حجة في هذه الأحاديث»، وذكر نحوه العيني في عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٢٣٧/١٢).

□ ب- تحرير محل النزاع:

○ **أولاً:** إذا كانت السلعة - عين المال - ما زالت بيد البائع، ولم يكن قد قبض من ثمنها شيئاً، ولم يقبضها المشتري بعد ثم أفلس، فالعلماء متفقون على أن صاحب السلعة - البائع - أحق بها من بقية الغرماء؛ لأنها في ضمانه، فله الرجوع بعينها وفسخ العقد فيها^(١) للحدث السابق، فقد نص على أحقية البائع بأخذ عين المبيع من المفلس إذا وجده لديه؛ فمن باب أولى إذا كان المبيع لا زال بيد البائع لم يقبضه المشتري بعد.

○ **ثانياً:** وإن كان المشتري قد قبض المبيع قبل إفلاسه، فلا يخلو حال البائع من:

أ- أن يكون قبض ثمنها كاملاً، فليس له على المشتري سبيل؛ لتمام العقد بقبض العوضين.

(١) حكاه ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢١٦) بقوله: «وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة، فأما قبل القبض فالعلماء متفقون - أهل الحجاز وأهل العراق - أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في ضمانه».

وينظر: الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن (٢/٧١٤)، وقال الزيلعي في تبين الحقائق (٥/٢٠١): «وإن أفلس مبتاع عين فبائع أسوة الغرماء... مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع، وإن كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن»، ونحوه في البحر الرائق، لابن نجيم (٨/٩٥)، وقال محمد عlish في منح الجليل (٦/٦١): «لا خلاف في مذهبنا أن البائع أحق بما في يده في الموت والفلس»، وقال الماوردي في الحاوي (٦/٢٦٦): «وهذا قول متفق عليه ليس يعرف خلاف فيه».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

ب- أن يكون قد قبض بعض الثمن وبقي له بعضه، فهل يؤثر ذلك في سقوط حق البائع بالرجوع أم لا؟ فيه خلاف، سيأتي بيانه ضمن الشروط.

ج - ألا يكون قد قبض من الثمن شيئاً، **فهل له الامتياز على بقية الغرماء بعين ماله؟ أم هو أسوة الغرماء فيها؟**

■ **القول الأول:** للبائع حق الامتياز على بقية الغرماء الدائنين؛ بأن يفسخ العقد ويرجع في عين ماله، دون المحاصة فيه بين الغرماء، وهو قول الجمهور: مالك والشافعي وأحمد^(١).

■ **القول الثاني:** ليس للبائع حق الامتياز على بقية الغرماء الدائنين، بل هو أسوة الغرماء في عين ماله وغيرها من أموال المفلس، وهو قول أبي حنيفة^(٢).

(١) ينظر: الذخيرة، للقرافي (١٧٣/٨)، والتاج والإكليل، للعبدري (٥٠/٥)، وحاشية العدوي (٤٧٢/٢)، ومنح الجليل، لمحمد عlish (٦٢/٦)، وحاشية الدسوقي (٣/٢٨٢)، والثمر الداني، للأزهري (٦٢١/١)، والأم للشافعي (٣/١٩٩ - ٢٠٨)، ونهاية المحتاج للرملي (٣٤٣/٤)، وأسنى المطالب للأنصاري (١٩٤/٢)، والإنصاف للمرداوي (٢٨٦/٥)، وكشاف القناع، للبهوتي (٤٢٥/٣)، بل قرر ابن مفلح في المبدع (٣١٣/٤ و ٤٩/١٠) أن أحمد نص على نقض حكم من جعل عين ماله عند حجر عليه أسوة الغرماء؛ لمخالفته السنة، فقال: «إن كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة... وكذا ينقض حكم من جعل عين ماله عند من حجر عليه أسوة الغرماء نص عليه».

(٢) ينظر: الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن (٧١٤/٢)، وتبيين =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الأدلة:

- أولاً: استدل أصحاب القول الأول بما يلي^(١):

١- ما تقدم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه - مرفوعاً: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره»^(٢).

وجه الدلالة منه: أنه نص على أحقية البائع بالرجوع في عين ماله عند المفلس، وهذا امتياز يوجب تخصيصه، وتقديمه على سائر الغرماء الدائنين^(٣).

ونوقش بما يلي:

أ- أن المراد بصاحب المتاع: المشتري؛ لأنه صاحب المتاع حقيقة، وأما البائع فهو كان صاحب المتاع^(٤).

= الحقائق، للزيلعي (٢٠١/٥)، والغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، لأبي حفص الغزنوي (١٠٠/١)، والعناية شرح الهداية، للباقرتي (١٠٠/١٣)، ودرر الحكام، لمنلا خسرو (١٧٧/٦)، والبحر الرائق، لابن نجيم (٩٥/٨)، ونقل ابن عابدين في تكملة رد المحتار عن بعض الحنفية ما يوافق قول الجمهور، ثم تعقبه بقوله: «والظاهر أن ما ذكر هنا مأخوذ من كتب الشافعية فلينبه له».

(١) ينظر: المصادر السابقة لهم.

(٢) تقدم تخريجه قريباً.

(٣) ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (١٩٤/٢).

(٤) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٩٦/٨).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

وأجيب: بالمنع، بل المراد البائع؛ لأن المشتري أحق قبل الإفلاس، فاشتراط الإفلاس لا يتم إلا على ما ذكرناه؛ ولأن (أحق) صيغة أفعل يقتضي الاشتراك، وعلى هذا الاعتراض لا اشتراك، بل المشتري متعين، لكن الصواب أن يكون الحق للمشتري في الانتزاع وللبائع في أصل الملك، فتعين كون المراد هو البائع^(١).

ب- أنه محمول على ما إذا أفلس المشتري قبل أن يقبض السلعة، وهذا خارج محل النزاع - كما تقدم^(٢).

وأجيب: بأن الحديث - كما سبق - ورد بلفظ: «عند مفلس»، و«عند رجل ... ثم أفلس»، و«إذا أفلس الرجل وعنده متاع»، وهذا صريح فيمن أفلس بعد القبض لا قبله، فلو كان لم يقبضه ما نص في الخبر على أنه عنده^(٣).

ج - أن المبيع بعد قبض المشتري له انتقل إلى ملكه وخرج عن ملك البائع، فلا يوصف بأنه عين ماله، وإنما يصدق ذلك على الغاصب والسارق والمستعير والمملتقط ونحوهم إذا أفلسوا؛ لأن ما عندهم من مغصوب وعارية ولقطة ونحوها ليس مالهم، فيكون هو المراد بالحديث، وللمالك إذا وجده

(١) ينظر: الذخيرة للقرافي (٨/ ١٧٣).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٨/ ٩٦).

(٣) ينظر: فتح الباري، لابن حجر (٥/ ٦٤)، ونيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٣٦٥).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

عندهم أن يأخذه؛ لبقاء ملكه بخلاف المبيع^(١).

وأجيب عن ذلك: بالمنع؛ لورود النص على البيع في بعض الروايات - كما تقدم - وهو نص في محل النزاع؛ ولأنه لو كان المراد بالحديث المغصوب والعارية واللقطة ونحوها، لما كان للتقييد بشرط الإفلاس فائدة؛ فإن صاحب اللقطة والعارية ونحوها أحق بماله مطلقاً في حال الإفلاس وعدمه^(٢).

٢- القياس على السلم: فكما يفسخ السلم لتعذر المسلم فيه، فكذلك يفسخ البيع لتعذر الثمن؛ بجامع تعذر استيفاء الحق، وكونهما أحد العوضين في عقد معاوضة محضة^(٣).

(١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي (٢٠١/٥ - ٢٠٣)، وشرح معاني الآثار، للطحاوي (٤/ ١٦٦)، والغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، لأبي حفص الغزنوي الحنفي (١٠٠/١).

(٢) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢١٦)، والذخيرة، للقرافي (٨/١٧٣)، ونيل الأوطار، للشوكاني (٥/٣٦٤)، وقال ابن حجر في فتح الباري (٥/٦٤): «وتعقب بما روى ابن أبي شيبة عن علي أنه أسوة الغرماء، وأجيب: بأنه اختلف على علي في ذلك بخلاف عثمان، وقال القرطبي في المفهم: تعسف بعض الحنفية في تأويل هذا الحديث بتأويلات لا تقوم على أساس، وقال النووي: تأوله بتأويلات ضعيفة مردودة»، وقال ابن عبد البر في التمهيد (٨/٤١٠): «ولو جاز أن ترد مثل هذه السنة المشهورة عند علماء المدينة وغيرهم بأن الوهم والغلط ممكن فيها لجاز ذلك في سائر السنن حتى لا تبقى بأيدي المسلمين سنة إلا قليل مما اجتمع عليه».

(٣) ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/١٩٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

٣- قياس تعذر الثمن على تعذر تسليم المبيع، في ثبوت الفسخ؛ لكونه عقد معاوضة، فيقتضي المساواة بين العوضين^(١).

ونوقش: بأنه يقتضي التسوية بينهما في الملك، وهو حاصل لكل واحد منهما، ولو سلمنا أنه يقتضي التسوية في القبض، فقد بطل ذلك بالتأجيل إلى الميسرة، فلا يبقى له حق الفسخ.

كما نوقش: بأنه قياس مع وجود فارق وهو فاسد؛ لأن الثمن دَيْنٌ في الذمة وهو مانع عن الفسخ، بخلاف المبيع؛ فإنه عين يرد عليها الفسخ^(٢).

وأجيب: بالمنع، فلا نسلم أن كونه دينًا يمنع عن الفسخ؛ فإن المسلم فيه دين لا محالة، وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ، فكذلك هنا^(٣).

(١) فإن المشتري إذا عجز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن، فثبت للبائع حق الفسخ، كما لو عجز عن تسليم المبيع بالإباق ونحوه، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة. قال صديق حسن خان في الروضة الندية (٣/١٩٤): «لأنه كان في الأصل ماله من غير مزاحمة، ثم باعه ولم يرض في بيعه بخروجه من يده إلا بالثمن، فكان البيع إنما هو بشرط إيفاء الثمن، فلما لم يؤد؛ كان له نقضه ما دام المبيع قائمًا بعينه، فإذا فات المبيع لم يمكن أن يرد البيع، فصار دينه كسائر الديون»، وينظر: الذخيرة للقرافي (٨/١٧٣).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم (٨/٩٦)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (٥/٢٠١-٢٠٣).

(٣) قال القرافي في الذخيرة (٨/١٧٣): - موضحًا استدلالهم بذلك - «لأن المثلث =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

- ثانيًا: استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

١- ما روي عن علي رضي الله عنه - مرفوعًا: «أيما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه قبض من ثمنه شيئًا أو لم يقبض، فهو أسوة الغرماء»، وفي رواية: «أيما رجل باع سلعة فأدركها عند رجل قد أفلس، فهو ماله بين غرمائه»^(١).

وجه الدلالة منه: أن هذا صريح في مساواة البائع للغرماء، وهو نص في المسألة^(٢).

= مباين للثمن من وجوه: أحدهما: أن الثمن في حكم المقبوض؛ ولهذا تجوز المعاوضة عليه دون العين المبعة قبل القبض. وثانيهما: إذا انقطع جنس المسلم فيه ثبت الفسخ، وانقطع جنس الثمن لا يثبت، ثم أجاب بقوله: «أنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه - إلا في الطعام - تعظيمًا لقدره؛ لكونه سبب الأقوات وقوام الحياة، فهذا الأمر يخصه لا لكونه ثمنًا أو مثنًا».

(١) تقدم تخريج أصل الحديث (ص ٢٩٣)، وهذه الزيادة قد أخرجها أبو داود في سننه (٣/ ٢٨٧)، برقم (٣٥٢٢)، وابن ماجه في سننه (٢/ ٧٩١)، برقم (٢٣٦١)، والدارقطني في سننه (٣/ ٣٠)، برقم (١١٠)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٤٧)، برقم (١١٠٣٨)، وقال الرازي في العلل (١/ ٣٨٣): «رواه عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير ابن دينار، عن اليمان بن عدي الحضرمي . . . واليمان هذا شيخ ضعيف الحديث». قال ابن عبد البر في التمهيد (٨/ ٤٧) «ليس هذا الحديث محفوظًا من رواية أبي سلمة، وإنما هو معروف لأبي بكر بن عبد الرحمن» وقال ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٦٥٤): «خالفه اليمان بن عدي في إسناده، واليمان ضعيف الحديث، وكذلك قال العقيلي في تاريخ الضعفاء».

(٢) قال الطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٢/ ٢٠): «فلم يسع عندنا خلاف هذا الحديث لمن بلغه ووقف عليه من هذه الوجوه المقبولة خلافه، ورجعنا في هذه المعاني =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

ونوقش: بأنه مرسل ضعيف، واختلف على علي في ذلك بخلاف عثمان رضي الله عنه.

وأجيب: بأنه وإن كان مرسلًا فهو حجة، وعلي رضي الله عنه أعلم بالسنة من غيره ^(١).

كما نوقش: بأنه لو سلم بصحته، فإننا نقول بموجبه حال الموت فلا يرجع؛ لأن بقاء المشتري حيًا شرط للرجوع -كما سيأتي- بخلاف الفلاس، والفرق: أن في الهلاك اشتد باب الاكتساب فتعينت التسوية بين الغرماء؛ لئلا يذهب بعض الحق مطلقًا ^(٢).

٢- أن السلعة ملك المشتري، وثمرتها في ذمته، فغرماءه أحق بها كسائر ماله، والبائع قد أسقط حقه بتسليم المبيع، فلا يرجع؛ لأنه يساوي الغرماء

= المروية فيه إلى ما كان مالك يقوله فيها، وعذرنا من خالفها في خلافه إياها، إنما كان ذلك منه؛ لأنها لم تتصل به هذا الاتصال، ولو اتصلت به هذا الاتصال، وقامت عنده كمثله ما قامت عندنا، لما خالفها، ولرجع إليها، وقال بها، كما قد رأينا فعل في أمثالها.

(١) ينظر: الغرة المنيفة، للغزنوي (١/١٠٠)، وقال: «وقد احتج به الجصاص وأسنده»، وفتح الباري، لابن حجر (٥/٦٤). قال ابن عبد البر في التمهيد (٨/٤١٠): «ولا أعلم لأهل الكوفة سلفًا في هذه المسألة، إلا ما رواه قتادة، عن خلاص بن عمرو، عن علي قال: هو فيها أسوة الغرماء إذا وجدها بعينها، وروى الثوري، عن مغيرة، عن إبراهيم قال: هو والغرماء فيه شرع سواء وأحاديث خلاص عن علي يضعفونها».

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي (٨/١٧٣).

في سبب الاستحقاق^(١).

ونوقش: بأن هذا ما لا يخفى على أحد، لولا أن السنة جعلت لصاحب السلعة إذا وجدها بعينها أخذها، ولا مدخل للقياس والنظر مع وجودها، فهي حجة على من خالفها، فلا اجتهاد مع النص^(٢)، «وعلى تسليم أنه ورد ما يدل على أن السلعة تصير بالبيع ملكاً للمشتري، فما ورد في الباب أخص مطلقاً، فيبنى العام على الخاص»^(٣)، ثم إن «إسقاط الحق بالتسليم لا يمنع الرجوع، كما إذا اشترى عبداً بثوب وسلم الثوب، فأبق العبد، أو وجد أحد العوضين معيباً قبض الآخر، وقد رجح على الغرماء بوجود عين ماله بخلافهم»^(٤).

٣- أن العقد يوجب ملك الثمن للبائع في ذمة المشتري - وهو الدَّين - وذلك وصف في الذمة، ولا يتصور فيه العجز ولا يتغير عليه موجب عقده أبداً؛ لأن بقاء ذلك بقاء محله - وهو الذمة - فصار كما إذا كان ملياً، وهو

(١) وبيانه: أن الأصل هو ثبوت ملك المشتري للعين وخروجها عن ملك البائع بالقبض، فهي كسائر أمواله، والبائع يتعلق دينه بالذمة كسائر الغرماء، وامتنازه بحق الرجوع فيها نقض لملك المشتري فلا يصح.

(٢) ينظر: التمهيد لابن عبد البر (٤١٠/٨)، وشرح صحيح البخاري، لابن بطال (٦/٥٢٤).

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني (٣٦٤/٥).

(٤) الذخيرة، للقرافي (١٧٣/٨).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

إذا عجز إنما يعجز عن الإيفاء، والإيفاء يقع بعين بدلاً عن الواجب بالعقد في الذمة؛ فيكون عجزاً عن غير ما وقع عليه العقد، فلا يوجب فسخاً^(١).

ونوقش: بمنع الأصل، وبأن هذا استدلال في مقابلة النص؛ فلا يصح.

٤- أن المعسر يجب إنظاره إلى ميسرة؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتَ ذُو غَسْرَةٍ فَبْنِظِرَةً إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢)؛ وبناء عليه «فليس للدائن أن يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن؛ وهذا لأن الدين صار مؤجلاً إلى الميسرة بتأجيل الشارع، وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الأجل، فكيف يثبت له ذلك في تأجيل الشارع، وهو أقوى من تأجيلهما»^(٣).

ونوقش: بمنع الأصل المقيس عليه فالفلس يحل به الدين المؤجل، وبالفرق بين الإعسار والتفليس؛ فالمعسر لا مال له فوجب إنظاره، والمفلس له مال لكنه لا يفي بديونه فاختلفاً.

(١) قال البابرتي في العناية شرح الهداية (١٣/١٠٠، ٢٣٦): «توضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به ديناً في الذمة، وبقاء الدين ببقاء محله، والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله، فلا فرق بين المفلس والمليء»، وتقدم ذلك في السبب الثاني من أسباب الخلاف، وينظر: تبين الحقائق، للزيلعي (٥/٢٠١ - ٢٠٣).

(٢) [البقرة: الآية ٢٨٠].

(٣) تبين الحقائق، للزيلعي (٥/٢٠١ - ٢٠٣).

وأجيب: بقياسه على ما لو قبض بعض الثمن فإنه لا يرجع، فكذلك إذا قبض كل الثمن، «فيستوي حكمه إذا بقي له كل الثمن على المشتري أو بعض الثمن حتى أفلس المشتري، كما استوى بقاؤهما جميعاً له عليه»^(١).

ورد: بمنع الأصل المقيس عليه، وسيأتي بيانه عند ذكر الشروط.

هـ- أن الإفلاس لو كان سبباً لذلك - رجوع البائع في عين ماله المبيعة - لكان سبباً مع هلاك السلعة كالرد بالعيب^(٢).

ونوقش: بأنه قياس في مقابلة النص فلا يصح، ثم أنه قياس مع الفارق؛ فإن «الفسخ في العيب عند الهلاك يحصل فائدة وهو قيمة السلعة كاملة، والكامل أتم من الناقص في قيمته. وهاهنا لو فسخ رجوع إلى ذمة المشتري وإذا لم يفسخ فهو في ذمة المشتري، مع أن القيمة قد تكون أقل أو مساوية أو

(١) شرح معاني الآثار، للطحاوي (١٦٦/٤).

(٢) ففي الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن (٧١٤/٢ - ٧١٨): «قال محمد: وكيف الغرماء بالإفلاس أحق بمتاعه من الغرماء وقد قبض ما اشترى، وإذا كان الموت كان أسوة الغرماء؟ قالوا: لأن الأثر عن رسول الله ﷺ جاء بذلك. قيل لهم: إنا نرى ذلك في البيع الذي لم يقبض، فقد جاء الحديث عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال في الموت: إنه أسوة الغرماء. وعلي أعلم بحديث رسول الله ﷺ ممن تروون عنه، وإنما تروون حديثكم هذا عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة رضي الله عنه. وعلي أوثق في حديث رسول الله ﷺ من أبي هريرة وأعلم، وليس الإفلاس والتوى أشد من أن يموت الرجل ولا يدع مالاً؛ فينبغي كما قلتم في الإفلاس: إنه إن وجد متاعه أخذه أن تقولوا ذلك في الموت إذا لم يدع مالاً؛ لأنه لا يكون من الإفلاس وتوي المال شيء أعظم من أن يموت ولا يدع شيئاً».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

أكثر ولا مرجح قبل الكشف عن ذلك؛ فلم يكن ثمَّ غالب يناط به الحكم العام فيسقط اعتبار الفسخ لعدم الفائدة، بخلاف العيب قرينة التمام دليل ظاهر على حصول الفائدة؛ فظهر الفرق^(١).

٦- قياس البائع الذي أقبض المشتري السلعة برضاه - وقد كان له إمساكها حتى يقبض ثمنها فلم يفعل - على المرتهن إذا سلم المرهون للراهن برضاه؛ فإنه يسقط حقه في الرجوع بالعين المرهونة. فكذا هنا^(٢).

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، فالبيع عقد معاوضة والرهن عقد استيثاق؛ ولذا فالثمن بدل عن المبيع فإذا تعذر استيفاءه رجع البائع للمبدل بخلاف الرهن^(٣)، «والرهن يوجب تعلق حق الغير بغير ما تعلق به حقه، بخلاف الغرماء لم يتعلق حقهم إلا بالذمة دون عين المبيع؛ فظهر الفرق»^(٤).

هـ- الترجيح:

يظهر مما تقدم رجحان القول الأول؛ لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني، لكن ذكر الفقهاء شروطًا لثبوت هذا الحق، وهي مستنبطة من الأحاديث السابقة، وقد اختلفوا في بعضها، وبيان ذلك كما يلي:

(١) الذخيرة، للقرافي (١٧٣/٨).

(٢) شرح معاني الآثار، للطحاوي (١٦٦/٤).

(٣) ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال (٥٢٤/٦).

(٤) الذخيرة، للقرافي (١٧٣/٨).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

✍️ **الفرع الثالث: شروط ثبوت هذا النوع عند القائلين به:**

□ **الشرط الأول: كون السلعة باقية بعينها:**

احترازًا من تلفها بالكلية بأي سبب - فيكون البائع حينئذٍ أسوة الغرماء؛ لعدم وجود العين قطعًا - أو تلف بعضها ونقصها، أو تغييرها بنماء وخلط ونحوه، وتفصيله كما يلي:

○ **أولاً: إذا كان المبيع قد تلف بعضه، أو نقصت ماله لذهاب صفة مع**

بقاء عينه:

فقد اختلف الفقهاء حينئذٍ في بقاء حق الامتياز للبائع بالرجوع في عين ماله أو عدم ذلك؛ لما طرأ من تلف وتغير، وبيانه كما يلي:

الأقوال في المسألة:

■ **القول الأول:** للبائع حق الامتياز في الرجوع بالباقي من عين ماله، ويضرب مع الغرماء بحصة التالف^(١)، وهو قول المالكية والشافعية ورواية

(١) وأما ما نقصت ماله مع بقاء عينه فيخير بين الرجوع واسترداده ناقصًا بجميع ثمنه، وبين تركه والمحاصة مع الغرماء بكمال ثمنه، ولا يضرب مع الغرماء بحصة النقص خلافاً لما تلف بعضه؛ لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة فيصير كنقصه لتغير الأسعار وكتعيب المبيع قبل قبضه، فإن اختار ذلك فهو واجد لعين ماله وقد رضي بالنقص مقابل استرداد المبيع والتنازل عن الثمن فلا يمنع ويبقى له حق الامتياز على الغرماء. ينظر: شروط استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي، د. عدلان غازي الشمراني، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (٣٩) =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

عند الحنابلة^(١).

■ **القول الثاني:** ليس له ذلك، فيزول حق الامتياز ويكون أسوة الغرماء، وهو قول الحنابلة^(٢).

- الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- أن السالم من المبيع قد وجده البائع بعينه عند المشتري، فكان له استرداده؛ لدخوله في عموم الحديث^(٣).

= رجب ١٤٢٣هـ، ص (٣٢٧ - ٤٣٠).

(١) والمراد أن «لمن باع سِلْعًا ولم يقبض ثمنها حتى فُلس مشتريها ووجد بعضها قائمًا بيد المفلس، وبعضها فات أخذ بعضه أي: المبيع القائم عن المفلس وحاص البائع غرماء المفلس بمقابل البعض الفائت من المبيع من ثمنه مقومًا كان ومثليًا». منح الجليل، لمحمد عlish (٦/٧٠).

وينظر: الأم، للشافعي (٣/١٩٩ - ٢٠٨)، ونهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٣٦)، وحاشية عميرة (٢/٩٦)، وفتح الباري، لابن حجر (٥/٦٤) وقال: «الراجح في مذهبه - يعني الشافعي: أن لا فرق بين تغير السلعة أو بقائها، ولا بين قبض بعض ثمنها أو عدم قبض شيء منه على التفاصيل المشروحة في كتب الفروع»، والمبدع لابن مفلح (٤/٣١٨)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٢/١٦٤).

(٢) ينظر: الإنصاف للمرداوي (٥/٢٨٦)، والمبدع لابن مفلح (٤/٣١٥)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/٤٢٧).

(٣) ينظر: المبدع لابن مفلح (٤/٣١٨)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٢/١٦٤).

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

ونوقش: بأن تسميته عين ماله - مع ما طرأ عليه من النقص - محل نظر، فهي لم تبقى بحالها التي كانت عليه.

وأجيب: بقياس ذلك على ما لو كان واجداً لجميعه، فإن من ملك الكل ملك البعض، والنقص لا يمنع الملك ولا يخرج عنه عين ماله؛ ولم يتغير اسمه.

٢- أن الإفلاس سبب يملك به البائع الفسخ في كل المبيع فكذا في بعضه؛ قياساً على من ثبت له حق الخيار في المبيع فلم يجد إلا بعضه^(١).

٣- أنها عين يملك الرجوع في جميعها فكذلك في بعضها؛ قياساً على رجوع الأب في بعض ما وهبه لولده أو كله^(٢).

٤- القياس على فرقة النكاح قبل الدخول؛ فإنه يعود بها كل الصداق إلى الزوج تارة وبعضه أخرى، فكذلك إفلاس المشتري هنا عيب يعود به كل المبيع إلى البائع فجاز عود بعضه إليه أيضاً^(٣).

ب- واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

١- أن الحديث السابق ورد فيه قوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه»، وفي رواية: «وهي عنده بعينها»، ووجه الدلالة: أن قوله: «بعينه» فيه دليل على أن

(١) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣٣٦/٤)، وحاشية عميرة (٩٦/٢).

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) ينظر: المصادر السابقة.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

شرط الاستحقاق أن يكون المال باقياً بعينه لم يتغير ولم يتبدل، فإن تغيرت العين في ذاتها بالنقص - مثلاً - أو في صفة من صفاتها فهو أسوة للغرماء؛ لأن ما تلف بعضه لم يوجد بعينه فاختلفا، ويؤيد ذلك قوله في الرواية الثانية: «ولم يفرقه»^(١).

٢- أنه يحصل من رجوعه بعين ماله انقطاع وفصل الخصومة بينهما بذلك، بخلاف الرجوع ببعضه^(٢).

ونوقش ذلك: بأن ما سلم من المبيع قد وجده البائع بعينه، فيدخل في عموم الحديث، ولأنه إذا جاز الرجوع في الكل جاز في البعض؛ بجامع كونه عين ماله والنقص لا ينفي الملك عنه^(٣).

والرجوع ببعض ماله استيفاء لبعض الحق وهو طريق إنهاء للخصومة وتقليل للنزاع، فما لا يدرك كله لا يترك جله.

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني؛ ولأن استرداد الموجود من المبيع فيه مصلحة ظاهرة للبائع ولا ضرر فيه على المشتري المفلس ولا على الغرماء، فالقول به أولى من القول بعدم الرجوع.

(١) ينظر: المبدع لابن مفلح (٣١٥/٤)، ونيل الأوطار، للشوكاني (٣٦٤/٥).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٦٢/٢).

(٣) ينظر: كشف القناع، للبهوتي (٤٣٠/٣).

○ ثانيًا: إذا تغيرت السلعة لخلطها بغيرها:

فلا تخلو من أن يخلطها المشتري بجنسها أو بغير جنسها: فأما إن خلطها بغير جنسها ولم يمكن تمييزها فإنه حينئذٍ لا يحق له الرجوع لتعذره كما لو تلف. وأما إن خلطها بجنسها - كخلط العسل بمثله - ففي بقاء حق الامتياز للبائع على الغرماء بالرجوع فيها خلافٌ على قولين:

■ **القول الأول:** له ذلك، وهو قول المالكية وبعض الشافعية ورواية عند الحنابلة، وقيده بعضهم بأن يخلطه بمثله أو دونه لا بأجود منه^(١).

■ **القول الثاني:** ليس له ذلك، وهو قول بعض المالكية وبعض الشافعية ومذهب الحنابلة^(٢).

(١) ينظر: التاج والإكليل، للعبدري (٥/٥١)، وحاشية العدوي (٢/٤٧٢)، والأم، للشافعي (٣/١٩٩-٢٠٨)، ونهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٤٩)، والإنصاف للمرداوي (٥/٢٩٠).

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي (٨/١٧٩)، ومنح الجليل، لمحمد عlish (٦/٦٣)، وحاشية الدسوقي، لمحمد عرفة (٣/٢٨٣)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/٤٢٧)، وشرح منتهى الإرادات، له (٢/١٦٣).

وقال المرداوي في الإنصاف (٥/٢٩٠): «فائدتان... الثانية: لو خلط المبيع أو بعضه بما لا يتميز منه، فقال المصنف والشارح وغيرهما: سقط حقه من الرجوع؛ لأنه لم يجد عين ماله، وهو المذهب قطع به في التبصرة. وقال الزركشي: وقد يقال: ينبني على الوجهين في أن الخلط: هل هو بمنزلة الإلتاف أم لا؟ ولا نسلم أنه لم يجد عين ماله، بل وجده حكمًا. انتهى.

قلت: الصحيح من المذهب: أن الخلط ليس بإتلاف، وإنما هو اشتراك».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

- الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي^(١):

- ١- أن عين المال قائمة وموجودة حكمًا، فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة، فيقاسم الغرماء بكيل ماله أو وزنه.
- ٢- إمكان تمييز المبيع بالقسمة فله الرجوع فيه، كما لو أخذ بعض حقه دون بعض.

ب- استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

- ١- أنه لم يجد عين ماله بعد أن خلط بغيره ولم يمكن تمييزه، فلا يرجع قياسًا على ما لو تلف.
- ونوقش:** بأنه قياس مع الفارق، فعين المال في التلف غير موجودة حقيقة ولا حكمًا، بخلاف خلطها بجنسها فإنها موجودة حكمًا ويمكن الرجوع فيها بالقسمة.
- ٢- أن ما يأخذه من غير عين ماله، إنما يأخذه عوضًا عن ماله فلا يختص به دون الغرماء، كما لو تلف ماله.
- ونوقش:** بالمنع فهو إنما يأخذ ماله حكمًا بالقسمة لا أنه يأخذ عوض ماله، وما دام رجوعه ممكنًا بلا ضرر فإنه لا مانع منه.

(١) ينظر: المصادر السابقة لهم.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول؛ لقوة أدلتهم، والجواب عن المخالف، وبذلك يمكن إعمال الحديث بلا ضرر، ومن أمكنه الرجوع لعين ماله فإنه لا يرجع للبدل.

○ ثالثاً: إذا كانت السلعة قد تغيرت حقيقتها:

فلا تخلو إما أن تكون قد نمت بذاتها نماء تغيرت به حقيقتها كبذور نبتت، أو بأن عمل فيها المشتري عملاً زال به اسمها كقماش خاطه ثوباً، أو دقيق صنع منه خبزاً ونحو ذلك، ففي بقاء حق الامتياز للبائع على الغرماء بالرجوع فيها خلاف على قولين:

■ **القول الأول:** ليس له ذلك، وهو قول المالكية والحنابلة^(١).

■ **القول الثاني:** له ذلك، وهو قول الشافعية^(٢).

(١) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد (٢/٢١٧)، والتاج والإكليل، للعبدري (٥/٥١)، والذخيرة، للقرافي (٨/١٨٤)، والإنصاف للمرداوي (٥/٢٨٩)، والمبدع لابن مفلح (٤/٣١٦)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/٤٣٠).

(٢) فإن كان لعمله أثر في زيادة القيمة، ففي شراكة المفلس له بقدر ما زاد من عمله قولان عندهم. ينظر: الأم، للشافعي (٣/١٩٩ - ٢٠٨)، ونهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٤٤)، وأسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/٢٠٠)، وفتح الباري، لابن حجر (٥/٦٤) وقال: «الراجح في مذهبه - يعني: الشافعي - أن لا فرق بين تغير السلعة أو بقاءها، ولا بين قبض بعض ثمنها أو عدم قبض شيء منه على التفاصيل المشروحة في كتب الفروع».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

- الأدلة:

أ- دليل القول الأول: أن البائع لم يجد عين ماله - بعد أن تغير بعمل غيره وصار عيناً أخرى - فلا يرجع قياساً على ما لو تلف.

ب- دليل القول الثاني: أن العين موجودة حقيقة، وإنما تغير اسمها فقط كما لو باع حملاً فصار كبشاً، ونوقش: بأن الأصل المقيس عليه ممنوع وإن سلم، فإنه قياس مع الفارق؛ إذ لم يتغير اسمه بخلاف ما عمل فيه المشتري فصار عيناً أخرى.

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول لقوة دليلهم، والجواب عن دليل القول الثاني؛ ولأن المبيع لم توجد عينه هنا لا حقيقة ولا حكماً فتعذر الرجوع فيه.

○ رابعاً: إذا كانت السلعة قد تغيرت بالنماء والزيادة فإنها لا تخلو:

١- إما أن تكون زيادة منفصلة، فلا تؤثر في امتياز البائع بحق الرجوع في الأصل دون الغرماء؛ لأن العين قائمة مشاهدة لم يتغير اسمها ولا صفتها^(١).

(١) قال الموفق ابن قدامة في المغني (٢٧٢/٤): «فأما الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا، وهو قول مالك والشافعي». وينظر: منح الجليل، لمحمد عليش (٧١/٦)، ونهاية المحتاج، للرملي (٣٤٥/٤)، والإنصاف للمرداوي (٢٩٣/٥) - وذكر فيه رواية أخرى - والمبدع لابن مفلح =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

٢- وإما أن تكون الزيادة متصلة غير متميزة؛ كشجرة كبرت ودابة سمت ونحو ذلك، ففي بقاء حق الامتياز للبائع على الغرماء بالرجوع فيها خلاف على قولين:

■ **القول الأول:** له ذلك، ولا يلزمه شيء للزيادة، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في رواية^(١).

■ **القول الثاني:** ليس له ذلك، وهو قول الحنابلة^(٢).

- الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- أن البائع واجد لعين ماله وإن زاد زيادة متصلة غير متميزة فإنه داخل في عموم الحديث؛ فله الرجوع.

ونوقش: بأن «الخبر محمول على مَنْ وجد متاعه على صفته ليس بزائد

= (٣١٧/٤)، وكشاف القناع، للبهوتي (٤٣٠/٣). وقد اختلف الفقهاء لمن تكون الزيادة المنفصلة.

(١) ينظر: الذخيرة، للقرافي (١٧٩/٨)، والأم، للشافعي (١٩٩/٣ - ٢٠٨)، ونهاية المحتاج، للرملي (٣٤٤/٤)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا الأنصاري (٢٠٠/٢)، والإنصاف للمرداوي (٢٩٢/٥).

(٢) ينظر: الإنصاف للمرداوي (٢٩٢/٥) وقال: إنه الصحيح من المذهب، والمبدع، لابن مفلح (٣١٨/٤)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٦٣/٢).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

ولم يتعلق به حق آخر، وهاهنا قد تعلق به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة... يحققه أنه إذا كان تلف بعض المبيع مانعًا من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء؛ فلأن يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى، ولأنه إذا رجع في الناقص فما رجع إلا فيما باعه وخرج منه، وإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه؛ فكان بالمنع أحق^(١).

وأجيب عن ذلك: بأنها زيادة متصلة مع بقاء العين فلا تمنع استردادها كما لو نقصت صفة المبيع مع بقاء عينه، وليست كل زيادة تمنع الاسترداد كالمنفصلة، وليس كل تلف يمنع الاسترداد كما تقدم في تلف بعضه على الصحيح، كما أن حق البائع الواجد لعين ماله أولى وسببه أقوى، فحقه متعلق بعين المال، وسائر الغرماء حقوقهم متعلقة بذمة المفلس.

٢- أنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة، فكذلك المتصلة قياسًا على الرد بالعيب^(٢).

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق وقد «فارق الرد بالعيب لوجهين: أحدهما: أن الفسخ فيه من المشتري فهو راضٍ بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع، بخلاف مسألتنا.

(١) المغني، للموفق ابن قدامة (٢٧٢/٤)، وينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٤٢٨/٣).

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي (١٧٩/٨).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

والثاني: أن الفسخ ثَمَّ لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم، والفسخ هاهنا لسبب حادث، فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة»^(١).

وأجيب: بأن حق الفسخ ثبت بالشرع لكل من المشتري - في حال العيب - والبائع - عند إفلاس المشتري - والفسخ للإفلاس هنا بسبب العقد أيضًا فلا فرق، والزيادة المتصلة غير المنفصلة «فالفرق ظاهر؛ فإن المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب، بخلاف المنفصلة»^(٢).

ب- واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

١- القياس على الصداق؛ إذ يمنع الزوج إذا طلق قبل الدخول من الرجوع بنصف الصداق زائدًا - إذا زاد زيادة متصلة غير متميزة - فيرجع بنصف القيمة لحدوث الزيادة المتصلة على ملك الزوجة، وكذلك هنا^(٣).

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، فالزيادة المتصلة لا عبرة بها في الفسوخ إلا في الصداق للفرق، ومنه أن حق الزوج إنما يحدث بعد الطلاق، وليس له العدول عن الصداق عند وجوده، ولا أخذ ما زاد عنه عند تلفه،

(١) المغني، للموفق ابن قدامة (٢٧٢/٤)، وينظر: المبدع، لابن مفلح (٣١٨/٤)، وكشاف القناع، للبهوتي (٤٢٨/٣)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٦٣/٢).

(٢) المغني (٢٧٣/٤).

(٣) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٤٢٨/٣)، وشرح منتهى الإرادات، له (١٦٣/٢).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

بخلاف البائع^(١).

٢- القياس على الزيادة المنفصلة، فلا يستردها البائع لحدوثها في ملك المفلس، فكذلك المتصلة^(٢).

ونوقش: بالفرق بينهما، كما تقدم.

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني.

□ **الشرط الثاني: كون السلعة باقية في ملك المشتري المفلس^(٣):**

عملاً بقوله ﷺ في الحديث: «من أدرك ماله بعينه عند إنسان قد أفلس...»، وفي لفظ: «إذا وجد عنده المتاع ولم يفرقه...». وهذا نص ظاهر في اشتراط بقاء المبيع في ملك المفلس وإلا فلا رجوع ولا امتياز للبائع حينئذٍ، بل يكون أسوة الغرماء؛ لعدم إدراكه عين ماله عند المفلس، إذا خرج كاملاً من ملكه ببيع أو هبة أو غيره. وأما إن كان قد خرج بعضه فقط؛ كأن باع، أو أوقف بعضه مثلاً، فهذا بمنزلة تلف بعض المبيع، فيجري فيه الخلاف السابق.

(١) ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا الأنصاري (٢/٢٠٠).

(٢) ينظر: المبدع، لابن مفلح (٤/٣١٨)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٢/١٦٣).

(٣) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٤٣)، والإنصاف للمرداوي (٥/٢٨٦).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

لكن إن خرجت السلعة من ملك المفلس كاملة ثم رجعت إليه فأفلس، فهل يؤثر ذلك على امتياز البائع بحق الرجوع فيها دون محاصة الغرماء؟ خلاف على قولين:

■ **القول الأول:** له ذلك، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، وقيده المالكية وبعض الحنابلة: بأن تعود إليه بفسخ لا بسبب جديد؛ كبيع وإرث^(١).

■ **القول الثاني:** ليس له ذلك، وهو وجه عند الشافعية والحنابلة^(٢).

– الأدلة:

أ- **دليل القول الأول:** بأن البائع قد وجد عين ماله – والحكم يدور مع

(١) ينظر: الذخيرة، للقرافي (١٨٤/٨)، ومنح الجليل، لمحمد عlish (٦٨/٦)، والأم، للشافعي (١٩٩/٣ - ٢٠٨)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا الأنصاري (١٩٨/٢)، والإنصاف للمرداوي (٢٨٩/٥)، وذكر أنه الصحيح من المذهب ثم قال: «وقيل: إن عادت إليه بسبب جديد كبيع وهبة وإرث ووصية لم يرجع، وإن عادت إليه بفسخ كإقالة والرد بالعيب والخيار ونحوه فله الرجوع». وهذا نظير قول المالكية، ومثله قال ابن مفلح في المبدع (٣١٧/٤): «إذا أفلس بعد خروجه من ملكه بوقف ونحوه فلا رجوع له، فإن أفلس بعد رجوعه إلى ملكه فأوجه، ثالثها: إن عاد إليه بفسخ كإقالة فله الرجوع لا إذا عاد بسبب جديد؛ لأنه لم يصل إليه من جهته». وينظر: كشف القناع، للبهوتي (٤٢٥/٣)، وشرح منتهى الإرادات، له (٢/١٦٢).

(٢) ينظر: المصادر السابقة لهم.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

علته وجودًا وعدمًا - فيعود له حق الرجوع بعود السلعة لملك المفلس، كما لو كانت باقية ابتداء ولا فرق.

واستدل المالكية على تقييدهم لذلك بالفسوخ: بأن الملك مستند للسبب الأول والفسخ مزيل لا يثبت به ملك جديد فيعود الحال لما كان عليه، بخلاف غيره؛ فإن عود السلعة للمفلس بسبب جديد انقطاع عن الملك السابق؛ لأنها لم تصر للمفلس من جهة البائع بل بملك مستأنف، فلا حق للبائع فيه حينئذ^(١).

ب- واستدل أصحاب القول الثاني: بأن السلعة بعد عودها لملك المفلس ليست منتقلة من البائع، فلا تكون عين ماله؛ لتغير سبب الاستحقاق بملك مستأنف، وحقه في الرجوع سقط بخروجها عن ملك المفلس ابتداء، والساقط لا يعود^(٢).

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول مع تقييده بما ذكره المالكية؛ لأن دليلهم أقوى وأعدل، وبه يناقش الطرفان على الإطلاق.

(١) ينظر: منح الجليل، لمحمد عlish (٦/٦٨) وفيه: «الفرق أن الرد بالعيب نقض للبيع فكأنها باقية عند المفلس، والرد للفلس والفساد ملحقان به، بخلاف ردها بهبة ونحوها فإنه تجديد ملك».

(٢) قال الأنصاري في أسنى المطالب (٢/١٩٨): «لم يرجع فيه البائع لتلقي الملك من غيره، ولأنه قد تخللت حالة تمنع الرجوع، فيستصحب حكمها كما في نظيره من الهبة».

□ الشرط الثالث: عدم تعلق حق لازم للغير بعين المال^(١):

وقد دل على ذلك الحديث السابق أيضاً؛ فإن وجوده بحاله عند المفلس يقتضي عدم تعلق حق الغير به، فإن تعلق به حق للغير لا يمنع من التصرف في الرقبة فلا يؤثر ولا يمنع من امتياز البائع بحق استرداده والرجوع فيه عن باقي الغرماء، لكن إن تعلق به حق الغير على وجه يمنع من التصرف في الرقبة مثل الرهن والشفعة^(٢)، فليس للبائع حينئذ أن يسترد المبيع ويرجع فيه^(٣)؛ لما يلي:

(١) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣٤٣/٤)، وأسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (٢/١٩٨)، والإنصاف للمرداوي (٢٨٦/٥)، والمبدع، لابن مفلح (٣١٦/٤)، وكشاف القناع للبهوتي (٤٢٧/٣).

(٢) حكى ابن قدامة وابن مفلح والمرداوي الاتفاق على ذلك في الرهن، وإنما اختلف الفقهاء في الشفعة؛ لاجتماع الحقيين: حق البائع وحق الشفيع، فمن قدم حق الشفيع قال: لا وجود لعين المال كالرهن، ومن قدم حق البائع نظر إلى أن الشفعة قد يطالب بها وقد لا يطالب، والتمن يمكن أخذه من الشفيع ودفعه للبائع جمعاً بين الحقيين. ينظر: الإنصاف للمرداوي (٢٩١/٥)، والمبدع، لابن مفلح (٣١٦/٤) وقال الكاساني في بدائع الصنائع (١٥٣/٦): «إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون آخر فالمرتهن أحق بثلثه من بين سائر الغرماء؛ لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن... وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن؛ كان المرتهن أحق بثلثه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا».

(٣) ويكون حينئذ أسوة الغرماء بجميع الثمن عند الشافعية والحنابلة، وليس له إجبار المرتهن على التخلي عن العين المرهونة. أما المالكية فيرون تخيير البائع هنا بين محاصة الغرماء في الثمن كما تقدم، أو أن يدفع للمرتهن فيفتدي السلعة منه ثم =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

- ١- أنه لم يدرك عين ماله عند المفلس، فهو كما لو تلف أو خرج من ملكه بالكلية^(١).
- ٢- أن رجوع البائع يلحق ضرراً بالمرتهن والشفيع، والضرر لا يزال بالضرر^(٢).
- ٣- أن حق المرتهن أسبق لتعلقه بالعين من وقت رهنها قبل الإفلاس، وحق الشفيع - أيضاً - أسبق فإنه يثبت بالعقد، بخلاف البائع الذي لم يثبت حقه إلا بعد الإفلاس^(٣).
- ٤- أن المفلس عقد قبل الفلس عقداً منع تصرفه، فلم يملك الرجوع كما لو وهبه^(٤).

= يحاص الغرماء بما اقتداها به، ولكن لا رجوع على السلعة مجاناً هنا؛ لأنها ليست عند المفلس وهذا ظاهر، لكن لو زال التعلق جاز الرجوع، كما لو أسقط الشفيع حقه من الشفعة أو أسقط المرتهن حقه من الرهن لزوال المزاحمة، فيكون البائع حينئذ قد وجد متاعه بعينه لم يتعلق به حق لغيره.

ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣٤٢/٤)، والإنصاف للمرداوي (٢٩٢/٥)، وقال: «ويتخرج فيه وجه آخر أنه أسوة الغرماء»، وينظر: كشف القناع، للبهوتي (٤٢٧/٣).

(١) ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري (١٩٨/٢).

(٢) ينظر: المبدع، لابن مفلح (٣١٦/٤)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٦٣/٢).

(٣) ينظر: كشف القناع، للبهوتي (٤٢٧/٣).

(٤) ينظر: المبدع لابن مفلح (٣١٦/٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

□ الشرط الرابع: ألا يكون البائع قد قبض من ثمن السلعة شيئاً:

○ فإن كان قد قبض بعض الثمن، ففي بقاء حقه بالرجوع فيها خلاف على قولين:

القول الأول: سقوط حق البائع في الرجوع بالمبيع واسترداد السلعة، وهو قول الجمهور من: المالكية والشافعية والحنابلة، وقد قيده المالكية بأن يختار عدم رد ما قبضه من الثمن^(١).

القول الثاني: لا يسقط حقه في الرجوع بقسط ما بقي له من عين ماله فقط، وهو قول الشافعي في الجديد^(٢).

- الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- ما ورد في بعض روايات الحديث، ومنها قوله ﷺ: «ولم يكن قد قبض

(١) ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر (٥٠٢/٦ - ٥١٠)، وبداية المجتهد، لابن رشد (٢/٢١٦)، والذخيرة، للقرافي (١٧٣/٨)، والأم، للشافعي (١٩٩/٣ - ٢٠٨)، ونهاية المحتاج، للرملي (٣٤٣/٤ - ٣٤٤)، والإنصاف للمرداوي (٢٨٦/٥)، والمبدع، لابن مفلح (٣١٥/٤)، وكشاف القناع، للبهوتي (٤٢٦/٣)، وشرح منتهى الإرادات له (٢/١٦٢)، وقال ابن حجر في فتح الباري (٦٤/٥) عد ذكر الخلاف في المسألة: «إلا أن للشافعي قولاً هو الراجح في مذهبه أن لا فرق بين... قبض بعض ثمنها أو عدم قبض شيء منه».

(٢) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣٤٣/٤ - ٣٤٤)، وفتح الباري، لابن حجر (٦٤/٥).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

من ثمنها شيئاً فهي له، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً فما بقي فهو أسوة الغرماء».

وجه الدلالة: أنه نص على اشتراط عدم قبض شيء من الثمن لثبوت هذا الحق، وانتفائه بالقبض لبعض الثمن^(١).

ونوقش من وجهين:

الأول: ضعف إسناده؛ فهو مرسل لا حجة فيه^(٢).

والثاني: أن الألفاظ الأخرى التي لم تفرق بين قبض الثمن وعدمه مع الجمع فيها بين الموت والإفلاس - أولى من هذا اللفظ.

وأجيب بما يلي:

أ- أن المحققين من أهل العلم صححوه موصولاً من عدة طرق.

ب- أن هذه الزيادة صحيحة لا تعارض ما سبق، فيجب العمل بها لثبوتها^(٣).

(١) كشف القناع، للبهوتي (٤٢٦/٣)، وشرح منتهى الإرادات له (١٦٢/٢).

(٢) نهاية المحتاج، للرملي (٣٤٤/٤).

(٣) قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢١٦/٢): «وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق، وقد روي من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه: «فإن كان قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء» ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرّجه». وقال ابن حجر في فتح الباري (٦٤/٥): «ووقع في رواية مالك ... مرسلًا: =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

٢- أن رجوع البائع بقسط ما بقي له من الثمن فيه تبويض للصفقة وإضرار بالمشتري، فلا يزال الضرر بالضرر^(١).

ونوقش: بانتفاء الضرر عن المشتري؛ لأنه مفلس وماله سيياع أصلاً ولن يبقى له.

وأجيب: بأنه قد يتضرر والغرماء بنقص القيمة بالتشقيص^(٢).

ب- واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

١- ما ورد في ألفاظ الحديث الأخرى من العموم وعدم التفريق بين

= «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه؛ فهو أحق به» فمفهومه أنه إذا قبض من ثمنه شيئاً كان أسوة الغرماء. وبه صرح ابن شهاب فيما رواه عبد الرزاق عن معمر عنه، وهذا وإن كان مرسلاً فقد وصله عبد الرزاق في مصنفه عن مالك، لكن المشهور عن مالك إرساله، وكذا عن الزهري. وقد وصله الزبيدي عن الزهري، أخرجه أبو داود وابن خزيمة وابن الجارود. ولابن أبي شيبة عن عمر بن عبد العزيز - أحد رواة هذا الحديث - قال: «قضى رسول الله ﷺ أنه أحق به من الغرماء، إلا أن يكون اقتضى من ماله شيئاً فهو أسوة الغرماء». وإليه يشير اختيار البخاري لاستشهاده بأثر عثمان المذكور، وكذلك رواه عبد الرزاق عن طاوس وعطاء صحيحاً، وبذلك قال جمهور من أخذ بعموم حديث الباب».

(١) كشف القناع، للبهوتي (٤٢٦/٣)، وشرح منتهى الإرادات له (١٦٢/٢).

(٢) قال ابن مفلح في المبدع (٣١٥/٤): «لا يقال: لا ضرر فيه؛ لكون مال المفلس يباع ولا يبقى؛ لأن الضرر متحقق مع البيع؛ فإنه لا يرغب فيه كالرغبة منفرداً فينقص ثمنه فيتضرر المفلس والغرماء».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

القبض لبعض الثمن أو عدمه .

ونوقش: بأن الخاص مقدم على العام، كما أن هذا العموم ليس مراداً؛ للإجماع على أنه لو قبض كل الثمن لم يكن له إليها سبيل، فكذا بعضه^(١).
٢- أنه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد، فجاز أن يرجع به بعضها؛ قياساً على الفرقة قبل الدخول في النكاح.

ونوقش:

بأنه قياس في مقابل النص فلا يصح، كما أن القياس على الرد بالعيب في البيع أولى من النكاح^(٢).

الترجيح: يظهر مما تقدم: رجحان القول الأول لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني، خاصة وقد فرق النبي ﷺ بين القبض وعدمه فليس لغيره أن يسوي بينهما.

□ **الشرط الخامس: بقاء المشتري المفلس على قيد الحياة:**

فإن مات المشتري المفلس، ففي بقاء حق الامتياز للبائع بالرجوع في عين ماله لدى الورثة دون بقية الغرماء - خلافاً على قولين:

(١) ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر (٥٠٢/٦ - ٥١٠)، وبداية المجتهد، لابن رشد (٢/٢١٦).

(٢) ينظر: المصادر السابقة.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

○ **سبب الخلاف:** هو تعارض الآثار في هذا المعنى؛ إذ ورد في الحديث روايات متعارضة نص في إحداها على أحقية صاحب المتاع عند موت المشتري أو إفلاسه، وبها أخذ الشافعي: وفي الأخرى نص على أنه أسوة الغرماء عند الموت، وبها أخذ مالك، وكذلك تعارض المقاييس بين قياس معنى أو قياس شبه للموت على الإفلاس، كما سيأتي في الاستدلال لكل فريق^(١).

الأقوال في المسألة:

■ **القول الأول:** ليس له ذلك، فيكون أسوة الغرماء، وهو قول المالكية والحنابلة^(٢).

■ **القول الثاني:** له ذلك، وهو قول الشافعية، ورواية عن أحمد^(٣).

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢١٧).

(٢) ينظر: المصدر السابق، والتاج والإكليل، للعبدري (٥/٥٠)، والذخيرة، للقرافي (٨/١٧٣)، ومنح الجليل، لمحمد عيش (٦/٦٠)، وحاشية الدسوقي، لمحمد عرفة (٣/٢٨٣)، والثمر الداني شرح رسالة القيرواني، للأزهري (١/٦٢١)، والإنصاف للمرداوي (٥/٢٨٦)، والمبدع لابن مفلح (٤/٣١٤)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/٤٢٦)، وشرح منتهى الإرادات، له (٢/١٦٢ - ١٦٦).

(٣) ينظر: الأم، للشافعي (٣/١٩٩ - ٢٠٨، ٢١٢)، ونهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٤٣)، والإنصاف للمرداوي (٥/٢٨٦)، والمبدع لابن مفلح (٤/٣١٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

- الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي^(١):

١- ما ورد في بعض ألفاظ الحديث، وهو قوله ﷺ: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاع منه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء»، فنص على الفرق بين الموت والفلس^(٢).

ونوقش: بأنه مرسل فلا حجة فيه، ولو سلمنا بصحته فيحمل إما على من مات موسراً أو على البائع الذي لم يرد الرجوع بعين ماله.

وأجيب: بأنه ثبت موصولاً من عدة طرق كما تقدم في تخريجه، وحمله على من مات موسراً بعيد؛ لأنه لا قائل بالرجوع عندئذٍ، وحمله على البائع

(١) ينظر: المصادر السابقة لهم.

(٢) قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢١٥): «وَحَجَّتْهُمْ أَنْ اللَّهَ - تَبَارَكَ وَتَعَالَى - لَمْ يَبَحِ التَّوَارِثَ إِلَّا بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، فَالْوَرِثَةُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَحَدَ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَلَا يَرِيدُوا أَنْ يُؤْخِرُوا حَقَّوْقَهُمْ فِي الْمَوَارِثِ إِلَى مَحَلِّ أَجْلِ الدَّيْنِ، فَيُلْزَمُ أَنْ يَجْعَلَ الدَّيْنُ حَالاً. وَإِمَّا أَنْ يَرْضُوا بِتَأْخِيرِ مِيرَاثِهِمْ حَتَّى تَحُلَّ الدَّيُونُ، فَتَكُونُ الدَّيُونُ حَيْثُ مَضْمُونَةٌ فِي الشَّرْكَاءِ خَاصَّةً لَا فِي ذِمَّتِهِمْ، بِخِلَافِ مَا كَانَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ قَبْلَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ وَذَلِكَ يَحْسُنُ فِي حَقِّ ذِي الدَّيْنِ . . . لَكِنْ لَا يَشْبَهُ الْفُلْسُ فِي هَذَا الْمَعْنَى الْمَوْتَ كُلَّ الشَّيْءِ وَإِنْ كَانَتْ كُلُّنَا الذَّمَّتَيْنِ قَدْ خَرَجَتْ؛ فَإِنَّ ذِمَّةَ الْمَفْلُسِ يَرْجَى الْمَالُ لَهَا بِخِلَافِ ذِمَّةِ الْمَيِّتِ».

الذي لم يرد الرجوع أبعد من ذلك. وفيه إخراج للحديث عن مقتضاه؛ فالبائع مخير بين الرجوع وعدمه، ولو سلمنا ضعفه؛ فإن الحديث المتفق عليه نص على الرجوع عند الإفلاس، ومفهوم الفلس أنه لا يقدم فيه في الموت ويكون أسوة الغرماء^(١).

٢- ما ورد في بعض ألفاظ الحديث، وهو قوله صلى الله عليه وآله: «أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض؛ فهو أسوة الغرماء» فنص على أن البائع أسوة الغرماء إذا مات المشتري.

٣- ظهور الفرق بين الزمة في الفلس والموت: وذلك أن الفلس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماءه بما بقي عليه، وذلك غير متصور في الموت؛ لأن الميت خربت ذمته فليس للغرماء محل يرجعون إليه فاستووا في ذلك، بخلاف المفلس^(٢).

٤- أن السلعة بموت المفلس انتقلت ملكيتها لورثته، فلا تنتزع منهم بفلس مورثهم كما لو انتقلت لغيرهم يبيع ونحوه^(٣).

ونوقش: بأنها تنتقل إليهم على الوجه الذي كان عليه ملك مورثهم، كما

(١) ينظر: منح الجليل، لمحمد عlish (٦/ ٧٢).

(٢) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد (٢/ ٢١٧)، وحاشية العدوي (٢/ ٤٧٥)، وفتح الباري، لابن حجر (٥/ ٦٤).

(٣) المبدع لابن مفلح (٤/ ٣١٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

لومات عن شقص مستحق بالشفعة، فانتقل إليهم مع ما تعلق به فذلك هنا .

ب- استدل أصحاب القول الثاني بما يلي^(١):

١- عموم الحديث في سائر ألفاظه التي لم يفرق فيها بين الموت والحياة، فيتعلق الحق بالإفلاس عمومًا .

ونوقش: بأن مقتضى الحديث - أصلاً - زوال الحق بموت المفلس؛ لأن وجود عين المال عندئذ يكون عند الورثة لا عند المفلس فلا يتناوله الخبر، كما أنه يحمل المطلق على المقيد؛ جمعًا بين الأحاديث .

٢- ما تقدم في بعض روايات الحديث، وهو قوله ﷺ: «أيما رجل مات أو أفلس؛ فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» فقد نص على التسوية بين الموت والإفلاس في الحكم^(٢) .

(١) ينظر: المصادر السابقة لهم .

(٢) تقدم تخريجه (ص ٢٧٤)، وقال ابن مفلح في المبدع (٣١٤/٤): «وجوابه بأنه مجهول الإسناد. قاله ابن المنذر»، لكن قال ابن حجر في فتح الباري (٦٤/٥): «هو حديث حسن يحتج بمثله، أخرجه - أيضًا - أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم . . . ورجحه الشافعي على المرسل وقال: يحتمل أن يكون آخره من رأي أبي بكر بن عبد الرحمن؛ لأن الذين وصلوه عنه لم يذكروا قضية الموت، وكذلك الذين رويوا عن أبي هريرة وغيره لم يذكروا ذلك، بل صرح ابن خلدة عن أبي هريرة بالتسوية بين الإفلاس والموت، فتعين المصير إليه لأنها زيادة من ثقة» .



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

ونوقش: بأن إسناده ضعيف كما تقدم^(١).

٣- قياس الرجوع لموت المشتري على الرجوع لإفلاسه؛ لأن الرجوع في الموت أولى بخراب الذمة والإياس.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، كما تقدم بيانه في أدلة القول الأول.

٤- القياس على الشفعة؛ لأن الشفيع يثبت حقه في الحياة وفي الموت مع الوارث، فالبائع أولى؛ لأنه كان مالكا لغير المبيع وما رضي بالنقل إلا بشرط سلامة العاقبة بخلاف الشفيع.

ونوقش: بأن ضرر الشفيع بالشريك والمتجدد لم يختلف في الحياة

(١) ينظر: الذخيرة، للقرافي (١٧٣/٨)، وقال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢١٧): «وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ» فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس. وقال: وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب؛ لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند، ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه، فأشبهه مال المفلّس. وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي، وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى؛ وذلك أن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه، أعني: أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبه، والموافق لحديث مالك قياس معنى. ومرسل مالك خَرَجَهُ عبد الرزاق... وأيضاً فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت... فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسألة والشافعي إنما ضعف عنده فيها قول مالك؛ لما روي من المسند المرسل عنده لا يجب العمل به».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

والموت، وتعذر الاستيفاء في الموت متعين فلا يسقط شيئاً من حقوق الغرماء بخلاف الإفلاس في الحياة^(١).

٥- القياس على الرهن، فإن الحق هنا تعلق بالعين الباقية فلا يبطل بالموت كالرهن إذا مات الراهن.

ونوقش: بأنه قياس في مقابلة النص فلا يصح.

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني.

□ الشرط السادس: بقاء البائع على قيد الحياة:

احترازاً مما لو مات قبل أن يسترد عين ماله، فهل ينتقل حق الامتياز في الرجوع واسترداد عين المال لورثته دون الغرماء؟ فيه خلاف على قولين:

■ **القول الأول:** ينتقل الحق لورثته فلا يشترط بقاءه على قيد الحياة، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢).

■ **القول الثاني:** ليس لورثته حق الرجوع في المبيع واسترداده بعد موت مورثهم عند إفلاس المشتري، بل يشترط بقاء البائع على قيد الحياة،

(١) ينظر: الذخيرة، للقرافي (١٧٣/٨).

(٢) ينظر: الأم، للشافعي (١٩٩/٣ - ٢٠٨، ٢١٢)، ونهاية المحتاج، للرملي (٣٤٣/٤)، والإنصاف للمرداوي (٢٨٦/٥).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

وهو قول الحنابلة^(١).

- الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- أن النبي ﷺ علق هذا الحق بالمال - في الحديث - فيورث حينئذٍ.

٢- قوله ﷺ: «من ترك مالا فلورثته».

وجه الدلالة: أن حق الاسترداد هنا متعلق بالمال، فينتقل بالإرث لهم كسائر حقوقه المالية، والورثة يقومون مقام المتبايعين في أخذ مالهما وإرث حقوقهما، وكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما^(٢).

ب- استدل أصحاب القول الثاني:

١- بأن قوله ﷺ في الحديث: «من أدرك ماله»، وقوله: «فهو أحق به» ظاهر في اختصاصه بهذا الحق دون غيره^(٣).

ونوقش: بأن هذا باعتبار الأصل والغالب، ولو وكل في حياته من يأخذ

(١) ينظر: المبدع لابن مفلح (٣١٤/٤)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٦٦/٢).

(٢) ينظر: شروط استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي، د. عدلان غازي الشمراني، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (٣٩) رجب ١٤٢٣هـ، (ص ٣٢٧ - ٤٣٠).

(٣) ينظر: المبدع لابن مفلح (٣١٤/٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

ماله صح، فكذاك إذا انتقل الحق لورثته بالموت؛ بجامع أن الكل يقوم مقامه شرعاً، ورفع الضرر الحاصل بذلك يشملته وورثته ولا فرق.

٢- ولأن المشتري ملكه بالبيع من جائر التصرف، فلا يملك أحد منازعته فيه كما لو لم يمت بئعه مدينًا^(١).

ونوقش: بأنه حق متعلق بالمال فيورث، كما تقدم.

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني.

□ **الشرط السابع: أن يكون ثمن السلعة حالاً عند الإفلاس:**

احترازاً مما لو كان ثمنها مؤجلاً، فهل يثبت للبائع حق الامتياز والرجوع فيها أم لا؟ فيه خلاف على قولين:

○ أ- **سبب الخلاف:**

هو الخلاف في حلول الدين المؤجل بالحجر على المفلس، أو عدم حلوله بذلك: فمن يرى الأول فإنه يسوي بين الديون الحالة والمؤجلة في الرجوع بعين المال عند الإفلاس، ومن لا فلا، وبيان ذلك كما يلي^(٢):

(١) ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٦٦/٢).

(٢) ينظر: نيل الأوطار، للشوكانى (٣٦٦/٥)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠٨/٥) (إشراف - إقالة).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

○ ب- الأقوال في المسألة:

■ **القول الأول:** يثبت له ذلك، ويحل الثمن المؤجل عند الإفلاس، وهو قول المالكية وبعض الشافعية ورواية عند الحنابلة^(١).

■ **القول الثاني:** لا يثبت له ذلك حتى يحل ثمنها، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، فإن كان مؤجلاً وقت الإعسار ففي تأجيل حق الامتياز هنا إلى وقت الحلول، أو إسقاطه ومحاصة الغرماء فيها قولان عندهم^(٢).

○ ج - الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- عموم الحديث لكل من وجد عين ماله عند المفلس، فإن النبي ﷺ لم

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢١٥)، والذخيرة للقرافي (٨/٢٠٠)، وحاشية العدوي (٢/٤٧٥)، والثمر الداني، للأزهري (١/٦٢٢)، والأم، للشافعي (٣/٢١٢)، ونهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٤٣)، والإنصاف للمرداوي (٥/٢٨٦)، وكشاف القناع للبهوتي (٣/٤٢٩)، وقد قيده المالكية بما إذا لم يكن المدين قد اشترط عدم حلولها بالتفليس.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٣٩)، والإنصاف للمرداوي (٥/٣٠٦) وقال: «فإن كان فيهم مَنْ له دين مؤجل لم يحل هذا إحدى الروايات وهو المذهب. قال الزركشي: هذا المذهب المشهور. قال ابن مُنَجَّج في شرحه: هذا المذهب وهو أصح... قال في التلخيص: لا يحل الثمن المؤجل بالفلس على الأصح»، وينظر: المبدع لابن مفلح (٤/٣٢٠)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/١٦٨).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

يفرق بين من كان ثمن سلعته على المحجور عليه حالاً أو مؤجلاً^(١).

ونوقش: بأن من لا يملك - أصلاً - المطالبة بالدين - لعدم حلوله - لا يملك الرجوع في العين عند الإفلاس.

وأجيب: بأنه استدلال بمحل النزاع، فالصواب أنه يملك المطالبة لحلول الدين بالإفلاس.

٢- أن حرمان البائع من هذا الحق هنا؛ لكون الدين مؤجلاً، يترتب عليه إلحاق الضرر به بإسقاط حقه، فيباع عين ماله ويقسم بين الغرماء، ثم قد لا يبقى له شيء عند حلول الأجل، والضرر يزال.

ونوقش: بأنه لا يلزم من ذلك سقوط حقه ولحقوق الضرر به؛ إذ قد يحدث للمفلس مال عند حلول الأجل بكسب أو غيره.

وأجيب: بأن حصول ذلك محتمل غير مجزوم به، والغالب وقوع الضرر.

٣- أن ذمة المفلس المحجور عليه قد خربت بإفلاسه، والبائع بأجل إنما رضي بالتأجيل حال اليسار وقد زال بالحجر والإفلاس، فيملك الرجوع في عين ماله لحلول الدين بذلك^(٢).

(١) قال الشوكاني في نيل الأوطار (٣٦٦/٥): «واستدل بأحاديث الباب على حلول الدين المؤجل بالإفلاس، قال في الفتح: من حيث إن صاحب الدين أدرك متاعه بعينه فيكون أحق به، ومن لوازم ذلك أنها تجوز له المطالبة بالمؤجل، وهو قول الجمهور».

(٢) ينظر: الذخيرة للقرافي (٢٠٠/٨).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

ونوقش بمثل ما تقدم الجواب عنه .

٤- القياس على حلول الدين بالموت ؛ لأن الغرماء دخلوا على ذمة عامرة وبالفلس قد خربت ، فأشبه ذلك موته ^(١) .

ب- استدل أصحاب القول الثاني بما يلي :

١- أن الديون الحالة تقدم على المؤجلة ، ومن لا يملك - أصلاً - المطالبة بالدين - المؤجل - لا يملك الرجوع في العين المبيعة عند الإفلاس ؛ إذ الرجوع بسبب العجز عن الثمن وهذا لم يتحقق بعد للأجل ، بخلاف الديون الحالة .

ونوقش : بأنه استدلال بمحل النزاع ، فالصواب أنه يملك المطالبة لحلول الدين بالإفلاس .

٢- أن التأجيل حق مقصود للمفلس ، فلا يفوت بسبب الحجر عليه كسائر حقوقه ^(٢) .

ونوقش : بأن حق البائع أولى وسببه أقوى - كما تقدم - والضرر على المشتري سببه الإفلاس لا البائع ؛ فلا يزال بالضرر .

كما أنه يمكن حفظ حق الأجل للمفلس بوقف العين عنده حتى يحل

(١) ينظر : حاشية العدوي (٢/٤٧٥) .

(٢) ينظر : المبدع لابن مفلح (٤/٣٢٥) ، ونيل الأوطار ، للشوكانى (٥/٣٦٦) .



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

أجلها فيستردها البائع، عند مَنْ يرى تأجيل؛ حقه جمعاً بين الحقين.

وأجيب: بأن وقفها قد يرتب ضرراً على الجميع بنقص قيمتها أو تلفها خلال ذلك، فلا يرجع البائع بكل حقه ويسلم المفلس منه، ولا ينتفع البائع بالأجل مع الحجر عليه وعود السلعة للبائع بعد ذلك.

٣- القياس على الجنون والإغماء، فكما أن الأجل لا يحل بهما فكذاك عند الإفلاس؛ لأنه حق مقصود وثابت كما تقدم.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق «والفرق بينه وبين الإغماء المال يضمه الولي أو الحاكم وهو عند إفاقته، والغالب سرعتها بخلاف الفلس»^(١).

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني.

□ **الشرط الثامن: أن يكون بيع السلعة قد تم قبل الحجر على المفلس لا**

بعده:

احترازاً مما لو باعها على مفلس محجور عليه أصلاً -عالمًا أو جاهلاً بتفليسه - ثم أراد الرجوع فيها، فهل له ذلك أم لا؟ فيه خلاف على ثلاثة أقوال:

■ **القول الأول:** ليس للبائع الرجوع في عين سلعته المبيعة بعد الحجر

(١) ينظر: الذخيرة للقرافي (٨/ ٢٠٠).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

مطلقاً، سواء كان عالمًا به أم لا، وهو قول المالكية وقول عند الشافعية والحنابلة^(١).

■ **القول الثاني:** يملك البائع الرجوع في عين سلعته المباعة بعد الحجر على المشتري المفلس مطلقاً، سواء كان عالمًا بتفليسهِ عند العقد أم لا، وهو قول بعض الشافعية والحنابلة^(٢).

■ **القول الثالث:** التفصيل، فيملك البائع الرجوع في عين سلعته المباعة بعد الحجر على المشتري المفلس إذا كان جاهلاً بذلك وإلا فلا، وهو مذهب الشافعية والحنابلة^(٣).

– الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- أن البائع إن كان عالمًا بالتفليس فقد دخل على بصيرة فلا يرجع؛

(١) ينظر: الشرح الكبير، للدردير (٢٨٢/٣)، وشرح مختصر خليل، للخرشي (٢٢٤/٣)، وحاشية الدسوقي (٢٨٢/٣ - ٢٨٤)، وحاشية العدوي (٤٧٢/٢)، ونهاية المحتاج، للرملي (٣٣٦/٤، ٣٤٣)، والإنصاف، للمرداوي (٢٨٦/٥)، والمبدع لابن مفلح (٤/٣١٤).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣٣٦/٤، ٣٤٣)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/٤٢٥).

(٣) ينظر: المصدر السابق، للرملي (٣٣٦/٤، ٣٤٣)، والإنصاف للمرداوي (٢٨٦/٥)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٧٢/٢)، والمبدع، لابن مفلح (٤/٣١٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

قياسًا على مَنْ اشترى وقد علم بالعيب، وإن كان جاهلاً بذلك فهو مقصر ومفرط؛ لعدم تحققه من حال المشتري وملاءمته وبحثه عن ذلك.

ونوقش: بأن البحث عن حال المشتري لا يجب على البائع وفيه مشقة لا تخفى.

٢- القياس على ما لو كان الثمن مؤجلًا لم يحل، فقد تقدم أنه في تلك الحال لا يملك المطالبة أصلًا فلا يملك الرجوع، فكذلك هنا لا يملك البائع المطالبة بالثمن لتعذره بالإفلاس فلا يملك الرجوع، فكلاهما لا يملكان طلب الثمن.

وقد تقدمت مناقشة الأصل.

ب- استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

١- عموم الحديث؛ فإنه يشمل كل مَنْ وجد عين ماله عند المفلس، سواء باعها منه قبل الحجر أو بعده.

ونوقش: بأن سياق الحديث وظاهره يدل على أن المقصود حصول التفليس والحجر للمشتري بعد شرائه السلعة، ويؤكد ذلك ورود صيغة (ثم) المفيدة للترتيب والتراخي كما في قوله ﷺ: «إذا ابتاع الرجل السلعة ثم أفلس وهي عنده...».

٢- قياس المفلس بثمان السلعة المباعة على المعسر بالنفقة، فكما تملك الزوجة الفسخ للإعسار بالنفقة، سواء علمت حاله أم لا، فكذلك البائع هنا

بجامع كونهما عقد معاوضة.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، فالنفقة حق متجدد يجب شيئاً فشيئاً، ويثبت في المستقبل فلا تملك إسقاطه قبل ثبوته بل بعده، بخلاف البائع هنا فحقه في الثمن يجب بالعقد وقد رضي بالتعاقد مع المفلس وهذا رضي بإسقاط حقه وتأخيرته.

ج - استدل أصحاب القول الثالث بما يلي:

١- أن البائع إن كان عالمًا بالتفليس فقد دخل على بصيرة فهو مقصر فلا يرجع، بخلاف ما لو كان جاهلاً فيعذر؛ لأن الحجر مما يخفى كثيراً، والغالب على الناس عدم الحجر فليس مقصراً بعدم السؤال عنه.

٢- القياس على خيار العيب، فتفليس المشتري عيب كعيب المبيع، فمن علم به وقت العقد لم يرجع لرضاه وإلا فله الخيار؛ قياساً بجامع أن كلا منهما نقص في عقد البيع^(١).

الترجيح: يظهر مما تقدم: رجحان القول بالتفصيل؛ لقوة أدلتهم وظهور دلالة الحديث، وجمعاً بينه وبين العمومات في العذر بالجهل وعدم المؤاخذه عليه؛ ولأن القياس على عيب البيع أولى من القياس على النكاح كما تقدم، وبذلك تجتمع الأدلة.

(١) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٣/٤٢٥)، وشرح منتهى الإرادات له (٢/١٦٢).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

المطلب الثاني

عين مال غير البائع إذا وجده عند المفلس

وذلك أن المفلس قد يقترض، أو يستعير، أو يستأجر، ثم يُحجر عليه لفلسه، فهل لمالك العين حق الامتياز على الدائنين بالرجوع في عين ماله - كما تقدم في البائع - أم يكون أسوة الغرماء؟

📖 الفرع الأول: سائر عقود المعاوضات المالية:

نص الفقهاء على أن: كل من وجد عين ماله عند المفلس - في سائر عقود المعاوضات المالية - فإن له حق الامتياز على الغرماء؛ لقوة سببه، فيرجع بعين ماله؛ لعموم الحديث المتقدم، فيشمل ذلك - مثلاً: رأس مال السلم بعينه، ودين الكتابة بعينه، والأجرة بعينها، والصّدّاق بعينه، وغيرها على نحو ما تقدم في البيع^(١)، **ومما ذكره الفقهاء في ذلك - مثلاً:**

١- «إن فلس وقد أسلم إليه رجل مالاً في طعام أو غيره، فعرف الثمن

(١) ينظر: الذخيرة للقرافي (٨/ ١٩١ و ١٩٨)، ونهاية المحتاج، للرملي (٤/ ٣٣٧)، وأسنى المطالب، لذكريا الأنصاري (٢/ ١٩٦)، وكشاف القناع، لمنصور البهوتي (٣/ ٤٢٩)، وقد عمم الشافعية ذلك في سائر المعاوضات المالية المحضة دون غيرها، وصنيع الحنابلة في تمثيلهم يوحى بأن قولهم كذلك، وأجاز المالكية الرجوع للوارث ومن ذهب له الثمن أو تصدق عليه به أو أحيل به وأبوا الرجوع فيما لا يمكن الرجوع فيه كعصمة ودية ونحوها، ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل (٦/ ٢٨)، =

بعينه أو بينة لم تفارقه منذ قبضه فدافعهُ أحق به ، وكذلك لو أسلمه سيد العبد المأذون له في سلعة ففلس العبد ، فربّه أحق بثمنه إذا عرف وشهدت بينة لم تفارقه أن الدنانير هي بعينها»^(١).

٢- «إن أفلس السيد وله غرماء ، وحضر المكاتب بعد عتقه مطالبًا بالإيتاء نُظِرَ؛ فإن كان مال الكتابة أو قدر الإيتاء منه موجودًا في يد السيد ، فالمكاتب مقدم به على جميع الغرماء ؛ لأنه عين ماله ، فكان أحق به منهم كالبائع إذا وجد عين ماله قبل قبض ثمنه ، وإن لم يوجد في يده من مال الكتابة شيء ، فالمكاتب أسوة الغرماء في الموجود من مال السيد»^(٢).

٣- «من وجد عين ما باعه للمفلس ، أو عين ما أقرضه ، أو عين ما أعطاه ، له رأس مال سلم فهو أحق بها ، أو وجد شيئًا أجره للمفلس . . . أو وجد نحو ذلك كشقص أخذه المفلس منه بالشفعة ، ولو كان يبعه أو قرضه ونحوه بعد حَجْرِهِ جاهلاً به - أي : الحجر - البائع أو المقرض ونحوهما فهو - أي : واجد عين ماله - ممن تقدم أحق بها ؛ لحديث أبي هريرة - مرفوعًا : «من

= و منح الجليل ، لمحمد عlish (٤٥ / ٦) ، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣١٠ / ٥) (إشراف - إقالة).

(١) التاج والإكليل ، للعبدري (٥٠ / ٥) ، وفي منح الجليل ، لمحمد عlish (٦١ / ٦) : «فلربه أخذه عند ابن القاسم قياسًا له على السلعة» ، وفي تفاصيل ذلك خلاف بينهم ذكره القرافي في الذخيرة (٨ / ١٩٤ ، ١٩٩).

(٢) الحاوي الكبير ، للماوردي (١٨ / ١٩١).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

أدرك متاعه عند إنسان أفلس فهو أحق به» متفق عليه ، وبه قال عثمان وعلي . قال ابن المنذر: لا نعلم أحداً من أصحاب رسول الله ﷺ خالفهما^(١) .

٤- «وإن أصدق امرأة له عينا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها، أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع في نصفه، وقد أفلس ووجد عين ماله، فهو أحق بها لما ذكرنا»^(٢) .

ومن ذلك - أيضاً: من وگله أو أحاله البائع بدينه على عين ماله عند المفلس؛ مثل أن يكون على البائع دين للغير، فيحيل البائع دائنه ويوكله بالرجوع في عين المال عند المفلس ليستوفي دينه على البائع منها؛ فالظاهر أنه يقوم مقام البائع في الامتياز على الغرماء بالرجوع في عين المال بالشروط السابقة تفصيلها، وبعد استكمال أركان وشروط الحوالة، والنص على ذلك في الوكالة^(٣) .

وكذلك - أيضاً: أن في عقد الإجارة العين لا زالت مملوكة للمؤجر،

(١) شرح منتهى الإرادات لمنصور البهوتي (٢/ ١٦١)، ونحوه في: كشف القناع (٣/ ٤٢٥)، وقال ابن قدامة في الشرح الكبير (٤/ ٥٠٠): «وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به لأنه وجد عين ماله» .

(٢) المغني، للموفق بن قدامة (ج ٤ ص ٢٦٨)، وذكر نحوه في الكافي في فقه ابن حنبل (ج ٢ ص ١٧٥) .

(٣) قال محمد عlish في منح الجليل (٦/ ٦٠): «وللغريم - أي رب الدين ومن تنزل منزلته يارث، أو هبة، أو صدقة الثمن أو حوالة به أخذ عين ماله الذي باعه للمفلس» .

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

وإنما باع منفعتها - فقط - فرجوع العين إليه ثابت قطعاً حال اليسار والإفلاس عند انتهاء العقد، لكن الفقهاء بحثوا حكم رجوعه في منفعة العين عند الإفلاس قبل استيفائها قياساً على رجوع البائع في العين وفسخه العقد للفلس، أو إمضائه للعقد ومحاصصة الغرماء في الثمن أو الأجرة، على نحو ما تقدم بحثه في البيع. والمقصود هنا أن استرداد المؤجر للعين عند إفلاس المستأجر ورجوعه بعين ماله محل اتفاق، إذ هو مقتضى عقد الإجارة - أصلاً، سواء أمضاه أو فسخه^(١).

الفرع الثاني: عقود التبرعات:

ومنها: القرض؛ فقد اختلف الفقهاء في ثبوت حق الامتياز للمقرض بالرجوع في عين ماله دون الغرماء عند الإفلاس، أو أن ذلك مختص بالبيع دون القرض؛ وذلك على قولين:

■ **القول الأول:** للمقرض حق الامتياز على الغرماء بالرجوع في عين ماله الذي أقرضه للمفلس - كما تقدم في البائع - فهنا من باب أولى؛ وهو قول

(١) قال محمد عlish في منح الجليل (٦/٧٢): «من أكرى دابة أو أرضاً ولم يقبض الكراء حتى فلس المكتري قبل استيفائه المنفعة أخذ المكري - إن شاء - دابته وأرضه فيسقط الكراء عن المكتري، وإن شاء تركها وحاصص بالكراء ولو مؤجلاً لحلوله بالفلس، وإن فلس بعد استيفاء بعض المنفعة للمكري أخذ دابته وأرضه والمحاصة بمقابل ما استوفى من المنفعة من الكراء، وله تركها والمحاصة بجميع الكراء».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الشافعية والحنابلة وبعض المالكية^(١).

■ **القول الثاني:** ليس للمقرض ذلك، بل هو مختص بالبيع؛ وهو قول المالكية، ورواية عن أحمد^(٢).

- الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- عموم قوله ﷺ في الحديث: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به من غيره»؛ فيشمل المقرض، وكل من وجد ماله بعينه عند المفلس، ولا يختص بالبائع^(٣).

٢- قياس القرض على البيع؛ لأنه مملوك ببدل تعذر تحصيله فأشبهه البيع^(٤).

(١) ينظر: أسنى المطالب، للأنصاري (١٩٤/٢)، ومغني المحتاج، للشرييني (١٥٨/٢)، والكافي، للموفق (١٧٥/٢)، والمبدع لابن مفلح (٣١٤/٤)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٦١/٢)، والكافي لابن عبد البر (٤٢٣/١)، والتاج والإكليل، للعبدري (٥/٥١)، والذخيرة، للقرافي (١٧٩/٨).

(٢) ينظر: المصادر السابقة، للعبدري والقرافي وابن مفلح، ومنح الجليل، لمحمد عlish (٦٦/٦).

(٣) ينظر: المصدر السابق، لمحمد عlish.

(٤) قال الشوكاني في نيل الأوطار (٣٦٤/٥): «فظهر بهذا أن الحديث وارد في صورة البيع ويلتحق به القرض وسائر ما ذكر - يعني من العارية بالأولى».

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ فالبيع عقد معاوضة يقصد به الربح، والقرض عقد إرفاق لا يجوز التبرع منه، والقرض يراد منه دفع الحاجة ويكثر ذلك عند العجز والإفلاس، بخلاف البيع لا يتحقق مقصوده عند الإفلاس^(١).

وأجيب: بأن كون القرض إرفاقاً وإحساناً يقتضي ضمان ورعاية حق المقرض المحسن ومجازاة الإحسان بالإحسان، وإلا انقطع المعروف بين الناس، والمقرض لم يَهَبْ أو يتبرع بعين ماله، وإنما أقرضه ليستعيده بعد ذلك، فضمان وحفظ حقه واجب كالبيع، فيلحق به من باب أولى^(٢).

ب- دليل القول الثاني: بأن الحديث السابق بأكثر رواياته نص على البيع -كما تقدم- فاقتضى ذلك حصر الامتياز بالبائع، وحمل الرواية العامة على

(١) قال العيني في عمدة القاري (٢٣٧/١٢): «قيل: إدخال البخاري القرض والوديعة مع الدين: إما لأن الحديث مطلق، وإما أنه وارد في البيع، والحكم في القرض والوديعة أولى. أما الوديعة فملك ربها لم ينتقل، وأما القرض فانتقال ملكه عنه معروف، وهو أضعف من تملك المعاوضة، فإذا أبطل التفليس ملك المعاوضة القوي بشرطه فالضعيف أولى. قلت: قوله: والحكم في القرض والوديعة أولى، غير مسلم في القرض؛ لأنه انتقل... ودخل في ملك المستقرض، فكيف يكون المقرض أولى من غيره، وليس له فيه ملك؟! واعترف هذا القائل - أيضاً - أن القرض انتقل من ملك المقرض».

(٢) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٤٢٣/١)، والكافي، للموفق (١٧٥/٢)، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة (٤٦٩/٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الصورة الخاصة وتقييدها بها .

ونوقش من وجهين :

الأول : المنع : فإن الحديث برواياته التي نص على البيع في بعضها دون بعض نقل عن عدد من الصحابة ، وذكر البيع إنما خرج مخرج الغالب ؛ ولذلك بَوَّب البخاري بقوله : «باب : إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به» ، وهذا فهم دقيق منه يقتضي عدم تخصيص البيع ، كما أن التصريح بالبيع في بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة ، بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق ؛ وذلك لأن نفي الحكم عن غير البيع إنما هو لمفهوم اللقب ، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر في الأصول^(١) .

الوجه الثاني : لو سلمنا بأن الحديث في البيع بخصوصه ، فيقاس عليه القرض من باب أولى .

(١) نيل الأوطار (٥/ ٣٦٥ ، ٣٣٧) ، وقال محمد عlish في منح الجليل (٦/ ٦٧) : «وجه ما ذهب إليه ابن المواز قول النبي ﷺ : «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً؛ فهو أحق به من غيره ...» الحديث ؛ لأنه جعل هذا الحديث مخصصاً للحديث الأول ومبيناً له في أن المراد به البيع دون القرض . وهو بعيد ؛ لأن الخاص لا يحمل على تخصيص العام إلا إذا كان معارضاً له» .



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الترجيح: يظهر مما تقدم رجحان القول الأول لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني، كما أن استرداد المقرض عين ماله عند المفلس مستحق من باب أولى لإحسانه إليه، وائتمانه إياه على ماله، فلا يجازى ذلك بالإضرار به عند الإفلاس، وملكه قائم على عين المال أصلاً.





الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

المطلب الثالث

مال المفلس المقبوض على سبيل التوثقة

وذلك مثل: الرهن، والضمان، فإن تعامل أحد مع المدين قبل إفلاسه وأخذ منه رهناً لضمان حقه، ثم أفلس الراهن فإن للمرتهن حق الامتياز على الغرماء بالمرهون دونهم فيستوفي منه حقه^(١)؛ لتقدم حق المرتهن على المشتري؛ لأن مقتضى عقد الرهن هو اختصاص المرتهن بعين الرهن - فحقه متعلق بها - فيثبت له الاختصاص ببذلها وهو الثمن، فيكون أحق بهما مطلقاً، وأقوى من حق الغرماء المتعلق بذمة الراهن فقط^(٢).

(١) حكى ابن مفلح والمرداوي الاتفاق على ذلك، ينظر: الإنصاف للمرداوي (٢٩١/٥)، والمبدع، لابن مفلح (٣١٦/٤) وقال الكاساني في بدائع الصنائع (١٥٣/٦): «إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون آخر فالمرتحن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء؛ لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون، فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن... وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن؛ كان المرتحن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا، فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتحن وإن نقص عن الدين يرجع المرتحن بما بقي من دينه في مال الراهن، وكان بينه وبين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوي فيه الغرماء».

(٢) ينظر: الذخيرة للقرافي (١٧٩/٨، ١٩٤)، ومنح الجليل، لمحمد عيش (٧٢/٦)، والمبدع، لابن مفلح (٣٢٥/٤)، وشرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٦٣/٢). =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

فإن كان ثمن الرهن على قدر الدين اختص به المرتهن، وإن زاد ثمن الرهن عن الدين دفعت الزيادة للغرماء على سبيل المحاصة، وإن نقصت عنه اختص به المرتهن وصار أسوة الغرماء فيما بقي من دينه^(١).



= وإنما اختلف الفقهاء في بعض المسائل المتعلقة بصحة ولزوم الرهن أو بطلانه: كالقبض وموت الراهن ونحو ذلك، ومحل البحث هنا مقصور على: استحقاق المرتهن للرهن، دون محاصة الغرماء فيه - إذا ثبت الرهن صحيحاً لازماً - وشروط ذلك مفصلة في محلها من كتب الفقه.

(١) ينظر: المصادر السابقة



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

المطلب الرابع

المال الموجود عند المفلس على سبيل الأمانة

فمن وجد عين ماله عند المفلس - وكان المفلس قد أخذه أمانة عنده - ثبت له مثل ما للبائع من التميز باسترداده دون محاصة الغرماء، ومن ذلك مثلاً:

صاحب اللقطة فإنه يرجع على الملتقط بها أو بقيمتها - على ما فصله الفقهاء في بابه - وذلك ثابت حال يسار الملتقط، ففي حال إفلاسه من باب أولى - أن يملك صاحب اللقطة امتياز استرداد اللقطة إن وجدها بعينها عند المفلس - دون بقية الغرماء؛ لما تقدم في البيع، بل وله امتياز - أيضاً - في استرداد ثمنها المحفوظ إن وجده بعينه.

قال في «المغني»: «وإن باعها - أي: اللقطة باعها الملتقط - وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء؛ لأنه عين ماله لا شيء للمفلس فيه»^(١)، ومثله المودع والمعيّر ونحوهم؛ لأن الأمانات يجب ردها حال اليسار ففي حال الإفلاس من باب أولى^(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ

(١) للموفق ابن قدامة (٦/ ٣٠).

(٢) ينظر: نيل الأوطار للشوكاني (٥/ ٣٦٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴿١﴾ .

وقد تقدم تأويل الحنفية للأخبار الواردة في رجوع البائع بعين ماله: أن ذلك محمول على: الوديعة والعارية واللقطة ونحوها^(٢). وكان مما رد عليهم في ذلك: أن صاحب اللقطة والعارية ونحوها أحق بماله مطلقاً في حال الإفلاس وعدمه، فلا إشكال في تقديمهم على سائر الغرماء، وهو المقصود هنا^(٣).



(١) [سورة النساء: الآية ٥٨].

(٢) في (ص ٢٨١)، وينظر: الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن الشيباني (٢/ ٧١٤)، وتبيين الحقائق، للزيلعي (٥/ ٢٠١ - ٢٠٣)، وشرح معاني الآثار، للطحاوي (٤/ ١٦٦)، والغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، لأبي حفص الغزنوي الحنفي (١/ ١٠٠).

(٣) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢١٦)، والذخيرة، للقرافي (٨/ ١٧٣)، والتمهيد لابن عبد البر (٨/ ٤١٠)، وفتح الباري لابن حجر (٥/ ٦٤)، ونيل الأوطار، للشوكاني (٥/ ٣٦٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

المطلب الخامس

مال المفلس المقبوض على سبيل المعاوضة

□ **والمقصود بذلك:** أن المفلس قد يكون استأجر أرضًا ليزرعها وعمل فيها فحصل غلة أو نتاجًا، أو أنه استأجر عمالًا للزراعة والحرث والبناء ونحوه فنتج عن عملهم غلة ونماء وثمره، أو أنه استأجر حملاً لنقل بضائعه ثم أفلس المستأجر قبل أن يفي بأجرة الأرض أو العمال أو الحمال ونحوهم، فهل لهؤلاء وأمثالهم ممن يحصل في أيديهم مال للمفلس نتج على ملكهم أو عن عملهم - أن يستوفي كل منهم حقه مما تحت يده من مال هو في الأصل مال المفلس، وأن يحبس له ذلك كالرهن؛ فيمتاز به عن سائر الغرماء ويختص به دونهم أم لا؟

✍ **اختلف الفقهاء في ذلك وحاصله كما يلي:**

□ **القول الأول:** ليس له ذلك، بل يكون أسوة الغرماء، وهو قول بعض المالكية وبعض الشافعية، ومذهب الحنابلة^(١).

□ **القول الثاني:** له ذلك، وهو قول المالكية والشافعية وبعض الحنابلة^(٢).

(١) ينظر: منح الجليل، لمحمد عليش (٦/٦٣)، ونهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٥٢)، وكشاف القناع للبهوتي (٣/٤٣٠).

(٢) وقد فُرّق بعضهم بين ما إذا أضاف الصانع شيئاً بعمله أو لم يضيف، وبين ما إذا كان =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

○ الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- أن اتصال العمل - من هؤلاء - بالمحل المملوك للمفلس يجعله كسائر ماله الذي بيده، فلا يمتاز به هؤلاء عن سائر الغرماء.

ونوقش: بأن اتصال العمل بالمحل هنا للضرورة، فلا يتحقق العمل إلا بذلك، ولا يثبت الرضا مع الاضطرار، أي: لا يقتضي ذلك رضاهم بالتسليم قبل قبض الأجرة، وقد تعلق حقهم بعين مال المفلس، فاختلفوا عن سائر الغرماء.

= قد سلم العين أو لم يسلمها، ينظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢١٨) وقال: «إلا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها، فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعاً؛ لأنه كالرهن بيده، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله إلا أن يكون له فيه شيء أخرجه، فيكون أحق به في الفلس دون الموت. وكذلك الأمر عنده في فلس مكتري الدواب إن استكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعاً. وكذلك مكتري السفينة. وهذا كله شبهه مالك بالرهن». وينظر: الذخيرة، للقرافي (٨/١٨٤) وقال: «وجميع الصنائع أحق بما أسلم إليهم في الموت والفلس؛ لأن أعيان صنائعهم في المتاع، وكذلك المكتري على حمل متاع إلى بلد... وفي التنبيهات: قوله: «الصنائع أحق بما في أيديهم» مفهومه أنهم لو دفعوه لأربابه لم يكونوا أحق، هو مروى عنه. وعنه: أنهم أحق وإن أسلموه؛ لأن في أعيان أعمالهم».

وينظر: التاج والإكليل للعبدري (٥/٥٤)، ومنح الجليل، لمحمد عlish (٦/٧٣ - ٧٥)، وحاشية الدسوقي، لمحمد عرفة (٣/٢٨٤)، ونهاية المحتاج، للرملي (٤/٣٥٢)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/٤٣٠).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

وأجيب: بأن المعقود عليه في الإجارة هو العمل، وهو غير قائم بالعين، ولا يتصور حبس العمل بعد حصوله فيثبت لهم أجرته، وهي متعلقة بالذمة كديون سائر الغرماء.

٢- أنه لا أحد من هؤلاء قد أدرك عين ماله حتى يرجع به، ولا يوجد سبب شرعي يوجب تميزه وتقديمه - كالرهن - فكان أسوة الغرماء^(١).

ب- استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

١ - عموم حديث: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس؛ فهو أحق به»، فإن مالك الأرض وحامل المتاع والعامل في الزرع ونحوهم - تعلق حقهم على المفلس بما تحت يديهم من ماله، فهم كمن وجد عين ماله.

ونوقش: بالمنع، فليس أحد منهم واجداً لعين ماله، وتعلق حقهم بذمة المفلس لا يميزهم عن سائر الغرماء.

٢- أن عمل المستأجر ملكه فجاز له حبسه؛ لأن المنافع في الإجارة كالمبيع في البيع.

ونوقش: بالفرق بين الأجير والبائع، فالبائع يملك المبيع ولم يقبل بانتقاله إلا بثمنه فحقه متعلق بعينها، والأجير إنما يملك أجرته وهي متعلقة

(١) قال صديق حسن خان في الروضة الندية (٣/ ١٩٤): «لأن ذلك هو العدل؛ لأن الديون اللازمة مستوية في استحقاق قضائها من مال المفلس، وليس بعضها بأولى به من بعض إلا لمخصص، ولا مخصص هاهنا».



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

بالذمة فكان كسائر الغرماء .

٣- أن ما نتج عن الأرض من الزرع نشأ عنها فهي كالحائزة له ، فكان مالکها بمنزلة من باع سلعة فأفلس المشتري وهي بيد البائع .

ونوقش: بأن «البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله إليه بعينه ، فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة ؛ وهذا لم يتعلق حقه بالعين ولا أمکن ردها إليه ، وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمّى ، وليس هذا هو المقتضى في محل النص ، ولا هو في معناه ، فإثبات الحكم به تحكم بغير دليل»^(١) .

٤- القياس على الرهن : فإن حصول المتاع والزرع ونحوه في أيديهم وقبضهم له بمنزلة قبض الرهن .

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق ، والرهن عقد لم يتم إبرامه بينهم^(٢) .

(١) المغني ، للموفق ابن قدامة (٤/٢٦٧) .

(٢) في التاج والإكليل ، للعبدري (٥/٥٤) : «الصناع أحق بما أسلم إليهم في الموت والفلس ما كان بأيديهم ؛ لأنه كالرهن وإلا فلا . . . فإن لم يكن للصانع فيها إلا عمل يده كالخياط والقصار والنساج ، فالمشهور أنه أسوة الغرماء . . . قال مالك : من اكترى دابة بعينها أو عبداً بعينه ثم مات المكري أو فلس ولم يقبض ذلك المكري ؛ فالمكري أحق بذلك حتى يتم كراءه . . .

قال مالك : لو قبض الدابة - يعني : المضمونة - وحمل عليها فهو أولى بها حتى يتم له حقه . . . قال مالك في القوم يتكادرون الجمال ثم يفلس صاحبها : إن كل رجل أحق =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الترجيح: يظهر مما تقدم: رجحان القول الأول؛ لقوة أدلتهم، والجواب عن أدلة القول الثاني.



= بما تحته، وإن كان الجمال يديرها تحتهم . . . وإنما المراعاة بيد من هي يوم الفلاس فيكون أولى بها. قال مالك: والمُكْرِى على حمل متاع من بلد إلى بلد هو أولى في الموت والفلاس وهو كالرهن . . . وكأنها قابضة للمتع كقباض الرهن».

المطلب السادس

الأجور والرواتب للعمال والأجراء (الموظفين)

لا تعد الرواتب والأجور ديوناً ممتازة عند أكثر الفقهاء، بل تتعلق بذمة المفلس فهم أسوة الغرماء فيها^(١). وأما قوله عليه السلام: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»^(٢) فهو حديث ضعيف، ولو فرض ثبوت صحته: فقد استُدلَّ به

(١) وهذا فيما عدا الأجراء (لمصلحة بيع مال المفلس) من منادٍ وحمال ونحوهم، فإن ديونهم ممتازة عند الفقهاء، كما سيأتي.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨١٧/٢)، برقم (٢٤٤٣)، وقال الكناي في مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه (٧٥/٣): «هذا إسناد ضعيف؛ وهب بن سعيد هو: عبد الوهاب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد وهما ضعيفان، لكن نقل عبد العظيم المنذري الحافظ في كتاب الترغيب، أن عبد الرحمن بن زيد وثق وقال: قال ابن عدي: أحاديثه حسان. قال: وهو ممن احتمله الناس وصدقه بعضهم، وهو ممن يكتب حديثه. قال: ووهب ابن سعيد وثقه ابن حبان وغيره. انتهى. فعلى هذا يكون الإسناد حسناً، وأصله في صحيح البخاري وغيره من حديث أبي هريرة، لكن إسناد المصنف ضعيف».

لكن قال الزيلعي في نصب الراية (١٢٩/٤): «وهو معلول بعبد الرحمن بن زيد»، وفي مجمع الزوائد للهيتمي (٩٨/٤): «فيه شرقي بن قطامي وهو ضعيف»، وقال ابن الملقن في البدر المنير (٣٧/٧): «هذا الحديث مروي من طرق كلها ضعيفة»، ونبه ابن حجر في التلخيص (٦٠/٣) بعد بيان ضعفه بقوله: «غلط بعض المتأخرين من الحنفية فعزاه لصحيح البخاري وليس هو فيه، وإنما فيه من حديث أبي هريرة مرفوعاً: «ثلاثة أنا خصمهم - فذكر فيه: ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره»، وهذا الأخير هو المخرج في البخاري (٧٧٦/٢) برقم (٢١١٤)، كما نبه ابن حجر في الدراية (١٨٦/٢).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

على صحة عقد الإجارة، والمسارة إلى أدائها، وبيان وقت استحقاقها^(١).
إلا أن بعض المالكية استدل بهذا الحديث على تقديم أجره الأجير على الديون عند الإفلاس وامتيازها عنها^(٢)، ويمكن أن يستدل لذلك أيضاً بالقياس على ما ذكره الفقهاء؛ من تقديم أجره العامل على الزكاة قبل المستحقين لها؛ لأن استحقاقه أقوى من هذا الباب، فكذلك تقدم أجرته عند الفلاس على الغرماء ويمتاز عنهم فلا يحاصهم فيها^(٣).



(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٥/٧٤، ٧٦)، والذخيرة، للقرافي (٥/٣٨٦)، ومواهب الجليل، للحطاب (٥/٣٩٥)، والحاوي الكبير، للماوردي (٧/٣٩٦)، والمغني، للموفق ابن قدامة (٥/٢٥٦، ٦/٣٣٧)، وإنما اختلفوا في امتياز الأجير بحسب ما نتج عن عمله وهو تحت يده من مال المفلس حتى يستوفي حقه كالرهن أم لا؟ وقد سبق بيانه

(٢) فقال القرافي في الذخيرة (٨/١٩٠): «قال ابن القاسم: إذا دفع غلامه لمن يعلمه إلى أجل معلوم ففلس السيد فالمعلم أحق، إلا أن يعطيه الغرماء ما شرطه له السيد لتقدم حقه قبل الفلاس، وكذلك لو لم يعلمه شيئاً... وقال سحنون: أجره الأجير تقدم في الفلاس على الديون؛ لقوله ﷺ: «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه».

(٣) قال الموفق في المغني (٦/٣٣٧): «فصل: ويستحب تقديمها على ما أمكن من الأصناف... ويبدأ بإعطاء العامل؛ لأنه يأخذه على طريق المعاوضة، فكان استحقاقه أقوى؛ ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تمت له من بيت المال، ولأن ما يأخذه أجرٌ وقد قال النبي ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه».

المطلب السابع

نفقات المفلس ومَنْ يعول ومؤنثه

تعد نفقة المفلس ونفقة من تلزمه مؤنثه - كالزوجة - ونفقة من تلزمه نفقته من أقاربه - كالوالدين - من الديون الممتازة فتقدم على ديون الغرماء^(١)، وهذا مقيد بمن لا كسب له، وإلا فنفقته ومن يعول تكون من كسبه - الحلال اللائق به - لا من ماله المحجور عليه؛ «فإنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناء بكسبه؛ فلم يجز أخذ ماله كالزيادة على النفقة»^(٢).

□ والدليل على ذلك:

١- قول النبي ﷺ: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»^(٣).

(١) قال الوزير ابن هبيرة في اختلاف الأئمة العلماء (١/٤٢٥): «اتفقوا على أنه ينفق على مَنْ حَجَرَ عليه يَفْلَس من ماله الباقي له وعلى ولده الصغار وزوجته»، وقال الموفق ابن قدامة في المغني (٤/٢٨٥): «وممن أوجب الإنفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من ماله - أبو حنيفة ومالك والشافعي، ولا نعلم أحداً خالفهم». وينظر: متن بداية المبتدي، للمرغيناني (١/٢٠٢)، والأم، للشافعي (٣/٢٠٢)، والوسيط، للغزالي (٤/١٤).

(٢) المغني للموفق ابن قدامة (٤/٢٨٥). وينظر: نهاية المحتاج للرملي (٤/٣٢٨)، وقال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب (٢/١٩٢): «ينفق عليه . . . من ماله ما لم يتعلق به حق آخر؛ كرهن وجناية».

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري (٢/٥١٨ برقم ١٣٦٠)، ومسلم (٢/٧١٧ برقم ١٠٣٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

وجه الدلالة منه: أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه - وهي الزوجة - فإذا قدم نفقة نفسه على نفقتها فكذلك يقدمان على حق الغرماء^(١).

٢- أن تجهيز الميت ومؤنة دفنه تقدم على دينه بالاتفاق، فنفقته أولى بالتقديم؛ فإن الحي أكد حرمة من الميت؛ لأنه مضمون بالإتلاف.

٣- أن ذلك مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه، وحفظ النفس مقدم على حفظ المال.

٤- أن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء.

٥- أن نفقته - على من تجب - حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر^(٢).

٦- أن ملكه باقٍ لم يزل فهو كالموسر^(٣).

□ وتشمل هذه النفقة التي يجب تركها للمفلس ومن يجب عليه نفقته، ما يلي:

١- القوت (المأكل والمشرب) الذي يعيشون به، والكسوة (اللباس)

(١) قال الأنصاري في أسنى المطالب (١٩٢/٢): «إطلاق خبر: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» مع مناسبة الحال لذلك».

(٢) ينظر: العناية، للباقر (٢٣٦/١٣)، ونهاية المحتاج للرملي (٣٢٧/٤)، ومغني المحتاج للشربيني (١٥٣/٢).

(٣) ينظر: المصادر السابقة، والمغني للموفق ابن قدامة (٢٨٥/٤).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الأدنى الصالح لمثله.

٢- المسكن والمركب الأدنى الصالح لمثله؛ لأن ذلك مما لا غنى له عنه، كما تقدم.

٣- الخادم إن كان مما لا يستغنى عنه، ومثله الآن كبار السن وذوو الاحتياجات الخاصة والمرضى ونحوهم.

٤- مؤونة تجهيز مَنْ مات منهم قبل القسمة على الغرماء؛ لأن ذلك كله واجب عليه.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد قدر هذه النفقات هل تكون نفقته نفقة الموسرين أم المعسرين؟ وهل يعطى من ذلك ما يكفيه لأيام أم لشهر ونحوه؟ وتفصيل ذلك في محله من كتب الفقه^(١).

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢١٩)، ونهاية المحتاج للرملي (٤/٣٢٨)، وأسنى المطالب للأنصاري (٢/١٩٢)، وقال في كشف القناع (٣/٤٣٤): «وقوله ﷺ: «خذوا ما وجدتم» قضية عين يحتمل أنه لم يكن فيما وجدوه مسكن ولا خادم». ويمكن أن يقال بأن المقصود به عين مالهم أو أنه مخصوص ومقيد بما عدا النفقة الضرورية؛ للأدلة المتقدم بيانها، ولعموم الأدلة في تقديم حفظ النفس على المال، قال صديق حسن خان في الروضة الندية (٣/١٩٤): «يجوز لأهل الدين أن يأخذوا جميع ما يجدونه معه»؛ أي: مع المفلس (إلا ما كان لا يستغنى عنه؛ وهو المنزل، وستر العورة، وما يقبىه البرد، ويسد رمقه ومن يعول)؛ لحديث أبي سعيد عند مسلم وغيره قال: أصيب رجل على عهده ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال: «تصدقوا عليه»، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم؛ وليس لكم إلا ذلك»؛ فأفاد ما ذكرناه أن =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

٥- أدوات التكسب، وهي: مؤنة صنعته وأدواته التي يتكسب بها إن كان محترفًا، فإن لم يكن صاحب حرفة ترك له رأس مال يتجر فيه إذا لم يحسن الكسب إلا به، لكن ذلك مقيد بالتافه القليل دون الكثير، كما أنه مقيد بدعاء الضرورة أو الحاجة إليه؛ لإبقاء نفسه ومن يعول أو لسداد دينه، وإلا فلا يترك له منه شيء لذلك^(١).

وشمول النفقة لما تقدم - من مسكن وخادم ونحوه - فلا يباع ولا محاصة فيه بين الغرماء، مقيد بأمرين:

الأول: أن يكون أدنى شيء صالح لمثله، فأما إن كان مسكنه واسعًا - مثلاً - لا يسكن مثله في مثله، فيباع ويشترى له بثمنه مسكن مثله؛ لاندفاع حاجته به، ويرد الفضل على الغرماء للمحاصة فيه؛ جمعًا بين المصلحتين،

= أهل الدين يأخذون جميع ما يجدونه مع المفلس، لكنه لم يثبت أنهم أخذوا ثيابه التي عليه، أو أخرجوه من منزله، أو تركوه هو ومن يعول لا يجدون ما لا بد لهم منه؛ ولهذا ذكرنا أنه يستثنى له ذلك».

(١) ينظر: التاج والإكليل، للعبدري (٤٢/٥)، وقال: «قال مالك: يبيع الإمام عليه عروضه كلها وداره وخادمه وسرجه وسلاحه وخاتمه وغير ذلك إلا ما لا بد له من ثياب جسده... وفي بيع آلة الصانع تردد، قال أبو حفص: الصانع إذا فلس ترك له آلة البناء إن كان بناء وكذلك جميع الصانع تترك لهم الآلة لأنهم بها يتمعشون».

وينظر: نهاية المحتاج، للرملي (٣٢٩/٤)، وحاشية البجيرمي على منهج الطلاب (٢/٥٤٥)، وذكر فيه خلافاً عند الشافعية، وينظر: المغني، للموفق (٢٨٨/٤)، والإنصاف للمرداوي (٣٠٣/٥)، وكشاف القناع للبهوتي (٤٣٤/٣).

ولأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجميل . ومثله لو كان للمفلس داران يستغني بإحدهما بيعت الأخرى ؛ لعدم احتياجه إلى سكنها ، ومثل ذلك في الخادم والكسوة وغيرها^(١) .

الثاني : ألا يكون - شيء مما ذكر - عين مال الغرماء ، وإلا فإنهم حينئذٍ أولى وأحق به منه ، كما لو كان في أيديهم أو أخذه منهم غصباً ، فلا يترك للمفلس منه شيء حينئذٍ ولو كان محتاجاً إليه ؛ لما تقدم من عموم الخبر بأن مَنْ وجد عين ماله فهو أحق بها بالشروط السابقة ؛ لأن حقهم تعلق بالعين فكان أقوى سبباً من المفلس ؛ ولأن الإعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ ،

(١) جاء في درر الحكام لعلي حيدر (٢/٦٤٦) : «إن كان للمدين ثياب ثمينة وأمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله وأعطى باقيها للغرماء أيضاً ، وكذلك إن كان له دار وأمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المدين وأعطى باقيها للغرماء» ، ونحوه في الفتاوى الهندية (٣/٤١٩) . وقال العبدري في التاج والإكليل (٥/٤٧) : «التحقيق في قدر ما يترك لعيشه اعتبار حال المفلس في كسبه ، فيترك له قدر ما يرى أن يبلغه لتحصيل معيشته ، فإن كان صانعاً ينفق على أهله من خدمته لم يترك له شيء . . . ويترك له كسوة له ولأهله . . . لا يترك عليه إلا ما يوارى عورته بين الناس وتجاوز به الصلاة ، إلا أن يكون في الشتاء ويخاف عليه الموت ؛ فيترك عليه ما يقيه البرد» . وقال الشافعي في الأم (٣/٢٠٢) : «وترك له ما وصفت لك من أقل ما يكفيه منها ، فإن كانت ثيابه كلها غوالي مجاوزة القدر اشترى له من ثمنها أقل ما يكفيه مما يلبس ، أقصد من هو في مثل حاله ومن تلزمه مؤنته في وقته ذلك شتاء كان أو صيفاً» ، وينظر : الوسيط ، للغزالي (٤/١٤) .



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالعيب والخيار؛ ولأن منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيل بأن يجيء من لا مال له فيشتري في ذمته ثياباً يلبسها وداراً يسكنها وخادماً يخدمه، وفرساً يركبها وطعاماً له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها؛ لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغني هو بها^(١).



(١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي (٢٠٠/٥)، وللشافعية قول ثانٍ ببيع كل ما يحتاجه من ذلك - المسكن والمركب والخادم - لإمكان دفع حاجته باستئجار بدله؛ لأن تحصيلها بالكراء أسهل، وهو محل نظر؛ لأنها من الضرورات، والاستئجار قد يتعذر فلا تندفع به الحاجة والضرورة.

ينظر: الأم، للشافعي (٢٠٢/٣)، ونهاية المحتاج، للرملي (٣٢٨/٤)، والمغني، للموفق ابن قدامة (٢٨٦/٤)، والإنصاف للمرداوي (٢١٢/٩)، وكشاف القناع، للبهوتي (٤٣٤/٣)، وشرح منتهى الإرادات له (١٦٦/٢).

المطلب الثامن

مصاريف التنفيذ

من جملة الديون الممتازة التي تقدم على سائر الديون: مصاريف التنفيذ على المفلس، وهي: كل ما يتعلق بمصلحة الحجر والحجز والتنفيذ عليه، ومما مثَّل له الفقهاء بذلك: أجره الكيال والحمال والدلال وحافظ المتاع وحافظ الثمن، وأجرة البيت الذي يوضع فيه المتاع، وهو ما يعرف الآن بـ(خازن التنفيذ)، كما يلحق بذلك الآن تكاليف الإعلان في الصحف، وتكاليف الخزن والحراسة والبيع بالمزاد ونحوها.

□ فكل هذه الأجور لأصحابها حق امتياز تحصيلها قبل الغرماء؛ لما يلي:

- ١- لأنها أهم من مصالح الغرماء، فهي طريق الوفاء بالدين، وتركها يضر بالجميع فتُقدم.
- ٢- لأنها تدفع لصيانة المال وحفظه وإيصاله إلى الغرماء وقضاء دينه. وهذا حق على المفلس، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
- ٣- لأنه لو لم تقدم على الديون؛ لما رغب أحد في تلك الأعمال فيتعطل التنفيذ وتضيع الحقوق.
- ٤- وقياسًا على دفع أجرة الولي على مال اليتيم من ماله^(١).

(١) ينظر: الذخيرة، للقرافي (١٧١/٨)، والشرح الكبير للرافعي (٢٠٩/١٠)، =



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

٥- لأنه من مصلحة المال، كحمل الغنيمة^(١).

وقيد بعض الشافعية والحنابلة ذلك بعدم وجود متبرع يتولى هذه الأعمال، كما قرر بعضهم تحمل بيت المال لهذه المصاريف دون مال المفلس المحجور عليه؛ لأنها من المصالح العامة^(٢).



= وروضة الطالبين، للنووي (١٣٣/٤)، والمغني، للموفق ابن قدامة (٢٨٧/٤)، والمبدع في شرح المقنع، لابن مفلح (٣٢٤/٤)، بل ذكر الرافعي في الشرح الكبير (٢٤٠/١٠)؛ أن ما يدفع لضرورة مصلحة حفظ المال وصيانته بدون إذن الحاكم يدخل في ذلك، ومثل له بقوله: «إذا أفلس مستأجر الدابة في خلال الطريق وحجر عليه ففسخ المكري لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلكة، ولكن ينقله إلى مأمن بأجرة مثل يقدم بها على الغرماء؛ لأنه لصيانة ماله وإيصاله إلى الغرماء فأشبهه أجرة الكيال والحمال».

(١) ونظيره ما يستدان على تركة الميت لمصلحة التركة؛ فإنه مقدم على الديون الثابتة في ذمة الميت، ينظر: الإنصاف للمرداوي (٣٠٤/٥)، وكشاف القناع، للبهوتي (٣/٤٣٥)، وشرح منتهى الإرادات له (١٦٧/٢).

(٢) ينظر: الشرح الكبير للرافعي (٢١٠/١٠)، وروضة الطالبين، للنووي (١٣٣/٤)، والمغني، للموفق ابن قدامة (٢٨٧/٤)، والمبدع، لابن مفلح (٣٢٤/٤)، والإنصاف للمرداوي (٣٠٤/٥).

المطلب التاسع

المشتري لمبيع تالف أو مستحق

من مال المفلّس عند التنفيذ

□ **وصورته:** أن يتم التنفيذ على مال المفلّس فيباع، ثم يتبين - مثلاً - كونه مستحقاً للغير؛ مثل: المغصوب والعارية وعين المال فيما تقدم ونحو ذلك، فيلزم المشتري رده لمالكه، فإن كان الثمن الذي بذله موجوداً أخذه، وإلا فإنه يقدم ببذله - أي: الثمن - على سائر الغرماء؛ وله حق الامتياز عليهم هنا.

□ **وتعليل ذلك:** «لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلّس، فكان تقديمه من مصالح الحجر كأجرة الكيال»^(١).



(١) نهاية المحتاج، للرملي (٣٢٧/٤)، وأسنى المطالب، للأنصاري (١٩٢/٢).



المبحث الرابع

الديون الممتازة في نظام التنفيذ والأنظمة ذات الصلة

لم يخص نظام التنفيذ الديون الممتازة بباب أو فصل معين، ولم يسمها بذلك، وإنما وردت الإشارة إليها ضمناً في بعض المواد؛ مثل: المادة الحادية والعشرين، والمادة الثالثة والسبعين، وقد صرح فيها بامتياز دين النفقة على وجه الخصوص وأنها من الديون الممتازة.

وسواء كانت واجبة على المدين لغيره ممن تلزمه نفقتهم بسند تنفيذي حال الأداء محدد المقدار، كما نصت على ذلك اللائحة (٤/٧٣) من نظام التنفيذ، ونصها: «إذا كانت النفقة حالة التسليم، فتقدم على بقية الديون»، أو كانت نفقة للمدين نفسه ومن يعول فقد نص نظام التنفيذ ولائحته التنفيذية في المادة الحادية والعشرين على أنه: «لا يجوز الحجز والتنفيذ على ما يأتي:

٢- الدار التي يسكنها المدين ومن يعولهم شرعاً، ويقدر قاضي التنفيذ مقدار كفايته، ما لم يكن السكن مرهوناً للدائن.

٣- وسيلة نقل المدين ومن يعولهم شرعاً، ويقدر قاضي التنفيذ مقدار كفايته، ما لم تكن الوسيلة مرهونة للدائن.

٤- الأجور والرواتب إلا فيما يأتي:

أ- مقدار النصف من إجمالي الأجر، أو الراتب لدين النفقة.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

- ب -** مقدار الثلث من إجمالي الأجر، أو الراتب للديون الأخرى .
وعند التزاحم، يخصص نصف إجمالي الأجر أو الراتب لدين النفقة،
وثلث النصف الآخر للديون الأخرى، وفي حال تعدد هذه الديون يوزع ثلث
النصف بين الدائنين بحسب الوجه الشرعي والنظامي .
- ٥ -** ما يلزم المدين لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه .
- ٦ -** مستلزمات المدين الشخصية، ويقدر قاضي التنفيذ كفايته» .

وورد تقدير الحجز على الرواتب بالثلث في المادة ٢٠ من نظام الخدمة
المدينة، والمادة ٣٧ من نظام التقاعد المدني، والمادة ٥٤ من نظام خدمة
الضباط، واستثني فيها دين النفقة؛ فيجوز أن يتجاوز هذه النسبة كما أنه يقدم
على غيره من الديون .

وقد أشار نظام المحكمة التجارية في المواد (١١٨، ١١٩) إلى ثبوت
الامتياز للنفقات على المفلس ومن يلزمه نفقته، وما لا تتحقق كفايته إلا به؛
كأجرة مسكنه ومحله التجاري، فكل ذلك من الديون الممتازة على سائر
الغرماء .

وهذا مؤكد لما قرره الفقهاء فيما تقدم من امتياز ديون النفقات الشخصية،
وما لا تستقيم الحياة إلا به، ولا تتحقق الكفاية بدونه من ضرورة المأكل
 والملبس والمسكن الخاص، والمركب الخاص، وأدوات المهنة؛ ولأن
الناس يتفاوتون في تقدير حاجتهم من ذلك، ولو ترك الأمر للمدين أو الدائن



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

لما أبقى أحدهما للآخر إلا القليل .

ولذا نصت المادة - ولائحتها (٨/٢١) على أن تقدير الكفاية من ذلك لقاضي التنفيذ، فيقدر للمدين أقل قدر تتحقق به كفايته، فإذا كان يسكن في قصر مشيد - مثلاً - فإنه يباع ويُشترى له مسكنًا ملائمًا لحاله كمفلس، ومثل ذلك المركب والمستلزمات الشخصية، فقد يكون عند المدين ساعات وأقلام ثمينة ومجوهرات غالية وأثاث نادر فاخر، ونحو ذلك فتباع كلها لسداد ديونه ويقدر القاضي له كفايته من هذه المستلزمات بما يتناسب مع حال المفلس لا حال الغنى .

ولو قرر المفلس بأن تقدير القاضي للكفاية زائد عن حاجته الفعلية ووافق على أن يحجز القاضي على أكثر مما قدر، ولو زاد ذلك عن المقدار المقرر نظامًا - أنه لا يجوز الحجز عليه من رواتب وأجور - فيحجز قاضي التنفيذ على قدر ما يقرره المدين، ويؤخذ إقرار في المحضر على المدين بذلك ويزول المانع المشار إليه؛ لأن المدين غير متهم في هذا الإقرار، وقد تنازل عن النسبة المقررة نظامًا والتي روعي فيها مصلحته وكفايته أصلًا، وهو أعلم بما يصلحه .

ولأن من الديون الممتازة كما تقدم: الرهن، فقد قيدت المادة المشار إليها ما سبق استثناءه بالألا يكون مرهونًا للدائن وإلا فإنه يباع ولا يترك للمدين، ولو كان مسكنه الخاص مثلاً؛ لأنه بالرهن تنازل عن حقه ثم إن



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

وجد القاضي له ما لا يمكن أن يُشترى أو يستأجر له به مسكن يناسبه، وإلا فهو في حكم المعسر.

ولكن يراعى فيما تقدم كون الرهن ثابتاً ولازماً - كما قرر الفقهاء - ولذلك استدركت اللائحة (٣/٢١) فبينت المراد بالرهن المذكور في هذه المادة، وأنه: «الرهن الموثق لدى الجهة العدلية المختصة، أو ما أقر به الدائن».

وكثيراً ما يكون الرهن بيعاً صورياً للمرتهن أو لحافظ عدل، وهذا مبالغة في توثيق الرهن، فيعامل معاملة الرهن إذا أقر المرتهن بذلك، وطالب بالتنفيذ عليه، ويبقى له حق الامتياز فيه، كما سبق.

وامتياز المرتهن بالعين المرهونة يعطيه حق الأولوية في استيفاء دينه منها، لا استحواذه عليها إن كانت قيمتها أكثر من دينه، بل تباع ويقدم على غيره في استيفاء دينه من ثمنها ثم يكون الباقي للغرماء - كما قرر ذلك الفقهاء - وقد أشارت اللائحة (١/٥٩) لهذا المعنى.

وقد قيد نظام الرهن العقاري المسجل في مادته الحادية والثلاثين إجراءات النزاع الجبري لملكية العقار المرهون وبيعه عند عدم الوفاء بالدين؛ بأن يتم ذلك وفقاً لنظام التنفيذ.

وجاء في المادة الثامنة عشرة - من نظام الرهن التجاري - تقرير امتياز المرتهن بالرهن، ونصها: «يستوفي الدائن المرتهن بطريق الامتياز دينه وما



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

يكون قد تحمله من مصروفات على الوجه المعتاد، وذلك من الثمن الناتج من بيع المرهون».

والمستثنيات - المتقدم بيانها - في المادة ٢١ من نظام التنفيذ، والملحقة بالديون الممتازة مقيدة - كما في اللائحة (٤/٢١) - بما إذا لم تكن هي عين مال الدائن. فأما إذا كانت هي عين مال الدائن فإنها حينئذٍ ديون ممتازة باعتبارها عين مال الدائن لا باعتبارها من النفقات التي لا تتحقق الكفاية بدونها للمفلس، فيكون للدائن حق الرجوع بها واستيفاء دينه منها دون باقي الدائنين بالشروط المقررة شرعاً، كما تقدم.

وكل ما تقدم ذكره في المادة - كديون نفقات ممتازة - يختص المنع من الحجز والتنفيذ عليه لصالح الدائنين بسبب الامتياز بما كان مستقبلياً. أما ما اجتمع واكتنز في السابق وفضل عن نفقة المدين ومن يعول فهو كسائر الأموال التي لا امتياز لأحد فيها، بل الغرماء فيها على السوية، كما أشارت إليه اللائحة (٦/٢١)، فمثلاً: إذا أوقع القاضي الحجز على حسابات المدين وقد اجتمع فيها رواتب وبدلات وحوافز ومكافآت ونحوها، وكان له أموال أخرى تكفي لفرض نفقته ومن يعول منها؛ كالفاضل عن ثلث الرواتب المستقبلية - ما دامت لم تنقطع - فإن المكتنز هنا ينفذ عليه كسائر الأموال لصالح الغرماء.

كما أشار نظام التنفيذ لامتياز الأجراء برواتبهم وأجورهم على سائر

الغرماء، في المادة الرابعة والأربعين، والمادة السادسة والثلاثين واللائحة (٧٢/٤).

وهو ما ورد مفصلاً في المادة التاسعة عشرة من نظام العمل، ونصها: «تعد المبالغ المستحقة للعامل أو ورثته بمقتضى هذا النظام - ديوناً ممتازة من الدرجة الأولى، وللعامل وورثته في سبيل استيفائها امتياز على جميع أموال صاحب العمل، وفي حالة إفلاس صاحب العمل أو تصفية منشأته تسجل المبالغ المذكورة ديوناً ممتازة، ويدفع للعامل مبلغ معجل يعادل أجر شهر واحد، وذلك قبل سداد أي مصروف آخر، بما في ذلك المصروفات القضائية ومصروفات الإفلاس أو التصفية».

كما قرر نظام المحكمة التجارية في المواد (١١٩، ١٥٤، ١٥٥) ثبوت الامتياز للأجور، مثل رواتب الرّبان والملاحين في السفن وأجرة الدليل وغيرهم، فكل ذلك من الديون الممتازة على سائر الغرماء.

□ **ومما يندرج ضمن الأجور والرواتب:** أتعاب وأجور المحامي الثابتة بسند تنفيذي حال الأداء محدد المقدار^(١)، وكذلك أتعاب وكيل التسويق

(١) ينظر للفائدة: الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، إبراهيم التّنم، (ص ٢٩٨)، وأجرة المحامي في ضوء الشريعة الإسلامية (بدل الأتعاب) على الرابط:



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

المشرف على المزداد العلني، ورواتب موظفي المفلس وخادمه، وأجور من عمل لديه سواء كان أجيرًا عامًا أو خاصًا.

□ **ومما أشار له نظام التنفيذ من الديون الممتازة:** مصروفات الحجز والتنفيذ، وذلك أنه قد يترتب على الحجز والتنفيذ مصروفات، من أهمها:

١ - أجور مقدمي خدمات التنفيذ وهم - كما في المادة الثالثة والتسعين من نظام التنفيذ:

أ - مبلغ الأوراق القضائي.

ب - وكيل البيع القضائي.

ج - الحارس القضائي.

د - الخازن القضائي.

هـ - شركات متخصصة تتولى الإشراف على عملية تسلم المؤجر الأصول المنقولة، وفقًا لضوابط تضعها وزارة العدل بالتنسيق مع وزارة الداخلية.

و - مقدم خدمة تنفيذ من القطاع الخاص بعد موافقة مجلس الوزراء على إسناد الخدمة إلى هذا القطاع.

وقد أكدت ذلك المادة الرابعة والأربعون من نظام التنفيذ، ونصها: «للحارس غير المالك للمال المحجوز أجره المثل على حراسته وإدارته، ويصدر بتقديرها قرار من قاضي التنفيذ، وتحسب ضمن مصاريف التنفيذ»

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

ومثل ذلك ما ورد في المادة السادسة والثلاثين من نظام التنفيذ من ندب قاضي التنفيذ مع مأمور التنفيذ: «مقوّمًا معتمدًا (أو أكثر) مختصًا بتقويم المال المنفذ عليه لتقدير قيمته، ويثبت تقويمه في محضر الحجز تحت توقيعه»، فقررت اللائحة (٢/٣٦) أن تكاليف ذلك تحتسب ضمن مصروفات التنفيذ لو اضطر الدائن لدفعها؛ إذ إنها في الأصل إنما تلزم المدين لقضاء دينه.

ونحو مما تقدم - أيضًا - ما جاء في اللائحة (٤/٧٢) من نظام التنفيذ، ونصها: «للقاضي عند الاقتضاء الاستعانة بالخبراء لإنهاء إجراءات الإخلاء، ويتحمل المنفذ ضده دفع الأجرة لهم، بعد تقديرها من قبل القاضي».

٢- تكاليف أعمال الحجز والتنفيذ، ومنها:

أ - رسوم الإعلان في الصحف للتبليغ عن أمر التنفيذ، فقد جاء في اللائحة (٢٣/٣٤) من نظام التنفيذ ما نصه: «يحدد قاضي التنفيذ كيفية الإعلان، وتُدفع كلفته من طالب التنفيذ، وتحسب من مصاريف التنفيذ».

ب - تكلفة الحفظ والخزن، فمن ذلك ما جاء في اللائحة (٨/٧٢) من النظام المشار إليه، ونصها: «إذا كانت المنقولات مما يسرع إليها الفساد، فلا تسلم للحائز إلا بعد استيفاء ما عليها من مصروفات، وإذا لم يسلم الحائز المصروفات، فتباع المنقولات ويستوفى من ثمنها قيمة



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

المصروفات»، وذلك لأنها من مصاريف الحجز والتنفيذ.

ج - تكلفة أعمال النقل والتقويم وإجراءات الإخلاء والبيع بالمزاد - غير أجور من يقوم بها - كما تقدم، بالإضافة لأي مصروفات أخرى لمصلحة التنفيذ؛ فقد نصت اللائحة (٣/٢٢) من نظام التنفيذ ولائحته التنفيذية على: «أن كل ما ترتب على الحجز التنفيذي من مصروفات يتحملها المدين، ما لم يظهر للقاضي أن السبب عائد لغيره فيتحملها ذلك المتسبب»، فقررت دخول مصاريف الحجز والتنفيذ في جملة الديون على المفلس؛ لأنها لمصلحة سداد ديونه وهو المتسبب فيها، ما لم يتبين خلاف ذلك.

وقد أكد المنظم في المادة الثانية والخمسين من نظام التنفيذ: وجوب تحصيل مصاريف الحجز والتنفيذ، وعدم رفع الحجز قبل استيفاء ذلك، ولو جرى تحصيل مبلغ كافٍ لسداد الديون التي وقع الحجز لأجلها، أو حصل صلح على تأجيل ونحوه، أو إبراء من تلك الديون، فإنه لا يكفي ذلك لوقف التنفيذ حتى يتم سداد وتحصيل كافة مصروفات الحجز والتنفيذ؛ لأنها من الديون الممتازة التي ترتبت لمصلحة سداد الدين أصلاً.

والصلح لا يبطل حق الامتياز؛ ولذلك فإن نظام التسوية الواقية من الإفلاس أكد في المادة التاسعة على عدم سريان التسوية على ديون النفقة ولا على الديون الممتازة الأخرى، وأنها قاصرة على الديون العادية فقط؛ لكون التسوية الواقية تختلف عن الإفلاس؛ حيث لا تهدف إلى تصفية أموال

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

المدين، بل تهدف إلى تمكينه من متابعة نشاطه ومعاودة أعماله التجارية، إلا أنه - تحريزاً من سوء نيته وعبثه بأمواله إضراراً بدائنيه - أخضعه النظام لإشراف الرقيب، وحظر عليه تصرفات معينة، قدرت خطورتها على مصلحة الدائنين، إلا بإذن من القاضي المشرف على التسوية^(١).

وقد صرح المنظم بثبوت حق الامتياز لمصروفات الحجز والتنفيذ، وذلك في المادة السابعة والخمسين من نظام التنفيذ؛ إذ جاء في لائحته التنفيذية (٥٧/٢) بأن: مصروفات الحجز والتنفيذ واجبة التقديم على حقوق الدائنين الحاجزين عند توزيع الحصيلة، ولا تدخل في المحاصة. وهذا معنى كونها ذات امتياز على سائر الديون العادية.

كما أشار نظام المحكمة التجارية في المواد (١١٩، ١٥٤، ١٥٥) إلى ثبوت الامتياز لمصاريف التنفيذ؛ مثل مصروفات بيع المنقولات كالسفن وتوزيع ثمنها، وثبوت الامتياز للأجور والرسوم المترتبة على الحفظ والخزن والصيانة والإصلاح؛ كأجرة رسو السفن في الميناء وصيانتها وآلاتها ونحو ذلك، وثبوت الامتياز للأجور مثل رواتب الربان والملاحين في السفن وأجرة الدليل، فكل ذلك من الديون الممتازة على سائر الغرماء.

(١) ينظر: نظام التسوية الواقية من الإفلاس على الرابط:

<https://www.boe.gov.sa/printsystem.aspx?lang=ar&systemid=243&versionid=57>



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

ومثل ذلك نظام الطيران المدني؛ إذ بين الديون الممتازة التي يجب تقديمها على جميع الحقوق والديون الأخرى التي تنشأ على الطائرات - في المادة الحادية والستين - ومنها الرسوم والمصاريف اللازمة للمحافظة على الطائرات وصيانتها، والأجور المتعلقة بذلك عند إجراء التنفيذ.



المبحث الخامس

الترتيب بين الديون الممتازة في التنفيذ

ذكر الفقهاء أن ما لا يملكه المفلس من الودائع والأمانات كاللقطة والعارية وغيرها: إن كانت عينها باقية فمالكها أولى بها؛ لعدم دخولها في مال المفلس أصلاً، ما لم تتلف فيضمنها بقيمتها وهم في ذلك أسوة الغرماء، ومثل ذلك ما لم يدخل في ملكه كعين لم يدفع ثمنها ولم يقبضها، فهذا كله غير داخل في مال المفلس^(١).

ثم إن القاضي يبدأ - قبل بيع مال المفلس^(٢) وسداد الديون للغرماء -

(١) تقدم بيان ذلك في (ص ٢٧٩)، وينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٢٠٣/٦، ٢١٣)، وفي درر الحكام، لعلي حيدر (١/ ٢٣٨): «... مفلساً قبل قبض المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن... وليس لسائر الغرماء أن يدخلوا في المبيع. وهذا باتفاق أئمة الحنفية والشافعية؛ لأن المبيع محبوبوس لاستيفاء الثمن... وكما أن المرتهن أحق من سائر الغرماء فكذلك البائع».

(٢) يرى أبو حنيفة أنه ليس للقاضي بيع مال المفلس بل يأمره بأن يبيعه هو؛ لأن بيع القاضي بلا تراضٍ فهو من أكل المال بالباطل، ولأن المال غادر ورائع وحال الفليس متغيرة فقد يصير غنيّاً، ولا يتعين بيع المال لقضاء الدين فقد يتمكن من قضاء الدين بالاستيهاب والاستقراض وسؤال الصدقة من الناس، وخالفه أصحابه في ذلك فوافقا قول الجمهور ببيع القاضي مال المفلس؛ لحديث معاذ فإنه ركبت الديون فباع رسول الله ﷺ ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص، وهو الصحيح. ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٤/ ١٦٤، ٣٧/ ٢٧)، و تبين الحقائق للزيلعي (٢٢٠/ ٦).



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

بفرض النفقة للمفلس ومن يعول قبل القسمة ويترك له من الكسوة والمسكن وآلات الحرفة ما يحقق كفايته وقوته الضروري ومن يعول؛ صيانة لأنفسهم عن التلف قدر الكفاف^(١).

ثم تقدم مصروفات التنفيذ كأجرة مَنْ يعمل لمصلحة المال من منادٍ وحافظ وحمال ونحوهم^(٢)، ثم يقدم المرتهن فيختص بثلث الرهن إن كان قدر دينه^(٣). وألحق المالكية بعض الأجراء بالمرتهن وهم: مَنْ اجتمع لهم

(١) كما تقدم في (ص ٣٤٤)، وينظر: المبدع لابن مفلح (٣٢٣/٤).

(٢) كما تقدم في (ص ٣٥٠).

(٣) قال الكاساني في بدائع الصنائع (١٥٣/٦): «إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخرى، فالمرتهن أحق بثلثه من بين سائر الغرماء؛ لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله وهو الثمن . . . وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن؛ كان المرتهن أحق بثلثه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا، فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن، وإن نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن، وكان بينه وبين الغرماء بالحصص؛ لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوي فيه الغرماء».

وقال الشافعي في الأم (٢٠٨/٣): «إذا باع المرهون من ماله دفع ثمنه إلى المرتهن ساعة يبيعه . . . فإن فضل عن رهنه شيء وقفه وجميع ما باع مما ليس برهن حتى يجتمع ماله وغرماءه فيفرق عليهم. قال: وإذا باع لرجل رهنه فعجز عن مبلغ حقه دفع إليه ما نقص من ثمن رهنه، وكان فيما بقي من حقه أسوة الغرماء».

وفي مغني المحتاج للشريني (١٥٠/٢): «تنبيه: محل ما ذكر من الترتيب إذا لم يكن في ماله ما تعلق به حق؛ كالجاني والمرهون فإن كان قدم بيعه».

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

استحقاق الأجرة مع حيازتهم لما استؤجروا عليه وعملوا فيه؛ مثل الصانع إذا كان المصنوع بيده وقد تم عمله فيه ولم يقبض أجرته من المفلس، فجعلوه فيما حازه كالمرتهن في تعلق حقه بالرهن فيقدم على غيره من الأجراء لهذا المعنى، بل إن المالكية قدموا بعض الأجراء هنا على المرتهن نفسه إذا كان لهم أثر في بقاء العين؛ كتقديمهم ساقى الزرع الذي أفلس ربه على المرتهن؛ إذ لولاه لما انتفع بالزرع، ثم يلي المرتهن مَنْ وجد عين ماله فله أخذها بالشروط المتقدمة، ثم الأجراء، فسائر الغرماء^(١).

□ ويظهر لي - من كلام الفقهاء وما حرروه من أمثلة: أن تقديم النفقة على المرتهن ومن وجد عين ماله ليس على إطلاقه، وإنما هو في حال وجود أموال غير الرهن وعين المال^(٢)، أو أن تكون قيمتهما أكثر من الدين فيباع ويؤخذ منه نفقة ويؤدى الباقي للدائن. وأما إذا لم يوجد عند المفلس سوى المرهون أو عين المال، وكانت القيمة لا تفي بالدين أو لا تزيد عنه؛ فالذي يظهر: عدم تقديم النفقة هنا لعدم وجود مال للمفلس، بل الموجود حق للغير

(١) ينظر: التاج والإكليل للعبدري (٥/٥٤)، وفيه: «قال مالك: الأجير على سقي زرع أو نخل أو أصل، فإن سقاه فهو أحق به في الفلّس حتى يستوفى حقه. وروى ابن القاسم: مكري الأرض مُبَدَأً على الأجير ثم الأجير مَبْدَأً على سائر الغرماء (ثم مرتهنه)... فصاحب الأرض والأجير مبدآن على المرتهن، فإن فضل شيء كان للمرتهن، فإن فضل شيء كان للغرماء».

(٢) فقد ذكروا أنه يترك له من متاعه كذا وكذا ويترك له من ماله كذا وكذا، وقد تقدمت الإشارة لبعض ذلك.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

لا يفضل عنه شيء، فيكون المفلس هنا كالمعسر ونفقته على من تلزمه شرعاً.

□ **ومثل ذلك:** مصروفات التنفيذ؛ فإنها قدمت على الرهن وعين المال حال وجود مال آخر، أو كون المرهون قيمته زائدة عن دين المرتهن، فتقدم مصروفات بيعه عليه؛ لأنها سبيل وفاء حقه.

وقد نص قرار مجلس الوزراء رقم ٩٧ في ١٥/٤/١٤٢١هـ الموافق عليه بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ في ١٦/٤/١٤٢١هـ والمعمم بتعميم وزير العدل رقم ١٣/ت/١٥٥٩ في ١٢/٥/١٤٢١هـ على ترتيب سداد الديون الممتازة عند الإفلاس، **وذلك على النحو التالي:**

- ١- الديون الناشئة عن التصفية وفقاً لأحكام نظام الشركات.
 - ٢- المبالغ المستحقة للعامل أو معوليه بمقتضى أحكام نظام العمل والعمال.
 - ٣- مبالغ الاشتراكات والإضافات التي تفرض للتأخر عن تسديد مستحقات المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، الواردة في نظام التأمينات الاجتماعية.
 - ٤- مبالغ الرسوم المقررة على البائع، الموجودة في المنطقة الجمركية حسب نظام الجمارك.
- وهذا القرار - فيما يظهر - مجمل وغير مفيد للحصر؛ إذ هو مقيد في

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

بدايته بمراعاة الشريعة الإسلامية، وقد تقدم بيان الامتياز المنصوص عليه شرعاً في الديون، كما أن أنظمة الخدمة المدنية والتقاعد وغيرها أشارت - فيما سبق - إلى تقديم دين النفقة أيضاً على سائر الديون، ونص نظام التنفيذ والرهن التجاري وغيرها - كما سبق - على ديون أخرى لها امتياز مثل المرهون ومصاريف الحجز والتنفيذ، **فيكون ترتيب الديون الممتازة عند التنفيذ كما يلي:**

أولاً: ما كان حقاً للغير؛ **كالودائع والأمانات** واللقطة والعارية ونحوها، فهذا لا يعد مალًا للمفلس حتى ينظر في قسمته بين الغرماء أصلاً، فلا تدخله المفاضلة، ولا يقدم عليه شيء من الديون الممتازة، بل يجب رده لصاحبه اتفاقاً.

ثانياً: ما تعلق به حق الغير؛ **كالمرهون** الذي تعلق حق المرتهن بعينه قبل الفس فلا يساوي باقي الغرماء فيه، حتى إن الحنفية الذين منعوا رجوع البائع في عين ماله عند المفلس، أجازوا الرجوع في المرهون والوديعة وحملوا النصوص عليها كما تقدم.

ثالثاً: **من وجد عين ماله** عند المفلس بالشروط المتقدم بيانها فإنه أولى به من سائر الغرماء، ولا يقدم عليه شيء من الديون الممتازة إلا إن كان مرهوناً للغير قبل الفس، فإن الرهن أقوى فيقدم المرتهن عليه كما سبق.

رابعاً: **نفقة المفلس** ومن يعول، وكذلك ديون النفقة الواجبة على المفلس



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

لمن تلزمه نفقتهم، فهي مقدمة على غيرها من الديون كما تقدم؛ إذ لا تستقيم حياتهم بدونها، وحفظ حق الغرماء حال الإفلاس لا يقتضي إتلاف نفس المفلس أو مَنْ يعول؛ فإن حفظ النفس مقدم على حفظ المال في ترتيب الضرورات.

وقد نص المنظم - كما سبق - على تقديم النفقة، بل صرح نظام التنفيذ باستثناءها وعدم جواز الحجز على أكثر من ثلث الراتب وما في حكمه لأجلها. وهذا يعني تقديمها على سائر الديون - عدا عين مال الغير كما تقدم - فإذا وجدت أعيان مملوكة لغير المفلس بحوزته ورواتب مستحقة له، فإن نفقته تفرض من راتبه فوراً حتى قبل القسمة وقبل رد الأعيان لأصحابها أو بيعها والتنفيذ عليها، فلا تعارض بينها، وإذا لم يوجد للمفلس سوى أعيان مملوكة للغير أو مرهونة ولا تزيد قيمتها عن دين المرتهن، فحينئذ لا وجود لمال المفلس حتى تفرض له منه نفقة.

خامساً: مصروفات التنفيذ التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ مال المفلس وبيعه - ومنها الديون الناشئة عن التصفية - فتقدم على سائر الديون - التي احتيج فيها لهذه المصروفات - فيكون لها امتياز على كل الغرماء؛ لأنها - كما تقدم - تنفق لمصلحة التنفيذ الذي لا يتم بدونها، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وإلا لما أمكن التنفيذ، وهذه المصروفات قد تتقدم على المرهون إن كانت قيمته أكثر من دين المرتهن وتم بيعه والتنفيذ

عليه لذلك .

كما أنها قد تتأخر عن رواتب العمال والأجراء إن وجد مال للمفلس لا يحتاج التنفيذ عليه لمصروفات، وإلا فإن الأجراء لصالح التنفيذ كوكيل البيع أولى من الأجراء الدائنين في الأصل؛ لأنهم يعملون لمصلحتهم ولتحصيل حقوقهم. وهذا معنى زائد على المعنى المشترك بين الجميع وهو أنهم أجراء، وبهذا يتبين عدم تناقض نظام العمل الذي قدم الأجور على مصروفات التصفية، وقرار مجلس الوزراء الذي قدم مصروفات التصفية على الأجور فيما تقدم.

سادساً: أصحاب الأجور والرواتب من العمال والمستخدمين والأجراء، وبعض النظم والقوانين تقدم المبالغ المستحقة للدولة عليها؛ لأنها من الامتيازات العامة فتقدم على الخاصة، لكن في النظام السعودي - كما تقدم في قرار مجلس الوزراء آنف الذكر ونظام العمل والتنفيذ وغيرها - تقدم الأجور والرواتب على الرسوم والمستحقات العامة للدولة، وهو الأصوب؛ لأن حقوق الناس مبنية على المشاحة، وبيت المال لهم فيه شرك.

سابعاً: المبالغ المستحقة للدولة تلي ذلك في التقديم؛ لأنه لا غنى عنها في تسيير مصالح الدولة ومرافقها العامة، وتحقيق المصلحة العامة، ومنها الرسوم والضرائب المستحقة، كما تقدم.

ثامناً: سائر الغرماء فتكون المحاصة بينهم في الباقي على قدر ديونهم.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خير البريات، وآله وأصحابه الأنقياء الهداة، وبعد:

□ فقد كان من أهم وأبرز النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث ما يلي:

- ١- امتياز الديون هو: صفة تمنح صاحبها حق الأولوية والتقديم على غيره من الغرماء عند الوفاء، فتقدم الديون الممتازة على الديون العادية.
- ٢- الامتياز حق في الدين يقرره الشارع أو المنظم لسبب معين، وينقسم إلى عام، وهو: ما كان محله جميع أموال المدين، أو امتياز خاص بمال معين للمدين.
- ٣- المعسر: مَنْ ليس له مال، أما المفلس فقد يكون لديه مال لكن تستغرقه الديون، فينبههما عموم وخصوص.
- ٤- للبائع الدائن - على الصحيح عند جمهور الفقهاء - امتياز على باقي الغرماء: باختصاصه في أحقية الرجوع بعين ماله من بينهم، وفسخ العقد في العين المباعة - عند إفلاس المشتري - فيرجع فيها دون المحاصة بين الغرماء؛ لقوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس؛ فهو أحق به من غيره».

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

٥- كل مَنْ وجد عين ماله عند المفلس فيثبت له حق الامتياز بالرجوع في عين ماله دون الغرماء - ولا يختص ذلك بالبائع - فيشمل المقرض وغيره على الصحيح .

٦- إذا كانت العين - السلعة - المباعة قد تلفت بالكلية - لأي سبب كان - فالبائع حينئذ أسوة الغرماء .

٧- إذا كانت العين - السلعة - المباعة قد تلف بعضها ، أو نقصت ماليتها لذهاب صفة فيها مع بقاء عينها ؛ فالراجح أن للبائع حق الامتياز في الرجوع بالباقي من عين ماله ، ويضرب مع الغرماء بحصة التالف .

٨- إذا كانت العين - السلعة - المباعة قد تغيرت لخلطها بغير جنسها ، ولم يمكن تمييزها فإنه حينئذ لا يحق للبائع الرجوع ؛ لتعذره كما لو تلف . وأما إن تغيرت لخلطها بجنسها ؛ **فالصحيح** : بقاء حق الامتياز للبائع بالرجوع فيها .

٩ - إذا كانت العين - السلعة - المباعة قد نمت بذاتها نماء تغيرت به حقيقتها كبذور نبتت ، أو بأن عمل فيها المشتري عملاً زال به اسمها ؛ كقماش خاطه ثوباً ، ونحو ذلك ، **فالصحيح** : زوال حق الامتياز للبائع على الغرماء فليس له الرجوع فيها ، بل هو أسوة الغرماء .

١٠- إذا كانت العين - السلعة - المباعة قد زادت زيادة منفصلة ، أو متصلة غير متميزة ؛ كشجرة كبرت ونحو ذلك ، فلا تؤثر في امتياز البائع بحق



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الرجوع في الأصل دون الغرماء، ولا يلزمه شيء للزيادة على الصحيح.

١١- إذا كانت العين - السلعة - المباعة قد خرجت عن ملك المفلس وانتقلت لغيره، فلا رجوع ولا امتياز للبائع حينئذٍ، بل يكون أسوة الغرماء؛ لعدم إدراكه عين ماله عند المفلس.

١٢- إن خرجت السلعة من ملك المفلس كاملة ثم رجعت إليه فأفلس، فلا يؤثر ذلك على امتياز البائع بحق الرجوع فيها دون محاصة الغرماء على الصحيح، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.

١٣- إن تعلق بالسلعة - عين المال عند المفلس - حق للغير لا يمنع من التصرف في الرقبة، فلا يؤثر ولا يمنع من امتياز البائع بحق استرداده والرجوع فيه عن باقي الغرماء، لكن إن تعلق به حق الغير على وجه يمنع من التصرف في الرقبة؛ مثل: الرهن والشفعة، فليس للبائع حينئذٍ أن يسترد المبيع ويرجع فيه.

١٤- الراجع: سقوط حق البائع في الرجوع بالمبيع واسترداد السلعة، إن كان قد قبض بعض ثمنها.

١٥- الراجع: سقوط حق الامتياز للبائع بالرجوع في عين ماله لدى الورثة عند موت المشتري المفلس.

١٦- إذا مات البائع فينتقل حق الامتياز بالرجوع واسترداد عين المال لورثته دون الغرماء، ولا يسقط بموته على الصحيح.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

- ١٧- **الصحيح:** أن الثمن المؤجل يحل بالفلس، فيثبت للبائع حق الامتياز والرجوع بعين ماله عندئذٍ، ولو كان ثمنها مؤجلاً.
- ١٨- من باع سلعة على محجور عليه لفلس، فيملك الرجوع فيها إذا كان جاهلاً بتفليسه وإلا فلا.
- ١٩- إذا أفلس الراهن فإن للمرتهن حق الامتياز على الغرماء بضمن المرهون دونهم، فيستوفي منه حقه باتفاق العلماء.
- ٢٠- صاحب اللقطة له امتياز على الغرماء باسترداد اللقطة إن وجدها بعينها عند المفلّس، ومثله المودع ونحوه من أهل الأمانات.
- ٢١- كل من تحصل في يده مال للمفلّس - نتج على ملكه أو عن عمله - فليس له أن يستوفي حقه مما هو تحت يده من مال المفلّس؛ للفرق بينه والرهن.
- ٢٢- الرواتب والأجور من الديون الممتازة عند بعض الفقهاء، فتقدم عند الفلس على سائر الغرماء، وقد أشار لهذا نظام التنفيذ في المادة (٤٤)، والمادة (٣٦)، واللائحة (٤/٧٢)، كما قرر ذلك نظام المحكمة التجارية في المواد (١١٩، ١٥٤، ١٥٥)، وهو ما ورد مفصلاً في المادة (١٩) من نظام العمل، ويستأنس لذلك بتقرير أغلب الفقهاء امتياز العامل على الزكاة بأجرته على المستحقين لها.
- ٢٣- تعد نفقة المفلّس ومن يعول من الديون الممتازة، فتقدم على ديون



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الغرماء. وهذا مقيد بمن لا كسب له، وإلا فهي من كسبه، كما أنه مقيد بكونها أدنى شيء صالح لمثله، وبألا تكون عين مال الغرماء.

٢٤- نظرًا لأن الناس يتفاوتون في تقدير حاجتهم من النفقة، فقد نصت اللائحة (٨/٢١) من نظام التنفيذ: على أن لقاضي التنفيذ تقدير الكفاية من ذلك بأقل ما تتحقق به.

٢٥- لو قرر المفلس بأن تقدير القاضي للكفاية زائد عن حاجته الفعلية، ووافق على أن يحجز القاضي أكثر مما قدر، فيحجز قاضي التنفيذ على قدر ما يقرره المدين.

٢٦- من جملة الديون الممتازة التي تقدم على سائر الديون: مصاريف التنفيذ على المفلس، وهي: كل ما يتعلق بمصلحة الحجر والحجز والتنفيذ عليه. **ومما مثَّل له الفقهاء بذلك:** أجرة الحمال والدلال ونحوه. ومما نص عليه نظام التنفيذ من ذلك: تكاليف الإعلان في الصحف، والبيع بالمزاد، وأجور مقدمي خدمات التنفيذ المنصوص عليهم في المادة ٩٣ من نظام التنفيذ، وقد صرح المنظم بثبوت حق الامتياز لهذه المصروفات في اللائحة (٢/٥٧)، كما أشار نظام المحكمة التجارية في المواد (١١٩، ١٥٤، ١٥٥) إلى ثبوت الامتياز لها.

٢٧- إذا تم التنفيذ على مال المفلس فتبين كونه مستحقًا للغير، فيلزم المشتري رده لمالكه بواسطة قاضي التنفيذ، ثم إن كان الثمن الذي بذله

الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

المشتري موجودًا لدى المحكمة أخذه، وإلا فإنه يقدم بضمنه على سائر الغرماء؛ وله الامتياز عليهم.

٢٨- لم يخص نظام التنفيذ الديون الممتازة بباب أو فصل معين، ولم يسمها بذلك، وإنما وردت الإشارة إليها ضمناً في بعض المواد؛ مثل: المادة الحادية والعشرين، والمادة الثالثة والسبعين، وقد صرح فيها بامتياز دين النفقة على وجه الخصوص وأنها من الديون الممتازة.

٢٩- اشترط نظام التنفيذ لمنع التنفيذ على المسكن الخاص بالمفلس ألا يكون مرهوناً للدائن؛ إشارة لامتياز المرتهن بضمن الرهن كما تقدم، وقد جاء في المادة الثامنة عشرة - من نظام الرهن التجاري - تقرير امتياز المرتهن بالرهن.

٣٠- امتياز المرتهن بالعين المرهونة يعطيه حق الأولوية في استيفاء دينه منها، لا استحوازه عليها إن كانت قيمتها أكثر من دينه، بل تباع ويقدم على غيره في استيفاء دينه من ثمنها ثم يكون الباقي للغرماء - كما قرر ذلك الفقهاء - وقد أشارت اللائحة (١/٥٩) لهذا المعنى.





الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

فهرس المصادر والمراجع

- ١- اختلاف الأئمة العلماء، الوزير أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة،
الوفاة: ٥٦٠هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٣هـ، ط ١، تحقيق:
يوسف أحمد.
- ٢- الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الوفاة: ٢٠٤هـ، دار
المعرفة - بيروت - ١٣٩٣هـ، الطبعة: الثانية.
- ٣- أساس البلاغة، محمود بن عمر الخوارزمي الزمخشري، دار الفكر -
١٣٩٩هـ.
- ٤- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، يوسف بن عبد الله بن
عبد البر، الوفاة: ٤٦٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت - ٢٠٠٠م،
ط ١، تحقيق: سالم عطا - محمد معوض.
- ٥- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، الوفاة:
٩٢٦هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٢هـ - ط ١، تحقيق: د. محمد
محمد تامر.
- ٦- الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي (رسالة
دكتوراه - كلية الشريعة بالرياض)، إبراهيم التميمي، ط ١، دار ابن الجوزي،
الدمام، ١٤٣٠هـ.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

٧- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد،
علي المرداوي، الوفاة: ٨٨٥هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت،
تحقيق: محمد الفقي.

٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، الوفاة:
٩٧٠هـ، دار المعرفة - بيروت، الطبعة: الثانية.

٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، الوفاة:
٥٨٧هـ، دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢م، الطبعة: الثانية.

١٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن رشد القرطبي،
٥٩٥هـ، دار الفكر، بيروت.

١١- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير،
أبو حفص عمر بن علي الشافعي، المعروف بابن الملقن، دار الهجرة -
الرياض - ١٤٢٥هـ، ط ١، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان
وياسر بن كمال.

١٢- بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية في مجال القطاع العام
والخاص، بحث مقدم إلى الدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي
التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، (٢٥ - ٣٠) رجب ١٤١٩هـ، البحرين
على الرابط:

<http://www.kantakji.com/media/8293/1036.htm>



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

١٣- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، الوفاة: ٨٩٧هـ، دار الفكر - بيروت - ١٣٩٨هـ، الطبعة: الثانية.

١٤- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري ت: ٧٩٩هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٢هـ، خرجه وعلق عليه: جمال مرعشلي.

١٥- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الوفاة: ٧٤٣هـ، دار الكتاب الإسلامي - القاهرة - ١٣١٣هـ.

١٦- تحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه)، يحيى بن شرف النووي أبو زكريا، الوفاة: ٦٧٦هـ، دار القلم - دمشق - ١٤٠٨هـ، الطبعة: الأولى، تحقيق: عبد الغني الدقر.

١٧- تكملة رد المحتار، علاء الدين محمد بن أمين (ابن عابدين) ت: ١٣٠٦هـ.

١٨- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الوفاة: ٨٥٢هـ، المدينة المنورة - ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني.

١٩- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، يوسف بن عبد الله بن عبد البر ت: ٤٦٣هـ، وزارة الأوقاف بالمغرب ١٣٨٧هـ، تحقيق: مصطفى



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

العلوي، محمد البكري.

٢٠- تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، عبد الله بن محمد آل خنين، بحث ضمن ندوة: «أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة» بالمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، بمكة المكرمة، عام ١٤٣٦هـ.

٢١- تنفيذ الحكم القضائي في غير العقوبات، دراسة فقهية تطبيقية، خالد السرهيد، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (١٤٢٩ - ١٤٣٠ هـ).

٢٢- التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، دار الفكر المعاصر، دار الفكر - بيروت، دمشق - ١٤١٠هـ، ط ١، تحقيق: د. محمد الداية.

٢٣- الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، الوفاة: ٩٩٩هـ، المكتبة الثقافية - بيروت.

٢٤- الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الوفاة: ٢٥٦، دار ابن كثير - بيروت - ١٤٠٧هـ، ط ٣، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا.

٢٥- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، الوفاة: ١٢٢١هـ، المكتبة الإسلامية -



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

ديار بكر - تركيا .

٢٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، الوفاة: ١٢٣٠هـ، دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد عlish.

٢٧- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعيدي العدوي المالكي، الوفاة: ١١٨٩هـ، دار الفكر - بيروت - ١٤١٢هـ، تحقيق: يوسف البقاعي .

٢٨- حاشية عميرة، شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، الوفاة: ٩٥٧هـ، دار الفكر - بيروت - (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، ط ١، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات .

٢٩- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، علي بن محمد الماوردي، الوفاة: ٤٥٠هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)، ط ١، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود .

٣٠- الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله، الوفاة: ١٨٩هـ، عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٣هـ، ط ٣، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري .

٣١- درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فراموز (منلا خسرو) ت ٨٨٥هـ .



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

- ٣٢- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الكتب العلمية - بيروت، تعريب: فهمي الحسيني.
- ٣٣- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب - بيروت - ١٩٩٤م، تحقيق: محمد حجي.
- ٣٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، الوفاة: ٦٧٦هـ، المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥هـ، ط. ٢.
- ٣٥- الروضة الندية، صديق حسن خان، ت ١٣٠٧هـ، دار ابن عفان - القاهرة، ١٩٩٩م، ط. ١، تحقيق: علي الحلبي.
- ٣٦- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، محمد بن أحمد الأزهرى الهروي، الوفاة: ٣٧٠هـ، وزارة الأوقاف - الكويت - ١٣٩٩هـ، ط. ١، تحقيق: د. محمد جبر الألفي.
- ٣٧- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، الوفاة: (٢٧٥هـ)، دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- ٣٨- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، الوفاة: ٢٧٥هـ، دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.
- ٣٩- سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي، الوفاة: ٤٥٨هـ، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

٤٠- سنن الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي،
الوفاة: ٣٨٥هـ، دار المعرفة - بيروت - ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، تحقيق:
عبد الله هاشم يماني.

٤١- سنن الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي، الوفاة:
٢٥٥هـ، دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٧هـ، ط ١، تحقيق: فواز
زمرلي، خالد السبع.

٤٢- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي
الشوكاني، الوفاة: ١٢٥٠هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٥هـ،
ط ١، تحقيق: محمود إبراهيم زايد.

٤٣- شرح الخرشي على مختصر خليل، الوفاة: ١١٠٢هـ، دار الفكر
للطباعة - بيروت.

٤٤- الشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد
(المتوفى: ٦٨٢هـ).

٤٥- الشرح الكبير للرافعي، عبد الكريم الرافعي القزويني (المتوفى:
٦٢٣هـ).

٤٦- الشرح الكبير، أحمد الدردير أبو البركات، دار الفكر - بيروت،
تحقيق: محمد عlish.

٤٧- شرح مشكل الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي،



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

الوفاة: ٣٢١هـ، مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤٠٨هـ، ط ١، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.

٤٨- شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي، الوفاة: ٣٢١هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٩٩هـ، ط ١، تحقيق: محمد زهري النجار.

٤٩- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الوفاة: ١٠٥١هـ، عالم الكتب - بيروت - ١٩٩٦م، ط ٢.

٥٠- شرح ميارة الفاسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، الوفاة: ١٠٧٢هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٠هـ، ط ١، تحقيق: عبد اللطيف حسن.

٥١- شروط استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي، د. عدلان غازي الشمراني، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد (٣٩) رجب ١٤٢٣هـ، (ص ٣٢٧ - ٤٣٠).

٥٢- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان أبو حاتم البستي، الوفاة: ٣٥٤هـ، الرسالة - بيروت - ١٤١٤هـ، ط ٢، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.

٥٣- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري،



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

الوفاة: ٢٦١هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

٥٤- طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، أبو حفص عمر بن محمد النسفي، الوفاة: ٥٣٧هـ، دار النفائس - عمان - ١٤١٦هـ، تحقيق: خالد العك.

٥٥- علل الحديث، عبد الرحمن بن محمد بن مهران الرازي، ت ٣٢٧هـ، دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٥هـ، تحقيق: محب الدين الخطيب.

٥٦- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين محمود بن أحمد العيني، الوفاة: ٨٥٥هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٥٧- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد البابر، (المتوفى: ٧٨٦هـ).

٥٨- الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل أبي حنيفة، عمر الغزنوي، مكتبة أبي حنيفة - بيروت - ١٩٨٨م، ط ٢، تحقيق: محمد زاهد الكوثري.

٥٩- الفتاوى الهندية في مذهب أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر - ١٤١١هـ.

٦٠- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، الوفاة: ٨٥٢هـ، دار المعرفة - بيروت، تحقيق: محب الدين الخطيب.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

- ٦١-** فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، زكريا الأنصاري، دار الفكر - بيروت.
- ٦٢-** الفروع وتصحيح الفروع، محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، الوفاة: ٧٦٢هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٨هـ، ط ١، تحقيق: حازم القاضي.
- ٦٣-** القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، الوفاة: ٧٤١هـ.
- ٦٤-** الكافي في فقه الإمام أحمد، عبد الله بن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٦٥-** الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الوفاة: ٤٦٣هـ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٧هـ، ط ١.
- ٦٦-** كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، الوفاة: ١٠٥١هـ، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢هـ، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.
- ٦٧-** لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر - بيروت، ط ١.
- ٦٨-** المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، الوفاة: ٨٨٤هـ، المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٠هـ.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

٦٩- المبسوط، شمس الدين السرخسي، الوفاة: ٤٨٣هـ، دار المعرفة - بيروت.

٧٠- متن بداية المبتدي في فقه أبي حنيفة، برهان الدين علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، الوفاة: ٥٩٣هـ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة.

٧١- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، مكتبة لبنان ١٤١٥هـ، ت: محمود خاطر.

٧٢- مسند الإمام أحمد بن حنبل، الوفاة: ٢٤١هـ، مؤسسة قرطبة - مصر.

٧٣- المطلع على أبواب المقنع، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله، الوفاة: ٧٠٩هـ، المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠١هـ، تحقيق: محمد بشير الأدلبي.

٧٤- معجم جامع الأصول في أحاديث الرسول، ابن الأثير الجزري، الوفاة: ٥٤٤هـ.

٧٥- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، نزيه حماد، ط٣، ١٤١٥هـ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض.

٧٦- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الجيل - بيروت - لبنان - ١٤٢٠هـ، ط٢، تحقيق: عبد السلام هارون.



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلّس

٧٧- المعجم الوسيط (١ + ٢)، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات /
حامد عبد القادر / محمد النجار، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة
العربية.

٧٨- معين الحكام، علي بن خليل الطرابلسي، أبو الحسن، علاء الدين
(ت: ٨٤٤هـ)

٧٩- المغني، عبد الله بن قدامة المقدسي ت ٦٢٠، دار الفكر بيروت -
١٤٠٥، ط ١.

٨٠- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني، دار
الفكر - بيروت.

٨١- منح الجليل شرح على مختصر خليل، محمد عيش، دار الفكر
بيروت ١٤٠٩هـ.

٨٢- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب محمد بن
عبد الرحمن المغربي أبي عبد الله، الوفاة: ٩٥٤هـ، دار الفكر - بيروت
- ١٣٩٨، الطبعة: الثانية

٨٣- الموسوعة العربية

http://www.arab-ency.com/_/details.law.php?full=1&nid=163551.

٨٤- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية



الديون الممتازة في التنفيذ على أموال المفلس

بدولة الكويت، الجزء الخامس (إشراف-إقالة)، ط ٢، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٤٠٦هـ.

٨٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن شهاب الدين الرملي، الوفاة: ١٠٠٤هـ، دار الفكر للطباعة - بيروت - ١٤٠٤هـ.

٨٦- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، محمد ابن علي الشوكاني، الوفاة: ١٢٥٥هـ، دار الجيل - بيروت - ١٩٧٣م.

٨٧- الوسيط في المذهب، محمد الغزالي أبو حامد، الوفاة: ٥٠٥هـ، دار السلام - القاهرة - ١٤١٧هـ، ط ١، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر.



QADHA MAGAZINE

Rajab 1438 April 2017 The Eighth Issue

رقم الإيداع: ٣٣١٥ / ١٤٣٥
ردمء: ٦٧٣٥ - ١٦٥٨