



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



فضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الخامس والعشرون • ربيع الأول ١٤٤٣هـ • نوفمبر ٢٠٢١م

أثر القواعد الفقهية في تسبب الأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية (دراسة تطبيقية في قضايا الأحوال الشخصية)
د. راشد بن محسن آل لحيان

الفروق الفقهية بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة جمعاً ودراسة
د. عبد العزيز بن سليمان العيسى

المضامين الدستورية في كتاب الطرق الحكيمة وتطبيقاتها في النظام الأساسي للحكم
د. حازم بن عبد الرحمن البسام

التأمين البحري وفقاً للنظام البحري التجاري السعودي دراسة تحليلية
د. خالد بن مرزوق الذيابي

التعويض عن فوات الأسهم
أ. د. فهد بن عبد الرحمن يحيى

رسالة في التعزير تحقيقاً ودراسة - القسم الأول
د. عبد العزيز بن فهد بن داود

رسالة في التعزير تحقيقاً ودراسة - القسم الثاني
د. حمود بن سعدون البحيران

أثر جائحة فايروس كورونا المستجد على العقود الآجلة المعاصرة
د. نبيل صلاح ناجي الرادادي

أحكام المصافحة في زمن الأوبئة (وباء كورونا أنموذجاً) دراسة فقهية
د. سليمان بن عبد الله التركي

قضاء

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الخامس والعشرون • ربيع الأول ١٤٤٣هـ • نوفمبر ٢٠٢١م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

🐦 qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٣هـ (٢٠٢١م)
تعتبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند
قبول البحث للنشر تؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

الرقم الدولي المعياري: (ردمد: ISSN 1658-6735)

هيئة التحرير

رئيس التحرير

أ. د. عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْعَمْرَانِيّ

أستاذ الفقه بكلية الشريعة
في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

أعضاء هيئة التحرير

أ. د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُصْلِح

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

أ. د. عَبْدُ الْوَاحِدِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْمَرْزُوق

عميد كلية الشريعة والقانون
في جامعة الإمام عبد الرحمن بن فيصل

أ. د. مُحَمَّدُ بْنُ جَبْرِ الْأَلْفِيّ

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

د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدِ آلِ عَسْكَر

قاضي استئناف

عَبْدُ الْإِلَهِ بْنُ إِبْرَاهِيمِ الْعَرَوَان

قاضي استئناف - سابقاً -

أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيّ

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

د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُهَيَّب

أستاذ الفقه المشارك بكلية الشريعة
في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

د. عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنِ نَاصِرِ التَّمِيمِيّ

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

د. خَالِدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعَمِير

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

ضوابط النشر في مجلة قضاء

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

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

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

المرحلة الثانية:

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

المرحلة الثالثة:

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

المرحلة الرابعة:

مراجعة البحث وتدقيقه ختامًا بعد وصول النسخة النهائية من قبل الباحث، وفحصه فحصًا يجعله صالحًا للنشر، وإرسال نسخة للباحث لمراجعتها قبل نشرها وإبداء رأيه فيها.

محتويات العدد

٧ | كلمة رئيس التحرير

٩ | التعويض عن فوات الأسهم
أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى

٦٩ | رسالة في التعزير - تحقيقاً ودراسة - القسم الأول
د. عبد العزيز بن فهد بن داود

١٤٧ | رسالة في التعزير - تحقيقاً ودراسة - القسم الثاني
د. حمود بن سعدون البحيران

٢٢٧ | أثر جائحة فيروس كورونا المستجد على العقود الآجلة المعاصرة
د. نبيل صلاح ناجي الرادادي

٢٩١ | أحكام المصافحة في زمن الأوبئة (وباء كورونا أنموذجاً) دراسة فقهية
د. سليمان بن عبد الله التركي

٣٤٧ | أثر القواعد الفقهية في تسبيب الأحكام القضائية في المملكة العربية
السعودية (دراسة تطبيقية في قضايا الأحوال الشخصية)
د. راشد بن محسن آل لحيان

٤٠١ | الفروق الفقهية بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة
- جمعاً ودراسة
د. عبد العزيز بن سليمان العيسى

٤٦٧ | المضامين الدستورية في كتاب الطرق الحكيمة وتطبيقاتها في النظام
الأساسي للحكم
د. حازم بن عبد الرحمن البسام

٥٢٥ | التأمين البحري وفقاً للنظام البحري التجاري السعودي - دراسة تحليلية -
د. خالد بن مرزوق بن سراج الذيابي



كلمة رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فقد حوى هذا العدد -الخامس والعشرون- من مجلتكم العلمية مجلة قضاء، تسعة بحوث علمية محكمة، من البحوث القضائية والعلوم المتصلة بها، والداعمة لقضاياها، والدارسة لنوازل الجائحة وآثارها الفقهية، وبحث القضايا المعاصرة.

وتتابع مجلتكم من خلال بحوثها في هذا العدد النوازل المتعلقة بالجوانب القضائية والعدلية والنظامية، مما يعين القارئ لهذه البحوث في أمور دينه ودينه، وهذا شأن المعنيين بالعلم الشرعي، من الباحثين والعلماء الذين ينهلون من معين هذه الشريعة المباركة الصالحة لكل زمان ومكان، وبما يحقق مصالح الناس في معاشهم ومعادهم.

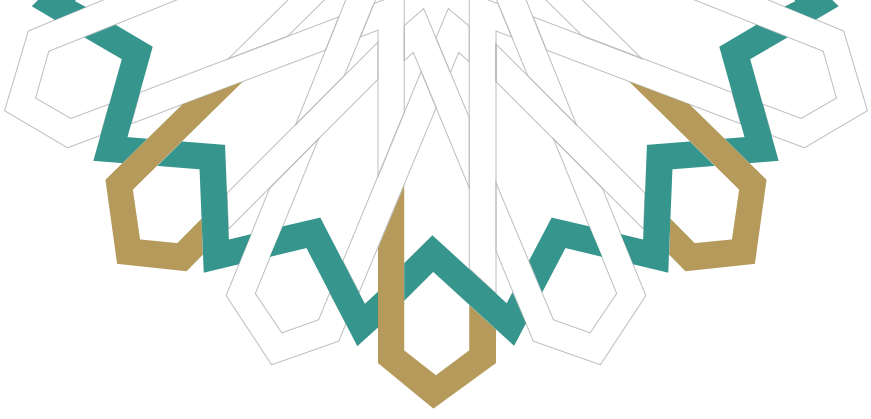
والشكر موصول للجمعية العلمية القضائية السعودية على برامجها المتميزة التي تصب في خدمة القضاء والقضاة، وإعداد الدراسات القضائية ونشرها، في ظل ما تشهده المملكة العربية السعودية -حرسها الله وحفظها وحماها- من تطور كبير في شتى المجالات، بما يحقق التنمية، ويلبي حاجة المجتمع.

والله نسأل أن يحفظ لنا ديننا، وولاية أمرنا، وعلماءنا، وأن يتقبل منا ومن
الباحثين، ويرزقنا الإخلاص في القول والعمل.
وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس تحرير مجلة قضاء

أ. د. عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْعِمْرَانِيَّ





التعويض عن فوات الأسهم

أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى
أستاذ الفقه
بجامعة القصيم

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد:

فقد يعترى الأسهم تفويت من قبل وسيط التعامل في السوق المالية^(١)، وهذا التفويت هو نوع من التعدي على الأسهم، وله صور وأشكال متعددة، كتفويض أمر بيع بدون إذن أو بسبب خطأ إجرائي أو تقني أو تجميد للتعامل بالأسهم أو بالمحفظة، أو تعليقها، أو زوالها عن شاشة التداول إلى غير ذلك. وهذا التعدي له أحكام في الفقه الإسلامي يحتاجها المتعامل بتلك الأسهم، كما تحتاجها الجهات القضائية المنوط بها الفصل في منازعات الأسهم.

ولأهمية هذا الموضوع فقد رأيت الكتابة فيه؛ ولاسيما مع قلة الدراسات الفقهية فيه.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة فقهية في هذا الموضوع، سوى دراسة واحدة، وهي بعنوان: حقيقة السهم وأثره في التعويض عنه عند بيعه، د. زيد الشثري، في مجلة قضاء - العدد الرابع عشر.

وهي دراسة قيمة؛ ولكنها لا تغني عن دراسة الموضوع مرة أخرى؛ نظراً لقلة الدراسات فيه، مع أنه موضوع مهم ودقيق، كما أن التناول للموضوع

(١) أي: شركات الوساطة المالية ومن أشهرها البنوك.

من جوانب متعددة وبرؤى متنوعة مما تقتضيه الموضوعات المعاصرة لإثراء الاجتهاد فيها.

خطة البحث:

يشتمل البحث على تمهيد ومبحثين وخاتمة:

التمهيد: في التعريف بمفردات العنوان وحالات الفوات.

المبحث الأول: التأصيل لنظرية المثلي والقيمي:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التقسيم إلى مثلي وقيمي.

المطلب الثاني: نوع الضمان (التعويض) في (المثلي والقيمي).

المطلب الثالث: توصيف الأسهم من حيث المثلية والقيمية.

المبحث الثاني: كيفية التعويض في فوات الأسهم:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مبادئ التعويض في فوات الأسهم.

المطلب الثاني: التعويض عن نقص قيمة الأسهم.

المطلب الثالث: وقت التقويم في التعويض في قضايا الأسهم.

المطلب الرابع: مخرج شرعي لجميع حالات التعويض.

الخاتمة:

في أهم نتائج البحث.

منهجية البحث:

انتهجت في عرض المسائل الفقهية المنهج الفقهي المتعارف عليه، بتصوير المسألة وعرض الخلاف فيها بين المذاهب الأربعة بإيجاز، ثم الترجيح أو عرض رأي الباحث، مع العناية بالتوثيق من المصادر والمراجع الأصيلة، وعزو الآيات، وتخريج الأحاديث بإيجاز، والتعريف بالمصطلحات، والغريب.

أسأل الله تعالى التوفيق والسداد.

التمهيد

في التعريف بمفردات العنوان وحالات الفوات

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالتعويض والفوات والأسهم:

التعويض:

في اللغة أصله (عَوَّضَ)، يقال: عاض يعوض عوضاً، فالتعويض مصدر الفعل المضعف (عَوَّضَ)، كقولهم: عَوَّضْتُهُ مِنْ هَبْتِهِ خَيْراً، وَعَوَّضْتُهُ إِذَا أَعْطَيْتَهُ بَدَلَ مَا ذَهَبَ مِنْهُ، وَالْعَوَّضُ: الْبَدَلُ^(١).

وليس للتعويض معنى اصطلاحى خاص: إذ استعماله سواء من الفقهاء أو من غيرهم هو كما في وضعه اللغوي ومعناه السابق.

الفوات:

في اللغة أصله (فَوَّتَ)، وهو خلاف إدراك الشيء والوصول إليه، يقال: فَاتَنِي الْأَمْرُ فَوْتًا، وَفَوَاتًا، أَي: ذَهَبَ عَنِّي^(٢).

وقد استعمل الفقهاء الفوات بمشتقاته بمعناه اللغوي، كفوات الفرائض والنوافل ونحو ذلك، واستعملوه أيضاً في كتاب الحج (أو كتاب المناسك) كمصطلح لفوات الحج، فنجد بعضهم يلحق باباً بالمناسك اسمه (الفوات)

(١) تهذيب اللغة (٣/٤٤)، مقاييس اللغة (٤/٨٨١)، لسان العرب (٧/٩٢١).

(٢) مقاييس اللغة (٤/٤٥٧)، المحكم (٩/٥٤٠).

أو (الفوات والإحصار)، وهو لا يختلف عن المعنى اللغوي، ولكن يخصصه في هذا السياق بفوات الحج لفوات وقته^(١).

الأسهم:

في اللغة الأسهم جمع سهم، والسهم: النصيب، ويُجمع السهم على أسهم وسهام وسهمان^(٢).

وأما تعريف السهم في الاصطلاح؛ فإنه مصطلح حادث، وقد عرّفته كتب القانون بأنه صك يمثل حصة في رأس مال شركة المساهمة^(٣).

المطلب الثاني: المقصود بعنوان البحث مركباً:

أقصد بهذا العنوان (التعويض عن فوات الأسهم) هو الدراسة الفقهية لقواعد وأحكام التعويض في حالات فوات الأسهم، والتي ينتج عنها حرمان مالك السهم أو الأسهم من الانتفاع بها مطلقاً أو فترة من الزمن.

وهذا التفويت يُعبّر عنه البعض بإتلاف الأسهم، وهو تعبير فيه تجوّز إذ الأسهم لا تتلف أصلاً؛ ولكن ملكيتها تنتقل إلى آخر، أو يحدث لها تجميد

(١) انظر: البحر الرائق (٣/٦١)، مواهب الجليل (٣/٢٠١) المجموع شرح المهذب (٨/٢٨٥)، كشاف القناع (٢/٥٢٣)، المطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٢٤١).

(٢) لسان العرب (١٢/٣١٤)، النهاية في غريب الأثر (٢/٤٢٩).

(٣) انظر أساسيات القانون التجاري ص ٤٢٨، مبادئ القانون التجاري (ص: ١٢٨)، القانون التجاري السعودي (ص: ٢٥٩)، الوجيز في النظام التجاري السعودي (ص: ٢٠٠)، القاموس القانوني الثلاثي (ص: ٩٨٣)، النظام القانوني للشركات المساهمة في دول مجلس التعاون (ص: ٩٤).

للتعامل بها، أو ربما أحياناً تزول عن شاشة التداول وإن كانت في حقيقة الحال موجودة.

وعلى كل حال فلا مشاحة في الاصطلاح؛ ولكن التعبير الذي أُفضّله هو التعبير بتفويت الأسهم من قبل الوسيط على مالك الأسهم أو العميل.

المطلب الثالث: حالات فوات الأسهم:

يقتضي التصوير لمحل البحث بيان حالات التعويض للأسهم، أي: متى نحتاج إلى التعويض عن الأسهم؟

تفويت الأسهم من قبل وسيط التعامل في السوق المالية له صور وأشكال متعددة، فحالات فوات الأسهم كثيرة، ومن العسير استيفائها؛ لكن يهمننا هنا ما يحقق المقصود وهو تصوّر محل البحث ومشكلته، وذلك بالتمثيل لبعض حالات فوات الأسهم.

فمن أهم حالات فوات الأسهم:

١. البيع دون إذن العميل مع إيداع الثمن في رصيده.
٢. البيع دون إذن العميل مع عدم إيداع الثمن في رصيده.
٣. التأخر في تخصيص الأسهم بعد عملية الشراء.
٤. التأخر في تخصيص قيمة الأسهم بعد عملية البيع.
٥. كشف الحساب (فرض مديونية أو بمعنى سالب على حساب العميل).

٦. حجز الأسهم بسبب خلل النظام.
٧. الحرمان من التصرف في الأسهم بحجز أو رهن بغير حق.
٨. عدم الإشعار بالتنفيذ (عدم قيام الوسيط بإشعار عميله بمصير أمره)^(١).



(١) انظر: موقع لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية السعودية:

<https://crsd.org.sa/ar/ResolutionsCommittee/Pages/default.aspx>.

المبحث الأول التأصيل لنظرية المثلي والقيمي

نظراً إلى أن مبدأ التعويض في الفقه الإسلامي له علاقة مباشرة بتوصيف المال من حيث كونه مثلياً أو قيمياً؛ جاء هذا المبحث كقاعدة ضرورية للمبحث الذي يليه.

المطلب الأول: التقسيم إلى مثلي وقيمي:

قسّم العلماء الأموال إلى قسمين:

قسم اصطلاح على تسميته مثلياً، والقسم الآخر هو القيمي.

ويقصدون بالمثلي: ما تماثلت أفراده بلا فرق بين بينها، ومن أمثله المكيلات كالحبوب من جنس واحد والموزونات من جنس واحد.

وأما القيمي فهو: ما لم تتماثل أفراده فلا يقوم بعضها مقام بعض، ويمثل له المتقدمون بالثياب والأواني والدور، والأراضي والأشجار والحيوانات ونحوها^(١).

وقد صاغت مجلة الأحكام العدلية الفرق بين المثلي والقيمي بما يلي:

المثلي: ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يُعتد به كالكيل والموزون والعدديات المتقاربة مثل الجوز والبيض.

(١) انظر: المنتقى للباجي (٥/٢٧٣)، روضة الطالبين (٤/١٠٨).

القيميُّ: ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة كالمثلي المخلوط بغيره وهو مثل الحنطة المخلوطة بشعير أو ذرة كما مر معنا، والخيل والحمير والغنم، والبقر والبطيخ وكتب الخط وما أشبه ذلك من الأشياء التي يوجد تفاوت بين أفرادها بحيث تتفاوت في الأثمان تفاوتاً بعيداً^(١).

ولكن مما ينبغي التنبه له أن ما عدّه المتقدمون قيماً لعدم تماثله يمكن عدّه من المثليات لتحقق التماثل فيه في هذا العصر الذي تقدمت فيه الصناعات، حيث تصنع الآلة في المصانع من الصنف الواحد آفاقاً لا يمكن التفريق بينها، بل التماثل بينها قد يفوق التماثل بين المكيلات والموزونات عند المتقدمين.

المطلب الثاني: نوع الضمان (التعويض) في هذين القسمين (المثلي والقيمي):

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الضمان في القسم الأول (المثلي):

إذا تحقق أن المال مثلي فإن ضمانه يكون بمثله باتفاق أهل العلم إلا إذا عدم المثل فإنه يصار حينئذٍ إلى القيمة.

قال ابن عبد البر على حديث: ((طعام بطعام)) الذي سيأتي ذكره:

في هذا الحديث طعام مثل طعام مجتمع على استعماله والقول به في كل مطعوم مكيل أو موزون مأكول أو مشروب إنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته..

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/١٠٥) المادتان: ١٤٥، ١٤٦.

إلى أن قال: وقد أجمعوا على المثل في المكيلات والموزونات متى وجد المثل^(١).

وقال ابن رشد: «فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أن على الغاصب المثل، أعني مثل ما استهلك صفة ووزناً»^(٢).

وقال ابن قدامة: «وما تتماثل أجزاءه، وتتقارب صفاته، كالدرهم والدنانير والحبوب والأدهان، ضمن بمثله. بغير خلاف»^(٣).

الفرع الثاني: الضمان في القسم الثاني (القيمي):

إذا اعتبرنا المال قيمياً بحسب التقسيم السابق فهل يكون ضمانه بمثله؟ أم بقيمته؟ أم بماذا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ضمان المتلفات بالمثل بحسب الإمكان مع اعتبار القيمة.

وهو رواية عن الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ^(٤) اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(٥).

(١) التمهيد (١٤/٢٨٨).

(٢) بداية المجتهد (٢/٢٥٩).

(٣) المغني (٧/٣٦١)، وانظر: مراتب الإجماع لابن حزم (ص: ١٠٠)، الإنصاف (٦/١٩١).

(٤) الإنصاف (٦/١٩١).

(٥) الإنصاف (٦/١٩٣)، الاختيارات (ص: ١٦٥)، قال في الفتاوى (٢٠/٥٦٣): «إن جميع المتلفات تضمن بالجنس بحسب الإمكان مع مراعاة القيمة حتى الحيوان»، وقال في الفتاوى (٣٠/٣٣٣): «ولا ريب أن ضمان المال بجنسه مع اعتبار القيمة أقرب إلى العدل من ضمانه بغير جنسه».

كما رجحها ابن القيم كما في إعلام الموقعين (١/٣٢٣)، تهذيب السنن (٦/٣٤١).

وبه قال أهل الظاهر^(١)، وروى عن جماعة من السلف^(٢).
 القول الثاني: أن ما كان من الأموال ليس مثلياً فإنه يضمن بالقيمة.
 وبه قال الجمهور من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦).
 أدلة القول الأول (الضمان بالمثل ما أمكن):
 الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾^(٧).

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه أثنى على حكم سليمان حين قضى على أصحاب الغنم بالمثل وهو أن يعيدوا البستان كما كان، ودفع لأصحاب البستان الغنم يستغلونها حتى يعود بستانهم كما كان في مقابل الغلة التي تفوتهم إلى حين عودة البستان كما كان، فإذا عاد ردوا عليهم غنمهم^(٨)، فهذا حكم بالمثل فيما يعتبره المخالفون ليس مثلياً.

(١) المحلى (٨/ ١٤٠).

(٢) المحلى (٨/ ١٤٠).

(٣) المبسوط (١١/ ٥١)، بدائع الصنائع (٧/ ١٥٠).

(٤) المدونة (٥/ ٣٥٣)، مواهب الجليل (٥/ ٢٨١).

(٥) الأم (٣/ ٢٤٦)، روضة الطالبين (٤/ ١٠٧).

(٦) المغني (٧/ ٣٦١)، الإنصاف (٦/ ١٩٣).

(٧) الآيتان (٧٨ - ٧٩) من سورة الأنبياء.

(٨) انظر: الفتاوى (٣٠/ ٣٣٣)، تهذيب السنن (٦/ ٣٤١)، وفي بيان قضاء سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ انظر ما قاله المفسرون على الآية: كالطبري (١٧/ ٥١) ط. دار الفكر، فقد روى بسنده عن ابن مسعود ثم عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمُ نحو هذا التفصيل.

الدليل الثاني:

قول الله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى نص على ضمان الصيد بمثله من النعم، ومعلوم أن المماثلة بين بغير وبغير أعظم من المماثلة بين النعامة والبغير، والمماثلة بين شاة وشاة أعظم منها بين طير وشاة^(٢).

الدليل الثالث:

أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استسلف من أعرابي بكرراً فجاء يريد حقه فقال: ((أعطوه سنناً مثل سنه... الحديث))^(٣).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هنا اعتبر المثل ولم يعتبر القيمة، والحيوانات تعتبر عند المخالف ما لا قيماً.

الدليل الرابع:

عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ مَعَ خَادِمٍ بِقِصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ، فَضْرَبَتْ بِيَدِهَا فَكَسَرَتْ الْقِصْعَةَ، فَضَمَّهَا وَجَعَلَ فِيهَا الطَّعَامَ، وَقَالَ: ((كَلُوا)) وَحَبَسَ الرَّسُولُ وَالْقِصْعَةَ حَتَّى فَرَّغُوا، فَدَفَعَ الْقِصْعَةَ الصَّحِيحَةَ وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ^(٤).

(١) آية (٩٥) من سورة المائدة.

(٢) انظر: إعلام الموقعين (١/٣٢٣).

(٣) جاء عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَتَّفَقاً عَلَيْهِ: البخاري (٢٣٠٥)، مسلم (١٦٠١)، وجاء عند مسلم (١٦٠٠) من حديث أبي رافع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٨١).

وفي رواية^(١) قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((طعام بطعام، وإناء بإناء)).
وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في القصة بمثلها
وهذا حكم بالقيمي بمثله؛ بل أعطى حكماً عاماً أن الإناء يضمن بإناء مثله
والأواني لا تعتبر مثلية عند الجمهور.

ونوقش الاستدلال بحديث أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من وجهين:

الأول: أن هذا يشبه أن يكون من باب المعونة والإصلاح، فإن هذا طعام
وإناء حملاً من بيت صافية، وما كان في بيوت أزواجه من طعام ونحوه، فإن
الظاهر منه والغالب عليه أنه ملك رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وللمرء أن
يحكم في ملكه وفيما تحت يده مما يجري مجرى الأملاك فيما يراه أرفق وأقرب
إلى الإصلاح، وليس ذلك من باب ما يحمل عليه الناس من حكم الحكام في
أبواب الحقوق والأموال.

الثاني: أن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث بالقصة إلى صافية برضا عائشة
رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا؛ بدليل أنه بعث بقصة سليمة وأبقى القصة المكسورة، وهذا
لا يجب؛ فثبت أنه عن رضا منها به^(٢).

ويمكن الجواب عنه من وجهين:

(١) عند الترمذي (١٣٥٩) وقال الترمذي: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ»، وصححها
الألباني في صحيح الترمذي.

(٢) انظر: معالم السنن (٣/٨٢٨)، المنتقى (٥/٢٧٣)، وتعيين المرأتين في الحديث بصفية
وعائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا جاء في رواية عند أبي داود برقم (٣٥٦٨) وفي سندها ضعف.

الأول: أن الأصل في أفعاله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأحكامه التأسي به، وما دام قد حكم فيها ولو على وجه خاص بالمثل فهو أقرب إلى العدل فالأخذ به أولى.

الثاني: أنه أعطى قاعدة عامة أن الإناء يضمن بالإناء، والطعام بالطعام، وهذا لفظ مطلق لم يأت ما يقيد به.

أدلة القول الثاني (الضمان بالقيمة):

الدليل الأول:

عن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد قيمة عدل، فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق عليه، وإلا فقد عتق منه ما عتق))^(١).

وجه الاستدلال: أن الرسول عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل^(٢).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

١. أن هذا ليس من باب ضمان المتلفات بالقيمة، بل هو من باب تملك مال الغير بقيمته، كتملك الشقص المشفوع بثمنه، فإن نصيب الشريك يقدر دخوله في ملك المعتق، ثم يعتق عليه بعد ذلك، وذلك بعد أداء حصة الشريك على الصحيح من أقوال أهل العلم.

(١) رواه البخاري (٢٤٩١، ٢٥٠٣)، مسلم (١٥٠١).

(٢) المغني (٣٦٢/٧).

٢. أن الاستدلال بالعتق باطل، ذلك أنه لا يعتبر إتلافاً بخلاف ما لو قتله، فلو ثبت بالنص أنه حكم في القتل بضمان العبد بالقيمة دون المثل كان حجة، وليس ثم.

٣. على التسليم بأن العتق إتلاف فهو إتلاف لبعض العين، وفرق بين إتلاف البعض وإتلاف الكل، فإذا صح الحكم بالقيمة في إتلاف البعض، فلا يلزم منه بحال أن يكون إتلاف الكل كذلك.

٤. أن الرسول عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لم يُضْمَنِ المعسر شيئاً وهذا يدل على أن الحديث ليس وارداً في ضمان المتلفات، فلو كان من باب ضمان المتلفات لزم تضمين المعتق موسراً كان أو معسراً^(١).

الدليل الثاني من أدلة القائلين بالقيمة:

أن القيمة أعدل لأنها تستوعب جميع صفاته، ولا يكاد يجد مثل ما أتلف على جميع صفاته^(٢).

ويناقش: بأن القول بالمثل ما أمكن أقرب إلى العدل إذا قيل بأن صاحب الحق مخير بين القيمة والمثل.

الترجيح:

بالنظر إلى القولين: القول بضمان القيمي بمثله، والقول بضمانه بقيمته؛ يمكن أن نحصر الخلاف في دائرة أضيق مما قد يتبادر إلى الناظر إليهما.

(١) انظر في هذه الوجوه: تهذيب السنن (٦/٣٣٩-٣٤٠)، المحلى (٨/١٤٠-١٤١).

(٢) المنتقى (٥/٢٧٣).

ذلك أن كلاً من القولين لا يخالف في أن ما لا يمكن مماثلته فإنه يصار فيه إلى القيمة، وعليه فالقول بضمان القيمي بمثله لا يمكن إطلاقه، ولكن الخلاف سيكون في إدخال بعض الصور فيما يصح فيه المثل أو عدم إدخالها. فالقول بضمان القيمي بمثله يوسع هذه الدائرة في مقابل حصرها لدى القول الآخر بأضيق منها وهو قول الجمهور^(١).

وقبل الموازنة بين القولين لا بد من إجابة على هذا السؤال:

هل ثمَّ حاجة للتقسيم بين مثلي وقيمي؟

ربما تساءل البعض مثل هذا التساؤل، وربما قيل أيضاً لماذا لا نجعل القيمة هي المرجع دائماً؟ وأنا ممن خطر لي مثل هذه التساؤلات فوقفت متأملاً، ثم بدا لي أن هذا التقسيم لا مناص منه لما يلي:

١. أن الأصل في الضمان هو المثل، «لأن ضمان الإلتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل، فعند الإمكان يجب العمل بالمثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى، وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة»^(٢).

(١) ومما يوضح هذا أن المتقدمين عدوا الثياب مما ليس بمثلي لتعذر التماثل في نظرهم بين ثوب وثوب؛ غير أننا في هذا العصر نجد المصانع والمشاغل تنتج الآلاف من المتماثلات في الثياب والأقمشة والأواني والسيارات وأصناف كثيرة، وقد أشرت إلى نحو هذا في مطلع هذه المسألة، كما يوضح ذلك اختلاف العلماء في ضابط المثلي؛ انظر على سبيل المثال: روضة الطالبين (٤/١٠٨).

(٢) بدائع الصنائع (٧/١٦٨).

٢. أننا في حالة ضمان المثلث (وما في حكمه) أو التعويض عنه ليس لنا إلا طريقتان: طريقة التقسيم كما تقدم عن كافة أهل العلم^(١).
والطريقة الأخرى طريقة التقييم أي الاكتفاء بالقيمة دائماً دون النظر إلى أي تقسيم^(٢).

وقد تقدم حكاية الإجماع عن ابن عبد البر وابن قدامة وغيرهما في ضمان المثلي بمثله، فالقول بخلاف التقسيم (مثلي وقيمي) واعتماد القيمة في كل حال مقتضاه مخالفة هذا الإجماع.

٣. أننا على كلا الطريقتين لا بد من معيار أو مرجع للتقييم، ومن الطبيعي أن يكون هذا المعيار غير قابل للتقييم وإلا لزم الدور كما يقول أهل المنطق، ومعنى هذا فمعيار التقييم سيكون من القسم المثلي، وهذا إقرار بوجود قسمين من الأموال مثلي وقيمي.

فإن قيل: إن التقييم يكون بالنقد فقط فلا وجود لمثلي آخر.

فيقال: أولاً: مهما يكن فهو إقرار بوجود هذا المثلي، وهو ينقض اعتبار الأموال قسماً واحداً (قيماً فقط).

ثانياً: الاكتفاء بالتقييم بالنقد فقط تحكُّمٌ يفتقر إلى الدليل، وإذا أمكن تصوُّره وتقنينه في هذا العصر لشيوع النقد بل واعتباره هو وسيلة التبادل

(١) حتى وإن اختلفوا في صور كثيرة من حيث إلحاقها بأحد القسمين فهم متفقون على منهجية التقسيم كما تقدم.

(٢) قد يقال: بقيت طريقة ثالثة وهي الاكتفاء بالمثل كما اكتفيت بالقيمة، فيقال: هذا مستحيل لأن المثل قد يتعذر في صور وحالات كثيرة، ولم أجد أحداً قال به بإطلاق.

المعتمدة؛ فإن عصر التشريع لم يكن النقد فيه هو الوسيلة الوحيدة للتقييم والتبادل، وهكذا الحال في عصور سابقة قريبة جداً؛ بل وفي مناطق من العالم الآن - وإن كانت محدودة - قد لا يتوفر النقد لديها دائماً، ولا يسع الفقيه أبداً أن يلغي المعبر في عصر التشريع، والذي قد يتكرر أيضاً في عصور لاحقة. ثالثاً: أنه مخالف للإجماع الذي تقدم.

الموازنة بين قول الجمهور وغيرهم في ضمان القيمي:

بعد العرض والتوضيح السابق نأتي إلى قول الجمهور فيما تقدم حين اعتبروا ضمان القيمي بقيمته بينما ذهب الآخرون إلى ضمانه بمثله مع اعتبار القيمة.

إذا تأملنا مراعاة العدل فإن المثل إذا أمكن أن يُصار إليه فهو الأعدل، وقد نص الجمهور على أن كون المثلي إنما يضمن بمثله لكونه أقرب إلى العدل من ضمانه بالقيمة.

ومن هنا نفهم أن الجمهور إنما لم يحكموا في القيمي بمثله؛ لأنه في نظرهم ليس عدلاً في جانب صاحب الحق، حيث قد لا يكون المثل مساوياً للمتلف. ولكن القول الآخر فيه مراعاة للعدل من الوجهين: من حيث حصول صاحب الحق على مثل لحقه قدر الإمكان، ومن حيث مراعاة القيمة عند ذلك، بمعنى ألا يكون هذا المثل أقل من المتلف في قيمته.

لكن هل معنى القول الأول أن يخير صاحب الحق بين قيمته ومثله؟ أو يحكم له بالمثل وليس له خيار؟

لم أجد من صرح بشيء من ذلك، غير أن المتأمل قد يميل إلى منح صاحب الحق الخيار بين القيمة والمثل فذلك أعدل من إلزامه بأحدهما، ولعل هذا هو مقتضى قول الجمهور فلو تأملنا قول الخطابي في توجيه حديث القصة الذي تقدم، حيث قال: «إن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث بالقصة إلى صفية برضا عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا».

فيُفهم من هذا أن صاحب الحق له الخيار إن رضي بالمثل فذاك، وإلا فله القيمة^(١).

ومثله قول الباجي أيضاً: «إنه محمول على رضا صاحبة القصة بالمثل»^(٢).

والخلاصة:

أننا إذا اعتبرنا قول الجمهور تخيير صاحب الحق بين القيمة والمثل، في كل مالٍ لم تتحقق فيه المثلية بينه وبين المتلف فهذا أعدل في نظري من إلزامه بأحدهما، والله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَم.

ولكن هنا سؤال: ما معنى التخيير؟ فهل صاحب الحق (المعوض) له المطالبة بالمثل وإلزام الطرف الآخر بتوفيره؟

(١) المقصود برضا عائشة وصفية (صاحبة الحق) رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، كما أن النص على رضا عائشة يعني أنه لا يلزمها المثل بإطلاق.

(٢) المنتقى (٥/ ٢٧٣).

الذي يظهر لي أنه لا بد من التمييز بين المثلي والقيمي ما دمنا رجحنا هذا التقسيم كما يلي:

أولاً: المثلي: يلزم المثل للطرفين فالمعوض منه يلزمه توفيره ما دام متوفراً، والمعوض يلزمه قبوله ما دام مثلياً ولا يملك حق المطالبة بالقيمة.

هذا هو الأصل في المثلي، وقد تكلم الفقهاء في الحالات المستثناة كحالات إعواز المثل أو تغير قيمته تغيراً فاحشاً.

ثانياً: القيمي الذي لا نظير له: كمثّل بعض الجواهر أو القطع الأثرية: تلزم القيمة فقط، ولا يملك المعوض حق المطالبة بالمثّل، كما لا يُقبل من المعوض منه المثل (لو وجد مثلاً مقارباً) إذا لم يرض به المعوض.

ثالثاً: القيمي الذي له نظير: كمثّل بعض الحيوانات ونحوها مما تقدم التمثيل به أثناء عرض الخلاف، ويمكن تسميته بالمثلي الذي لم تخلص فيه المثلية^(١):

كما رجحنا لصاحب الحق (المعوض) الخيار: إما القيمة، وإما المثل (بشرط اعتبار القيمة كما قال ابن تيمية)، فليس له حق المطالبة بالمثّل إذا كانت قيمته أعلى بكثير من القيمة يوم التلف، وهذا وجه الاختلاف بين هذا

(١) ربما قيل: ما هذا القسم الثالث مع ترجيحك لتقسيم الجمهور الثنائي؟ فأقول: ليس هذا قسماً مستقلاً ولكنه تابع لأحد القسمين، وإنما ينشأ للمتأمل في الخلاف إذا أراد تحرير محل النزاع، وذلك كما تقدم في القسمين الذين عرضتهما (المثلي والقيمي الذي لا نظير له) حيث لا خلاف في ضمان الأول بالمثّل والثاني بالقيمة، وإنما الخلاف في الثالث.

القسم وبين القسم الأول (المثلي) ففي (المثلي) يملك المعوّض حق التعويض بالمثل ولو كانت قيمته أعلى.

وإذا أخذنا بقول الجمهور على وجه آخر فيقال للمعوّض: هذا المثل أمامك فإن رضيت به وإلا فلك القيمة.

مثال:

زيدٌ له قطعة أرض ضمن مخطط يملكه عمرو، حدث خطأ في فوات أرض زيد (بييع أو غير ذلك)، فطالب بتعويضه، فهل نلزم عمرًا بقطعة أرض بذات المساحة وببقية المواصفات وفي الوقت ذاته نلزم زيداً بقبول الأرض؟

أم نقول لزيد ليس لك إلا قيمة الأرض؟

فربما قال زيد: أنا لا أريد القيمة؛ بل الأهم عندي قطعة الأرض وربما لا أجد من يبيعي قطعة أرض...^(١).

لهذا فالقول بتخيير زيد بين قطعة أرض أو قيمتها لعله أعدل، ولا يُقال: إن فيه إضراراً بعمرو، لأننا اشترطنا أن يكون المثل مع اعتبار القيمة أي لو لم نجد قطعة أرض تعيّن القيمة دون إلزام عمرو بتوفيرها على أي حال وبأي ثمن.

(١) لاسيما حين نتصوّر الأرض في موقع مهم أو بلد مهم كما في العقارات في مكة المكرمة أو حول الحرمين خاصة.

المطلب الثالث: توصيف الأسهم من حيث المثلية والقيمية:

جواب هذا السؤال يعتبر نتيجة مبنية على مقدمتين: إحداهما حقيقة المثلي والقيمي (أو ضابطهما)، والثانية حقيقة السهم.

المقدمة الأولى: حقيقة المثلي والقيمي:

تقدمت ونعيدها الآن:

المثلي: ما تماثلت أفرادها بلا فرق بين بينها.

القيمي: ما لم تماثل أفرادها فلا يقوم بعضها مقام بعض.

المقدمة الثانية: حقيقة السهم:

في بحث سابق رجح الباحث أن السهم يمثل سلة موجودات كالتالي:

السهم = (حق الاشتراك + جزء مشاع من أسماها + جزء مشاع من موجوداتها + حقوق مالك السهم + حقوق الشركة كالترخيص والامتيازات ونحوها + كل ما يؤثر على قيمة الشركة ومركزها المالي مما تختص به مادياً ومعنوياً)^(١).

النتيجة:

السهم من شركة واحدة مثلي حيث تماثل أفرادها، ولكن يشكل عليه:

١. تغير سعر السهم بشكل سريع.

(١) التكييف الفقهي للسهم في الشركات المساهمة وأثره على أحكامها للباحث (ص: ٢٣).

٢. تغير ما يُقابل السهم من موجودات.

من أجل ذلك فإنني أميل إلى اعتبار السهم من القسم الثالث الذي أشرت إليه قريباً وهو (المثلي الذي لم تخلص فيه المثلية).

فيكون الأصل في حكمه أن لصاحب الحق (المعوض أو من فات عليه السهم) الخيار: إما القيمة، وإما المثل وفق ما تقدم تفصيله، ويشبهه مثال الأرض الذي مثلنا به حيث قد يرغب من فات عليه السهم بمثله أكثر من رغبته في قيمته.

وأما اعتبار السهم قيمياً بإطلاق فلا يملك من فات عليه السهم أن يطالب بمثله لو رغب ففيه نظر لما تقدم.

هل يمكن اعتبار السهم مثلياً بإطلاق؟ فلا يملك من فات عليه السهم المطالبة بالقيمة؟

تأملت ذلك فرأيت له شيئاً من الوجاهة لمن قال به، وقد يجيب من يرى ذلك عن الإشكالات التي تقدمت بأن النقود مثلية بالإجماع ولا يجب إلا مثلها ولو رخصت قيمتها بالإجماع أيضاً إذا كانت من الذهب والفضة، مع أنها تشارك السهم في الإشكال الأول وهو التغير السريع في قيمتها، ولا يجب إلا مثلها ولو رخصت قيمتها عند جمهور المعاصرين أيضاً ولو كانت من غير الذهب والفضة كالنقود الورقية، مع أنها تشارك السهم في الإشكالين كليهما وهو التغير السريع في قيمتها، وتغير ما يُقابلها من قيمة

اعتبارية وهي قوة الدولة اقتصاديا لأن النقود الورقية لا قيمة لها بذاتها وإنما قيمتها بقوة مصدرها وهي الدولة.

فإذا كانت النقود الورقية مثلية ولا يجب إلا رد مثلها فكذلك السهم على هذا القول.

كما ينبغي التنبيه إلى أن المؤثر الأكبر في إشكال المثلية هو الثاني أما الأول وهو تغير السعر فهو وارد في كل مثلي ومنه المجمع على مثليته، ولكن (تغير ما يُقابل السهم من موجودات) هو الإشكال الأكبر من حيث أن حقيقة السهم مرتبطة بما يمثله السهم، ولكن في التعريف الذي اخترته لحقيقة السهم أرى أن أهم ما يمثله هو حق الاشتراك وهو المقصود الأول للمكتب والمتداول وقد زدته توضيحاً في كتابي المشار إليه سابقاً (التكييف الفقهي للسهم)^(١)؛ وإذا كان المقصود الأول والأكبر هو حق الاشتراك فقد يضعف هذا الإشكال في تغير الموجودات حيث يكون السهم هو ذاته لم يتغير في حقيقته حين يتوجه النظر إلى حق الاشتراك باعتباره جوهر السهم، فسهم شركة س مثلاً قبل سنة هو ذات السهم الآن بهذا الاعتبار.

وأما اختلاف قيمته فهذا وارد أيضاً في جميع المثليات كما تقدم، ومعالجته عند التعويض يسيرة كما سيأتي في خلاف الفقهاء في تغير قيمة المغصوب وأن الأرجح ضمان فرق القيمة، فيُعطى المثل مضافاً إليه فرق القيمة.

(١) ومن أجل اعتباري أن حق الاشتراك هو المقصود الأول خلصت إلى القول بجواز تداول أسهم الشركة في بداية تأسيسها أو ذات الديون والنقود فقط.

قول وسط:

يمكن اعتبار السهم مثلياً إذا كان وقت فواته ووقت التعويض عنه لم يتجاوز دورة واحدة من دورات الميزانية العامة للشركة وهي عادة ربع سنوية.

وفي غير هذه الحالة نعتبره من القسم الثالث كما تقدم، والله تعالى أعلم.
كما أن هناك حالات وتفصيلاً للتعويض عن السهم سنشير إليها في المبحث الثاني - إن شاء الله -.



المبحث الثاني

كيفية التعويض في قضايا الأسهم

بعد العرض في الفصل السابق فيما يتعلق بتوصيف السهم من حيث كونه مثلياً أو قيمياً، نأتي إلى كيفية التعويض عن السهم الفاتت.

المطلب الأول: مبادئ التعويض في قضايا الأسهم:

إن مصطلح التعويض المقصود هنا والذي شاع استعماله في هذا العصر لم يجز استعماله لدى متقدمي الفقهاء بذات المعنى؛ بل يقابله لديهم الضمان، وقواعد الضمان أو مبادئها لم أجدها مجموعة في باب واحد؛ بل هي متفرقة وجدير أن يُفرد لها بحث مستقل، ومن تلك المبادئ التي نحتاج إليها في موضوعنا (التعويض عن فوات الأسهم) ما يلي^(١):

المبدأ الأول: الأصل حرمة الأموال:

لا شك أن تعدي الغير على مالٍ ما يُجَلّ عرضه وعقوبته كما في الحديث، ولكن الشريعة جاءت بالعدل حتى مع الكافر والظالم والفاسق والمجرم والمعتدي والغاصب؛ لذا نقول هنا:

إن التعدي في الأسهم يوجب التعويض، ولكن لا بد من سبب قوي لأخذ ما زاد عن أصل المال حتى لا نتعدى في العقوبة أو ما يطلق عليه إثراء المضرور على حساب الضار إذ ((لا ضرر ولا ضرار)).

(١) سوف أعرض هذه القواعد دون التفصيل فيها لأنها معروفة فتكفي الإشارة إليها، وسوف أجتهد في تنزيلها على فوات الأسهم.

ونحن هنا لا نقف مع شركات الوساطة (من بنوك وغيرها) في حال التعدي في الأسهم، ولكن نيين قاعدة عامة هي العدل في كل حال، كما أن القاعدة التالية توضح ما نريد.

المبدأ الثاني: الفرق بين التعويض والعقوبة:

إن طبيعة عمل الجهات القضائية هي الفصل والقضاء؛ ولكن هناك جهات رقابية كهيئة سوق المال باللجان المنبثقة عنها ك لجنة الفصل قد تجمع بين سلطتين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية؛ فهي تمارس الفصل في الحقوق وتعويض المتضرر، كما أنها تمارس الرقابة على السوق المالية والمتعاملين فيها من وسطاء ومتداولين، وتملك عقوبة المخالف^(١).

(١) جاء في نظام السوق المالية السعودية، في الفصل الرابع، المادة الثلاثون: تُشكل لجنة تسمى «لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية» تختص بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام هذا النظام ولوائحه التنفيذية ولوائح الهيئة والسوق ومركز الإيداع ومركز المقاصة وقواعدها وتعليماتها في الحق العام والحق الخاص. ويكون لها جميع الصلاحيات الضرورية للتحقيق والفصل في الدعوى، بما في ذلك سلطة استدعاء الشهود، والأمر بتقديم الأدلة والوثائق، وإصدار القرارات، وفرض العقوبات. انظر: موقع هيئة السوق المالية:

<https://cma.org.sa/RulesRegulations/CMALaw/CH4/Pages/default.aspx>

كما جاء في النشرة التعريفية للجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية أنها تتكون من مستشارين متخصصين في فقه المعاملات والأسواق المالية وخبراء في القضايا التجارية والمالية والأوراق المالية، وتنظر اللجنة في الحق العام والخاص. انظر: موقع لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية:

<https://crsd.org.sa/ar/ResolutionsCommittee/Pages/default.aspx>.

لأجل ذلك فعند الفصل في قضايا التعدي (محل البحث) قد تقتضي القواعد التي أشرت إليها أو غيرها (كما في القاعدة السابقة) عدم التعويض أو التعويض برأس المال مثلاً دون الأرباح ونحو ذلك؛ ولكن هذا لا يعني أن شركة الوساطة قد نالت البراءة في هذه القضية فللجنة أن تعاقبها على التعدي وإن لم يستحقه الطرف الآخر؛ لأنها كما تقدم تمارس كلا الحقين: الحق الخاص والحق العام.

وهذا يشبه بعض القضايا في المحاكم العامة حين يكون هناك حق خاص وحق عام.

المبدأ الثالث: الفرق بين العمد والخطأ وما بينهما وهو شبه العمد:

جاء في باب الجنایات تقسيم الجنایة إلى عمد وخطأ وإلى قسم بينهما هو شبه العمد، فالعمد في قتل النفس مثلاً فيه ضمان دم بدم فإن رضي أولياء المجني عليه ببدل ولو كان مالاً عظيماً فلهم ذلك، وأما الخطأ ففيه ضمان محدد هو (الدية)، وشبه العمد فيه ذات الضمان ولكنه مضاعف^(١).

صحيح أن الجنایات باب مغاير للمعاملات؛ ولكن مما لا مرأى فيه أن الشريعة قامت بالعدل في كل باب، لذا لا مانع من الاستفادة مما جاء من قواعد في أي باب ما دام المقصود هو تحقيق العدل، وما دامت تلك القواعد لا تخالف عند تطبيقها قواعد الباب المطبقة فيه.

وقد وجدنا الفقهاء في باب الغصب - وهو من ألصق الأبواب بهذه المسائل - أنهم فرقوا بين أخذ المال أو إتلافه غصباً وبين أخذه أو إتلافه خطأً.

(١) انظر: المبسوط (٢٦/٥٩)، بدائع الصنائع (٧/٢٣٣)، التلقين (٢/١٨٤)، الذخيرة (١٢/٢٧٩)، الأم (٧/١٥٨)، مغني المحتاج (٥/٢١١)، المغني (٨/٢٦٠)، كشاف القناع (٥/٥٠٥).

قال جلال الدين المحلي وهو يتحدث عن ضمان المغصوب:
 «.. وأما المتقوم فيضمن في الغصب بأقصى قيمه من الغصب إلى التلف،
 وفي الإتلاف بلا غصب بقيمة يوم التلف»^(١).

كما فرق بعض الفقهاء بين صور الاعتداء من غصبٍ أو غيره، فمثلاً
 تجد التسولي المالكى يقول: «الفرق بين الغصب والتعدي هو قصد التملك
 وعدمه، وأنه إذا أقر بقصد التملك أو دلت عليه قرينة واضحة فهو غاصب
 تجري عليه أحكامه، وإن أقر بقصد المنفعة أو قامت قرينة عليها فهو مُتَعَدٌّ
 فتجري عليه أيضاً أحكامه، فإن لم يكن إقرار ولا قرينة فالقول قوله فيما
 يدعيه من غصب المنفعة أو الذات إذ لا يعلم ذلك إلا من قوله، والقاعدة
 أن كل ما لا يعلم من الأمور القلبية إلا بقول مدعيه يصدق فيه»^(٢).

لذا نقول: إن مما نستفيد من هذا التقسيم في الأسهم مثلاً أن التعامل
 مع التعديات فيها يمكن أن يأخذ بالاعتبار هذا التقسيم فلا يُعامل التعدي
 بجميع صوره معاملة واحدة، ولا سيما أن التعويض هو نوع من العقوبة على
 المتعدي.

فيمكن تقسيم التفويت في الأسهم تقسيماً ثلاثياً:

١. العمد في تفويت السهم، ويعامل تصرف الوسيط في الأصل بتفويت
 السهم معاملة العمد حتى يثبت خلافه، كما يمكن إثبات العمد بالأدلة أو
 القرائن.

(١) حاشية القليوبي (٣٠ / ٣).

(٢) البهجة في شرح التحفة (٥٧١ / ٢).

٢. الخطأ: حين يثبت أن هذا التصرف خطأ لا يد للوسيط فيه، كالخطأ التقني مثلاً بتنفيذ أمر بيع أو عدم تنفيذ الأمر أو تأخير التنفيذ.
٣. شبه العمد في بعض الصور التي يتجاوزها الأمران.
- ولكل حال من تلك الأحوال حكمها.

تطبيقه في قضايا الأسهم:

كما تقدم من حيث حاجتنا إلى التأصيل الشرعي وتأسيس قواعد التعويض بوجه عام، وإذا كان لبعض القضايا أو المجالات خصوصيتها فلا بأس، ولكن ينبغي أن تبقى القواعد حاضرة يعتبرها المجتهد أصلاً يُرجع إليه حين ترتفع الملابس التي أحاطت بالقضية التي خرجت عن تلك القواعد.

فمثلاً قد يصبح من العسير جداً في قضايا التعويض في الأسهم لدى الجهة القضائية التمييز بين أنواع التعدي (عمد-خطأ-حالة وسط)، وقد تُجري الجهة القضائية أيضاً قاعدة سد الذرائع حتى لا تفتح مجالاً لدعاوى الخطأ مع احتمال التفريط، ولا سيما أن شركات الوساطة ملزمة بالاحتياطات المشددة، كما أنها ضامنة للخطأ^(١).

(١) انظر: مسؤولية الوسيط في سوق الأوراق المالية في النظام السعودي، د صالح التويجري (ص: ٦٦، ١٣٥)، رسالة دكتوراه في جامعة نايف للعلوم الأمنية، مسؤولية الوسيط المالي في بورصة الأوراق المالية - دراسة تحليلية في القانون الأردني، للباحثين: لافي درادكة وليث الشيخ (ص: ١٤٥٠) بحث منشور في مجلة أبحاث اليرموك سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية.

ففي مثل هذه الحالات لا أرى بأساً بأن تُحمل حالات تفويت السهم كلها محمل العمد (أو التفريط)، وليس في ذلك إلغاء للقاعدة التي ذكرتها بل هو استثناء من أجل سد الذريعة^(١)، ولذا لو قطعت الجهة القضائية بالخطأ أو كان ذلك تصرفاً من فرد وليس من شركة وساطة وتبين للجهة القضائية أنه خطأ محض فيرجع الحكم إلى القاعدة السابقة بالتفريق بين الخطأ المحض والعمد كما تقدم، وهو فرق في كيفية التعويض فقط وليس يترتب عليه إلغاء التعويض.

وما أشرت إليه من إجراء حالات التعدي كلها مجرى العمد سداً للذريعة له نظير في بعض الأحكام الفقهية، مثل اعتبار القتل بأنواعه مانعاً للميراث على خلاف بين المذاهب في توسيع الدائرة أو تضييقها كما هو معروف^(٢)، مع أن علة الحكم هي خشية أن يتعجل الوارث وفاة مورثه فيقتله، وهذا يتحقق في صورة من قتل مورثه أو تسبب في قتله لأجل هذا القصد، ولكن لما كان القصد خفياً وسع الفقهاء العمل الظاهر سداً للذريعة؛ حتى إنك لتجد صوراً من القتل قد اتفقت المذاهب على المنع فيها من الميراث مع احتمال عدم القصد المذكور منعاً لادعاء عدم القصد.

(١) أو هو في الحقيقة إعمال للعقد المبرم بين شركات الوساطة ومنظم السوق (هيئة سوق المال) كما تقدم في قواعد التداول.

(٢) ينظر على سبيل المثال: البحر الرائق (٥٥٧/٨)، حاشية ابن عابدين (٧٦٧/٦)، البيان والتحصيل (١١/١٦)، الشرح الكبير للدردير (٤٨٦/٤)، المهذب للشيرازي (٤٠٧/٢) الحاوي الكبير (٨٤/٨) المغني (٣٦٤/٦)، المبدع في شرح المنع (٤٣٥/٥).

المطلب الثاني: التعويض عن نقص قيمة الأسهم:

لو أخذنا بمبدأ المثلية في الأسهم فاعتبرناها مثلية فليس معنى ذلك أن تعود لمن فاتت عليه الأسهم أسهمه حتى لو كان سعرها الحالي أقل من سعرها وقت فواتها.

وقد تكلم فقهاؤنا المتقدمون عن المغصوب لو انخفض سعره وقت رده هل يُلزم الغاصب بالأرث (وهو فرق السعر)؟ أو لا يضمن ذلك لكونه رد العين بذاتها من غير نقص فيها؟

خلاف الفقهاء في نقص قيمة المغصوب لتغير الأسعار:

عامة الفقهاء على عدم اعتبار نقص قيمة المغصوب لتغير الأسعار فهو المشهور في المذاهب الأربعة^(١)، وتعويض المغصوب منه فارق القيمة هو رواية عن الإمام أحمد^(٢) اختارها ابن تيمية^(٣).

وقد علل الجمهور ما ذهبوا إليه بأن المضمون هو نقصان المغصوب، ونقصان السعر ليس بنقصان للمغصوب؛ بل لتغير العرض والطلب مما يحدثه الله سبحانه لا صنع للعبد فيه^(٤).

(١) بدائع الصنائع (١٥٣/٧)، فتح القدير (٣٢٩/٩)، المنتقى (٢٧٣/٥)، التاج والإكليل (٣٢٥/٧)، الأم (٢٥٤/٣)، قلوب و عميرة (٣٥/٣)، المغني (٣٨٤/٧)، الإنصاف (١٥٥/٦).

(٢) الإنصاف (١٥٥/٦).

(٣) الإنصاف (١٥٥/٦)، وانظر: الاختيارات ص (١٦٣).

(٤) بدائع الصنائع (١٥٣/٧).

وبأن الغاصب إذا رد العين بعد تغير السعر فقد ردها كما أخذها بعينها لم يفت منها شيء، وإنما تكون القيمة فيما فات لا فيما هو باق على حاله^(١).

ولكن للمخالف أن يناقش هذا التعليل بعدم التسليم بكونه ليس بنقصان للمغصوب، بل هو من جنس النقص الذي يتضرر به المالك، وأما أن هذا النقص لا صنع للعبد فيه فغير مُسلم أيضاً؛ لأن الغاصب حبس هذه العين حتى تغير السعر، ولو كانت عند صاحبها لكان بيده بيعها قبل أن تقل قيمتها، وعليه فالغاصب مُتعدّ يتحمل تبعه تعديّه.

كما أن المالك قد وقع عليه الضرر بتغير السعر وإن كانت العين باقية، فإنما العبرة بقيمتها مع ذاتها وليس بذاتها فحسب، وقد كانت العين قبل الغصب بسعر ثم صارت بسعر أقل منه، فللمالك أن يقول: كنت أريد بيعها قبل هبوط السعر ولكن فلاناً غصبها مني فيضمن نقص قيمتها، وهذا احتجاج لا يسوغ دفعه.

ويظهر للباحث أن الأقوى من القولين في هذه المسألة - والعلم عند الله - هو القول بضمّان النقص الحاصل بسبب تغير السعر؛ وذلك للعمومات التي تعضد هذا القول، كحديث الحسن عن سمرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((على اليد ما أخذت حتى تؤدي))^(٢).

(١) الأم (٣/ ٢٥٤)، المغني (٧/ ٣٨٤).

(٢) مسند الإمام أحمد (٥/ ٦٣٢) رقم (١٩٥٨٢)، (٥/ ٦٣٨) رقم (١٩٦٢٠)، سنن أبي داود (٢/ ٣١٨) رقم (٣٥٦١)، سنن الترمذي (٣/ ٥٦٦) رقم (١٢٦٦)، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح. سنن ابن ماجه (٢/ ٣٥٣) رقم (٢٤٠٠)، الحاكم (٢/ ٥٥) رقم (٢٣٠٢)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم =

فعموم هذا الحديث يشمل النقص الحاصل بسبب تغير السعر. وكالقاعدة الشرعية: ما ترتب على غير المأذون فهو مضمون^(١). فعمومها يفيد أن الاستيلاء على حقوق الناس غير مأذون فيه، فما ترتب عليه فهو مضمون، فيشمل ما ترتب على الغصب من نقص قيمته. ولأنه أقرب إلى العدل وأمنع من الظلم، ولأن من لم يقل بالضمان لم يحدّد ذلك بحدّ أو مدة سوى أن العين ما دامت باقية كما هي، فلا أثر لتغير السعر لديه، ويلزم من هذا بعض الصور التي يظهر فيها عدم العدل في حق المغصوب منه، لاسيما في العقار الذي لا تتغير عينه مع الزمن وإن طال مع أن قيمته قد تتغير بين عشية وضحاها بفارق كبير. فمثلاً لو أن شخصاً غصب أرضاً من صاحبها، فلا يستطيع صاحبها أن يتصرف فيها سنوات، وقد كانت تقدر قيمتها بعشرة ملايين مثلاً ثم هبطت الأسعار حتى لم يصل سعرها بعد ذلك إلى مليون واحد كما هو شأن العقار في ارتفاعه وهبوطه، فإذا أعادها الغاصب بعد هذه السنوات فهل من العدل ألا يضمن من نقص قيمتها شيئاً؟!

= يخرجاه، وقد ضعفه الألباني في الإرواء (٣٤٨/٥)، ولكن لم يتبين لي ضعفه لأن ضعفه من جهة سماع الحسن من سمرة، وهذا مختلف فيه بين المحدثين، ومذهب البخاري وعلي بن المديني إثبات سماعه منه مطلقاً، وقد احتج الإمام أحمد بهذا الحديث كما في مسائل الإمام أحمد، لابنه صالح (٤٥٣/١).
(١) انظر: بدائع الصنائع (٣٠٥/٧)، القواعد لابن رجب (ص: ٣٧)، تحفة المحتاج (٤١١/٥).

ومن الذي يعوّض هذا المظلوم الذي كان بإمكانه بيع أرضه أو التصرف فيها إبان تلك السنوات؟!
 فالقول بتضمين الغاصب هذا النقص هو الموافق للقواعد الشرعية، والله تعالى أعلم.

تطبيقه في قضايا الأسهم:

كما تقدم أن نقص القيمة إذا اعتبرناه - كما مضى في الترجيح - عملنا به في التعويض عن تفويت الأسهم، وتظهر الحاجة إليه حين نعتبر الأسهم مثلية فنحكم لمن فوتها رد مثلها فنجد الأسهم قد انخفضت قيمتها عن قيمتها حين تفويتها فهنا على القول الراجح يتم التعويض بفرق السعر مع رد المثل.

مثال: محمد لديه (١٠٠) سهم من أسهم مصرف الراجحي، قام الوسيط بتفويتها عليه (بيع بدون إذن أو غير ذلك) بتاريخ ١ / ١ / ١٤٣٠هـ، وكان سعر السهم (١٠٠) ريال.

لما أردنا الفصل في القضية بتاريخ ١ / ١ / ١٤٣١هـ وجدنا سعر السهم (٧٠) ريالاً، فلو حكمنا برد المثل فقط على قول الجمهور دون اعتبار نقص القيمة، سوف تعود لمحمد الـ (١٠٠) سهم من أسهم مصرف الراجحي، ولكن كانت قيمتها يوم فاتت عليه (١٠,٠٠٠) ريال، والآن قيمتها (٧,٠٠٠) ريال؛ لهذا على القول الراجح يُحكم لمحمد بالتعويض عن نقص القيمة (٣,٠٠٠) ريال.

لو حدث العكس (زادت القيمة):

فالحكم برد المثل يعني ردها ولو زادت قيمتها، وعلى هذا فلا يحتاج الفصل فيها إلى النظر إلى متوسط القيمة أو غير ذلك.

على القول بالتخيير:

يقال لمحمد لك (١٠٠) سهم من أسهم مصرف الراجحي مع فرق القيمة (٣,٠٠٠) ريال، أو لك القيمة على الخلاف في وقت التقييم.

على اعتبار الدورة المالية:

يعتبر الحكم على التخيير، إلا لو كان الحكم خلال دورة مالية فيكون مثل الأول.

على القول بأن الأسهم قيمة بكل حال:

يتم التقييم وفق الخلاف أو بحسب الأحوال.

المطلب الثالث: وقت التقويم في التعويض في قضايا الأسهم:

هناك أكثر من سعرٍ للتقويم:

(نذكرها للتمثيل فقط وليس للحصر):

١. سعر السوق في يوم فوات الأسهم، وهنا قد يعتبر أعلى سعر عند الإغلاق ذلك اليوم أو متوسط السعر بين الافتتاح والإغلاق.
٢. سعر السهم الحقيقي حين فواته، كما لو كان التفويت بيعاً بدون إذن فهنا لهذا السهم سعر تم به البيع.

٣. سعر السهم من حين فوات السهم إلى حين رفع الدعوى، ثم الحكم بأعلى سعر أو المتوسط.
٤. سعر السهم من حين فوات السهم إلى حين الحكم في القضية (النطق بالقرار)، ثم الحكم بأعلى سعر أو المتوسط.
٥. سعر السهم في اليوم الواجب تخصيص الأسهم فيه.
٦. سعر السهم عند إدخال الأمر.

ما جاء عن الفقهاء في تقويم المتلف أو المغصوب:

جاء عن الفقهاء في وقت تقويم المتلف أو المغصوب وكيفيته أقوال كثيرة، ولستُ بصدد عرضها على طريقة الخلاف الفقهي؛ بل إني سأذكر نماذج مما ذكره أولئك الفقهاء من أجل الاستعانة بها عند التقويم؛ لقناعتي بأن التقويم في النهاية هو من اجتهاد من يتولى الفصل في قضايا الأسهم، ومن العسير جداً تحديد وقت للتقويم أو كيفية معينة له فلكل قضية نظرها، وإن كان المباشر لهذا العمل يملك في النهاية تقسيم تلك القضايا إلى حالات.

الحنفية:

قالوا: إذا عُدَّ المثل تعتبر قيمته: يوم الخصومة عند أبي حنيفة؛ لأن المثل هو الواجب بالغصب، وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة؛ ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان له ذلك، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء حتى لا يعود إلى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته الانتقال.

يوم الغضب عند أبي يوسف؛ لأن المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم، وفيها تعتبر القيمة يوم الغضب فكذا فيما التحق بها، وهذا لأن القيمة خلف عن المثل حتى لا يصار إليها إلا عند العجز، والخلف يجب بما يجب به الأصل فوجب القول بوجوبها بالغضب كالمثل في المثلي، وكالقيمة في غير المثلي.

يوم انعدام المثل عند محمد بن الحسن؛ لأن المثل هو الواجب بغضب ذات المثل فلا ينتقل إلى القيمة إلا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ؛ وهذا لأن المثل أعدل على ما بينا فلا يصار إلى القيمة مع القدرة عليه لقصورها فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه لأنها خلف عنه، ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع^(١).

وقال ابن نجيم وهو يتحدث عن ثمن المثل:

ومنها: المغصوب القيمي إذا هلك؛ فالمعتبر قيمته يوم غصبه اتفاقاً.
ومنها: المغصوب المثلي إذا انقطع قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: تعتبر قيمته يوم الخصومة، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: يوم الغضب، وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ يوم الانقطاع.

ومنها: المتلف بلا غضب تعتبر قيمته يوم التلف ولا خلاف فيه.
ومنها: المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض؛ لأنه به دخل في ضمانه، وعند محمد رَحِمَهُ اللهُ تعتبر قيمته يوم التلف؛ لأنه به يتقرر عليه^(٢).

(١) تبين الحقائق (٥/٢٢٣) بتصرف.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/٣٦٣).

المالكية:

قال في مختصر خليل: وغير مثلي فقيمه يوم غصبه^(١).

قال في مواهب الجليل: يعني أن المغصوب المقوم أو ما في حكمه مما تجب فيه القيمة إنما تعتبر القيمة فيه يوم الغصب هذا هو المذهب. وقال أشهب: تلزمه أعلى قيمة مضت عليه من غصبه إلى يوم تلفه ونقله ابن شعبان عن ابن وهب وعبد الملك^(٢).

وفي التفريع لابن الجلاب:

ومن غصب عرضاً أو حيواناً فتلف عنده ضمن قيمته يوم غصبه لا يوم تلفه، ولا أكثر القيمتين. ومن غصب شيئاً من المكيلات أو الموزونات فتلف عنده وجب عليه رد مثله ولا تلزمه قيمته يوم غصبه إلا أن لا يجد مثله فيلزمه قيمته يوم غصبه.

ومن غصب شيئاً مما له مثل في وقت يوجد فيه مثله ولم يخاصم فيه حتى خرج أيامه وعدم مثله كان المغصوب منه بالخيار بين أن ينتظر وجود مثله فيأخذه وبين أن يغرم الغاصب قيمته يوم غصبه لا يوم عدمه^(٣).

(١) شرح مختصر خليل للخرشي (٣٩٧/١٨)، الشرح الكبير للدردير (٤٤٧/٣)، وانظر: البهجة في شرح التحفة (٥٧٢/٢).

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٢٨١/٥)، وانظر منح الجليل شرح مختصر خليل (٩٨/٧).

(٣) التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس (٢٩٨/٢).

الشافعية:

قال السيوطي:

المغصوب إذا تلف، وهو متقوم:

فالمعتبر: أقصى قيمة من الغصب إلى التلف بنقد البلد الذي تلف فيه، لا أعلم فيه خلافاً. وقولنا: «بنقد البلد الذي تلف فيه» كذا أطلقه الرافعي، وهو محمول على ما إذا لم ينقله، فإن نقله قال في الكفاية: فيتجه أن يعتبر نقد البلد الذي تعتبر القيمة فيه، وهو أكثر البلدين قيمة؛ كما في المثلي إذا نقله؛ وفقد المثل، فإن غلب نقدان وتساويا: عين القاضي واحداً.

وإن كان مثلياً، وتعذر المثل أخذ القيمة:

وفي اعتبارها أحد عشر وجهاً:

أصحها: أقصى القيم: من الغصب إلى تعذر المثل؛ لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب؛ لأنه كان مأموراً بتسليمه؛ كما كان مأموراً بتسليم العين؛ فإذا لم يفعل. غرم أقصى قيمة في المدتين؛ كما أن المتقوم يضمن بأقصى قيمة لذلك ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب المتقوم.

والثاني: أقصاها من الغصب إلى التلف.

والثالث: الأقصى من التلف إلى التعذر.

وهما مبنيان على أن الواجب عند إعواز المثل: قيمة المغصوب؛ لأنه الذي تلف على المالك أو قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف.

وإنما رجعنا إلى القيمة لتعذره، وفيه وجهان.

والرابع: الأقصى من الغصب إلى المطالبة بالقيمة؛ لأن المثل لا يسقط بالإعواز بدليل أن له أن يصبر إلى وجدانه.

والخامس: الأقصى من التعذر إلى المطالبة؛ لأن التعذر هو وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة، فيعتبر الأقصى يومئذ.

والسادس: الأقصى من التلف إلى المطالبة؛ لأن القيمة تجب حينئذ.

والسابع: قيمة يوم التلف، قال في المطلب ولعل توجيهه أن الواجب قيمة المثل على رأي، فيعتبر وقت وجوبه؛ لأنه لم يتعد في المثل، وإنما تعدى في المغصوب، فأشبهه العارية.

والثامن: قيمة يوم التعذر؛ لأنه وقت العدول إلى القيمة.

والتاسع: يوم المطالبة؛ لأن الإعواز حينئذ يتحقق.

والعاشر: إن كان منقطعاً في جميع البلاد، فقيمه يوم التعذر، وإن فقد هناك فقط، فقيمه يوم المطالبة.

والحادي عشر: قيمته يوم أخذ القيمة، حكاه الرافعي عن الشيخ أبي حامد، وتوقف فيه.

إلى أن قال:



المتلف بلا غضب، والمعتبر قيمته يوم التلف.

لا أعلم فيه خلافاً.

فإن كان مثلياً، وهو موجود، ولم يسلمه حتى تعذر، فعلى الوجه الثاني قيمته يوم الإتلاف، وعلى الأول والثالث، الأقصى من الإتلاف إلى التعذر: وعلى الرابع، من الإتلاف إلى المطالبة.

إلى أن قال:

المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف:

والأصح أنه كالمغصوب، يعتبر فيه الأكثر من القبض إلى التلف، والثاني، يوم القبض، والثالث، يوم التلف^(١).

وفي شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين^(٢):

(فيضمن المثلِّي بمثله تَلَفَ أَوْ أُتْلِفَ، فإن تعذر) المثل بأن لا يوجد في ذلك البلد وحواليه، (فالقيمة والأصح أن المعتبر أقصى قيمه) بالهاء (من وقت الغصب إلى تعذر المثل). والثاني إلى التلف والثالث إلى المطالبة...

(وأما المُتَقَوِّمُ فيضمن) في الغصب (بأقصى قيمه من الغصب إلى التلف، وفي الإتلاف بلا غضب بقيمة يوم التلف. ا.هـ.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (٢/ ٢١).

(٢) (٣/ ٣٢).

الحنابلة:

قال ابن قدامة:

وإن كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله، فإن فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل، وقال القاضي: تجب قيمته يوم قبض البدل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة.

وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي: تجب قيمته يوم المحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم.

ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم، ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لأنه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع، ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أدائه فلم يكن واجباً كحالة المحاكمة^(١).

وقال المرادوي في الإنصاف:

وإن أعوز المثل، فعليه قيمة مثله يوم إعوازه. هذا المذهب... وقال القاضي في «الخصال»: يضمه بقيمته يوم القبض. يعني يوم قبض البدل... وعنه، تلزمه قيمته يوم تلفه. وقيل: أكثرهما. يعني أكثر القيمتين؛ قيمته يوم البدل، وقيمته يوم التلف. وعنه، يوم المحاكمة. وعنه؛ يلزمه قيمته يوم

(١) المغني (٥/٤٢١).

غصبه. وقيل: يلزمه أكثر القيمتين؛ قيمته يوم الإعواز، وقيمه يوم الغصب. وهو تحريج في «الهداية» وغيرها^(١).

وقال أيضاً:

وإن لم يكن مثلياً، ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقه. وهذا المذهب.... ويتخرج أن يضمه بقيمته يوم غصبه. وهو رواية عن أحمد.

وعنه: أكثرهما، يعني أكثر القيمتين؛ قيمته يوم تلفه، ويوم غصبه. قال الحارثي: ومن الأصحاب من حكى رواية بوجوب أقصى القيم؛ من يوم الغصب إلى يوم التلف^(٢).

وقال المرادوي أيضاً:

حكم المقبوض بعقد فاسد، وما جرى مجراه، حكم المغصوب في اعتبار الضمان بيوم التلف، وكذا المتلف بلا غصب، بغير خلاف^(٣)

خلاصة أقوال المذاهب في وقت التقييم للمغصوب أو المتلف:

من خلال ما تقدم من نصوص الفقهاء فإن كثيراً منهم قد فرقوا بين أربعة أصناف: المغصوب القيمي، والمغصوب المثلي إذا عدم المثل، والمتلف بلا غصب، والمقبوض بعقد فاسد.

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٥٥/١٥).

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٥٨/١٥).

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٦٣/١٥)، وانظر أيضاً: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٤١٤/١)، حاشية الروض المربع (٤٠٥/٥).

وسوف أُبين مذاهبهم في كل صنف كما يلي:

أولاً: المغصوب القيمي:

للفقهاء أربعة أقوال في وقت التقييم:

القول الأول: يوم الغصب: وبه قال الحنفية والمالكية، وهو رواية عند الحنابلة.

القول الثاني: أعلى قيمة مضت عليه من غصبه إلى يوم تلفه: وهو قول أشهب من المالكية، ونُقل عن ابن وهب وعبد الملك بن الماجشون من المالكية أيضاً. وهو المذهب عند الشافعية، وهو رواية عند الحنابلة.

القول الثالث: يوم التلف: وهو المذهب عند الحنابلة.

القول الرابع أكثر القيمتين: قيمته يوم تلفه، ويوم غصبه: وهو رواية عند الحنابلة.

ثانياً: المغصوب المثلي إذا عدم المثل:

للفقهاء أقوال كثيرة في وقت التقييم، أبرزها أربعة:

القول الأول: يوم الخصومة أو المطالبة: وهو قول أبي حنيفة وهو وجه عند الشافعية وهو رواية عند الحنابلة.

القول الثاني: يوم الغصب: وهو قول أبي يوسف وهو مذهب المالكية وهو رواية عند الحنابلة.

القول الثالث: يوم انعدام المثل: وهو قول محمد بن الحسن وهو وجه عند الشافعية وهو المذهب عند الحنابلة.

القول الرابع: أعلى قيمة مضت عليه من غصبه إلى تعذر المثل: وهو الأصح عند الشافعية.

وأما الأقوال الأخرى في وقت التقييم فقد ذكرها السيوطي - كما تقدم- ، وسوف أذكر من كلامه ما زاد عن الأربعة السابقة مبيناً ما يوافقها عند الحنابلة حيث لم نجد هذا التوسع في الأقوال في المذاهب سوى في المذهبين الشافعي والحنبلي:

الخامس: أقصى القيم من الغصب إلى التلف.

السادس: أقصى القيم من التلف إلى التعذر، وهو قول عند الحنابلة.

السابع: أقصى القيم من الغصب إلى المطالبة بالقيمة.

الثامن: أقصى القيم من التعذر إلى المطالبة.

التاسع: أقصى القيم من التلف إلى المطالبة.

العاشر: قيمته يوم التلف وهو رواية عند الحنابلة.

الحادي عشر: قيمته يوم أخذ القيمة، وهو قول القاضي أبي يعلى من الحنابلة.

الثاني عشر: إن كان منقطعاً في جميع البلاد، فقيمته يوم التعذر، وإن فقد هناك فقط، فقيمته يوم المطالبة.

ثالثاً: المتلف بلا غصب:

قيمته يوم التلف ولا خلاف فيه عند الحنفية وكذلك الشافعية والحنابلة.

رابعاً: المقبوض بعقد فاسد:

للفقهاء ثلاثة أقوال في وقت التقييم:

القول الأول: قيمته يوم القبض: وهو مذهب الحنفية، وهو وجه عند الشافعية.

القول الثاني: أعلى قيمة مضت عليه من القبض إلى يوم تلفه: وهو الأصح عند الشافعية.

القول الثالث: يوم التلف: وهو وجه عند الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة.

الموقف من اختلاف الفقهاء في وقت التعويض:

نلاحظ المساحة الواسعة بين الفقهاء بل وفي داخل كل مذهب في تقدير قيمة التعويض والتفريق أيضاً بين بعض صورته.

وفي تقديري أن مثل هذه المساحة تمنح الحكم في قضايا الأسهم خيارات متنوّعة بحسب كل قضية، وقد لا يكون من العدل تقرير طريقة حسابية واحدة لجميع القضايا وإن تشابهت في الظاهر، كما أشرنا إلى مثل هذا سابقاً.

المطلب الرابع: مخرج شرعي لجميع حالات التعويض:

إن التعويض في طبيعته اجتهاد، وهو من أنواع الاجتهاد الذي قد يقترب في بعض صورته من الجفاف، وإذا كانت بعض الصور والحالات قد يتضح الحكم الشرعي فيها؛ فإن البعض الآخر قد لا يكون كذلك؛ لذا فإن من المخارج الشرعية أن تُصاغ كيفية التعويض كجزء من العقد بين العميل وبين شركة الوساطة؛ بحيث يرضى الطرفان بهذه الكيفية في حالات النزاع.

وإذا لم يكن مثل ذلك يسيراً أو حالت دونه عوائق أو رفضت شركات الوساطة أن يتضمنه العقد مع العميل أو خشينا عدم التطبيق، فيمكن أن تكون هذه الكيفية جزءاً من نظام السوق المالية (البورصة)، كأن تُضاف إلى قواعد التداول^(١).

ولا أظن مثل هذا الإجراء عسيراً؛ بل هو إجراء نظامي يسير، فلجان الفصل مثلاً في البورصات كلجنة الفصل التابعة لهيئة سوق المال السعودية قد اجتمع لديها خلال السنوات الماضية قضايا كثيرة، تُشكّل حالات وصوراً متنوعة يمكن تشكيل لجنة أو لجان لتصنيفها وتحديد نوع التعويض أو كفيته في كل حالة، أو الخروج بمعايير يمكن للجهات القضائية الاعتماد عليها أو الاسترشاد بها.

ويمكن أن تعتبر هذه مرحلة أولى، تليها مرحلة ثانية هي: صياغة قانونية أولية لكل حالة وكيفية التعويض فيها.

(١) كقواعد السلوك الملحقة بقواعد التداول كأن تسمى أيضاً بقواعد التعويض أو أي مسمى آخر.

ثم المرحلة الثالثة: الصياغة النهائية بحيث تعتبر مشروع نظام يأخذ مجراه ليتم إقراره ضمن أنظمة هيئة السوق المالية في قواعد التداول أو غيرها^(١).
إن تحويل التعويض إلى اتفاقية سواء على شكل نظام أو بأي شكل آخر يحقق مقاصد مهمة منها:

١. رفع الحرج الشرعي تجاه بعض قضايا التعويض المشكلة كالتعويض عن الربح الفائت أو تفويت الفرصة.

(١) أصدرت الأمانة العامة للجان الفصل في منازعات الأوراق المالية مؤخراً: (المبادئ القضائية في منازعات الأوراق المالية) الصادرة عن لجان الفصل في منازعات الأوراق المالية، ونشرتها في موقعها الإلكتروني بتاريخ ٢٦ جمادى الأولى ١٤٤٢ هـ الموافق ١٠ يناير ٢٠٢١ م:

<https://crsd.org.sa/ar/Pages/default.aspx>

وهذا - والله الحمد- يتوافق مع مقترح الباحث أو يشكل أرضية له؛ حيث كانت كتابة البحث سابقة لهذا المشروع، وتعريفاً بهذا المشروع تقول الأمانة العامة: إنها أنجزت هذا المشروع بعد الاطلاع على أكثر من ٨٦٤, ٤ قراراً من القرارات الصادرة عن لجنتي الفصل والاستئناف في منازعات الأوراق المالية خلال الفترة الزمنية من عام ١٤٢٦ هـ حتى عام ١٤٤١ هـ، ومر المشروع عبر ست مراحل، المرحلة الأولى: الجمع، والثانية: دراسة القرارات بشكل دقيق، الثالثة: الإدخال الآلي لجميع المبادئ القضائية المستخلصة، الرابعة: دراسة المبادئ وفق معايير خاصة لتطبيقها على المبادئ المستخلصة من القرارات لتقرير ما يُعدُّ مبدأً قضائياً من عدمه، المرحلة الخامسة: مراجعة المبادئ القضائية المستخلصة من خلال مطابقة نصها لما ورد في القرار، المرحلة السادسة والأخيرة: التدقيق من الناحية الموضوعية والصياغية واللغوية، وتم تصنيف القضايا إلى أربعة أقسام: القسم الأول (المبادئ القضائية الخاصة بالدعاوى المدنية)، الثاني (المبادئ القضائية الخاصة بالدعاوى الجزائية)، الثالث (المبادئ القضائية الخاصة بالدعاوى الإدارية)، والقسم الرابع (المبادئ القضائية العامة).

٢. رفع الحرج الشرعي، وربما الإشكال النظامي أحياناً في تفاصيل دقيقة في بعض قضايا التعويض، وقواعد حسابية قد تخلو من مستند قوي.

وللتوضيح فإن لجنة الفصل على سبيل المثال تعوّض في بعض القضايا بالاعتماد على مؤشر السوق مع أن المؤشر تقريبي، كما أن لناظر آخر في القضية أن يطالب بالمستند الشرعي أو حتى النظامي لمثل هذا الربط^(١).

٣. تضييق دائرة النزاع بين العميل والوسيط حيث يتعرّف كل طرف على تلك الحالات والتي يتكرر حصولها في أحوال النزاع.

وتبقى بعض الحالات قد تستجد، لكننا في نهاية المطاف نكون بهذا النظام قد استوعبنا ٩٠٪ من الحالات أو أكثر، وهذا إنجاز يخفف كثيراً من أعباء لجان الفصل في منازعات الأوراق المالية.

وبهذا تم البحث والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

(١) هذا المثال لبيان الحاجة إلى تحويل التعويض إلى اتفاقية، وإلا فإنه لا اعتراض على مثل هذه الكيفية في حال عدم وجود اتفاقية كالواقع الآن؛ إذ على المعارض أن يأتي ببديل لكيفية التعويض هذه تكون أكفأ وأعدل.

الخاتمة

- الحمد لله على تمام البحث، وفيما يلي أهم نتائجه:
- التعويض عن فوات الأسهم يعني الدراسة الفقهية لقواعد وأحكام التعويض في حالات فوات الأسهم، والتي ينتج عنها حرمان مالك السهم أو الأسهم من الانتفاع بها مطلقاً أو فترةً من الزمن.
 - من حالات فوات الأسهم: البيع دون إذن العميل - التأخر في تخصيص الأسهم بعد عملية الشراء أو البيع - حجز الأسهم بسبب خلل النظام - الحرمان من التصرف في الأسهم.
 - قسّم العلماء الأموال إلى قسمين: مثلي وهو ما تماثلت أفرادها بلا فرق بين بينها، وقيمي وهو ما لم تتماثل أفرادها فلا يقوم بعضها مقام بعض،.
 - إذا تحقق أن المال مثلي فإن ضمانه يكون بمثله باتفاق أهل العلم إلا إذا عُدّ المثل فإنه يُصار حينئذٍ إلى القيمة.
 - إذا اعتبرنا المال قيمياً فللفقهاء قولان في ضمانه: أحدهما ضمانه بالمثل بحسب الإمكان مع اعتبار القيمة، والثاني: ضمانه بالقيمة.
 - يرى الباحث أن المثل إذا أمكن أن يصار إليه فهو الأعدل من وجهين: من حيث حصول صاحب الحق على مثيل لحقه قدر الإمكان، ومن حيث مراعاة القيمة عند ذلك، بمعنى ألا يكون هذا المثل أقل من المتلف في قيمته، ولكن مع منح صاحب الحق الخيار بين القيمة والمثل فذلك أعدل من إلزامه بأحدهما، ويرى الباحث احتمال أن يكون هذا مقتضى قول الجمهور.

- توصيف الأسهم من حيث المثلية والقيمية يحتاج إلى نظر وتأمل، فالسهم من شركة واحدة مثلي حيث تتماثل أفرادها، ولكن يشكل عليه: تغير سعر السهم بشكل سريع، وتغير ما يُقابل السهم من موجودات؛ من أجل ذلك فالباحث يميل إلى اعتبار السهم من قسم (المثلي الذي لم تخلص فيه المثلية)، وحكمه أن لصاحب الحق (المعوض أو من فات عليه السهم) الخيار: إما القيمة، وإما المثل.

- من مبادئ التعويض في قضايا الأسهم: الأصل حرمة الأموال - الفرق بين التعويض والعقوبة - الفرق بين العمد والخطأ وما بينهما وهو شبه العمد.

- عرض البحث الموقف الفقهي من التعويض عن نقص قيمة الأسهم، ورجح الباحث الحق في هذا التعويض.

- عرض البحث الموقف الفقهي في وقت التقويم في قضايا الأسهم انطلاقاً مما جاء عن الفقهاء في وقت تقويم المغصوب، وخلص البحث إلى أن الأحوال والصور المتنوعة التي فصلها الفقهاء تمنح الحكم في قضايا الأسهم خيارات متنوّعة بحسب كل قضية.

- ختم البحث باقتراح مخرج شرعي لجميع حالات التعويض.

المراجع

١. الإجماع، لابن المنذر - محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، دار الدعوة.
٢. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي الحنفي، دار الكتب العلمية.
٣. الاختيارات الفقهية، اختارها علي بن محمد بن عباس البعلي، أحمد عبد الحلیم بن تيمية الحراني أبو العباس، مكتبة الرياض الحديثة.
٤. إرواء الغليل، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي.
٥. أساسيات القانون التجاري، د. مصطفى كمال طه، منشورات الحلبي الحقوقية.
٦. الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية.
٧. الأشباه والنظائر الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، دار الكتب العلمية.
٨. إعلام الموقعين، لمحمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، مكتبة الرياض الحديثة.
٩. الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة.
١٠. الإنصاف، في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلي بن سليمان المرادوي، دار السنة المحمدية.
١١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي.
١٢. بداية المجتهد، ابن رشد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
١٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي.
١٤. البهجة في شرح التحفة، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، دار الكتب العلمية.



١٥. البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني، دار المنهاج.
١٦. البيان والتحصيل لابن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي.
١٧. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية.
١٨. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية.
١٩. تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر.
٢٠. التفرغ في فقه الإمام مالك بن أنس، عبيد الله بن الحسين أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، دار الكتب العلمية.
٢١. تفسير الطبري = جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير الطبري، مؤسسة الرسالة.
٢٢. التكييف الفقهي للسهم في الشركات المساهمة وأثره على أحكامها، د. فهد اليحيى، دار كنوز إشبيليا.
٢٣. التلخيص الحبير، للحافظ أحمد بن علي بن حجر، دار المعرفة.
٢٤. التلقين في الفقه المالكي، القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، دار الكتب العلمية.
٢٥. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، ت: ٤٦٣هـ، الناشر: مطبعة فضالة.
٢٦. تهذيب السنن، لمحمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية، ت: ٧٥١هـ، الناشر: مكتبة السنة المحمدية.
٢٧. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، دار إحياء التراث العربي.

٢٨. حاشية ابن عابدين (حاشية على الدر المختار شرح تنوير الأبصار)، ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٢٩. حاشية الروض المربع، لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، ت: ١٣٩٢هـ،
٣٠. حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، دار الفكر.
٣١. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية.
٣٢. درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، دار الجيل.
٣٣. الذخيرة، لأحمد بن إدريس القرافي، ت: ٦٨٤هـ، الناشر: دار الغرب الإسلامي.
٣٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين، محي الدين النووي، دار الكتب العلمية.
٣٥. سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني، دار إحياء الكتب العربية.
٣٦. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتب العلمية.
٣٧. سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سؤرة الترمذي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
٣٨. الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، أحمد الدردير، محمد بن أحمد الدسوقي، دار الفكر
٣٩. شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي، دار الفكر.
٤٠. الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم للملايين.
٤١. صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، دار الفكر.

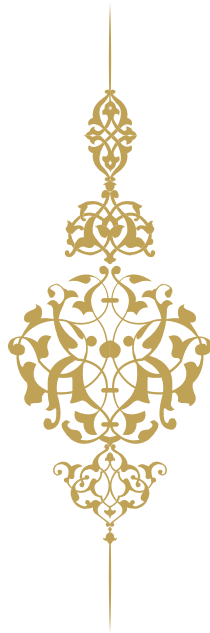


- ٤٢ . صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي.
- ٤٣ . الفتاوى، لشيخ الإسلام ابن تيمية، جمع ابن قاسم الحنبلي، دار عالم الكتب.
- ٤٤ . فتح الباري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الفكر.
- ٤٥ . فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر.
- ٤٦ . الفروع، محمد بن مفلح، شمس الدين المقدسي، مؤسسة الرسالة.
- ٤٧ . القاموس القانوني الثلاثي، موريس، روجي، صلاح، منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٤٨ . القاموس المحيط، الإمام الفيروز آبادي، دار الحديث.
- ٤٩ . القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، عمادة شؤون المكتبات.
- ٥٠ . قانون المعاملات التجارية، د. محمود مختار بريري، دار النهضة العربية.
- ٥١ . قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي.
- ٥٢ . قواعد ابن رجب، عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، دار المعرفة.
- ٥٣ . كشاف القناع لمنصور بن يونس البهوتي، دار الفكر.
- ٥٤ . لسان العرب، حمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، ابن منظور الأنصاري، دار صادر.
- ٥٥ . مبادئ القانون التجاري، عاطف الأخرس، دار البركة.
- ٥٦ . المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، المكتب الإسلامي.
- ٥٧ . المبسوط، لمحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة، دار المعرفة.
- ٥٨ . المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، دار الكتب العلمية

٥٩. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الفكر.
٦٠. المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، دار صادر.
٦١. مراتب الإجماع، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الكتب العلمية.
٦٢. مسائل الإمام أحمد لابنه صالح، المكتب الإسلامي.
٦٣. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين المعروف بابن الفراء، مكتبة المعارف.
٦٤. المستدرک، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتاب العربي.
٦٥. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، مؤسسة الرسالة.
٦٦. مسؤولية الوسيط المالي في بورصة الأوراق المالية - دراسة تحليلية في القانون الأردني، للباحثين: لافي درادكة وليث الشيخ، بحث منشور في مجلة أبحاث اليرموك سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية.
٦٧. مسؤولية الوسيط في سوق الأوراق المالية في النظام السعودي، د. صالح التويجري، رسالة دكتوراه في جامعة نايف للعلوم الأمنية، منشورة على موقع الجامعة.
٦٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية.
٦٩. المطلع على ألفاظ المقنع، شمس الدين حمد بن أبي الفتح البعلي، مكتبة السوادي.
٧٠. معالم السنن، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، المطبعة العلمية.
٧١. مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر.
٧٢. المغني، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، دار هجر.



٧٣. مقاييس اللغة أو معجم مقاييس اللغة، حمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، دار الفكر.
٧٤. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، مطبعة السعادة.
٧٥. منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي، دار الفكر.
٧٦. المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.
٧٧. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب، دار الفكر.
٧٨. النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، أنصار السنة المحمدية.
٧٩. الوجيز في النظام التجاري السعودي، د. سعيد يحيى، شركة مكاتب عكاظ.
٨٠. موقع لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية السعودية:
<https://crsd.org.sa/ar/ResolutionsCommittee/Pages/default.aspx>
٨١. موقع هيئة السوق المالية السعودية:
<https://cma.org.sa/RulesRegulations/CMALaw/CH4/Pages/default.aspx>
٨٢. موقع الأمانة العامة للجان الفصل في منازعات الأوراق المالية في السعودية:
<https://crsd.org.sa/ar/Pages/default.aspx>





رسالة في التعزير

لمحيي الدين، محمد بن إلياس بن حاجي عمر الرومي؛
المعروف بجوي زادَه (ت: ٩٥٤)
من أول المخطوط حتى نهاية الفصل الثامن
- تحقيقاً ودراسة -

د. عبد العزيز بن فهد بن محمد بن داود

القاضي بوزارة العدل

المقدمة

حمداً لك اللهم يا من أطلع على أرائك الأفكار أبكار المعاني، وأبس من نسج الأذهان بروداً تحتال فيها أعطاف المباني، أحمذك على آلائك التي لا ينقطع مددها، وأشكرك على نعمائك التي لم تتخلق جُدها، وأصلى وأسلم على سيدنا محمد وآله وأصحابه، الجارين في إقامة لواء الشريعة على منواله، وبعد: فلما كان العلم من أعز المطالب، والسعي إليه واجباً على كل سائل وطالب، وقد مدح الله تعالى أهله في كتابه المكنون، بقوله: ﴿هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾^(١)، ملئت إلى أن أسرح طرف طرفي في رياضه سائماً، وتركته حائلاً في حلبة ميدانه لا سائماً، واقتطفت من حديقته بعد الفهم زهراً طاب نشره، ورفع ذكره، عن بعض الأفاضل نسرته، حتى ظفرت برسالة عنوانها: «رسالة في التعزير»؛ للعلامة الفاضل، المنتهي إليه في عصره فقه الإمام أبي حنيفة: محمد بن إلياس بن حاجي عمر الرومي؛ المعروف بجوي زاده (ت: ٩٥٤هـ)، بل الله ثراه وجعل الجنة مثواه، والله أسأل أن يجعل مرماي صوب الصواب، إنّه كريم وهاب^(٢).

أسباب اختيار الموضوع:

١. القيمة العلمية للكتاب، وقد برزت في الآتي:

- (١) من سورة الزمر، من الآية الكريمة: (٩).
- (٢) استفدت في صياغتها من مقدّمة القاضي خير الدين إلياس زاده في رسالته: «القول القوي في بيان ما اشتبه على السيد الحموي» (ل: ٣٥) مخطوط بمكتبة عبد الله بن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا بالطائف برقم (٨٢).

- أنه فريدٌ في بابه.

- أنه جامعٌ في بابه أمهات كتب المذهب الحنفي.

- أنه مشتملٌ على زوائد ونفائس في غاية التحرير.

٢. المكانة العملية العليّة للمؤلف، وقد برزت في الآتي:

- توليه القضاء مراراً.

- اشتهاره بالتدريس والإفتاء.

- اشتهاره بالتأليف العلمي.

٣. تعلقه بالقضاء الشرعي؛ مجال عملي.

٤. الرغبة في خدمة الكتاب بإخراجه مطبوعاً، إذ لم يسبق إخراجه من

قبل.

أهداف الموضوع:

١. التوسع في موضوع البحث، والإثراء العلمي من ذلك.

٢. إخراج الكتاب للمكتبة الإسلامية بالصورة التي أرادها المؤلف.

٣. الفائدة الشخصية؛ بتنمية الملكة الفقهية من خلال دراسة هذا الكتاب

وتحقيقه.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتتبع والسؤال في مظانّ البحوث والدراسات العلمية وقوائم البيانات للمواضيع المسجلة في الجامعات، لم أجد أنّ هذا المخطوط قد حظي بالتحقيق أو الإخراج أو التسجيل.

تقسيمات البحث:

انتظمت خطة هذا العمل في مقدّمة، وقسمين، وثبت للمصادر:
أمّا المقدمة: فتشتمل على الافتتاح، وأسباب اختيار الموضوع، وأهدافه، والدراسات السابقة، وتقسيمات البحث.

أولاً: قسم الدراسة:

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: ترجمة المؤلف:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اسمه، ولقبه، ومذهبه، ومولده، ووفاته.

المطلب الثاني: أبرز شيوخه.

المطلب الثالث: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه.

المطلب الرابع: آثاره العلمية.

المبحث الثاني: دراسة كتاب رسالة في التعزير؛ لمحمد بن إلياس؛ المعروف

بجوي زاده:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اسم الكتاب، وتوثيق نسبته لمؤلفه:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: اسم الكتاب.

الفرع الثاني: توثيق نسبته لمؤلفه.

المطلب الثاني: وصف نسختي المخطوط، وأنموذج منهما:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: وصف نسختي المخطوط.

الفرع الثاني: أنموذج من نسختي المخطوط.

المطلب الثالث: وصف الكتاب محل التحقيق والدراسة.

ثانياً: قسم التحقيق:

من أول المخطوط حتى نهاية الفصل الثامن.

ثبت المصادر.

منهج التحقيق:

١. اعتمدت في نسخ المخطوط -بعد الله تعالى- على نسخة المكتبة

السليمانية، ورمزت لها بالرمز: (أ)، ونسخة مكتبة راغب باشا، ورمزت لها

بالرمز: (ب).

٢. سرتُ في نسخ المخطوط على منهج التلفيق، باعتماد أقرب النصين للصحة في المتن.
٣. عند وجود خطأ في نسختي المخطوط، فأني أصححه في المتن، وأشير للنص المذكور المثبت في نسختي المخطوط في الحاشية.
٤. عند وجود اختلاف بين النسختين، فأني أثبت الأقرب للصواب في المتن، وأشير للنص الوارد في النسخة الأخرى في الهامش.
٥. أثبت رقم كل وجه من ألواح المخطوطين في المتن عند بدايته، وجعلتُ الترقيم بين معكوفين.
٦. عزوت النقول الواردة في المتن إلى مصادرها ما أمكن.
٧. جعلت الآيات القرآنية داخل أقواسها المعتادة.
٨. خرجت الأحاديث الواردة في المتن.



القسم الأول

المبحث الأول ترجمة المؤلف

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اسمه، ولقبه، ومذهبه، ومولده، ووفاته^(١):

اسمه: محمد بن إلياس بن حاجي عمر الرومي الميلاقي.

لقبه: محيي الدين، شيخ الإسلام، مفتي الروم، جوي زاده.

مذهبه: حنفي المذهب.

مولده: لم أقف على تاريخ ذلك.

وفاته: توفي رَحِمَهُ اللهُ بالقسطنطينية سنة: (٩٥٤هـ).

المطلب الثاني: أبرز شيوخه، وتلامذته:

وفيه فرعان:

(١) ينظر: الشقائق النعمانية لطاشكبري زاده (ص ٢٦٥-٢٦٦)، الكواكب السائرة للغزي (٢/٢٧-٢٨)، سلم الوصول لحاجي خليفة (٢/١٠٩) (٤/٣٣٤)، الفوائد البهية للكنوي (ص ٢١٢)، الأعلام للزركلي (٦/٤٠-٤١)، معجم المؤلفين لكحالة (٦٦/٩).

الفرع الأول: أبرز شيوخه^(١):

١. إلياس بن حاجي عمر؛ والد المؤلف (لم أقف على ترجمته).
٢. سعدي تاج زاده (ت: ١٩٢٢هـ).
٣. المولى بالي الأسود (لم أقف على ترجمته).

الفرع الثاني: أبرز تلامذته^(٢):

١. تقي الدين بن عبد القادر التميمي (ت: ١٠٠٥هـ).
٢. عبد الرؤوف بن محمد؛ المعروف بعرب زاده (ت: ١٠٠٩هـ).
٣. علي بن أمر الله؛ المعروف بقنالي زاده (ت: ٩٧٩هـ).

المطلب الثالث: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه:

تبوأ العلامة محمد بن إلياس مكانة علمية عليّة، أساسها: الإعداد العلمي المبكر، والمشاركة في أداء حق العلم الشرعي: تأليفاً، وتدريساً، وقضاءً حتى نقلت آراؤه الفقهية، وانتفع به خلق كثير، وشهد له أهل العلم بذلك:

جاء في الشقائق النعمانية: «العالم، العامل، الكامل، الفاضل..، كان رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى سيفاً من سيوف الله تعالى، وقاطعاً بين الحق والباطل، وحسنة من محاسن الأيام»^(٣).

(١) ينظر: الكواكب السائرة للغزي (٢٧)، الفوائد البهية للكنوي (ص ٢١٢).
 (٢) ينظر: سلم الوصول لحاجي خليفة (١/٣٩٥)، (٢/٢٧٦)، (٢/٣٥٣).
 (٣) لطاشكبري زاده (ص ٢٦٦).

وجاء في الكواكب السائرة: «الفاضل، العلامة..، كان مرضي السيرة، محمود الطريقة، طارحاً للتكلف، متواضعاً..، مواظباً على الطاعات..، قوالاً بالحق لا يخاف في الله لومة لائم، وكان يحفظ القرآن العظيم، وكان له يد طولى في الفقه والتفسير والأصول، ومشاركة في سائر العلوم»^(١).

وجاء في الفوائد البهية: «كان إماماً محققاً مدققاً محدثاً مفسراً أصولياً فروعياً»^(٢).

وجاء في معجم المؤلفين: «فقيه، أصولي، مفسر، مشارك في كثير من العلوم»^(٣).

المطلب الرابع: آثاره العلمية^(٤):

١. الإيثار لحل المختار للموصلي في الفروع^(٥).

٢. حسن القاري في التجويد^(٦).

٣. رسالة في المسح على الخفين^(٧).

(١) للغزي (٢٨/٢).

(٢) للكنوي (ص ٢١٢).

(٣) لكحالة (٦٦/٩).

(٤) ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة (١٦٢٢/٢)، إيضاح المكنون للبغدادي (٤/٤٣٩)، الأعلام للزركلي (٦/٤٠)، معجم المؤلفين لكحالة (٦٦/٩).

(٥) سجل في كلية الشريعة بجامعة دمشق عام ٢٠١٢ للطالبة: ميساء الدباس، وطبع مؤخراً في أربعة أجزاء عن دار الإرشاد بعناية: إلياس قبلان.

(٦) مخطوط لم يحقق بعد، له نسخة بمكتبة الأوقاف بحلب، برقم (١٨١٧٥).

(٧) مخطوط لم يحقق بعد، له نسخة بأكاديمية لايدن بهولندا، برقم (١٨٦٨).

٤. رسالة في الوقف^(١).
٥. رسالة في تحرير دعوى المُلْك^(٢).
٦. رسالة في جمع المال ضار أم نافع^(٣).
٧. الروضة البهية في شرح نظم الأقوال الزفرية^(٤).
٨. مجموعة الفتاوى^(٥).
٩. ميزان المدعيين في إقامة البيئتين^(٦).
١٠. رسالة في التعزير، وهي محل التحقيق والدراسة.

- (١) مخطوط لم يحقق بعد، له نسخة بمكتبة الأمير سلطان بن عبد العزيز في جامعة الإمام محمد بن سعود تقع ضمن مجموع، رقمه (٦٠٥).
- (٢) مخطوط لم يحقق بعد، له نسخة بمكتبة الأمير سلطان بن عبد العزيز بجامعة الإمام محمد بن سعود، برقم (٥٥٨).
- (٣) مخطوط لم يحقق بعد، له نسخة بمكتبة عارف حكمت في المدينة النبوية، برقم (٢٨).
- (٤) مخطوط لم يحقق بعد، له نسخة في دار الكتب الظاهرية بسوريا، برقم (٦٩٨٠)، وصورتها في مركز جمعة الماجد بدمشق، برقم (٢٣٣٣٢٥)، لكنها نسبت إلى إسماعيل الحلبي.
- (٥) مخطوط لم يحقق بعد، له نسخة بمكتبة كوبريللي، برقم (٦٥٠).
- (٦) نال بتحقيقه خالد بن عبيد بن مديد الشمري درجة الماجستير من الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، وقد نسبه لأسيري زاده (ت: ١١٦٠هـ) تبعاً للبغدادي في إيضاح المكنون (٤/٦١٣)، وقد نسبه لجوي زاده: الزركلي في الأعلام (٦/٤٠)، وكحالة في معجم المؤلفين (٩/٦٦)، وهو المدون على نسخة المكتبة العبدلية بتونس، برقم (٢٤٢٨)، ونسخة مكتبة الأسد، بسوريا برقم (٣٤١١٨).

المبحث الثاني دراسة كتاب رسالة في التعزير لمحمد بن إلياس

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اسم الكتاب، وتوثيق نسبه لمؤلفه:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: اسم الكتاب:

رسالة في التعزير.

الفرع الثاني: توثيق نسبه لمؤلفه:

نسبة الكتاب لمؤلفه ظاهرةٌ يدل عليها: النص على ذلك في مقدمة النسخة (أ) من المخطوط، والموافقة بين الكتاب محل التحقيق والدراسة وكتاب الإيثار لحل المختار^(١) في الأسلوب والصياغة والمفردة.

(١) نسبه للمؤلف حاجي خليفة في كشف الظنون (١٦٢٢/٢).

المطلب الثاني: وصف نسختي المخطوط، ونموذج منهما:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: وصف نسختي المخطوط:

اعتمدت - بعد الله تعالى - في تحقيق الجزء المحقق من الكتاب على نسختين خطيتين^(١):

النسخة الأولى:

- نسخة المكتبة السليمانية برقم (١١٩٩) ضمن مجموع عدد ألواح: (٣٥٥).

- موقع المخطوط من المجموع: يقع المخطوط في الألواح: (٢١٩ - ٢٤٤).

- عدد ألواح الجزء المحقق من المخطوط: خمسة وعشرون لوحاً، كل لوح به وجهان، وكل وجه به خمسة وعشرون سطرًا، وكل سطر به سبع كلمات.
- ناسخها: لم يدون.

- تاريخ نسخها: لم يدون.

(١) وقد وقفت بفضل الله بعد البحث والتتبع على ست نسخ:

- النسختان المعتمدتان في التحقيق، وقد اقتصرتا عليهما؛ لأنَّ ما عداهما يعود لهما.

- نسختا مكتبة برنستون: (١١٤٦)، (٥٨٦٦).

- نسخة مكتبة الأمير سلطان بن عبد العزيز بجامعة الإمام محمد بن سعود، برقم (٤٣١٣).

- نسخة مكتبة الحرم المكي، برقم (١٨٩٠).

- وصفها: نسخة كاملة، خطها واضح، كتبت باللون الأسود، وعليها تعليقات وتصحيحات جانبية.

النسخة الثانية:

- نسخة مكتبة راغب باشا برقم (٤٤٤) ضمن مجموع عدد ألواحها (١٠٩).

- موقع المخطوط من المجموع: يقع المخطوط في الألواح: (٧٣-١٠٩).

- عدد ألواحها: ستة وثلاثون لوحاً، كل لوح به وجهان، وكل وجه به واحد وعشرون سطراً، وكل سطر به اثنتا عشرة كلمة.

- ناسخها: لم يدون.

- تاريخ الفراغ من نسخها: نهار الأربعاء، ثامن عشر من ربيع الآخر سنة سبع وثلاثين ومائة وألف من الهجرة الشريفة ١١٣٧هـ.

- وصفها: نسخة كاملة، خطها واضح، كتبت باللون الأسود، وبعض كلماتها باللون الأحمر، عليها تصحيحات جانبية، وعليها تملك السيد الحاج أحمد الأسطواني، وتملك السيد عبد الرحيم الأسطواني، وقد كتب عليها: (باعته الورثة سنة: ١١٥٩هـ).

هذا، وأشير هنا إلى أن هذه النسخة كتب على غلافها:

الفصول الخمسة عشر في ما يوجب التعزير وما لا يوجب؛ للأسروشني الحنفي، وهذه النسبة محل نظر؛ لأربعة أمور:

- أنه جاء في مقدمة النسخة (أ) من المخطوط التصريح بنسبته لمحمد بن إلياس؛ المعروف بجوِّي زاده؛ كما سيأتي.
- أن الأسروشنى توفي سنة: (٦٣٢هـ) وهذا المخطوط - محل التحقيق والدراسة - ينقل صراحة عن غاية البيان للإتقاني (ت: ٧٥٨هـ)، والفتاوى التاتارخانية لعالم بن العلاء الدهلوي (ت: ٧٨٦)، والدرر والغرر لملاخسرو (ت: ٨٨٥هـ)، وغيرهم.
- أن مؤلفه نقل صراحة عن الأسروشنى في آخر الفصل الرابع عشر من المخطوط، ولا يتصور عادة أن ينقل العالم عن نفسه.
- أنني لم أقف على من نسب هذا الكتاب للعلامة الأسروشنى، وكتاب الأسروشنى المعنون له بالفصول، خاص بالمعاملات المالية دون غيرها؛ صرح بذلك حاجي خليفة في كشف الظنون^(١)، وهذا الكتاب خاص بالتعازير.
- ولعل سبب هذا الخطأ في تدوين اسم الكتاب يعود إلى أن هذا الكتاب قد وضعه مؤلفه في خمسة عشر فصلاً، فناسب أن ينسبه الناسخ للأسروشنى المعروف بكتابه الفصول؛ سهواً من الناسخ أو ترويحاً للكتاب.

(١) وقد فرغ الأسروشنى من جمعه سنة (٦٢٥هـ). ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة (١٢٦٦/٢). وقد حُقق في رسائل علمية بجامعة أم القرى.

المطلب الثالث: وصف الكتاب محل التحقيق والدراسة:

الكتاب محل التحقيق والدراسة قيّم في بابه، تحدث فيه مؤلفه عن موضوع قضائي جزائي، وهو التعزير، وقد تناوله في خمسة عشر فصلاً، بين فيها الأقوال والآراء والمذاهب عن مصادر مطبوعة ومخطوطة ومفقودة؛ وهذه هي إحدى ميزات هذا الكتاب والتي تضاف لما جاء ذكره في القيمة العلمية له، وأمّا ما يمكن اعتباره من المآخذ على الكتاب: أنّ الكتاب ورد في مواطن قليلة منه أقوال منكرة وأقوال هي محل خلاف في المذهب الحنفي اكتفى المؤلف فيها بالنقل دون تعليق أو تحقيق، وقد جرى التنبيه عليها في موضعها.

الفرع الثاني: نموذج من نسختي المخطوط:

اللوحه الأولى من الجزء المحقق من النسخة (أ)



اللوحة الأولى من الجزء المحقق من النسخة (ب)



القسم الثاني: النص المحقق

[١١٩/أ/ب] بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العلي العظيم، والصلاة والسلام على نبيه الكريم.

هذه الرسالة جمع الإمام المستغني عن الإطنا ب في الألقاب، شيخ محمد بن إلياس الشهرير بجوي زاده، متعه الله تعالى في الجنان بالزيادة^(١):

[١ب/ب] الفصل الأول

في الفرق بين الحد والتعزير

اعلم أن التعزير تأديبٌ دون الحد^(٢)، وأصله من العزر، بمعنى الرد والردع^(٣)، والتعزير في جناية ليست بموجبة للحد^{(٤)(٥)}.

وفي «نصاب الاحساب»^(٦): (الفرق بين الحد والتعزير من وجوه:

أحدها: أن الحد مقدرٌ، والتعزير مفوضٌ إلى رأي الإمام.

الثاني: أن الحد يندرى بالشبهات، والتعزير يجب^(٧) مع الشبهات.

الثالث: أن الحد لا يجب على الصبي، والتعزير يُشرع عليه).

(١) هذه المقدمة من (أ)، وليست في (ب).

(٢) ينظر: تبين الحقائق للزيلعي (٣/٢٠٧)، العناية شرح الهداية للبارقي (٥/٣٤٤).

(٣) ينظر: تهذيب اللغة للأزهري (٢/٧٨)، لسان العرب لابن منظور (٤/٥٦٢).

(٤) في (أ): (ليس بموجب)، وسقطت كلمة (للحد)، والمثبت من (ب).

(٥) ينظر: التنف في الفتاوى للسغدي (٢/٦٤٦)، تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/١٤٨).

(٦) ينظر: نصاب الاحساب للسنامي (ص ١٠٣ - ١٠٤).

(٧) (يجب) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

وفي «الهداية»^(١): (لأنَّ التعزير حقُّ العبد، ولهذا يُضرب الصبيُّ، وحقُّ الشَّرع موضوعٌ عنه).

أقول: وعن التُّرجماني^(٢): (البلوغ يُعتبر في التعزير).

(الرابع: الحدُّ يُطلق على الذَّمِّيِّ إنَّ كان مُقدَّراً، والتَّعزير لا يُطلق عليه؛ لأنَّ التَّعزير شُرِعَ للتَّطهير، والكافر ليس من أهل التَّطهير، وإنَّما يُسمَّى في حقِّ أهل الذِّمَّة - إذا كان غير مُقدَّر - عقوبةً)^(٣).

أقول: يمكن الفرق بينهما^(٤):

بأنَّ إقامة الحدِّ مُختصٌّ بالإمام، والتَّعزير غير مُختصٍّ به، فإنَّ الزوج يُؤدَّب المرأة، والمولى يُؤدَّب [ب/أ] العبد، ولو رأى إنسانٌ إنساناً يفعل مُنكراً كان له أن يمنعه وينهاه، ويضربه ويؤدِّبه إنَّ كان لا ينزجر لا بالمنع ولا باللسان، ولهذا لا يُقيم المولى الحدَّ على عبده إلا بإذن الإمام. وبأنَّ الحدَّ لا يجب على الإمام الذي ليس فوقه إمامٌ، يعني الخليفة^(٥).

(١) ينظر: الهداية شرح البداية للمرخيني (٢/٣٤٢).

(٢) نقله عنه الزاهدي في المجتبى شرح مختصر القدوري (ل: ٣١٩) وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٨٠٨)، وابن نجيم في البحر الرائق (٥/٥٣)، والحموي في غمز عيون البصائر (٢/١٠٧).

(٣) ينظر: نصاب الاحتساب للسنامي (ص ١٠٤).

(٤) ينظر: قنية المنية لتتيم الغنية للزاهدي (ل: ٨٢) وهو مخطوط بمكتبة الملك سلمان بن عبد العزيز بجامعة الملك سعود، برقم (٧٣٨٢)، حاشية ابن عابدين (٤/٦٠).

(٥) جاء في الهداية للمرخيني (٢/٣٤٩): «لأنَّ الحدود حقُّ الله تعالى، وإقامتها إليه لا إلى غيره، ولا يمكنه أن يقيم على نفسه؛ لأنَّه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد؛ لأنه يستوفيه ولي الحقِّ إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين، والقصاص والأموال منها، وأما حد القذف قالوا الم أغلب فيه حق الشَّرع، فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى».

وبأن الرجوع يُقبل^(١) في الحدِّ، ولا يُقبل في التعزير.
 وبأنَّ في الحدِّ يُجس المشهود عليه حتَّى يُسأل عن الشُّهود؛ لأنَّ الحبس
 ليس من الحدِّ، وفي التعزير لا يُجس حتَّى يُسأل عن الشُّهود.
 وبأنَّ السُّلطان يجوز أن يترك التعزير، ويجوز التَّشعُّع فيه، وفي الحدود لا
 يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ﴾^(٢).

(١) في الموضعين في (أ): (يعمل)، والمثبت من (ب).

(٢) من سورة النور، من الآية الكريمة (٢).

الفصل الثاني

في أن التعزير [٢٢٠/أ] هل يسقط بالتوبة والتقدم أم لا؟

وفي «اليتيمة»^(١) «(٢)»: (ذكر البقالي في الأشربة: ويضرب المسلم ببيع الخمر ضرباً وجيعاً، بخلاف الذمي حتى يتقدم عليه، فإن باع في المصر بعد التقدم ثم أسلم لم يسقط الضرب. قلت: وهذا دليل على أن التعزير لا يسقط بالتوبة. ذكر في «مشكل الآثار» في المجلدة الرابعة: وإقامة التعزير للإمام عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى، والعفو إليه أيضاً^(٣)، وقال الطحاوي^(٤): وعندي أن العفو ثابت للذي جني عليه لا إلى الإمام، وقدره غاية التعزير هناك. قلت: والحد أيضاً لا يسقط بالتوبة، فإنه ذكر في «الجامع الصغير»^(٥): في نصرائي قذف مسلماً، [٢/ب/ب] فضرب سوطاً واحداً ثم أسلم، فضرب تسعة وسبعين، جازت شهادته. ونصّ الضميري^(٦) في شرحه لهذه المسألة أن الحد لا يسقط بالتوبة. وسئل الحسن بن علي عن الحد أيضاً هل يسقط بالتوبة سوى حد قطع الطريق؟ فقال:

(١) كذا في (ب)، وفي (أ): (التتمة).

(٢) ينظر: يتيمة الدهر للترجماني (ل: ٧٩) وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠٨٨).

(٣) ينظر: شرح مشكل الآثار للطحاوي (٦/١٥٠)، البحر الرائق لابن نجيم (٥/٤٩).

(٤) ينظر: شرح مشكل الآثار للطحاوي (٦/١٥١).

(٥) ينظر: الجامع الصغير لمحمد بن الحسن (ص ٢٩٢).

(٦) كذا في النسختين، ورسم الكلمة في يتيمة الدهر للترجماني (ل: ٧٩): «الصبهري»، ولم أهد للمراد.

لا^(١)(٢). وسُئِلَ عن التَّعْزِيرِ أَيْضاً هل يسقط بتقادم العهد؟ فقال: لا. قيل: وهل فيه فرق بين الذي يجب حقاً لله تعالى وبين ما يجب للآدمي؟ فقال: لا). وفي «القنية»^(٣): (وفي «مشكل الآثار»^(٤)): وإقامة التَّعْزِيرِ إلى الإمام عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمدٍ والشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى، والعفو إليه أَيْضاً. قال الطَّحَاوِيُّ: وعندي أَنَّ العفو ثابتٌ للذي جُنِيَ عليه لا إلى الإمام. قال عليُّ^(٥) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ولعلَّ ما قالوا إِنَّ العفو إلى الإمام فذلك في التَّعْزِيرِ الواجب حقاً لله تعالى، بأن ارتكب منكراً ليس فيه حدٌّ مشروعٌ، مِنْ غير أن يجني على إنسان، وما قال^(٦) الطَّحَاوِيُّ إذا جنى على إنسانٍ.....

- (١) هذه العبارة بتامها من (ب)، وليست في (أ).
- (٢) الحدود لا تسقط بالتوبة إجماعاً عدا حد الحرابة قبل الرفع للإمام.
- جاء في إكمال المعلم (٢٦٧/٨): «قد أجمع العلماء أن التوبة لا تسقط حداً من حدود الله إلا الحرابة».
- وجاء في الفروق (٢٠٨/٤): «الحرابة والكفر فإنهما يسقط حدهما بالتوبة إجماعاً».
- وجاء في إعلام الموقعين (٥٤٨/٤): «الحدود لا تسقط بالتوبة بعد القدرة اتفاقاً».
- (٣) ينظر: قنية المنية للزاهدي (ل: ٨٤).
- (٤) ينظر: شرح مشكل الآثار للطحاوي (١٥٠/٦).
- (٥) كذا في (أ) و(ب)، ولعلها مقحمة، والذي في قنية المنية للزاهدي (ل: ٨٤): قال بعدُ، ولعل ما قالوه)، والذي في البحر الرائق لابن نجيم (٥/٤٩): «قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ»، والذي في واقعات المفتين (ص ١٠٣): «قال رَحِمَهُ اللهُ».
- (٦) كذا في النسختين، والذي في قنية المنية للزاهدي (ل: ٨٤) والبحر الرائق لابن نجيم (٥/٤٩): «ما قاله».

..... ثبت^(١) في «السير^(٢) الصغير»^(٣) أن التعزير إلى الإمام كما ذكره^(٤) الطحاوي).

وفي «المجتبي»^(٥): (وإقامة التعزير فليل: لصاحبه كالقصاص، وقيل: للإمام؛ لأن صاحب الحق قد يسرف فيه غيظاً^(٦))، بخلاف القصاص؛ لأنه مُقدَّر، بخلاف [٢٢٠/ب] التعزير الواجب حقاً لله تعالى، حيث يلي إقامته كل أحد بحكم النيابة عن الله تعالى^(٧).

وفي «فتح القدير»^(٨): (ثم التعزير [٣/ب/أ] فيما^(٩) شرع فيه التعزير إذا رآه الإمام واجباً، وهو قول مالك وأحمد، وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس بواجب؛ لما روي أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال: إنني لقيت امرأة فأصبت^(١٠) منها ما دون أن أطأها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أصليت معنا^(١١)؟» فقال: نعم، فتلا عليه: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ

(١) كذا في النسختين، والذي في قنية المنية للزاهدي (ل: ٨٤): «مت للسير الصغير أن التعزير..»، وجاء في اللوحة الأولى من المخطوط: «مت: محمد ترجماني».

(٢) كذا في (أ)، وقنية المنية للزاهدي (ل: ٨٤)، وفي (ب): (الشرح).

(٣) لم أقف عليه في النسخة التي بين يدي من السير الصغير.

(٤) كذا في (ب)، وقنية المنية للزاهدي (ل: ٨٤)، وفي (أ): (ذكر).

(٥) ينظر: المجتبي شرح مختصر القدوري للزاهدي (ل: ٣١٩).

(٦) في (أ): (عيناً)، وفي (ب): (عنيفاً)، وفي البحر الرائق (٥/٤٥): «غلظاً»، والمثبت من المجتبي شرح مختصر القدوري للزاهدي (ل: ٣١٩).

(٧) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/٤٥).

(٨) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٥/٣٤٦).

(٩) في (أ): (فيها)، تصحيف، والمثبت من (ب) وفتح القدير لابن الهمام (٥/٣٤٦).

(١٠) في (أ): (فأرضيت)، تصحيف، والمثبت من (ب) وفتح القدير لابن الهمام (٥/٣٤٦).

(١١) (معنا) سقطت من (أ)، واستدركتها من (ب) وفتح القدير لابن الهمام (٥/٣٤٦).

يُذْهِبَنَّ السَّيِّئَاتِ ﴿١﴾^(٢). وقال رجل للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الحكم الذي حكم به للزبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في سقي أرضه، فلم يوافق غَرَضَهُ: أن كان ابن عمَّتِكَ! [فغضب] ^(٣) صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولم يعزِّره ^(٤). ولنا: أن ما كان منصوباً عليه من التعزير - كما في وطء جارية امرأة ^(٥) أو جارية مشتركة - يجب امتثال الأمر فيه، وما لم يكن منصوباً عليه إذا رأى الإمام - بعد مجانبته هوى نفسه - المصلحة، أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب؛ لأنه زاجرٌ مشروعٌ لحق الله تعالى، فوجب كالحدد، وما علم أنه انزجر بدونه لا يجب، وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما أصاب من المرأة، فإنه لم يذكره للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا وهو نادمٌ منزجرٌ؛ [لأن] ^(٦) ذكره ليس إلا للاستعلام بموجهه ^(٧) ليفعل معه.

(١) من سورة هود، من الآية الكريمة: (١١٤).

(٢) أخرجه الإمامان في صحيحهما: البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفِي النَّهَارِ وَزُلْفًا مِنَ اللَّيْلِ﴾، برقم (٤٦٨٧) (٧٥/٦)، ومسلم، كتاب التوبة، باب قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ﴾، برقم (٢٧٦٣) (٤/٢١١٥) من حديث عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) في (أ) و(ب): (فغضبه)، والمثبت من فتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥).

(٤) أخرجه الإمامان في صحيحهما: البخاري كتاب المساقاة، باب شرب الأعلى قبل الأسفل، برقم (٢٣٦١) (٣/١١١)، ومسلم، كتاب الفضائل، باب وجوب اتباعه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، برقم (٢٣٥٧) (٤/١٨٢٩).

(٥) كذا في (أ) و(ب)، ولعل الصواب: (امرأته).

(٦) في (أ) و(ب): (لأنه)، والمثبت من فتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥)، وهو الأليق بالسياق.

(٧) في (أ): (الاستعمام يوجهه)، تصحيف، والمثبت من (ب)، وفتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥).

وأما حديث الزبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَإِنَّ التَّعْزِيرَ لِحَقِّ آدَمِيِّ هُوَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. ويجوز تركه. ولا يخفى على أحد أنه ينقسم إلى ما هو حق العبد، وما [ب/ ٣] هو حق الله تعالى، فحقُّ العبد لا شكَّ في أنه يجري فيه ما ذكر، وأما ما وجب منه حقاً لله تعالى فقد ذكرنا آنفاً أنه يجب على الإمام، ولا محلُّ له تركه إلا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك. ثم ما^(١) يجب أن يتفرَّع^(٢) عليه أنه [يجوز]^(٣) إثباته بمدِّعٍ يشهد به، فيكون مدَّعيّاً شاهداً إن كان معه^(٤) آخر.

فإن قلتَ: في «فتاوى قاضيخان»^(٥) وغيره^(٦): إذا كان المدعى عليه ذا مروءة، وكان أوَّل ما فعل، يُوعظ استحساناً، فلا يُعزَّر، فإن عاد وتكرَّر منه روي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُضْرَب^(٧)، وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى، فإنَّ حقوق العباد لا يتمكَّن القاضي فيها من إسقاط التعزير. قلتُ: يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة^(٨)؛ لأنَّه إذا كان ذا مروءة فقد حصل [٢٢١/أ] تعزيره بالجرِّ إلى باب القاضي، والدعوى

(١) (ما) من (أ) فقط، وليست في (ب) وفتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥).

(٢) في (ب): (نفرَّع)، والمثبت من (أ) وفتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥).

(٣) (يجوز) سقطت من (أ) و(ب)، وأثبتها من فتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥)، وهو الأليق بالسياق.

(٤) في (أ): (منه)، تصحيف، والمثبت من (ب) وفتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥).

(٥) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٦).

(٦) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/٤٩).

(٧) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٦).

(٨) في (أ): (من قصته)، والمثبت من (ب) وفتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥).

عليه، فلا يكون مُسقطاً لحقّ الله في التعزير. وقوله: لا يُعزَّر؛ يعني: بالضرب في أوّل مرّة، فإنّ عاد عُزِّر بالضرب. ويمكن كون محلّه حقّ آدميٍّ من الشتم، وهو ممّن تعزيره بما ذكرنا).

أقول: هذا السؤال والجواب لم يستقيما على رواية الطّحاوي أنّ العفو للإمام، سواءً كان من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد، فتأمّل.



الفصل الثالث

في التعزير بالمال^(١)(٢)

وفي «الظهيرية»^(٣): (ولم يذكر محمدٌ رَحْمَةُ اللَّهِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْكُتُبِ^(٤)) التعزير بأخذ المال، وقد رُوي عن أبي يوسف رَحْمَةُ اللَّهِ أَنَّ الزجر والتعزير من السُّلطان [٤ب/أ] بأخذ المال إن رأى القاضي أو الوالي جائزاً^(٥)، ومن جملة ذلك: الرجل لا يحضر الجماعة، يجوز تعزيره بأخذ المال^(٦).

وفي «خزانة المفتين»^(٧)^(٨): (وقيل: التعزير من السُّلطان بأخذ المال جائزاً).

- (١) (في التعزير بالمال) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ).
- (٢) المعتمد في المذهب الحنفي عدم جواز التعزير بالمال. ينظر: تبين الحقائق (٣/٢٠٨)، فتح القدير (٥/٣٤٥).
- (٣) ينظر: الفتاوى الظهيرية (ل: ١٦٧) وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠٥١).
- (٤) (في شيء من الكتب) ليست في النسخة التي بين يدي من الفتاوى الظهيرية (ل: ١٦٧).
- (٥) في (أ) و(ب): (جاز)، والمثبت من الفتاوى الظهيرية (ل: ١٦٧).
- (٦) (ومن جملة ذلك إلى بأخذ المال) ليست في النسخة التي بين يدي من الفتاوى الظهيرية (ل: ١٦٧).
- (٧) جاءت هكذا بياءين، والأشهر بياء واحدة، وقد رأيتها بياءين على غلاف نسخة المكتبة الأزهرية المحفوظة برقم (٤٤٢١٦)، وقد أوقف هذه النسخة مفتي الديار المصرية محمد نجيب المطيعي على أهل العلم بالأزهر سنة ١٣٤٨هـ، وأولها كتاب البيع.
- (٨) ينظر: خزانة المفتين للسمنقاني (ل: ٢٩٩) وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠١٩).

وفي «البزازية»^(١): (والتعزير بأخذ المال إن رأى القاضي^(٢) المصلحة فيه جائز^(٣))، وقال مولانا خاتمة المجتهدين ركن الدين^(٤) أبو يحيى الخوارزمي: ومعناه: أنه يأخذ ماله ويودعه^(٥) كما عُرف في خيول البُغاة وسلاحهم، وصوّبه^(٦) الإمام نصير الدين التُّمْرَتاشي^(٧): وقالوا: ومن جملة ذلك مَنْ لا يحضر الجماعة، يجوز تعزيره بأخذ المال).

وفي «المجتبى»^(٨): (عن أبي يوسف: التعزير من السُّلطان بأخذ المال جائز، ولم يذكر كيفية الأخذ، وأرى أن يأخذها فيمسكها، فإن أيس عن^(٩) توبتهم يصرّفها إلى ما يرى، وفي «شرح مشكل الآثار»^(١٠): (التعزير بالمال كان في ابتداء الإسلام، ثم نُسخ).

(١) ينظر: الفتاوى البزازية (٢/٥٤٧).

(٢) (القاضي) سقطت من (ب)، وليست في الفتاوى البزازية (٢/٥٤٧)، وأثبتها من (أ).

(٣) كذا في (أ)، وفي (ب): (جاز)، وفي الفتاوى البزازية (٢/٥٤٧): «جائزة».

(٤) (ركن الدين) من (أ)، وسقطت من (ب).

(٥) كذا في (ب)، وفي (أ): (وزعه)، وفي الفتاوى البزازية (٢/٥٤٧): «نودعه».

(٦) كذا في (ب)، والفتاوى البزازية (٢/٥٤٧)، وفي (أ): (وصوّره).

(٧) ينظر: شرح الجامع الصغير للتُّمْرَتاشي (ل: ٢١١) وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٧٥٥).

(٨) ينظر: المجتبى شرح مختصر القدوري للزاهدي (ل: ٣٢٠).

(٩) في (ب): (من)، والمثبت من (أ)، والمجتبى شرح مختصر القدوري للزاهدي (ل: ٣١٩).

(١٠) لم أقف عليه في النسخة التي بين يدي من كتاب مشكل الآثار.

فإن قلت: في «فتاوى قاضيخان»^(١) وغيره^(٢): (أنَّ الإمام أو القاضي إذا صالح شارب الخمر على أن يأخذ منه^(٣) مالا ويعفو عنه، لا يصحُّ الصلح، ويردُّ المال على شارب الخمر، سواء كان ذلك قبل الرفع أو بعده)^(٤).

قلت: هذا في حدِّ الشُّرب لا في التَّعزير، فلا مناقضة.

وفي «التاتارخانية»^(٥): (لو رآه جالسا مع الفُسَّاق في مجلس الشُّرب، ولا يشرب، يُعزِّره الإمام، وفي جملة ما يُعزِّره يأمره بإخراج المال).

(١) ينظر: فتاوى قاضيخان (٥٧٦/٢).

(٢) ينظر: درر الحُكام لملا خسرو (٣٩٦/٢).

(٣) (منه) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب)، وفتاوى قاضيخان (٥٧٦/٢).

(٤) ينظر: فتاوى قاضيخان (٥٧٦/٢).

(٥) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (٤٠٤/٦) بمعناه، وبحروفه في المحيط البرهاني لابن مازة (٨١/٧)، وعزاه في نصاب الاحتساب (ص ١١٤) إلى الذخيرة البرهانية (٢٦٦/٦).

الفصل الرابع

في الحنفيّ إذا انتقل إلى مذهب الشافعيّ رَحِمَهُ اللهُ هل يُعزَّر أو لا؟

وفي «السراجية»^(١): [٤/ب/ب] (من ارتحل إلى مذهب الشافعيّ [٢٢١/أ/ب] يعزَّر. وحُكي أنّ أبا حفص^(٢) بن عبد الله أبي حفص الكبير البخاريّ ارتحل إلى مذهب الشافعيّ؛ لكثرة برِّ الشَّفَعويَّة^(٣)، فأمر بالتعزير والنفي عن البلدة).

وفي «البرازية»^(٤): (وسئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن شفعويّ^(٥) صار حنفيّاً، ثمَّ أراد العود إلى مذهبه الأول، فقال: الثبات على مذهب الإمام الأعظم رَحِمَهُ اللهُ خيرٌ وأولى. وهذه الكلمة أقرب إلى الألفة مما قاله البعض من أنه يعزَّر أشدَّ التعزير لانتقاله إلى المذهب الأدون^(٦)).

(١) ينظر: الفتاوى السراجية لسراج الدين الأوشي (ص ٢٨٢).

(٢) في (أ): (جعفر)، والمثبت من (ب)، والذي في الفتاوى السراجية لسراج الدين الأوشي (ص ٢٨٢): (أنَّ أبا حفص عبد الله بن أبي حفص الكبير البخاري)، وحسبى المحقق بالمثبت في النسخة الأخرى من المخطوط: «أبا حفص بن عبد الله».

(٣) كذا في (أ)، والفتاوى السراجية لسراج الدين الأوشي (ص ٢٨٢)، وفي (ب): (الشافعية).

(٤) ينظر: الفتاوى البرازية (٢/ ٢٩٠).

(٥) كذا في (أ) والفتاوى البرازية (٢/ ٢٩٠)، وفي (ب): (شافعي).

(٦) كذا في (ب) والفتاوى البرازية (٢/ ٢٩٠)، وفي (أ): (المادون).

«النسفية»^(١): (سئل عن شفيعي^(٢) صار حنيفياً، ثم أراد أن ينتقل إلى مذهب الشافعي، هل له ذلك؟ فقال: الثبات على مذهب أبي حنيفة خيرٌ وأولى. قال: وهذه الكلمة أقرب إلى الألفة وأوفق مما أجاب القاضي الإمام أبو الحسن الماتريدي عن هذه المسألة: يعزّر هذا البائس المرتد^(٣) أشدّ التعزير، حتى يترك المذهب الرديء ويرجع إلى مذهب السيد).

وفي «جواهر الفتاوى»^(٤) قال: (حنفيٌّ انتقل إلى مذهب الشافعي، قال فخر الدين^(٥): أكره إن مرّد عامي است، ساقط القول والشهادة شؤد^(٦)، وأزهمه فاسقان يذير^(٧) بأشد، وأكره إن أهل علم بأشد مبتدع وضال گردد،

(١) ينظر: فتاوى النسفي (ل: ٥١)، وهو مخطوط بالمكتبة السليمانية برقم (٢٣٤٥).
(٢) كذا في (أ)، وفتاوى النسفي (ل: ٥١)، وفي (ب)، وفتاوى التاتارخانية (٦/٤٠٧): (شافعي).

(٣) لعل المقصود المعنى اللغوي، ويدل على ذلك: أنه أوجب عليه التعزير لا الحد بعد الاستتابة، وأنه قرر نقلاً عن جواهر الفتاوى كما سيأتي أن هذا الارتداد ليس بموجب الكفر، ومع ذلك، فما ذكر من التعصب المذموم؛ قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢٢/٢٥٤): «تجد المنتسب إلى الشافعي يتعصب لمذهبه على مذهب أبي حنيفة حتى يخرج عن الدين، والمنتسب إلى أبي حنيفة يتعصب لمذهبه على مذهب الشافعي وغيره حتى يخرج عن الدين... كل هذا من التفرق والاختلاف الذي نهى الله ورسوله عنه».

(٤) ينظر: جواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٣٣٢-٣٣٣) وهو مخطوط بمكتبة الملك سلمان بجامعة الملك سعود، برقم (١٤٣٧).

(٥) في جواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٣٣٢): (فخر الدين، محمد بن محمود).
(٦) في (أ): (شد)، والمثبت من (ب)، وجواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٣٣٣).
(٧) في (ب): (زيد)، والمثبت من (أ)، وفي جواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٣٣٣): (بيتر).

وواجب بود منع وزجر^(١)، وحُكي أنّ رجلاً من أصحاب الجماعة خطب إلى رجل من أصحاب الحديث ابنته في عهد الشيخ أبي بكر الجرجاني، فأبى الرجل أن يزوجه إلا أن يترك مذهبه بمذهب [هـ/ب/أ] أصحاب الحديث، فيقرأ خلف الإمام، ويرفع يديه عند الانحطاط، ونحو ذلك، فأجاب إلى ذلك، فزوجه، فقال الشيخ في مجلس العامة بعدما سئل عن الحادثة، وبعدهما أطرق رأسه وسكت، ثم قال: النكاح جائزٌ، ولكن أخاف على هذا الرجل أن يذهب إيمانه عند النزاع. فقيل له: ولم ذلك؟ قال: لأنّه استخفّ بمذهبه الذي هو حقُّ^(٢) عنده، وتركه لأجل مَرِيَّةٍ^(٣) جيفةٍ منتنةٍ، وأخذ مذهباً [أ/ب/أ] هو عنده ليس بحقٍّ، أفلا أخاف على إيمانه لاستخفافه بدينه؟! قال: ولو أنّ رجلاً من أهل الاجتهاد يرى في مسألةٍ أو أكثر منها باجتهاده لما وضع له من دليل الكتاب والسنة، أو غيرهما من الحجج، لم يكن ملوماً ولا مذموماً، بل مأجوراً محموداً، وهو في سعةٍ منه، فأما الذي لم يكن من أهل الاجتهاد، فانتقل من قولٍ إلى قولٍ من غير دليلٍ، لكن لما يرغب من غرضٍ وشهوةٍ، فهو المذموم الآثم، المستوجب للتأديب والتعزير؛ لارتكابه مُنْكَراً في الدين، واستخفافه بدينه ومذهبه، حتى حُكي أنّ رجلاً في عهد الشيخ أبي حفص الكبير ترك مذهبه، وكان يقرأ خلف الإمام، ويرفع يديه عند الركوع،

(١) هذه العبارة باللغة الفارسية، ومعناها فيما أفادني به من ترجمها: إذا كان هذا الشخص عامياً يصير ساقط القول والشهادة، ويلحق بجماعة الفاسقين، وإذا كان من أهل العلم فقد ضلّ وابتدع، ووجب منعه وزجره.

(٢) (حقُّ) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب)، وجواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٣٣٣).

(٣) كذا في (أ)، وجواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٣٣٣)، وهو تصغير (امرأة)، وفي (ب): (حرمة).

ونحو ذلك، فأخبر الشيخ بذلك، فعنّفه^(١)، وأمر السلطان حتى أمر الجلاد بأن يضربه بالسياط، حتى دخل ناسٌ على الشيخ وشفعوا وأدخلوه عليه، فعرض عليه ما يجب عرضه من باب [ب/ب] الدين، ثم خلى سبيله).

وفي «جواهر الفتاوى»^(٢): (حنفيٌ انتقل إلى مذهب الشافعي، فقال له أحدٌ: يا مُرتدُّ، قال فخر الدين: لا يأثم القائل، ولا شيء عليه، وإن كان هذا الارتداد ليس بموجبٍ للكفر).

وفيه أيضاً^(٣): (حنفيٌ انتقل من مذهبه إلى مذهب الشافعي، هل يُقال له: إنّه^(٤) ارتدَّ؟ وهل تُقبل شهادته؟ قال: لا ينبغي أن يُقال ذلك؛ لأنّه لا يخرج به عن الإسلام، أمّا الشهادة فإن كان فقيهاً أدّى اجتهاده إلى ذلك فهو مُتدينٌ تُقبل شهادته، وإن انتقل إليه لقلّة مبالاته في الاعتقاد، والجرأة على الانتقال من مذهبٍ إلى مذهبٍ كما يقول ويميل طبعه إليه، لغرضٍ يحصل، فإنّه لا تُقبل شهادته).

وفيه أيضاً^(٥): (وحكي أن رجلاً من أصحابنا كان يختلف إلى محمد بن نصر المروزي المحدث، وكان يكتب عنه الحديث مما يُملي، وكان محمد بن نصر يعظّمه ويُجلُّه، فأنشأ هذا الرجل يرفع يديه في الصلاة، فذكر ذلك

(١) في (أ): (فضيفه)، تصحيف، والمثبت من (ب)، والمثبت في جواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٣٣٣): (وعنّف).

(٢) ينظر: جواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٢٩٤).

(٣) ينظر: جواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٢٥١).

(٤) (إنّه) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب)، وجواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٢٥١).

(٥) ينظر: جواهر الفتاوى للكرماني (ل: ٣٣٣-٣٣٤).

للشيخ، فكان يستخفُّ بالرجل [٢٢٢/ب] بعد ذلك. قال: إنما استخفَّ به لاستخفاف الرجل بدينه ومذهبه، وترك مذهباً قد صحَّ عنده منذ سنين^(١) من غير حُجَّة. فتأمل ما قلته لك، وهو أنَّ الرجل إنَّ ترك مذهباً قد صحَّ عنده ميلاً إلى الدنيا، وما ينال من غرضها^(٢)، لحقه الوعيد الشَّدِيد).

(١) في (أ): (ستين)، والمثبت من (ب).

(٢) هكذا وردت بالغين في (أ)، و(ب)، وجواهر الفتاوى للكرماني، (ل: ٣٣٣-٣٣٤).

الفصل الخامس

في كيفية التعزير ومقداره

وفي «الخلاصة»^(١): (التعزير على أربع مراتب: تعزير أشرف الأشراف، كالفقهاء والعلماء، [٦ب/أ] وتعزير الأشراف، كالدّهاقنة وكبار التجار^(٢)، وتعزير أوساط الناس، وتعزير الخسائس. فتعزير أشرف الأشراف الإعلام لا غير، وهو أن يقول القاضي: بلغني أنك تفعل كذا، وفي تعزير الأشراف الإعلام والجرم إلى باب القاضي، وتعزير الأوساط - وهم السوقيّة - الإعلام والجرم إلى باب القاضي والحبس، وتعزير الخسائس الإعلام والجرم إلى باب القاضي والضرب والحبس في ذلك).

وفي «شرح الطحاوي»^(٣) للوبري: (وهذا إذا ندر منهم، أمّا إذا كثّر الحقّ حكمهم بحكم الأراذل والسقاط).

وفي «المجتبى»^(٤): (وتعزير الأمراء والقواد والدّهاقين بالإعلام، والجرم إلى باب القاضي، والخصومة في ذلك).

(١) ينظر: خلاصة الفتاوى لطاهر البخاري (ل: ٤٠٣).

(٢) (وكبار التجار) من (أ)، وليست في (ب).

(٣) لم أقف عليه مطبوعاً أو مخطوطاً، وهو شرح يقع في مجلدين كما نص على ذلك في الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/ ١٢١)، ولجزئه الأول نسخة بمكتبة الأوقاف ببغداد، برقم (٣٦٢٥).

(٤) ينظر: المجتبى شرح مختصر القدوري للزاهدي (ل: ٤١٩).

وفي «المحيط»^(١): (ثم قد يكون التعزير بالحبس، وقد يكون بالصَّفْع وتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضَّرْب).

وفي «الهداية»^(٢): (وإن رأى الإمام أن يضمَّ إلى الضَّرْب في التعزير الحبس فعل؛ لأنَّه صلح^(٣) تعزيراً، وقد ورد الشرع به في الجملة، حتى جاز أن يُكتفى به، فجاز أن يُضمَّ إليه).

وفي «الدُّرر»^(٤): (وصحَّ ضربه مع حبسه إذا احتيج إلى زيادة تأديب).

وفي «الخانبة»^(٥): (وفي نوادر ابن رستم^(٦): عن محمدٍ: رجلٌ يشتم النَّاس وهو محترَّمٌ له مروءةٌ، يُوعظ ولا يُحبس، وإن تكرر ذلك يُؤدَّب، وإن كان شتَّاماً يُضرب ويُحبس).

وفي «فتح القدير»^(٧): (يعني الذي دون ذلك، والمروءة عندي في الدِّين والصَّلاح).

[٢٢٣/أ] [٦/ب/ب] وفي «الأجناس»^(٨): (قلتُ لمحمدٍ: والمروءة عندك في الدِّين والصَّلاح؟ قال: نعم).

- (١) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٤٧٩/٦).
- (٢) ينظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني (٣٦١/٢).
- (٣) كذا في (أ) و(ب) والهداية شرح البداية للمرغيناني (٣٦١/٢)، وفي معين الحكام للطرابلسي (ص ١٩٦): (لأنَّه أصلح).
- (٤) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو (٧٥/٢).
- (٥) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣٩٥/٣).
- (٦) لم أقف عليها مطبوعة أو مخطوطة.
- (٧) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٣٤٦/٥).
- (٨) ينظر: الأجناس في فروع الفقه الحنفي للناطفي (٤٠٤/١).

وفي «الظهيرية»^(١): (وقد يكون التعزير بنظر القاضي إليه^(٢) بوجه عبوس).

وفي «الحاوي القدسي»^(٣): (وإن رأى الإمام أن يضمَّ إلى الضرب الحبس فعل).

وفي «المجتبى»^(٤): (ذكر أبو اليسر والسرخسي أنه لا يُباح التعزير بالصَّفع؛ لأنه من أعلى ما يكون من الاستخفاف، فيُصان عنه أهل القبلة، وفي «أدب القاضي» للسرخسي: الصَّغر لا يمنع وجوب التعزير، ولو كان حقَّ الله تعالى يمنع، وعن «الترجماني»: البلوغ يُعتبر في التعزير).

وفي «خزانة المفتين»^(٥): (والتعزير قد يكون بالحبس، وقد يكون بالصَّفع وتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس).

أقول: مبناه ما ذكر القدوري في «شرح مختصر الكرخي»^(٦): (أنه رُوي أن عمر رضي الله تعالى عنه أنفذ جيشاً^(٧)، فغنموا غنائم، فلما رجعوا تلقاه^(٨)

(١) ينظر: الفتاوى الظهيرية (ل: ١٦٧).

(٢) (إليه) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب)، والفتاوى الظهيرية (ل: ١٦٧).

(٣) ينظر: الحاوي القدسي للغزنوي (٢/٣٦٢).

(٤) ينظر: المجتبى شرح مختصر القدوري للزاهدي (ل: ٣١٩).

(٥) ينظر: خزانة المفتين للسمنقاني (ل: ٢٩٩).

(٦) ينظر: شرح مختصر الكرخي للقدوري (ص ١٢٣٠)، تحقيق: د. عبد الله الغملاس.

(٧) في (أ) العبارة مضطربة: (أنه عمر أرضى الله تعالى جيشاً)، والمثبت من (ب).

(٨) (فلما رجعوا تلقاه) في (أ) و(ب)، وفي شرح مختصر الكرخي للقدوري (ص ١٢٣٠)، تحقيق: د. عبد الله الغملاس: «تلقاهم».

فلبسوا الحرير والديباج، فلما رآهم تغير وجهه وأعرض عنهم، فقالوا: أعرضت عنا! فقال: انزعوا عنكم^(١) ثياب أهل النار، فنزعوا ذلك).

(ولا يبلغ التعزير الحد، وأدناه مفوض إلى رأي الإمام، يقيم بقدر ما يرى من المصلحة فيه. وينبغي أن ينظر القاضي إلى سببه، فإن كان من جنس ما يجب به الحد، ولم يجب لمانع وعارض، يبلغ التعزير أقصى غايته، وإن كان من جنس ما لا يجب به الحد، لا يبلغ أقصى غايته، ولكنه مفوض إلى رأي الإمام. مثال [ب/أ] الأول: إذا قال لأمة الغير أو لأم ولد الغير: يا زانية! يجب عليه أقصى غايات التعزير؛ لأنه من جنس ما يجب به الحد. ومثال الثاني: إذا قال الرجل لغيره: يا خبيث! يا فاسق! يجب التعزير، ولا يبلغ أقصى غايته)^(٢).

وأقل التعزير ثلاث جلدات، وفي «البرازية»^(٣): (هذا اعتبر أبو حنيفة حد العبيد، وذلك أربعون، فقال: ينقص عنه واحداً، ويضرب تسعة وثلاثين. وأبو يوسف اعتبر حد الأحرار، وذلك ثمانون سوطاً، وقال: ينقص عنه [ب/أ] ٢٢٣ سوطاً واحداً، ويضرب تسعة وسبعين. «الكافي»^(٤): وهو

(١) عنكم) ليست في (أ) و(ب)، وأثبتها من شرح مختصر الكرخي للقدروي (ص ١٢٣٠)، تحقيق د. عبد الله الغملاس.

(٢) نقله المؤلف عن المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٤٨٠)، والفتاوى التاتارخانية (٦/٤٠٢-٤٠٣).

(٣) لم أقف عليه في النسخة التي بين يدي من الفتاوى البرازية، وهو في الفتاوى التاتارخانية (٦/٤٠٢-٤٠٣).

(٤) ينظر: الكافي للحاكم الشهيد (ل: ٢٥٩).

قول زفر. «المحيط»^(١): وقال في رواية أخرى: ينقص خمسة ويضرب خمسة وسبعين، والأول أصح. وقول محمد في الكتاب مضطرب، وذكر في بعضها مع^(٢) أبي حنيفة رَحْمَةُ اللَّهِ، وفي بعضها مع أبي يوسف رَحْمَةُ اللَّهِ. وفي «جامع الجوامع»^(٣): وفي العبد ما بين خمسة وثلاثين إلى ثلاثة^(٤). «المحيط»^(٥): وهذا الاختلاف في أقصى التعزير، فأما أدناه فمفوّض إلى رأي القاضي، يقيم بقدر ما يرى من المصلحة فيه).

«الظهيرية»^(٦): (أقلّ التعزير لا ينقص عن^(٧) ثلاث جلدات).

وفي «النتف»^(٨): (وأقلّ التعزير سوطاً واحداً).

«التُّحفة»^(٩): (وأقلّ التعزير ثلاثة أسواطٍ فصاعداً، ولا يبلغ أربعين، بل ينقص منه سوطاً واحداً عند أبي حنيفة ومحمد رَحْمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى، وقال أبو يوسف في العبد كذلك: ينقص من أربعين خمسة أسواطٍ، وفي الحدّ لا يبلغ

(١) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٤٨٠).

(٢) في (ب): (عن)، والمثبت من (أ)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٦/٤٨٠).

(٣) لم أهدد للمراد به، ولم أقف عليه في جوامع الفقه في نسخته بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٧٠٢).

(٤) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (٦/٤٠٢).

(٥) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٤٨٠).

(٦) ينظر: الفتاوى الظهيرية (ل: ١٦٧)، وقد عزاه إلى الكرخي.

(٧) (لا ينقص عن) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب)، والفتاوى الظهيرية (ل: ١٦٧).

(٨) ينظر: النتف في الفتاوى للسغدي (٢/٦٤٦).

(٩) ينظر: تحفة الفقهاء للمسرقي (٣/١٤٨).

ثمانين، وينقص عنه خمسة، وأصله قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: [٧/ب] «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ»^(١).

«خزانة الأكمل»^(٢): (ولا يبلغ أربعين سوطاً عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى، في ظاهر الجواب عن أبي يوسف خمسة وسبعون، وفي «النوادر»^(٣): تسعة وسبعون^(٤)).

وفي «شرح مختصر الكرخي»^(٥): (لأبي يوسف ما رُوي عن علي عنه أنه قال في التعزير: خمسة وسبعون، وذكر علي بن الجعدي عن أبي يوسف أنه قال: للإمام أن يُعزَّرَ بينه وبين المائة. وهذا يجوز أن يكون تقليداً لعليّ - كرم الله تعالى وجهه - في تجويز التعزير بخمس وسبعين^(٦)).

أقول: صرح أبو يوسف التقليد^(٧)؛ حيث قال في باب كيف يُقام الحد^(٨): (قال أبو يوسف: قلّدت في نقصان الخمس، واعتبرت عنه أدنى الحدود).

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ به أربعين، برقم (١٧٣٦٢) (٨/٣٢٧)، وقال: «هذا الحديث مرسل».

(٢) ينظر: خزانة الأكمل للجرجاني (٢/٢٠١).

(٣) لم أقف عليه مطبوعاً أو مخطوطاً.

(٤) في (ب) في الموضوعين: (سبعين)، والمثبت من (أ).

(٥) ينظر: شرح مختصر الكرخي للقدوري (ص ٢٧٠)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.

(٦) الذي في شرح مختصر الكرخي للقدوري (ص ٢٧٠) تحقيق: د. عادل العبد القادر: «وتسعين».

(٧) كذا في (أ) و(ب)، والأليق بالسياق: (بالتقليد).

(٨) ينظر: شرح مختصر الكرخي للقدوري (ص ١٥٠)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.

وفي «خزانة الأكمل»^(١): (والتّعزير ما بين ثلاثة أسواطٍ إلى تسعةٍ وثلاثين سوطاً، على ما يراه الإمام، ولا يبلغ أربعين، وهو قول محمدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى. وقال أبو يوسف: إلى خمسةٍ وسبعين سوطاً. ولو رأى القاضي أن يجسه في بعض ذلك ولا يضربه فعل. والحرُّ والعبد والمسلم في التّعزير سواء).

وفي «الكفاية»^{(٢)(٣)} للبيهقي: (وعن الحسن: لا تُعزَّر النساء، وتُجسَّس أياً ما [٢٢٤/أ] وتُترك)، وفي موضع آخر منه^(٤): (وأدنى التّعزير ثلاثة، وأكثره تسعةٌ وثلاثون، وعن أبي يوسف روايتان؛ إحداهما: خمسةٌ وسبعون، وفي رواية هشام: تسعةٌ وسبعون).

وفي «المجتبى»^(٥): (وفي «شرح أبي اليسر»: التّعزير بالشتّم مشروعٌ، ولكن بعد [٨/ب/أ] أن لا يكون قذفاً).

«المحيط»^(٦): (وينبغي أن ينظر القاضي إلى سببه، فإن كان من جنس ما يجب به الحدُّ، ولم يجب لمانع، يبلغ التّعزير أقصى غاياته، مثاله: إذا قال لأمة الغير أو لأمٍّ ولد الغير أو لذمّية: يا زانية! يجب عليه أقصى غايات التّعزير؛ لأنَّ الحد هاهنا لا يجب؛ لعدم إحصان المقدوف، وهذا من جنس ما يجب

(١) ينظر: خزانة الأكمل للجرجاني (٢/٢٠٨).

(٢) لم أقف عليه مطبوعاً أو مخطوطاً، قال في كشف الظنون (٢/١٤٩٨): «لعله شرح مختصر القدوري».

(٣) نقله دون عزو إليه الجرجاني في خزانة الأكمل (٢/٢١٦).

(٤) نقله دون عزو إليه الجرجاني في خزانة الأكمل (٢/٢١٦).

(٥) ينظر: المجتبى شرح مختصر القدوري للزاهدي (ل: ٣٢٠).

(٦) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٤٨٠).

به الحدُّ، فيبلغ التعزير أقصى غاياته، وإن كان من جنس ما لا يجب الحدُّ به، نحو أن يقول لغيره: يا خبيث! يا فاسق! يا شارب الخمر! حتى وجب التعزير، فالتعزير مُفَوَّضٌ إلى رأي الإمام).

وفي «التَّهذِيب»^(١): (ثمَّ التَّعْزِيرُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ، بِقَدْرِ عَظَمِ الْجُرْمِ وَصِغَرِهِ، عَلَى قَدْرِ احْتِمَالِ الْمَضْرُوبِ، وَلَا يَبْلُغُ أَدْنَى حَدِّ الْعَبِيدِ^(٢))، وَهُوَ أَرْبَعُونَ، فَيَنْقُصُ مِنْهُ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: أَدْنَى حَدِّ الْحَرَاثِرِ، فَيَنْقُصُ مِنْهُ، وَهُوَ تِسْعَةٌ وَسَبْعُونَ. وَعَنْ أَبِي يُونُسَ: يَجُوزُ أَنْ يَبْلُغَ إِلَى الْمِائَةِ فِي الْقُبْلَةِ وَاللَّمْسِ الْحَرَامِ).

وفي «حدود الأصل»^(٣): (يَبْلُغُ التَّعْزِيرُ أَقْصَى غَايَاتِهِ فِي مَوْضِعَيْنِ؛ أَحَدَهُمَا: إِذَا أَصَابَ مِنَ الْأَجْنِبِيَّةِ كُلِّ مُحَرَّمٍ غَيْرِ الْجَمَاعِ. وَالثَّانِي: إِذَا أَخَذَ السَّارِقَ فِي الْبَيْتِ بَعْدَمَا جَمَعَ الْمَتَاعَ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ. أَمَّا فِيمَا عَدَا هَذَيْنِ الْمَوْضِعَيْنِ^(٤) لَا يَبْلُغُ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: التَّعْزِيرُ عَلَى قَدْرِ عَظَمِ الْجُرْمِ، وَمَا يَرَى الْحَاكِمُ مِنْ احْتِمَالِ الْمَضْرُوبِ فِيهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَقْلٍ^(٥) مِنْ ثَمَانِينَ).

(١) ينظر: تهذيب الوقعات للقلانسي (ل: ١٢٧) وهو مخطوط بدار الكتب القومية بمصر، برقم (٣٢٣).

(٢) الذي في النسخة التي بين يدي من تهذيب الوقعات للقلانسي (ل: ١٢٧): «ولا يبلغ به أدنى حدِّ الحرائر، فينقص منه، وهو تسعة وسبعون، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: يجوز أن يبلغ إلى المائة في القبلة واللمس الحرام».

(٣) نقله في المحيط البرهاني (٦/ ٤٨٠)، والفتاوى التاتارخانية (٦/ ٤٠٣).

(٤) (الموضعين) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٥) (أقل) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

فإن قلت: ما ذكر في حدود «الأصل» [ب/ب] يقتضي الانحصار في موضعين، وليس كذلك، فإنه قال في «المحيط»^(١): (إنه إذا قال لأمة الغير: يا زانية! يجب عليه أقصى غايات التعزير)، وقال في «الدرر»^(٢): (وقيل في تارك الصلاة: يُضرب [٢٢٤/ب] حتى يسيل الدّم)، وقال في «الحجة»^(٣)(٤): (ولو ادّعى الإمام أنه كان مجوسياً لا يُصدّق، إلا أنه يُضرب ضرباً شديداً)، وفي «الخانبة»^(٥): (إن من وطئ غلاماً يعزّر أشدّ التعزير)، وفي «التاتارخانية»: (إن المرأة إذا ارتدت تُجبر على الإسلام، وتُضرب خمسة وسبعين سوطاً)^(٦)، وفيه أيضاً^(٧) في شاهد الزور: (وقال أبو يوسف بالضرب، ولا يبلغ أربعين سوطاً، ثم رجع أبو يوسف^(٨) وقال: يبلغ خمسة وسبعين).

قلت: لا ريب أن ما ذكر في «الحدود» قول محمد وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللهُ، وما^(٩) ذكر في «المحيط» و«الدرر» و«الحجة» قول أبي يوسف وحده، وما

(١) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٤٨٠).

(٢) ينظر: درر الحكام لملا خسرو (١/٥٠).

(٣) قد يكون المراد الحجة؛ لعيسى بن أبان، ولم أقف عليه مطبوعاً أو مخطوطاً.

(٤) نقله عنه ابن عابدين في الحاشية (٤/٦٧).

(٥) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٨٣).

(٦) عزی هذا النص للفتاوى التاتارخانية ابن عابدين في الحاشية (٤/٦٧)، والذي في الفتاوى التاتارخانية (٧/٣٨٥): «المرتدة عندنا لا تقتل..، تخرج كل يوم، وتضرب تسعة وثلاثين سوطاً إلى أن تتوب».

(٧) لم أقف عليه في النسخة التي بين يدي من الفتاوى التاتارخانية، وهو في الفتاوى الولولجية (٤/٤٠)، والمحيط البرهاني لابن مازة (٨/٤٥٧).

(٨) من قوله: (بالضرب) إلى هنا سقط من (أ)، وأثبتته من (ب).

(٩) (ما) سقطت من (أ)، وأثبتتها من (ب).

ذكر في «الخانبة» قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ وحده، وما ذكر^(١) في «التاتارخانية» قول أبي يوسف وحده أيضاً، فَإِنَّ عِنْدَهُمَا تُضْرَبُ تِسْعَةً وَثَلَاثِينَ سَوْطاً، وما فيه أيضاً قول أبي يوسف، على أَنَّ المذهب أَنَّ التَّصْيِصَ فِي العَدَدِ لَا يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ.

فإن قلت: لِمَ لَمْ يُفَوِّضْ فِي هَذِهِ المَوَاضِعِ إِلَى رَأْيِ القَاضِي، كَمَا فُؤِضَ فِيهَا عِدَاهَا؟

قلت: إشارة إلى ترجيح بلوغ التعزير أقصى غاياته في الجنايات المذكورة، يعني: ينبغي ويُستحسن^(٢) للقاضي أَنْ يفعل هكذا، وأما فيما عداها لا ترجيح ولا استحسان، بل الطرفان متساويان.

أقول: فتحَرَّرَ لَنَا مِنْ هَذَا أَنَّ التَّعْزِيرَ عَلَى [٩ب/أ] قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ يبلغ أقصى غاياته، وعلى قول محمدٍ يبلغ أقصى غاياته في موضعين، وعلى قول أبي يوسف في سبعة مواضع، وأما فيما عدا هذه المواضع لا يُستحسن أَنْ يبلغ، بل يجوز، فيُفَوِّضُ إِلَى رَأْيِ القَاضِي يقيم بقدر ما يرى من المصلحة. وفي «فتح القدير»^(٣): (وذكر التُّمْرَتَاشِي^(٤) عن السَّرْحَسِي أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ، بَلْ مُفَوِّضٌ إِلَى رَأْيِ القَاضِي؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ الزُّجْرُ، وَأَحْوَالُ النِّاسِ مُخْتَلِفَةٌ فِيهِ، فَمِنْهُمْ مَنْ يَنْزَجِرُ بِالنَّصِيحَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْزَجِرُ بِاللَّطْمَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَحْتَاجُ إِلَى الضَّرْبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَحْتَاجُ إِلَى الحَبْسِ).

(١) (ذكر) سقطت من (ب).

(٢) في (أ): (يحسن)، والمثبت من (ب)، ويرجحه ما يأتي بعده من لفظ الاستحسان ويستحسن.

(٣) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٥/٣٤٥).

(٤) ينظر: شرح الجامع الصغير للتمرتاشي (ل: ٢١١).

(وفي «الكافي»^(١)): وعن أبي يوسف: يُقَرَّبُ كُلُّ نَوْعٍ مِنْ بَابِهِ، فَيُقَرَّبُ اللَّمَسُ وَالْقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزَّانِي، وَالْقَذْفُ [٢٢٥/أ] بِغَيْرِ الزَّانِي مِنْ حَدِّ الْقَذْفِ. «نوادير ابن سبابة»^(٢) عن أبي يوسف في وَالٍ عَزَّرَ مِائَةَ سَوْطٍ، فَهَاتِ الرَّجْلَ، قَالَ: لَا أُضْمِنُهُ. وفي «الذخيرة»^(٣): فَإِنْ زَادَ عَلَى الْمِائَةِ فَهَاتِ فَنِصْفِ الدِّيَةِ فِي بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ هَذَا خَطَأٌ مِنَ الْوَالِي، فَإِنْ جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ تَعَمَّدَ وَلَيْسَ بِخَطَأٍ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَفِي الْأَمَلِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: لَوْ أَنَّ قَاضِيًّا رَأَى تَعْزِيرَ مِائَةٍ فَقَدْ أَخَذَ بِأَثَرِهِ، وَإِنْ ضَرَبَ أَكْثَرَ مِنْ ^(٤) مِائَةٍ فَهُوَ جَائِرٌ، وَإِنَّمَا يَجِبُ التَّعْزِيرُ بِأَنْ يَرْتَكِبَ مَنكَرًا لَيْسَ فِيهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ شَرْعًا، أَوْ قَذْفٌ غَيْرُهُ بِقَذْفٍ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ. وفي «شرح الطحاوي»^(٥): أَوْ آذَى مُسْلِمًا أَوْ مَعَاهِدًا ^(٦) بِغَيْرِ حَقٍّ، بِفَعْلِهِ أَوْ قَوْلِهِ ^(٧).

(١) لم أقف عليه في موضعه (ل: ٤٦٣-٤٦٤) من النسخة التي بين يدي من مخطوط الكافي للحاكم الشهيد، وعزاه العيني عن أبي يوسف في البناية شرح الهداية (٦/٣٩٥) إلى خلاصة الفتاوى، ونقله عن أبي يوسف الكاساني في بدائع الصنائع (٧/٦٤).

(٢) لم أقف عليه مطبوعاً أو مخطوطاً.

(٣) ينظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (٦/١٥٧).

(٤) (من) سقطت من (أ)، واستدركتها من (ب)، والذخيرة البرهانية لابن مازة (٦/١٥٧).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للإسبيجاني (ل: ٣٣٨) وهو مخطوط بمكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، برقم (١٦٠٠١).

(٦) (أو معاهداً) ليست في (أ) و(ب) والنسخة التي بين يدي من شرح مختصر الطحاوي للإسبيجاني (ل: ٣٣٨)، وأثبتها من الفتاوى التاتارخانية (٦/٤٠٣).

(٧) نقله المؤلف بحروفه عن الفتاوى التاتارخانية (٦/٤٠٣)، وقد عزي في الفتاوى التاتارخانية بعضه إلى المحيط البرهاني (٦/٤٨٠).

«الحُجَّة»^(١): (ولو ادَّعى الإمام أنه كان مجوسياً لا / [ب/ب] يُصدَّق؛ لأنَّ الصلاة بالجماعة آية الإيمان، فيُضرب ضرباً شديداً، ولا تجب إعادة الصلاة).

وفي «الدرر والغرر»^(٢): (وتارك الصلاة عمداً مجانَّةً -أي: تكاسلاً- فاسقٌ، يُجسَّس حتى يصلي؛ لأنَّه يُجسَّس بحقَّ العبد، فبحقَّ الله تعالى أحقُّ. وقيل: يُضرب حتى يسيل الدم، مبالغةً في الزجر).

وفي «الحاوي القدسي»^(٣): (ومن حدَّه الإمام أو عزَّره، فمات^(٤)، فدمه هدر).

وفي الكافي^(٥): (من حدَّه الإمام أو عزَّره، فمات^(٦)، فدمه هدر. وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: تجب ديته في بيت المال، بخلاف الزوج إذا عزَّر امرأته).

وفي «التاتارخانية»^(٧): (ولا يُقام حدٌّ ولا قودٌ ولا تعزيرٌ في المسجد، ولكن القاضي يخرج من المسجد إذا أقام الحدَّ بين يديه).

(١) لعيسى بن أبان، ولم أقف عليه مطبوعاً أو مخطوطاً، وعزاه إليه ابن عابدين في الحاشية (٦٧/٤).

(٢) ينظر: درر الحكام لملا خسرو (٥٠/١).

(٣) ينظر: الحاوي القدسي للغزنوي (٣٦٢/٢).

(٤) (فمات) سقطت من (أ)، و(ب)، وأثبتها من الحاوي القدسي للغزنوي (٣٦٢/٢).

(٥) لم أقف عليه في موضعه من الكافي للحاكم الشهيد (ل: ١٢٤)، ونقله عنه في الفتاوى التاتارخانية (٤١٠/٦).

(٦) (فمات) سقطت من (أ)، و(ب)، وأثبتها من الفتاوى التاتارخانية (٤١٠/٦).

(٧) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (٤٢٤/٦).

وفي «التمرتاشي»^(١): (وفي «سير كبير»^(٢)): إذا شتم الإمام الأعظم أحدٌ يفوض إلى غيره إقامته، لا يقيمه بنفسه، ولا يشتم).
قال محمد: (التعزير أشدُّ الضرب)^(٣)، يريد أن في التعزير يُضرب أشدَّ الضرب في سائر الحدود.

وفي «شرح الطحاوي»^(٤): (أشدُّه^(٥) هو الجمع في عضو واحد، ثم ضرب الزاني أشدُّ من ضرب شارب الخمر، وهو أشدُّ من ضرب القاذف).
وفي حدود «الأصل»^(٦): (يُفرَّق التعزير على الأعضاء، ولا يُضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنى)، وفي كتاب الأشربة: (يُضرب التعزير [٢٢٥/ب] في موضع واحد، وليس في المسألة روايتان).

(وفي رواية أبي سليمان عن أبي يوسف: يتقي الفرج والوجه والبطن والصدر، وإنما يضرب الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين، وأما على الرأس سوطاً واحداً)، كذا في «خزانة الأكمل»^(٧).

- (١) ينظر: شرح الجامع الصغير للتمرتاشي (ل: ٢١٢).
- (٢) في (أ): (سير كبير)، والمثبت من (ب)، وشرح الجامع الصغير للتمرتاشي (ل: ٢١٢).
- (٣) ينظر: الجامع الصغير لمحمد بن الحسن (ص ٢٨٧).
- (٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للإسيبجاني (ل: ٣٣٧) وهو مخطوط بمكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، برقم (١٦٠٠١).
- (٥) الذي في شرح مختصر الطحاوي للإسيبجاني (ل: ٣٣٧): «الشدة».
- (٦) نقله عنه ابن مازة في المحيط البرهاني (٤/ ٤٩٨)، وابن الهمام في فتح القدير (٥/ ٣٥١).
- (٧) ينظر: خزانة الأكمل للجرجاني (٢/ ٢١٧).

[١٠/أ] وفي «خزانة المفتين»^(١): (وصحَّ حبسه مع ضربه في التعزير، وضربه أشد، ثم للزاني، ثم للشُّرب، ثم للقذف).

وفي «التهذيب»^(٢): (ولا يُقام حدٌّ ولا تعزيرٌ في مسجد^(٣))، وأشدُّ الضرب ضرب التعزير، ثم الزنى، ثم شرب الخمر، ثم القذف. ويُجرَّد في التعزير وحدُّ الزنى والشُّرب، ولا يُجرَّد في حدِّ القذف. وعن محمد: ولا يُجرَّد في الشُّرب أيضاً، لكن يُنزع عنه الفرو والحشو، وأمَّا المرأة تُضرب قاعدةً، ولا تُنزع عنها ثيابها في جميع الحدود، إلا الحشو والفرو، ثم يُفَرَّق الضرب على الأعضاء كلها إلا الوجه والفرج والرأس، وقال أبو يوسف: يتقي الظهر والبطن، ويضرب الرأس سوطاً أو سوطين).

وفي التعزير لا يُفَرَّق، وفي «شرح مختصر الكرخي»^(٤): (ولا يُفَرَّق التعزير على الأعضاء؛ لما بيَّنا أن^(٥) المقصود منه زيادة الألم، فكان جمعه أولى من تفرُّقه).

(١) ينظر: خزانة المفتين للسمنقاني (ل: ٢٩٩) وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠١٩).

(٢) ينظر: تهذيب الوقعات للقلانسي (ل: ١٢٧) وهو مخطوط بدار الكتب القومية بمصر، برقم (٣٢٣).

(٣) في (ب): (المسجد)، والمثبت من (أ)، وتهذيب الوقعات للقلانسي (ل: ١٢٧).

(٤) ينظر: شرح مختصر الكرخي للقدوري (ص ١٤٩)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.

(٥) في (أ): (لأنَّ)، والمثبت من (ب)، وشرح مختصر الكرخي للقدوري (ص ١٤٩)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.

الفصل السادس

فيما يثبت به التعزير

وفي «الخانية»^(١): (ادّعى على رجل أنّه قال: يا فاسق! أو: يا كافر! أو: يا فاجر! أو: يا منافق! أو: يا خبيث! أو: يا خنزير! أو: يا حمار! أو: يا لص! أو: يا لوطي! أو: يا آكل الربا! أو: يا شارب الخمر! أو: يا ديوث! أو: يا مخنث! أو: يا خائن! أو: يا ابن القحبة! أو ما سوى ذلك مما يجب فيه التعزير، أو ادّعى عبداً أنّه قال^(٢): يا زاني! أو أمة ادّعت أنّه قال لها: يا زانية! أو ادّعى امرأةً يجب به الأدب، فإن ادّعى أنّه ضربني، أو شتمني، أو لطمني، فأنكر المدّعى عليه، حلّفه القاضي؛ لأنّ هذا من حقوق العباد، يجري فيه العفو والإبراء، ولا يسقط بالتّقدم، وتقبل فيه [١٠ب/ب] شهادة النساء، والشهادة على الشهادة، [٢٢٦أ/أ] وكتاب القاضي، ولا يختصّ الإمام بالإقامة، فإنّ الزوج يؤدّب المرأة، والمولى يؤدّب العبد، ولو رآه إنسانٌ يفعل ذلك كان له أن ينهأه ويمنعه ويؤدّبه، إن كان لا ينزجر لا^(٣) بالمنع ولا باللسان، فيجري فيه^(٤) اليمين).

(١) ينظر: فتاوى قاضيخان (٢/٤٠٠).

(٢) سقطت (قال) من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٣) (لا) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب).

(٤) (فيه) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

وفي «خزانة الأكمل»^(١): (قال الشيخ أبو العباس النّاطفي: التّعزير حقّ الآدمي، يجوز الإبراء عنه، وفي نوادر بن رستم^(٢): عن محمدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: تقبل فيه شهادة النساء، والشهادة على الشهادة، ويجب فيه اليمين، ويجوز عنه العفو، وتصحّ فيه الكفالة بنفسه ثلاثة أيّام، فإن أقام به شاهدين أو شاهداً وامرأتين لا يجبس لتعديل شهوده، وقال ابن رستم عن محمدٍ: يُؤخذ في التّعزير الكفيل، ولا يجبس حتى يُسأل عن شهوده، ويميز فيه الشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع شهادة الرجال، كما تقبل في الديون).

ويصحّ العفو عنه؛ لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «تحموا^(٣) عن عقوبة ذوي المروءات»^(٤)، وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم»^(٥)، كذا في «شرح مختصر الكرخي»^(٦)، و«التجنيس والمزيد»^(٧) لأبي فضل الكرمانى^(٨).

(١) ينظر: خزانة الأكمل للجرجاني (٢/٢١٦).

(٢) لم أقف عليه مطبوعاً أو مخطوطاً.

(٣) كذا في (أ) و(ب)، وفي شرح مختصر الكرخي للقدوري (٢٦٩)، تحقيق: د. عادل العبد القادر: (تجافوا).

(٤) لم أقف عليه بهذا اللفظ في دواوين السنة، وكتب المذهب الحنفي.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب الحد يشفع فيه، برقم (٤٣٧٥) (٤/١٣٣). جاء في مجموع فتاوى اللجنة الدائمة (٢٢/١٨): «له طرق كثيرة لا تخلو عن مقال، ولكنه بمجموعها يكون حديثاً حسناً».

(٦) ينظر: شرح مختصر الكرخي للقدوري (٢٦٩-٢٧٠)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.

(٧) لم أقف عليه في النسخة التي بين يدي من كتاب التجنيس والمزيد للمرغيناني، وهي نسخة مكتبة ملت فيض الله أفندي ذات الرقم (٦٨٨).

(٨) لم أقف على من نسبه لأبي فضل الكرمانى، ونسبه في كشف الظنون (١/٣٥٢) للمرغيناني.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ فِي التَّعْزِيرِ شَهَادَةَ النِّسَاءِ^(١).

وفي «البدائع»^(٢): (أَنَّهُ يَظْهَرُ مَا يَظْهَرُ بِهِ سَائِرُ حُقُوقِ الْعِبَادِ، مِنْ الْإِقْرَارِ وَالْبَيِّنَةِ وَالنُّكُولِ وَعِلْمِ الْقَاضِي، وَتُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَكِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي، كَمَا فِي سَائِرِ حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَرَوَى الْحَسَنُ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ [١١ ب/أ] رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ فِيهِ^(٣) شَهَادَةُ النِّسَاءِ، وَالصَّحِيحُ هُوَ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ عَلَى الْخُلُوصِ، فَيَظْهَرُ بِمَا تَظْهَرُ بِهِ حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَلَا يَعْمَلُ فِيهِ الرَّجُوعُ كَمَا لَا يَعْمَلُ فِي الْقِصَاصِ وَغَيْرِهِ، بِخِلَافِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ).

وفي «الفتاوى القارئية»^(٤): (سُئِلَ: هَلْ يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَعَلْمِهِ فِي التَّعْزِيرِ؟ [٢٢٦ أ/ب] أَجَابَ: نَعَمْ، يَحْكُمُ بَعَلْمِهِ).

وفي «التُّحْفَةُ»^(٥): (وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُ الْكَفِيلُ، وَلَا يَثْبِتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ، وَلَا بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَعَنْ^(٦) مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ الْكَفِيلُ،

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/٦٥)، الجوهرة النيرة للحدادي (٢/١٦٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/٦٥).

(٣) (فيه) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٤) ينظر: فتاوى قارئ الهداية للتمرتاشي (ل: ١٨) وهو مخطوط بمكتبة الملك سلمان بجامعة الملك سعود، برقم (١٠٣٩)، وجاء في تنبيه الأفهام على معاني عمدة الحكام لعبد الغني المقدسي (ل: ٢١٩)، وهو مخطوط بمكتبة أسعد أفندي، برقم (٧٥١): «ويحكم القاضي على المشهور بعلمه في موجب التعزير».

(٥) ينظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/١٤٨).

(٦) (وعن) في (أ) و(ب)، والذي في تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/١٤٨): «وعند».

وتُقبل فيه الشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال، ورُوي عنه أنّها تُقبل في حقّ الحبس أيّاماً، ولا تُقبل في حقّ الضّرب).

(وقال الحسن في روايته عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: لا تُقبل في التعزير^(١) شهادة النساء. وفيها قولٌ آخر: تُقبل شهادة النساء مع شهادة الرجال في التعزير بحبس الذي وجب عليه التعزير أيّاماً، ويُحلى سبيله ولا يُضرب^(٢). أمّا ما رواه عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ فوجهه^(٣) أنّها عقوبةٌ، فلا تثبت شهادة النساء مع الرجال، كالحدود والقصاص. وقوله: وفيها قولٌ آخر، إنّما يريد بذلك مذهب نفسه؛ لأنّها عقوبةٌ بالحبس، فقبل شهادة النساء ولم يضرها ولكنّه حبس؛ لأنّ التعزير قد يكون بالضّرب، وقد يكون بالحبس، وقد يكون كلاهما^(٤)، فلا يثبت بشهادتهما، وأثبت الحبس الذي أدنى منه)، كذا في «شرح مختصر الكرخي»^(٥).

- (١) (في التعزير) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب)، وشرح مختصر الكرخي للقدوري (٢٧١)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.
- (٢) (ولا يضرب) ليست في (ب)، وأثبتها من (أ)، وشرح مختصر الكرخي للقدوري (٢٧١)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.
- (٣) (فوجهه) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ)، وشرح مختصر الكرخي للقدوري (٢٧١)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.
- (٤) في (أ) و(ب): (كلاهما)، والمثبت من شرح مختصر الكرخي للقدوري (٢٧٢)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.
- (٥) شرح مختصر الكرخي للقدوري (٢٧١-٢٧٢)، تحقيق: د. عادل العبد القادر.

وفي «الخلاصة»^(١): (لو ادَّعى عبدٌ أنه قال له: يا فاسق! أو: يا زنديق! أو: يا منافق! أو: يا فاجر! أو ادعى عبدٌ أنه قال له^(٢): يا زاني! أو ادَّعى عليه أمراً [١١ب/ب] من الأمور التي يجب بها التعزير، أو ادَّعى عليه أنه ضربه أو لطمه، أو ادَّعى عليه التعزير، وأراد استحلافه، يحلَّف؛ لأنَّ التعزير محض حقُّ العبد، والاستحلاف يجري في حقوق العباد، سواء كان عقوبةً أو مالاً، فإنَّ حلف لا شيء عليه، وإذا نكل لزمه التعزير؛ لأنَّ التعزير يثبت مع الشُّبهات، فجاز أن يُقضى فيه بالنكول. وصفة الاستحلاف أنه يحلَّف على الحاصل: بالله تعالى ما له عليك هذا الحقُّ الذي ادَّعاه. ولا يحلَّف على السبب: بالله ما فعلت).

وفي «شرح أدب القاضي»^(٣) للصدر الشَّهيد: (وكلُّ شيءٍ يجب فيه التعزير؛ مثل: الحرُّ يقذف العبد، أو الحرُّ يشتم الحرَّ شتيمةً^(٤) يجب فيها التعزير، فيقول الطالب: لي بينةٌ حاضرةٌ، فخذ لي كفيلاً منه، يُجبر على إعطاء الكفيل ثلاثة أيام؛ لأنَّ التعزير حقُّ العبد، ويسقط بعفوه، ويُستحلف فيه، ويثبت مع الشُّبهات، حتى يثبت [٢٢٧أ/أ] بشهادة النساء مع الرجال،

(١) لم أقف عليه في النسخة التي بين يدي من مخطوط خلاصة الفتاوى لطاهر البخاري، وهي نسخة مكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠٢١)، وهو بحروفه في الفتاوى الولوالجية (٤/٨٨).

(٢) من قوله: (يا فاسق) إلى هنا سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٣) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف للصدر الشَّهيد (٢/٢٨٤-٢٨٥).

(٤) (شتيمة) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب)، وشرح أدب القاضي للخصاف للصدر الشَّهيد (٢/٢٨٤).

فيُجبر على إعطاء الكفيل فيه كالأموال، فإن أبا المدعى عليه أن يعطيه كفيلاً، أمره القاضي بملازمته بالليل والنهار).

وفي «التجريد»^(١) لأبي فضل الكرماني: (ويكفل في التعزير، ولا يُجس حتى يُسأل عن الشهود).

وفي «التاتارخانية»^(٢): (وإن وقع الدعوى في التعزير، بأن ادعى رجل قبل رجل شتيمه، يريد بها شتيمه لا يجب بها حد القذف، أو ادعى ذمي على مسلم أنه قذفه بالزنى، أو ادعى رجل قبل رجل أنه ضربه أو خنقه، أو ادعت المرأة قبل زوجها أنه ضربها ضرباً فاحشاً، أو الرجل يدعي الضرب [١٢ب/أ] الفاحش على ولده، أو ادعى عبد على حر أنه شتمه، فإن الواجب في هذه الصور^(٣) التعزير، فإذا ادعى شيئاً من هذه الأشياء، وطلب من القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه أجابه. «تجنيس خواهر زاده»^(٤): ويجوز أن يأخذ كفيلاً بالنفس في التعزير، فيؤخذ الكفيل بالنفس لإحضار المكفول عنه بنفسه، ما دام إحضاره ممكناً، فإن أحضر برئ الكفيل).

«المحيط»^(٥): (واعلم بأن من ارتكب جناية ليس فيها حدٌ مُقدَّرٌ يجب بها التعزير، وقذف الذمي لا يُوجب حد القذف، وكذلك الخنق والضرب ليس فيها حدٌ مُقدَّرٌ شرعاً، ويجب بها التعزير، وشرط في دعوى المرأة الضرب أن

(١) ينظر: تجريد الإيضاح للكرماني (ص ٤٩١).

(٢) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (١٠/١٦٤-١٦٦).

(٣) في (أ): (الصورة)، والمثبت من (ب).

(٤) لم أقف عليه مطبوعاً أو مخطوطاً.

(٥) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (١٥/٣٠١-٣٠٢).

يكون فاحشاً، ولم يُشترط في دعوى الأجنب أن يكون فاحشاً؛ لأنَّ للزوج أن يضرب امرأته تأديباً، ولكن ليس له أن يضرب ضرباً فاحشاً، والضرب الفاحش أن يكسر العظم، أو يخرق الجلد أو يسوّده، وأنه لا يلي ذلك على امرأته. وذكر من جملة ذلك أن يدعي الضرب الفاحش على ولده وهو كبير بعد قيده بالفاحش، والولد إذا ضرب أحد أبويه يُعزَّر وإن لم يكن فاحشاً، فقليل: هذا القيد وقع سهواً، وقيل: أراد بالفاحش المؤلم، إلا أن هذا ليس بصحيح؛ لأنَّ الإيلام صار مُستفاداً من اسم الضرب؛ لأنَّ الضرب اسم لفعل مؤلم، [٢٢٧/أ/ب] وذلك من جملة ذلك^(١) شتم العبد وقذفه، إلا أنه لا يجب الحدُّ. وإن أقام مدّعي^(٢) التعزير شاهدين مستورين [١٢/ب/ب] وطلب من القاضي أن يحبس المدّعي عليه، فالقاضي لا يجبسه، وبعدهما ثبتت حقيقة الشتم لو أراد القاضي أن يُعزّره بالحبس له ذلك، وإذا جاز أن يكون الحبس^(٣) موجب حقيقة الشتم لا يجب استيفاؤه بتكلم^(٤) الشتم).

- (١) (ذلك) من (أ)، وليست في (ب)، والعبارة فيها اضطراب، ولعل صوابها: (وكذلك من جملة ذلك)، وفي المحيط البرهاني (٣٠١/١٥): (وذكر من جملة ذلك).
- (٢) كذا في (أ)، وفي (ب): (بدعوى).
- (٣) في (ب): (بالحبس)، والمثبت من (أ).
- (٤) الذي في المحيط البرهاني (٣٠١/١٥-٣٠٢): (لا يجوز استيفاؤه بتهمة الشتم).

وفي «التهذيب»^(١): (ويجوز أن يُؤخذ في التعزير الكفيل، وتُقبل الشهادة على الشهادة، وشهادة^(٢) النساء مع الرجال^(٣)، عن ابن^(٤) زيادٍ عن أبي حنيفة رَحْمَةُ اللَّهِ: لا تُقبل شهادة النساء. ويجري فيه الاستحلاف، ويجوز العفو فيه).
وفي «محيط السرخسي»^(٥): (وكلُّ شيءٍ يجب فيه التعزير يُجبر على إعطاء الكفيل فيه^(٦))؛ لأنَّ التعزير حقُّ العبد، يسقط بعفوه، ويستحلف فيه، ويثبت مع الشبهات، حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال، فصار كالأموال، ولأنَّ التعزير تعنيفٌ وليس بعقوبة، كضرب الصبيِّ والزوجة بتعنيفٍ وتأديبٍ، وإنَّ كان في صورة العقوبة، ولهذا اختلف التعزير باختلاف الناس، مع اتفاق^(٧) الجنائيات؛ لأنَّ الناس يتفاوتون بما يقع به التعنيف، وكذلك الاستيثاق، وقد وجب حقًّا للعبد؛ لأنَّه يتنفع به، وهو تشفيُّ صدره).

(١) ينظر: تهذيب الوقعات للقلانسي (ل: ١٢٧).

(٢) (وشهادة) سقطت من (أ)، وهي في (ب).

(٣) في (أ): (الرجال مع النساء)، وسقطت من (ب): (مع النساء)، والمثبت من تهذيب الوقعات للقلانسي (ل: ١٢٧).

(٤) في (ب): (أبي)، تصحيف، والمثبت من (أ).

(٥) ينظر: المحيط الرضوي للسرخسي (ل: ٤٣٨) وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٩٦٣).

(٦) (فيه) ليست في (أ)، وليست في نسخة المخطوط، وأثبتها من (ب).

(٧) الذي في المحيط الرضوي للسرخسي (ل: ٤٣٨): (باختلاف).

الفصل السابع

في شاهد الزور وما يُصنع به

«الولولجية»^(١): (القاضي إذا أخذ شاهد الزور يُعزّره^(٢) بالشَّهير، وتفسيره: أن يبعث إلى أهل سوقه إن كان سوقياً، وإلى قومه إن كان غير سوقياً، فيقول: إننا وجدناه شاهد زورٍ فاحذروه، وحذروا الناس. وقال أبو يوسف ومحمد رَحْمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: يُعزّره بالضرب والحبس على قدر ما يرى، [١٣ب/أ] حتى تظهر توبته، لكن لا يبلغ أربعين سوطاً. ثم قال أبو يوسف بعد ذلك: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً^(٣)، فكأنه رجع عمّا دون الأربعين، فهما^(٤) يقولان: التعزير مشروع للزجر، والضرب أبلغ للزجر من الشَّهير، فكان أولى، كما في غير شهادة الزور، وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى احتجَّ بحديث شريح أنه كان يُشهر ولا يضرب، وهو كان قاضياً في زمن الصحابة رِضْوَانُ اللهِ [٢٢٨/أ] تَعَالَى عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ، ولم يُنكر عليه أحدٌ من الصحابة، فحلَّ محلَّ الإجماع، ولأنَّ الشَّهير أدنى في العقوبة، فكان إيجابه أولى. ثم شاهد الزور لا يُسود وجهه بالاتفاق؛ لأنَّ فائدة الشَّهير تفوت بالتسويد؛ لأنَّ الناس لا يعرفونه حتى يحذروا منه. وشاهد الزور إن يُقرَّ بلسانه على نفسه بذلك فيقول: كذبتُ فيما شهدتُ مُتعمداً، أو يشهد بقتل رجلٍ فيجزيء المشهود بقتله حياً، ولم يدع هو سهواً أو غلطاً، فيُعزَّر؛ لأنَّ

(١) ينظر: الفتاوى الولولجية (٤/ ٤٠).

(٢) كذا في (ب)، وفي (أ): (شاهد زور يعزر).

(٣) من قوله: (ثم قال أبو يوسف) إلى هنا سقط من (أ)، وأثبتته من (ب).

(٤) في (أ): (فيها)، تصحيف، والمثبت من (ب).

الكذب المتعمد حرام في الشرع، فيُعزَّر على^(١) ذلك زجرًا له عن الكذب^(٢) كما في سائر المعاصي).

«الوفائية»^(٣): (سئل عن الشَّاهد إذا رجع عن الشَّهادة قبل الحكم بها، هل يصحُّ رجوعه ويجب عليه التَّعزير أم لا؟ أجاب: نعم؛ يصحُّ رجوعه، ويجب عليه التَّعزير).

«الدُّرر والغرر»^(٤): (وحكمه بعد القضاء وقبض المال التَّعزير والتَّضمين، ولم ينقص التَّعزير).

وفي «أدب القاضي» للخصاف^(٥): (قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن عبد الكريم الجزري قال: «شهد قومٌ عند [١٣ب/ب] عمر بن عبد العزيز رَضِيَ اللهُ عَنْهُ على هلال رمضان، فاتَّهمهم، فضرب سبعين، وأبطل شهادتهم». قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا عبد الأعلى، عن معمر، عن الزهري قال: «شاهد الزور يُعزَّر». قال: حدثنا عبد الله بن

(١) في (أ): (عن)، والمثبت من (ب).

(٢) كذا في (أ)، وفي (ب): (عنه)، وعبارة الفتاوى الولولجية (٤/ ٤٠): «فيعزر على ذلك؛ زجرًا له عن ذلك، كما في سائر المعاصي».

(٣) قد يكون المراد جامع الفتاوى؛ لشمس الدين محمد الوفايي، قال في كشف الظنون (١/ ٥٧٥): «مختصرٌ، مشتمل على مسائل مثورة». وقد نقل عنه ابن نجيم في البحر الرائق (٥/ ٢٧٣)، وابن عابدين في الحاشية (٤/ ٣٥٩).

(٤) في درر الحكام (٢/ ٣٩٢): «وحكمه بعد القضاء وقبض المال التَّعزير والتَّضمين...، ولم ينتقض أي القضاء».

(٥) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف للصدر الشهيد (٤/ ٥٥١)، وليس فيه ذكر للآثار، وهي في مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٥٥٠).

محمد^(١)، قال: حدثنا عبّاد بن العوّام، عن يونس، عن الحسن قال: «شاهد الزُّور يُضرب شيئاً^(٢)، ويُعرّف الناس ويُقال: إنّ هذا شاهدٌ بزورٍ»^(٣). قال عبد الله بن محمد، قال: حدثنا عبّادٌ، عن أشعث، عن الشعبي قال: «شاهد الزُّور يُضرب ما دون أربعين، خمسةً وثلاثين، ستةً وثلاثين^(٤) سبعةً وثلاثين». قال عبد الله بن محمد، قال: حدثنا عبد الله الحجازي، عن عبد الله بن سعيد: «أنَّ عمر بن عبد العزيز رَضِيَ اللهُ عَنْهُ جلد شاهد الزُّور سبعين سوطاً». قال: حدثنا أبي، عن هُشَيْمٍ، عن خالدٍ، عن ابن سيرين، عن شريح قال: «إذا اتَّهم الشَّاهد لم يسأله عن شيءٍ حتى يقوم». وينبغي للقاضي إنْ عرّف شاهد الزُّور أنْ يُشهره، وينادي عليه في محلّته^(٥)، أو في سوقه، [٢٢٨/أ ب] ويُحذّر الناس منه، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يضربه أسواطاً، أو بالدَّرّة، ويُنادي عليه، ويشهره، حتى يعرفه الناس، ولعلَّ غيره أنْ يتعظ به).

وفي «شرح أدب القاضي»^(٦) للصدر: (ثم عندهما إذا كان^(٧) يُعزّر هل يشهره مع التّعزير أم لا؟ ذكر في «المبسوط»^(٨) أنَّ عندهما يُعزّر، ولم يذكر

(١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب).

(٢) في (أ): (شيئاً)، والمثبت من (ب)، ومصنف ابن أبي شيبة (٤/٥٥٠).

(٣) في (أ): (شاهد الزور)، والمثبت من (ب)، ومصنف ابن أبي شيبة (٤/٥٥٠).

(٤) (ستة وثلاثين) سقطت من (أ)، و(ب)، وأثبتها من مصنف ابن أبي شيبة (٤/٥٥٠).

(٥) في (ب): (مجلسه)، والمثبت من (أ).

(٦) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف للصدر الشهيد (٤/٥٥٣).

(٧) (إذا كان) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب) وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد

(٤/٥٥٣).

(٨) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٦/١٤٥).

التشهير بالنفي والإثبات، وذكر ههنا صاحب [١٤ب/أ] الكتاب أنه يُشهر. قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: لولا تنصيب صاحب الكتاب على هذا وإلا لكان مُشكِلاً. ثم بيّن صاحب الكتاب المعنى له لأيّ معنى يُعزّر الشاهد فقال: لكي يتعظ به غيره، فلا يشهد بالزور).

وفي «التاتارخانية»^(١): (اتَّفَق العلماء على أنَّ شاهد الزور يُعزَّر، وفي الكافي^(٢): اتَّصل القضاء أو لم يتَّصل، غير أنَّ أصحابنا اختلفوا في تعزيره، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ في المشهور: يُطاف به ويُشهر ولا يُضرب، وفي السراجية^(٣): وعليه الفتوى. فإنَّ كان سوقياً يبعث به القاضي إلى أهل سوقه، وإنَّ كان غير سوقياً إلى أهل محلته، ويقول: إنَّا وجدناه شاهد زورٍ، فاحذروه وحذروا^(٤) الناس. وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: يُضرب ولا يبلغ أربعين سوطاً. ثم رجع أبو يوسف وقال: يبلغ خمسة وسبعين. وروى أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُضرب ثم يُطاف به، ويُشهر على قولهما لا على ما ذكر صاحب الكتاب أَنَّهُ يشير إلى أَنَّهُ لا يُشهر. وفي السراجية^(٥): وقالوا: يُضرب وجيعاً، ويُجس تأديباً. وفي الكافي^(٦): وهو قول

(١) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (١٢/٨٤-٨٦).

(٢) ينظر: الكافي للحاكم الشهيد (ل: ٢٥٩).

(٣) ينظر: الفتاوى السراجية لسراج الدين الأوشي (ص ٥٠٥).

(٤) في (أ): (وحذر)، والمثبت من (ب)، والذي في الفتاوى التاتارخانية (١٢/٨٤): (فاحذروه، وحذروه الناس).

(٥) ينظر: الفتاوى السراجية لسراج الدين الأوشي (ص ٥٠٥).

(٦) ينظر: الكافي للحاكم الشهيد (ل: ٢٥٩).

الشافعي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى. وفي النوازل^(١): قال ابن الأزهري: سمعتُ أبا سليمان يقول: شاهد الزور يُضرب ويُحبس بعدما يتوب سنة. وفي الجامع الصغير للعتابي^(٢)^(٣): والتَّشهير أن يُطاف في البلد، ويُنادى في كل محلَّة^(٤): إنَّ هذا شهد بالزور / [١٤ ب/ب] فلا تُشهدوه. وفي الكافي^(٥): وذكر شمس الأئمة السرخسي أنَّه يُشهرُ عنهما أيضاً^(٦)، والتَّعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما. وفي الينابيع^(٧): وقالوا: يُضرب ويطاف [٢٢٩ أ/أ] ويُحبس إلى أن يُحدث توبةً، ولا يُسخَّم^(٨) وجهه بالإجماع^(٩)، وذكر في شرح الطحاوي أنَّه لا يُطاف به في قولهم جميعاً. وذكر الخصاف في كتابه^(١٠) أنَّه يُشهرُ على قولها بغير الضَّرب أيضاً. والذي رُوِيَ عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ «في شاهد الزور أنه

(١) قد يكون المراد نوازل الفتاوى للسمرقندي، ولم أقف عليه في موضعه منه (ص ٢٥٧) (٣٩٦).

(٢) في (أ): (للبقالي)، وفي (ب): (للقباني)، والمثبت من الفتاوى التاتارخانية (١٢/٨٥).

(٣) لم أجده في موضعه (ل: ٨٨، ج ٤) من شرح الجامع الصغير للعتابي، وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٧٥٩)، ووجدته بحروفه في جامع الفتاوى للعتابي (ل: ١٠٠)، وهو مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق برقم (٥٢٧٤).

(٤) كذا في (ب)، وجامع الفتاوى للعتابي (ل: ١٠٠)، وفي (أ): (محلته).

(٥) ينظر: الكافي للحاكم الشهيد (ل: ٢٥٩).

(٦) (أيضاً) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٧) ينظر: الينابيع في معرفة الأصول والتفاريع للرومي (ص ١٧٥٣)، تحقيق: عبد العزيز العليوي.

(٨) كذا في (ب)، والينابيع في معرفة الأصول والتفاريع للرومي (ص ١٧٥٣)، تحقيق: عبد العزيز العليوي (١٢/٨٥)، وفي (أ): (يفحَّم).

(٩) ينظر: الأصل لمحمد بن الحسن (١١/٥٢١)، تبين الحقائق للزيعلي (٤/٢٤١).

(١٠) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف للحاكم الشهيد (٤/٥٥٢).

يُسَخِّمُ^(١) وجهه»، فتأويله عند شمس الأئمة السرخسي أنه قال ذلك بطريق السياسة، إذا رأى المصلحة فيه، وتأويله عند الشيخ الإمام أنه لم يُرد حقيقة التَّسْوِيدِ، وإنما أراد التَّخْجِيلَ بالتَّفْضِيحِ والتَّشْهِيرِ، فَإِنَّ الْحَجَلَ يُسَمَّى مُسَوِّدًا. وفي «السُّغْنَاقِي»^(٢): والرجال والنساء وأهل الذمة في شهادة الزور سواء. قال صاحب الكتاب: وشاهد الزور عندنا المقرُّ على نفسه بذلك، فيقول: كذبتُ فيما شهدتُ مُتَعَمِّدًا، أو شهد بقتل رجلٍ أو بموته فيجزيء المشهود بقتله أو موته حيًّا، فأما مَنْ رُدَّتْ شهادته لتهمةٍ، أو دفع مضرَّةً عن نفسه، أو لمخالفةٍ وقعت بين الدعوى والشهادة، أو لمخالفةٍ وقعت بين الشاهدين، فليس شاهد زور. وفي «السُّغْنَاقِي»^(٣): فأما إذا قال: غلطتُ، أو أخطأتُ، أو رُدَّتْ شهادته لتهمةٍ أو لمخالفةٍ بين الدعوى والشهادة، لا يُعزَّرُ أصلاً. وقال الحاكم الإمام أبو محمد الكاتب: [١٥ب/أ] وهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إن رجع على سبيل التوبة والندامة لا يُعزَّرُ مِنْ غيرِ خلافٍ. وإن رجع

(١) كذا في (ب)، والينابيع في معرفة الأصول والتفاريع للرومي (ص ١٧٥٣)، تحقيق: عبد العزيز العليوي (١٢/٨٥)، وفي (أ): (يَفْحَم).

(٢) في الموضوعين في (أ): (العتابي)، وفي (ب): (القباني)، والذي في الفتاوى التاتارخانية (١٢/٨٦): (السُّغْنَاقِي)، وهو الصواب؛ حيث إن النص المذكور موجود في النهاية شرح الهداية للسُّغْنَاقِي (ل: ٢٢٠ من الجزء ٣)، وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٩٠٤).

(٣) ينظر: النهاية شرح الهداية للسُّغْنَاقِي (ل: ٢٢٠ من الجزء ٣).

على سبيل الإصرار^(١) يُعزَّر بالضرب من غير خلافٍ، وإن كان لا يقيم^(٢) فعلى الخلاف الذي قلنا. ثم ذكر^(٣) في الشاهدين^(٤) إذا اختلفا في الوطن^(٥) الذي شهدا بالفعل فيه، أو اختلفا في الفعل نفسه، أو في الإنشاء والإقرار في الفعل: (قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: لا تعزير عليه ولا ضرب^(٦))^(٧).

- (١) كذا في (ب)، وفي (أ): (إصرار)، والعبارة في النهاية شرح الهداية للسَّغْنَاقِي (ل: ٢٢٠ من الجزء ٣) غير واضحة لي، وفي الفتاوى التاتارخانية (١٢/٨٦): (الإصرار).
- (٢) كذا في (أ) و(ب)، والذي في النهاية شرح الهداية للسَّغْنَاقِي (ل: ٢٢٠ من الجزء ٣): (لا يعلم).
- (٣) ينظر: النهاية شرح الهداية للسَّغْنَاقِي (ل: ٢٢٠ من الجزء ٣).
- (٤) في (أ): (في أن شاهدين)، والمثبت من (ب).
- (٥) في (أ): (المواطن)، والمثبت من (ب).
- (٦) (ولا ضرب) في (أ) و(ب)، والفتاوى التاتارخانية (١٢/٨٦)، وليست في النهاية شرح الهداية للسَّغْنَاقِي (ل: ٢٢٠ من الجزء ٣).
- (٧) ينظر: النهاية شرح الهداية للسَّغْنَاقِي (ل: ٢٢٠ من الجزء ٣).

الفصل الثامن

في اللوطي وواطئ البهيمة وما يصنع بهما

وفي «خزانة المفتين»^(١): (ولو أتى بهيمة يُعزَّر ولا يُحدِّد، فإن كانت البهيمة له ذُبِحت، ولا يُؤكل لحمها، وإن كانت لغيره يُطالب صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها، ثم يذبحها، وهذا مأثورٌ عن عمر وعلي رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وليس [٢٢٩/أ/ب] لفروج البهيمة حكم الفرج حتى لا يجب ستره، والإيلاج فيه بمنزلة الإدخال في كوزٍ أو كوةٍ، ولهذا قلنا إنَّه لا ينقض طهارته بمجرد الإيلاج من غير إنزال).

(ووطء الميتة لا يُوجب الحدَّ، وكذلك وطء البهيمة^(٢) لا يُوجب الحدَّ؛ لانعدام الاشتهاة. في شرح الطحاوي أنه يُعزَّر، وتذبح البهيمة إن لم تكن مأكولةً، ثم تُحرق بالنَّار، ولا تُحرق قبل الذَّبْح، ويضمن الفاعل قيمة الدَّابة إن كانت الدَّابة لغيره. قال الشيخ الإمام السرخسي: الإحراق بالنَّار جائزٌ وليس بواجب. وإن كانت الدَّابة مأكولة اللحم [١٥/ب/ب] فإنَّها تُذبح ثم تُؤكل عند أبي حنيفة رَحْمَةُ اللهِ وَالشَّافِعِي^(٣) ولا تُحرق بالنَّار. وفي خلاصة الفتاوى^(٤): وفي بعض المواضع أمنَّا إنَّها لا تُؤكل للتَّنْزِهِ. وقال أبو يوسف

(١) ينظر: خزانة المفتين للسمنقاني (ل: ٣٠٠).

(٢) في (ب): (ووطء البهيمة لا يوجب الحد، وكذلك وطء الميتة)، والمثبت من (أ)، والفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٧).

(٣) (والشافعي) ليست في (أ)، والفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٧)، وأثبتها من (ب).

(٤) ينظر: خلاصة الفتاوى لطاهر البخاري (ل: ٤٠٣)، وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠٢١).

ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: تُحْرَقُ بِالنَّارِ^(١)، ثم يضمن الفاعل قيمة الدَّابة إن كانت الدَّابة لغيره. وفي المتقى: إذا كانت الدَّابة لغير الفاعل يُطلب من صاحبها أن يدفعها بقيمتها من الفاعل، ثم يذبحها ويُحرقها إن كانت مما لا يُؤكل لحمها، وإن كانت مما يُؤكل لحمها^(٢) يذبحها ولا يُحرقها) كذا في «التاتارخانية»^(٣).

وفي «خزانة الأكمل»^(٤): (رجل يأتي امرأة أجنبية في دبرها، أو يلوط بسلام في دبره، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: لا حدَّ على الفاعل والمفعول، ولكن يُعزَّران جميعاً حالة الطواعية. وعندهما: إن كانا مُحْصِنين فالرَّجم، وإن كانا غير مُحْصِنين فالجلد، وعليهما الغسل وإن لم ينزلا بلا خلاف^(٥)). لو قذف الرجل بإتيان المرأة في دبرها، أو قذف بذلك المرأة، لا يجب الحدُّ عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه فعليه الحدُّ، وإن لم يكن سَمَّاه باسمه كما في صريح العرف. وقال بعض مشايخنا: صريحه من غير الكناية أن يقول: يا غلام يان، وقال بعضهم: ليس هذا بصريح، ولكن الصريح أن يقول: كشيدته، أو قال^(٦)، أمَّا لو قال: يا لوطي! لا حدَّ عليه).

- (١) (بالنار) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب)، والفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٧).
- (٢) (وإن كانت مما يؤكل لحمها) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب)، والفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٧).
- (٣) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٧).
- (٤) ينظر: خزانة الأكمل للجرجاني (٢/٢٠٢).
- (٥) في (أ): (بخلاف)، والمثبت من (ب)، والذي في خزانة الأكمل (٢/٢٠٢): (وإن لم ينزل بلا خلاف، بخلاف ما لو أتى بهيمة ولم ينزل).
- (٦) كذا! ويبيِّن له في (أ)، والذي في خزانة الأكمل (٢/٢٠٢): (٢/٢٠٢): (يا غلام تارة، وقال بعضهم: ليس هذا بصريح، لكن الصريح أن يقول: أي بكون كنته، أو

«المحيط»^(١): (وَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً فِي دُبْرِهَا، أَوْ وَطِئَ غُلَامًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ حَدُّ الزَّانَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَيُعْزَرُ).

وفي «الخانية»^(٢): (أَشَدُّ التَّعْزِيرِ).

[١٦ ب/أ] «المحيط»^(٣): (وَيُودَعُ السَّجْنُ حَتَّى يُجِدَّ تَوْبَةً، وَعِنْدَهُمَا: يُجَدُّ حَدُّ الزَّانِي).

وفي «الكافي»^(٤): (وهو أحد^(٥) قولي الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى).

«اليتيمة»^{(٦)(٧)}: (سُئِلَ الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ عَنْ هَذَا: هَلْ يُشْتَرَطُ الْإِنْزَالُ فِي كَوْنِ اللَّوَاطَةِ مُوجِبَةً لِلْحَدِّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، أَمْ يُكْتَفَى فِي^(٨) إِجَابِهِ تَوَارِي الْحَشْفَةِ؟ فَقَالَ: يُكْتَفَى بِالتَّوَارِي).

قال: يا كبير خواره، أمّا لو قال: يا لوطي، لا حد، فإنه نسبه إلى بهيمة بهذا الفعل).

(١) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٣٩٠).

(٢) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٨٣).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٣٩٠).

(٤) لم أجده في موضعه من الكافي للحاكم الشهيد (ل: ١٢٥)، ونقله عنه في الفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٥).

(٥) (أحد) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ).

(٦) كذا في (ب)، وفي (أ): (التتمة).

(٧) ينظر: يتيمة الدهر للترجماني (ل: ٨٠).

(٨) (في) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(ورأيت في الروضة^(١) أن الخلاف في الغلام، أمّا لو وطئ المرأة في دبرها يُحَدُّ بلا خلافٍ، والأصح^(٢) أن الكَلَّ على الخلاف^(٣). ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته، وفي الكافي^(٤): بنكاحٍ صحيحٍ أو فاسدٍ، لا يُحَدُّ بلا خلافٍ، نصَّ عليه في الزيادات^(٥)^(٦))

«المحيط»^(٧): (ومن تزوّج امرأة لا يحلُّ نكاحها، بأن تزوج أمّه، أو ذات رحمٍ محرمٍ منه، أو مُعتدّة الغير، أو منكوحه الغير، أو مطلّقة ثلاثاً، وقال: علمت أنّها عليّ حرامٌ، ودخل بها، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: لا حدَّ عليه، ولكن يُعزَّر. وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: عليهما الحدُّ إذا علما بالحرمة).

(١) للناطقي، ولها نسخة بمكتبة البلدية بالإسكندرية، برقم (٢٩)، ولم أتمكن من الوصول إليها. قال في كشف الظنون (١/٩٣١): «صغيرة الحجم، كثيرة الفائدة، فيها فروع غريبة».

(٢) في (أ): (والتصحيح)، وفي (ب): (الصحيح)، والمثبت من المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٣٩٠)، والفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٦).

(٣) ينظر: الجوهرة النيرة (٢/١٥٥).

(٤) ينظر: الكافي للحاكم الشهيد (ل: ١٢٣) (ل: ١٢٥)، وهو مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٩٢٣).

(٥) في (أ) و(ب): (الروايات)، والمثبت من المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٣٩٠)، والفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٦).

(٦) الكلام يعود لصاحب المحيط البرهاني (٦/٣٩٠)، وقد نقل المؤلف كلامه من صاحب الفتاوى التاتارخانية (٦/٣٢٥-٣٢٦).

(٧) ينظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/٣٩٠).

وفي «الواقعات»^(١): (قال الفقيه أبو الليث رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: وبه نأخذ).
وفي «السراجية»^(٢): (وعليه الفتوى. وأجمعوا على أنه^(٣) لو قال: إني
ظننت أمَّها تحلُّ، لا يجب الحدُّ).

وفي «الهداية»^(٤): (وَمَنْ وطئَ أجنبيةً فيما دون الفرج يُعزَّر؛ لأنَّه منكرٌ
ليس فيه شيءٌ مُقدَّرٌ).

وفي «غاية البيان»^(٥): (وأراد بالوطء فيما دون الفرج التَّفخيد، لا الإتيان
في الدُّبر؛ لأنَّ بيانها يجيء عقيب هذا).

وفيه أيضاً: (اعلم أنَّ الرجل إذا أتى امرأته في الموضع المكروه،
[١٦ب/ب] أو في الدُّبر، أو عمل مع الغلام عمل قوم لوطٍ، فلا حدَّ عليه
عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، لكنَّه يُعزَّر ويُجسَّس إلى أن يتوب أو يموت، كذا
ذكره علاء الدين. وعند أبي يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى يجب عليه حدُّ الزنا،
إن كان محصناً يُرجم، وإن كان غير محصنٍ يُجلد، لكن هذا الحكم عند نكاح
غير الزوجة، وفي غير المملوكة، فإنَّ مَنْ أتى امرأته أو أمته في غير مأتاها

(١) ينظر: الواقعات الحسامية لحسام الدين ابن مازة (ل: ١٠٨) وهو مخطوط بمكتبة الأمير سلطان بن عبد العزيز بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، برقم (٤٢٥٣).

(٢) ينظر: الفتاوى السراجية لسراج الدين الأوشي (ص ٢٧٨).

(٣) (وأجمعوا على أنه) ليست في الفتاوى السراجية (ص ٢٧٨).

(٤) ينظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني (٢/ ٣٤٦).

(٥) ينظر: غاية البيان للإتقاني (ص ١٢٤-١٢٥).

لا يُجَدُّ عندهما أيضاً، وإن كان مُحَرَّمًا عليه، [وبه] ^(١) صرَّح في الزيادات. والغلام المملوك كغير المملوك على الأصح. وكلُّ ما يُروى في هذا الباب عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعن الصحابة رِضْوَانُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ من القتل أو الرجم أو التَّنْكِيس وغير ذلك، فذلك محمولٌ على السياسة، وعندنا يجوز مثل ذلك بطريق التَّعْزِيرِ والسياسة، ألا ترى إلى ما قال في «الزيادات» ^(٢): يجب به [٢٣٠/ب] التَّعْزِيرِ، والرأي إلى الإمام، إن شاء قتله إذا اعتاد ^(٣) ذلك، وإن شاء ضربه وحبسه).

أقول: بما ذكر اندفع قول مَنْ قال إن هذه الأمور قتلٌ وليس بتعزيرٍ، كما لا يخفى، بل الواجب عنده التَّعْزِيرِ الشرعي الذي ستعرفه في فصله، كما يُعلم من سائر الكتب، فتدبَّر.

وفي «التُّمْرَتاشي» ^(٤): (هل تكون اللواط في الجنة؟ قلنا: بعضهم قال هذا على أصل إن كانت اللواط حُرِّمَتْ في الدنيا عقلاً وسمعاً لا تُباح في الجنة، وإن حُرِّمَتْ سمعاً لا عقلاً تُباح. وبعضهم قالوا: تكون صفة الأعلى على صفة الذكور، وصفة الأسفل على وصف الإناث، وهذا منقولٌ [١٧/ب/أ] عن المالحي، والصحيح أن لا تكون اللواط في الجنة؛ لأنه سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى اسْتَبْعَدَ

(١) (وبه) ليست في (أ)، و(ب)، وأثبتها من غاية البيان للإتقاني (ص ١٢٥)، وبها يكتمل السياق.

(٢) نقله عنه في العناية شرح الهداية (٥/٢٦٣)، ولسان الحكام (ص ٣٩٨)، والنهر الفائق (٣/١٤٠).

(٣) في (أ): (اعتقاد)، والمثبت من (ب).

(٤) ينظر: شرح الجامع الصغير للتمرتاشي (ل: ٢١١).

ذلك واستقبحه، ﴿مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ﴾^(١)، وسماه خبثاً بقوله: ﴿كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبِيثَاتِ﴾^(٢)، والجنة منزّهة عن الخبثات). وفي «الخنائية»^(٣): (إذا زنى بامرأة ميتة فلا حدّ عليه)^(٤)، ولكن يجب التعزير).

وفي «الذخيرة»^(٥): (إذا زنى بامرأة ميتة فلا حدّ عليه، والأصل فيه: ما روي أن بهلولاً النباش فعل ذلك على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلم يُقم الحدّ عليه)^(٦)، ولكن يجب التعزير؛ لأنه ارتكب فعلاً محرماً، وليس فيه حدّ مُقدَّرٌ شرعاً).

(١) من سورة الأعراف، من الآية الكريمة (٨٠).

(٢) من سورة الأنبياء، من الآية الكريمة (٧٤).

(٣) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٨٣).

(٤) (عليه) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٥) ينظر: الذخيرة البرهانية لابن مازة (٦/١٧١-١٧٢).

(٦) لم أقف عليها في دواوين السنة.

ثبت المصادر

١. أدب القضاء، المؤلف: إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم (المتوفى: ٦٤٢هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٠٧هـ.
٢. إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٢٣هـ.
٣. الأعلام، المؤلف: خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي (المتوفى: ١٣٩٦هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر، سنة النشر: ٢٠٠٢م.
٤. إكمال المعلم بفوائد مسلم (شرح صحيح مسلم)، المؤلف: القاضي عياض بن موسى اليحصبي (المتوفى: ٥٤٤هـ)، تحقيق: يحيى إسماعيل، الناشر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤١٩هـ.
٥. أنوار البروق في أنواء الفروق، المؤلف: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة وتاريخها: بدون.
٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم (المتوفى: ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، سنة النشر: بدون.
٧. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المؤلف: إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون (المتوفى: ٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٠٦هـ.

٨. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٣١٣هـ.
٩. تجريد الإيضاح، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد الكرمانى، (المتوفى: ٥٤٣هـ)، من بداية كتاب الصرف إلى نهاية كتاب السرقة، تحقيق: مشعل بن ماجد المطيري، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى.
١٠. تحفة الفقهاء، المؤلف: محمد بن أحمد السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، سنة النشر: ١٤١٤هـ.
١١. تهذيب اللغة، المؤلف: محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، (المتوفى: ٣٧٠هـ) تحقيق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ٢٠٠١م.
١٢. تهذيب الوقعات في فروع الحنفية، المؤلف: أحمد القلانسي، (المتوفى: ٩٤١هـ تقريباً)، مخطوط بدار الكتب القومية بمصر برقم (٣٢٣).
١٣. الجامع الصغير، المؤلف: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، (المتوفى: ١٨٩هـ)، ومعه شرحه النافع الكبير، المؤلف: محمد عبد الحي اللكنوي الهندي (المتوفى: ١٣٠٤هـ)، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي، الطبعة: بدون، سنة النشر: ١٤١١هـ.
١٤. جامع الفتاوى، المؤلف: أحمد بن محمد العتايي، (المتوفى: ٥٨٦هـ)، مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق، برقم (٥٢٧٤).
١٥. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، المؤلف: محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٢٢هـ.



١٦. جواهر الفتاوى، المؤلف: محمد بن عبد الرشيد الكرمانى، (المتوفى: ٥٦٥هـ)، مخطوط بمكتبة الملك سلمان بجامعة الملك سعود، برقم (١٤٣٧).
١٧. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، المؤلف: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي (المتوفى: ٧٧٥هـ)، الناشر: مير محمد كتب خانة، كراتشي، الطبعة وتاريخها: بدون.
١٨. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المؤلف: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة: بدون، سنة النشر: ١٤٢١هـ.
١٩. الحاوي القدسي في فروع الحنفية، المؤلف: أحمد بن محمود الغزنوي، (المتوفى: ٥٩٣هـ)، تحقيق: صالح العلي، الناشر: دار النوادر، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٣٢هـ.
٢٠. خزانة الأكمل في فروع الحنفية، المؤلف: يوسف بن علي الجرجاني، (المتوفى: ٥٥٢هـ)، تحقيق: أحمد خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٣٦هـ.
٢١. خزانة المفتين، المؤلف: حسين بن محمد السمنقاني، (المتوفى: ٧٤٦هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠١٩).
٢٢. خلاصة الفتاوى، المؤلف: طاهر بن أحمد البخاري، (المتوفى: ٥٤٢هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠٢١).
٢٣. درر الحكام شرح غرر الأحكام، المؤلف: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة وتاريخها: بدون.

٢٤. الذخيرة البرهانية، المؤلف: أبو المعالي برهان الدين محمود بن مازة البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ)، تحقيق: أبي أحمد العادلي ورفقاه، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، سنة النشر: ٢٠١٩هـ.
٢٥. روضة القضاة وطريق النجاة، المؤلف: علي بن محمد بن أحمد الرحيبي المعروف بابن السّمْناني (المتوفى: ٤٩٩هـ)، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثانية، سنة النشر: ١٤٠٤هـ.
٢٦. سلم الوصول إلى طبقات الفحول، المؤلف: مصطفى بن عبد الله المعروف بحاجي خليفة، (المتوفى ١٠٦٧هـ) تحقيق: محمود عبد القادر الأرناؤوط، الطبعة: بدون، الناشر: مكتبة إرسیکا، إستانبول، سنة النشر: ٢٠١٠م.
٢٧. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، (المتوفى: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، الطبعة وتاريخها: بدون.
٢٨. سنن البيهقي الكبرى، المؤلف: أحمد بن الحسين البيهقي، (المتوفى: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، الطبعة: بدون، سنة النشر: ١٤١٤هـ.
٢٩. شرح أدب القاضي للخصاف، المؤلف: عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد (المتوفى شهيداً: سنة ٥٣٦هـ)، تحقيق: محيي هلال السرحان، الناشر: (ج ١ - ٣) الناشر: مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، ج ٤ الدار العربية للطباعة، بغداد، العراق، الطبعة: الأولى، (ج ١، ٢) ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م، (ج ٣، ٤)، ١٣٩٨هـ.
٣٠. شرح الجامع الصغير، المؤلف: أحمد بن إسماعيل التمرثاشي، (المتوفى: ٦١٠هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٧٥٥).



٣١. شرح الجامع الصغير، المؤلف: أحمد بن محمد العتابي (المتوفى: ٥٨٦هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٧٥٩).
٣٢. شرح مختصر الطحاوي، المؤلف: أحمد بن منصور الإسيباني (المتوفى: ٥٠٠هـ تقريباً)، مخطوط بمكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، برقم (١٦٠٠١).
٣٣. شرح مختصر الكرخي، المؤلف: أحمد بن محمد القدوري (المتوفى: ٤٢٨هـ)، من أول كتاب الصلح حتى آخر الكتاب: تحقيق: عبد الله بن عبد العزيز الغملاس، رسالة دكتوراه - المعهد العالي للقضاء.
٣٤. شرح مختصر الكرخي، المؤلف: أحمد بن محمد القدوري، (المتوفى: ٤٢٨هـ)، من أول كتاب الحدود إلى نهاية كتاب الحوالة، تحقيق: عادل بن عبد الله العبد القادر، رسالة دكتوراه - المعهد العالي للقضاء.
٣٥. شرح مشكل الآثار، المؤلف: أحمد بن محمد الطحاوي، (المتوفى: ٣٢١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤١٥هـ.
٣٦. الشقائق النعمانية في علماء الدولة العثمانية، المؤلف: أحمد بن مصطفى بن خليل، طاشكُبري زَادَه (المتوفى: ٩٦٨هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة وتاريخها: بدون.
٣٧. العناية شرح الهداية، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود البابرقي (المتوفى: ٧٨٦هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون، سنة النشر: بدون.
٣٨. غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان، المؤلف: أمير كاتب بن أمير عمر الإتقاني (المتوفى: ٧٥٨هـ) من بداية كتاب الحدود إلى نهاية باب الأشربة، تحقيق: صبح عقلة البداح، رسالة ماجستير - معهد الدعوة الجامعي للدراسات الإسلامية.

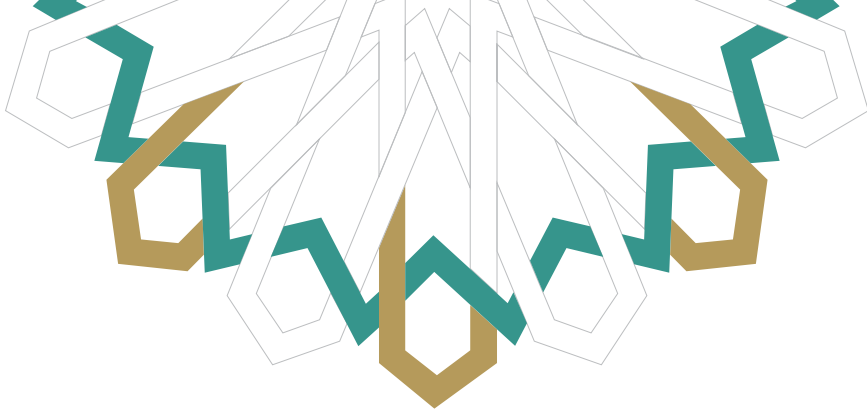
٣٩. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، المؤلف: أحمد بن محمد مكي الحموي الحنفي، (المتوفى: ١٠٩٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٠٥هـ.
٤٠. الفتاوى البزازية أو الجامع الوجيز، المؤلف محمد بن محمد البزازي (المتوفى: ٨٢٧هـ)، تحقيق: سالم مصطفى البدري، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ٢٠٠٩م.
٤١. الفتاوى التاتارخانية، المؤلف: عالم بن العلاء الدهلوي (المتوفى: ٧٨٦هـ)، تحقيق: شبير أحمد القاسمي، الناشر: مركز زكريا بديوبند، الهند، الطبعة وتاريخها: بدون.
٤٢. الفتاوى السراجية، المؤلف: علي بن عثمان الأوشي (المتوفى: ٥٦٩)، تحقيق: محمد بن عثمان البستوي، الناشر: دار العلوم زكريا، لبنان، سنة النشر: ١٤٣٢هـ، الطبعة: الأولى.
٤٣. الفتاوى الظهيرية، المؤلف: ظهير الدين محمد بن أحمد البخاري (المتوفى: ٦١٩هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠٥١).
٤٤. فتاوى النسفي، المؤلف: عمر بن محمد النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، مخطوط بالمكتبة السليمانية، برقم (٢٣٤٥).
٤٥. فتاوى قارئ الهداية، المؤلف: عمر بن علي (المتوفى: ٨٢٩هـ)، مخطوط بمكتبة الملك سلمان بجامعة الملك سعود، برقم (١٠٣٩).
٤٦. فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، المؤلف: الحسن بن منصور الفرغاني (المتوفى: ٥٩٤هـ)، تحقيق: سالم مصطفى البدري، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ٢٠٠٩م.
٤٧. فتح القدير، المؤلف: محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون، سنة النشر: بدون.



٤٨. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، المؤلف: محمد عبد الحي اللكنوي الهندي (المتوفى: ١٣٠٤هـ)، تحقيق: محمد بدر الدين النعساني، الناشر: طبع بمطبعة دار السعادة بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٣٢٤هـ.
٤٩. قنية المنية لتتميم الغنية، المؤلف: مختار بن محمود الزاهدي (المتوفى: ٦٥٨هـ)، مخطوط بمكتبة الملك سلمان بن عبد العزيز بجامعة الملك سعود، برقم (٧٣٨٢).
٥٠. الكافي، المؤلف: محمد بن محمد المروزي؛ المعروف بالحاكم الشهيد (المتوفى: ٣٤٤هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٩٢٣).
٥١. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، المؤلف: نجم الدين محمد بن محمد الغزي (المتوفى: ١٠٦١هـ) تحقيق: خليل المنصور، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤١٨هـ.
٥٢. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، سنة النشر: ١٤١٤هـ.
٥٣. المجتبى شرح مختصر القدوري، المؤلف: مختار بن محمود الزاهدي (المتوفى: ٦٥٨هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٨٠٨).
٥٤. مجموع الفتاوى، المؤلف: أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (المتوفى: ٧٢٨هـ)، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزائر، الناشر: دار الوفاء، الطبعة: الثالثة، سنة النشر: ١٤٢٦هـ.
٥٥. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المؤلف: محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري (المتوفى: ٦١٦هـ)، تحقيق: نعيم أشرف نور أحمد، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - المجلس العلمي، الطبعة: بدون، سنة النشر: ١٤٢٤هـ.

٥٦. المحيط الرضوي، المؤلف: محمد بن محمد السرخسي (المتوفى: ٥٧١هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٩٦٣).
٥٧. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (صحيح مسلم)، المؤلف: مسلم بن الحجاج النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة النشر: بدون.
٥٨. معجم المؤلفين، المؤلف: عمر رضا كحالة، الناشر: مكتبة المثنى، بيروت، الطبعة: بدون، سنة النشر: بدون.
٥٩. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المؤلف: علي بن خليل الطرابلسي (المتوفى: ٨٤٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة وتاريخها: بدون.
٦٠. التنف في الفتاوى، المؤلف: علي بن الحسين السُّعْدِي (المتوفى: ٤٦١هـ)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الناشر: دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، الأردن، الطبعة: الثانية، سنة النشر: ١٤٠٤هـ.
٦١. نصاب الاحتمساب، المؤلف: عمر بن محمد السَّنَامِي (المتوفى: ٧٣٤)، تحقيق: مريزن بن سعيد عسيري، الناشر: مكتبة الطالب الجامعي، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤١٦هـ.
٦٢. النهاية شرح الهداية، المؤلف: حسين بن علي السُّعْنَاقي (المتوفى: ٧١١هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (٩٠٤).
٦٣. الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: علي بن أبي بكر المرغيناني (المتوفى: ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة وتاريخها: بدون.
٦٤. يتيمة الدهر في فتاوى أهل العصر، المؤلف: عبد الرحيم بن عمر الترجماني (المتوفى: ٩٥٨هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي، برقم (١٠٨٨).





رسالة في التعزير

لمحيي الدين، محمد بن إلياس بن حاجي عمر الرومي؛
المعروف بجوي زادَه (ت: ٩٥٤هـ)
من بداية الفصل التاسع حتى نهاية المخطوط

- تحقيقاً ودراسة -

د. حمود بن سعدون بن مفرج البخيران

أستاذ الفقه المساعد

بقسم الشريعة بكلية الشريعة والقانون

بجامعة الجوف

المقدمة

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

فإن الشريعة الإسلامية جاءت بكل ما فيه صلاح العباد في العاجل
والآجل، وجاءت بالمحافظة على الضروريات الخمس: الدين، والعقل،
والنفس، والعرض، والمال، وشُرعت الحدود والعقوبات للمحافظة عليها،
وتنوعت العقوبات ما بين عقوبات مقدرة ومحددة وهي الحدود، وما بين
عقوبات غير مقدرة ومحددة وإنما يرجع في تقديرها لاجتهاد القاضي بناء على
المخالفة والظروف المحيطة بها، لذلك أولى الفقهاء التعزير عناية فائقة في
ضبط مسائله وتحريرها، وأفردوا أبواباً خاصة في كتبهم له، وقد جاءت هذه
الرسالة مفردة في بيان أحكامه، وهي «رسالة في التعزير»؛ للعلامة: محمد بن
إلياس؛ المعروف بجوي زاده؛ وهي رسالة مفيدة في بابها، فقامت بتحقيق
الجزء الثاني منها^(١)، أسأل الله أن ينفع بها المحقق والقارئ.

أسباب اختيار الموضوع:

١. أن موضوع الرسالة يتعلق بباب مهم من أبواب الفقه.

٢. ندرة الرسائل المفردة في باب التعزير.

(١) وقد قام بتحقيق الجزء الأول من المخطوط د. عبد العزيز بن فهد بن محمد بن داود،
القاضي بوزارة العدل، وقد تفضل علي بإهدائي نسخ المخطوط، فجزاه الله عني خير
الجزء.

٣. مكانة المؤلف العلمية؛ حيث إنه من المشهورين بالتأليف، وقد تولى القضاء وهذه ميزة لتعلق الرسالة بموضوع يحتاجه القضاء.
٤. الرغبة في خدمة الكتاب وإخراجه للمكتبة العلمية للاستفادة منه.

أهداف الموضوع:

١. إخراج الكتاب للمكتبة الإسلامية بأقرب صورة أرادها المؤلف رَحْمَةً اللَّهِ.
٢. الاستفادة الشخصية من الاطلاع على كلام أهل العلم في هذا الباب.

الدراسات السابقة:

بعد البحث في قوائم المكتبات مثل: مكتبة الملك فهد الوطنية، ومكتبة الملك سلمان بجامعة الملك سعود، ومركز الملك فيصل للأبحاث، ومكتبة الأمير سلطان بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ومكتبة المعهد العالي للقضاء، ومكتبة كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ومكتبة جامعة أم القرى، ومكتبة الجامعة الإسلامية، وبعد البحث في محركات البحث في الشبكة العالمية في المواقع المتخصصة، لم أجد أن هذا المخطوط قد حظي بالتسجيل، أو التحقيق أو الإخراج.

خطة البحث:

اشتملت خطة البحث على: مقدّمة، وقسمين: قسم الدراسة، وقسم تحقيق النص.

أمّا المقدّمة فقد اشتملت على: أهميّة الموضوع، وأسباب اختياره، وأهداف الموضوع، والدّراسات السّابقة، وخطة البحث، ومنهج الباحث.

القسم الأول: قسم الدراسة:

واشتمل على: التعريف بالمؤلف، والكتاب، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالمؤلف:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حياة المؤلّف الذاتية:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: اسمه، ولقبه.

الفرع الثاني: مولده، ووفاته.

المطلب الثاني: حياة المؤلّف العلمية:

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: أبرز شيوخه.

الفرع الثاني: أبرز تلاميذه.

الفرع الثالث: مذهبه.

الفرع الرابع: مكانته العلمية.

الفرع الخامس: آثاره العلمية.

المبحث الثاني: التعريف بالكتاب:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسم الكتاب، وتوثيق نسبته لمؤلفه:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: اسم الكتاب.

الفرع الثاني: توثيق نسبته لمؤلفه.

الفرع الثالث: أصول الكتاب ومصادره.

المطلب الثاني: نسخ المخطوط:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: عدد النسخ ووصفها.

الفرع الثاني: أنموذج من نسختي المخطوط.

القسم الثاني: قسم تحقيق النص:

من بداية الفصل التاسع إلى نهاية المخطوط.

فهرس المصادر.

منهج التحقيق:

١. اعتمدت في نسخ المخطوط على نسخة المكتبة السليمانية بتركيا، ورمزت لها بالرمز: (أ)، ونسخة مكتبة راغب باشا بتركيا، ورمزت لها بالرمز: (ب).
٢. سرتُ في نسخ المخطوط على منهج التلفيق، باعتماد أقرب النصين للصحة في المتن.
٣. عند وجود خطأ في نسختي المخطوط، فإنِّي أصححه في المتن، وأشير للنص المذكور المثبت في نسختي المخطوط في الحاشية.
٤. عند وجود اختلاف بين النسختين، فإنِّي أثبت الأقرب للصواب في المتن، وأشير للنص الوارد في النسخة الأخرى في الهامش.
٥. أثبت رقم كل وجه من ألواح المخطوطين في المتن عند بدايته، وجعلتُ الترقيم بين معكوفين.
٦. جعلت الآيات القرآنية داخل أقواسها المعتادة.
٧. خرجت الأحاديث الواردة في المتن.
٨. عزوت النقول الواردة في المتن إلى مصادرها الأصلية ما أمكن.



المبحث الأول التعريف بالمؤلف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حياة المؤلف الذاتية:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: اسمه، ولقبه:

اسمه: محمد بن إلياس بن حاجي عمر الرومي الميلاطي.

لقبه: له عدة ألقاب ذكرها المترجمون له ومنها: محيي الدين، وشيخ الإسلام، ومفتي الروم، والإمام العلامة، وأشهرها جَوِّي زاده^(١).

الفرع الثاني: مولده، ووفاته:

مولده: لم أقف على من نص على تاريخ ولادته.

وفاته: توفي رَحْمَةُ اللَّهِ بالقسطنطينية سنة (٩٥٤هـ)^(٢).

المطلب الثاني: حياة المؤلف العلمية:

وفيه خمسة فروع:

(١) ينظر: الكواكب السائرة (٢/ ٢٧-٢٨)، الأعلام للزركلي (٦/ ٤٠)، معجم المؤلفين (٦٦/٩).

(٢) ينظر: الكواكب السائرة (٢/ ٢٧-٢٨)، سلم الوصول إلى طبقات الفحول (٤/ ٣٣٤)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٢١٢).

الفرع الأول: أبرز شيوخه:

١. والده.
٢. المولى بالي الأسود.
٣. سعدي جلبي ابن الناجي.

الفرع الثاني: أبرز تلاميذه:

لم أجد من نص على تلاميذه إلا ما ذكره اللكنوي حيث ذكر من تلاميذه علي ابن القاضي أمر الله الشهير بعتابي زاده محمد شاه جلبي^(١).

الفرع الثالث: مذهبه:

هو حنفي المذهب، وقد نص على ذلك جمع ممن ترجم له، وكذلك يظهر ذلك جلياً في كتابه.

الفرع الرابع: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه:

تظهر مكانة المؤلف رَحْمَةُ اللَّهِ مِنْ خِلالِ تَمَكُّنِهِ الْعِلْمِيَّ وَتَوَلِيهِ التَّدْرِيسَ وَالْقَضَاءَ، وَكَذَلِكَ مِنْ خِلالِ شَهَادَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ لَهُ بِذَلِكَ وَثَنَائِهِمْ عَلَيْهِ وَمِنْ ذَلِكَ:

قال اللكنوي: «كان إماماً، محققاً، مدققاً، محدثاً، مفسراً، أصولياً، فروعياً، ماهراً في الرياضيات والطبيعات»^(٢).

(١) ينظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٢١٢).

(٢) الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٢١٢).

وقال الغزي: «كان مرضي السيرة، محمود الطريقة، طارحاً للتكليف، متواضعاً مقبلاً على الاشتغال بالعلم، مواظباً على الطاعات، مثابراً على العبادات، قوالاً بالحق لا يخاف في الله لومة لائم، وكان يحفظ القرآن العظيم، وكان له يد طولى في الفقه والتفسير والأصول، ومشاركة في سائر العلوم»^(١).

وقال الزركلي: «ولي القضاء بمصر، فقضاء العساكر الأناضولية. ثم عين مفتياً بالقسطنطينية... قال ابن العماد: كان غزير العلم بالفقه والتفسير والأصول، مشاركاً في سائر العلوم، سيفاً من سيوف الحق قاطعاً»^(٢).

الفرع الخامس: آثاره العلمية:

قال الزركلي: «له تعليقات لم تشتهر»^(٣)، ومن ضمن مؤلفاته:

١. رسالة في التعزير. (هذه الرسالة).

٢. فتاوى جوي زاده.

٣. ميزان المدعين في إقامة البيئتين.

٤. رسالة في تحرير دعوى الملك^(٤).

(١) الكواكب السائرة (٢/ ٢٧-٢٨)

(٢) الأعلام (٦/ ٤٠).

(٣) المرجع السابق.

(٤) ينظر: الأعلام (٦/ ٤٠)، معجم المؤلفين (٩/ ٦٦)، الموسوعة الميسرة في تراجم أئمة التفسير (٢/ ١٩٨٣-١٩٨٤).

المبحث الثاني التعريف بالكتاب

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسم الكتاب، وتوثيق نسبه لمؤلفه:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: اسم الكتاب:

رسالة في التعزير.

الفرع الثاني: توثيق نسبه لمؤلفه:

نسبة الكتاب لمؤلفه ظاهرة يدل عليها النص على ذلك في مقدمة النسخة (أ) من المخطوط.

الفرع الثالث: أصول الكتاب ومصادره:

المؤلف رَحِمَهُ اللهُ نص على جملة كبيرة من كتب أئمة الحنفية في رسالته وهي:

- نصاب الاحتساب، للسنامي.
- الهداية شرح البداية، للمرغيناني.
- قنية المنية، للزاهدي.
- المجتبي شرح مختصر القدوري، للزاهدي.

- فتح القدير، لابن الهمام.
- فتاوى قاضيخان، للفرغاني.
- الفتاوى الظهيرية، لظهير الدين البخاري.
- الفتاوى البزازية، للبزازي.
- الفتاوى التاتارخانية، للدهلوي.
- الفتاوى السراجية، للأوشي.
- جواهر الفتاوى، للكرماني.
- المحيط البرهاني، لابن مازة.
- خلاصة الفتاوى، لطاهر البخاري.
- درر الأحكام شرح غرر الأحكام، لملا خسرو.
- الحاوي القدسي، للغزنوي.
- شرح مختصر الكرخي، للقدروي.
- الكافي، للحاكم الشهيد.
- التنف في الفتاوى، للسغدي.
- خزنة الأكمل، للجرجاني.
- تهذيب الوقعات، للقلانسي.
- الذخيرة البرهانية، لابن مازة.

- شرح أدب القاضي، للصدر الشهيد.
- المحيط الرضوي، لرضي الدين السرخسي.
- الفتاوى الولولجية، للولولجي.
- المبسوط، للسرخسي.
- خزانة المفتين، للسمنقاني.
- غاية البيان، للإتقاني.
- الملتقط في الفتاوى الحنفية، للسمرقندي.
- جامع الفصولين، لابن قاضي سماونة.
- الأجناس، للناطفي.
- الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، للزبيدي.
- فتاوى قارئ الهداية، لقارئ الهداية.
- التجنيس والمزيد، للمرغياني.
- شرح الطحاوي، للوبري.
- أحكام الصغار، للأستروشنبي.

المطلب الثاني: نسخ المخطوط:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: عدد النسخ ووصفها:

اعتمدت في التحقيق على نسختين خطيتين:

النسخة الأولى: نسخة المكتبة السليمانية بتركيا برقم (١١٩٩) ضمن مجموع عدد ألواحها: (٣٥٥).

- موقع المخطوط من المجموع: يقع المخطوط في الألواح: (٢١٩ - ٢٤٤).

- عدد ألواح الجزء المحقق من المخطوط: خمسة وعشرون لوحاً، كل لوح به وجهان، وكل وجه به خمسة وعشرون سطراً، وكل سطر به سبع كلمات.

- ناسخها: لم يدون.

- تاريخ نسخها: لم يدون.

وصفها: نسخة كاملة، خطها واضح، كتبت باللون الأسود، وعليها تعليقات وتصحيحات جانبية.

النسخة الثانية: نسخة مكتبة راغب باشا برقم (٤٤٤) ضمن مجموع عدد ألواحها (١٠٩).

- موقع المخطوط من المجموع: يقع المخطوط في الألواح: (٧٣-١٠٩)

- عدد ألواحها: ستة وثلاثون لوحاً، كل لوح به وجهان، وكل وجه به واحد وعشرون سطراً، وكل سطر به اثنتا عشرة كلمة.

- ناسخها: لم يدون.

- تاريخ الفراغ من نسخها: نهار الأربعاء، ثامن عشر من ربيع الآخر سنة سبع وثلاثين ومائة وألف من الهجرة الشريفة ١١٣٧هـ.

وصفها: نسخة كاملة، خطها واضح، كتبت باللون الأسود، وبعض كلماتها باللون الأحمر، عليها تصحيحات جانبية، وعليها تملك السيد الحاج أحمد الأسطواني، وتملك السيد عبد الرحيم الأسطواني، وقد كتب عليها: (باعته الورثة سنة: ١١٥٩هـ).



الفرع الثاني: أنموذج من نسختي المخطوط:

اللوح الأول من الجزء المحقق من النسخة (أ)



اللوحة الأولى من الجزء المحقق من النسخة (ب)



القسم الثاني: النص المحقق

الفصل التاسع

في الساحر وما يُصنع به

وفي «النوازل»: (سُئل أبو القاسم عن الساحر: هل يُقتل أو تُقبل توبته؟ قال: الساحر على ثلاثة أقسام: ساحرٌ كافرٌ ادَّعى أني أخلق ما أفعله، فمتى تاب عن دعواه ذلك، ويقول: الله تعالى خالق كلِّ شيءٍ، وتبرأ منه، تُقبل توبته. والآخر ساحرٌ يسحر بالامتحان والتجربة، غير معتقدٍ به، فليس ذلك بكافرٍ. والآخر ساحرٌ يسحر وهو جاحدٌ، لا يُدرى كيف يفعل، ولا يُقرُّ به، فهذا لا يستتاب ويُقتل إذا أُخذ. قال: وكان ببغداد نصرانيان مرتدان إذا أُخذتا تابا، وإذا تُركتا عادتا إلى الارتداد، [٢٣١/أ] قال أبو عبد الله^(١): يُقتلان، ولا تُقبل توبتهما^{(٢)(٣)}.

وفي «العتابية»^(٤): (والساحرة تُضرب وتُحبس، إلا إذا فتنت^(٥) الناس بسحرها، فحينئذ تُقتل ولا تُقبل توبتها).

(١) في (أ): (عبيد الله)، والمثبت من (ب)، وهو أبو عبد الله البلخي رَحِمَهُ اللهُ. ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٧).

(٢) (توبتهما) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ) وفتاوى قاضيخان (٣/٣٩٧).

(٣) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٧)، الفتاوى التاتارخانية (٦/٤٠٥).

(٤) في (ب): (القنائية)، والمثبت من (أ)، ولعله يقصد الفتاوى العتابية وهو كتاب لا يزال مخطوطاً.

(٥) كذا في (أ)، وفي (ب): (قتلت).

وفي «الخانبة»: (الساحر إذا تاب فهو على وجوه: [١٧ب/ب] إن كان يعتقد نفسه خالقاً بما يفعل، فإن تاب عن ذلك وقال: خالق كل شيء هو الله تعالى، وتبرأ مما كان يقول، تُقبل توبته ولا يُقتل، وإن كان الساحر يستعمل السحر بالتجربة والامتحان، ولا يعتقد كذلك لا يُقتل؛ لأنه ليس بكافر، وساحرٌ يجحد السحر ولا يُدرى كيف يفعل، ولا يُقرُّ به، قالوا: لا يُستتاب، بل يُقتل إذا ثبت أنه يستعمل السحر. وذكر في بعض المواضع: والاستتابة أحوط. وقال الفقيه أبو الليث: إذا تاب الساحر قبل أن يؤخذ تُقبل توبته^(١) ولا يُقتل، وإن أخذ ثم تاب لم تُقبل توبته، ويُقتل، وكذا الزنديق المعروف الداعي، والفتوى على هذا القول^(٢).

وفي «الملتقط» قال: (الساحر الذي يُقتل ليس هو المشعوذ الذي يلعب، ولا صاحب الطلسم، ولا الذي يعتقد الإسلام، وإنها هو الذي يعتقد ما يكفر، ثم يضرُّ الناس في أزواجهم وأبدانهم بالسحر، فيقتل برِدته، ولدفع ضرره)^(٣).

وفي «البزازية»: وفي «الفتاوى»: رجلٌ يتَّخذ^(٤) لعبةً للناس، ويُفرِّق بين المرء وزوجته بتلك اللعبة، فهذا سحرٌ يُحكم بارتداده ويُقتل^(٥). قال في

(١) في (أ): (إذا تاب الساحر قبلت قبل أن يؤخذ)، والمثبت من (ب).

(٢) فتاوى قاضيخان (٣/٣٣٣-٣٣٤).

(٣) الملتقط في الفتاوى الحنفية (٢٣٥).

(٤) (يتخذ) بيض لها في (أ)، وأثبتها من (ب).

(٥) الفتاوى البزازية (٦/٤٢٧).

«الخلاصة»: هكذا ذكره القاضي مطلقاً، وهو على ما إذا كان يعتقد أن له أثراً^(١). انتهى.

وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل، وعلى هذا التقدير - أعني عدم الحكم بارتداده - فينبغي أن يكون حكمه أن يُضرب ويُحبس، حتى يُجِدَّ توبَةً.

وهل تحلُّ له الكتابة^(٢) بما يعلم أن فلاناً يتعاطى من المناكر لأبيه؟ قالوا: إن وقع في [١٨ب/أ] قلبه أن أباه يقدر على أن يُغَيِّرَ على ابنه حلَّ له أن يكتب، وإن لم يقع في قلبه لا يكتب، وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان ورعيته.

وفي «الظهيرية»: (الساحر يُقتل، إذا علم أنه ساحرٌ فقد هُدِرَ دمه، وكذا إذا^(٣) شهد الشهود، ولو أقرَّ^(٤) أنه كان ساحراً [٢٣١أ/ب] وقد ترك منذ زمانٍ يُقبل ولا يُقتل، وكذا لو ثبت ذلك بالشهود)^(٥).

(١) خلاصة الفتاوى (لوح: ٢٧٩ب).

(٢) في (أ): (الكتاب)، والمثبت من (ب).

(٣) في (ب): (إن)، والمثبت من (أ).

(٤) في (أ): (وأقر)، والمثبت من (ب).

(٥) الظهيرية (لوح: ١٨٨أ).

الفصل العاشر

في الشهادة على التعزير

وفي «القنية»: (ولو أقام مدعي الشتم شاهدين، يشهد^(١) أحدهما أنه قال له: يا فاسق، والآخر أنه قال له: يا فاجر، لا تُقبل هذه الشهادة)^(٢).

قال له: يا فاسق، ثم أراد أن يُثبت فسقه بالبيّنة ليدفع التعزير عن نفسه، لا تُسمع بيّنته؛ لأنّ الشهادة على الجرح المجرد والفسق لا تُقبل، بخلاف ما إذا قال: يا زاني، ثم أثبت زناه بالبيّنة تُقبل؛ لأنّه متعلّق الحدود، ولو أراد إثبات^(٣) فسقه ضمناً بما تصحُّ فيه الخصومة، كجرح الشهود إذا قال: رشوته بكذا، فعليه ردُّه، تُقبل البيّنة، كذا هذا، والله أعلم.

(١) (يشهد) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٢) ينظر: القنية المنية (١٣٩).

(٣) كذا في (ب)، وفي (أ): (ولو أثبت).

الفصل الحادي عشر

في الأقوال التي تُوجب التعزير

وفي «التاتارخانية»^(١): (ومن موجبات التعزير الزهد البارد. وفي اليواقيت: رُوي أن رجلاً وجد ثمرةً مُلقاةً في سوق المدينة، في زمن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فأخذها فقال: مَنْ فقد هذه التمرة؟ وهو يكرّر كلامه ويُعزِّفها، ومراده من هذا الكلام إظهار زهده وورعه وديانته للناس، فسمع عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كلامه، [١٨ ب/ب] وعرف مراده، فقال: كُلْ يا مارد! فَإِنَّهُ ورعٌ يُبغضه الله تعالى، وضربه بالدرّة)^(٢).

وفي «الواقعات»^(٣): (رجلان وقعت بينهما خصومةٌ، وهما من عرض الناس، فذهب أحدهما وأخذ خطوط الفقهاء إلى خصمه، فقال خصمه: ليس كما أفتوا، أو قال: لا يُعمل بهذا، كان عليه التعزير). كذا في «فتاوى الصغرى»^(٤).

وفي «الخنانية»: (ولو قال لا أعمل بفتوى الفقهاء، أو: ليس كما قال العلماء، فَإِنَّهُ يُعزَّر ولا يكفر)^(٥).

(١) (وفي التاتارخانية) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٢) التاتارخانية (٦/٣٩٩).

(٣) الواقعات للصدر الشهيد (ت: ٥٣٦هـ) حقق في عدة رسائل علمية في جامعة العلوم الإسلامية العالمية بالأردن.

(٤) ينظر الفتاوى الولولجية (٢/٣٥٢).

(٥) فتاوى قاضيخان (٣/٣٣٤).

وفي «الذخيرة»: (ورأيت في موضعٍ آخر: إذا جاء أحد الخصمين إلى صاحبه بفتوى الأئمة، فقال صاحبه: بئس ما أفتوا، أو قال: لا يعمل بهذا، كان عليه التعزير؛ لأنه باشر المنكر)^(١).

وفي «الحاوي القدسي»^(٢): (وإذا أخذ رجلٌ في حادثة فتوى العلماء، وجاء بها إلى خصمه، فقال الخصم: أنا لا أعمل به، أو قال: ليس كما أفتوا، وهو جاهلٌ، وذكر أهل العلم بالتحقير، وجب عليه التعزير)^(٣).

وفي «القنية»: (قال: لا أقول بفتوى الأئمة، ولا أعمل بفتواهم، [٢٣٢/أ] فهو رادٌّ على الرسول عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وإجماع الأئمة رَحِمَهُمُ اللَّهُ بتبنيهاً النصوص، فتلزمه التوبة والاستغفار. وقيل: إن لم يكن مجتهداً يُحْشَى عليه الكفر)^(٤).

وفي «البزازية»: (لو قال: الخمر حرام لكنها ليست هي هذه التي يزعمون، قال الإمام: أضربه وأنها وأعلمه بذلك، ولكن لا أكفره)^(٥).

وفيه أيضاً: (قيل لرجلٍ: أعط درهماً لمصالح المسجد، أو احضر المسجد، فقال: لا احضر المسجد ولا أعطي الدرهم، وما لي أمرٌ بالمسجد، لا يكفر،

(١) الذخيرة البرهانية (٧/٢٢٦).

(٢) (القدسي) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب).

(٣) الحاوي القدسي (٢/٣٦٢).

(٤) القنية المنية (١٤٥).

(٥) الفتاوى البزازية (٢/٤٥٤).

ولكن يُعزَّر، دَلَّ أَنَّ اللفظ إذا لم يكن / [١٩ب/ أ] كُفراً، لكن فيه ترك أدبٍ بالشرع يُعزَّر به^(١).

وفي «جامع الفصولين»^(٢): (خصمان تشاتما عند القاضي، فله حبسهما وتعزيرهما، إقامةً لحرمة المجلس، ولو فعله أحدهما بصاحبه لا يُعزَّر ما لم يطلب خصمه).

وفي «الولوالجية»: (خصمان تشاتما بين يدي القاضي، ولم ينتهيا بالنهي، فالرأي في ذلك للقاضي، إن حبسهما أو عزَّرهما فهو حسنٌ؛ لأنَّه إن ترك ذلك فربما يجترئ بذلك غيرهما اقتداءً بهما، فيذهب بذلك ماء وجه القاضي، وصيانة ذلك واجبة، وإن تركهما وعفا عنهما فحسنٌ؛ لأنَّ العفو مندوبٌ إليه في كلِّ أمرٍ).

رجلٌ يشتم الناس، إن كان مرَّةً يُوعظ حتى لا يفعل مثل ذلك، فإن كان يفعل كذلك يُحبس حتى يُجِدِّث توبَةً، وإن كان شتَّاماً ضُرب وحُبس حتى يترك ذلك^(٣).

وفي «الخلاصة» و«البزازية»^(٤): (قال المقضيُّ عليه للقاضي: أخذت الرِّشوة من خصمي فقضيت عليَّ، عزَّره).

(١) الفتاوى البزازية (٢/ ٤٥٥).

(٢) جامع الفصولين لمحمد بن إسرائيل المشهور بابن قاضي سمانونة الحنفي (ت: ٨٢٣هـ).

(٣) الفتاوى الولوالجية (٤/ ٣٩-٤٠).

(٤) الفتاوى البزازية (١/ ٥٥٣).

وفي «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد: (وإذا قدم الرجل إلى القاضي، وادّعى حقاً على رجل ليس بحاضرٍ معه، وذكر أنه امتنع عن الحضور^(١) معه، أعطاه القاضي طينةً أو^(٢) خاتماً، وقال: أراه الخاتم، وادعه إليّ، وأشهد، فإذا ذهب به الخصم وأراه ذلك، وقال: هذا خاتم القاضي، فاحضر معي إليه يوم كذا، وأشهد عليه بذلك، فإن قال: أحضر، وحضر فيها، وإن قال: لا أحضر، وشهد [٢٣٢/ب] بذلك عند القاضي شاهدان مستوران، لم يسأل [١٩/ب] عنها.

قال شيخ الإسلام شمس الأئمة الحلواني: هذا رأي صاحب الكتاب، ورُوي عن أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا مَا لَمْ يَعْدَلَا. وما رآه صاحب الكتاب أنظر للناس، وبه نأخذ؛ لأنَّ القاضي لو اشتغل بتعديلها اختفى الخصم مخافة العقوبة من القاضي، واكتفى بالمستور في هذا. فإذا شهد عنده على ذلك كتب في إحضار هذا الرجل إلى الوالي، فإذا أحضره أمر المدّعي أن يُعيد عليه الشهود على ما صنع، فإذا شهد الشهود في وجهه بردَّ الخاتم وامتناعه من الحضور عزَّره؛ لأنَّه أساء الأدب فيما صنع، فقد وجب التعزير، فيُعزَّره القاضي إمَّا بالضرب أو الصفع أو بالحبس على قدر ما يرى، أو يعبس في وجهه؛ لأنَّ القضاة اختلفوا في ذلك، فيعزَّره القاضي بما يراه تعزيراً وتأديباً له.

(١) في (أ): (الخصومة)، والمثبت من (ب) وشرح أدب القاضي.

(٢) (طينة أو) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب) وشرح أدب القاضي.

قال: وكذلك إذا أراه الخاتم، وأشهد عليه أنه يدعو إلى القاضي في وقت كذا وكذا، فسكت ولم يقل: إني أحضر، أو: لا أحضر، إلا أنه لم يحضر معه في الوقت الذي وقّت له، فهذا والأوّل سواء؛ لأنّ السكوت في موضع الجواب يكون امتناعاً لما دُعي إليه، فيصير كأنه قال: لا أحضر. وكذلك لو قال: أحضر، ولم يحضر، فهو واحد؛ لأنّه انقاد له قولاً وما انقاد له فعلاً، فكان جانباً، إلا أنّ الأوّل أشدّ وأغلظ، وهذا دونه في الجنائية، فكان دونه في استحقاق العقوبة^(١).

[٢٠ب/أ] وفي «خزانة الفقه»: (أربعة عشر نفراً يُعزّر قاذفهم ولا يُحدّ: إذا قذف عبداً، أو أمةً، أو مدبراً، أو مكاتباً، أو أمّ ولدٍ، أو صبيّاً، أو مجنوناً، أو كافراً، أو محدوداً في الزنى، أو امرأة^(٢) ملاءنةً بولدٍ، أو قذف امرأةً معها أولادٌ ولا^(٣) يُعرف لهم والدٌ، أو قال لمسلم: يا فاسق، يا خبيث، يا كافر)^(٤).

«المحيط»: (وإذا قال لغيره: يا فاجر، فعليه التعزير، وكذلك إذا قال لغيره: يا فاسق، يا خبيث)^(٥).

(١) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد (٢/٣٢٣-٣٢٦).

(٢) امرأة) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ)، وهو الموافق لما في خزانة الفقه (٣٤٧).

(٣) (ولا) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ)، وفي خزانة الفقه (٣٤٧) بدون واو (لا يعرف).

(٤) خزانة الفقه لأبي الليث السمرقندي (٣٤٦-٣٤٧).

(٥) المحيط البرهاني (٦/٤٨١)، طبعة إدارة القرآن والمجلس العلمي.

الأولى للإنسان فيما إذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه، وفي «فتح [٢٣٣/أ] القدير»: (قالوا: لو قال له: يا خبيث، الأحسن أن يكفَّ^(١) عنه، ولو رُفِع إلى القاضي ليؤدِّبه يجوز، ولو أجاب مع هذا فقال: بل أنت، لا بأس)^(٢).

وفي «الكافي»: (إذا قال لغيره: يا فاسق، وهو ليس بفاسق، أو قال: يا نخَّث، فعليه التعزير، وكذلك إذا قال له: يا ابن القحبة، أو: يا ابن الفاجرة).

وفي «التفريد»^(٣): (يا ابن الخبيثة).

وفي «الخانية»: (يا ابن القَرطَبان)^(٤).

«المحيط»: (أو قال: يا ابن الفاجرة، فعليه التعزير، ولا يكون قاذفاً لأمه، وكذلك إذا قال لغيره: يا آكل الربا، ويا شارب الخمر، التعزير، أو قال: يا فاسق، أو قال: يا خائن، ففيهما التعزير).

وفي «المنتقى»^(٥): إذا قال: يا ابن النصراني، أو: يا ابن الزاني، أو: يا ابن الفاسق، ففيه التعزير، وقال أبو يوسف: يُجَدُّ^(٦).

(١) في (أ): (أن لا يكف)، والمثبت من (ب) وفتح القدير.

(٢) فتح القدير لابن الهمام (٣٥٣/٥).

(٣) التفريد في مختصر التجريد لابن سبكتين. كشف الظنون (١/٤٢٦).

(٤) فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٥).

(٥) المنتقى في فروع الحنفية للحاكم الشهيد (ت: ٣٣٤هـ) قال في كشف الظنون: «فيه نوادر من المذهب ولا يوجد المنتقى في هذه الأعصار كذا قال بعض العلماء». كشف الظنون (٢/١٨٥١).

(٦) المحيط البرهاني (٦/٤٨١)، طبعة إدارة القرآن والمجلس العلمي.

وفي «السراجية»: (إذا قال لآخر: يا فاسق، أو: يا بليد، أو: يا آكل الربا، أو: يا شارب الخمر، أو: يا ابن الفاجرة، أو: يا سارق، أو: يا كافر، أو: يا خبيث، أو: يا فاجر، أو: يا ديوث، أو: يا قَرطَبان، أو: يا مَخْنَث، أو: يا (بي) نماز) [٢٠ب/ب] يُعزَّر، وخيار التعيين إلى الإمام^(١)^(٢). ومن شتم مسلماً، أو رفع منديله في السوق عن رأسه عُزِّر.

وفي «التهذيب»: (إذا قال لرجل مسلم: يا يهودي، أو: يا نصراني، أو: يا مجوسي، أو: يا فاسق، أو: يا فاجر، أو: يا خبيث، أو: يا آكل الربا، أو: يا شارب الخمر، أو: يا لص، وهو لا يُعرف بالصوصية، أو: يا ابن اليهودي، أو: يا ابن الفاسق، أو: يا ابن الفاجرة، أو: يا ابن الخبيثة، أو: يا ابن القحبة، أو: يا ماصّ بَطْرَ أمّه، فعليه التعزير)^(٣).

وفي «شرح مختصر الكرخي»: (قال: وإن قال لرجل: يا ماصّ بَطْرَ أمّه، وأمّه ميتة، عُزِّر)^(٤).

وفي «الأجناس»: (إذا قال: يا كافر، يا زنديق، يا لص، يا من يعمل عمل قوم لوط، أو أنت تلعب بالصبيان، يا ديوث، عُزِّر)^(٥).

(١) (وخيار التعيين إلى الإمام) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب).

(٢) الفتاوى السراجية (٢٨٢).

(٣) تهذيب الوقعات للقلانسي (لوح: ١٢٧ب).

(٤) شرح مختصر الكرخي (٢٧١).

(٥) (عُزِّر) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ)، وينظر: الأجناس للناطفي (١/٤٠١ -

٤٠٢).

«السراجية»: (لو قال: إنك مأوى الزواني، أو قال: إنك مأوى اللصوص، فعليه التعزير)^(١).

وفي «القنية»^(٢): (ولو قال لآخر: يا حرام زاده، لا يجب حدُّ القذف. قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وقد كتبت أنه لو قال ذلك الوالد لولده يجب عليه التعزير)^(٣).

وفي «البزازية»: (ولو قال: يا حرام زاده، يُعزَّره ولا يُحدُّ، وكذا لو قال لابنه، ذكره صاحب «المحيط»).

وفي «العيون»: (لو قال: يا حرام زاده، عُزِّرَ بالإجماع).

وفي «الصيرفية»: (قال: أنت مولودٌ من حرام، يجب التعزير)^(٤).

[٢٣٣/أ/ب] وفي «القنية»: (يا ضحكة، يا كَشْحَان، يا موسوس).

وفي «تجنيس الناصري»: (قال السيد الإمام الأجلُّ: لو قال: يا بغاء، يا مؤاجر، يا جيفة^(٥)، في عرفنا التعزير)^(٦).

وفي «الكفاية» للبيهقي^(٧): (قذف بالفارسية يُحدُّ؛ لأنَّ المعترف لحوق الشَّين لا اللغة).

(١) لم أقف عليه.

(٢) في (ب): (القنية فيه) والمثبت من (أ).

(٣) القنية المنية (١٣٨).

(٤) ينظر: الفتاوى الصيرفية (لوح: ١٥٤).

(٥) في (أ) و(ب): (يا حية)، والمثبت من التاتارخانية (٦/٤٠٩).

(٦) ينظر: التاتارخانية (٦/٤٠٩).

(٧) إسماعيل بن الحسين البيهقي، فقيه حنفي، له كتاب الكفاية مختصر شرح القدوري، توفي سنة (٤٠٢هـ). ينظر: الجواهر المضية (١/١٤٧)، الأعلام للزركلي (١/٣١٢).

أقول: عُلِمَ من هذا جواز^(١) [٢١ب/أ] مسألة هي أن مَنْ شتم رجلاً بالفارسية، أو بأيِّ لغةٍ كانت، يلزمه التعزير.

وفي «فتح القدير»: (والحقُّ ما قاله بعض أصحابنا إنَّه يُعزَّرُ في الكشحان، إذ قيل إنَّه قريبٌ من معنى القرطبان والديوث، والمراد به وبالقرطبان في العرف الرجل الذي يُدخل الرجل على امرأته، ومثله في عُرف ديار مصر والشام المعرَّض والقوَّاد، وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو^(٢)) ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة، واختار الهندوانيُّ أنَّه يُعزَّرُ به، وهو قول الأئمة الثلاثة؛ لأنَّ هذه الألفاظ تُذكر للشتيمة في عُرفنا^(٣).

وفي «خزانة المفتين»: (ولو قال لصالح: يا فاسق، يا فاجر، يا خبيث، يا كافر، يا سارق، يا مخنث، يا خائن، يا زنديق، يا يهوديُّ، يا قرطبان، يا من يعمل عمل قوم لوطٍ، يا لوطيُّ، يا آكل الربا، يا شارب الخمر، يا لصُّ، يا ابن القحبة، يا ابن الفاجرة، يا مأوى الزواني، يا بليد، يا قدر، يا مأوى اللصوص، يا من يلعب بالصبيان، يا حرام زاده، يجب التعزير في كلِّه. ولو قال: يا مفقوح؛ وهو المضروب في الدبر، يُعزَّر، ولا يجب الحدُّ).

وفي «الظهيرية»: (ولو قال: يا مفقوح، فإنَّه يُعزَّر، ولا يجب فيه الحدُّ في قول أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى، حتى يضيف الفعل إلى السبيل،

(١) كذا في (أ) و(ب)، ولعل الصواب: (جواب).

(٢) (هو) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب) وفتح القدير.

(٣) فتح القدير (١٢/١٦١).

وعلى قول أبي حنيفة^(١) [المضروب في الدبر]^(٢) لا يكون قذفاً بحال، وعليه التعزير؛ لأنه ألحق الشين به، والمفقوح: المضروب في الدبر^(٣).
وفي «السراج الوهاج»^(٤): (إذا قال: يا مفقوح، فإنه يُعزَّر، والفححة: حلقة الدبر)^(٥).

وفي «الأجناس»: (قال [٢١ب/ب] محمدٌ رَحِمَهُ اللهُ: قال رجلٌ لرجلٍ: يا مفقوح، يا ابن القحبة، عَزَّر)^(٦).

وفي «نوادير ابن رستم»: (لو قال: يا ماصّ كذا وكذا، يعني أنه ذكر الفحش، عَزَّر، ولو قال: يا مُرَائِي، هذا أيسر من الأول. ولو قال: يا قَرطبان، عليه التعزير؛ لأنه هو الذي يُقحم رجلاً على امرأته رجاء أن يصيب منه مالاً. وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «المجرّد»: قال رجلٌ لرجلٍ من أهل الصلاح: يا لوطي، أو: أنت تلعب بالصبيان، [٢٣٤أ/أ] عَزَّر).

(١) من قوله: (ومحمد) إلى هنا سقط من (أ)، وأثبتته من (ب).

(٢) هكذا في (أ)، و(ب) والعبارة مقحمة.

(٣) التاتارخانية (٦/٤٠٩).

(٤) السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج للعبادي. كشف الظنون (٢/١٦٣١).

(٥) قال ابن منظور: «والفَقْحَةُ: معروفة، قيل: هي حلقة الدبر، وقيل: الدبر الواسع، وقيل: هي الدبر بجمعها، ثُمَّ كَثُرَ حَتَّى سُمِّيَ كُلُّ دُبْرٍ (فححة)». لسان العرب (٢/٥٤٦)، مادة: (فحح).

(٦) الأجناس (١/٤٠١).

وفي «الملتقط»: (لو قال: يا بليد، فعليه التعزير. ولو قال: يا لوطي، فلا شيء عليه. ولو قال: يا من يعمل عمل قوم لوط، ففيه التعزير)^(١).

وفي «الجوهرة»: (ولو قال: يا لاهي، أو: يا مسخرة، أو: يا مقامر، فالظاهر أنه يُعزَّر. وإن قال: يا بليد، عُزِّر، كذا في «الواقعات». وإن قال: يا سفلة، عُزِّر. واختلفوا في السفلة، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: هو الكافر، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: هو الذي لا يُبالي بما قال وما قيل له، وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: هو المقامر واللاعب بالطنبور، وقال محمد بن سلمة: هو الذي يأتي الأفعال الدنيئة، وقال نصرٌ: هو الذي إذا دُعِيَ إلى الطعام أكل وحمل)^(٢).

وفي «خزانة الأكمل»: (قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: لو قال لرجلٍ من أهل الصلاح والمروءة: يا لصُّ، يا فاسق، يا خبيث، يا مشرك، يا زنديق، يا كافر، عُزِّرَه القاضي على ما يراه. وكذا في قوله: يا ابن الحبيثة، أو: يا ابن الفاسقة، أو: يا ابن اللصَّة، أو: يا ابن الزانية، وكانت أمُّه أمةً أو ذميمةً. أو قال لنصرانيٍّ: يا ابن اللصَّة، أو: يا ابن الفاسقة، أو: يا ابن الزانية، أو شبه [٢٢ب/أ] هذا، عُزِّر وأدب. أمَّا لو كان رجلٌ ماجنٌ فقال له: يا ماجن، يا فاسق، أو: يا لصُّ، أو: يا فاجر، لم يُعزَّر. فإن قال له: يا زنديق، أو: يا مشرك، أو: يا يهوديٍّ، عُزِّر. أو قال لمستورٍ: يا شارب الخمر، عُزِّر. وكذا

(١) الملتقط في الفتاوى الحنفية (٢٤٠).

(٢) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١٦٢/٢).

في قوله: يا خائن، يا مأوى الزواني، أو: يا مأوى اللصوص، وأشباه ذلك، عَزَّر. وإن شتم اثنين أو ثلاثة يزيد في التعزير على ما يراه الإمام^(١).
وفي «البرزانية»: (وذكر ظهير الدين: قال لأجنبية: يا روسبي، يجب الحد).

وفي الزيلعي: (ولو قال للمرأة: يا قحبة، وهي لا تكون همتها ذلك الفعل، يُعزَّر)^(٢).

وفي «الحاوي القدسي»: (ومن قذف أمة أو عبداً أو ذمياً بالزنا، أو قذف مسلماً بغير الزنا فقال: يا كافر، أو: يا فاسق، أو: يا حمار، أو: يا لوطي، أو: يا مخنث، أو: يا خبيث، أو: يا ديوث، أو: يا قرطبان، أو: يا قرنان،^(٣) أو: يا فاجر، أو: يا قدر، أو: يا مسخرة، أو: يا سخرة، أو: يا ضحكة، أو: يا مقامر، أو: يا ولد الزنا، عَزَّر، وإذا قذف بالتعريض يجب التعزير)^(٤).

وفي «خزانة الأكمل»: [٢٣٤/أ/ب] (وفي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في قوله: يا خنزير، يا حمار، عَزَّر. وفي «نوادير ابن رستم»: في قوله: يا ماص كذا وكذا، ذكر الفحش، عَزَّر. وفي «نوادير هشام» عن محمد رحمه الله: في قوله: يا ابن القحبة، عَزَّر. ولو قال: يا قرطبان، عَزَّر، ولو قال: يا جيفة، أو: يا ديوث، أو: يا مخنث، عَزَّر، وكذا في قوله: يا سفية، وفي «الآثار»

(١) خزانة الأكمل (٢/٢٠٧-٢٠٨).

(٢) تبين الحقائق (٩/١٠١).

(٣) (أو يا قرنان) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب)، ومن الحاوي القدسي (٢/٢٦١).

(٤) الحاوي القدسي في فروع الحنفية (٢/٣٦١-٣٦٢).

عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لو قال لغيره: يا بغل^(١)، أَنَّهُ يُحَدُّ؛ لَأَنَّهُ بَلُغَةٌ عَمَانَ: يا زاني^(٢).

وفي «الأصل»: (إذا قال له: يا يهودي، يا نصراني، يا ابن النصراني)^(٣).
وفي «الذخيرة»: [٢٢ب/ب] (يا ابن اليهودي، لا بدَّ فيه من التعزير)^(٤).
وفي «الحنانية»: (وكذا لو قال: يا عابد الوثن، يا مجوسي، يا ابن المجوسي، لا حدَّ عليه)^(٥).

وفي «القنية»: (ولو قال: يا طولم كجي^(٦)؛ في عالم، إن قاله في الخصومة استخفافاً به بنية الاستهانة والشتم يُعزَّر، ولو قال مكانه حكايةً بحالٍ لا يُعزَّر. قال: يا منافق، أو: أنت منافق، يُعزَّر. غلامٌ مراهقٌ شتم عالماً فعليه التعزير. ولو قال لآخر: يا حرام زاده، يُعزَّر)^(٧).

وفي «الفتاوى الوفاية»: (سُئِلَ عن ذمِّيٍّ إذا قذف ذمياً مثله هل يُحدُّ؟ أجاب: لا يُحدُّ بسبب القذف، ولكن يُؤدَّب).

(١) كذا في (أ)، وفي (ب): (مقل)، وفي خزانة الأكمل (٢/٢١٧): (يا رمك).

(٢) ينظر: خزانة الأكمل (٢/٢١٧).

(٣) الأصل لمحمد بن الحسن (٧/٢١٨).

(٤) الذخيرة البرهانية (٦/١٤٣).

(٥) فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٤).

(٦) كذا في (أ)، وفي (ب): (تولم كجي)، ولم يتبين لي معناها.

(٧) القنية المنية (١٣٨).

وفيها أيضاً: (سئل عن يهوديٍّ قذف يهودياً بالزنى، هل يلزمه حدُّ القذف أم لا؟ أجب: لا يلزمه حدُّ القذف، وإنما يلزمه التعزير).

وفي «الفتاوى القارئية»^(١): (سئل عن شخصٍ شقيٍّ قال في العشر الأخير من شهر^(٢) رمضان: لعن الله هذه الليالي المباركة؟ أجب: يُعزَّر تعزيراً بليغاً؛ لأنَّه استهان ما عظَّمه الشرع^(٣)).

وسئل عن شخصٍ تخاصم مع آخر، فقال: أنا أخلي هذا البلد وأسافر. فقال خصمه: مات رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وما افتقرت الدنيا إليه، فما يجب على هذا، هل تقبل توبته؟ أجب: هذا خطأ من قائله، وجهالةٌ بمقدار النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهو قريبٌ من الكفر إن لم يكن كفراً، [٢٣٥/أ] ويحتاج قائله إلى التعزير البليغ^(٤) لينزجر عن التكلم بمثل هذا الكلام).
وفي «الحنانية»: (وكذا المسلم إذا شتم الذمِّيَّ يُعزَّر)^(٥).

(١) المراد فتاوى قارئ الهداية، لسراج الدين عمر بن علي بن فارس الكناني الحنفي الشهير بقارئ الهداية (ت ٨٢٩هـ).

(٢) (شهر) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب).

(٣) كذا في (أ)، وفي (ب): (الشارع).

(٤) كذا في (أ)، وفي (ب): (تعزير بليغ).

(٥) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٦).

الفصل الثاني عشر

في الأقوال التي لا تُوجب التعزير^(١)

وفي [٢٣ب/أ] «النصاب»: (التعريض بالشتم وغيره لا يُوجب التعزير)^(٢).

(وفي «المتقى»: ولو قال: يا حمار، أو: يا ثور، أو: يا خنزير، «تجنيس خواهر زاده»، أو: يا ابن الحمار، فلا شيء في ذلك. ولو قال: يا كلب، لم يُعزَّر. هكذا ذكر في «الأصل». وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني كان يقول: في عُرف ديارنا يُعزَّر. قال شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي أنه [لا] ^(٣) يُعزَّر. [وفي] ^(٤) «المضمرات»: روي عن أبي جعفر الفقيه الهندواني (١) قال الحصكفي في ضابط ما يُعزَّر به: «أنه متى نسبه إلى فعل اختياري محرم شرعاً ويُعدُّ عاراً عرفاً يُعزَّر، وإلا لا». الدر المختار (٢٤١/٤-٢٤٢).

وقال اللكنوي: «اعلم أنَّ الألفاظ الدالة على القبائح لا تُعدُّ ولا تُخصى، فالواجب أن يُدكَر لها ضابط يُعرف به أحكام جميعها... فإن نسبه إلى فعل اختياري محرم في الشرع، ويُعدُّ عاراً في العرف، يجب التعزير، وإلا لا، إلا أن يكون تحقيراً للأشراف وإنما قلنا: إلى فعل اختياري؛ احترازاً عن الأمور الخلقية، فلا تعزير في: يا حمار؛ لأنَّ معناه الحقيقي غير مراد، بل معناه المجازي، كالبليد مثلاً، وهو أمرٌ خلقي، وكذا: القرد: يرادُ به قبيح الصورة، والكلب: يرادُ به سيء الخلق، إلا أن يُقال للإنسان شريف النفس كعالم، أو علوي، أو رجل صالح، فإنهم أهل الإكرام، فيُعزَّرُ بإهانتهم بخلاف الأردال إذ يتفهون بأمثال هذه الكلمات كثيراً، ولا يبالون من أن يُقال لهم». عمدة الرعاية (٥٠٩/٥-٥١٣).

(٢) لم أقف عليه في نصاب الاحتساب، وينظر في المسألة: المبسوط (١٢٥/١٠)، فتح القدير (٣٠١/١٣).

(٣) (لا) سقطت من (أ) و(ب)، وأثبتها من المبسوط للسرخسي (١٢٠/٩).

(٤) إضافة من كتاب التاتارخانية؛ حيث النص منقول منه والسياق يقتضيه.

أنه قال: إنما لا يُعزَّر إذا قال هذا لواحدٍ من عَرَضِ الناس، فأما إذا قال ذلك لرجلٍ ذي خطرٍ فإنه يُعزَّر. وفي «الكافي»: وهذا أحسن^(١).

وفي «السراجية»: (لو قال: يا أبله، يا ناكس، لا يجب شيءٌ، وكذا إذا قال: يا كلب، يا تيس، يا قرد، ولو قال: يا مسخرة، يا ضحكة، يا مقامر، ذكر الإمام الناطفي أنه لا يجب التعزير، وقال حسام الدين: يجب)^(٢).

وفي «التهذيب»: (ولو قال: يا حمار، أو: يا ثور، أو: يا ابن الحمار، لا يُعزَّر)^(٣).

«المضمرات»: (قال بعضهم: من قال لآخر: يا كافر، لا يجب التعزير ما لم يقل: يا كافر بالله؛ لأنَّ الله تعالى سمَّى المؤمن كافراً بالطاغوت، فقال: ﴿فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ﴾ [البقرة: ٢٥٦]، فيكون محتملاً)^(٤). أقول: فيه نظر؛ لأنَّ الاحتمال لا ينافي التعزير.

وفي «الأجناس»: (إذا قال له: يا كلب، يا قرد، يا تيس، يا ذئب، يا بقر، يا حية، يا ابن الحجاج، وأبوه ليس كذلك، لا يُعزَّر)^(٥).

(١) ينظر: جامع المضمرات والمشكلات (٤٣٣)، الفتاوى التاتارخانية (٦/٤٠٨-٤٠٩).

(٢) ينظر: الفتاوى السراجية (٢٨٢).

(٣) ينظر: تهذيب الوقعات (لوح: ١٢٧ ب).

(٤) كذا في (ب)، وفي (أ): (مجملاً)، جامع المضمرات (٤٣٢).

(٥) ينظر: الأجناس (١/٤٠١-٤٠٢).

وفي «الحاوي»: (إذا قال: يا ولد الحرام، يا عيَّار، أو قال: يا ابن الأسود، وأبوه ليس كذلك^(١))، أو قال: يا حَجَّام، يا رُسْتاقِي! وهو ليس كذلك، يا مُقعد، يا مؤاجر، يا مقامر، يا ناكس، يا منكوس، يا مسخرة، لا يُعزَّر).

وفي [٢٣ب/ب] «التجنيس»^(٢): (لو قال له: يا أبله، أو: يا ناكس، أو: يا لا شيء، أو: يا مأبون^(٣))، لا يجب عليه التعزير^(٤)؛ لأنَّه ما قذفه بمعصية، ولأنَّه ما ألحق الشين به، وكذلك لو قال: يا كلب، يا خنزير، أو: يا حمار، أو: يا تيس، أو: يا قرد، أو: يا ذئب؛ لأنَّه ما قذفه بمعصية، ولأنَّه ما ألحق الشين به؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ^(٥) يعلم أنَّه [٢٣٥أ/ب] كاذبٌ، بل ألحق الشين بنفسه حيث كذب، وكذلك لو قال: يا مسخرة، أو: يا ضحكة، أو: يا مقامر. هكذا^(٦) ذكر هنا، والظاهر أنَّه يجب.

ولو قال: يا بليد، أو: يا قدر، يجب فيه التعزير؛ لأنَّه قذفه بمعصية، ولأنَّه ألحق الشين به^(٧).

(١) كذلك سقطت من (ب).

(٢) التجنيس والمزيد للمرغيباني (ت ٥٩٣هـ) والكتاب لا يزال مخطوطاً.

(٣) في (أ) غير واضحة، ويبيِّن لها في (ب)، والتصويب من التجنيس (لوح: ١٤٥ب). والمأبون هو: الذي لا يقدر على ترك أن يؤتى في دبره. ينظر: البحر الرائق (٥/٥٠)، حاشية ابن عابدين (٤/٧٢).

(٤) هكذا في المخطوط، وفي التجنيس (لوح: ١٤٥ب) (الحد).

(٥) كذا في (أ)، وفي (ب): (أحد).

(٦) كذا في (ب)، وفي (أ): (هذا)، والمثبت موافق لما في التجنيس (لوح: ١٤٥ب).

(٧) التجنيس والمزيد (لوح: ١٤٥ب).

وفي «فتح القدير»: (وفي «فتاوى قاضيخان» في يا كلب: لا يعزّر. قال: وعن الفقيه الهندواني أنّه يُعزّر؛ لأنّه يُعدُّ شتيمةً. ثم قال: والصحيح أنّه لا يُعزّر؛ لأنّه كاذبٌ قطعاً، انتهى^(١). وفي «المبسوط»: فإنّ العرب لا تعدّه شتيمةً، ولهذا يُسمّون بكلب وذئب^(٢). وذكر قاضيخان عن «أمالي^(٣)» أبي يوسف في يا خنزير، ويا حمار، يُعزّر. ثم قال: وفي رواية محمد: لا يُعزّر، وهو الصحيح^(٤). والمصنّف استحسّن التعزير إذا كان المخاطب من الأشراف، فتحصّلت ثلاثة مذاهب: [المذهب^(٥)] وهو ظاهر الرواية: لا يُعزّر مطلقاً، ومختار الهندواني أنّه يُعزّر مطلقاً، والفصل بين كون المخاطب من الأشراف، فيُعزّر قائله، أو لا فلا. ويُعزّر في مقامر، وفي قدر، قيل: وفي بليد، وأنا أظنُّ أنه يشبه يا أبله، ولم يعزّروا به^(٦)).

وفي «خزانة المفتين»: (ولو قال: يا حمار، يا خنزير، يا كلب، يا تيس، يا قرد، يا مؤاجر، [٢٤ب/أ] يا بغاء، يا ولد الحرام، يا عيّار، يا منكوس، يا أبله، يا مسخرة، يا ابن الحجّام، أو: يا ابن الأسود، وليس أبوه كذلك، يا ناكس، يا رستاقّي، يا مغفل، يا مقامر، يا موسوس - بكسر الواو-، يا لا شيء، يا منتوف، لا يُعزّر. ولو قال لفاسق: يا فاسق، أو لشارب: يا شارب، أو لظالم: يا ظالم، لا يجب شيء^(٧)).

(١) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٧).

(٢) ينظر: المبسوط (٩/٢١٠).

(٣) (أمالي) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب) وفتح القدير.

(٤) ينظر: فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٧).

(٥) (المذهب) ليست في (أ) و(ب)، ووقع في فتح القدير: (ثلاثة: المذهب)، فلعل الصواب ما أثبت.

(٦) ينظر: فتح القدير (١٢/١٦١-١٦٢).

وفي «نوادر أبي يوسف» رَحِمَهُ اللهُ رواية علي بن [الجعد]^(١): (لو قال: يا ابن البظراء، أو: يا ابن العفلاء، يا لوطي، لا يُعزَّر إلا أن يقول له: يا من يعمل عمل قوم لوط، فيُعزَّر).

وفي «العتابية»: (لو قال لفاسق: يا فاسق، أو لشارب: يا شارب، أو لظالم: يا ظالم، لا يجب شيء، ولو قال لأعمى: يا أعمى في غيبته، وإن قال في وجهه وهو يغيظ فهو جفاء؛ لأنه بغير اختياره، بخلاف ما حكى منه بعض الرواة^(٢) عن الأعمش، عن الأعرج، عن الأخصب؛ لأنهم رضوا بذلك، [٢٣٦/أ] ولم يغيظوا، أو عرّفوا أنفسهم بذلك).

وفي «الحاوي القدسي»: (وإن قال: يا حمار، أو: يا خنزير، أو: يا كلب، أو: يا أحرق، أو: يا أبله، أو: يا تيس، أو: يا قرد، أو: يا بقر، أو: يا ذئب، أو: يا دب، لا يُعزَّر. وكذا كلُّ سبٍّ عاد سبُّه إلى السابِّ^(٣)، فإن عاد السبُّ فيه إلى المسبوب ولا يبلغ قدر الحدِّ يُعزَّر فيه على قدره، وعلى قدر السابِّ والمسبوب^(٤)).

وفي «الروضة»: (لو قال: يا شيخ، أو: يا لا أحد، لا يجب التعزير. وإن قال: يا مولك، لا شيء عليه؛ لأنه لا يُعرف تأويله).

(١) في (أ): (رواية عن علي بن الحصير)، وفي (ب): (رواية علي بن الجعبر)، والصواب ما أثبت.

(٢) كذا في (ب)، وفي (أ): (الروايات).

(٣) كذا في (ب)، وفي (أ) هنا: (السبب)، وفي الموضع الثاني: (الساب) مثل (ب).

(٤) ينظر: الحاوي القدسي (٣٦١).

وفي «خزانة الأكمل»: (لو قال: يا رُستاقِي، يا مؤاجر، أو: يا سحاقة، أو: يا قواد، أو: يا ابن الأسود، لا يعزر. وكذا في قوله: ولد الحرام، [٢٤ب/ب] يا عيَّار، أو: يا مقامر، فإنَّ أبا يوسف قال باللعب بالشطرنج، وكذا في قوله: يا ناكس، أو: يا منكوس، أو: يا مسخرة، أو: يا ضحكة، أو: يا مسرف، أو: يا كشحان، أو: يا قرنان، أو: يا موسوس)^(١).

وفي «التتمة»: (وسئل عليُّ بن أحمد: رجلٌ يلعب بالشطرنج كلَّ لعبٍ شرطاً أو شرطين، هل يستحق التعزير؟ أجاب: هو قمار، فلا يجوز).

وفي «شرح الطحاوي» للوبري: (ومن قال لعربيٍّ: يا نبطيُّ، أو قال لمصريٍّ: يا رُستاقِي، فلا يجب عليه التعزير، أو قال لروميٍّ: يا فارسيُّ، أو قال لتركيٍّ: يا هنديُّ، أو: يا سيقلاني^(٢)، أو قال: يا زنجيُّ، أو ما أشبه ذلك، فلا حدَّ عليه، ولا يعزر؛ لأنَّ كذبه في لفظه ظاهرٌ. ومن قال لرجلٍ: يا ابن الخياط، وأبوه ليس بخياطٍ، لم يصر قاذفاً؛ لأنَّه لم يقطع نسبه من أبيه، ولكنه سَمَّاه خياطاً، فيكون كاذباً، وكذلك لو قال: يا ابن الأقطع، يا ابن الأعور، أو: يا ابن الأسود، وأبوه ليس كذلك، فلا يجب عليه حدٌّ ولا تعزيرٌ؛ لأنَّه كذبٌ صريحٌ^(٣). وإذا قال لفاسقٍ: يا فاسق، أو قال للصبِّ^(٤): يا لصبٍّ وهو كذلك^(٥)، فلا شيء عليه)، والله تعالى أعلم.

(١) خزانة الأكمل (٢/٢١٧).

(٢) كذا في (ب)، وفي (أ): (سيقلاني).

(٣) كذا في (أ)، وفي (ب): (صراح).

(٤) (للص) من (ب)، وليست في (أ).

(٥) (وهو كذلك) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ).

الفصل الثالث عشر

في الأفعال التي تُوجب التعزير

ومن موجباته: كتابة الصكوك والخطوط بالتزوير. ومنها: الممازحة في أحكام الشريعة، كذا في «التاتارخانية»^(١).

وفي «الملتقط»: (وَحُكِيَ أَنَّ قَاضِيًا سَأَلَ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ حَائِكًا، فَقَالَ: تَلَزَمَهُ إِجَانَةٌ مِنَ الْبَيْتِ، [٢٣٦ أ/ب] فَأُتِيَ بِهِ الْمَأْمُونُ، فَقَالَ: مَا زَحْتَهُ، فَقَالَ: وَيْحَكَ! أَتَهْرَأُ^(٢) [٢٥ ب/أ] بِأَحْكَامِ اللَّهِ تَعَالَى؟! ثُمَّ ضُرِبَ حَتَّى مَاتَ تَحْتَ السَّيَاطِ. وَقَالَ الْفَقِيه أَبُو الْلَيْثِ: يَكْفِيهِ أَنْ يُعْزَّرَهُ)^(٣).

وفي «التاتارخانية»: (ومما يُوجب التعزير ما ذكره ابن رستم عن محمد رَحْمَةُ اللَّهِ فِيْمَنْ قَطَعَ ذَنْبَ بَرْدُونٍ، أَوْ حَلَقَ شَعْرَ جَارِيَةٍ. وَفِي جَنَايَاتِ «الذخيرة»: ومنها^(٤): لو أكره السلطان رجلاً على قتل مسلمٍ بغير حقٍّ، وأوعده بقتلٍ إن لم يقتله، فقتله، فالقصاص على السلطان، والتعزير على القاتل عند أبي حنيفة ومحمد رَحْمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى)^(٥).

(١) ينظر: التاتارخانية (٦/٣٩٨).

(٢) في (أ)، و(ب): (استهزاء)، والمثبت من الملتقط في الفتاوى الحنفية (٢٤٤).

(٣) ينظر: الملتقط في الفتاوى الحنفية (٢٤٤).

(٤) كذا في (ب)، وفي (أ): (ما).

(٥) ينظر: التاتارخانية (٦/٣٩٩).

وفي «الظهيرية»: (ولو كان الإكراه بوعيد حبس أو قيد أو حلق لحية لا يكون إكراهاً، فإن قتل المسلم يُقتل القاتل قصاصاً، ولا يُقتل الأمر؛ لعدم الإكراه، بل يُعزَّر)^(١).

(ومنها: ما إذا أكره الرجل غيره على الزنى فزنى، يجب على الذي أكرهه التعزير، وعلى الزاني الحدُّ على قول محمدٍ وزفر رَحِمَهُمَا اللهُ، وهو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، ثم رجع وقال: لا يجب الحدُّ؛ للشبهة، ولكن يُعزَّر، ويجب العُقْر)^(٢). من «الكفاية» في الإكراه.

وفي «الذخيرة» و«الجامع الأصغر»: (رجل دفع امرأة بكرًا أجنبيةً فسقطت، وذهبت عذرتها، فعليه مهر المثل في ماله، والتعزير، ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة)^(٣).

(وإن سأل سائل: إنَّ المحتسب إذا أخذ بعض البغايا، وأمر^(٤) بالتعزير عليهنَّ ربِّياً تنكشف رؤوسهنَّ أو ذراعهنَّ أو قدمهنَّ، فهذا منكرٌ آخر.

الجواب عنه: ما رُوي أنَّ^(٥) عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بلغه عن نائحةٍ في ناحية المدينة، فأتاها حتى هجم عليها وهي في منزلها، وضربها بالدرَّة [٢٥ب/ب] حتى سقط خمارها، فقيل له: يا أمير المؤمنين! إنَّ خمارها قد سقط، فقال: «إنَّه لا حرمة لها في الشريعة».

(١) ينظر: الفتاوى الظهيرية (٩٢٠).

(٢) ينظر: الفتاوى التاتارخانية (٣٩٩/٦).

(٣) ينظر: الذخيرة البرهانية (١٧٥/٦).

(٤) كذا في (ب)، وفي (أ): (لو أمر)، وهو المثبت في نصاب الاحتساب (١٣٦).

(٥) في (أ): (ابن) تصحيف، والمثبت من (ب).

معناه: أنها اشتغلت بما لا يحلُّ لها في الشريعة، فأسقطت بما صنعت حرمة نفسها، والتحقت بالإماء.

والدليل عليه: ما رُوي عن أبي بكر الأعمش أنه خرج إلى بعض الرساتيق، وكان النساء على شطِّ نهرٍ كاشفات الرؤوس، فذهب أبو بكر الأعمش وجعل يخالطهن، ولا يتحامى عن النظر إليهنَّ، ف قيل له: كيف فعلت هذا؟! فقال: «إنَّه لا حرمه لهنَّ، وأنا أشكُّ [٢٣٧/أ] في إيمانهنَّ»^(١) فكأنَّه بلغه هذا الحديث.

ومن^(٢) هذا الحديث قالوا: لا بأس بالهجوم إلى بيت المفسدين إذا سمع صوت الفساد؛ لأنَّ صاحب الدار لما أسمع صوت الفساد من داره، فقد أسقط حرمه داره، فلا بأس بالدخول فيها بغير إذن صاحبها^(٣)، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما فعل عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ببيت القرشيِّ والثقيِّ، جوَّز عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ الهجوم، وأصحابنا قالوا: إنَّ في الهجوم هتك ستر المسلم، وهتك حرمه محارمه، وذلك لا يجوز.^(٤) كذا في «شرح أدب القاضي للخفاف».

(١) ينظر: نصاب الاحتساب (١٣٦-١٣٧).

(٢) كذا في (ب)، وفي (أ): (وعن).

(٣) (صاحبها) بيِّض لها في (ب)، والمثبت من (أ).

(٤) ينظر: شرح أدب القاضي للخفاف (٢/٣٤١-٣٤٢).

وفي «البرزازية»: (ويروى أن الفقيه أبا بكر البلخي خرج إلى الرستاق، وكان النساء على شطّ النهر كاشفات الرؤوس والذراع، فقيل له: كيف فعلت؟ فقال: لا حرمة لهنّ، إنّما أشكُّ في إيمانهنّ، كلهنّ حريّات^(١)).

(فإن رأى المحتسب رجلاً مع امرأة [٢٦ب/أ] يتحدّثان في الطريق، فماذا يصنع بهما؟)

الجواب: روي أن عمر رضي الله تعالى عنه رأى رجلاً مع امرأة يتحدّثان في الطريق، فعلاهما بالدرة، فقال الرجل: هي امرأتي، فقال: لو كانت امرأتك فلم لا^(٢) تدخلها في بيتك؟! ثم ندم عمر رضي الله عنه على ضربهما، وتفكّر في ذلك، وجاء إلى أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه فألقاه وسأده، فقال عمر رضي الله تعالى عنه: لم^(٣) أحضر لهذا، وإنما جئتك لتفتح عليّ عقدة في قلبي، فقال: لا تلمني يا أمير المؤمنين، فإنّي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «من دخل عليه أخٌ مسلمٌ فألقى وسأده غفر الله تعالى لهما جميعاً قبل أن يجلس عليهما»، ثم قال عمر رضي الله تعالى عنه: إني رأيت رجلاً مع امرأة يتحدّثان في الطريق، فضربتهما بالدرة، فقال الرجل: هي امرأتي، فقدمت على ذلك، فقال: يا أمير المؤمنين! أنت مؤدّب المسلمين، والواجب عليك أن تحفظ المسلمين في الطريق، فلو كانت امرأته فلم لا^(٤) أدخلها في البيت! ففرح بذلك عمر رضي الله تعالى عنه، ثم جعل أبي رضي الله تعالى عنه يبكي، فقال له

(١) ينظر: الفتاوى الهندية (١٢/٥٣١٧).

(٢) (لا) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٣) (لم) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٤) (فلم لا) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

عمر رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ: [٢٣٧/أ/ب] إِنَّمَا جِئْتُكَ لَتَفْرَجَ عَنِّي، فَلِمَ تَبْكِي؟ قَالَ: تَذَكَّرْتُ حَدِيثًا سَمِعْتَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «إِذَا اجْتَمَعَ الْأَوْلُونَ وَالْآخِرُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، يَأْتِي الْإِسْلَامَ بِأَحْسَنِ صُورَةٍ، يَقُولُ: أَعَزَّكَ اللَّهُ [٢٦/ب/ب] يَا عَمْرُ كَمَا أَعَزَّتَنِي»، قَالَ فَسَجَدَ عَمْرُ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ، وَأَعْتَقَ سَبْعَ رِقَابٍ شُكْرًا لِلَّهِ تَعَالَى. مِنْ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ مِنْ «الْكَفَايَةِ»^(١).

وفي «خزانة الأكمل»: (ولو احتال المحبوس للهرب، أو طلب إلى^(٢) العمَّال ليُخرجوه، قال محمدٌ: يحسن أن يُؤدِّبه بالسوط حتى ينتهي عن ذلك)^(٣).

وفي «الفتاوى الكبرى»: (المحبوس في السجن إذا احتال للخروج بالهرب، أو يسأل العمال أن يخرجوه، فيحسن للقاضي أن يؤدِّبه بالسياط لينتهي عن ذلك).

وفي «فتاوى القارئية»: (سُئِلَ عَنْ^(٤) شَخْصٍ خَرَجَ مِنْ عِنْدِ الْقَاضِي فِي التَّرْسِيمِ مَعَ رَسُولٍ عَلَى حَقٍّ شَرْعِيٍّ، وَذَهَبَ مَعَ الرَّسُولِ لِيَرْضِي خَصْمَهُ بِالدَّفْعِ، أَوْ بِالسَّجْنِ، فَحَضَرَ الرَّسُولُ أَوْ ادَّعَى هُرُوبَهُ مِنْهُ، وَلِلرَّسُولِ بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ، فَهَلْ يَلْزَمُ الرَّسُولَ بِالْمَبْلَغِ؟ وَهَلِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي هُرُوبِهِ أَمْ لَا؟ أَجَابَ:

(١) ينظر: نصاب الاحتساب (١٣٨-١٣٩).

(٢) كذا في (أ)، وفي (ب): (من).

(٣) ينظر: خزانة الأكمل (١١٧/٤).

(٤) (عن) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

إذا هرب الغريم من الرسول وعجز عنه، القول قول الرسول في ذلك، ولا ضمان عليه، لكن إذا لم يعلم هروبه إلا بقوله يؤدّبه على التفريط فيه^(١). وفي «الظهيرية»: (سئل محمدٌ عن رجل يُوجد في بيته الخمر، وهو فاسقٌ، أو يُوجد القوم مجتمعين عليها، ولم يرههم أحدٌ^(٢) يشربون، غير أنهم جلسوا مجالس من يشربها، هل يُعزّر؟ قال: نعم؛ لأنّ الظاهر أنّ الفاسق أعدّ الخمر للشرب، وأنّ القوم مجتمعين عليها لإرادة الشرب، ولكن بمجرد الظاهر لا يتقرّر السبب على وجه لا شبهة فيه، فلا يمكن إقامة الحدّ عليهم، والتعزير مما يثبت مع الشبهات، فلهذا يُعزّرون. [٢٧ب/أ] وكذلك الرجل تُوجد^(٣) معه ركوة من خمر، والركوة معروفة زُقيق للشراب، وقد كان بعض العلماء يقول في عهد أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: يُقام عليه الحدُّ كما يُقام على الشارب؛ لأنّ الذي سبق إلى وهم كلِّ أحدٍ أنّه يشرب بعضها، ويقصد الشرب فيما بقي معه منها، إلا أنّه حُكي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى أنّه قال لهذا القائل: لم تحدّه؟ قال: لأنّ معه آلة الشرب والفساد، فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: فارجه إذا^(٤) فإنّ معه آلة الزنى).

وهذا [٢٣٨أ/أ] بيان أنّه لا يجوز إقامة الحدِّ بمثل الظاهر.

(١) فتاوى قارئ الهداية (١٨٥).

(٢) (أحد) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٣) (توجد) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٤) (فارجه إذا) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب).

وفي «الملتقط»: (وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ كان في المدينة، فرأى جماعةً، فسألهم، فقالوا: وُجد مع رجل^(١) رِكوة خمرٍ، فأرادوا أن يقيموا الحدَّ عليه، فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: وجدوا معه آلة الزنا، فهلَّا رجموه! فتركوه)^(٢).

وفي «الخانية»: (قومٌ يشربون النبيذ، فأُتي بهم، فسُكر البعض دون البعض، فشهد عليهم الشهود، فمن كان منهم سكران يُجس حتى يصحو، ثم يُقام عليه الحدُّ، ومن لم يكن سكران لا حدَّ عليه، ولكنه يُعزَّر)^(٣).

وفي «التتمة»^(٤): (يُضرب المسلم ببيع الخمر ضرباً وجيعاً، بخلاف الذمِّي)^(٥).

وفي «الخانية»: (وكذا المقيم إذا أفطر في رمضان متعمداً يُعزَّر، ويُجس بعد ذلك إن كان يخاف عوده إلى الإفطار ثانياً، وكذا المسلم ببيع الخمر أو يأكل الربا ولا يرجع عنه، فإنه يُعزَّر ويُجس، وكذا المغني والمخنث والنائحة يُعزَّر ويُجس حتى يتوب أو يُحدث توبة)^(٦).

وفي «فتح القدير»: [٢٧ب/ب] (والمفطر في رمضان يُعزَّر ويُجس)^(٧).

(١) زاد في (ب): (منهم)، وليست في (أ)، ولعلها زائدة.

(٢) الملتقط في الفتاوى الحنفية (٢٣٦).

(٣) فتاوى قاضيخان (٣/٩٢).

(٤) في التاتارخانية (اليتيمة).

(٥) التاتارخانية (٦/٤٠٤).

(٦) فتاوى قاضيخان (٣/٩٢).

(٧) فتح القدير (٥/٣٥٣).

وفي «البزازية»: (من أكل في رمضان بشهرة عياناً متعمداً يؤمر بقتله، لأن^(١) صنعه دليل الاستحلال)^(٢).

وفي «الحاوي»: (وعن أبي يوسف في الذي يبيع الخمر ويشربه ويترك الصلاة: أحبسه وأضربه ثم أخرجته، ومن يُتَّهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإنِّي أحبسه وأخلده في الحبس إلى أن يتوب)^(٣).

وفي «البزازية»: (زنى في رمضان، وادّعى شبهةً، سقط الحد^(٤))، وعُزِّر، ولا يُحبس المسلم الذي يبيع الخمر أو يأكل الربا، يُعزَّر، والمخنث والنائحة والمغنية يعزَّرون ويُحبسون حتى يتوبوا).

وفي «روضه الناطفي»: (إذا امتنع المظاهر من التكفير حبسه القاضي حتى يُكفَّر أو يُطلَّق، وللسلطان منعه من غشيانها حتى يُكفَّر، فإن امتنع من التكفير ضربه).

وفي «الخانبة»: (ولو أمر القاضي بالقسم والتسوية، فجار، فرافعته^(٥) إلى القاضي، أوجعه القاضي عقوبةً؛ لارتكابه المحذور، ويأمره بالعدل).

وفي «التاتارخانية» و«السراجية»: (إذا كان له [٢٣٨/أ/ب] امرأة أراد أن يتزوَّج أخرى، وخاف أن لا يعدل بينهما، وسعه ذلك، والامتناع أولى،

(١) في (ب): (إذن)، والمثبت من (أ).

(٢) في (أ): (الاستحسان)، والمثبت من (ب) والفتاوى البزازية.

(٣) التاتارخانية (٦/٤٠٥).

(٤) (الحد) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ).

(٥) في (أ): (فجاء مرافعة)، تصحيف، والمثبت من (ب).

ويؤجر بترك إدخال الغمّ عليها، وإذا أقام عند إحدى امرأته شهراً ليس للثانية أن تطلب أن يقيم عندها شهراً، لكن يسوي بينهما في المستقبل، ويُعزَّر بما صنع^(١).

وفي «العتابي»: (فإن عاد للجور بعدما نهاه القاضي، أوجعه عقوبةً، وأمره بالعدل؛ لأنه ارتكب ما [٢٨ب/أ] هو حرامٌ عليه، فيُعزَّر في ذلك، ويؤمر بالعدل).

وفي «المحيط البرهاني»: (روى هشامٌ عن محمدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ [قال^(٢)]: أجبِر المظاهر على أن يكفّر، وإن لم يفعل حبسته، وإن لم يفعل ضربته، وأحبسه بالدين ولا أضربه، وأنا أجبِر الزوج على التكفير)^(٣).

وفي «الخنانية»: (رجل أخذ غريباً له، فجاء إنسانٌ وانتزعه من يده حتى هرب الغريم، فإنه يُعزَّر بحكم الجناية، ولا يضمن المال الذي على المديون)^(٤).

وفي «العمدة»: (رجلٌ في يده غريمه، فجاء إنسانٌ وانتزعه من يده، لا يضمن؛ لأنه لم يُتلف، ويُعزَّر).

(١) الفتاوى السراجية (٢٠٧).

(٢) إضافة من المحيط البرهاني يقتضيها السياق.

(٣) المحيط البرهاني (٤٣٣/٣).

(٤) فتاوى قاضيخان (١٠٢/٣).

وفي «التهذيب»: (السارق في المرّة الأولى تُقطع يده اليمنى من مفصل الزند، ثم في الثانية رجله اليسرى^(١)، وفي الثالثة لا يُقطع لكن يُعزَّر ويُجس إلى أن يموت)^(٢).

وفي «الخانية»: (رجلٌ قبلَ أجنبيَّة، حرَّة أو أمة، أو عانقها، أو مسَّها بشهوة^(٣)، يُعزَّر)^(٤).

وفي «فتاوى الخلاصة»: (أو جرَّد امرأة، أو عانقها، أو قبلها، أو جامعها فيما دون الفرج وأنزل، عليه التعزير)^(٥).

وفي «التتمة»: (سُئل عليُّ بن أحمد: مَنْ كان له دعوى على رجلٍ، فلم يجده، فأوقع عشيرته في بيت الظلمة بغير حقٍّ، وبغير كفالة، فقيّدوهم وحبسوهم في السجن، وضربوهم ضرباً شديداً، وقبضوا منهم أعياناً كثيرةً بغير حقٍّ، فلو أنّهم صحَّحوا هذه الأمور عند القاضي، يجب التعزير؟ قال: نعم يُعزَّر).

وفي «الخلاصة»: (من أراد أن يستوفي حقوقه من السلطان، ولا يذهب إلى [٢٨ب/ب] القاضي، فهو مطلقٌ فيه شرعاً، ولكن لا يُفتى به إلا إذا عجز عن باب القاضي، وبعض مشايخ زماننا [٢٣٩أ/أ] على أنه إنّما يطلق

(١) ثم في الثانية رجله اليسرى) سقطت من متن (أ)، ويظهر أنه ألحقها في الحاشية الداخلية فذهبت بالحرز، والمثبت من (ب).

(٢) تهذيب الوقعات للقلانسي (لوح: ١٢٨)

(٣) في (أ): (بالشهوة)، والمثبت من (ب).

(٤) فتاوى قاضيخان (٣/٣٩٧).

(٥) خلاصة الفتاوى (لوح ٢٧٩ب).

في ذلك إذا ذهب إلى القاضي أولاً وعجز عن الاستيفاء من جهته، أمّا لو أراد الذهاب إلى باب السلطان أولاً لا يُطلق له في ذلك، وبه يُفتى^(١).
وفي «الملتقط»: (عن ابن المبارك: ولو سقى ابناً صغيراً له خمرًا يُعزّر، ولا يجب الحدُّ)^{(٢)(٣)}.

وفي «تجنيس المنتخب»: (رجلٌ سقى ابناً صغيراً خمرًا يُعزّر).

وفي «فتاوى الكبرى»: (رجلٌ خدع امرأة رجل، أو ابنته وهي صغيرة، فأخرجها وزوّجها من رجلٍ، قال محمد رَحِمَهُ اللهُ: أحبسها بهذا أبداً حتى يردّها أو يموت)^(٤).

وفي «الخلاصة»: (رجلٌ خدع امرأة رجل حتى وقعت الفرقة بينها وبين زوجها^(٥))، وزوّجها من غيره، أو خدع صبيّة جارٍ وزوّجها من غير رجلٍ، يُجس حتى يردّها أو يموت؛ لأنّه ساعٍ في الأرض بالفساد).

وأقول: عُلم من هذه المسألة جواب مسألة هي أنّ رجلاً لو خدع عبد رجلٍ أو أمة رجلٍ^(٦) وأخرجه.

(١) في (ب): (نفتي)، والمثبت من (أ).

(٢) (الحد) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ).

(٣) الملتقط في الفتاوى الحنفية (٢٤١).

(٤) ينظر: الفتاوى الهندية (٢/١٧٠).

(٥) كذا في (ب)، وفي (أ): (وقعت الفرقة بينهما).

(٦) كذا في (أ)، وفي (ب): (أو أمته).

وفي «القنية»: (وجد سكران، وتوجد منه الرائحة، لا يُجَدُّ، ولكن يُعزَّر، فحينئذ ولو وُجد منه رائحة الخمر دون السكر يُعزَّر عنه، ولا يُؤخَّر حتى يزول السكر، ولو وُجد يحمل آنية فيها خمر يُعزَّر، والحاصل أن باب التعزير مبنيٌّ على الغالب، والغالب في مثل هؤلاء المَجَانَّة والفسق، فيُعزَّرون بناءً على الظاهر. ولو شهد رجلان بشرب الخمر، وتوجد منه [٢٩ب/أ] الرائحة عند أولي الأمر، كالقاضي والمحاسب، يجده، وإلا فيُعزَّره.

مسكينةٌ أخذت كسرة خبز من خبَّازٍ، فضربها حتى صرعها، ليس له ذلك، ويُعزَّر.

رأى غيره على فاحشةٍ موجبةٍ للتعزير، فعزَّره بغير إذن المحتسب، فللمحتسب أن يعزَّر المعزَّر^(١) إن عزَّره بعد الفراغ منها. قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: قوله: إن عزَّره بعد الفراغ منها، إشارةٌ إلى أنه لو عزَّره حال كونه مشغولاً بالفاحشة فله ذلك، وأنه حسنٌ؛ لأنَّ ذلك نهْيٌ عن المنكر، وكلُّ واحدٍ مأمورٌ به، وبعد الفراغ ليس بنهْيٍ؛ لأنَّ النهي عن ماضٍ لا يتصوَّر، فيتمحَّض تعزيراً، وذلك إلى الإمام.

حكم [٢٣٩أ/ب] العورة في الركبة أخفُّ من الفخذ، حتى لو^(٢) رآه مكشوف الركبة يُنكر عليه برفقٍ، ولا ينازعه إن لَجَّ، وإن رآه مكشوف

(١) (المعزَّر) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٢) (لو) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

الفخذ أنكر عليه بعنفٍ، ولا يعزَّر إن لَجَّ^(١)، وإن رآه مكشوف السوأة^(٢) أمره بستره وأدبه على ذلك إن لَجَّ.

وقد استدلل بهذا بعضهم أن لكلِّ أحدٍ إقامة التعزير، وهذا لا يستقيم؛ لأنَّه إنَّما أمره به حال كونه كاشفاً لعورته، وأنه مملوكٌ لكلِّ أحدٍ^(٣).

ولو ادَّعى عند القاضي سرقةً، وعجز عن إثباتها، لا يعزَّر، بخلاف دعوى الزنى؛ لأنَّ المقصود من دعوى السرقة إثبات المال على رجل، لا نسبته إلى السرقة، بخلاف دعوى الزنى، وإن قصد إقامة الحسبة^(٤)، لكن لا يمكنه إلا بالنسبة إلى الزنى، وكأنَّه^(٥) قاصد النسبة إلى الزنى، وفي المال يمكنه إثباته بدون نسبة^(٦) إلى السرقة، فلم يكن قاصداً نسبته إلى السرقة.

ضرب غيره [٢٩ب/ب] بغير^(٧) حقٍّ، وضربه المضروب أيضاً، يُعزَّران، يبدأ بإقامة التعزير بالبادئ منهما؛ لأنَّه أظلم، والوجوب^(٨) عليه أسبق^(٩).

(١) من قوله: (وإن رآه مشكوف الفخذ) إلى هنا سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ).

(٢) في (أ): (السرة)، تصحيف، والمثبت من (ب).

(٣) في (أ): (واحد)، والمثبت من (ب).

(٤) في (أ): (النسبة)، والمثبت من (ب).

(٥) كذا في (ب)، ولعل الصواب: (فكان)، والعبارة سقطت من (أ).

(٦) من قوله: (إلى الزنى وكأنَّه قاصد) إلى هنا سقط من (أ)، والمثبت من (ب).

(٧) بغير) سقطت من (أ)، واستدركتها من (ب).

(٨) كذا في (ب)، وفي (أ): (الموجب).

(٩) القنية (١٣٨-١٤٠).

وإذا كان المدعى عليه ذا مروءةٍ وخطرٍ استحسنت أن لا أعزّره إذا كان أول ما فعل^(١).

وفي «الدرر والغرر»: (ادّعي عند القاضي على رجل بالسرقة، وعجز عن إثباتها، لا يُعزّر؛ لأنّ مقصود المدّعي تحصيل ماله لا السبّ والشتم، بخلاف دعوى الزنى، فإنّه إذا لم يثبت يُحدّ)^(٢).

وفي «التاتارخانية»: (وإذا أنكر السرقة، حُكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش أنّ القاضي يعمل بأكبر رأيه، فإن كان أكبر رأيه أنّه سارق، وأنّ المال عنده، عدّبه، ويجوز له ذلك، ألا ترى أن إراقة الدم بأكبر الرأي تجوز، حتى من دخل في بيته رجلٌ شاهرٌ سلاحه ووقع في قلبه أنه ليقته كان له أن يقتله، وعامة المشايخ على أنّ القاضي يعزّره؛ لأنّه وجدّه في موضع التهمة، والإمام يعزّر للتهمة، ألا ترى أنّه لو رأى من يمشي مع السّراق يعزّره، وكذلك لو رآه جالساً مع الفسّاق في مجلس الشراب يعزّره وإن كان لا يشرب، فكذا هنا يعزّره الإمام)^(٣).

وفي «البزازية»: (وعن الحسن بن زياد أنّه يحلّ ضرب السّارق حتى يُقرّ؟ قال: ما لا [٣٤٠/أ] يقطع اللحم ولا يُظهر العظم).

(١) ينظر: خزانة الأكمل (٢/٢١٦).

(٢) درر الأحكام شرح غرر الأحكام (٢/٧٧).

(٣) التاتارخانية (٦/٤٩٦-٤٩٧).

وفي «فتاوى أبي الليث»: (لصُّ معروفٌ بالسرقه، وجده رجلٌ يذهب في حوائجه غير مشغول بالسرقه، ليس له أن يقتله، وله أن يأخذه ويأتي به إلى الإمام ليحبسه حتى يتوب)^(١).

وفي «البزازية»: (والدُّعَار - وهم الذين / [٣٠ب/ أ] يقصدون إتلاف أموال الناس أو أنفسهم - يُحبسون حتى يتوبوا، وكيف تُعرف توبتهم؟ قال والذي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: يُعرف ذلك بظهور شعار الصالحين في سيماهم).

وفي «المبسوط» للإمام محمد رَحِمَهُ اللهُ^(٢).

وفي «القنية»: (اتَّهم الجيران جارهم أنه سكران، فاجتمعوا للطلب مع إمام المحلَّة والمؤذِّن وغيرهم، ودخلوا بيوت المسلمين بغير إذنه، وطلبوا الزوايا والرفوف والسطوح في كل بيت، فعلوا ذلك فلم يجدوا أحداً، يُعزِّرون. وقال غيره: ليس لهم ذلك، ويُمنعون أشدَّ المنع.

له حَمَامَاتٌ مملوكة^(٣) يطيرها فوق السطح، مُطِلاً على عورات المسلمين، ويكسر زجاجات الناس^(٤) برميها تلك الحمامات، يُعزَّر ويُمنع أشدَّ المنع، وإن لم يمتنع ذبحها المحتسب)^(٥).

(١) ينظر: التاتارخانية (٦/ ٤٨٩-٤٩٠).

(٢) كذا في (أ) و(ب)!

(٣) (مملوكة) من (ب)، وليست في (أ).

(٤) (الناس) سقطت من (ب)، وأثبتها من (أ).

(٥) القنية (١٤٠).

وفي «الفتاوى الوفاية»^(١): (سئل عن السوقي يشتري السلعة الجيدة، ويخصُّ بها أهل الذمّة دون المسلمين، ويخصُّ المسلمين بالسلعة الرديّة، وهو مستمرٌّ^(٢) على ذلك، وإذا طلب منه المسلم شيئاً من الجيد ينكره، ولا يعطيه له، ولو بأكثر من قيمته، هل للحاكم أن يمنعه عن ذلك أم لا؟ أجاب: نعم؛ للحاكم أن يمنعه من ذلك، ويُعزّره تعزيراً لائقاً به.

وسئل أيضاً: متولّي الحسبة إذا سَعَّر البضائع بالقيمة، وتعدّى بعض السوقة وباع بأكثر من القيمة، هل له أن يعزّره على ذلك؟ أجاب: إذا تعدّى السوقيُّ وباع بأكثر من القيمة / [٣٠ب/ب] يُعزّر على ذلك).

وفي «الخانية»: (ولو سقاه سماً حتى مات فهو على وجهين: إن دفع إليه السمّ حتى أكل ولم يعلم به فمات، لا يجب القصاص ولا الدية، ويُجسّس ويُعزّر، ولو أوجرهُ^(٣) إيجاراً تجب الدية على عاقلته، وإن دفع إليه في شربة فشرب ومات لا تجب الدية؛ لأنّه شرب باختياره، إلا أن الدافع خدعه، فلا يجب فيه إلا التعزير والاستغفار)^(٤).

[٢٤٠/أ/ب] وفي «غاية البيان»: (وروي عن محمد بن الحسن رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى أنه قال: أجبر المحتكر على البيع، فإن امتنع عن ذلك أعزّره، ولا أسعّره، وأقول له: بع كما يبيع الناس).

(١) قد يكون المراد جامع الفتاوى؛ لشمس الدين محمد الوفايي، قال في كشف الظنون (١/٥٧٥): «مختصرٌ، مشتمل على مسائل مثورة». وقد نقل عنه ابن نجيم في البحر الرائق (٥/٢٧٣)، وابن عابدين في الحاشية (٤/٣٥٩).

(٢) كذا في (ب)، وفي (أ): (مستحق).

(٣) في (أ): (آجره)، والمثبت من (ب).

(٤) فتاوى قاضيخان (٣/٣٤٩).

وفي «الخانية»: (ولو قتل الرجل عبده أو مُدَبَّرَه أو أمَّ ولده، فإنه يُعزَّر، ولا يجب القصاص ولا الدية)^(١).

وفي «الكافي»: (ومن قتل مباح الدم بدون إذن الإمام لا يضمن، إلا أنه يُؤدَّب لافتياته على الإمام).

وفي «فتاوى القارئية»: (سُئِلَ عن شخصٍ ادَّعى على شخصٍ^(٢) بدعوى تُوجب تكفيره، فأنكر، فعجز المدَّعي عن إقامة البيِّنة، هل يجب على المدَّعي شيءٌ؟ أجاب: إنكار المدَّعي عليه ما ادَّعى به على تقدير أن تقوم عليه بيِّنةٌ بذلك توبةً منه، وإذا عجز المدَّعي عن إثبات ما ادَّعاه لا يجب عليه شيءٌ إذا صدر الكلام على وجه الدعوى عند حاكم شرعيٍّ، أمَّا إذا صدر منه على وجه السبِّ والشتم والانتقاص، فإنه يُعزَّر على حسب ما يليق به)^(٣).

وفي «جامع الوقعات» للوفائي: (سُئِلَ عن مَنْ نظر إلى وجه أجنبيةٍ بشهوةٍ، وخلا بها في محلٍّ خالٍ عن الناس، هل يجرم عليه ذلك، [٣١ب/أ] ويُعزَّر أم لا؟ أجاب: نعم؛ يجرم عليه ذلك، ويُعزَّر.

وسُئِلَ أيضاً عن أكل الحشيش، هل يجرم عليه؟ وما يجب على آكله؟ أجاب: نعم؛ يجرم، ويُعزَّر.

(١) فتاوى قاضيخان (٣/٣٥٢).

(٢) (ادعى على شخص) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٣) ينظر: فتاوى قارئ الهداية للتمرتاشي (ل٣٨) وهو مخطوط بمكتبة الملك سلمان بجامعة الملك سعود، برقم (١٠٣٩).

وُسئِلَ عن حاكمٍ شرعيٍّ حلقٍ لحيةٍ رجلٍ تعدّياً، ماذا يلزمه؟ أجب:
يُؤجَلُ سنةً، فإن مضت ولم تنبت يلزمه الدية، وإن نبتت لا شيء عليه سوى
التعزير).

وفي «التاتارخانية»: (وإن كانت شعراتٌ يسيرةٌ على ذقنه فإنه لا يجب
شيءٌ، وهذا إذا لم ينبت مكانها أخرى، فأما إذا نبت مكانها أخرى؛ فإن
نبتت مثل الأول بأن كان الأول أسود أو أحمر كما كان، فلا شيء عليه)،
«الكافي»^(١): (ولكنه يُؤدّب على ذلك).

وفي «الوفائية»: (سُئِلَ عن المسلم الذي يأكل الربا، ماذا يلزمه؟ أجب:
يُعزَّرُ على ذلك).

وُسئِلَ أيضاً عن امرأةٍ أتت امرأةً وفعلت حتى قضت إربها، فماذا يجب
عليها؟ أجب: يجب عليهما التعزير.

وأما مساحقة الرجال بالرجال فإنه^(٢) لا يحرم شيئاً وفيه التعزير، وليس
فيه حدٌّ في قولهم جميعاً.

وأما مساحقة الرجال بالنساء فإنه في التحريم كالجماع، وفيه التعزير،
[٤١٢/أ] وليس فيه حدٌّ في قولهم جميعاً.

وأما مساحقة النساء بالنساء فإنه لا يحرم شيئاً، وفيه التعزير، وليس فيه
حدٌّ أيضاً.

(١) (الكافي) من (ب)، وليست في (أ).

(٢) (فإنه) من (ب)، وليست في (أ).

وأما مساحقة النساء بالرجال مثل العنين والخصي والمجبوب والغلمان الذين لا يصلون إلى الاستمتاع^(١) فإنه في التحريم كالجماع، وفيه التعزير، وليس فيه حدٌ أيضاً.

وأما [٣١ب/ب] [عبث]^(٢) النساء بالغلمان والصغار الذين لا يصلحون للاستمتاع فإنه لا يجرم شيئاً، وفيه التعزير، وليس فيه حدٌ، كذا في «التنف»^(٣).

وسئل أيضاً عمّن شرب الخمر في رمضان طوعاً، ماذا يلزمه؟ أجاب: يلزمه حدُّ الخمر ثمانين سوطاً، ثم يُجس حتى يخفَّ عنه الضرب، ثم يُعزَّر بهتك حرمة الشهر).

وفي «التتمة»^(٤): (وسئل الوبري عن امرأة في عدّة من غيره، تزوّجها رجلٌ ودخل بها، هل هو كبيرة؟ قال: لا يُقطع، ويؤجّع ضرباً)، والله تعالى أعلم.

(١) في (أ): (لا يصلحون للاستمتاع)، والمثبت من (ب) والتنف في الفتاوى.

(٢) في (أ): (عنس)، وفي (ب): (عيس)، تصحيف، والمثبت من التنف في الفتاوى.

(٣) ينظر: التنف في الفتاوى (١/٢٦٩-٢٧٠).

(٤) كذا في (أ)، وفي (ب): (البينة).

الفصل الرابع عشر

في ضرب الرجل امرأته، والمولى عبده، والمعلم الصبيان

(وسئل أبو بكر الإسكاف عمَّن له عبدٌ، فأساء الأدب، قال: لا ينبغي أن يضربه، ولكن يرفعه إلى الحاكم ليكون هو الذي أدَّبه؛ لأنَّ التعزير ليس له حدٌّ مقدَّرٌ، وليس إليه التعزير. قال الفقيه: هذا خلاف أصحابنا، فإنَّ عندهم له أن يعزَّره، وبه نأخذ، ولا يبلغ به الحدَّ، وكذا امرأته؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَصْرِبُوهِنَّ﴾ [النساء: ٣٤]، أباح التعزير لكن عند الحاجة إلى ذلك^(١).

وفي «التاتارخانية»: (وللمولى أن يضرب مملوكه ومملوكته ضرب التعزير)^(٢).

وفي «السغناقي»: (ثم اعلم أنَّ ضرب الزوج امرأته إنَّما يُباح فيما إذا ضربها لنفع^(٣) نفسه، كما إذا ضربها لتعتدَّ إلى مضجعه، ألا ترى أنَّه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة)^(٤).

وفي «السراجية»: (للزوج أن يضرب امرأته على أربع خصالٍ، وما [٣٢ب/أ] هو في معنى الأربع؛ أحدها: على ترك الزينة لزوجها. والثاني: على ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه. والثالث: على ترك الصلاة، وترك غسلها من الجنابة. والرابع: على الخروج [٢٤١أ/ب] من منزل الزوج بغير إذن الزوج)^(٥).

(١) ينظر: التاتارخانية (٦/٤٠٥).

(٢) التاتارخانية (٦/٤٢٤).

(٣) كذا في (أ)، وفي (ب): (لنفعه).

(٤) ينظر: التاتارخانية (٦/٤٠٥).

(٥) الفتاوى السراجية (٢١١).

وفي «الخانية»: (وله أن يضربها على أربعة؛ منها: ترك الزينة إذا أراد الزوج الزينة. والثانية: ترك الإجابة إذا أراد الجماع وهي طاهرة. والثالثة: ترك الصلاة، وفي بعض الروايات عن محمد رَحْمَةُ اللَّهِ: ليس له أن يضربها على ترك الصلاة. وترك الغسل عن الجنابة والحيض بمنزلة ترك الصلاة. والرابعة: الخروج من منزله بغير إذنه بعد إيفاء المهر)^(١).

وفي «اللولوجية»: (وللزوج أن يضرب امرأته على أربع خصال، وما هو في معنى الأربع؛ أحدها^(٢)): على ترك الزينة للزوج والزوج يريد لها. والثاني: على ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه. والثالث: على ترك الصلاة وعلى ترك الغسل. والرابع: على الخروج من المنزل؛ لأنَّ الأوَّل والثاني يحمل على فساد النكاح، والثالث والرابع معصية)^(٣).

وفي «الدرر والغرر»^(٤): (ادَّعت على زوجها ضرباً فاحشاً وثبت ذلك عليه، يُعزَّر، وكذا المعلِّم إذا ضرب الصبيَّ ضرباً فاحشاً يُعزَّر)^(٥).

وفي «التممة»: (وسئل أيضاً عن امرأةٍ تضرب جارية زوجها، والرجل يعظها ويحذِّرها نقمات الله تعالى، ولا تتعظ، للزوج أن يضربها بسبب ذلك، وهي تزعم أن الغيرة تحملها على [٣٢ب/ب] فعل مثل^(٦) ذلك).

(١) فتاوى قاضيخان (١/ ٣٨١).

(٢) كذا في (ب)، وفي (أ): (إحداها).

(٣) الفتاوى اللولوجية (١/ ٣٨٤).

(٤) في (ب): (الغرر والدرر)، والمثبت من (أ).

(٥) درر الأحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٧٧).

(٦) (مثل) من (ب)، وليست في (أ).

وفي «البزازية»: (وقول الزوجة للزوج: يا حمار، يا أبله، يا جاهل، ليس بشتم، لكنّه جنائيّة، له أن يضربها، واللعن شتم^(١)).

أقول: دلّت المسألة على أن واحداً من أعراض الناس لو قال لرجل^(٢) شريف عالم: يا حمار، يا أبله، يا جاهل، يجب عليه التعزير، فتدبر.

وفي «البزازية»: (ويضربها إذا شتمت الزوج)^(٣).

وفي كتاب البيوع: (عبدٌ يطلب البيع من مولاه، وهو يقرُّ أنّه يُحسن صحبته، يُعزّر)^(٤).

وفي «الخلاصة»: (يسيء في حقّ مملوكه، وشكاه إلى القاضي، وشهد جيرانه به، لا يُكرهه^(٥) على البيع، بل ينهى المولى عنه، فإن عاد المولى إلى صنيعه أدبه القاضي ويحبسه).

وفي «أحكام الصغار»^(٦): (وإذا بلغ الصبيّ عشر سنين يُضرب لأجل الصلاة [٢٤٢/أ] باليد لا بالخشب، ولا يجاوز الثلاث، وكذلك المعلم ليس له أن يجاوز الثلاث، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لمرداس^(٧) المعلم: «إِيَّاكَ أن تضرب فوق الثلاث، فإنّك إن ضربت فوق الثلاث اقتص الله منك»^(٨). والله تعالى أعلم.

(١) الفتاوى البزازية (١/١٦٤).

(٢) (لرجل) سقطت من (ب).

(٣) الفتاوى البزازية (١/١٣٨).

(٤) ينظر: الفتاوى الهندية (٢/١٧٠).

(٥) كذا في (ب)، وفي (أ): (لا يُكره).

(٦) أحكام الصغار، لمحمد بن محمود بن الحسين الأستروشي (ت: ٦٣٢هـ).

(٧) من (أ)، وبيّض لها في (ب).

(٨) أحكام الصغار (١٦).

الفصل الخامس عشر

في المتفرقات

وفي «القنية»: (ومن عليه التعزير إذا قال لرجل: أقم عليّ التعزير، ففعل، ثم رُفِع إلى القاضي، فإنَّ القاضي يكتفي بذلك التعزير الذي أقامه بنفسه)^(١).

وفي «التاتارخانية»: (وفي «المتقى»: ولو طرح رجلٌ عبداً قدامَ أسيدٍ أو سَبُعٍ فقتله السبع، فليس على الطارح قودٌ ولا ديةٌ، ولكن يُعزَّر، ويُضرب ضرباً وجيعاً، ويُجس حتى يتوب. [٣٣ب/أ] وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أمَّا أنا فأرى يُجس أبداً حتى يموت).

وفي «الظهيرية» في مسألة الشريحية من الفرائض: (وتسمّى المسألة شريحيةً؛ لكثرة شكوى الزوج من شريح حتى عزَّره، وقال: أنت تُشنع على القاضي، وتنسب القضاة بحقٍ إلى الفاحشة).

وفي «التاتارخانية»: (وروي عن ابن المبارك أنَّ من أمر امرأةً حتى ترتد^(٢) عن الإسلام لتبين من زوجها، فهو كافرٌ، ومن أفتى به فهو كافرٌ. «المضمرات»: وتُجبر المرأة على الإسلام، وتُضرب خمسةً وسبعين سوطاً، وليس لها أن تتزوَّج إلا بزوجها الأوَّل)^(٣).

(١) القنية (١٣٩).

(٢) في (أ) و(ب): (تدين)، والمثبت من التاتارخانية (٣٥٢/٧).

(٣) التاتارخانية (٣٥٢/٧).

وفي «الذخائر الأشرفية»: (إن قيل: أي إنسان يُضرب^(١) خمسة وسبعين سوطاً؟ الجواب: أنه امرأة ارتدت لتفارق زوجها، قاله أبو بكر الإسكافي^(٢). ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداداً، ويُجبر على الإسلام، ولكنه لا يُقتل، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

وقال أبو يوسف رحمه الله: ارتداده ليس^(٣) بارتداد، وإسلامه إسلام^(٤). وإذا اعتبر ردّته عندهما يُجبر على الإسلام ولكن لا يُقتل بل يجبس. وفي «التحفة»^(٥): (ويضرب إلى أن يُسلم).

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله في الأمة أن الإمام يبعث إليها في كل يوم من يهددها، ويضربها تسعة وثلاثين سوطاً وهي في يد مولاهما، [٢٤٢/ب] إلى أن تسلم. كذا في «التاتارخانية»^(٦).

وفي «المنتقى»^(٧): (ويؤجل ثلاثة أيام، فإن عاد إلى الردّة ثانياً وطلب التأجيل [٣٣ب/ب] أجل، وكذا في الثالثة، وفي الرابعة استتيب من غير تأجيل، فإذا أسلم قبل إسلامه، وضرب ضرباً وجيعاً، ويُجسس حتى يأتي عليه خشوع التوبة).

- (١) كذا في (أ) و(ب)، والذي في الذخائر الأشرفية لابن الشحنة (ص ١١٧): (يعزر).
- (٢) الذخائر الأشرفية لابن الشحنة (ص ١١٧).
- (٣) (ليس) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).
- (٤) ينظر: التنف في الفتاوى (٢/٦٩٠)، بداية المبتدي (١٢٣)، فتح القدير (١٣/٢٨١).
- (٥) لم أقف عليه في تحفة الفقهاء للسمرقندي.
- (٦) التاتارخانية (٧/٣٨٥).
- (٧) (المنتقى) من (ب)، وبيّض لها في (أ).

«المحيط»^(١): (وإذا أسلم حُلِّي سبيله).

وذكر في «النوادر» عن أصحابنا: (إذا تكرر ذلك منه يُضرب ضرباً مبرحاً، ثم يُحبس إلى أن تظهر توبته وخشوعه)^(٢).

وروى الحسن عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ في المرتدة الحرّة أنّها تُخرج كلّ يوم وتُضرب تسعةً وثلاثين سوطاً إلى أن تتوب، «الكافي».

وكذا الجواب في الأمة، كذا في «التاتارخانية»^(٣).

ولو قَمَطَ رجلاً وألقاه قَدَّامَ الأسد فأهلكه، لا قَوْدَ ولا دية على عاقلته، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: يُحبس حتى يموت في السجن، كما هو مذهب عليّ بن أبي طالب كَرَّمَ اللهُ وجهه، وأجمعوا أنّه يُعزَّر تعزيراً مبرحاً، كذا في «خزانة الأكمل»^(٤).

وفيه أيضاً: (لو قَمَطَ رجلاً وألقاه في الشمس حتى مات حرّاً وعطشاً، أو ألقاه في بردٍ شديدٍ، لا قَوْدَ عليه، وعليه الدية تُؤخذ من عاقلته، ويجب عليه التعزير، والحبس حتى يموت)^(٥).

وفي «الفتاوى الوفاية»: (سُئِلَ عن رجلٍ ادَّعى على آخرٍ بحقٍّ، فأجاب بعدم الاستحقاق، وحلف بالتماس المدَّعي وتوجيه الحاكم، ثم أقام عليه

(١) لعل المراد المحيط الرضوي، وقد حُقِّق في رسائل علمية في جامعة الملك خالد بأبها.

(٢) ينظر: المبسوط (١٠/١٠٠).

(٣) التاتارخانية (٧/٣٨٥).

(٤) ينظر: خزانة الأكمل (٣/٦٧١).

(٥) خزانة الأكمل (٣/٦٦١).

بَيِّنَةٌ بِالْحَقِّ، فَصَدَّقَ عَلَيْهِ، وَادَّعَى أَنَّهُ قَاصُّهُ^(١) بِهِ مِنْ دَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ التَّعْزِيرُ عَلَى الْحَلْفِ أَمْ لَا؟ أَجَابَ: لَا يَلْزَمُهُ تَعْزِيرٌ عَلَى ذَلِكَ).

وفي «القارئية»: (سئل: إذا استأجر شخص داراً وقفاً من مؤجّر [٣٤ب/أ] شرعيّ، ثم إنّه هدمها بيده العادية، وغير معالمها، وجعلها طاحوناً أو فرنّاً أو غير ذلك، فهل يلزم المستأجر هدم ما بناه، وإعادة العين الموقوفة كما كانت؟ أجاب: ينظر القاضي في ذلك، إن كان ما غيره إليه أنفع لجهة الوقف، وأكثر ريعاً، أخذ منه الأجرة، وبقي ما عمّره لجهة الوقف، وهو متبرّع بما أنفقه في العمارة، ولا يُحتسب له من الأجرة، وإن لم يكن أنفع لجهة الوقف، ولا أكثر ريعاً، ألزم بهدم ما صنع، وإعادة الوقف إلى الصيغة التي كانت عليها، بعد تعزيره بما يليق بحاله.

وسئل أيضاً^(٢) [٢٤٣أ/أ] عن شخص قطع شجر غيره، شجراً مثمرّاً أو غير مثمرٍ بالنجّار، ممن يطلب؟ أجاب: إن قال للنجّار: الأشجار ملكي فاقطعها، والنجّار لا يعلم الحال، فالضمان على الأمر، ويُعزّر، وإن علم فالضمان والتعزير على النجّار؛ لأنّه هو المتعدّي، ويضمن قيمتها حين قطعها، ثمرةً وغير ثمرة^(٣).

وسئل أيضاً^(٤) عن رجل سأل من الحاكم أن يحلّف غريمه أن لا يشكوه إلا من الشرع، فأبى الغريم الحلف. أجاب: ليس للقاضي أن يجبره على

(١) كذا في (أ)، وفي (ب): (قاصصه).

(٢) (أيضاً) من (أ)، وليست في (ب).

(٣) في (ب): (وغيرها غير ثمرة)، والمثبت من (أ).

(٤) (أيضاً) من (ب)، وليست في (أ).

الحلف، وإنما ينهاه عن التعرض له من غير الشرع، فإذا نهاه ثم شكاه من غير الشرع أدبه وغرمه جميع ما غرم بسبب ذلك).

وفي «فوائد شيخ الإسلام برهان الدين»: (الفروج إذا أزال عذرتها بالإصبع هل يضمن؟ أجاب: لا، يُعزَّر)^(١)، وكذا في «أحكام الصغار».

وفي [٣٤ب/ب] «البزازية»: (قتل الرجل عمداً، وله وليٌّ، له أن يقتصَّ بالسيف، قُضي به أو لا، ويضرب عِلاوَتَه، ولو رام قتله بغير السيف مُنَع، وإن فعل ذلك عُزِّر)^(٢).

وفي «الكافي» للحاكم الشهيد: (ولو قتل رجلٌ رجلاً، فدُفع إلى وليِّه، فقطع يده عمداً، أو مثَّل به في غير ذلك الموضع، لم يضمن ذلك، ولكنه يُعزَّر).

وفي «المجتبى»: (وفي «جامع القاضي»: الأصل في كلِّ شخص إذا رأى مسلماً يزني أن يحلَّ له قتله، وإنما يمتنع خوفاً أن يقتله ولا يُصدَّق في أنه زنى)^(٣). حسنٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: وجد رجلاً مع امرأته أو مع أخته أو مع محرمٍ له أو مع جاريتته، حلَّ له القتل.

(١) كذا في النسختين دون واو، و(لا) نافية للضمان لا للتعزير، أي: لا يضمن، ولكن يعزَّر.

(٢) الفتاوى البزازية (٢/٥٠١).

(٣) ينظر: البحر الرائق (٥/٤٥).

وفي «الفردوس»^(١): (من وقع على ذي رحمٍ محرمٍ منه فاقتله، حسنٌ عن محمدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وكذا لو رأى محصناً يزني، وهي طأوعته، حلَّ له قتلها).

وفي «روضة العلماء»: (رأى محصناً يزني، فصاح به، ولا بيّنه، حلَّ له قتله، وعلى هذا القياس المكابرة^(٢) بالظلم، وقطاع الطريق، وصاحب المكس، وجميع الظلمة بأدنى شيءٍ له قيمة، وجميع الكبائر)^(٣).

وفي «جمع النسفي»: (سئل شيخ الإسلام عن قتل الأعونة والظلمة والسعاة في أيام الفترة ويختفون، قال: ذلك امتناع ضرورة، ﴿وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾ [الأنعام: ٢٨] كما نشاهد. قال: وسألنا [٢٤٣/أ/ب] الشيخ أبا شجاع عنه، فقال: يُباح، ويُثاب قاتله)^(٤).

وفي «شرح السنة»: (من نكح محارمه وأصابها قال أحمد وإسحاق: يُقتل، ويؤخذ ماله)^(٥).

وفي «الحنانية»: (وليس لأحدٍ أن يسقي أرضه أو زرعه بغير [٣٥/ب/أ] إذن صاحب النهر، فلا ضمان عليه فيما أخذ من الماء، وإن أخذه مرّةً بعد مرّةٍ يُؤدّبه السلطان بالضرب والحبس إن رأى ذلك)^(٦).

(١) لم أهتمد للمراد.

(٢) كذا في (أ)، وفي (ب): (المكاثرة).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٦٤).

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٦٤).

(٥) في (ب): (ماهم)، والمثبت من (أ). ينظر: شرح السنة للإمام البغوي (١٠/٣٠٥).

(٦) فتاوى قاضيخان (٣/٦٠).

وفي «النوادر»: (أهل قرية اجتمعوا على ترك الوتر، أدبهم الإمام وحبسهم)، كذا في «التاتارخانية»^(١).

قال محمد رَحْمَةُ اللَّهِ: (ولو أن رجلاً فجر بامرأة من السبي قبل التقسيم والإخراج إلى دار الإسلام، ثم قتلها خوفاً من أن تخبر الإمام بما صنع، ثم اطلع الإمام على ما صنع، لم يكن^(٢) عليه حدٌ ولا عُقْرٌ ولا قصاصٌ ولا ضمانٌ، وكذلك لو استهلك سائر الأموال من الغنيمة، نحو الأمتعة والأسلحة، أو قتل صبيّاً أو رجلاً، فإنه لا ضمان عليه ولا قصاص، ولكنه يُؤدّب على ما صنع)، كذا في «التاتارخانية»^(٣).

وفي «الذخيرة»: (وكلُّ مصرٍ من أمصار المسلمين تُجمَع فيه الجُمع والأعياد^(٤))، وتُقام فيه الحدود، فليس ينبغي للمسلم أو للكافر أن يدخل فيه خمرًا ولا خنزيراً، فإن أدخل فيه مسلمٌ خمرًا أو خنزيراً، وقال: إنَّها أريد أن أُخلّل الخمر، وقال: ليس هذا لي، وإنَّما هو لغيري، ولم يخبر لمن هو، فإنه يُنظر؛ إن كان رجلاً متديناً لا يُتَّهم على ذلك خلَّت سبيله، وأمرته أن يخلّل الخمر^(٥)؛ لأنَّ ظاهر حاله يدلُّ على صدقه، والبناء على الظاهر واجبٌ حتى يتبين خلافه، خصوصاً فيما لا يمكن الوقوف على حقيقة الحال فيه، وإن كان رجلاً يُتَّهم بتناول ذلك، أهرقت خمره وذُبحت خنازيره [٣٥ب/ب]

(١) التاتارخانية (٢/ ٣٣٩).

(٢) (يكن) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

(٣) التاتارخانية (٧/ ١٠٤).

(٤) في (أ): (الأخبار)، تصحيف، والمثبت من (ب).

(٥) (الخمر) سقطت من (أ)، وأثبتها من (ب).

وأحرقت بالنار؛ لأنَّ ظاهر حاله يدلُّ على قصده ارتكاب الحرام، فيمنعه من^(١) ذلك على سبيل النهي عن المنكر، وإن رأى الإمام أن يؤدِّبه بأسواطٍ ويجبسه حتى تظهر توبته فعل؛ لأنَّه صار مستوجباً للتعزير بارتكاب ما لا يحلُّ، وهو إظهار الخمر والخنزير في مصر المسلمين.

فإن اقتصر على أحدهما؛ إمَّا الضرب وإمَّا الحبس، فله ذلك؛ [٤٤٤/أ] لأنَّ ذلك بطريق التعزير، وقد يكون التعزير بعقوبتين، وقد يكون بعقوبةٍ واحدةٍ.

ولا ينبغي له أن يخرق الزُّقَّ الذي فيه الخمر، ولا أن يكسر الإناء الذي فيه الخمر؛ لأنَّ هذا مالٌ متقومٌ بين المسلمين، وليس للإمام أن يفسد مال المسلمين، بخلاف الخمر والخنزير؛ لأنَّه ليس بهالٍ عند المسلمين، فجاز إتلافها بطريق الحسبة والنهي عن المنكر، فإن خرق الزُّقَّ أو كسر الإناء فهو ضامنٌ؛ لأنَّه أتلف مالاً متقوماً على مسلم، فإن كان من رأى الإمام أن يفعل ذلك عقوبةً على صاحبه بما صنع، فخرق الزُّقَّ أو أمر غيره حتى خرق الزُّقَّ، فلا ضمان؛ لأنَّه مجتهدٌ فيما صنع.

واختلفت عبارة المشايخ في ذلك، فبعضهم قالوا: العقوبة والتعزير بإتلاف المال مجتهدٌ فيه، وبعضهم قالوا: للأثار المعروفة «أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بإراقة الخمر وكسر الدنان»^(٢).

(١) (من) ليست في (أ)، وأثبتها من (ب).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٥/٤٥٧)، رقم (٤٦٥٢)، كتاب الأشربة وغيرها.

ثم اختلف العلماء أن الأمر بكسر الدنان [٣٦ب/أ] هل انتسخ؟ فأكثر العلماء على أنه انتسخ، وبعضهم على أنه لم ينتسخ^(١)، فالإمام إذا رأى ذلك فقد وجد لما رأى اختلافاً، فهذا معنى قوله إنه مجتهد فيه^(٢).

ومن أصحابنا من قال: ما ذكره محمد من الجواب في خرق الزق وكسر الدنان محمول على أنه يشرب فيه الخمر على وجه لا يمكن الانتفاع به بطريق آخر، فإنه إذا كان بهذه الصفة يجوز إفساده.

ولكن هذا ليس بصواب، فإن وضع المسألة في الإمام، وإذا كان الإناء بهذه الصفة كان الإمام وغيره في كسره سواء، كما في إراقة الخمر، فإن الإمام كما لا يضمن بإراقة الخمر فغير الإمام لا يضمن أيضاً.

وإن كان الذي أدخل مصراً من أمصار المسلمين رجلاً من أهل الذمة، فإن كان جاهلاً رد الإمام عليه متاعه، وأخرجه من المصر، وأخبره أنه إن عاد أدبه؛ لأن الجاهل يُنبه ويُعلم.

(١) في (أ) العبارة مضطربة: (فأكثر العلماء أن الأمر بكسر الدنان على أنه انتسخ، وبعضهم ينتسخ)، والمثبت من (ب).

(٢) الحنفية يرون عدم جواز التعزير بإتلاف المال مطلقاً، وجوز أبو يوسف حبس المال، قال ابن نجيم: «روي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز... وأفاد في البرازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شيء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة، إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي». البحر الرائق (٥/٤٤).

قال الشوكاني: «وقد نقل الطحاوي والغزالي الإجماع على نسخ العقوبة بالمال». نيل الأوطار (٤/١٨٠). وقد رد ابن القيم عن هذه الدعوى بقوله: «ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك، فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً». الطرق الحكمية (٢/٦٩١).

ومعنى قوله إن كان جاهلاً أنه لا يعلم [٢٤٤/ب] أنه لا ينبغي له أن يفعل ذلك.

وإن كان عالماً فالإمام لا يُريق خمره ولا يذبح خنازيره؛ لأن هذا مألٌ متقومٌ عنده، ولكن إن رأى أن يُؤدِّبه بالضرب أو الحبس فعل ذلك^(١).

وفي «المحيط السرخسي»^(٢): (إذا وقف من الذمي على أنه يُحِبُّ المشركين بعيوب المسلمين، أو يغتال رجلاً فيقتله، لا يكون نقضاً للعهد، غير أنه يُعاقب ويُحبس؛ لأنه ارتكب محظوراً)، والله تعالى أعلم^(٣).

(١) ينظر: الفتاوى الهندية (٢/٢٦٥).

(٢) المقصود المحيط الرضوي، لرضي الدين السرخسي.

(٣) (والله تعالى أعلم) من (ب)، وبعدها: (تمت الرسالة المباركة بحمد الله تعالى وعونه، وحمايته وصونه، والحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، وكان الفراغ من كتابتها نهار الأربعاء، ثامن عشر من ربيع الآخر، سنة سبع وثلاثين ومائة وألف من الهجرة الشريفة، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم)، وفي (أ): (وقع التهام بعون الله العلام).

فهرس المصادر

١. الأجناس في فروع الفقه الحنفي، المؤلف: أحمد بن محمد الناطفي (ت: ٤٤٦هـ)، تحقيق: عبد الله الطخيس، وكريم اللمعي، دار المأثور، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٣٧هـ.
٢. أحكام الصغار، المؤلف: محمد بن محمود بن الحسين الأستروشني (ت: ٦٣٢هـ)، تحقيق: أ. د. مصطفى صميذة، دار الكتب العلمية.
٣. أدب القضاء، المؤلف: إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم (ت: ٦٤٢هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٠٧هـ.
٤. الأصل، المؤلف: محمد بن الحسن، تحقيق ودراسة: الدكتور محمد بونوكالناشر: دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
٥. الأعلام، المؤلف: خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي (ت: ١٣٩٦هـ)، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشرة، سنة النشر: ٢٠٠٢م.
٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، سنة النشر: بدون.
٧. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن الزيلعي (ت: ٧٤٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٣١٣هـ.
٨. تحفة الفقهاء، المؤلف: محمد بن أحمد السمرقندي (ت: ٥٤٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، سنة النشر: ١٤١٤هـ.
٩. تهذيب الواقعات في فروع الحنفية، المؤلف: أحمد القلانسي (ت: ٩٤١هـ تقريباً)، مخطوط بدار الكتب القومية بمصر، برقم (٣٢٣).

١٠. الجامع الصغير، المؤلف: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (ت: ١٨٩هـ)، ومعه شرحه النافع الكبير، المؤلف: محمد عبد الحي اللكنوي الهندي (ت: ١٣٠٤هـ)، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي، الطبعة: بدون، سنة النشر: ١٤١١هـ.
١١. جامع الفتاوى، المؤلف: أحمد بن محمد العتابي (ت: ٥٨٦هـ)، مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق، برقم (٥٢٧٤).
١٢. جامع المضممرات والمشكلات في شرح مختصر القُدوري، المؤلف: يوسف بن عمر الكادوري (ت: ٨٣٢هـ)، تحقيق: أنس محمد الكبيسي، رسالة دكتوراه في جامعة العلوم الإسلامية العالمية بالأردن.
١٣. الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، المؤلف: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي (ت: ٧٧٥هـ)، الناشر: مير محمد كتب خانة، كراتشي، الطبعة وتاريخها: بدون.
١٤. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المؤلف: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين (ت: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة: بدون، سنة النشر: ١٤٢١هـ.
١٥. الحاوي القدسي في فروع الحنفية، المؤلف: أحمد بن محمود الغزنوي (ت: ٥٩٣هـ)، تحقيق: صالح العلي، الناشر: دار النوادر، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٣٢هـ.
١٦. خزانة الأكمل في فروع الحنفية، المؤلف: يوسف بن علي الجرجاني (ت: ٥٥٢هـ)، تحقيق: أحمد خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٣٦هـ.
١٧. خزانة المفتين، المؤلف: حسين بن محمد السمنقاني (ت: ٧٤٦هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي بتركيا، برقم (١٠١٩).



١٨. خلاصة الفتاوى، المؤلف: طاهر بن أحمد البخاري (ت: ٥٤٢هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي بتركيا، برقم (١٠٢١).
١٩. درر الحكام شرح غرر الأحكام، المؤلف: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (ت: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة وتاريخها: بدون.
٢٠. الذخيرة البرهانية، لبرهان الدين محمود بن أحمد بن مازة المرغيباني البخاري (ت: ٦١٦هـ)، تحقيق: د. أبي أحمد العادلي وآخرون، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٢١. روضة القضاة وطريق النجاة، المؤلف: علي بن محمد بن أحمد الرحبي المعروف بابن السمناني (ت: ٤٩٩هـ)، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثانية، سنة النشر: ١٤٠٤هـ.
٢٢. سلم الوصول إلى طبقات الفحول، المؤلف: مصطفى بن عبد الله المعروف بحاجي خليفة (ت: ١٠٦٧هـ) تحقيق: محمود عبد القادر الأرناؤوط، الطبعة: بدون، الناشر: مكتبة إرسیکا، إستانبول، سنة النشر: ٢٠١٠م.
٢٣. سنن الدارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.
٢٤. شرح أدب القاضي للخصاف، المؤلف: عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد (ت: ٥٣٦هـ)، تحقيق: محيي هلال السرحان، الناشر: (ج ١-٣) الناشر: مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، ج ٤ الدار العربية للطباعة، بغداد، العراق، الطبعة: الأولى، (ج ١، ٢) ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م (ج ٣، ٤) ١٣٩٨هـ.

٢٥. شرح السنة، للإمام البغوي (ت: ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
٢٦. شرح مختصر الطحاوي، المؤلف: أحمد بن منصور الإسيباني (ت: ٥٠٠هـ تقريباً)، مخطوط بمكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، برقم (١٦٠٠١).
٢٧. شرح مختصر الكرخي، المؤلف: أحمد بن محمد القدوري (ت: ٤٢٨هـ)، من أول كتاب الصلح حتى آخر الكتاب: تحقيق: عبد الله بن عبد العزيز الغملاس، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء.
٢٨. شرح مختصر الكرخي، المؤلف: أحمد بن محمد القدوري (ت: ٤٢٨هـ)، من أول كتاب الحدود إلى نهاية كتاب الحوالة، تحقيق: عادل بن عبد الله العبد القادر، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء.
٢٩. شرح مشكل الآثار، المؤلف: أحمد بن محمد الطحاوي (ت: ٣٢١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤١٥هـ.
٣٠. الشقائق النعمانية في علماء الدولة العثمانية، المؤلف: أحمد بن مصطفى بن خليل، طاشكُبري زاده (ت: ٩٦٨هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة وتاريخها: بدون.
٣١. الطرق الحكمية، المؤلف: ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، تحقيق: نايف الحمد، دار عالم الفوائد، مكة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
٣٢. عمدة الرعاية، المؤلف: محمد اللكنوي (ت: ١٣٠٤هـ)، تحقيق: د. صلاح محمد، مركز العلماء العالمي للدراسات وتقنية المعلومات، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.
٣٣. العناية شرح الهداية، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود البابري (ت: ٧٨٦هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون، سنة النشر: بدون.

٣٤. غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان، المؤلف: أمير كاتب بن أمير عمر الإتقاني (ت: ٧٥٨هـ) من بداية كتاب الحدود إلى نهاية باب الأشربة، تحقيق: صبح عقلة البداح، رسالة ماجستير، معهد الدعوة الجامعي للدراسات الإسلامية.
٣٥. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، المؤلف: أحمد بن محمد مكي الحموي الحنفي (ت: ١٠٩٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٠٥هـ.
٣٦. الفتاوى البزازية، للشيخ محمد البزازي (ت ٨٢٧هـ)، اعتنى به: سالم البدري، دار الكتب العلمية.
٣٧. الفتاوى التاتارخانية، المؤلف: عالم بن العلاء الدهلوي، (المتوفى: ٧٨٦هـ)، تحقيق: شبير أحمد القاسمي، الناشر: مركز زكريا بديوبند، الهند، الطبعة وتاريخها: بدون.
٣٨. الفتاوى السراجية، المؤلف: علي بن عثمان الأوشي (ت: ٥٦٩هـ)، تحقيق: محمد بن عثمان البستوي، الناشر: دار العلوم زكريا، لبنان، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٣٢هـ.
٣٩. الفتاوى الظهيرية، المؤلف: ظهير الدين محمد بن أحمد البخاري (ت: ٦١٩هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي بتركيا، برقم (١٠٥١).
٤٠. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للهام مولانا الشيخ نظام وجماعة، وهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، مكتبة مصطفى الباز ومصورة عن المطبعة الكبرى الأميرية ببولاك، الطبعة: الثانية، سنة ١٣١٠هـ.
٤١. الفتاوى الولواجية، لأبي الفتح ظهير الدين الولواجي (ت ٥٤٠هـ)، تحقيق: مقداد موسى، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.

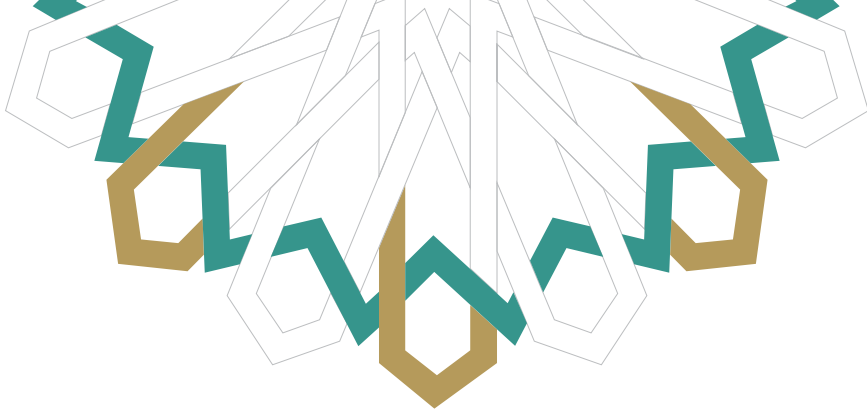
- ٤٢ . فتاوى قارئ الهداية، المؤلف: عمر بن علي (ت: ٨٢٩هـ)، مخطوط بمكتبة الملك سلمان بجامعة الملك سعود، برقم (١٠٣٩).
- ٤٣ . فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، المؤلف: الحسن بن منصور الفرغاني (ت: ٥٩٤هـ)، تحقيق: سالم مصطفى البدري، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ٢٠٠٩هـ.
- ٤٤ . فتح القدير، المؤلف: محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون، سنة النشر: بدون.
- ٤٥ . الفوائد البهية في تراجم الحنفية، المؤلف: محمد عبد الحي اللكنوي الهندي (ت: ١٣٠٤هـ)، تحقيق: محمد بدر الدين النعساني، الناشر: طبع بمطبعة دار السعادة بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٣٢٤هـ.
- ٤٦ . قنية المنية لتتميم الغنية، المؤلف: مختار بن محمود الزاهدي (ت: ٦٥٨هـ)، مخطوط بمكتبة الملك سلمان بن عبد العزيز بجامعة الملك سعود، برقم (٧٣٨٢).
- ٤٧ . الكافي، المؤلف: محمد بن محمد المروزي؛ المعروف بالحاكم الشهيد (ت: ٣٤٤هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي بتركيا، برقم (٩٢٣).
- ٤٨ . الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، المؤلف: نجم الدين محمد بن محمد الغزي (ت: ١٠٦١هـ) تحقيق: خليل المنصور، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤١٨هـ.
- ٤٩ . لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري (ت: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: السادسة، سنة النشر: ١٤١٧هـ.
- ٥٠ . المبسوط، للسرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، دراسة وتحقيق: خليل محيي الدين الميس، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.



٥١. المجتبي شرح مختصر القدوري، المؤلف: مختار بن محمود الزاهدي (ت: ٦٥٨هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي بتركيا، برقم (٨٠٨).
٥٢. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المؤلف: محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري (ت: ٦١٦هـ)، تحقيق: نعيم أشرف نور أحمد، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، المجلس العلمي، الطبعة: بدون، سنة النشر: ١٤٢٤هـ.
٥٣. المحيط الرضوي، المؤلف: محمد بن محمد السرخسي (ت: ٥٧١هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي بتركيا، برقم (٩٦٣).
٥٤. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (صحيح مسلم)، المؤلف: مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة النشر: بدون.
٥٥. معجم المؤلفين، المؤلف: عمر رضا كحالة، الناشر: مكتبة المثنى، بيروت، الطبعة: بدون، سنة النشر: بدون.
٥٦. الملتقط في الفتاوى الحنفية، لناصر الدين أبي القاسم محمد بن يوسف الحسيني السمرقندي (ت: ٥٥٦هـ)، تحقيق: محمد نصار، والسيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.
٥٧. الموسوعة الميسرة في تراجم أئمة التفسير، لوليد بن أحمد الحسين الزبيري، وآخرين، مجلة الحكمة، مانشستر، بريطانيا، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٥٨. التنف في الفتاوى، المؤلف: علي بن الحسين السُّعْدي (ت: ٤٦١هـ)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، الناشر: دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، الأردن، الطبعة: الثانية، سنة النشر: ١٤٠٤هـ.

٥٩. نصاب الاحتساب، المؤلف: عمر بن محمد السنّامي (ت: ٧٣٤هـ)، تحقيق: مريزن بن سعيد عسيري، الناشر: مكتبة الطالب الجامعي، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤١٦هـ.
٦٠. النهاية شرح الهداية، المؤلف: حسين بن علي السُّغْنَاقي (ت: ٧١١هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي بتركيا، برقم (٩٠٤).
٦١. نيل الأوطار، المؤلف: محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٥هـ)، دار الجليل، بيروت، ١٩٧٣م.
٦٢. الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: علي بن أبي بكر المرغيناني (ت: ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة وتاريخها: بدون.
٦٣. يتيمة الدهر في فتاوى أهل العصر، المؤلف: عبد الرحيم بن عمر الترجماني (ت: ٩٥٨هـ)، مخطوط بمكتبة ملت فيض الله أفندي بتركيا، برقم (١٠٨٨).





أثر جائحة فايروس كورونا المستجدة (COVID-19) على العقود الآجلة المعاصرة المشهورة [الاستصناع الموازي، والسلم الموازي، الصيانة، المقاولات، التوريد]

د. نبيل صلاح ناجي الرادادي
الأستاذ المشارك بقسم الفقه بكلية الشريعة
بالجامعة الإسلامية

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده، ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧٠-٧١].

أما بعد:

فإن الله عزَّ وجلَّ العليم الحكيم القدير وسع علمه كل شيء، ذو الحكمة البالغة، ومقدر الخير والشر، مدبر الكون لا يحدث في ملكه ما لا يريد، مبتلي عباده وخلقه بما شاء من الخير والشر، فتنة وابتلاءً ومجازاة. ومما ابتلينا به في هذا الزمان بـ «وباء كورونا المستجد COVID-19»، وهذا البلاء عدته منظمة الصحة العالمية جائحة، مع سرعة انتشاره، وحصول العدوى به، وحصل منه أضرار، ونزلت بسببه نوازل في حياة الناس في دينهم ودنياهم، وأمور

معاشهم، فاحتاج الناس إلى السؤال عما يُصلح أحوالهم، وبدأ البحث عن حلول لمشكلات ومعضلات هذا المرض من الناحية الشرعية، والاقتصادية، والطبية، ونحو ذلك. ومن هنا احتيج إلى الكتابة، وكل ذلك بضوابط البحث العلمي السائد عند أهل العلم، وكان نصيبي أن يسر الله لي الكتابة في جزء من الجانب الشرعي فيما يتعلق بأثر جائحة فيروس كورونا المستجد COVID-19. على العقود الآجلة المعاصرة المشهورة (الاستصناع الموازي، والسلم الموازي، الصيانة، المقاولات، التوريد).

الهدف من البحث، وأسباب اختياره:

١. عموم البلوى بهذا المرض، وسرعة انتشاره، وضرارته؛ لا شك أنها تؤدي إلى تغيرات في جوانب من الحياة، التي لها تأثير في الحكم الشرعي.
٢. حاجة الناس إلى السؤال لبحث هذه المسألة، وهذا البحث لعله مما يساعد في سد هذه الثغرة.
٣. بيان صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان وحال، وأنها لا تعجز أمام النوازل والمستجدات، وأن الفقه الإسلامي متجدد قديمه حديث، وحديثه قديمه، ومدى الجهد الذي بذل من علماء الشريعة قديماً، وحديثاً في بيان الأحكام.

تنظم خطة البحث: من تمهيد، ومبحثين، وخاتمة.

تمهيد:

في وضع الجوائح، وفيه ستة مطالب:



- المطلب الأول: معنى وضع الجوائح.
- المطلب الثاني: حكم وضع الجوائح في الثمار.
- المطلب الثالث: حكم وضع الجوائح في الزروع.
- المطلب الرابع: حكم وضع الجوائح في البقول.
- المطلب الخامس: التأخير في الجذاذ، والأخذ للثمرة عن وقتها المعتاد.
- المطلب السادس: الفرق بين قاعدة وضع الجوائح، ونظرية الظروف الطارئة.

المبحث الأول: التعريف بالعقود الآجلة المعاصرة المشهورة (الاستصناع الموازي، والسلم الموازي، الصيانة، المقاولات، التوريد):
وفيه خمسة مطالب:

- المطلب الأول: معنى الاستصناع الموازي، وحكمه.
- المطلب الثاني: معنى السلم الموازي، وحكمه.
- المطلب الثالث: معنى عقد الصيانة، وحكمه.
- المطلب الرابع: معنى عقد المقاولات، وحكمه.
- المطلب الخامس: معنى عقد التوريد، وحكمه.
- المبحث الثاني: أثر الجائحة على العقود الآجلة المعاصرة المشهورة (الاستصناع الموازي، والسلم الموازي، الصيانة، المقاولات، التوريد):

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر جائحة فيروس كورونا المستجد (covid-19) على الشرط الجزائي في هذه العقود، وفي التأخر في إنجاز العقد.

المطلب الثاني: أثر جائحة فيروس كورونا المستجد (covid-19)، في الزيادة في أسعار المواد الخام، وأثر ذلك الخاتمة، وفيها أهم النتائج.

فهارس الآيات والأحاديث والمصادر والمراجع.

وسرت في البحث على وفق المنهج الآتي:

١. كتابة الآيات بالرسم العثماني، مع عزوها إلى السورة، ورقم الآية.
 ٢. تخريج الأحاديث النبوية الشريفة مع ذكر درجة الحديث من كلام أهل الفن إلا إن كان في الصحيحين، أو في أحدهما فيكتفى بهما.
- المنهج في دراسة المسائل:**

- أ. دراسة المسألة دراسة فقهية مقارنة - مع ذكر الخلاف، وأدلة كل قول، وبيان الراجح من وجهة نظري بدليله، هذا إذا كانت المسألة منصوص عليها في كلام العلماء رَحْمَهُمُ اللهُ بعينها، أو تدخل تحت ضابط عام، أو اجتهد في التخريج على الأصول، أو الفروع بحسب الوسع، والطاقة.
- ب. توثيق الأقوال من مصادر المذاهب المعتمدة لكل مذهب.
- ج. إذا قلت «نوقش» فهو منقول، وإن قلت «يناقش» فمن كلامي.

تمهيد في وضع الجوائح

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: معنى وضع الجوائح:

الوضع لغة:

قال ابن فارس: «الواو والضاد والعين أصل واحد يدل على الخفض للشيء، وحطه»^(١)، وفي القاموس: وضعه أي حطه^(٢)

الجوائح لغة:

جمع جائحة وهي الشدة المجتاحة للمال^(٣).

وقال ابن فارس: «جوح» الجيم، والواو، والحاء أصل واحد، وهو الاستئصال يقال: جاح الشيء يجوحه استأصله^(٤).

الجائحة اصطلاحاً:

ذكر الفقهاء تعريفات للجوائح.

فعند الحنفية عُرِّفت بأنها: هي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة^(٥).

(١) مقاييس اللغة (٦/١١٧) مادة «وضع».

(٢) القاموس المحيط (٧٧١) مادة «جوح».

(٣) المصدر السابق (٢١٦) مادة «جوح».

(٤) مقاييس اللغة (١/٤٩٢) مادة «جوح».

(٥) البناية شرح الهداية (٨/١٥٥).

وعند المالكية عُرِّفَتْ بأنها: ما أتلَّف من معجوز عن نفعه عادة قهراً من ثمرٍ، أو نبات بعد بيعه^(١).

وعند الشافعية عُرِّفَتْ بأنها: كل ما أذهب الثمرة، أو بعضها بغير جناية آدمي^(٢).

وعند الحنابلة عُرِّفَتْ بأنها: هي الآفة التي تهلك الثمار، والأموال، وتستأصلها، وكل مصيبة عظيمة، وفتنة مبيرة^(٣).

وهذه التعريفات متقاربة، حيث نصت على الآفة المهلكة للثمر، ولم تكن من فعل آدمي، بل بشيء لا يستطيع دفعه؛ كالمطر، والحرب، والزلازل، والبراكين ونحوه.

أما وضع الجوائح باعتبارها «لقباً» فمعناها: إسقاط الضمان عن المشتري للثمر بعد التخلية، وانفساخ البيع، ووجوب رد الثمن على المشتري^(٤).

(١) حدود ابن عرفة مع شرحه (٢٨٩)، وانظر: الفواكه الدواني (١٩٢/٢).

(٢) الأم (٥٨/٣).

(٣) المطلع (٢٤٤).

(٤) انظر البيان للعمراني (٣٨٧/٥)، وضع الجوائح للثنيان (١٧٥).

المطلب الثاني: حكم وضع الجوائح في الثمار:

وصورتها:

من اشترى ثمار بستان، ثم خُلِّي بينه، وبين الثمر، ثم أصيب الثمر بأفة سماوية، فعلى مَنْ الضمان؟ هل هو على المشتري، وتكون المصيبة عليه، أو المصيبة على البائع؟ فيه خلاف.

تحرير محل النزاع:

١. لا خلاف أن الثمرة إذا أجيحت قبل التخلية أنها على البائع^(١).
٢. لا خلاف أن الثمرة إذا أجيحت بعد الجذاذ أنها على المشتري^(٢).
٣. لا خلاف في أن الثمرة إذا أجيحت بعد النضج، وإمكان الجذاذ أنها على المشتري^(٣).
٤. لا خلاف في أن الثمرة إذا بيعت مع أصلها ثم أجيحت فمن مال المشتري^(٤).

(١) بدائع الصنائع (١٦٦/٥) ط. دار الكتب العلمية، البحر الرائق (١٢٦/٦)، بداية المجتهد (٣٥٨/٣)، روضة الطالبين (٤٩٩/٣)، المغني (١٧٧/٦)، الإنصاف (١٩٦/١٢)، وضع الجوائح (١٧٨).

(٢) البحر الرائق (١٢٦/٦)، الشرح الكبير (١٨٣/٣)، روضة الطالبين (٥٦٢/٣) المغني (١٨٠/٦)، وضع الجوائح (١٧٨).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) الفواكه الدواني (١٢٩/٢)، روضة الطالبين (٥٦٤/٣)، مجموع الفتاوى (٢٨٢/٣٠)، الفروع (٢٠٩/٦)، كشاف القناع (٢٨٦/٣).

٥. لا خلاف في أن جائحة العطش أنها على البائع^(١)

محل النزاع:

إذا بيعت الثمرة منفردة عن أصلها من غير مالك أصلها بعد بدو صلاحها، وبعد تحلية البائع بين المشتري وبينها، وقبل تمام نضجها، بجائحة غير العطش، فهنا اختلف العلماء على قولين:

القول الأول: القضاء بالجائحة، بمعنى أنها توضع عن المشتري، وتكون من ضمان البائع.

وإليه ذهب المالكية^(٢)، والشافعي في القديم^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلتهم:

١. عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو بعت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يجلب لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟))، وفي لفظ «أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بوضع الجوائح»^(٥).

- (١) بداية المجتهد (٣/٣٥٩)، روضة الطالبين (٣/٥٦٥)، أسنى المطالب (٢/١٠٨)، المغني (٦/١٧٨)، منتهى الإرادات (٣/٢٩٢) مع الشرح، وضع الجوائح (١٧٨).
- (٢) المعونة (٢/١٠١٩)، بداية المجتهد (٣/٣٥٧)، مواهب الجليل (٥/٣٢٤).
- (٣) حلية العلماء (٤/٢١٦)، البيان (٥/٣٨٧)، روضة الطالبين (٣/٥٦٤).
- (٤) المغني (٦/١٧٧)، الإنصاف (١٢/١٩٤)، المنتهى (٣/٢٩٢) مع الشرح.
- (٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح (١٠/٤٦٠) (٣٩٥٢) (٣٩٥٧) مع النووي.

وجه الدلالة: ظاهر الأمر الوجوب، ولقوله: ((لا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً))^(١).

نوقش: أن الحديث محمول على النذب بأدلة القول الثاني، أو محمول على الأرض الخراجية، أو محمول على الجوائح قبل القبض، أو على البيع فيما قبل بدو الصلاح^(٢).

٢. أنه بيع بقي على البائع فيه حق توفية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه، أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفية، وكذلك القياس على العين المؤجرة بأنه يباح التصرف فيها، ولا يلزم من إباحة التصرف القبض، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر؛ كذلك الشجرة عليها الثمر؛ كالمناقع في الأعيان المؤجرة قبل استيفائها تؤخذ حالاً فحالاً^(٣).

القول الثاني: لا يُقضى بالجائحة، وإنما تكون المصيبة على المشتري.

وإليه ذهب الحنفية^(٤)، والشافعي في الجديد^(٥).

- (١) شرح النووي على صحيح مسلم (٤٦٠ / ١٠).
- (٢) شرح معاني الآثار (٣٥ / ٤)، معالم السنن (٨٣ / ٣)، الأم (٥٧ / ٣)، فتح الباري (٤ / ٤٦٦) عند شرح الحديث رقم (٢١٩٨)، الشرح الكبير (١٢ / ١٩٦)، إعلاء السنن (١٤ / ٣٤٥).
- (٣) بداية المجتهد (٣ / ٣٥٨)، شرح النووي على مسلم (١٠ / ٤٦٠)، المغني (٦ / ١٧٨)، الشرح الكبير (١٢ / ١٩٦).
- (٤) الحجة على أهل المدينة (٢ / ٥٦٠)، التجريد (٥ / ٢٤١٠).
- (٥) حلية العلماء (٤ / ٢١٦)، البيان (٥ / ٣٨٧)، روضة الطالبين (٣ / ٥٦٤)، أسنى المطالب (٢ / ١٠٨).

أدلتهم:

١. عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ثَمَارِ ابْتَاعِهَا، فَكَثُرَ دِينُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((تصدقوا عليه))، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لغرمائه: ((خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك))^(١).

وجه الدلالة: فلو كانت الجوائح تُوضع لم يفتقر إلى التصديق عليه لدفع دينه، ولو كانت الجائحة موضوعة لما ثبت عليه الدين فدل على أن الجائحة في حديث جابر ليست على عمومها^(٢).

نوقش: أنه يُحمل على أنها تلفت بعد أوان الجذاذ، مع تفريط المشتري في تركها بعد ذلك على الشجرة، وحينئذ تكون من ضمان المشتري^(٣).

٢. من القياس: تشبيه هذا البيع بسائر المبيعات، وأن التخلية في هذا البيع هو القبض، وقد اتفق العلماء أن ضمان المبيعات بعد القبض من ضمان المشتري^(٤).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضوع من الدين (٤٦٢/١٠) (٣٩٥٨) مع النووي.

(٢) بداية المجتهد (٣/٣٥٨)، شرح النووي على مسلم (١٠/٤٦١)، فتح الباري (٤/٤٦٦) عند الحديث رقم (٢١٩٩)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/٥١٤).

(٣) شرح النووي على مسلم (١٠/٤٦١)، الشرح الكبير (١٢/١٩٦).

(٤) شرح النووي على مسلم (١٠/٤٦١).

وأما أحاديث القول الأول فتدل على أنها محمولة على الاستحباب، أو على أنها محمولة على البيع قبل بدو الصلاح ما جاء في حديث زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «كان الناس في عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتبايعون الثمار فإذا جَدَّ الناس وحضر تقاضيهـم قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مرض، أصابه قشام - عاهات يحتاجون بها-؛ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا كَثُرَتْ عِنْدَهُ الْخِصُومَةُ: ((فَأَمَّا لَا فَلَا تَبَايَعُوا حَتَّى يَبْدُو صِلَاحَ الثَّمْرِ)) كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم»^(١).

كذلك قد يحمل مطلق «حديث جابر» على «مقيد» حديث أنس: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي»، فقيل له: «وما تزهي؟» قال: «(حتى تحمر)»، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «(أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟)»^(٢).

فقالوا: إنها ورد وضع الجائحة؛ فيما إذا بيعت الثمرة قبل بدو الصلاح بغير شرط القطع^(٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح (١٥٥٥).

(٣) شرح النووي على مسلم (١٠/٤٦١)، فتح الباري (٤/٤٦٦).

نوقش من أوجه^(١):

١. أن حديث جابر قال فيه: ((إذا بعت...))، والبيع المطلق لا ينصرف إلا إلى البيع الصحيح.

٢. أنه أطلق البيع في الثمرة، ولم يقل قبل بدو صلاحها.

٣. أنه قيد ذلك بحال الجائحة، وبيع الثمر قبل بدو الصلاح لا يجب فيه ثمن بحال.

٤. المقبوض بعقد فاسد مضمون على المشتري.

ونوقش قياسهم: بأن التخلية ليست قبض تام؛ بدليل أن الثمرة لو أجيحت بالعطش وجب وضع الجائحة هنا، وهم لم يقولوا بعدم الوضع^(٢).

وهذا يشبه قياسنا على الأعيان؛ كما تقدم في أدلة القول الأول.

والقياس على قبض المبيعات؛ قياس مع الفارق؛ حيث أنه يبقى على البائع حق توفية، كما تقدم في أدلة القول الأول^(٣).

الترجيح:

الذي يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول الأول القائل بوضع الجوائح؛ لقوة دليلهم، ولما تقدم من مناقشة أدلة المخالفين.

(١) مجموع الفتاوى (٣٠ / ٢٧٣ - ٢٧٤)، وانظر: وضع الجوائح (١٩١ - ١٩٢).

(٢) المصدر السابق.

(٣) وضع الجوائح (١٩١ - ١٩٢).

فتمتى تلف شيء فعلي حسب اختلافهم في المقدار الموضوع، الثلث فأكثر عند المالكية، ومطلقاً عند الحنابلة وضع عن المشتري بقدر الذهاب، وإن تلف الجميع بطل العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن^(١).

المطلب الثالث: حكم وضع الجوائح في الزروع:

يراد بالزروع هنا:

الحب الذي يُبَسّ، ويُدَّخر كالقمح، والشعير، ونحوهما^(٢).

فإذا بيع شيء من ذلك، فأجبح قبل حصاده؛ فاختلف العلماء في وضع الجائحة فيه على قولين:

القول الأول: لا توضع الجائحة في الزروع، وإليه ذهب المالكية^(٣)، وهو وجه عند الحنابلة^(٤).

دليلهم: أن تسليمه قد كُمل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع، لأنه ليس له في أصله منفعة مستثناه يستنظر استيفاءها؛ فصار ذلك بمنزلة الصبرة

(١) بداية المجتهد (٣/٣٦٢)، الشرح الكبير للدردير (٣/١٨٥)، الشرح الكبير (١٢/٢٠٠).

(٢) وضع الجوائح (٢٢٦).

(٣) المنتقى (٤/٢٣٣)، بداية المجتهد (٣/٣٦٢)، مواهب الجليل (٥/٣٢٦).

(٤) الإنصاف (١٢/١٩٩)، مجموع الفتاوى (٣٠/٢٨٠)، الفروع (٦/٢٠٩-٢١٠)، المبدع (٤/١٦٦).

الموضوعة في الأصل، فهي لا تباع إلا بعد كمال صلاحها، وأوان جذاذها؛ بخلاف الثمرة فإن بيعها جائز بمجرد الصلاح، ومدته تطول^(١).

القول الثاني: توضع جائحة الزروع، وإليه ذهب الحنابلة في وجهه، وهو المذهب^(٢).

دليلهم: قياس الزرع على الثمرة، وبين اشتداده، وحصاده مدة قد تصيبها جائحة فالنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَنْبِ حَتَّى يَسْوَدَ، وَيَبِيعَ الْحَبَّ حَتَّى يَشْتَدَّ^(٣).

وجه الدلالة: فيبيع هذا بعد سواده؛ كبيع هذا بعد اشتداده^(٤).

الترجيح:

الذي يظهر القول الثاني على ما ذكر من تعليل؛ بحيث إنه تبقى له بقية حتى يحصد.

(١) المدونة (١٩/٤)، المنتقى (٢٣٣/٤)، الفواكه الدواني (١٤٢/٢)، مجموع الفتاوى (٢٨٠/٣٠).

(٢) الكافي (١١٢/٣)، مجموع الفتاوى (٢٨٠/٣٠)، الفروع (٢٠٨/٦).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٣٣٧١)، والترمذي في جامعه، أبواب البيوع (١٢٢٨)، وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢٢١٧)، وأحمد في المسند (١٣٣١٤)، وصححه الألباني، ومحققو المسند.

(٤) الكافي (١١٢/٣)، مجموع الفتاوى (٢٨٠/٣٠).

المطلب الرابع: حكم وضع الجوائح في البقول:

وهي ما سوى الثمار، والحبوب؛ كالقثاء، والخيار، والباذنجان ونحوها، أو ما له أصل يتكرر حملة^(١)، فهل توضع الجوائح في مثل هذه إذا بيعت بعد بدو الصلاح، وقبل تمام النضج، وأصيبت بجائحة؟ فيه خلاف:

القول الأول: توضع الجائحة في البقول مطلقاً.

وإليه ذهب المالكية^(٢)، والحنابلة في المذهب^(٣).

دليلهم: قياساً على الثمر؛ لأن البقول تحتاج إلى تبقية، والبائع يسقيها فكانت؛ كالثمر؛ فاستوت مع الثمر في العلة^(٤).

القول الثاني: لا توضع الجائحة في البقول.

وهو قول عند المالكية^(٥)، وقول عند الحنابلة^(٦).

(١) المنتقى (٤/٢٣٣)، الإنصاف (١٢/١٩٨)، وضع الجوائح (٢٢٦)، وما يحتاج إلى بقاء في أصله لحاجته لبقاء رطوبته ونضارته، كالبقول، والقصيل، والأصول المغيبة من الجزر، والبصل، والثوم.

(٢) المعونة (٢/١٠٢١)، المنتقى (٤/٢٣٣)، مواهب الجليل (٥/٣٢٥)، الفواكه الدواني (٢/١٢٩).

(٣) الفروع (٦/٢١٠)، الإنصاف (١٢/١٩٨).

(٤) المعونة (٢/١٠٢١)، المنتقى (٤/٢٣٣)، بداية المجتهد (٣/٣٦١)، مواهب الجليل (٥/٣٢٥).

(٥) المعونة (٢/١٠٢١)، بداية المجتهد (٣/٣٦١)، مواهب الجليل (٥/٣٢٥).

(٦) الإنصاف (١٢/١٩٨).

دليلهم: أنه لم يبق فيها حق توفية على البائع؛ فلا تشبه الثمر^(١).

الترجيح:

الذي يظهر- والله أعلم- القول الأول؛ لصحة القياس، وإنما ذكر الثمر في الحديث؛ لأنه الذي كان في المدينة، والمشتهر في العهد النبوي،؛ فالنص خرج مخرج الغالب؛ فلم يعتبر مفهومه.

المطلب الخامس: التأخير في الجذاذ، والأخذ للثمرة عن وقتها المعتاد:

القول الأول: الضمان على المشتري؛ بمعنى أن الجائحة غير موضوعة.

وإليه ذهب المالكية^(٢)، والحنابلة على الصحيح^(٣).

دليلهم: أنه مُفَرِّط بترك النقل في وقته المعتاد، مع قدرته؛ فكان الضمان عليه^(٤).

القول الثاني: الضمان على البائع، بمعنى أن الجائحة موضوعة عن المشتري.

وهذا وجه عند الحنابلة^(٥).

(١) المعونة (٢/١٠٢١)، المنتقى (٤/٢٣٣).

(٢) الفواكه الدواني (٢/٨٨)، (٢/١٢٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٨٢)، الإنصاف (١٢/٢٠١).

(٤) الشرح الكبير (١٢/٢٠١).

(٥) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٨٢)، الإنصاف (١٢/٢٠١).

دليلهم: عدم كمال قبض المشتري^(١).

القول الثالث: التفريق بين حالة العذر، وغيره.

وهو وجه آخر عند الحنابلة^(٢).

دليلهم: قياساً على المنفعة في الإجارة، فإن هذه الثمرة بمنزلة المنفعة في الإجارة، ولو حال بين المستأجر، وبينها حائل يخصه مثل مرضه، ونحوه لم تسقط عنه الأجرة، بخلاف العذر العام؛ كالخوف، والوباء؛ فإنه يسقط أجرة ما ذهب من المنفعة^(٣).

فظاهر التعليل هنا أن العذر المراد به العذر العام لا الخاص، ففي العام يوضع عن المشتري، أما العذر الخاص فلا يوضع عنه، على ظاهر كلام ابن تيمية في الفتاوى.

الترجيح:

الذي يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول الثالث؛ لقوة دليلهم.

وبناءً على هذه المسألة يُجَرَّج ما يحصل الآن بسبب وباء كورونا من عدم قدرة المشتري من الوصول إلى المزرعة، أو قلة العاملين في جني الثمار بسبب مرضهم، أو خوفهم من المرض، أو المنع من العمل؛ فهل على المشتري أن يضمن التلف فيما لو استمر المنع والعذر حتى تجاوز الوقت المعتاد للجني،

(١) مجموع الفتاوى (٢٨٢/٣٠).

(٢) الإنصاف (٢٠١/١٢).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٨٢/٣٠).

والأخذ، والجذاذ؛ بمعنى فسخ العقد، والرجوع بالثمن، وتكون المصيبة على البائع، أو أن المصيبة على المشتري؟

والذي يظهر لي -والله أعلم- القول بوضع الجوائح العامة هنا بالعدر العام؛ كالخوف، والوباء فإنه ينزل منزلة إصابة الثمر نفسه.

المطلب السادس: الفرق بين وضع الجوائح، ونظرية الظروف الطارئة:

وضع الجوائح تقدم معناه في المبحث الأول من التمهيد.
وأما نظرية الظروف الطارئة:

الطارئة لغة:

مؤنث الطارئ، هي الداهية التي لا يعرف من أين أتت^(١).

وعند القانونيين:

هي إحدى النظريات التي تعنى بمعالجة، وتعديل العقود المتراخية التنفيذ في الأحوال المفاجئة، والحوادث غير المتوقعة^(٢).

(١) المعجم الوسيط (٥٥٢) مادة (طراً) وانظر القاموس المحيط (٤٦) مادة (طراً).
(٢) الوسيط في شرح القانون المدني (١/٨٥٢)، و التوضيح النقدي (٢٩١) وانظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (٣٦) (العوارض الطارئة على الالتزامات) (٩٢٣) (٩٣١)، ومنهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تحليل ونقد) لأيمن الدباغ، مجلة جامعة النجاح (العلوم الإنسانية) المجلد (٢٨) (١٦٦٧)، العوارض الطارئة، عبد الستار أبو غدة (٣/٢٤٧٥).

والنظرية قائمة على أنها وسيلة قانونية؛ لإعادة التوازن بين التزامات طرفي العقد بعد أن اختل ذلك التوازن اختلالاً شديداً بينهما؛ بحيث أصبح التزام المدين لا يتناسب مطلقاً مع التزام الدائن، ويحقق خسائر شديدة للمدين إذا نفذ الالتزام؛ كما نص عليه في العقد^(١).

فالنظرية لها أركان:

١. وجود التزام عقدي تراخي تنفيذه.
٢. طرء حادث بعد العقد، وقبل تنفيذه، وأن يكون حادثاً استثنائياً غير متوقع؛ كالزلازل، والبراكين، وأن لا يستطيع دفعه.
٣. أن يصبح التزام المدين مرهقاً^(٢).

وبدأ الاهتمام بها عند الفقهاء المعاصرين على ما ذكره بعض الباحثين في عام ١٩٣٢ م، ثم زاد الاهتمام بها حتى وصلت «دراسة» إلى «المجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة» تقدم بها الشيخ مصطفى الزرقا في عام ١٤٠٢ هـ في الدورة الخامسة، وانتهى المجلس إلى اعتبار الظروف الطارئة في تعديل الالتزامات، والحقوق في العقود المتراخية التنفيذ؛ كعقد التوريد مثلاً، وأخذت به المعايير الشرعية التابعة لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار رقم (٣٦) استناداً إلى:

١. أن الضرر مرفوع في الشريعة، وتحقيقاً للعدل، والمصلحة.

(١) القواعد القانونية العربية والدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة (٩٦).

(٢) منهج الفقهاء المعاصرين (٢٧/١٦٦٧-١٦٦٨) مجلة جامعة النجاح.

٢. القياس على ما ذكره الحنفية في فسخ الإجارة بالأعدار^(١).

٣. وتصحيحاً لتصرف المسلم ما أمكن، ولا يتسرع في إلغاء الالتزام.

٤. وقياساً على وضع الجوائح^(٢).

ختاماً: يظهر أن العلاقة بين وضع الجوائح، ونظرية الظروف الطارئة علاقة عموم وخصوص مطلق، فوضع الجوائح هي جزء من أجزاء النظرية، وأصلت النظرية على وضع الجوائح. والله تعالى أعلم.

لكن بعض الباحثين «رأى أن وضع الجوائح ليس من باب التعامل من طارئ ليس لأحد طرفي العقد يد فيه، ولو كان كذلك لكان مقتضى العدل أن يتم توزيع الهلاك على الطرفين بالتساوي، لا أن يتحمل ذلك البائع وحده؛ لكن باب الجوائح من باب آخر؛ وهو هلاك المبيع قبل التسليم، وبالتالي إخلال البائع بالتزامه بالتسليم، كان العدل أن يتحمل البائع وحده تبعة الهلاك، ووضع الجوائح يتعلق بما يسميه القانونيون «القوة القاهرة»، ولا يتعلق بالظرف الطارئ، والقوة القاهرة عند القانونيين: هي كل ما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهو يقابل عند الفقهاء المتقدمين: «كل آفة غير متوقعة، ولا مقدورة الدفع، تؤثر في محل العقد فتؤدي إلى استحالة تنفيذه

(١) انظر المبسوط (٤٢/١٦)، بدائع الصنائع (٢٦/٦)، كنز الدقائق (٥٥٦).

(٢) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (٣٣٦-٣٤٢)، المعايير الشرعية (٩٣٠)، ومنهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (١٦٧١/٢٧)، الوسيط في القانون (٧٠٩/١)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (٩١/٦) ومقدمة مصطفى الزرقا في بحثه المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته التاسعة ١٤١٥هـ بعنوان انخفاض قيمة العملة الورقية العدد التاسع (٣٦٠/٢).

وانفساخه» فالقوة القاهرة تتعلق بمحل العقد فتهلكه، وتجعل تنفيذه مستحيلًا، فالجزء انفساخ العقد تلقائياً، أما في ظرف الطارئ فقد يكون الجزء الفسخ القضائي، أو التعديل بالالتزام، أو إرجاؤه.

والحاصل أن وضع الجوائح موافق لقاعدة القوة الملزمة للعقد، لا مخالف لها، ولا مستثنى منها، وهو ما يجعل تخريج نظرية الظروف الطارئة عليها تخريجاً غير دقيق؛ لأن أساس نظرية الظروف الطارئة أنها استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد^(١).

وهذا الانتقاد من الباحث إنما هو على تخريج النظرية على قاعدة وضع الجوائح، وأما الحكم والنتيجة فصحيحة عند البناء على النظرية؛ لأنها صحت بأدلة أخرى.

لكن الباحث أراد أن الخطأ هو في الاستناد إلى قاعدة وضع الجوائح، وتخريج النظرية عليها.

قلت: الاستناد إلى قاعدة وضع الجوائح في تخريج، وتصحيح النظرية صحيح؛ لما يأتي:

(١) منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تعليل ونقد) لأيمن الدباغ (١٦٨٦/٢٨) مجلة جامعة النجاح. (بتصرف يسير). وانظر في معنى القوة القاهرة: الوسيط للسنيهوري (٧١٨/١)، و«القوة القاهرة والظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية» د. هند الحدوتي، منشور في مؤلف جماعي بعنوان «الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا» (٣٩٢).

أولاً: أن عقد البيع لازم بين المتعاقدين؛ لكن لما نزلت الجائحة خفف عن المشتري شيئاً من الالتزام فيما يقابل الهالك من الثمار، وفي العقود الأخرى خفف عن أحد الطرفين، أو أحدهما شيئاً من الالتزام؛ لوجود الجائحة (الظرف الطارئ)، فهما اشتركا في التخفيف؛ لكن التخفيف في الجوائح إسقاط بما يقابله من الهلاك، وفي الظرف الطارئ إسقاط بما يخفف الظرف الطارئ على من ابتلي به من تسوية قضائية، أو إلغاء، أو تأجيل؛ فالمشترط في القياس هو وجود العلة في الفرع والأصل المقيس عليه.

ثانياً: أركان النظرية الثلاثة السابقة؛ منطبقة على الجائحة، والظرف الطارئ.

ثالثاً: أن التخفيف في الجائحة؛ لأن العلاقة بين المتعاقدين لا زالت قائمة، فهو معجوز عن تسليمه دفعة واحدة، وكذلك في النظرية؛ العلاقة قائمة بين الطرفين، فهو معجوز عن تسليمه دفعة واحدة.

قال تقي الدين ابن تيمية: «وضع الجوائح في المبيعات، والضمانات، والمؤجرات مما تمس الحاجة إليه، وذلك داخل في قاعدة» تلف المعقود عليه قبل التمكن من القبض»^(١).

(١) مجموع الفتاوى (٢٥٣/٣٠).

المبحث الأول معنى وحكم (الاستصناع الموازي، والسلم الموازي، الصيانة، المقاولات، التوريد) وتحت مطالب:

المطلب الأول: معنى عقد الاستصناع الموازي، وحكمه:

الاستصناع لغة:

قال ابن فارس «الصاد والنون والعين أصل صحيح، وهو عمل الشيء صنْعاً، وامرأة صنَاع، ورجل صنَع إذا كانا حاذقين فيما يصنعانه»^(١).
وفي القاموس: «صنع الشيء صنْعاً بالفتح، والضم: عمله»^(٢).
«واصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً»^(٣).

اصطلاحاً:

عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(٤).

وقيل: هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص^(٥).

(١) مقاييس اللغة (٣/٣١٣).

(٢) القاموس المحيط (٧٣٨) مادة (صنع)، تاج العروس (٢١/٣٦٨).

(٣) لسان العرب (١/٢٠٩) مادة (صنع).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٩٥).

(٥) حاشية ابن عابدين (٥/٢٣٥).

وصورته: أن يقول إنسان لصانع من خفافٍ، أو خياطٍ أو غيرهما اعمل لي خفًا، أو آنية من أديم، أو ثوبًا من عندك بثمان كذا، ويبين نوع ما يعمل، وقدره، وصفته فيقول الصانع: نعم^(١).

حكم الاستصناع التكليفي:

القول الأول: جواز عقد الاستصناع، وإليه ذهب الحنفية^(٢).
أدلتهم:

١. عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ...^(٣).

وجه الدلالة: أي أمر أن يصنع له خاتمًا^(٤)، وهذا فيه دلالة على جواز الاستصناع.

نوقش: أنه يتطرق إليه الاحتمال أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دفع إليه الثمن مقدماً.

وأجيب: أنه لو قدم الثمن لنقل؛ فلما لم ينقل علم جوازه^(٥).

- (١) بدائع الصنائع (٦/٩٥).
- (٢) بدائع الصنائع (٦/٩٦)، البحر الرائق (٦/١٨٥)، تبيين الحقائق (٤/١٢٣)، حاشية ابن عابدين (٥/٢٣٥).
- (٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه (٣٣٨/١٠) (٥٨٧٦) مع الفتح، ومسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم خاتم الذهب على الرجال (١٤/٢٩٢) (٥٤٤٠) مع النووي.
- (٤) النهاية لابن الأثير (٣/٥٦).
- (٥) المعاملات المالية (٨/٢٩٦).

٢. الإجماع العملي على جوازه، وقال الكاساني: «ويجوز أي الاستصناع استحساناً؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير»^(١).

٣. وجود الحاجة الداعية إليه، ولو لم يقل بجوازه؛ لوقع الناس في حرج^(٢).

٤. أن في الاستصناع عقدين جائزين هما السلم، والإجارة، وما كان كذلك فهو جائز^(٣).

القول الثاني: لا يجوز إلا بشروط السلم، وإليه ذهب المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦).

أدلتهم:

١. أنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم^(٧).

نوقش: أن الممنوع من بيع ما ليس عندك إنما هو في الأعيان التي ليست عند البائع، أما الموصوف في الذمة فجائز؛ لذا جاز السلم^(٨).

(١) بدائع الصنائع (٦/٩٦)، وانظر: البحر الرائق (٦/١٨٥)، تبيين الحقائق (٤/١٢٣).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٩٦).

(٣) المصدر السابق.

(٤) مواهب الجليل (٥/٣٥٨).

(٥) المهذب (٣/١٧٤)، مغني المحتاج (٢/١٠٢).

(٦) الفروع (٦/١٤٧)، الإنصاف (١١/١٠٥)، كشف القناع (٣/١٦٥).

(٧) المصادر السابقة.

(٨) المعاملات المالية (٨/٣٠٢).

٢. أن عقد الاستصناع يدخل في بيع المعدوم؛ وهو من الغرر^(١).

نوقش: أن ليس كل شيء معدوم فيه غرر، بل هناك أشياء معدومة لا غرر فيها، ولا تخفى علينا عاقبتها، كما في بيع الأشياء المعدومة وقت العقد، ولكنها متحققة الوجود في المستقبل بحسب العادة؛ كما في السلم، وبيع الأشياء المتلاحقة الوجود^(٢).

٣. أن عقد الاستصناع بيع دين بدين^(٣) وهذا ممنوع بالإجماع^(٤).

نوقش: أنه عقد اشتمل على بيع، وإجارة، والإجارة لا يجب تسليم الثمن في ابتداء العقد إنما بعد الوفاء بالعمل.

وأيضاً: في تسليم الثمن في مجلس العقد يترتب عليه مفسدة كبرى من ضياع الأموال عند تقديمها، مع عدم تنجيز العمل، أو الإخلال به وهو يتعلق بملايين الريالات، وأكثر من ذلك^(٥).

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - رجحان القول الأول القول القائل بجواز عقد الاستصناع هذا في الأصل؛ لكن له شروط قد نص عليها قرار «مجمع الفقه الإسلامي» التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في دورته السابعة في

(١) المصدر السابق.

(٢) الغرر وأثره في العقود (٣٥٥).

(٣) مواهب الجليل (٥/٣٥٨).

(٤) الشرح الكبير (١٢/١٢٠).

(٥) المعاملات المالية (٨/٢٩٩)، الغرر وأثره في العقود (٣١٦-٣٢٠).

جدة ٧-١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ، قرار رقم (٦٧، ٣، ٧): «وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.

قرر:

١. أن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل، والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.
 ٢. يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:
 - أ. بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.
 - ب. أن يحدد فيه الأجل.
 ٣. يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة إلى آجال محددة.
 ٤. يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة، والله أعلم^(١).
- تنبية: الشرط الجزائي على الصانع، وليس على المستصنع^(٢).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/٢/٧٧٧)، وهو ما أخذ به في المعايير الشرعية، المعيار رقم (١١)، (٢٩٥).

(٢) الشرط الجزائي لليمني (٣٣٩).

الاستصناع الموازي:

جاء في وصفه في المعايير الشرعية:

«أن تبرم المؤسسة بصفقتها مستصنعاً؛ عقد استصناع مع الصانع للحصول على مصنوعات منضبطة بالوصف المزيل للجهالة، وتدفع ثمنها نقداً عند توقيع العقد، وتبيع لطرف آخر بعقد استصناع موازٍ مصنوعات تلتزم بصنعها بنفس مواصفات ما اشترته، وإلى أجل بعد أجل الاستصناع الأول، وهذا بشرط عدم الربط بين العقدين».

وأخذ المعيار بالجواز، بشرط عدم الربط بين عقد الاستصناع الأول والثاني^(١).

المطلب الثاني: معنى عقد السلم، والسلم الموازي وحكمه:

السلم لغة:

هو السلف وزناً، ومعناً^(٢).

اصطلاحاً:

عقد على موصوف في الذمة، مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد^(٣).

والأصل في جوازه الكتاب، والسنة، والإجماع:

(١) المعيار رقم (١١) (٣٠٦-٣٠٧).

(٢) مقاييس اللغة (٣/٩٠) القاموس المحيط (١١٢١) مادة (سلم)، المصباح المنير (٢٨٦/١).

(٣) المطلع (٢٤٥)، وانظر البحر الرائق (٦/١٦٨)، والروضة (٤، ٣).

أما الكتاب، فقلوه: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٢].

وفسّر ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا هذه الآية بأنها السلم^(١).

وأما السنة: فروى ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قدم المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث، فقال: ((من أسلف في تمر، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم))^(٢).

وأجمع أهل العلم على جواز السلم^(٣).

وفي قرار «مجمع الفقه الإسلامي» رقم (٩ / ٢ / ١٩) في دورته التاسعة بأبو ظبي بالإمارات العربية المتحدة ١-٦ ذو القعدة ١٤١٥ هـ: «إذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل فإن المسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه، وفسخ العقد، وأخذ رأس ماله، وإذا كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة».

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/٤٨١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/١٩)، وصححه أحمد شاكر في تعليقه على تفسير ابن جرير (٦/٤٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم (٤/٥٠٠) (٢٢٣٩) مع الفتح، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب السلم (١١/٤٢) (٤٠٩٤) مع النووي.

(٣) تبين الحقائق (٤/١١٠)، الذخيرة (٥/٢٢٤)، شرح النووي على مسلم (١١/٤٢)، الشرح الكبير (١٢/٢١٨)، فتح الباري (١١/٥٠٠) وحكى خلافاً عن ابن المسيب.

وأيضاً قال: «لا يجوز الشرط الجزائي عند التأخير في تسليم المسلم؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير»^(١).

السلم الموازي:

استخدام صفقتي سلم متوافقتين دون ربط بينهما^(٢).

وصورته: «أن يقوم البنك الإسلامي بالشراء سلماً لسلعة موصوفة في الذمة بثمن مقدم في مجلس العقد ثم يقوم بعقد سلم آخر فيما بين تاريخ السلم وتاريخ قبض المسلم فيه دون أن يربط ذلك في العقد الأول، فيتحول من مشتري إلى بائع، وذلك أن يبيع سلعة موصوفة في الذمة لصالح تاجر آخر بشروط مماثلة؛ لشروط عقد السلم الأول، وينوي أن يقبضه من تلك السلعة التي أسلم فيها، فإذا وقع البيع على موصوف في الذمة قام البنك بتوكيل المشتري بقبضه من البائع الأول، أو قام البنك بقبضه ثم سلّمه المشتري»^(٣).

وحكمه الجواز، بل قال بعضهم: «لا خلاف فيه بين الفقهاء في جوازه»^(٤)؛ لأن العقد هنا وقع على الذمة، وليس على عين معينة، ولذلك للبائع أن يقضيه من أي حالة شاء. قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «ومن أسلف في طعام ثم باع ذلك الطعام بعينه قبل أن يقبضه لم يجز، وإن باع طعاماً بصفة،

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/١/٦٦٤)، وفي المعايير الشرعية كذلك المعيار رقم (١٠) (٢٨٠).

(٢) المصدر السابق (٩/١/٤٠٧).

(٣) المعاملات للديان (٨/٢٦٣).

(٤) بحث الدكتور نزيه حماد في مجلة الفقه الإسلامي (٩/١/٦٠٧).

ونوى أن يقبضه من ذلك الطعام فلا بأس»^(١)، ثم أورد التعليل بنحو ما تقدم.

المطلب الثالث: معنى عقد الصيانة، وحكمه:

الصيانة لغة:

الحفظ وهي مصدر صان يصون صوناً، وصيانة، وصياناً إذا حفظه في صوانه، والصَّوان هو الوعاء الذي يحفظ فيه الشيء^(٢).

اصطلاحاً:

هو عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص، وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية، أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد^(٣).

أما الحكم:

جاء في قرار «مجمع الفقه الإسلامي» في دورته الحادية عشرة المنعقدة بالمنامة بالبحرين ٢٥-٣٠ رجب ١٤١٩هـ جاء فيه:

«ثانياً: عقد الصيانة له صور كثيرة؛ منها ما تبين حكمه وهي:

١. عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر لها العاقدان حساباً في العادة؛ هذا

(١) الأم (٧٢/٣) ط. دار المعرفة.

(٢) لسان العرب (٣/٢٥٠) القاموس المحيط (١٢١١) مادة (صان).

(٣) عقد المقاولة للعائد (٣٢٩).

العقد وكيف على أنه عقد إجارة على عمل، وهو عقد جائز شرعاً بشرط أن يكون العمل معلوماً، والأجر معلوماً.

٢. عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر، يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد، تكييف هذه الصورة، وحكمها كالصورة الأولى.

٣. الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة، هذا عقد اجتمع فيه بيع، وشرط، وهو جائز سواء كانت الصيانة من غير تقديم المواد، أم مع تقديمها.

٤. الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر، أو المستأجر.

وهذا عقد اجتمع فيه إجارة، وشرط، وحكم هذه الصورة: أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة؛ فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة؛ فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر، أو المستأجر إذا عينت تعييناً نافياً للجهالة.

وهناك صور أخرى يرى المجمع إرجاءها لمزيد من البحث، والدراسة.

ثالثاً: يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة تعييناً نافياً للجهالة المؤدية إلى النزاع، وكذلك تبين المواد إذا كانت على الصائن، كما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات»^(١).

المطلب الرابع: معنى عقد المقاوله وحكمه:

المقاوله لغة:

مفاعلة من القول، وتطلق في اللغة على معين:

١. المجادلة: يقال قاوله في الأمر أي: جادله.

٢. المفاوضة: يقال قاولته في أمره، وتقاولنا أي تفاوضنا^(٢).

اصطلاحاً:

عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً؛ لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر^(٣).

حكم عقد المقاوله:

جاء في قرار «مجمع الفقه الإسلامي» في دورته الرابعة عشرة بالدوحة بقطر عام ١٤٢٣هـ في القرار رقم: ١٢٩ (٣/١٤):

(١) مجلة المجمع (١/٩/٢٧٩-٢٨٠).

وهناك مجموعة أبحاث في المجلة للاستزادة منها؛ لمحمد الزرقا، وسامي السويلم، والسلامي، والصدیق الضير، وعقد المقاوله للعائد (٣٢٩-٣٤٨).

(٢) لسان العرب (١١/٥٧٧)، المصباح المنير (٢/٥١٩)، المعجم الوسيط (٧٦٧) مادة (قول).

(٣) عقد المقاوله للعائد (٤٩)، المعجم الوسيط (٧٦٧).

«عقد المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه: بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً -مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر- وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل، والمادة: وهو المسمى عند الفقهاء «الاستصناع»، أو قدم المقاول العمل: وهو المسمى عند الفقهاء بـ «الإجارة على العمل».

إذا قدم المقاول المادة، والعمل؛ فينطبق على العقد قرار المجمع رقم (٦٥) (٧/٣) بشأن موضوع «الاستصناع».

وفيه أيضاً: «ويجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة، ويطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم (١٠٩) (٣/١٢)»^(١).

المطلب الخامس: معنى عقد التوريد وحكمه:

التوريد لغة:

مصدر ورد يورد، يقال: ورد وروداً إذا حضر، وأورده غيره، واستورده أي أحضره^(٢).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢٨٨/٢/١٤).

وانظر البحوث المقدمة للمجمع (٢٣٨-٩/٢/١٤) للدكتور عجيل النشمي و د. محمد جبر الألفي و د. قطب سانو و د. وهبة الزحيلي و د. جاسم الشامسي، وكتاب عقود المقاولات للعايد (رسالة دكتوراه).

(٢) لسان العرب (٤٥٧/٣)، القاموس المحيط (٣٢٥)، المصباح المنير (٦٥٥/٢)، المعجم الوسيط (١٠٢٤) مادة (ورد).

اصطلاحاً:

عقد على عين موصوفة في الذمة؛ بثمن مؤجل معلوم إلى أجل معلوم في مكان معين^(١).

ووصفه: «اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين؛ بأن يسلم إلى الآخر سلعاً موصوفة مؤجلة دفعة واحدة، أو على دفعات مقابل ثمن معين مؤجل كله، أو بعضه، أو معجل، أو مقسط»^(٢).

تكييفه، وحكمه:

عقد التوريد من العقود المستحدثة وهو من قبيل بيوع الصفات، لا بيوع الأعيان حيث أن الوصف غالباً، أو العينة، أو الأنموذج، أو الرؤية السابقة وهي وسيلة التعريف بالمبيع؛ لا الرؤية، والمشاهدة الآتية^(٣).

وهو لا يخلو من إحدى الحالات التالية:

«١. أن يكون محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة؛ فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه»، وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع (٦٧) (٧/٣).

(١) عقد التوريد لعبد الوهاب أبو سليمان (١٢/٢/٣٣٨) ضمن أبحاث مجمع الفقه الإسلامي.

(٢) قرار المجمع رقم (١٠٧) (١٢/١) في دورته الثانية عشرة، وعقود التوريد لرفيق المصري (٤٧٧/٢/١٢) ضمن أبحاث مجمع الفقه الإسلامي.

(٣) عقد التوريد لأبو سليمان (١٢/٢/٣٣٨) ضمن أبحاث مجلة المجمع.

٢. أن يكون محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة: وهي موصوفة في الذمة؛ كالأواني والملابس، ونحوهما؛ يلتزم بتسليمها عند الأجل؛ فهذا يتم بإحدى طريقتين:

أ. أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم فيجوز بشروطه المعتمدة شرعاً المبينة في قرار المجمع رقم ٨٥ (٩/٢).

ب. إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، وهنا إن كان الوعد ملزماً بين الطرفين فلا يجوز؛ لأن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه؛ فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ أي: دين بدين. أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين، أو لكليهما؛ فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد، أو بالتسليم.

وهذا هو رأي «مجمع الفقه الإسلامي» كما في قراره رقم (١٠٧) (١٢/١) في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية ١٤٢١هـ^(١).
وذهب بعض الباحثين إلى جوازه في هذه الصورة^(٢)، استناداً إلى بيعة أهل المدينة وهو ما يسمى «بيع الاستجرار»؛ كما جاء في تفسيره «كان الناس

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/٢/٥٧١).

(٢) عقد التوريد لعبد الوهاب أبو سليمان (١٢/٢/٤١٥) ضمن أبحاث المجمع، وكذلك عقد التوريد للمصري (١٢/٢/٤٧٣)، الغرر وأثره في العقود (٣١٦-٣٢٠)، فتاوى الزرقا (٤٨٧)، المعاملات المالية (٨/٥١٣).

يتاعون اللحم بسعر معلوم؛ فيأخذ كل يوم وزناً معلوماً، والثلث إلى العطاء»^(١).

وأجاز المالكية في إحدى الروايتين عن مالك هذا البيع؛ ولو تأخر تسليم الثلث بشرطين:

١. أن يشرع المشتري في أخذ القسط الأول خلال مدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً، واعتبره أي التأخير يسيراً لا يخرج عن كونه مقبوضاً، واعتبروا قبض الأوائل قبضاً للأوخر.

٢. أن يكون المبيع موجوداً عند البائع، أو أن البائع من أهل الحرفة؛ لتيسره عنده^(٢).

وأصل الجواز هنا هو الإباحة؛ لعدم الدليل على المنع، وهو بيعة أهل المدينة وعليه يخرج جواز عقد توريد الإعاشة، والتغذية للمدارس، والجامعات، وشركات الطيران، والمستشفيات، ونحوها.

فمنهم من أجازها؛ استناداً إلى وجود مقتضى الإباحة؛ فهو يحقق مصالح متعددة للبائع، والمشتري، والمجتمع، والمنع انتفى هنا من غرر، أو ربا.

ونوقش: بأن هذا من باب بيع الدين بالدين.

(١) المدونة (٣/٢٩٠)، بداية المجتهد (٣/٢٨٤)، شرح الخرشبي (٥/٢٢٣)، حاشية الدسوقي (٣/٢١٦).

(٢) بداية المجتهد (٣/٢٨٣)، شرح الخرشبي (٥/٢٢٣)، حاشية الدسوقي (٣/٢١٦)، وبيع الدين وتطبيقاته المعاصرة لللاحم (١/٦٠٨)، والمعاملات المالية للديان (٨/٥١٧).

أجيب عنه: أن البيع هنا ليس بيعاً محضاً؛ بل يدخل فيه الإجارة؛ فإذا كان العمل استصناعاً فهو «عقد استصناع»، ويصح تأخر البديلين؛ كما عند الحنفية، وتقدم ذلك في المطلب الأول في معنى الاستصناع وحكمه.

وتارة لا يكون العمل «استصناعاً»، وإنما هو نقل للبضاعة من بلد إلى بلد، والقيام بشحنها إلى المستورد، وغيرها من الأعمال^(١).

وبعضهم: أجازها هنا استثناءً من بيع الدين بالدين؛ لوجود الحاجة العامة؛ فهي تنزل منزلة الضرورة.

ومنهم من أجازها استناداً إلى بيع السلعة الموصوفة، مع تأجيل العوضين^(٢).

ونوقش: إنما يصح التخريج هذا على الموصوف إذا كان معيناً؛ أما إذا كانت السلعة موصوفة في الذمة فلا يمكن تنزيل عقد التوريد على البيع على الصفة؛ لأن الفقهاء بالاتفاق يوجبون في هذه الحالة تقديم الثمن، والبيع في التوريد؛ ليس لسلعة معينة؛ بل لسلعة موصوفة في الذمة^(٣).

(١) فتاوى الزرقا (٤٨٧-٤٨٨)، المعاملات المالية (٨/٥١١-٥١٤)، مجلة المجمع (١٢/٢/٥٤٦).

(٢) بداية المجتهد (٣/٣٠١)، القوانين الفقهية (٧٠)، مواهب الجليل (٥/٩٣)، المجموع (٦/٣٣١) الشرح الكبير (١١/٩٩).

(٣) المعاملات المالية (٨/٥١٢).

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثاني القائل بجواز عقود التوريد ولو مع تأخر البدلين لما تقدم من تعليقات وأجوبة عن أدلة المانعين.



المبحث الثاني

أثر جائحة فيروس كورونا المستجد (covid-19) على العقود الآجلة المعاصرة المشهورة (الاستصناع الموازي، والسلم الموازي، والصيانة، والمقاولات، والتوريد)

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: أثر جائحة فيروس كورونا المستجد (covid-19) على الشرط الجزائي في هذه العقود، وفي التأخر في إنجازها:

تمهيد: في معنى الشرط الجزائي، وحكمه:

أ. التعريف باعتباره «مركباً»:

أولاً: معنى الشرط لغة، واصطلاحاً:

الشرط لغة: العلامة، قال ابن فارس: «الشين، والراء، والطاء أصل يدل على علم، وعلامة»^(١)، وقال الأصمعي: «ومنه الاشتراط الذي يشترطه الناس بعضهم على بعض أي: هي علامات يجعلونها بينهم»^(٢).

واصطلاحاً عند الفقهاء، والأصوليين: «ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته»^(٣).

(١) مقاييس اللغة (٣/ ٢٦٠) مادة (شرط).

(٢) لسان العرب (٧/ ٣٣٠).

(٣) شرح تنقيح الفصول (٨١)، إحكام الأحكام للأمدي (٢/ ٣٠٩)، شرح مختصر الروضة (١/ ٤٣٣).

ثانياً: معنى الجزاء لغة، واصطلاحاً:

الجزاء لغة: الثواب والمكافأة على الشيء، ومقابلة العمل بما يماثله، وبمعنى الكفاية والإغناء، وبمعنى العقاب، وبمعنى القضاء^(١).

والجزاء في الاصطلاح لا يخرج عن معناه اللغوي^(٢).

ب. التعريف باعتباره «لقباً»:

الشرط الجزائي: هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه^(٣).

حكم الشرط الجزائي:

لا يخلو الشرط الجزائي إما أن يكون في الديون، أو غير الديون.

فإن كان في الديون، وصورته: اشتراط زيادة معينة في العقد على أصل الدين عند عدم السداد، أو التأخر في سداد الدين عن الوقت المحدد.

وحكمه: حرام، وهو صريح ربا جاهلية، قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ

التَّبِيعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(١) لسان العرب (١٤/١٤٤) مادة (جزى)، مقاييس اللغة (١/٤٥٦)، القاموس (١٢٧٠)، النهاية لابن الأثير (١/٢٦٦).

(٢) الشرط الجزائي لليمني (٥٦).

(٣) وهو تعريف مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم (١٠٩) (٣/١٢)، مجلة المجمع (١٢/٢/٣٠٥)، وانظر: الشرط الجزائي لليمني (٥٦).

وأخذ به «المجمع الفقهي الإسلامي» التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة ١٤٠٩هـ في القرار الثامن^(١).

و«مجمع الفقه الإسلامي» التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في قراره رقم (١٠٩) (١٢/٣) في دورته الثانية عشرة^(٢).

وأما إن كان الشرط الجزائي في غير الديون كما في عقود المقاولات، والتوريد، والاستصناع فحكمه الجواز، وبه صدر قرار «مجمع الفقه الإسلامي» التابع لمنظمة التعاون الإسلامي رقم (١٠٩) (١٢/٣) في دورته الثانية عشرة^(٣).

وقرار «هيئة كبار العلماء» بالمملكة العربية السعودية في دورته الخامسة رقم (٢٥)^(٤)، وقرار «دار الإفتاء المصرية»^(٥)، وفتوى «الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي» رقم (٦)^(٦).

أدلة الجواز:

١. قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

(١) قرارات المجمع (٢٦٦).

(٢) مجلة المجمع (١٢/٢/٣٠٥).

(٣) مجلة المجمع (١٢/٣/٣٠٦).

(٤) مجلة البحوث الإسلامية (١٤١/٢).

(٥) الشرط الجزائي (٢٣١).

(٦) المصدر السابق.

وجه الدلالة: أن الآية أمرت بالوفاء بالعقود، فهي عامة، ولم يأت دليل على تحريم الشرط الجزائي في العقود إذا لم يترتب عليه زيادة في دين فيكون باقياً على الأصل وهو الإباحة^(١).

٢. الأصل في الشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على حرمة^(٢)، ويدل عليه حديث: ((المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً))^(٣).

٣. عن عقبة بن عامر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج))^(٤).

وجه الدلالة: أمر بالوفاء مطلقاً؛ ولو كان الأصل التحريم لما أمر بها على الإطلاق^(٥).

(١) الشرط الجزائي للسالوس (١٥٥)، الشرط الجزائي للضرير (٥٩)، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة (١٢) الجزء (٢).

(٢) الشرط الجزائي للسالوس (١٥٥)، الشرط الجزائي للضرير (٥٩)، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة (١٢) الجزء (٢).

(٣) أخرجه البخاري تعليقاً مجزوماً به، في الإجارة، باب أجرة السمسرة (٥٢٧/٤) مع الفتح، وأبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الصلح (٣٥٩٤)، والترمذي في جامعهم، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس (١٣٥٢)، وقال: حسن صحيح، وقواه ابن تيمية في مجموع الفتاوى (١٤٧/٢٩) وصححه الألباني في إرواء الغليل (١٤٥/٥).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب في الشروط في المهر (٣٨٠/٥)، (٢٧٢١) مع الفتح، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشرط في النكاح (٢٠٥/٩) (٣٤٥٧) مع النووي.

(٥) مجموع الفتاوى (١٤٥/٢٩).

٤. أن عدم التنفيذ أو التأخير فيه وما يؤدي إليه من تفويت فرصة، أو كسب متوقع، وألم نفسي ضرر يوجب التعويض، ولا ضرر ولا ضرار^(١).
ونوقش: أن مجرد الإخلال، وما يؤدي إليه لا يوجب التعويض عنه^(٢).
القول الثاني: جوازه في حال عدم التنفيذ، وعدم جوازه في حالة تأخير التنفيذ: وإليه ذهب رفيق المصري^(٣)، وحسن الجوهرى^(٤).

دليلهم: أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين)؛ فأخذ غرامة على التأخير فيه شبهة ربا النسيئة: تقضي أو تربي^(٥).

نوقش: أما كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام فلا خلاف فيه، وأما كون هذا الالتزام مساوياً للدين فغير مسلّم؛ لأن الالتزام أعم من الدين؛ فالالتزام أداء عمل لا يستحق ما يقابله إلا بعد أدائه^(٦).

(١) الشرط الجزائري لمحمد ناجي عجم (٢٠٧) ضمن بحوث مجلة الفقه الإسلامي (١٢/٢/٢٠٧)، والشرط الجزائري للحموي (١٧٢-١٧٣)، الشرط الجزائري لليمني (٢٣٢).

(٢) الشرط الجزائري لليمني (٢٣٢).

(٣) عقود التوريد والمناقصات (٥٠٦) ضمن أبحاث مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/٢/٥٠٦).

(٤) عقود التوريد والمناقصات (٤٦٦، ٤٦٩) ضمن أبحاث مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/٢/٤٦٩، ٤٦٦).

(٥) المصادر السابقة.

(٦) الشرط الجزائري (٧٣) ضمن أبحاث المجمع (١٢/٢/٧٣).

القول الثالث: عدم جواز وصحة الشرط الجزائي:

واختاره د. محمد اليمني^(١).

أدلته:

١. أن فيه غرراً، وجهالة، ورهاناً، ومقامرة، وأكلاً لأموال الناس بالباطل المؤدي إلى التنازع^(٢).

نوقش: بعدم التسليم بذلك، فعند الاختلاف يرجع فيه إلى القاضي لتعديله، وتقويمه^(٣).

٢. أن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء، فلا يجوز تقديره مقدماً بالشرط الجزائي^(٤).

ونوقش: بعدم التسليم إنما هذا عند التنازع^(٥).

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - رجحان القول الأول القائل بصحة وجواز الشرط الجزائي في غير الديون؛ لقوة أدلتهم، ولحاجة الناس إلى ذلك لضبط العمل، ودفع الضرر قبل وقوعه، وليس فيه ما ينافي العقد، ويعارض مقتضاه؛ بل هو من مصلحة العقد، ومن منع ليس له حجة قوية.

(١) الشرط الجزائي ص (٢٣٧).

(٢) المصدر السابق (٢٣٨).

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي لدورته الثانية عشرة (١٢/٢/٣٠٦).

(٤) الشرط الجزائي لليمني (٢٣٩).

(٥) قرار مجمع الفقه الإسلامي (١٢/٢/٣٠٦) في دورته الثانية عشرة.

تنبيه: وهل يشترط أن يوجد ضرر فعلي من التأخير، أو لا يشترط؟

القول الأول: الشرط الجزائي تعويض عن الضرر الحاصل؛ فإذا لم يحصل ضرر فلا شيء له، وهذا ما أخذ به «مجمع الفقه الإسلامي» في دورته «الثانية عشرة»^(١). وقرار «هيئة كبار العلماء»^(٢).

القول الثاني: أن الشرط الجزائي عقوبة مالية نظير الإخلال بالشرط، وليس تعويضاً عن الضرر. وبه قال عبد الله بن منيع، ورفيق المصري^(٣)، وهذا القول هو الأقرب في نظري إلا أن يكون هناك نص على أن الشرط مقابل الضرر^(٤).

وسواء قلنا بالقول الأول أو الثاني لا بد أن يكون الشرط الجزائي على قدر الضرر، أو على قدر ما يكون محفزاً على العمل، فإن حصل في ذلك حيف، وجور فيه؛ فيجب الرجوع إلى العدل، والإنصاف عن طريق القضاء من خلال تقدير أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]^(٥).

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي (١٢/٢/٣٠٦) في دورته الثانية عشرة: «خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي».

(٢) مجلة البحوث الشرعية (١٤١/٢).

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/٢/٢٣١) (١٢/٢/٧٤، ٢٩٧).

(٤) انظر المعاملات المالية المعاصرة للديبان (٤٥٥/٨).

(٥) قرار هيئة كبار العلماء «عند وجود الضرر الفعلي»، مجلة البحوث الشرعية (١٤١/٢)، وكذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي (١٢/٢/٣٠٦).

الشرط الجزائي غالباً ما يكون في العقود الممتدة الأجل؛ كعقود المقاولات والتوريد، والاستصناع، والسلم الموازي؛ مما تكون عرضة للجوائح، والنوازل من غير تقصير من أحد المتعاقدين؛ كما في جائحة كورونا من توقف الأعمال كلياً، أو جزئياً بسبب منع التجوال، ونحو ذلك، ومرض الملزم بالعمل، ونحوه فإذا ما حصل أحد الأعذار الطارئة المانعة من الوفاء بالعقد في محله ووقته المشترط عليه، وكان هناك شرط جزائي عند التأخير فإن هذا الشرط لا يدخل في هذه الحالة، ولا يعمل به؛ فالضرورات تبيح المحظورات، والضرر يزال، ولا ضرر ولا ضرار، وإذا ضاق الأمر اتسع^(١).

كما دلت على ذلك الأدلة من الكتاب، والسنة؛ كما قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وما رواه جابر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق))^(٢). ونص «مجمع الفقه الإسلامي» في دورته الثانية عشرة (١٠٩)

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٧٤-٧٥)، إيضاح المسالك (٣٦٦)، المنثور (٣١٧/٢)، (٣٢٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٤-٨٧)، القواعد لابن رجب (٤٦٣/٢) (١١٢)، الوجيز في إيضاح القواعد الكلية (٢٣٥).

(٢) تقدم تخريجه في أول البحث في وضع الجوائح، وهو عند مسلم في صحيحه (٣٩٥٢).

(١٢/٣) عام ١٤٢١هـ على أنه: «لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته»^(١). وجاء في قراره للدورة السابعة في القرار رقم ٦٥ (٧/٣) عام ١٤١٢هـ: «يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن ظروف قاهرة»^(٢).

وجاء في قرار «هيئة كبار العلماء» السابق ما نصه: «فإن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر؛ يجب الأخذ به ما لم يكون هنالك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له شرعاً؛ فيكون العذر مسقطاً؛ لوجوبه حتى يزول»^(٣).

المطلب الثاني: أثر جائحة فيروس كورونا المستجد (covid-19) الزيادة في أسعار المواد الخام سواء في الإبقاء للعقد أم الفسخ للعقد:

إن الشريعة الإسلامية جاءت بحفظ العقود، والأمر بالوفاء بها، وما يتبعها من حقوق، والإلزام بها قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، لكن هذا التكليف في حدود الوسع، والطاقة قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

(١) مجلة المجمع العدد الثاني عشر (٣٠٦/٢) الفقرة السادسة من القرار.

(٢) مجلة المجمع العدد السابع (٧٧٥/٢) الفقرة الثانية.

(٣) مجلة البحوث الإسلامية (١٤٢/٢).

وعن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: قَالَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِذَا نَهَيْتُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ، وَإِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَاتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ))^(١).

ومن الأعدار المؤثرة في ذلك ما حدث في زماننا هذا من جائحة كورونا في تسببها في زيادة الأسعار للمواد الصناعية خلال الجائحة، أو بعد انقشاعها تعويضاً للركود الاقتصادي حين الجائحة؛ مع شدة الحاجة إلى بعض المواد؛ كالمواد الطبية، أو لتوقف المصانع التوقف الكلي، أو الجزئي؛ لمنع التجوال، أو لانتشار الأمراض في عمال مصنع ما؛ مما يؤثر على الإنتاج قلة، وتأثيره على الأسعار.

فهل الجائحة هنا عذر في الفسخ، أو الإمهال حتى تنقضي الجائحة، أو تعديل العقد والشروط فيه بما يتناسب مع الحالة الراهنة، أو البقاء على العقد على ما هو عليه قبل تبدل الظروف، وطروء التغييرات الكبيرة، ولو مع تحمل خسائر ماحقة، أو ساحقة؛ تمسكاً بمقتضى العقد، وحدوده في الأسعار، والكميات؟

وعند الرجوع للنظائر الفقهية في هذا الباب باب الجوائح، وما جاء في وضعها وما تقدم في أول البحث من ثبوت وضع الجائحة في الثمار، وفي الإجارة إذا كان هناك خوف عام، أو جائحة حرب، أو حصار عدو يمنع الإفادة من العين المؤجرة، وما جاء عند المالكية «أن أرض المطر -

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام، باب الاقتداء بسنن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٢٦٤/١٣) (٧٢٨٨) مع الفتح، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر (١٠٥/٩) (٣٢٤٤) مع النووي.

أي البعلية التي تسقى بالمطر إذا كرأت؛ فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكتري؛ فلم يثبت الزرع؛ لمكان القحط أي: بسببه- أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة؛ فلم يتمكن المكتري من زرعها^(١)؛ فإن العقد يفسخ، وفي وضع الثمار يعود الثمن على المشتري. وعند ابن تيمية أن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس مثل الحمام، والفندق فنقصت المنفعة؛ لقلّة الزبون، أو الخوف، أو حرب أو تحول سلطان، ونحوه، فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة^(٢)، وغيرها من الأحكام التي قررها الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ في الجوائح، وبناءً على ما سبق مع حضور القاعدة الفقهية الكبرى (لا ضرر ولا ضرار)، وأن العقود - وإن كانت واجبة - فإن التكاليف الشرعية إذا حصل فيها من الحرج، والمشقة، والكلفة الزائدتين عن الحد الذي لا تنفك عنه التكاليف الشرعية؛ فإن الاستثناء في التخفيف في الشريعة يحضر هنا^(٣)، ولذا فإن العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد بدلاً غير الأوضاع، والتكاليف، والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال

(١) بداية المجتهد (٤٣٨/٣)، وانظر: المسوط (٤٢/١٦)، بدائع الصنائع (٢٦/٦)، والخرشي (٣١/٧)، المغني (٣١/٨)، الفروع (١١٠/٦).

(٢) مختصر الفتاوى (٣٧٦)، الفروع (٢٠٩/٦).

(٣) انظر في تقرير هذا الأصل: قواعد الأحكام (١٦-٩/٢)، الفروق (١٣٩/٢)، الموافقات (٢٦٥-٢٠٦/٢)

من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع تعديل الحقوق، والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى فسخه أصح؛ وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد؛ بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي «أهل الخبرة الثقات». ويحق له أيضاً: أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال. وهذا الحل هو الذي أخذ به قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع للرابطة في دورته الرابعة المنعقدة في سنة ١٤٠٢هـ^(١).

والمعايير الشرعية في المعيار رقم (٣٦)^(٢).

ثم ختم قرار المجمع بقولهم: «هذا، وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي

(١) مجلة مجمع الفقهي الإسلامي (٨ / ٣٤١).

(٢) (العوارض الطارئة على الالتزامات) ص (٩٢٣)، وأيضاً المعيار رقم (١١) (٣٠٣)، وانظر: آثار جائحة كورونا على العقود المالية لإبراهيم بن فريد العنزي (١٠٣-١٠٧) نشر عن مركز التميز البحثي التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود، ط ١، ١٤٤٢هـ، والاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود (٣٤-٣٦)، بحث منشور في مجلة جامعة أم القرى العدد (٨٣)، ربيع الآخر ١٤٤٢هـ، والمعاملات المالية (٨ / ٥١٩-٥٢٦)، والجوائح وأحكامها (٢٦٨، ٢٩٣)، والتضخم النقدي (٢٨٩-٣٠٠).

العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها والله ولي التوفيق».

ومن خلال قرار المجمع يتلخص العمل عند الاختلاف، والتنازع، والرجوع إلى القضاء^(١) أنه «يصار إلى تصحيح تصرفات الناس ما أمكن»، ولا يتسرع في إلغاء الالتزام؛ وهي قاعدة مقررة عند أهل العلم^(٢).

أو إنهاء العقد، وفسخه إذا كان في الفسخ سهولة، وصلاحيه للقضية مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، وكان هناك عدم جدوى من تنفيذ المشروع؛ لفوات وقته بسبب الظروف الطارئ.

أو الإمهال للملتزم إذا رأى القاضي أن في الإمهال تدارك للأمر إذا وجد أن الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له.

وكل ذلك النظر الفقهي إنما هو تحقيق للعدالة، وموازنة بين المصالح وتكثيرها، والمفاسد وتقليلها ما أمكن.

ونحوا من هذا صدر (قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا) بالمملكة العربية السعودية، قرار^(٣) رقم (٤٥/م)، وتاريخ ٨/٥/١٤٤٢

(١) المعايير الشرعية (٩٣٠).

(٢) المعايير الشرعية (٩٣٠). وانظر: الفروق للقرافي (٨٤/٢)، مجموع الفتاوى (١٦/٢٩)، (٢٥١)، القواعد النورانية (٢٧٣).

(٣) انظر نص القرار على الرابط:

الخاتمة

توصلت في هذا البحث إلى نتائج، منها:

١. كمال الشريعة وصلاحيتها لكل زمان، ومكان.
٢. أن قاعدة وضع الجوائح يحكم به في الثمار، والزروع، والبقول، وأخذ بها في باب الإجارة.
٣. أن هناك فرقاً بين قاعدة وضع الجوائح، ونظرية الظروف الطارئة، وأن العلاقة بينهما علاقة عموم وخصوص مطلق.
٤. أن قاعدة الجوائح لها أثر في العقود الآجلة عند وقوع جائحة فيروس كورونا المستجد؛ من حيث عدم إعمال الشرط الجزائي، على منفذ العقد، وأنه عند حصول الجائحة، ووقوع الضرر على المنفذ؛ فإن حل الإشكالية التنازع والرفع إلى القضاء؛ إما بتوزيع الخسارة على المتعاقدين، أو بفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه ويجبر للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ جانباً من الخسارة، مع الأخذ بقول أهل الخبرة في ذلك.



الفهارس

أولاً: فهرس الآيات:

رقم الآية	رقم الصفحة	اسم السورة	طرف الآية
١٨٥	٢٧٤	البقرة	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾
٢٧٥	٢٦٨	البقرة	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
٢٨٠	٢٧٤	البقرة	﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾
٢٨٢	٢٥٦	البقرة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾
٢٨٦	٢٧٥، ٢٧٤	البقرة	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾
١٠٢	٢٢٨	آل عمران	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾﴾
١	٢٢٨	النساء	﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالرَّحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾﴾
٥٨	٢٧٣	النساء	﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾
١	٢٧٥، ٢٦٩	المائدة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

رقم الصفحة	رقم الآية	اسم السورة	طرف الآية
٢٢٨	٧١-٧٠	الأحزاب	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَتَقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾﴾

ثانياً: فهرس الأحاديث:

الصفحة	طرف الحديث
٢٧٤، ٢٣٥	قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لو بعث من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يجز لك تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)).
٢٧٠	((أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)).
٢٣٥	أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بوضع الجوائح.
٢٣٧	أصيب رجل في عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه...
٢٣٨	كان الناس في عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتبايعون الثمار فإذا جدد الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مرض، أصابه قشام - عاهات يحتاجون بها - ...
٢٥١	عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اصطنع خاتماً من ذهب.
٢٥٦	((من أسلف في تمر، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)).
٢٣٧	((المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً))

٢٧٦	((فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)).
-----	---

ثالثاً: قائمة المصادر والمراجع:

١. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
٢. الإحكام في أصول الأحكام، المؤلف: أبو الحسن سيد الدين بن علي بن أبي علي الثعلبي الآمدي، المكتب الإسلامي، بيروت.
٣. الأشباه والنظائر، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، اعتناء زكريا عميرات، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية.
٤. الأشباه والنظائر، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١هـ.
٥. التضخم النقدي، المؤلف: خالد بن عبد الله المصلح، دار ابن الجوزي، ط ١، ١٤٢٧هـ.
٦. آثار جائحة كورونا على العقود المالية، المؤلف: إبراهيم بن فريد العنزلي، نشر عن مركز التميز البحثي التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود، ط ١، ١٤٤٢هـ.
٧. أسنى المطالب شرح روض الطالب، المؤلف: زكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
٨. الأم، المؤلف: محمد بن إدريس الشافعي دار المعرفة، ١٤٠٨هـ.
٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: د. عبد الله التركي، بيروت، طبعة عالم الكتب، ١٤٢٦هـ.
١٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن نجيم الحنفي، دار الكتاب.

١١. البيان في مذهب الإمام الشافعي، المؤلف: أبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني، جدة، دار المنهاج.
١٢. التجريد دار السلام، المؤلف: أحمد بن محمد القدوري، ط ٢، ١٤٢٧هـ.
١٣. الاجتهاد القضائي لمعالجة الآثار الناشئة عن جائحة كورونا على العقود، بحث منشور في مجلة جامعة أم القرى العدد (٨٣)، ربيع الآخر ١٤٤٢هـ.
١٤. الجامع، المؤلف: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، ط ١، الرياض، مكتبة المعارف.
١٥. الجامع الصحيح، المؤلف: محمد بن إسماعيل البخاري، مصر، الريان، ط ١، ١٤٠٧هـ.
١٦. الجوائح وأحكامها، المؤلف: سليمان بن إبراهيم الثنيان، عالم الكتب، ط ١، ١٤١٣هـ.
١٧. الحجة على أهل المدينة، المؤلف: محمد بن الحسن، عالم الكتب، ط ٣، ١٤٠٣هـ.
١٨. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي المشهور بالقرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م.
١٩. السنن الكبير، المؤلف: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مركز هجر للبحوث والدراسات اللغوية والإسلامية ط ١، ١٤٣٢هـ.
٢٠. الشرح الكبير على المقنع، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة، بيروت: دار عالم الكتب، تحقيق: عبد الله التركي، ١٤٢٦هـ.
٢١. الشرح الكبير على مختصر خليل، المؤلف: العدوي أحمد الدرير، مصر، مطبعة البابي الحلبي.
٢٢. الشرط الجزائي وأثره في العقود، المؤلف: محمد بن عبد الرحمن اليميني، دار كنوز إثيوبيا.
٢٣. الصحيح، المؤلف: مسلم بن الحجاج القشيري، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٨هـ.

٢٤. العوارض الطارئة، المؤلف: عبد الستار أبو غدة، ضمن دراسات المعايير الشرعية: دار الميمان، ١٤٣٧هـ.
٢٥. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي «دراسة مقارنة»، المؤلف: الصديق محمد الأمين الضرير، بيروت، دار الجليل.
٢٦. الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، المؤلف: أحمد بن إدريس القرافي، عالم الكتب، بدون طبعة.
٢٧. الفروع، المؤلف: محمد بن مفلح بن مفرج ابن مفلح، تحقيق: عبد الله التركي، ط ١، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٦هـ.
٢٨. الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، المؤلف: أحمد بن غانم النفرواي، بيروت، دار الفكر، ١٤١٥هـ.
٢٩. القاموس المحيط، المؤلف: محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٧هـ.
٣٠. القواعد القانونية العربية والدولية للقوة القاهرة والظروف الطارئة، المؤلف: أحمد منير فهمي، طباعة مجلس الغرفة التجارية الصناعية، ١٤١٥هـ.
٣١. القواعد النورانية الفقهية، المؤلف: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، ط ١، ١٤٢٢هـ.
٣٢. القوانين الفقهية، المؤلف: محمد بن محمد بن أحمد ابن جزى، ط ١، بيروت، الكتب الثقافية.
٣٣. الكافي في فقه الأمام أحمد، المؤلف: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية ط ١، ١٤١٤هـ.
٣٤. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، المؤلف: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله ابن محمد بن إبراهيم بن عثمان، مكتبة الرشد، ط ١، ١٤٠٩هـ.

٣٥. اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، المؤلف: علي بن زكريا المنبجي، دار القلم، ط٢، ١٤١٤هـ.
٣٦. المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، ط٣، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٢٧هـ.
٣٧. المجموع شرح المهذب للشيرازي، المؤلف: محيي الدين بن شرف النووي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
٣٨. المدونة، المؤلف: مالك ابن أنس بن مالك الأصبحي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ.
٣٩. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: محمد بن أحمد الفيومي، ط. المكتبة العلمية.
٤٠. المطلع على ألفاظ المقنع، المؤلف: أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، المكتب الإسلامي.
٤١. المعايير الشرعية، المؤلف: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، ١٤٣٧هـ.
٤٢. المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط٤، ٢٠٠٤م.
٤٣. المعونة في مذهب عالم المدينة، المؤلف: القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي، مكتبة الباز.
٤٤. المغني، المؤلف: ابن قدامة موفق الدين بن محمد، بيروت، عالم الكتب، ١٤١٧هـ.
٤٥. المنتقى شرح الموطأ، المؤلف: أبي الوليد الباجي، مطبعة السعادة، مصورة دار الكتاب الإسلامي، ١٣٣٢هـ.
٤٦. المنشور في القواعد، المؤلف: محمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق: فائق تيسير، ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤٠٥هـ.



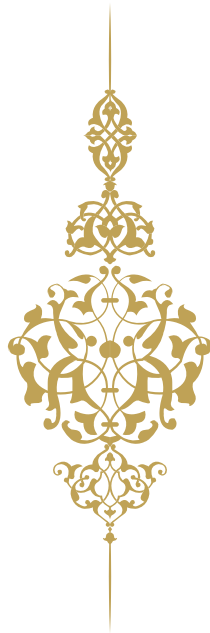
٤٧. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المؤلف: يحيى بن شرف النووي، تحقيق خليل مأمون شيحا، ط ١، بيروت، دار المعرفة، ١٤١٨هـ.
٤٨. المذهب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: أبي إسحاق الشيرازي، دار القلم، ط ١، ١٤١٧هـ.
٤٩. الموافقات، المؤلف: إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، دار بن عفان، ط ١، ١٤١٧هـ.
٥٠. النهاية في غريب الحديث والأثر، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات المبارك ابن محمد الشيباني، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ.
٥١. الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، المؤلف: محمد صدقي آل بورنو، مؤسسة الرسالة، ط ٤، ١٤١٦هـ.
٥٢. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، المؤلف: أبو العباس لأحمد يحيى الونشريسي، مطبعة فضالة، المغرب.
٥٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: محمد بن أحمد ابن رشد، مكتبة ابن تيمية، ط ١، ١٤١٥هـ.
٥٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: الكاساني أبو بكر بن مسعود بن أحمد، مصر، دار الحديث، ١٤٢٦هـ.
٥٥. بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، المؤلف: أسامة بن حمود اللاحم، الرياض، دار الميمان، ط ١، ١٤٣٣هـ.
٥٦. تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني المعروف بالزبيدي، مجموعة من المحققين، دار الهداية.
٥٧. تحرير الفوائد وتقرير القواعد، المؤلف: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، تحقيق: مشهور آل سلمان، ط ١، دار عفان، ١٤١٩هـ.

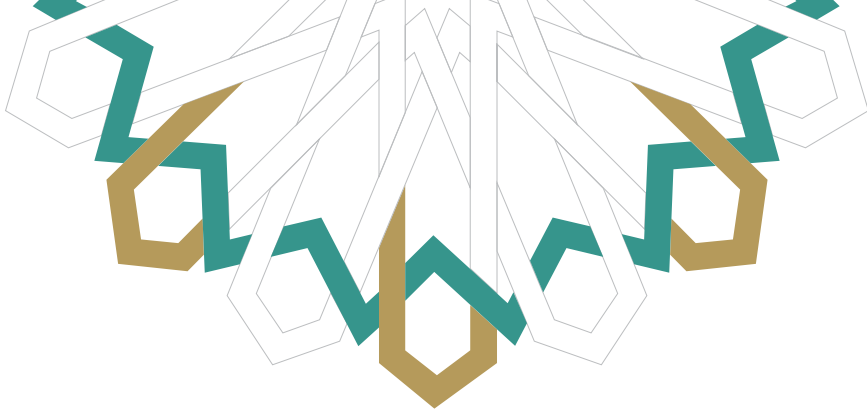
٥٨. تنوير الأبصار مع شرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين، مطبعة البابي الحلبي، ط ٣، ١٤٠٤هـ.
٥٩. جامع البيان في تأويل القرآن، المؤلف: محمد بن جرير الطبري، تحقيق: أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٠م.
٦٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على خليل، المؤلف: محمد بن عرفة الدقوسي، ط. دار الفكر.
٦١. حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، المؤلف: محمد بن أحمد الشاشي، الرسالة، ط ١، ١٩٨٠م.
٦٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: يحيى بن شرف النووي، ط ٣، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤١٢هـ.
٦٣. شرح الخرشي على خليل، المؤلف: محمد الخرشي، دار الفكر.
٦٤. شرح تنقيح الفصول، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي المشهور بالقرافي، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط ١، ١٣٩٣هـ.
٦٥. شرح مختصر الروضة، المؤلف: سليمان عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٠٧هـ.
٦٦. شرح معاني الآثار، المؤلف: أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، عالم الكتب، ط ١، ١٤١٤هـ.
٦٧. شرح منتهى الإرادات، المؤلف: البهوتي منصور بن يونس، تحقيق: عبد الله التركي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٦هـ.
٦٨. فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، ط ١، ١٤٢٠هـ.
٦٩. فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق محب الدين الخطيب، مصر، الريان، ١٤٠٧هـ.



٧٠. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي بن منظور، بيروت، إحياء التراث الإسلامي، ط ٣.
٧١. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة العالم الإسلامي، توزيع: دار البشير.
٧٢. مجموع الفتاوى، المؤلف: أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية.
٧٣. معالم السنن شرح سنن أبي داود، المؤلف: حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي، ط ١، حلب، المطبعة العلمية، ١٣٥١هـ.
٧٤. مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، المؤلف: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
٧٥. مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس الرازي، دار الفكر، ط. ١٣٩٩هـ.
٧٦. منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تعليل ونقد)، المؤلف: أيمن الدباغ، مجلة جامعة النجاح.
٧٧. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب الرعيني، نواكشوط، دار الرضوان، ٢٠١٠م.
٧٨. قرار الهيئة العامة للمحكمة العليا:

<https://corona-covid.net/2021/02/14>





أحكام المصافحة في زمن الأوبئة (وباء كورونا أنموذجاً)

دراسة فقهية

د. سليمان بن عبد الله بن محمد التركي

أستاذ الفقه المساعد بقسم الفقه وأصوله

جامعة حائل



المقدمة

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شَرِّهِ وَأَنْفُسِنَا، وَسَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مِنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يُضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾^(١)، ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(٢)، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾^(٣).

أما بعد:

فلقد جاء الدين الإسلامي برفع الحرج، والسماحة، والتيسير، ودفع المشقة، قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^(٤)، وقال سبحانه: ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(٥). وفي زمن الأوبئة، جاء ديننا الحنيف بالحث على اتخاذ الإجراءات اللازمة للوقاية منها، ومنع انتشارها؛ حفظاً للنفس البشرية، وفي هذه الأيام تفشى وباء قاتل أُطلق

(١) آل عمران: ١٠٢.

(٢) النساء: ١.

(٣) الأحزاب: ٣٣.

(٤) البقرة: ١٨٥.

(٥) البقرة: ١٩٥.

عليه: كورونا (كوفيد ١٩)، فهل المصافحة لها علاقة في هذا الوباء؟ وهل المنع منها يعد من تلك الإجراءات؟ وما هو الوباء؟ وما حكم المصافحة فيه؟ وهل للمصافحة بدائل؟

الإجابة عن هذه التساؤلات هي موضوع هذا البحث، الذي أحببت بتقديمه أن أشارك في مضمار العلم والمعرفة، والذي أسأل الله تعالى أن يجعله نافعا، وأسأله العون والتوفيق والسداد، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، والحمد لله رب العالمين.

أهمية الموضوع:

١. أنه من الموضوعات العلمية التي تهم المسلمين في عصرنا، خصوصا في زمن وباء كورونا.
٢. أن منع المصافحة من الإجراءات اللازمة للوقاية من الوباء، ومنع انتشاره، وبه تُحفظ النفس من التلف.
٣. الحاجة الماسة لدى المسلمين للتعرف على أحكام الإسلام تجاه الأوبئة، وكيفية الوقاية منها.
٤. أن هذه الأحكام فيها بيان لعظمة الإسلام، وأنه صالح لكل زمان ومكان.

أسباب اختيار الموضوع:

١. أهمية الموضوع كما سبق بيانه مما يدعو إلى بحثه والكتابة فيه.

٢. كون الموضوع يتضمن أحكاماً مهمة، ومسائل معاصرة.
٣. الإسهام في إرشاد المسلمين بمشروعية موضوع هذا البحث المهم، وتأصيله تأصيلاً شرعياً.
٤. أن في كتابة هذا الموضوع إثراء لكراسي البحوث العلمية المتعلقة بالأوبئة ونحوها.

الدراسات السابقة:

لم أجد رسالة علمية مستقلة تناولت هذا الموضوع بالبحث والدراسة والتأصيل، وذلك حسب التتبع لفهارس الرسائل العلمية، في قواعد البيانات في المكتبات المركزية في الجامعات، ومكتبة الملك فهد الوطنية، ومركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، إضافة إلى البحث عن طريق الشبكة العالمية (الإنترنت)، ولكنني وقفت على مؤلفات تكلمت عن مسائل فقه المصافحة بشكل مستقل، ومؤلفات عن الطاعون والأمراض المعدية كذلك، كان جُلُّ ما فيها مُنصباً على الأصل في المصافحة، ومصافحة الرجال النساء، ومصافحة غير المسلم، ونحو ذلك، والأخرى تكلمت عن حقيقة الطاعون، والبلد الذي ينتشر فيه الطاعون، ونحو ذلك، وعند النظر فيها يظهر الفرق بينها وبين موضوع البحث هنا، حيث تناول المصافحة في زمن انتشار المرض المعدية؛ كما في مرض كورونا، مما يعزز أهمية البحث والنظر في المسائل المهمة التي لم يتم التطرق لها إلا ريباً عرضاً، ومما اطلعت عليه ما يلي:

١. المصارحة في أحكام المصافحة، للدكتور عبد الناصر بن خضر ميلاد، الناشر: دار اليسر، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٢. أحكام المصافحة في الشريعة الإسلامية، لأسامة بن سعيد القعيطي، كتاب إلكتروني.

٣. أحكام الأمراض المعدية في الفقه الإسلامي، لعبد الإله بن سعود السيف، بحث ماجستير بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٥هـ.

٤. الأحكام الفقهية المتعلقة بالأوبئة التي تصيب البشرية، للدكتور محمد بن سند الشاماني، بحث منشور في مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الإنسانية، العدد (١٨)، ١٤٤٠هـ.

٥. مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (٥١)، ١٤٤٢هـ، حيث خُصِّصَ هذا الإصدار للأبحاث المتعلقة بجائحة كورونا، وعددها (٣٦) بحثاً.

وبهذا تظهر أهمية الموضوع، وأنه ما زال بحاجة إلى دراسة مسائله، وما استجد من مسائل معاصرة فيه، والتي لم يتطرق لها الباحثون بعد.

خطة البحث:

وتشتمل على مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وفهرس، هي على النحو التالي:

المقدمة: وتشتمل على أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث وخطته.

التمهيد: التعريف بمفردات العنوان.
 المبحث الأول: حكم المصافحة وكيفيةها.
 المبحث الثاني: حكم مصافحة المصابين بالوباء وغيرهم.
 المبحث الثالث: حكم الجناية في المصافحة.
 المبحث الرابع: بدائل المصافحة في زمن الوباء.
 الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات، ثم فهرس المصادر والمراجع.
 والله أسأل العون والتوفيق والسداد، وعليه الاعتماد والاتكال، وهو
 حسبنا ونعم الوكيل، والحمد لله رب العالمين.



التمهيد

التعريف بمفردات العنوان

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المصافحة:

المصافحة في اللغة: هي الأخذ باليد، أي: وضع صفيح الكف على صفيح كف غيره^(١)، قال ابن منظور: «وهي مفاعلة من إصاق صفيح الكف بالكف، وإقبال الوجه على الوجه»^(٢).

وفي الاصطلاح: وضع كفٍّ على كفٍّ، مع ملازمة لهما قدر ما يفرغ من السلام، ومن سؤال عن غرض^(٣).

المطلب الثاني: تعريف الأوبئة:

الأوبئة في اللغة: من الوباء، وهو: كل مرض عام، تقول: أصاب أهل الكورة العام وباء شديد، وأرض وبئة، إذا كثر مرضها^(٤).

(١) ينظر: الصحاح، مادة: صفح، ٣٨٣/١، وتهذيب اللغة ٤/١٥١، ومقاييس اللغة ٣/٢٩٣، مادة: صفح.

(٢) لسان العرب مادة: صفح، ٧/٣٥٦.

(٣) ينظر: الفتوحات الربانية ٥/٣٩٢، وكشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ٢/١٥٥٤، وفتح الباري ١١/٥٥.

(٤) ينظر: العين ٨/٤١٨، ومقاييس اللغة ٦/٨٣، ومختار الصحاح ص: ٣٣٢، والمصباح المنير ٢/٦٤٦، مادة: وبأ.

وفي الاصطلاح: «المرض الذي تفسى وعم الكثير من الناس، كالجذري والكوليرا وغيرهما»^(١).

قال الحافظ ابن حجر وغيره: والطاعون أخص من الوباء؛ فإن الوباء هو المرض العام فقد يكون بطاعون وقد لا يكون، فكل طاعون وباء، وليس كل وباء طاعوناً^(٢). وجاء في النهر الفائق: «الوباء اسم لكل مرض عام فكل طاعون في ذلك وباء ولا ينعكس»^(٣).

المطلب الثالث: تعريف كورونا:

جاء تعريفه في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بأن: «مرض الفيروس التاجي ٢٠١٩، المعروف اختصاراً بـ(كوفيد ١٩) هو: التهاب في الجهاز التنفسي بسبب فيروس تاجي جديد، وقد أعلنت منظمة الصحة العالمية رسمياً أن هذا الوباء جائحة عالمية في ١١/٣/٢٠٢٠م»^(٤).

ووصفته منظمة الصحة العالمية بأنه: هو المرض الناجم عن فيروس كورونا المستجد المسمى فيروس (كورونا-سارس-٢)، وقد اكتشفت

(١) معجم لغة الفقهاء ص: ٤٩٨، وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٤/١٥٥، وأسنى المطالب ٣/٣٨، والفتوح الربانية ٤/١٥٣.

(٢) ينظر: فتح الباري ١٠/١٨١، والفتوحات الربانية ٤/١٥٣.

(٣) ٣٧٥/١.

(٤) الندوة الطبية الفقهية الثانية بعنوان: «فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) وما يتعلق به من معالجات طبية وأحكام شرعية» بواسطة الفيديو عن بُعد بتاريخ ٢٣ شعبان ١٤٤١هـ، موقع المجمع:

<https://bit.ly/3qCSsVD>

المنظمة هذا الفيروس المستجد لأول مرة في ٣١ / ١٢ / ٢٠١٩ م، بعد الإبلاغ عن مجموعة من حالات الالتهاب الرئوي الفيروسي في (يوهان) بجمهورية الصين الشعبية^(١).



(١) موقع منظمة الصحة العالمية على الرابط التالي:

<https://bit.ly/3gGWxT>

وينظر: موقع وزارة الصحة السعودية، على الرابط التالي:

<https://bit.ly/373aatD>

المبحث الأول حكم المصافحة وكيفيةها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم المصافحة:

اختلف العلماء في مشروعية المصافحة بين أفراد الجنس الواحد على قولين:

القول الأول: أن المصافحة مستحبة، وبه قال جمهور العلماء: من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة^(١).

واستدلوا بأدلة مشروعية المصافحة، من الكتاب والسنة والإجماع، منها:

أولاً: من القرآن الكريم:

قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٢).

وجه الدلالة: أي ادفع السيئة بالخصلة التي هي أحسن، ومنها: المصافحة، قال القرطبي في تفسيره، عند كلامه عن هذه الآية: «وقول ثالث

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٢٤، وتبيين الحقائق ٦/ ٢٥، والمقدمات المهدات ٣/ ٤٤٠، والاستذكار ٨/ ٢٩٢، والبيان والتحصيل ١٨/ ٢٠٦، وبحر المذهب ٢/ ٤٠٥، والمجموع ٤/ ٦٣٣، والإرشاد إلى سبيل الرشاد ص: ٥٤٠، والإقناع ١/ ٢٣٩، والآداب الشرعية ٢/ ٢٥٧.

(٢) فصلت: ٣٤.

ذكره القاضي أبو بكر بن العربي في: (الأحكام) وهو: المصافحة^(١)، وجاء في فتح القدير للشوكاني: «وقال مجاهد وعطاء: ﴿بِأَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، يعني: بالسلام إذا لقي من يعاديه، وقيل: بالمصافحة عند التلاقي، ﴿فَإِذَا أَلَّى بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾^(٢)، هذه هي الفائدة الحاصلة من الدفع بالتي هي أحسن»^(٣).

ثانياً: من السنة النبوية:

١. ما رواه البراء بن عازب قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان، إلا غفر لهما قبل أن يتفرقا))^(٤).

٢. عن أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قال: «ما مسست حريراً ولا ديباجاً ألين من كف النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا شممت ريحاً قط أو عرفاً قط أطيب من ريح أو عرف النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»^(٥).

(١) ٣٦١/١٥، ينظر: أحكام القرآن لابن العربي ٨٦/٤.

(٢) ٥٩١/٤.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم: (٢٥٧١٧) ٢٤٦/٥، وأحمد في مسنده برقم: (١٨٥٤٧) ٥١٧/٣٠، وابن ماجه في سننه (٣٧٠٣) ١٢٢٠/٢، وأبو داود في سننه برقم: (٥٢١٢) ٣٥٤/٤، والترمذي في سننه برقم: (٢٧٢٧) ٧٤/٥، وقال الترمذي: «حسن غريب»، كلهم من حديث أبي إسحاق عن البراء، وصححه الألباني في صحيح وضعيف أبي داود برقم: (٥٢١٢)، قال الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة برقم: (٥٢٥): «وبالجملة فالحديث بمجموع طرقه وشاهده: صحيح، أو على الأقل: حسن، كما قال الترمذي» ٥٩/٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب صفة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، برقم: (٣٥٦١)، ١٨٩/٤، ومسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب طيب رائحة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولين مسه والتبرك بمسحه، برقم: (٢٣٣٠)، عن أنس بلفظ: =

وجه الدلالة: أن في قوله: «ما مسست» ما يدل على المصافحة^(١).
 ٣. ما رواه قتادة، قال: قلت لأنس: أكانت المصافحة في أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ قال: «نعم»^(٢).

٤. ما رواه كعب بن مالك، قال: «دخلت المسجد، فإذا برسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقام إلي طلحة بن عبيد الله يهرول حتى صافحني وهنأني»^(٣).

ثالثاً: من الإجماع:

قال القرطبي في تفسيره: «وعلى جواز المصافحة جماعة العلماء من السلف والخلف»^(٤)، وقال ابن حجر في الفتح: «وعلى جوازه جماعة العلماء سلفاً وخلفاً»^(٥)، وقال النووي في المجموع: «المصافحة سنة عند التلاقي

= «ما شممت عنبراً قط، ولا مسكاً، ولا شيئاً أطيب من ريح رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا مسست شيئاً قط ديباجاً، ولا حريراً ألين مساً من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»،
 ١٨١٤ / ٤.

(١) ينظر: فتح الباري ١٠ / ٥٨٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستئذان، باب المصافحة، برقم: (٦٢٦٣) ٥٩ / ٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب حديث كعب بن مالك، برقم: (٤٤١٨)، ٣ / ٦، ومسلم في صحيحه، كتاب التوبة، باب توبة كعب بن مالك وصاحبيه، برقم: (٢٧٦٩)، ٤ / ٢١٢٠.

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٩ / ٢٦٦.

(٥) ٥٥ / ١١.

للأحاديث الصحيحة وإجماع الأئمة»^(١)، وقال ابن حزم في مراتب الإجماع: «واتفقوا أن مصافحة الرجل للرجل حلال»^(٢).

القول الثاني: أن المصافحة مكروهة، وبه قال بعض العلماء: منهم محمد بن سيرين^(٣)، وروى ابن وهب عن مالك أنه كره المصافحة والمعانقة، وكان سحنون يروي هذه الرواية ويذهب إليها^(٤).

واستدلوا بما يلي:

١. قول الله عزَّوجلَّ: ﴿إِذْ دَخَلُوا عَلَيْهِ فَقَالُوا سَلَامًا قَالَ سَلَامٌ قَوْمٌ مُنْكَرُونَ﴾^(٥).

وجه الدلالة: من الآية أنه سبحانه لم يذكر مصافحة^(٦).

(١) ٦٣٣/٤.

(٢) ص: ١٥٧.

(٣) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٢٤٦/٥، والسنن الكبرى للبيهقي ١٦٢/٧، والآداب الشرعية ٢٦٠/٢.

(٤) ينظر: الاستذكار ٢٩٢/٨، والمنتقى شرح الموطأ ٢١٦/٧، والصحيح عن مالك القول بالاستحباب، وهو المعتمد في المذهب المالكي، ينظر: البيان والتحصيل ٢٠٦/١٨، وتفسير القرطبي ٢٦٦/٩، وما سبق في القول الأول، وجاء في البيان والتحصيل ٢٠٦/١٨: «والمشهور عن مالك إجازة المصافحة واستحبابها»، والتمهيد ١٧/٢١: «وقد روي عن مالك خلاف هذا من جواز المصافحة وهو الذي يدل عليه معنى ما في الموطأ وعلى جواز المصافحة جماعة العلماء من السلف والخلف».

(٥) الذاريات: ٢٥.

(٦) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٢١٧/٧، الذخيرة للقرافي ٢٩٧/١٣.

ويناقش: بأن عدم ذكر المصافحة في هذه الآية؛ لا يلزم منه القول بكرائها، ولكون المصافحة مشروعاً بالسنة المطهرة^(١).

٢. عن عطاء بن أبي مسلم الخراساني: «تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا، وتذهب الشحناء»^(٢).

وجه الدلالة: ما جاء في المنتقى - بعد ذكر الحديث: «ومعنى ذلك أنه إذا صفح عن أخيه، وصفح عنه أخوه ذهب ما في أنفسهما من الغل»^(٣).

ويناقش: بأن الحديث ضعيف، وعلى فرض ثبوته؛ فإن لفظ المصافحة تختلف عن الصفح، فلا معنى للاستشهاد به. والله أعلم.

٣. أن صيغة السلام تنتهي بالبركات، والمصافحة زيادة في الفعل ولم ترد^(٤).

ويناقش: بأن المصافحة سنة، كما أن إلقاء التحية سنة، فلا تعارض بينهما.

(١) كما سبق في أدلة القول الأول، قال القرطبي في تفسيره ٢٦٦/٩ بعد ذكر خلاف المالكية في مسألة المصافحة: «قلت: قد جاء في المصافحة حديث يدل على الترغيب فيها، والدأب عليها والمحافظة».

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب حسن الخلق: باب ما جاء في المهاجرة، برقم: (١٦) عن عطاء مرسلًا ٩٠٨/٢، وقال ابن حجر في الفتح بعد أن حكم عليه بالإرسال: «ولم نقف عليه موصولاً» ٥٥/١١، وقال الألباني في الإرواء ٤٦/٦: «وهذا مرسل ضعيف، عطاء هذا تابعي صغير، صدوق، يهيم كثيراً».

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٢١٧/٧.

(٤) ينظر: الذخيرة للقرافي ٢٩٧/١٣.

الترجيح:

الذي يترجح في هذه المسألة هو القول الأول، القائل بالاستحباب؛ لقوة أدلته؛ ومناقشة أدلة القول الثاني^(١).

المطلب الثاني: كيفية المصافحة:

اختلف العلماء في كيفية المصافحة المستحبة، هل تكون بيد واحدة؟ أو تكون بيديه جميعاً؟ على قولين:

القول الأول: أن المصافحة تكون باليد اليمنى من الطرفين المتصافحين فقط، وهي الكيفية التي دل عليها الإطلاق اللغوي - السابق بيانه في التمهيد-؛ من الأخذ باليد، أي: إصاق صفح الكف بالكف، وبه قال جمهور العلماء، فبه قال بعض الحنفية، والظاهر من كلام المالكية، وبه قال الشافعية، والحنابلة، وشيخ الإسلام ابن تيمية^(٢).

(١) اقتصر الكلام في هذه المسألة على السلام في حال اتحاد الجنس؛ لكونها تأصيلاً لما بهم في هذا البحث، من مسائل المصافحة في زمن الوباء، وقد جاء في الإقناع ١/ ٢٣٩: «وتسن مصافحة الرجل الرجل والمرأة المرأة»، أما في حال اختلاف الجنس فقد جاء في فتح الباري ١١/ ٥٥: «ويستثنى من عموم الأمر بالمصافحة: المرأة الأجنبية، والأمرد الحسن».

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية ١/ ٢٤٩، وحاشية ابن عابدين ٢/ ٤٩٤، وبدائع الصنائع ٧/ ٢٧٤، وشرح التنوخي على متن الرسالة ٢/ ٤٧٥، وشرح زروق على متن الرسالة ٢/ ١٠٦٩، والفواكه الدواني ٢/ ٣٢٥، وبلغة السالك ٤/ ٧٦٠، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي ١/ ٢٧٤، والمجموع ١/ ٣٨٤، ومغني المحتاج ١/ ١٩١، ومختصر الإفادات ص: ٣٥٥، والإقناع ١/ ٢٣٩، والروض الندي ص: ١٤٢، ومجموع الفتاوى ٢١/ ١٠٩.

واستدلوا بما يلي:

١. ما رواه أنس أن نبي الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((ما من مسلمين التقيا، فأخذ أحدهما بيد صاحبه، إلا كان حقاً على الله أن يحضر دعاءهما، ولا يفرق بين أيديهما حتى يغفر لهما))^(١).

٢. ما رواه أنس بن مالك قال: قال رجل: يا رسول الله الرجل منا يلقي أخاه أو صديقه أينحني له؟ قال: ((لا))، قال: أفيلتزمه ويقبله؟ قال: ((لا))، قال: أفياخذ بيده ويصافحه؟ قال: ((نعم))^(٢).

وجه الدلالة من الحديثين: أنها نصا على المصافحة باليد الواحدة؛ وذلك بلفظ: «بيد صاحبه»، وتارة بلفظ: «بيده ويصافحه».

٣. ما رواه حسان بن نوح، قال: رأيت عبد الله بن بسر، يقول: ترون كفي هذه، فأشهد أنني وضعتها على كف محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ونهى عن

(١) أخرجه أحمد في مسنده برقم: (١٢٤٥١) ٤٣٥/١٩، والبخاري في مسنده، برقم: (٦٤٦٣) ٩٩/١٣، والبيهقي في شعب الإيثار، برقم: (٨٥٤٥) ٢٨٢/١١، قال المنذري في الترغيب والترهيب: «ورواة أحمد كلهم ثقات إلا ميمون المرادي، وهذا الحديث مما أنكر عليه» ٢٩٠/٣، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٦/٨: «ورجال أحمد رجال الصحيح غير ميمون بن عجلان، وثقه ابن حبان ولم يضعفه أحد». وضعفه الألباني في ضعيف الترغيب والترهيب ١٩٨/٢.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم: (٢٧٢٨) واللفظ له، وقال: «هذا حديث حسن» ٧٥/٥، وأحمد في مسنده برقم: (١٣٠٤٤) باختلاف يسير، ٣٤٠/٢٠، وحسنه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة ٢٩٨/١.

صيام يوم السبت، إلا في فريضة، وقال: ((إن لم يجد أحدكم إلا لحاء شجرة فليفطر عليه))^(١).

٤. ما رواه عمرو بن العاص- في حديثه الطويل- قال: «أتيت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقلت: ابسط يمينك فلأبايعك، فبسط يمينه، قال: فقبضت يدي، قال: ((ما لك يا عمرو؟))؛ قال: قلت: أردت أن أشرط، قال: ((تشرط بماذا؟)) قلت: أن يغفر لي..»^(٢).

٥. ما رواه جابر، قال: كنا يوم الحديبية ألفاً وأربع مائة، فبايعناه وعمر أخذ بيده تحت الشجرة، وهي سمرة، وقال: «بايعناه على أن لا نفر، ولم نبايعه على الموت»^(٣).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيها يبايع أصحابه بالمصافحة باليد اليمنى، ولم يرد أنه صافحهم بيديه جميعاً.

(١) أخرجه أحمد مسنده برقم: (١٧٦٩٠) / ٢٩ / ٢٣٦، جاء في تحفة الأحوذى ٤٣٠ / ٧: «الحديث إسناده صحيح»، والطبراني في مسند الشاميين برقم: (٢٥٤٨) / ٣ / ٣٩٩، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى، برقم: (٢٧٧٢) / ٣ / ٢٠٩، وابن حبان في صحيحه برقم: (٣٦١٥) / ٨ / ٣٧٩، باختلاف يسير، قال الألباني في الإرواء ٤ / ١٢٢: «قلت: وهذا سند صحيح رجاله ثقات».

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب كون الإسلام يهدم ما قبله وكذا الهجرة والحج، برقم: (١٢١) / ١ / ١١٢.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب استحباب مبايعة الإمام الجيش عند إرادة القتال، وبيان بيعة الرضوان تحت الشجرة، برقم: (١٨٥٦) / ٣ / ١٤٨٣.

القول الثاني: أن المصافحة تكون باليدين جميعاً، وبه قال البخاري^(١)، والحنفية^(٢).

واستدلوا بما رواه ابن مسعود، يقول: «علمني رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكفي بين كفيه، التشهد، كما يعلمني السورة من القرآن»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: كون التصافح فيه باليدين من جهة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والحديث نص فيه، وأما كونه كذلك من جهة ابن مسعود، فالراوي وإن اكتفى بذكر يده الواحدة، إلا أن المرجو منه أنه لم يكن ليصافحه بيده الواحدة، والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد صافحه بيديه الكريمتين، فإنه يُستبعد من مثله أن لا يبسط يديه للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقد يكون النبي

(١) فإنه سلك في صحيحه بجعل باب لذلك فقال: «باب الأخذ باليدين، وصافح حماد بن زيد ابن المبارك بيديه»، ينظر: صحيح البخاري، كتاب الاستئذان، باب الأخذ باليدين ٥٩ / ٨، فتح الباري ٥٥ / ١١.

ويجدر التنبيه هنا: أن هناك اختلافاً بين نسخ الصحيح في لفظ الباب: فتارة: «الأخذ باليدين»، وتارة: «الأخذ باليد»، فعلى ما جاء في لفظ: «اليد»، ربما أن المقصود المبالغة في المصافحة؛ ولذلك جاء في الفتح ٥٥ / ١١: «قال بن بطل الأخذ باليد هو مبالغة المصافحة، وذلك مستحب عند العلماء»، وذكر مصافحة حماد لابن المبارك ربما أنها من هذا القبيل. والله أعلم.

(٢) ينظر: مجمع الأنهر ٥٤١ / ٢، الدر المختار ص: ٦٥٨، حاشية الطحطاوي ص: ٣١٩.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستئذان، باب الأخذ باليدين، برقم: (٦٢٦٥) ٥٩ / ٨، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، باب التشهد في الصلاة، برقم: (٤٠٢) ٣٠٢ / ١ بلفظ: «علمني رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ التشهد، كفي بين كفيه كما يعلمني السورة من القرآن، واقتص التشهد بمثل ما اقتصوا».

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بسط له يديه، غير أن الراوي لم يذكره، لعدم كون غرضه متعلقاً بذلك^(١).

ويناقش: بأن وضع الكف بين الكفين المذكور في الحديث كان عند التعليم لا للمصافحة والتسليم، يدل عليه قوله: «علمني»^(٢).

وجاء في تحفة الأحوذى قوله في مناقشة ذلك: «فالظاهر أنه لم يكن من المصافحة المسنونة عند التلاقي بل هو من باب أخذ اليد عند الاهتمام بالتعليم كما يصنعه الأكابر عند تعليم الأصاغر فيأخذون باليد الواحدة أو باليدين يد الأصاغر، وقد صرح الفقهاء الحنفية أيضاً بأن كون كف ابن مسعود بين كفيه كان لمزيد الاعتناء والاهتمام بتعليمه التشهد»^(٣).

الترجيح:

الذي يترجح بعد عرض الأقوال في كيفية المصافحة، هو القول الأول، القائل بأنها تكون في اليد اليمنى فقط؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، ومناقشة ما استدل به أصحاب القول الآخر، ولأن المصافحة بكلتا اليدين قد تؤدي إلى المحذور من التبرك ونحوه^(٤).

(١) ينظر: فيض الباري ٦/ ٢٠٤-٢٠٥.

(٢) ينظر: فيض الباري ٦/ ٢٠٤، وتحفة الأحوذى ٧/ ٤٣٢.

(٣) ٧/ ٤٣٣.

(٤) جاء في فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ٢٤/ ١٢٥، السؤال الثاني من الفتوى رقم (٤٣٣٣) الجواب التالي: «أما المصافحة باليدين جميعاً فلا نعلم فيه شيئاً، ولكنه لا ينبغي، فالأولى أن يكون بواحدة».

المبحث الثاني حكم مصافحة المصابين بالوباء وغيرهم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم مصافحة المصاب بالوباء لمصاب آخر:

مصافحة المريض تختلف باختلاف نوع المرض^(١)؛ فإن كان المرض غير معدٍ؛ فالمصافحة مستحبة في حقه، وفي حق من يزوره، فهي على الأصل الذي تقرر سابقاً في حكم المصافحة، وقد حث ديننا الحنيف على زيارة المريض، وزار نبينا الكريم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المرضى، فمن ذلك ما يأتي:

١. ما ثبت في حديث سعد بن أبي وقاص، الذي ذكر فيه أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عادته بمكة؛ وفيه: ثم وضع يده على جبهته، ثم مسح يده على وجهي وبطني، ثم قال: ((اللهم اشف سعداً، وأتمم له هجرته))^(٢).

٢. ما رواه أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: كان غلام يهودي يخدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فمرض، فأتاه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يعبده، ففقد عند رأسه، فقال له: ((أسلم))، فنظر إلى أبيه وهو عنده، فقال له: أطع أبا القاسم

(١) جاء تقسيم الأمراض عند ابن قدامة إلى أنواع: منها المخوف وغيره. ينظر: المغني ٢٠٢/٦-٢٠٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المرضى، باب وضع اليد على المريض، برقم: (٥٦٥٩) ١١٨/٧، ومسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، برقم: (١٦٢٨) ١٢٥٣/٣ بنحوه.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأسلم، فخرج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو يقول: ((الحمد لله الذي أنقذه من النار))^(١).

٣. ما رواه أبو موسى الأشعري، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أطعموا الجائع، وعودوا المريض، وفكوا العاني))^(٢).

وإن كان المرض معدياً، فقد كره بعض العلماء مصافحة من به عاهة، جاء في أسنى المطالب قوله: «ومن به عاهة كالأبرص، والأجذم، فتكره مصافحته، كما قاله العبادي»^(٣)، واستدلوا على ذلك بما رواه أبو هريرة: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا عدوى ولا طيرة، ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد))^(٤).

وفي ترك مصافحة من به عاهة اتباع لسنة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وشرعه؛ لما يأتي:

١. قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصل عليه، وهل يعرض على الصبي الإسلام، برقم: (١٣٥٦) ٢/٩٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المرضى، باب وجوب عيادة المريض، برقم: (٥٦٤٩) ٧/١١٥.

(٣) ٣/١١٤، وينظر: تحفة المحتاج ٧/٢٠٨، ومغني المحتاج ٤/٢١٨.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الجذام، برقم: (٥٧٠٧) ٧/١٢٦.

(٥) البقرة: ١٩٥.

٢. حديث عمرو بن الشريد، عن أبيه، قال: كان في وفد ثقيف رجل مجذوم، فأرسل إليه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنا قد بايعناك فارجع))^(١)، أي: بالقول من غير أخذ اليد في المبايعة، كما هو المعهود^(٢).

٣. ما رواه أبو هريرة، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا عدوى ولا طيرة، ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد))^(٣).

٤. ما رواه أبو هريرة، قال: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يوردن ممرض على مصح))^(٤)، أي: لا يورد صاحب إبل مريض على صاحب إبل صحاح؛ من باب تجنب أسباب الشر، ومثله يمكن القول بالألا يدخل إنسان مريض بمرض مُعدٍ على إنسان سليم فيسبب له العدوى بالمرض.

٥. حديث: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٥)، واستنبط العلماء منه أن كل ما يؤدي إلى الضرر فيجب تركه، والاحتراز منه؛ حفظاً للنفس من الهلاك.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب اجتناب المجذوم ونحوه، برقم: (٢٢٣١) / ٤ / ١٧٥٢.

(٢) ينظر: المجموع ١٦ / ٢٦٩.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب لا هامة، برقم: (٥٧٧١) / ٧ / ١٣٨، ومسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب لا عدوى، ولا طيرة، ولا هامة، ولا صفر، ولا نوء، ولا غول، ولا يورد ممرض على مصح، عن أبي سلمة، برقم: (٢٢٢١) / ٤ / ١٧٤٣.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه، برقم: (٢٣٤١) / ٢ / ٧٨٤، من طريق محمد بن يحيى، عن عبد الرزاق، عن عمر، عن جابر، عن عكرمة عن ابن عباس به، وأخرجه أحمد في مسنده، عن عبد الرزاق به، وفيه زيادة (وللرجل أن يجعل خشبة في حائط جاره، الطريق الميتاء سبعة أذرع) برقم: (٢٨٦٥) / ٥ / ٥٥، وأخرجه الطبراني في الكبير برقم:

٦. القاعدة الشرعية: [ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب]^(١)، فإن حفظ النفس من الضروريات الواجب حفظها، وما لا يتم حفظها إلا به فهو واجب.

من هنا يتبين المعنى الشرعي في تجنب ما يؤدي بالإنسان للضرر، ولماذا تجنب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مصافحة المريض بالجدام، وفي ظل انتشار وباء (كورونا) في العالم، ينبغي للمسلم الالتزام بقرارات الحكومة، خصوصاً وزارة الصحة مشكورة مأجورة^(٢)، من حيث عدم المصافحة باليد، وهذا فيه مصلحة عامة، خصوصاً إذا عرف أن الفيروسات قد تنتقل عبر المصافحة.

(١١٥٧٦) ٢٢٨/١١، وأخرجه الدارقطني في سننه، برقم: (٤٥٣٩) ٤٠٧/٥ عن عائشة، وعند الدارقطني أيضاً: عن أبي سعيد الخدري برقم: (٤٥٤١) ٤٠٨/٥، قال الحاكم في المستدرک ٦٦/٢: «صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي، وقال النووي عنه: «حديث حسن... وله طرق يقوى بعضها ببعض» الأربعون النووية مع زيادات ابن رجب ص: ٣٦، قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم ٢١٠-٢١١/٢: «وهو كما قال... وقد استدل الإمام أحمد بهذا الحديث، وقال: قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))، وقال أبو عمرو بن الصلاح: هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد قبله جماهير أهل العلم واحتجوا به، وقول أبي داود: إنه من الأحاديث التي يدور الفقهاء عليها، يشعر بكونه غير ضعيف، والله أعلم».

(١) ينظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ٤/١٨.

(٢) حيث جاء عن وزير الصحة- في وكالة الأنباء- أنه يحث المواطنين على تجنب المصافحة،

كما في الرابط التالي: <https://bit.ly/2luoq6>

وإذا ثبت أن فيروس كورونا ينتقل باللمس، فلا يجوز لأي مسلم في هذا الحال المصافحة؛ احترازاً من انتشار الأوبئة، والأمراض المعدية؛ ولدفع الضرر والأذى عن المسلمين في هذه الحالة، حتى ينتهي تماماً.

وقد أفتى عضو هيئة كبار العلماء، الدكتور عبد الله بن محمد المطلق، بعدم جواز المصافحة هذه الأيام، مشيراً إلى أن الدين الإسلامي دين الوقاية من الأمراض والعلاج، إذ قال: «المصافحة سنة في الإسلام، لكنها هذه الأيام لا تجوز! لماذا؟ لأنها أصبحت مما ينقل المرض.. أصبحت بشهادة الخبراء الذين قال الله فيهم: ﴿فَسَأَلْ بِهِ خَيْرًا﴾^(١) من أعظم وسائل نقل الأمراض؛ ولذلك السلام سنة بدون مصافحة. سلم ولا تصافح»^(٢).

وسؤل فضيلة الشيخ حسين محمد مخلوف العالم الأزهري، ومفتي الجمهورية المصرية سابقاً، عن حكم: «المصافحة باليد حال تَفَسُّي وباء الكوليرا»، فأجاب بأن دفع الضرر ودرء الخطر عن الأنفس واجب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(٣)، وكل ما كان وسيلة إلى ذلك فهو واجبٌ شرعاً، ومن ذلك ترك المصافحة بالأيدي عند اللقاء وعقب التسليم من الصلاة، كما يفعل كثير من المصلين؛ فقد تكون اليد مُلوثة وقد

(١) الفرقان: ٥٩.

(٢) جاء ذلك خلال برنامجه الأسبوعي: «أستديو الجمعة»، على إذاعة: «نداء الإسلام»، في الرابط التالي:

<https://youtu.be/9G6rtVkYUGs>

(٣) البقرة: ١٩٥.

تنقل العدوى وينتشر الوباء بواسطتها، فمن الواجب شرعاً اتِّقاءً ذلك بترك المصافحة؛ صيانةً للأرواح وأخذاً بأحد أسباب السلامة والنجاة^(١).

المطلب الثاني: حكم مصافحة السليم للسليم في زمن الوباء:

جاءت الشريعة بتدابير احتياطية من أجل المحافظة على الإنسان السليم من الأمراض؛ مثل: النهي عن التنفس في الإناء والنفخ فيه، والنهي عن التبول في موارد الماء، والنهي عن البصاق على الأرض في الأماكن العامة، والتوجيه بوجود تغطية الآنية، والتوجيه بوجود طهارة الثوب والبدن والمكان، وكذلك غسل اليد عند الاستيقاظ من النوم، وقبل الأكل وبعده، وتحريم جماع الزوجة في وقت الحيض، وغير ذلك مما جاءت به الشريعة وأكده الأطباء.

والمسلم ينبغي له الأخذ بالاحتياط لسلامة نفسه ومجمعه من الأمراض؛ ومن ذلك ترك المصافحة في زمن الوباء؛ التي قد تكون الوسيلة للإصابة بالوباء وانتشاره.

وقد حث ولي الأمر - كما سبق - على ترك المصافحة، وفي هذه الحالة يجب على المسلم ترك المصافحة في زمن الوباء؛ طاعةً لولي أمره، والدليل على ذلك، قوله الباري عزَّ وجلَّ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٢)، وحفاظاً على نفسه من الهلاك.

(١) ينظر: دار الإفتاء المصرية عبر موقعها الرسمي على الرابط التالي:

<https://bit.ly/36V7v54>

(٢) النساء: ٥٩.

ولا فرق بين المصاب بالوباء وغيره في حكم المصافحة، ووجوب تركها في زمن الوباء- كما ذكر في المطلب السابق-، قال الشيخ محمد العثيمين عن الطاعون- وهو من الأمراض المعدية-: «إذا وقع في أرض انتشر بسرعة، لكن مع ذلك قد ينجو منه من شاء الله نجاته، إنما الأصل فيه أنه ينتشر، فكل إنسان في البلد التي وقع فيها الطاعون يتوقع أن يصاب به بين عشية وضحاها، فلا فرق بينه وبين من أصابه المرض..»^(١)، لذا فإن ما ذكر في المطلب السابق من الأدلة تنطبق هنا على السليم مع غيره؛ لكون خطر الإصابة بالوباء وارد.

ومن الأدلة أيضاً: ما رواه عبد الرحمن بن عوف: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال -عن الطاعون-: ((إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها، فلا تخرجوا فراراً منه))^(٢)؛ حتى لا ينتقل المرض من شخص إلى آخر، والمصافحة كذلك.

وجاء في فتوى دار الإفتاء المصرية: «إن أي عدوى مثل الكوليرا أو الكورونا أو غيرها من الأوبئة، ما دامت عدوى هذا المرض تنتقل بالمصافحة

(١) الشرح الممتع ١١/ ١١٠.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب ما يذكر في الطاعون، برقم: (٥٧٣٠) ١٣٠/٧، ومسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب الطاعون والطيبة والكهانة ونحوها، برقم: (٢٢١٩) ٤/ ١٧٤٢.

باليدي؛ فالواجب شرعاً تركها؛ دفعاً للضرر، وأخذاً بأسباب السلامة، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(١) «(٢)».

وقال الشيخ خالد المشيخ: «إذا خشي المسلم الضرر بالمصافحة بالعدوى، يكتفي بالسلام مشافهة»^(٣)، وفي هذا الحث على ترك المصافحة في زمن الوباء، وتجنب ما فيه ضرر.

(١) البقرة: ١٩٥.

(٢) على الرابط التالي:

<https://www.elnabaa.net/807609>

(٣) محاضرة ألقاها في جامعة القصيم بمناسبة وباء كورونا، على الرابط التالي:

<https://bit.ly/373aatD>

المبحث الثالث حكم الجناية في المصافحة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: العمد في المصافحة:

إذا تعمد المصاب بالمرض المعدي نقله إلى السليم عن طريق المصافحة، فإنه بفعله هذا قد ارتكب أمراً محرماً، ويترتب عليه عدة أمور:

الأول: الإثم؛ لتعمده ضرر غيره من المسلمين، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَنَا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ (٥٨) (١).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: (٩٤/٧/٩د) بشأن الأحكام الفقهية المتعلقة بمرض الإيدز: «تعمد نقل العدوى بمرض الإيدز إلى السليم منه، بأية صورة من صور التعمد، عملٌ محرم، ويعد من كبائر الذنوب والآثام» (٢).

والإثم يختلف بحسب قصد الجاني، إن قصد الإضرار بشخص معين، أو قصد الإضرار بالمجتمع.

الثاني: الضمان؛ في حال تضرر المجني عليه من انتقال الوباء إليه، وذلك بحسب الضرر الذي أصابه؛ لأن الأصل في الجناية الواردة على محل معصوم،

(١) الأحزاب: ٥٨.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة ٤/٦٩٧.

اعتبارها بإيجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن^(١)، ومردُّ ذلك إلى القضاء، فإن عليه مع دية ما أتلّفه: التعزير، بما يراه القاضي، في مثل هذه المسألة.

الثالث: العقوبة؛ وتكون بحسب الضرر الناشئ عن الفعل، وبحسب قصد الإضرار: بشخص معين، أو الإفساد في المجتمع، لكن ينبغي التنبيه على أمر مهم، وهو: أن وباء كورونا ليس من الأمراض التي لا يرجى برؤها، ولا مما يغلب على الظن موت المصاب به، حيث أن نسبة الشفاء عالية جداً، ونسبة الوفيات قليلة جداً، كما أفادت بذلك التقارير الصحية^(٢).

فإن قصد الجاني الإضرار بالمجتمع؛ فإن هذا يعتبر من الإفساد في الأرض، وجاءت عقوبته في قوله 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﴾^(٣)، فيأخذ حكم المفسد في الأرض، في العقوبة.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: (٩٤/٧/٩٤) بشأن المتعمد بنقل مرض الإيدز: «.. كما أنه يستوجب العقوبة الدنيوية، وتتفاوت هذه العقوبة بقدر جسامة الفعل وأثره على الأفراد وتأثيره على المجتمع، فإن كان قصد المتعمد إشاعة هذا المرض الخبيث في المجتمع فعمله هذا يعد نوعاً من الحرابة والإفساد في الأرض، ويستوجب إحدى العقوبات المنصوص عليها في آية الحرابة»^(٤)، وينطبق ذلك على المتعمد بنشر وباء كورونا في الناس.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٢٣/٧، والموسوعة الفقهية ٦٩/١٨.

(٢) ينظر: الرابط التالي: <https://bit.ly/3p0ft2X>، والرابط: <https://bit.ly/3gV1JUi>.

(٣) المائدة: ٣٣.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة ٤/٦٩٧.

وإن قصد الجاني الإضرار بشخص معين، فيختلف بحسب المجني عليه، كما يلي:

١. أن يجني على شخص سليم، ويغلب على الظن سلامته من الموت بسبب هذا الوباء، ثم مات بسببه؛ فإنه من القتل شبه العمد؛ وذلك لأن ضابط القتل شبه العمد هو: «أن يقصد من يعلمه آدمياً معصوماً، فيقتله بما لا يغلب على الظن موته به»^(١)، وتقدم أن نسبة الشفاء من الوباء، للشخص المعتدل الصحة، السليم من الأمراض، عالية جداً، فهي شبهة تمنع ثبوت القصاص في حق الجاني؛ قال ابن نجيم: «القصاص كالحُدود في الدفع بالشبهة، فلا يثبت إلا بما تثبت به الحُدود»^(٢)، لكن تجب عليه الدية، ويعزره القاضي بما يراه.

قال الدكتور محمد علي البار: «وإن كان قصده من تعمّد نقل العدوى إعداء شخص بعينه، وتمت العدوى ولم يمت المنقول إليه بعد، عوقب المتعمد بالعقوبة التعزيرية المناسبة، وعند حدوث الوفاة يكون من حق الورثة الدية، وأما إذا كان قصده من تعمّد نقل العدوى إعداء شخص بعينه، ولكن لم تنتقل إليه العدوى فإنه يعاقب عقوبة تعزيرية»^(٣).

(١) ينظر: تبين الحقائق ٦/ ١٠٠، وتحفة المحتاج ٨/ ٣٧٨، والفروع ٩/ ٣٦٦، والمبدع ٧/ ١٩١، والشرح الممتع ١٠/ ٢٣٩.

(٢) الأشباه والنظائر ص: ١١٠.

(٣) الإيدز ومشاكله الاجتماعية والفقهية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد: ٩ ص: ٢١٣٢.

٢. أن يجني على شخص فيه مرض مزمن، أو كبير في السن، أو ليس لديه مناعة لتحمل الأمراض، ممن يغلب على الظن موته بالوباء، ومات بسبب ذلك، فهذا يُجرح على من سقى غيره سماً فمات به، وهي مسألة: (القتل بالتسبب) التي وقع فيها الخلاف بين العلماء على أقوال؛ والذي عليه الجمهور: أن القتل بالسّم، قتل عمد، يوجب القود (بشرط: أن يقصد المتسبب الضرر، وأن يكون ذلك السبب قد أدى إلى الموت) (١).

واستدلوا بأدلة منها:

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ (٢).

وما أخرجه أبو داود موصولاً عن أبي هريرة، قال: «كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقبل الهدية، ولا يأكل الصدقة، فأهدت له يهودية بخير شاة مصلية سممتها، فأكل رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منها، وأكل القوم فقال: ((ارفعوا أيديكم فإنها أخبرتني أنها مسمومة))، فمات بشر بن البراء بن معرور الأنصاري، فأرسل إلى اليهودية: ((ما حملك على الذي صنعت؟))

(١) ينظر: المبسوط ١٥٣/٢٦، وحاشية ابن عابدين ٥٤٢/٦، والمدونة ٦٥٦/٤، وشرح مختصر خليل ٨/٨-٩، والحاوي الكبير ٨٦/١٢، ومغني المحتاج ٢١٨/٥، والمغني ٢٦٦/٨، والإنصاف ٤٤٠/٩.

(٢) البقرة: ١٧٨.

فقالت: إن كنت نبياً لم يضرك الذي صنعت، وإن كنت ملكاً أرحت الناس منك، فأمر بها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقتلت»^(١).

ووجهه: أن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قتل اليهودية التي دست السم قصاصاً؛ لمقتل بشر بن البراء، فدل ذلك على وجوب القود على من وضع سماً لإنسان آخر فقتله به، فكذلك في مسألة الجناية بنقل وباء كورونا عمداً بطريق المصافحة. والله أعلم.

قال الدكتور محمد علي البار: «وإن كان قصده من تعمُّد نقل العدوى إعداء شخص بعينه، وكانت طريقة الإعداء تصيب به غالباً، وانتقلت العدوى وأدت إلى قتل المنقول إليه؛ يعاقب بالقتل قصاصاً»^(٢).

المطلب الثاني: الخطأ في المصافحة:

إذا أخطأ المصاب بالمرض المعدي وانتقل منه إلى السليم عن طريق المصافحة، بأن خالط الناس، وفعل ما له فعله، من البيع والشراء، ونحو ذلك، فإنه يترتب عليه عدة أمور:

الأول: سقوط الإثم؛ لقول الباري عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا

(١) أخرجه أبو داود في سننه، برقم: (٤٥١٢) / ٤ / ١٧٤، والطبراني في المعجم الكبير برقم: (١٢٠٢) / ٢ / ٣٤، والحاكم في المستدرک برقم: (٤٩٦٧) / ٣ / ٢٤٢ وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، والبيهقي في السنن الكبرى برقم: (١٦٠١٠) / ٨ / ٨٣، قال الألباني في صحيح سنن أبي داود: «حسن صحيح» برقم: (٤٥١٢).

(٢) الإيدز ومشاكله الاجتماعية والفقهية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد: ٩ ص: ٢١٣٢.

رَحِيمًا ﴿٥﴾^(١)، وقوله: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾^(٢)، جاء في الحديث الذي أخرجه مسلم: أن الله قال بعدها: ((قد فعلت))^(٣).

الثاني: الضمان؛ لأن حقوق العباد لا تسقط بالخطأ، أو الجهل، أو النسيان، قال السيوطي: «اعلم أن قاعدة الفقه: أن النسيان والجهل، مُسْقَطٌ لِلْإِثْمِ مطلقاً، وأما الحكم: فإن وقعا في.. فعل منهي.. فيه إتلاف؛ لم يسقط الضمان»^(٤).

قال الدكتور سعود الشيبتي: «الضمان واجب على من تسبب في إصابة غيره، والجهل والخطأ والنسيان لا تسقط حقوق الآخرين»^(٥).

الثالث: الدية والكفارة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾^(٦)، وبما أن الجاني نقل عدوى كورونا بالخطأ؛ فحكمه حكم من يقتل بالخطأ، من تحمله الكفارة، وتحمل عاقلته الدية، كما قرره أهل العلم^(٧).

(١) الأحزاب: ٥.

(٢) البقرة: ٢٨٦.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبَدُّوْا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوْهُ يُحَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٤]، برقم: (١٢٦) / ١ / ١١٦.

(٤) الأشباه والنظائر ص: ١٨٨.

(٥) نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) أحكامه وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد: ٩ ص: ١٩٩٨.

(٦) النساء: ٩٢.

(٧) ينظر: بدائع الصنائع ٧ / ٢٥٢، ومواهب الجليل ٦ / ٢٤٠، ومغني المحتاج ٥ / ٣٣٤، والمغني ٨ / ٢٧٢.

قال الدكتور سعود الشبتي: «وأما الحكم فإن الدية والكفارة واجبتان عليه؛ إذ الخطأ لا يسقط حقوق الآخرين المالية، كما أنه لا يسقط الواجبات، فمن نام عن صلاة أو نسيها يجب أدائها إذا ذكرها»^(١).



(١) نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) أحكامه وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد: ٩ ص: ١٩٩٨.

المبحث الرابع بدائل المصافحة في زمن الوباء

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: السلام بالإشارة:

الأصل في السلام أن يكون بالتلفظ، وقد يجمع بين التلفظ والمصافحة وهو الأتم عند اللقاء- كما تقدم-، والسلام بالإشارة ورد عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه فعله؛ وذلك فيما رواه الترمذي عن أسماء بنت يزيد: «أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرَّ في المسجد يوماً، وعصبة من النساء قعود، فألوى بيده بالتسليم»، قال الترمذي: هذا حديث حسن^(١)، وفي رواية أبي داود: «فسلم علينا»^(٢)، قال النووي في الأذكار: «فهذا محمول على أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جمع بين اللفظ والإشارة»^(٣).

والسلام بالإشارة دون التلفظ به محل نهي؛ لأن التحية بالإشارة دون التلفظ بالسلام فيها تشبه باليهود أو النصارى^(٤)، وإن ترك التلفظ لحاجة،

(١) سنن الترمذي برقم: (٢٦٩٧) ٥/٥٨، صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة ١/٦٣٢.

(٢) سنن أبي داود، برقم: (٥٢٠٤) ٤/٣٥٢، صححه الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود برقم: (٥٢٠٤).

(٣) ص: ٢٤٦.

(٤) ينظر: فتح الباري ١١/١٩.

أو عذر، كالأخرس مثلاً، فيصح دون كراهة، وقد يجب الرد بالإشارة على الأصم الذي لا يسمع الرد باللفظ^(١).

قال ابن حجر في فتح الباري: «والنهي عن السلام بالإشارة مخصوص بمن قدر على اللفظ حساً وشرعاً، وإلا فهي مشروعة لمن يكون في شغل يمنعه من التلفظ بجواب السلام، كالمصلي، والبعيد، والأخرس، وكذا السلام على الأصم»^(٢).

قال الشيخ ابن باز: «الإشارة بالسلام لا بأس بها عند البُعد، أو عند كون المسلم عليه لا يسمع، لكن مع التلفظ، يسلم ويشير، قد مر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على نساء فسلم عليهن وأشار بيده لإفهامهن أنه يسلم، عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، فإذا كان المسلم عليه بعيداً، أو لا يسمع السلام؛ لمرض في سمعه؛ أو لأسباب أخرى فسلم باللفظ وأشار حتى يفهم المسلم عليه أنه يسلم عليه فلا بأس بذلك، أما الاكتفاء بالإشارة فلا، لا يكتفي بالإشارة؛ لأن هذا فيه تشبه بأعداء الله»^(٣).

وجاء في أسنى المطالب: «(ويجب الجمع بين اللفظ والإشارة على من رد) السلام (على أصم) ليحصل به الإفهام ويسقط عنه فرض الجواب

(١) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ١/٢٨٩، وتفسير القرطبي ٩/٢٦٦، والبنية ٢/٤٤٣، وحاشية الطحطاوي ص: ٣٢٠، وكشاف القناع ٢/١٥٦.

(٢) ١٤/١١.

(٣) فتاوى ابن باز في موقعه الإلكتروني على الرابط التالي: <https://bit.ly/37jD0Gc>.

(ومن سلم عليه) أي الأصم (جمع بينهما) أيضاً ليحصل به الإفهام ويستحق الجواب،... و(الجمع بينها وبين اللفظ أفضل) من الاقتصار على اللفظ»^(١). وفي هذه الحالة إذا اكتفى المسلم بالسلام بالمشافهة؛ وكان قد اعتاد المصافحة، فإنه يكتب له الأجر كاملاً بإذن الله؛ ففي الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إذا مرض العبد أو سافر كُتِبَ له ما كان يعمل صحيحاً مقيماً))^(٢)، قال الشيخ خالد المشيقح: «وإذا كان المسلم يصافح وتركها خشية هذا المرض، فإنه يكتب له أجرها»^(٣).

المطلب الثاني: المصافحة بالقفاز:

لا شك أن المصافحة بارتداء القفازات نوع من أنواع الوقاية من الإصابة بالوباء؛ كالكمامة ونحوها، لكنها ليست آمنة؛ بسبب ما قد يعلق بها من الفايروسات والبكتيريا الضارة، فالإنسان بلبسه للقفازات ربما لمس بهما بشرته، أو عينيه، أو يضر غيره من الناس، مما أكدت المنظمات الصحية انتقال المرض من خلالها، فقد أكدت منظمة الصحة العالمية أن: «الفيروس المستجد يستقر على القفازات، وبالتالي إذا لمست وجهك قد تلتقط العدوى بلا شك»^(٤).

(١) ١٨٣/٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجاهد والسير، باب يكتب للمسافر مثل ما كان يعمل في الإقامة، عن أبي موسى، برقم: (٢٩٩٦) ٥٧/٤.

(٣) محاضرة ألقاها في جامعة القصيم بمناسبة وباء كورونا، على الرابط التالي: <https://bit.ly/373aatD>

(٤) على الموقع التالي: <https://ara.tv/r2j2w>.

وقال المتحدث باسم (هيئة الصحة العامة في إنجلترا): «إنها لا توصي باستخدام عامة الناس القفازات كتدبير وقائي ضد فيروس كوفيد-19... يجب على الأشخاص القلقين من انتقال الأمراض المعدية إعطاء الأولوية للحفاظ على مستوى جيد من النظافة الشخصية ونظافة الجهاز التنفسي واليدين»^(١).

وبهذا يتبين أن غسل اليدين بشكل مستمر أنجع في التصدي لوباء كورونا، ويقدم حماية أفضل من القفازات؛ لذلك لا يعتبر هذا البديل مناسباً إلا لمن اضطر إليه، فمثلاً في بعض المناسبات الاجتماعية، ربما يجد الشخص حرجاً من قريب له يصافحه، فالقفازات تعتبر واقية له - بإذن الله - من انتقال العدوى، مع أنه ينبغي له اجتناب المصافحة، كما تقدم بيانه.

المطلب الثالث: الضرب بالقبضة أو بالمرفق:

من بدائل المصافحة التي اتخذها بعض الناس في ظل انتشار فيروس كورونا: الضرب بالقبضة أو بالمرفق أو غيرها؛ خوفاً من انتقال العدوى. وصورتهما: أن يقبض كل من الشخصين أصابع أيديهما، ويضرب أحدهما الآخر (بظاهر القبضة)، عند اللقاء، وكذلك بمرفقيهما، عوضاً عن المصافحة، أو غير ذلك مما اتخذته الناس للتحرز من العدوى.

(١) على الموقع التالي: <https://bit.ly/2LydULa>.

لذلك دعت بعض الجهات الصحية حول العالم إلى تغيير طرق التفاعل الاجتماعي بين الأشخاص، حيث أصبحت المصافحات والتحيات اليومية المتعارف عليها غير مرحب بها في الوقت الحالي؛ بسبب الوباء^(١).

والذي يظهر أنه لا ينبغي اتخاذ هذه الطرق؛ لأمرين:

١. لكون هذا الطرق غير مجدية في التحرز من العدوى، فالذي عليه التوجيهات الصحية التباعد الجسدي، وعدم ملامسة الأشخاص الآخرين، إلا ما كان في محيط الأسرة الواحدة.

٢. أن هذا قد يكون فيه تشبه بالكفار، وقد روى الترمذي في السنن عن عمرو بن شعيب، أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((ليس منا من تشبه بغيرنا، لا تشبهوا باليهود، ولا بالنصارى، فإن تسليم اليهود الإشارة بالأصابع، وتسليم النصارى الإشارة بالأكف))^(٢)، وروى النسائي في السنن الكبرى، عن جابر بن عبد الله، أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا تسلموا تسليم اليهود والنصارى، فإن تسليمهم بالأكف والرؤوس والإشارة))^(٣)، أي: أن فعلهم الإشارة دون التلطف بالسلام.

(١) جاء في صحيفة الشرق الأوسط (السبت- ١٣/٧/١٤٤١هـ) هذا الخبر: مصافحة بـ«الكوع» بين وزراء الصحة الأوروبيين خشية «كورونا»، على الرابط التالي: <https://bit.ly/2JEz4Ha>

وينظر: الرابط التالي: <https://bit.ly/3mpYVQn>.

(٢) سنن الترمذي، برقم: (٢٦٩٥) ٥/٥٦، قال الألباني في صحيح الجامع: «حسن» برقم: (٥٤٣٤) ٢/٩٥٦، وأخرجه الطبراني في مسند الشاميين، عن جابر برقم: (٥٠٣) ٢٨٩/١.

(٣) برقم: (١٠١٠٠) ٩/١٣٤، قال ابن حجر في الفتح ١١/١٤: «سنده جيد»، وقال الألباني في صحيح الجامع: «حسن» برقم: (٧٣٢٧) ٢/١٢٢٤.

الخاتمة

وفي الختام: أحمد الله عَزَّوَجَلَّ على عظيم فضله، وجزيل إحسانه، وأحمده سبحانه على ما منَّ به عليَّ وأعانني بإنهاء هذا البحث، والذي أسأله سبحانه أن يجعله مباركاً مسدداً، وأن يوفقني وقارئه في الدنيا والآخرة.

وفيا يلي أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

١. أن الأصل في المصافحة أنها مستحبة، والسنة أن تكون باليد اليمنى.
٢. عدم جواز المصافحة للمصاب بالوباء لغيره مطلقاً؛ لما ثبت عن النبي الكريم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.
٣. عدم جواز المصافحة من السليم لغيره، في زمن الوباء؛ لمنع انتشاره، ولوجوب طاعة ولي الأمر.
٤. أن تعمُّد الجناية بنقل العدوى محرمة، ويحكم عليه بالإفساد إن قصد انتشار الوباء في المجتمع، وإن قصد شخصاً بعينه؛ فيعاقب بحسب نتيجة الجناية.
٥. أن الجناية بنقل العدوى من المخطئ بالمصافحة؛ تُسقط عنه الإثم، ولا تُسقط الدية والكفارة.
٦. أن من بدائل المصافحة في زمن الوباء: الإشارة مع التلطف بالسلام؛ وهي مشروعة.

ثانياً: التوصيات:

١. توعية الفرد والمجتمع بأحكام المصافحة في زمن الأوبئة، على مستوى الأفراد والحكومات.
٢. الاهتمام بإيجاد بدائل للمصافحة في أزمته الأوبئة، مع المحافظة على الهدي النبوي في الترابط المجتمعي.
٣. تشكيل لجان شرعية طبية للنظر في: نوازل الأوبئة، وتبيين المخوف من غيره؛ لتعلق الأحكام الشرعية-كالوصايا والجنايات- بذلك.

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

١. الآداب الشرعية والمنح المرعية، المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، الناشر: عالم الكتب.
٢. أحكام القرآن، المؤلف: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.
٣. الأربعون النووية (مع زيادات ابن رجب رَحْمَةُ اللَّهِ)، المؤلف: محيي الدين النووي (٦٣١ - ٦٧٦هـ) وابن رجب الحنبلي (٧٣٦ - ٧٩٥هـ)، المحقق: الشربيني بن فايق الشربيني، راجعها وقدم لها: مصطفى بن العدوي.
٤. الإرشاد إلى سبيل الرشاد، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي موسى الشريف، أبو علي الهاشمي البغدادي (المتوفى: ٤٢٨هـ)، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٥. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٦. الاستذكار، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٧. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، المؤلف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيني (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.



٨. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٩. الأشباه والنظائر، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
١٠. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨هـ)، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة، بيروت - لبنان.
١١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرّداوي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
١٢. بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، المؤلف: الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت ٥٠٢هـ)، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
١٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
١٤. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِذَهَبِ

- الإمام مالك)، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوّتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٥. البناية شرح الهداية، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
١٦. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، حققه: د. محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
١٧. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
١٨. تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، المؤلف: أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
١٩. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧هـ.
٢٠. الترغيب والترهيب من الحديث الشريف، المؤلف: عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله، أبو محمد، زكي الدين المنذري (المتوفى: ٦٥٦هـ)، المحقق: إبراهيم شمس الدين، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.



٢١. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام النشر: ١٣٨٧هـ.
٢٢. تهذيب اللغة، المؤلف: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
٢٣. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٢٤. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - إبراهيم باجس، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة السابعة، ١٤٢٢هـ.
٢٥. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه = صحيح البخاري، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢٦. الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ.

٢٧. حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، المؤلف: أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي - توفي: ١٢٣١هـ، المحقق: محمد عبد العزيز الخالدي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٢٨. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (وهو شرح مختصر المزني)، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٢٩. دار الافتاء المصرية عبر موقعها الرسمي على الرابط التالي:
<https://bit.ly/36V7v54>
٣٠. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: جزء ١، ٨، ١٣: محمد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب، جزء ٣ - ٥، ٧، ٩ - ١٢: محمد بوخبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٣١. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحققون: جزء ١، ٨، ١٣: محمد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب، جزء ٣ - ٥، ٧، ٩ - ١٢: محمد بوخبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٣٢. رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٣٣. الروض الندي شرح كافي المبتدي - في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، المؤلف: أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي (١١٠٨ - ١١٨٩هـ)،

أشرف على طبعه وتصحيحه: فضيلة الشيخ عبد الرحمن حسن محمود، من علماء الأزهر، الناشر: المؤسسة السعيدية - الرياض.

٣٤. سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، (لمكتبة المعارف).

٣٥. سنن ابن ماجه، المؤلف: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.

٣٦. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.

٣٧. سنن الترمذي، المؤلف: محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١، ٢)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤، ٥)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ.

٣٨. سنن الدارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٣٩. السنن الكبير، المؤلف: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٣٨٤ - ٤٥٨هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مركز هجر

- للبحوث والدراسات العربية والإسلامية (الدكتور عبد السند حسن يمامة)،
الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٤٠. شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، المؤلف:
قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (المتوفى: ٨٣٧هـ)، اعتنى به:
أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة
الأولى، ١٤٢٨هـ.
٤١. الشرح الممتع على زاد المستقنع، المؤلف: محمد بن صالح بن محمد العثيمين
(المتوفى: ١٤٢١هـ)، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ -
١٤٢٨هـ.
٤٢. شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: شهاب الدين
أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بزروق
(المتوفى: ٨٩٩هـ)، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، الناشر: دار الكتب العلمية،
بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٤٣. شرح مختصر خليل للخرشي، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو
عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون طبعة
وبدون تاريخ.
٤٤. شعب الإيمان، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرُو جردِي
الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، حققه وراجع نصوصه وخرج
أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، أشرف على تحقيقه وتخراج
أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي - الهند، الناشر:
مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي
بالهند، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.



٤٥. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ.

٤٦. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المؤلف: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: ٣٥٤هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.

٤٧. صحيح الجامع الصغير وزياداته، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي.

٤٨. صحيح وضعيف سنن أبي داود، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

٤٩. صحيفة الشرق الأوسط على الرابط التالي:

<https://bit.ly/2JEz4Ha>

٥٠. ضعيف الترغيب والترهيب، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٥١. فتاوى ابن باز في موقعه الإلكتروني على الرابط التالي:

<https://bit.ly/37jD0Gc>

٥٢. الفتاوى الكبرى لابن تيمية، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلِيم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني

- الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
٥٣. فتاوى اللجنة الدائمة - المجموعة الأولى، المؤلف: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش.
٥٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، تحقيق: محمود بن شعبان بن عبد المقصود ومجموعة من الباحثين، الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية، الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
٥٥. فتح القدير، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، الناشر: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٥٦. الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية، المؤلف: محمد بن علان الصديقي الشافعي الأشعري المكي (المتوفى: ١٠٥٧هـ)، الناشر: جمعية النشر والتأليف الأزهرية.
٥٧. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: ١٢٦هـ)، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة، ١٤١٥هـ.
٥٨. فيض الباري على صحيح البخاري، المؤلف: (أمالي) محمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميري الهندي ثم الديوبندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، المحقق: محمد بدر عالم الميرتهبي، أستاذ الحديث بالجامعة الإسلامية بداهيل (جمع الأمالي وحررها ووضع حاشية البدر الساري إلى فيض الباري)، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.

٥٩. القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، المؤلف: محمد حسن عبد الغفار، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية: <http://www.islamweb.net>.
٦٠. كتاب العين، المؤلف: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال.
٦١. كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
٦٢. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، المؤلف: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، المحقق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
٦٣. كشف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.
٦٤. لسان العرب المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٦٥. المبدع في شرح المقنع، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٦٦. المبسوط، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ.
٦٧. مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، المؤلف: تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.
٦٨. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦٩. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المؤلف: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: ٨٠٧هـ)، المحقق: حسام الدين القدسي، الناشر: مكتبة القدسي، القاهرة، ١٤١٤هـ.
٧٠. المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار الفكر.
٧١. محاضرة للشيخ د. خالد المشيخ، ألقاها في جامعة القصيم بمناسبة وباء كورونا، على الرابط التالي:
<https://bit.ly/373aatD>
٧٢. مختار الصحاح، المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ.
٧٣. مختصر الإفادات في رُبع العبادات والآداب وزيادات، المؤلف: الإمام محمد بن بدر الدين بن بلبان الدمشقي الحنبلي (١٠٠٦ - ١٠٨٣هـ)، تحقيق وتعليق: محمد بن ناصر العجمي، ساهم في طبع هذا الكتاب: سعد عبد العزيز الراشد - الكويت، الناشر: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٧٤. المدونة، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٧٥. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت.
٧٦. المستدرك على الصحيحين، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
٧٧. مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
٧٨. مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، المؤلف: أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار (المتوفى: ٢٩٢هـ)، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله، (حقق الأجزاء من ١ إلى ٩)، وعادل بن سعد (حقق الأجزاء من ١٠ إلى ١٧)، وصبري عبد الخالق الشافعي (حقق الجزء ١٨)، الناشر: مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، الطبعة الأولى، (بدأت ١٩٨٨م، وانتهت ٢٠٠٩م).
٧٩. مسند الشاميين، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

٨٠. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٨١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.
٨٢. المعجم الكبير، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية - القاهرة، الطبعة الثانية.
٨٣. معجم لغة الفقهاء، المؤلف: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
٨٤. معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
٨٥. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
٨٦. المغني لابن قدامة، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، بدون طبعة.
٨٧. المقدمات الممهديات، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور محمد حجي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.



٨٨. المنتقى شرح الموطأ، المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، الناشر: مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.

٨٩. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٩٠. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، عدد الأجزاء: ٤٥ جزءاً، الطبعة (من ١٤٠٤هـ - ١٤٢٧هـ).

٩١. موسوعة كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، المؤلف: محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة الأولى - ١٩٩٦م.

٩٢. الموطأ، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٩٣. موقع منظمة الصحة العالمية على الرابط التالي:

<https://bit.ly/3gGWxT>

٩٤. موقع وزارة الصحة السعودية، على الرابط التالي:

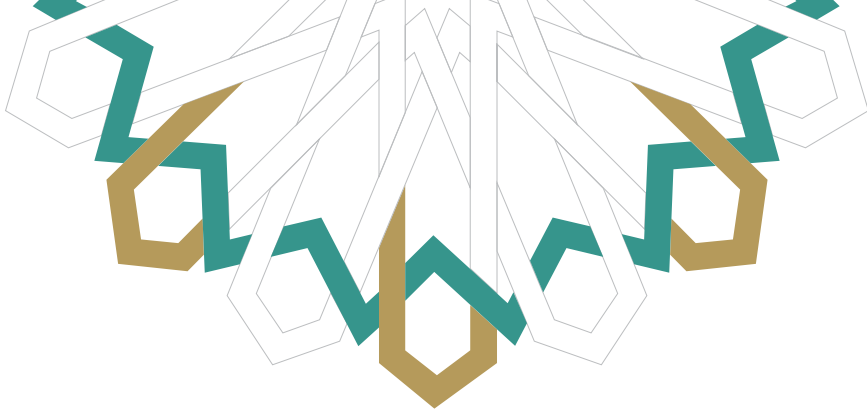
<https://bit.ly/373aatD>

٩٥. النهر الفائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت ١٠٠٥هـ)، المحقق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٩٦. وكالة الأنباء السعودية في الرابط التالي:

<https://bit.ly/2luojq6>





**أثر القواعد الفقهية
في تسبيب الأحكام القضائية
في المملكة العربية السعودية
(دراسة تطبيقية في قضايا الأحوال الشخصية)**

د. راشد بن محسن آل لحيان
أستاذ الفقه وأصوله المساعد
بجامعة الأمير سطام بن عبد العزيز

المقدمة

الحمد لله ذي الإكرام والجلال، المبين على لسان نبيه ما حرم من حرام وما أحل من الحلال، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك وهو الكبير المتعال، جلّ وتقدس عن الأشباه والأمثال، شهادة أدخرها إلى يوم توزن الأعمال، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله وصفوته من خلقه، بعثه ربه رحمة للأنام، وهادياً إلى خير سبيل وأكمل نظام، صلى عليه ربنا ما تعاقب الحدثان وما تجدد الزمان، وعلى آله وأزواجه وسائر الصحب والإخوان، ومن تبعهم بإحسان وسلم تسليماً مزيداً إلى يوم الدين، أما بعد...

فإن الفقه في دين الله من أعظم القربات، وأجل الطاعات، وهو من أظهر العلامات على إرادة الله بعبده الخير، كما دلّ عليه الحديث الذي أخرجه الشيخان عن أمير المؤمنين معاوية بن أبي سفيان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين))^(١).

وقد أنعم الله على هذه الأمة المكرمة المشرفة بفقهاء عظام دارت الفتيا على أقوالهم بين الأنام، وشرفهم الله باستنباط الأحكام واجتهدوا في ضبط قواعد الحلال والحرام، وتركوا لنا ثروة فقهية هي بحق فخر لأمة الإسلام، فمنها ينهل العلماء والفقهاء وإليها يرجع القضاة والحكام.

ومع كثرة أحكام الفقه وتعدد مسائله واتساع مباحثه، فقد تفتقت قرائح الفقهاء وجادت عقولهم الزكية بوضع قواعد للفقه جمعت شتات فروعها

(١) رواه البخاري (٢٥/١) رقم الحديث: ٧١، ومسلم (٧١٩/٢) رقم الحديث: ١٠٣٧.

وأظهرت جمال مداركه، وأبرزت أسرار الشريعة ومقاصدها، ومن جميل وصف تلك القواعد ما خطه بنان الفقيه المالكي القرافي في كتابه «الفروق»، حيث قال رَحْمَةُ اللَّهِ: «والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جلية، كثيرة العدد عظيمة المدد، شتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يُحصى... وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف»^(١).

ويقول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا رَحْمَةُ اللَّهِ مبيناً أهمية القواعد الفقهية: «فإن في هذه القواعد تصويراً بارعاً، وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط، تُبَيِّن في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط، وجهة الارتباط، برابطة تجمعها، وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها، ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار، وتبرز فيها العلل الجامعة، وتُعَيِّن اتجاهاتها التشريعية، وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة»^(٢).

وحيث كانت القواعد الفقهية بهذا الشأن كان من المتعين العناية بها وإبراز أوجه الاستفادة منها خاصة في مجال القضاء، والقضاء له مكانته الخاصة وتميزه عن علم الفقه، وقد أشار لذلك القرافي رَحْمَةُ اللَّهِ وَيَبِّن أن

(١) الفروق للقرافي (٢/١).

(٢) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا (ص: ٩٦٧).

القضاء يتطلب فهماً زائداً عما يحتاجه المفتي^(١)، ويقول ابن فرحون رَحِمَهُ اللهُ موضحاً مكانة القضاء: «علم القضاء من أجل العلوم قدراً، وأعزها مكاناً، وأشرفها ذكراً؛ لأنه مقام عليٌّ ومنصب نبويٌّ، به الدماء تعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب»^(٢). والناظر في الصكوك والأحكام التي يصدرها أصحاب الفضيلة قضاة المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية - وفقهم الله وأجرى الحق على أيديهم - يجد كثيراً منها يستند في تسبيب الحكم القضائي - بالإضافة للنصوص من الكتاب والسنة - إلى القواعد الفقهية، ولذا رأيت من المناسب إجراء هذه الدراسة التي أقف فيها على أهم القواعد التي يوردها أصحاب الفضيلة القضاة في تسبيب الأحكام القضائية ومدى تأثيرها على الحكم القضائي في قضايا الأحوال الشخصية، راجياً من الله تعالى أن يكون هذا العمل مكماً للجهود العلمية في منهج التقعيد والضبط والحرص على إبراز الكليات بدلاً عن التوسُّع في الجزئيات، وهو الاتجاه الذي زادت العناية به في الأوساط العلمية والفقهية؛ والله الحمد.

مشكلة البحث:

من المقرر أن تسبب الحكم القضائي هو الأساس للحكم القضائي؛ ومن أهم ركائزه ذكر المستند الشرعي للحكم، وحيث أن الكثير من القضاة يستندون في إصدار الحكم للقواعد الفقهية كانت الحاجة ماسة لإبراز هذه (١) انظر: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للقرافي (ص: ٥٦).

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون (١/٣).

القواعد، والوقوف عليها، ومعرفة وجه الاستفادة منها في تسبيب الحكم القضائي.

أهمية البحث:

تمثل أهمية البحث في كونه يسهم في إبراز القواعد الفقهية التي يستند إليها القضاة من واقع التطبيقات القضائية المتمثل في الصكوك التي أصدرتها وزارة العدل في مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، ولا ريب أن جمع هذه القواعد يساعد العاملين في المجال القضائي من أصحاب الفضيلة القضاة وغيرهم من المحامين والمتدربين وطلاب الكليات الشرعية في الوقوف على هذه القواعد والاستفادة منها في الوقائع والقضايا المتجددة.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى أمور منها ما يأتي:

١. جمع القواعد الفقهية المتعلقة بالأحوال الشخصية الواردة في مجموعة الأحكام القضائية.
٢. إيراد التطبيقات القضائية لهذه القواعد الفقهية.
٣. الإسهام في خدمة المجال القضائي، وذلك بإبراز أهم القواعد الفقهية التي يمكن الاستفادة منها لكل المشتغلين في هذا المجال.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة في هذا الموضوع بهذا التحديد، غير أن هناك من الباحثين من تناول القواعد والضوابط الفقهية وعلاقتها بالقضاء بوجه عام، ومنها:

١. «القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام»، د. إبراهيم الحريري، ط: الأولى، ١٤٢٠هـ، دار عمار، الأردن. وهذا الكتاب تحدث بوجه عام عن القواعد المتعلقة بتولية القاضي وأوصافه وما عليه فعله، والقواعد التي تتعلق بالبيانات والإثباتات.

٢. «القواعد القضائية المتعلقة بالإقرار والشهادات والإيمان»، للباحث: فهد الأحمدي، وهي رسالة دكتوراه مقدمة للجامعة الإسلامية. تحدث فيها المؤلف في الباب الأول عن القواعد المتعلقة بالإقرار والشهادات وفي الباب الثاني عن القواعد المتعلقة باليمين.

٣. «القواعد الفقهية في القضاء»، للقاضي د. عبد الغفور البياتي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت. عقد فيه الباحث أربعة أبواب تحدث فيها عن أثر القواعد الفقهية الكبرى في القضاء، والقواعد الفقهية في ولاية القاضي وأصول التقاضي، والقواعد الفقهية في الترجيح والإثبات، والقواعد الفقهية في الحكم والزواج الشرعية.

وهذه الدراسات السابقة تتناول القواعد المتعلقة بالقضاء من حيث تولية القاضي، وعمل القاضي، وما يتعلق بالإثبات والبيانات، وأبواب

الشهادات، والإقرار وغير ذلك مما هو معروف في باب القضاء الذي يُورده الفقهاء في مؤلفاتهم، في حين أن هذه الدراسة تتناول نماذج من القواعد الفقهية الكلية التي يوردها أصحاب الفضيحة قضاة المحاكم في المملكة العربية السعودية ويستندون إليها في القضايا والوقائع المتعلقة بالأحوال الشخصية، وذلك بجمعها ودراستها دراسة فقهية تطبيقية، وهذا هو الوجه الجديد لهذه الدراسة. فهذه الدراسة لا تتناول قواعد القضاء ذاته، وإنما تتناول نماذج من القواعد الفقهية التي يستند إليها القضاة في تسبيب الحكم القضائي في قضايا الأحوال الشخصية.

حدود البحث:

القضايا محل الدراسة هي القضايا الواردة في قسم الأحوال الشخصية من مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل في المملكة العربية السعودية لعام ١٤٣٥هـ، والجمع هو لنماذج من القواعد الفقهية الكلية، دون غيرها من القواعد الإجرائية.

منهج البحث:

سرت في هذا البحث مستعيناً بالله تعالى وسالكاً المنهج الاستقرائي والتحليلي:

١. فالاستقرائي يكون من خلال جمع نماذج من القواعد الفقهية الكلية الواردة في مجموعة الأحكام القضائية الصادر عن وزارة العدل السعودية عام ١٤٣٥هـ مما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية.

٢. والتحليلي يكون بإيراد التطبيق القضائي المتعلق بالقاعدة مع بيان وجه الاستناد للقاعدة الفقهية في الوصول إلى الحكم القضائي. وتتمثل خطوات البحث في الأمور الآتية:
 ١. استقراء وجمع نماذج من القواعد الفقهية الكلية الواردة في مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥ هـ في قسم الأحوال الشخصية.
 ٢. بيان المعنى العام للقاعدة والاستدلال لها.
 ٣. ذكر التطبيق القضائي المتعلق بالقاعدة الفقهية بصورة موجزة، مع إبراز دور القاعدة في تسبيب الحكم القضائي، وذكر وجه الاستناد للقاعدة.
 ٤. عزو الآيات لسورها مع بيان أرقامها.
 ٥. تخريج الحديث بذكر الكتاب أو الباب ثم الجزء والصفحة ورقم الحديث، مع إيراد ما ذكره أهل الشأن في الحديث أو الأثر إن كان خارج الصحيحين، فإن كان في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخرجه.
 ٦. توثيق عبارات الفقهاء وأقوالهم من كتبهم، فإن كان النقل بالنص فتكون الإشارة إلى المصدر بذكر اسمه والجزء والصفحة، وإن النقل بالمعنى فتكون الإحالة بذكر المصدر مسبقاً بكلمة: انظر.
 ٧. جعلت المعلومات المتعلقة بالمصادر والمراجع في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث، وإنما أشير لها في ثنايا البحث إذا كانت الطبعة للكتاب المحال إليه مختلفة.



٨. ختمت البحث بخاتمة تتضمن أهم نتائجه.

خطة البحث:

يشتمل هذا البحث على مقدمة، ومبحثين، وخاتمة.

المقدمة:

وتتضمن موضوع البحث، ومشكلته، وحدوده، وأهميته، ومنهجه، وخطته، والدراسات السابقة.

المبحث الأول: في التعريف بالقواعد الفقهية، وبيان حجيتها، وعلاقتها بالحكم القضائي:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية.

المطلب الثاني: حجية القواعد الفقهية.

المطلب الثالث: علاقة القواعد الفقهية بالحكم القضائي.

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية:

وفيه عشرة مطالب:

المطلب الأول: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

المطلب الثاني: العادة محكمة.

المطلب الثالث: لا ضرر ولا ضرار.



- المطلب الرابع: المسلمون على شروطهم.
 المطلب الخامس: الإقرار حجة قاصرة على المقرّ.
 المطلب السادس: البينة على المدعي واليمين على من أنكر.
 المطلب السابع: الأصل بقاء ما كان على ما كان.
 المطلب الثامن: على اليد ما أخذت حتى تؤديه.
 المطلب التاسع: الأصل في الصفات العارضة العدم.
 المطلب العاشر: الأصل بقاء النكاح.
 الخاتمة:

وفيها أهم نتائج البحث وتوصياته، وأهم المصادر.
 وختاماً فإني أحمد الله على تيسيره وتوفيقه، وأسأله تعالى أن يتجاوز عنا
 الخطأ والزلل فإن الله لم يجعل العصمة إلا لكتابه الكريم، وأسأله جَلَّ وَعَلَا أن
 يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم نافعاً لكتابه وقارئه، وأن يرزقنا
 السداد في القول والعمل إنه سميع مجيب.
 وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان
 إلى يوم الدين.

المبحث الأول التعريف بالقواعد الفقهية، وبيان حجيتها، وعلاقتها بالحكم القضائي

سيكون الحديث في هذا المبحث مقدمةً تعريفيةً بالقواعد الفقهية والفرق بينها وبين الضابط الفقهي، ثم الإشارة إلى دلالية القواعد الفقهية والاحتجاج بها، وعلاقتها بالحكم القضائي، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية:

القاعدة في اللغة:

الأساس وما يبنى عليه غيره. وقواعد البيت أساسه^(١).

والقاعدة في الاصطلاح العام:

هي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته^(٢). وفي اصطلاح الفقهاء عُرِّفت القاعدة الفقهية بتعريفات متعددة، منها ما يأتي:

عَرَّفها أبو عبد الله المقري في كتابه «القواعد» بأنها: كُلُّ كَلِمٍ هُوَ أَحْصُ من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعمُّ من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة^(٣).

(١) انظر: تهذيب اللغة للأزهري (١/١٣٧)، مقاييس اللغة لابن فارس (٥/١٠٩) مادة (قعد)، لسان العرب لابن منظور (٣/٣٦١).

(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي (٢/٥١٠).

(٣) القواعد، للمقري (١/٢١٢)، بتحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد.

وعرّفها شهاب الدين الحموي الحنفي بأنها: حكم أكثرى، لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه^(١).

ومن المعاصرين عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا بأنها: أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها^(٢).

وعرّفها الدكتور علي الندوي بأنها: أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة، من أبواب متعددة، في القضايا التي تدخل تحت موضوعه^(٣). وهذه التعريفات تعطي تصوراً لمعنى القاعدة الفقهية، وإن كان قد وُجّه إليها بعض الانتقادات، إما في التعميم والإبهام، أو في عدم التمييز والتحديد للقاعدة الفقهية عن غيرها^(٤).

ولعل أقرب التعريفات وأسلمها من الانتقادات هو التعريف الذي اختاره الدكتور يعقوب الباحثين، فقد عرفّها في كتابه «القواعد الفقهية» بأنها: قضية كلية فقهية، جزئياتها قضايا كلية فقهية^(٥).

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، للحموي (١/ ٥١).

(٢) المدخل الفقهي العام (ص: ٩٦٥).

(٣) القواعد الفقهية، للندوي (ص: ٤٥).

(٤) انظر للاستزادة حول ما قيل في مناقشة هذه التعريفات وغيرها: القواعد الفقهية، للندوي (ص: ٤٢)، والقواعد الفقهية، للدكتور يعقوب الباحثين (ص: ٣٩ وما بعدها).

(٥) القواعد الفقهية، د. يعقوب الباحثين (ص: ٥٤)، ويُعبّر بعض العلماء عن القاعدة الفقهية بأنها «أغلبية» أو «أكثرية» ملاحظة منهم لوجود المستثنيات لكثير من القواعد، وقد نوقش ذلك بأن سبب وجود هذه المستثنيات لا يعود لكون القاعدة ليست كلية بل

شرح التعريف:

قضية: القضية قول يحتمل الصدق والكذب لذاته، وهي اسم للحكم والمحكوم عليه والمحكوم به^(١).

كلية: هي المحكوم فيها على كل فرد من أفرادها^(٢).

فقهية: الفقه في اللغة: الفهم^(٣). وفي الاصطلاح: العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسبة من أدلتها التفصيلية^(٤).

جزئياتها قضايا كلية: قيد لإخراج الحكم الفقهي؛ فإن جزئياته أفراد لا قضايا^(٥).

يعود لعدم تحقق شروط دخولها في القاعدة أو لوجود مانع يمنع دخولها فيها، وحيث كان الأمر كذلك فلا يصح القول بدخولها أصلاً حتى توصف بأنها مستثنيات، فيبقى وصف القواعد بالكلية صحيحاً، ومن جانب آخر فإن القواعد والأصول الشرعية إذا ثبتت فإنه لا يخرجها عن كليتها تخلف بعض الجزئيات، انظر: الموافقات، للشاطبي (٥٣/٢)، القواعد الفقهية، د. الباحسين (ص: ٤٤ - ٤٧).

(١) انظر: تيسير التحرير، لابن أمير بادشاه (١٤/١)، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، لابن أمير الحاج (٥٣/١).

(٢) انظر: حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع (٣١/١).

(٣) انظر: لسان العرب، لابن منظور (٥٢٢/١٣)؛ مختار الصحاح، للجوهري (ص: ٢٤٢).

(٤) انظر: الكليات، للكفوي (ص: ٦٩٠)، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، للتهانوي (٤١/١)، القاموس الفقهي، سعدي أبو حبيب (ص: ٢٨٩)، التعريفات، للجرجاني (ص: ١٦٨).

(٥) انظر: القواعد الفقهية، للباحسين (ص: ٥٤).

المطلب الثاني: حجية القواعد الفقهية:

المقصود بحجية القواعد الفقهية: صحة جعلها دليلاً يُستند إليه في استنباط الأحكام، ومُدركاً يؤخذ به في التعليل والترجيح^(١). والقواعد الفقهية منها ما مصدره نص شرعي من الكتاب أو السنة، ومنها ما مصدره استقراء المسائل الفقهية، فإذا كانت القاعدة عبارة عن نص شرعي أو كانت مُستمدّة من النص الشرعي فهي حُجة يمكن الاستدلال بها بلا خلاف؛ لأن الاستدلال بالقاعدة هنا هو في الحقيقة استدلال بالنص الذي استمدت منه^(٢). ومن أمثلة هذا النوع: قاعدة: الأمور بمقاصدها، وقاعدة: لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة: اليقين لا يزول بالشك، وقاعدة: المشقة تجلب التيسير، فهذه القواعد تشبه الأدلة، وقوتها تتمثل في قوة ما تعتمد عليه من النصوص، فلا مانع إذاً من الاحتجاج بها.

أما إن كانت القاعدة الفقهية مصدرها الاستقراء، فهذه محل خلاف، فمن العلماء من رأى الاحتجاج بها^(٣)، ومنهم من منع وهم الأكثر^(٤)، ولعلّ الأقرب - والله أعلم - أن هذه القواعد لا يُستدل بها كالأدلة الشرعية المعروفة، وإنما تصلح للاعتضاد والترجيح مع النص الشرعي وتجب الإشارة إلى أن محل المنع من الاستدلال بالقاعدة الفقهية للقاضي والمفتي إنما هو فيما

(١) انظر: القواعد الفقهية، د. يعقوب الباحسين (ص: ٢٦٥).

(٢) انظر: القواعد الفقهية، علي الندوي (ص: ٣٢٩ وما بعدها).

(٣) انظر: الفروق، للقرافي (١/٧٥)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٦).

(٤) انظر: الديباج المذهب، لابن فرحون (١/٢٦٦)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه

الكلية، للبورنو (ص: ٣٩)، القواعد الفقهية، د. الباحسين (ص: ٢٧٦).

فيه نصُّ فقهي يمكن الأخذ به، أما إذا كانت الواقعة ليس فيها قولٌ للفقهاء لعدم تعرضهم لها، وكانت الواقعة صالحة للدخول تحت حكم القاعدة ساغ حينئذ الاستناد إليها، إلا إن ظهر فرق بين وصف الواقعة وبين ما تقضي به القاعدة^(١).

وإذا نظرنا في كتب الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ وجدنا استعمال هذه القواعد وبناء الأحكام عليها حاضراً في كثير من المواضع، ومن ذلك على سبيل التمثيل ما يأتي:

جاء في «المدونة»: «وسألت ابن القاسم عن خراء الطير والدجاج التي ليست بمخللة تقع في الإناء فيه الماء ما قول مالك فيه؟ قال: كل ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء»^(٢).

وفي موضع آخر: «قال سمعت يحيى بن سعيد يقول: لا بأس بالصلاة على الصفا وفي السبخة، ولا بأس بالتيمم بهما إذا لم يوجد تراب، وهما بمنزلة التراب. وقال يحيى بن سعيد: ما حال بينك وبين الأرض فهو منها»^(٣).

واستدل الإمام النووي بقاعدة: أن الأصل الطهارة في عدم نقض الوضوء بشرب لبن الإبل، قال رَحِمَهُ اللهُ: «ولأحمد رواية أنه يجب الوضوء من شرب لبن الإبل، ولا أعلم أحداً وافقه عليها، ومذهبنا ومذهب العلماء كافة لا وضوء من لبنها: واحتج أصحاب أحمد بحديث عن أسيد بن حضير - بضم

(١) انظر: القواعد الفقهية، علي الندوي (ص: ٣٣١).

(٢) المدونة، الإمام مالك بن أنس (١/١١٦).

(٣) المدونة (١/١٤٨).

أولهما والحاء مهملة والضاد معجمة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لا تَوَضَّؤُوا مِنْ أَلْبَانِ الْغَنَمِ وَتَوَضَّؤُوا مِنْ أَلْبَانِ الْإِبِلِ)) رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف فلا حجة فيه، ودليلنا أن الأصل الطهارة ولم يثبت ناقض^(١). فنلاحظ أن النووي رَحِمَهُ اللَّهُ استدل بالقاعدة على المسألة.

واستدل بنفس القاعدة على طهارة أواني الكفار وثيابهم فقال: «هذا الذي ذكرناه من الحكم بطهارة أواني الكفار وثيابهم هو مذهبنا ومذهب الجمهور من السلف، وحكى أصحابنا عن أحمد وإسحاق نجاسة ذلك، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ ولحديث أبي ثعلبة، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فاغسلوها))، واحتج أصحابنا بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾، ومعلوم أن طعامهم يطبخونه في قدورهم ويبشرونه بأيديهم، وبحديث عمران وفعل عمر المذكورين في الكتاب، وبأن الأصل الطهارة^(٢).

ومن ذلك أيضاً استدلاله بقاعدة: «الأصل إباحة الصلاة» على عدم كراهة التنفل قبل صلاة العيد أو بعدها لغير الإمام، قال رَحِمَهُ اللَّهُ: «واختلفوا في كراهة النفل قبلها وبعدها، فمذهب الشافعي أنه لا يكره صلاة النفل قبل صلاة العيد ولا بعدها، لا في البيت ولا في المصلى لغير الإمام... ودليلنا ما احتج به الشافعي وابن المنذر والمصنف وسائر الأصحاب أن الأصل إباحة الصلاة حتى يثبت النهي^(٣).

(١) المجموع شرح المذهب (٦٠/٢).

(٢) المجموع شرح المذهب (٢٦٤/١).

(٣) المجموع شرح المذهب (١٣/٥).

ومن ذلك استدلال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ بقاعدة: «الأصل الطهارة» على طهارة الماء اليسير أو المائع إذا سقطت فيه فأرة أو هرة ثم خرجت حية، قال رَحِمَهُ اللهُ: «وإن وقعت الفأرة أو الهرة ونحوهما في مائع، أو ماء يسير، ثم خرجت حية، فهو طاهر... وقيل: يحتمل أن ينجس إذا أصاب الماء مخرجها؛ لأن مخرج النجاسة نجس، فينجس به الماء، ولنا أن الأصل الطهارة، وإصابة الماء لموضع النجاسة مشكوك فيه، فإن المخرج ينضم إذا وقع الحيوان في الماء، فلا يزول اليقين بالشك»^(١). واستدل بالقاعدة ذاتها في مواضع أخرى^(٢).

ومن اعتبار القواعد في مجال القضاء تصريح القرافي رَحِمَهُ اللهُ بنقض حكم القاضي في المسألة السريجية لمخالفته لقاعدة: صحة اجتماع الشرط مع المشروط، قال رَحِمَهُ اللهُ: «ولو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق بناء على المسألة السريجية نقضناه؛ لكونه على خلاف قاعدة أن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع المشروط، وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً فإن تقدم الثلاث لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها»^(٣).

المطلب الثالث: علاقة القواعد الفقهية بالحكم القضائي:

الحكم القضائي يقوم على أسس ومقومات، من أهمها تسبيب الحكم القضائي، ويُقصد به: ذكر القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي من الأحكام الكلية وأدلتها الشرعية، وذكر الوقائع القضائية وصفة ثبوتها بطرق الحكم

(١) المغني لابن قدامة، تحقيق: التركي (١/٧٣).

(٢) انظر: المغني (١/١١٢)، و(١/٣٣٤)، و(٢/٥٠٢).

(٣) الفروق، للقرافي (٤/٤٠).

المعتد بها^(١). والقواعد الفقهية هي من المصادر التي يستند إليها القاضي في بناء الحكم القضائي، فيمكن للقاضي أن يستفيد منها في تسبيب الحكم القضائي، يقول القرافي رَحْمَةُ اللَّهِ: «فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء لا توجد في كتب أصول الفقه»^(٢).

وقال في حديثه عن أدلة مشروعية الأحكام: «الاستدلال هو محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلة المنصوبة، وفيه قاعدتان... القاعدة الثانية: أن الأصل في المانع الإذن وفي المضار المنع بأدلة السمع لا بأدلة العقل، خلافاً للمعتزلة، وقد تعظّم المنفعة فيصحبها الندب أو الوجوب مع الإذن، وقد تعظّم المضرة فيصحبها التحريم على قدر رتبته فيستدل على الأحكام بهذه القاعدة»^(٣).

ويقول الزركشي في شرحه باب الاستدلال: «لما انتهى الكلام في الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وكان الأئمة أجمعوا على أن الأدلة لا تنحصر فيها، وأنه ثمّ دليل شرعي غيرها، واختلفوا في تشخيصه من استصحاب واستحسان، وغيرها؛ عُقد هذا الكتاب لذلك»^(٤).

(١) انظر: تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، د. عبد الله بن محمد آل خنين (ص: ١٧).

(٢) الفروق، للقرافي (٢/ ١١٠).

(٣) شرح تنقيح الفصول، للقرافي (ص: ٤٥١-٤٥٢).

(٤) تشنيف المسامع بجمع الجوامع، للزركشي (٣/ ٤٠٨).

وليس المقصود مما سبق جعل القواعد الفقهية بمنزلة الأدلة القطعية من الكتاب والسنة والإجماع المتيقن، وإنما المقصود أنها من جملة ما يصلح أن يستند إليه القاضي من الأحكام الكلية، فكما يصح أن يستند القاضي إلى حكم فقهي جزئي فإن يصح أن يستند إلى قاعدة فقهية من باب أولى، وإن قال قائل: بأن الأدلة إنما هي الكتاب والسنة فيجواب عن ذلك: بأن الاستناد للقواعد الفقهية في القضاء أو الفتوى أو الأحكام ليس استناداً خارجاً عن الكتاب والسنة، وذلك لأن القواعد الفقهية تعتمد على الكتاب والسنة، فمنها ما هو نص شرعي، ومنها ما يعتمد على النص الشرعي، ومنها ما يعتمد على استقراء الفروع الفقهية المستنبطة من النصوص الشرعية، فصار من يعتمد عليها معتمداً على الكتاب والسنة، وما أخذ من الكتاب والسنة بالاجتهاد الصحيح المقبول، ومما يدل على اعتبار القواعد الفقهية في القضاء ما جاء في قول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي كِتَابِهِ لِأَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ: «ثُمَّ الْفَهْمُ الْفَهْمُ فِيمَا أُدْلِيَ إِلَيْكَ، مِمَّا لَيْسَ فِي قُرْآنٍ وَلَا سُنَّةٍ، ثُمَّ قَائِسُ الْأُمُورِ عِنْدَ ذَلِكَ، وَاعْرِفِ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْبَاهَ، ثُمَّ اعْمُدْ إِلَى أَحْبَبِهَا إِلَى اللَّهِ فِيمَا تَرَى، وَأَشْبِهَا بِالْحَقِّ»^(١).

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ: «وهذا كتاب جليل، تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه، وإلى تأمله والتفقه فيه»^(٢).

(١) انظر: السنن الكبرى، للبيهقي (٢٥٣/١٠) رقم: ٢٠٥٣٧.

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، تحقيق: مشهور آل سلمان (١٦٣/٢).

فقد أوصى عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أبا موسى ببناء الحكم فيما ليس فيه كتاب ولا سنة عن طريق الاجتهاد بمعرفة الأمثال والأشباه، والقواعد الفقهية تتضمن إلحاق الفرع بالفروع المشابهة له، ولذلك نجد السيوطي رَحِمَهُ اللهُ يستدل بكتاب عمر إلى أبي موسى على حجية القواعد الفقهية فيقول: «هذه قطعة من كتابه، وهي صريحة في الأمر بتتبع النظائر وحفظها، ليقاس عليها ما ليس بمنقول... وقوله: (فيما ترى) إشارة إلى أن المجتهد إنما يكلف بما ظنه صواباً، وليس عليه أن يدرك الحق في نفس الأمر، ولا أن يصل إلى اليقين»^(١).

ويصف ابن نجيم الحنفي القواعد الفقهية بأنها أصول الفقه في الحقيقة، فقد قال في كتابه «الأشباه والنظائر»: «الأول: معرفة القواعد التي ترد إليها وفرعوا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى»^(٢).

وجعل السيوطي القواعد الفقهية مما يقتدر بها على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل، فقال: «وبها يقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مرّ الزمان»^(٣).

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٧).

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ١٤).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٦).

ويقول ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ مشيراً إلى الاجتهاد في معرفة الأشباه والنظائر: «لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة، فمتى قَدِرَ الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر، وقل أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدالاتها على الأحكام»^(١).

ويقول الطوفي الحنبلي مقررًا الاستناد للقواعد الفقهية: «والقواعد: جمع قاعدة وهي أساس البيان، وفي اصطلاح العلماء حيث يقولون: قاعدة هذه المسألة، والقاعدة في هذا الباب كذا: هي القضايا الكلية التي تُعَرَفُ بالنظر فيها قضايا جزئية، كقولنا مثلاً: حقوق العقد تتعلق بالموكل دون الوكيل، وقولنا: الخيل في الشرع باطلة، فكل واحدة من هاتين القضيتين تُعَرَفُ بالنظر فيها قضايا متعددة، كقولنا: عهدة المشتري على الموكل، ولو حلف لا يفعل شيئاً، فوكل فيه حنث، ولو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر، أو خنزير، لم يصح لأن أحكام العقد تتعلق بالموكل. وقولنا: لا يجوز نكاح المحلل، ولا تحليل الخمر علاجاً، ولا بيع العينة، ولا الحيلة على إبطال الشفعة، لأن الخيل باطلة، فكانت تلك القضية الكلية لهذه القضايا الجزئية أساً تستند إليها وتستقر عليها»^(٢).

يقول الدكتور يعقوب الباحسين وَفَّقَهُ اللهُ: «فهذه القواعد التي أجهده العلماء أنفسهم في جمعها، وترتيبها، وتدوينها وشرحها وبيان طائفة من أحكامها، ليس غرضهم من ذلك هو ما ذكر في فوائد هذه القواعد من

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (١٢٩/٢٨).

(٢) شرح مختصر الروضة، للطوفي (١/١٢٠).

تسهيل الحفظ وجمعها في سلك واحد، وما أشبه ذلك، نعم إن هذا الأمر متحقق -ولا شك- لكن ليس هو وحده المقصود من ذلك، فليست القواعد هي مجرد (ديكور) يُزيّن المعرض الفقهي، بل هي إلى جانب تلك الفوائد مصدر مشروع يُتعرّف منها على أحكام ما لم يُنصّ عليه، ويستفيد منها المجتهد والمفتي والقاضي وغيرهم، كل في مجاله الذي يعمل فيه، ولا ندري ما معنى قولهم: إن القاعدة الفلانية تدخل في سبعين باباً من الفقه، وأن القاعدة الفلانية هي ثلث العلم، أو رבעه، أو أكثر من ذلك، إذا كانت لا تصلح للحجّة؟»^(١).

ثم ذكر حَفِظَهُ اللهُ شواهد من كتب الفقه على اعتماد الفقهاء على القواعد الفقهية في مجال الاستنباط والتخريج والترجيح.

ويقول الدكتور علي الندوي في كتابه القواعد الفقهية: «إن القضاة درجوا على استعمال هذه القواعد عند الفصل بين المتخاصمين وحسم النزاع، إلى جانب النصوص الفقهية والشواهد التي يستندون إليها، حتى إذا نظرت إلى ما رُوي عن القضاة من مسائل وقضايا في القرون الأولى وجدت كثيراً منها موجهة بقاعدة من القواعد الفقهية»^(٢). ثم ذكر عدداً من النماذج على ذلك.

(١) القواعد الفقهية (ص: ٢٨٠).

(٢) القواعد الفقهية، للندوي (ص: ٣٣٨).

ضوابط الاستدلال بالقاعدة الفقهية:

الاستدلال بالقواعد الفقهية مسلك اجتهادي دقيق يقتضي أن يكون المستدل على قدر كبير من الأهلية والتمكن من أدوات الاجتهاد، ولذلك فإن الاستدلال بالقواعد الفقهية يجب أن ينضبط بالضوابط الآتية^(١):

١. ألا يستدل بالقاعدة الفقهية إلا بعد بذل الجهد في البحث عن الأدلة الأصلية من النص أو الإجماع.

٢. أن تكون القاعدة الفقهية محل الاستدلال مما صحَّ فيها الاستقراء الذي يتحقق معه الظن الراجح.

٣. مطابقة الفرع المراد الحكم عليه مع القاعدة الفقهية المستدل بها، فإن اختلفت صورة الفرع لم يصح الاستدلال بالقاعدة.

٤. أهلية المستدل بالقاعدة الفقهية وتمكنه من أدوات الاجتهاد، وذلك أن الاستدلال بالقواعد الفقهية يقتضي دُرْبَةً وَمَلَكَةً في الاجتهاد والاستنباط، كما يتطلب معرفة الفروق والاستثناءات، وما بُنِيَتْ عليه كل قاعدة فقهية، حتى لا يقع المستدل في الخطأ بإلحاق فرع يقطع أو يظن خروجه عن القاعدة.

(١) انظر: القواعد الفقهية، علي الندوي (ص: ٣٣١)، والقواعد الفقهية، للباحسين (ص: ٢٨١)، حجية القاعدة الفقهية وضوابط الاستدلال بها، سعاد أوهاب، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جويلية ٢٠١٣ م (ص: ١٣٥).

المبحث الثاني التطبيقات القضائية

سنعرض في هذه المبحث لجملة من أهم القواعد الفقهية التي استند إليها أصحاب الفضيلة القضاة في قسم الأحوال الشخصية من مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل في المملكة العربية السعودية للعام ١٤٣٥هـ، من خلال عرض القاعدة الفقهية مع شرحها إجمالاً وبيان دليلها، ثم عرض التطبيق القضائي للقاعدة، ليتضح وجه الاستناد إليها في الحكم القضائي، وسيكون ذلك في عشرة مطالب.

المطلب الأول: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني:

معنى القاعدة الإجمالي:

إن من أحكام العقود -من بيع وشراء ونكاح وإجارة وهبة وغيرها- أنه إذا اختلفت ألفاظ المتكلم ونيته، فإنه لا يُنظر للألفاظ ولا تُبنى عليها العقود، وإنما يُنظر إلى مقصده الحقيقي من الكلام الذي تلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، لأن الألفاظ ما هي إلا قوالب للمعاني^(١).

(١) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، للحموي (٢/٢٦٨)، موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (٧/٣٧٨)، شرح القواعد الفقهية، للزرقا (ص: ٥٥).

دليل القاعدة:

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الكبرى (الأمور بمقاصدها) وهذه القاعدة - أعني الكبرى - دل عليها أدلة كثيرة من الكتاب والسنة، ومن أشهر أدلتها الحديث الذي رواه عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...)) الحديث^(١).

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٢) تطبيقاً لهذه القاعدة ما مُلخَّصه ما يأتي:

أنهى المنهي طالباً إثبات وصية والده المتوفى التي تضمنت الإيصال بتأجير عقار مملوك له بعد وفاته وأن يصرف ريعه في أعمال الخير، وقد اطلع القاضي على صك حصر ورثة مورث المنهي، وبطلب البينة من المنهي قرر أن شاهديه يقيمان خارج اختصاص المحكمة المكاني، وطلب استخلاف قاضي المحكمة المختصة مكانا لسماع شهادتهما، وقد ورد جواب الاستخلاف متضمناً شهادة شاهدين معدلين شرعاً بصحة ما أنهى به المنهي، ثم تحقق القاضي من سريان مفعول صك العقار، ونظراً لأن المنهي قرر أن قصد

(١) رواه البخاري (٦/١) حديث رقم: ١، ورواه مسلم (٣/١٥١٥) حديث رقم: ١٩٠٧.

(٢) انظر: مجموعة الأحكام القضائية، إصدار: مركز البحوث في وزارة العدل في المملكة العربية السعودية لعام ١٤٣٥هـ (٧/٣٣٦-٣٣٨).

مورثه بوصيته الوقف، وحيث أن موجب الوصية يدلُّ على أن الموصي أراد وقف عقاره المذكور ولو لم يصرِّح به، وحيث أن (العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني) فقد حكم القاضي بثبوت الوصية بوقف العقار، وصدَّق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاستناد إلى القاعدة:

في الواقعة السابقة نلاحظ أن المتوفى كان قد أوصى بتأجير عقار مملوك له بعد وفاته وأن يصرف ريعه في أعمال البر، فإذا نظرنا إلى اللفظ وجدناه لفظ وصية، وإذا نظرنا إلى حقيقة الأمر وجدناه وقفاً وذلك لأن حقيقة الوقف: تحبب الأصل وتسهيل المنفعة^(١)، ولذلك فإن فضيلة القاضي اعتمد على هذه القاعدة في الحكم بكون الوصية هي بوقف العقار، فيأخذ أحكام الوقف.

المطلب الثاني: العادة محكمة:

معنى القاعدة الإجمالية:

أن العادة والعرف في نظر الشارع تعتبر مرجعاً تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة أو العرف، إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة، فلو لم يرد نص يخالفها أصلاً، أو ورد ولكن عاماً، فإن العادة تعتبر^(٢). قال ابن نجيم: «اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً،

(١) انظر: المغني لابن قدامة، (٨ / ١٨٤).

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص: ٢٧٦)، شرح القواعد الفقهية، للزرقي (ص: ٢١٩).

فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة^(١).

دليل القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى في الفقه الإسلامي، وقد دلّ على تسويغ الاحتجاج بها أكثر من دليل، منها ما يأتي:

١. قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وجه الاستدلال: أن الله تعالى جعل مقدار النفقة على الزوجة بحسب المتعارف عليه، وهذا دليل على اعتبار العرف والرجوع إليه.

٢. حديث هند بنت عتبة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذته منه وهو لا يعلم؟ فقال الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف))^(٢).

وجه الاستدلال:

أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أباح لهند أن تأخذ كفايتها من النفقة وقيد ذلك بالعرف، وهذا دليل على إعمال العرف والعادة في بناء الأحكام.

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ٧٩).

(٢) رواه البخاري (٦٥/٧) رقم الحديث: ٥٣٦٤، ومسلم (٣/١٣٣٨) رقم الحديث: ١٧١٤.

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(١) تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أنهى المنهي بصفته مستحكراً^(٢) لعقار موقوف في مكة المكرمة جرى نزع ملكيته لصالح أملاك الدولة وتقدير تعويض عنه، طالباً بيان حصته وحصه مالك الرقبة من ذلك التعويض، وقد ورد قرار قسم الخبراء متضمناً قسمة التعويض بأن يكون للمستحكر قيمة الأنقاض وثلاثة أرباع قيمة الأرض، ويكون للوقف المحكّر ربع قيمة الأرض فقط، فاعترض ناظر الوقف المحكّر بأن المستحكر لا يستحق سوى قيمة أنقاضه وأن التعويض عن الأرض يستحقه الوقف مالك الرقبة كاملاً، ونظراً للأسباب التي بني عليها الحكم، ولأن العادة جارية في مكة المكرمة أن أراضي الأوقاف القديمة تحكّر ولا تؤجر، (ولأن العادة محكمة) والأولى حمل اللفظ على المدلول العرفي، لذا فلم يظهر للقاضي ما يوجب إعادة النظر في قسمة التعويض المقدرة من قبل قسم الخبراء، وحكم بامضائها وإلزام الطرفين بموجبها، ثم صدّق الحكم من محكمة الاستئناف.

(١) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٧/٧٨).

(٢) الاستحكار معناه: الاستئجار إجارة طويلة، يقصد بها منع الغير واستبقاء الانتفاع بالأرض. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٨/٥٣).

وجه الاستناد إلى القاعدة:

استند فضيلة القاضي لهذه القاعدة الكبرى في إثبات كون العقار محرراً وليس مؤجراً، لأن صك ملكية العقار لم ينصّ فيه على أن الأنقاض قائمة بالحكر أو بالأجرة، كما لم يشر فيه للمدة المأذون لمورثهم بالبقاء فيها مما جعله متردداً بين عقد الحكر وعقد الأجرة، وحيث أن العادة المعروفة في مكة أن أراضي الأوقاف القديمة تحكّر ولا تؤجر، وبناء على أن التحكير ينقص قيمة الأرض ويعتبر عيباً مؤثراً في العقار، والحكر الجائم على الأرض المحكرة ينزل قيمة الأرض بالنسبة للمحكّر، في حين أن المستحكر هو المستفيد الحقيقي من الأرض المحكرة لجريان العمل بانتفاعه بالعين المحكرة كما لكها بيعاً وسكناً واستغلالاً، مقابل مبلغ الحكر الزهيد الذي تقصر دونه الرغبات، ولأن العيب قد يؤثر بالنقص بقيمة العين إلى النصف أو أكثر أو أقل بحسب ما يبقى من منفعة العين، فإنه والحال هذه لا غرابة في أن يكون فارق قيمة الأرض الحرّة عن المحكّرة كبيراً يبلغ كما قدره قرار قسم الخبراء، ومن المقرر أن التعويض المستحق بالتلف للعين المعيبة ليس كالتعويض المستحق للعين السليمة، ولذلك حكم القاضي بإمضاء قسمة التعويض وإلزام الطرفين بموجبها.

المطلب الثالث: لا ضرر ولا ضرار:

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة نصُّ حديث نبوي كريم، وهي إحدى القواعد الكلية الخمس الكبرى، ومفاد القاعدة: أنه يحرم على المسلم إيقاع الضرر ابتداءً أو مقابلةً على وجه غير جائز^(١).

دليل القاعدة:

هذه القاعدة هي نصُّ حديث نبوي وهو ما رواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٢).

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٣) تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعواها ضد والدها المدعى عليه طالبة إلزامه بتزويجها من خاطبها، أو إثبات عضله، ونقل الولاية إلى القاضي بعد رفض والدها

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (٨/ ٨٧٤)، شرح القواعد الفقهية (ص: ١٦٥)، المتمع في القواعد الفقهية (٢١٤).

(٢) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية (٢/ ٧٤٥) رقم: ٣١، ورواه أحمد في المسند (٥/ ٥٥) رقم: ٢٨٦٥، وقال الألباني: «صحيح»، انظر: غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام (ص: ١٥٨).

(٣) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥ هـ (٨/ ١٩٨).

تزوئجها من الخاطب، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر تقدم الخاطب له بالصورة المتعارف عليها، وقد حضر وكيل الخاطب، وطلب تزويج موكله بالمدعية، فرفض المدعى عليه ذلك لكون الخاطب غير مرضي الدين والخلق، ولأسباب المفصلة في جوابه، ونظراً لأن امتناع المدعى عليه من تزويج المدعية من الخاطب دون موجب صحيح ظاهر يعد عضلاً موجباً لرفع الولاية عنه، ولحديث: ((لا ضرر ولا ضرار)) لذا فقد حكم القاضي بثبوت عضل المدعى عليه لابنته المدعية، وقرر نقل ولايتها في التزويج للحاكم الشرعي، فاعترض المدعى عليه، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاستناد إلى القاعدة:

استند فضيلة القاضي لهذه القاعدة الكبرى في رفع الضرر الواقع على المرأة في امتناع وليها من تزويجها من الخاطب الكفاء، لذلك فقد استند لهذه القاعدة بعد أن ثبت لديه عضل المدعى عليه لابنته المدعية، وحكم بنقل ولايتها في التزويج للحاكم الشرعي لزوجها بالخاطب متى رغبا في ذلك.

المطلب الرابع: المسلمون على شروطهم:

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة نصَّ حديث نبوي، ومعنى قوله: ((على شروطهم)) أو ((عند شروطهم)): أي أن المسلمين ملتزمون بشروطهم التي شرطوها على أنفسهم فلا يتعدونها، ويعملون على مراعاتها وتنفيذها^(١).

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (١٠/٦١٠).

دليل القاعدة:

حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((المسلمون على شروطهم))^(١).

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٢) تطبيقاً لهذه القاعدة ما مُلخَّصه ما يأتي:

أقام المدعون دعواهم بصفتهم ورثة الواقف ضد إدارة الأوقاف طالين عزل مديرها عن النظارة على وقف والدهم وإقامة أحدهم بدلاً عنه، وبعرض الدعوى على مندوب جهة المدعى عليه طلب إجراء الوجه الشرعي حيال الدعوى، وباطلاع القاضي على صك الوقفية وجد أن شرط الوقف يتضمن إقامة مدير الأوقاف ناظراً على الوقف بعد وفاة الواقف، ونظراً لكون الشرط ليس فيه مخالفة للشرع، (ولأن المسلمين على شروطهم)؛ لذا فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى، فاعترض المدعون، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

(١) رواه البخاري معلقاً بصيغة الجزم (٥/٥٥٤) وأبو داود في سننه (٥/٤٤٥) رقم: ٣٥٩٤، والبيهقي في السنن الصغرى (٢/٣٠٧) رقم: ٢١٠٥، والترمذي وقال: حسن صحيح (٣/٦٢٦) رقم: ١٣٥٢، وقال الألباني: صحيح، انظر: غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام (ص: ٢٠٠).

(٢) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٦/٣٠٨).

وجه الاستناد إلى القاعدة:

هذه القاعدة تدل على اعتبار الشروط والالتزام بها ما لم تخالف الشريعة، ولذلك فقد اعتمد فضيلة القاضي عليها في الحكم بصرف النظر عن دعوى ورثة الوقف التي يطالبون فيها بعزل مدير الوقف، معللاً ذلك بأن شرط الواقف يتضمن إقامة مدير الأوقاف ناظراً على الوقف بعد وفاة الواقف.

المطلب الخامس: الإقرار بحجة قاصرة على المقر:

معنى القاعدة الإجمالي:

أن إقرار الإنسان على نفسه مقبول، وهو مأخوذ بما أقر به، ولكن إقراره لا يلزم غيره، لأن كون الإقرار حجة يبنى على زعمه، وزعمه ليس بحجة على غيره، ولأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه، فليس له سلطة على إلزام غيره، وأيضاً يحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره قاصداً إضاعة حق غيره، فلا يصدق على إبطال حق الغير ولا بإلزام الغير حقاً^(١).

دليل القاعدة:

يمكن أن يُستدل للقاعدة بقوله تعالى: ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [النجم: ٣٨]، قال القرطبي: «قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْأَلُونَ عَمَّا كَانُوا﴾

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٢١٧) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد الزحيلي (١/ ٥٨٢) موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (١٠/ ٥٥٠) شرح القواعد الفقهية، للزرقا (ص: ٣٩٥).

يَعْمَلُونَ ﴿١٦١﴾ أي لا يؤخذ أحد بذنب أحد، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ أي لا تحمل حاملة ثقل أخرى»^(١).

ويُستدل للقاعدة أيضاً بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٢).

وجه الاستدلال:

أن في مؤاخذه الإنسان بإقرار غيره بإبطال حق أو إلزامه بحق ضرر عليه، والضرر ممنوع في الشريعة.

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٣) تطبيقاً لهذه القاعدة ما مُلخصه ما يأتي:

أقام المدعون دعواهم ضد المدعى عليه طالبين الحكم ببيع عقار خلفه مورثهم وهو تحت يد المدعى عليه، ويطلبون إعطاءهم نصيبهم منه، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحتها، وقرر أنه لا مانع لديه من بيع العقار، وقد تحقق القاضي من سريان مفعول صك ملكية العقار، كما ورد قرار قسم الخبراء بالمحكمة متضمناً تقديراً لقيمة العقار بما يحقق الغبطة والمصلحة للقاصرة والدة المدعين، وحيث أن (الإقرار حجة قاصرة على المقر) لذا فقد حكم القاضي ببيع العقار وقسمة ثمنه بين الورثة، كل حسب

(١) تفسير القرطبي (٢/١٣٩).

(٢) تقدم تخرجه في المطلب الثالث.

(٣) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٦/٧٦-٧٩).

فريضته الشرعية وتحت إشراف قاضي التنفيذ، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاستناد إلى القاعدة:

هذه القاعدة تدل على اعتبار الإقرار حجة يعمل بها ويؤخذ بها المقر، ولذلك فقد استند فضيلة القاضي على هذه القاعدة في تسبيب الحكم ببيع العقار وقسمة ثمنه بين الورثة بحسب نصيب كل منهم، اعتماداً على إقرار المدعى عليه.

المطلب السادس: البينة على المدعي واليمين على من أنكر:

معنى القاعدة الإجمالي:

أن الذي يُكَلَّف بالبينة - ونعني بالبينة كل ما يبين الحق ويظهره - هو المدعي، فهو المكلف بإقامة الدليل الذي يثبت دعواه، والحكمة في جعل البينة على المدعي دون المدعى عليه: أن جانب المدعي ضعيف؛ لأن دعواه تتضمن إثبات خلاف الظاهر في حين أن جانب المدعى عليه أقوى لأنه متمسك بأصل وهو براءة الذمة من أي حق يشغلها، فمن يدعي خلاف ذلك فعليه الإثبات، وحيث أن جانب المدعى عليه أقوى فإنه يكتفى منه بالحلف عند عجز المدعي عن البينة^(١).

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (١٠/٩٥١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: ٣٦٩).

دليل القاعدة:

أصل هذه القاعدة ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعي عليه))^(١).

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٢) تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقام المدعي دعواه بصفته أحد المشرفين على وقف ضد المدعى عليها بصفتهما ناظرين على هذا الوقف، طالباً إلزامهما بدفع مستحقاته مقابل اشتراكه في الإشراف لعدة سنوات على الوقف، وبعرض الدعوى على المدعى عليها أنكرتا استحقاق المدعي لأجرة الإشراف على الوقف، ودفعا بأنه لا يباشر الإشراف منذ فترة طويلة، وأنه عُزل عن الإشراف لأجل ذلك، وقد أقرّ المدعي بعدم مباشرته الإشراف وادعى بأن المدعى عليها منعه من ذلك، إلا أنه لم يقدّم بيّنة على دعواه، وطلب يمينها على نفيها فأدياه طبق ما طلب منها، ولأن المدعي لم يثبت دعواه، ولحلف المدعى عليها اليمين، وبناء على قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)) فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الطلب فاعترض المدعي، وصدّق الحكم من محكمة الاستئناف.

(١) متفق عليه، البخاري (٣٥/٦) رقم: ٤٥٥٢، مسلم (١٣٣٦/٣) رقم: ١٧١١.

(٢) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٦/٢٣٢).

وجه الاستناد إلى القاعدة:

استند فضيلة القاضي لهذه القاعدة في الحكم بصرف النظر عن دعوى المدعي باستحقاقه أجره الإشراف على الوقف، وذلك لأنه لم يُقَم بينة على دعواه، وحلف المدعى عليها على نفي دعوى المدعي وفق طلبه، وبناء على قاعدة (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الطلب.

المطلب السابع: الأصل بقاء ما كان على ما كان:

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة من قواعد الاستصحاب، والاستصحاب عند الفقهاء معناه: لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه. أو هو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناء على الزمان الأول^(١).

ومعنى هذه القاعدة أنه إذا جهل حال الشيء في وقت الخصومة وليست هناك بينة يُحْكَم بمقتضاها، فإن الأصل في ذلك أن يُحْكَم ببقاء الشيء واستمراره على الحال السابقة المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيُصَار حينئذٍ إليه^(٢).

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٢/١٠٤) التعريفات للجرجاني (ص: ٢٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٤٩) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: ٨٧) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٥١) شرح القواعد السعدية (ص: ١١٧).

دليل القاعدة:

هذه القاعدة أصل عظيم في أبواب الفقه، وهي متفرعة عن قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) التي هي من أعظم القواعد عند أهل الفقه، وأصلها ما في الصحيحين عن عباد بن تميم، عن عمه، أنه شكاً إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرجل الذي يخيّل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: ((لا يفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً))^(١).

وجه الاستدلال من الحديث:

أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكم بالبقاء على الطهارة لأنها متيقنة وعدم الالتفات للشك الطارئ، فدل على أن الأصل هو بقاء ما كان على ما كان.

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٢) تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أنهى المنهي طالباً إثبات فقد ابنه وغيبته، وقرّر أنه راجع الجهات الأمنية وعلم بترحيله من قبل إدارة الوافدين، وقد وردت إفادة الجهات المختصة متضمنة ترحيل ابن المنهي عن البلاد بنفس تاريخ فقد والده له، ونظراً لأن الأصل حياة الإنسان (وبقاء ما كان على ما كان) حتى يظهر خلاف ذلك

(١) متفق عليه، البخاري (٣٩/١) رقم: ١٣٧، مسلم (٢٧٦/١) رقم: ٣٦١.

(٢) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٨/١٣).

الأصل، فلم يثبت لدى القاضي فقد ابن المنهي وقرر ردّ طلبه إثبات ذلك، فاعترض المنهي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاستناد إلى القاعدة:

في هذه القضية يطلب المدعي الحكم بفقد ابنه، ولم يحضر بينة تدلّ على صدق دعواه، وحيث أن الأصل في الإنسان بقاء حياته، ولأن القاعدة الفقهية تقضي بأن (الأصل بقاء ما كان على ما كان) لذا فقد استند إليها فضيلة القاضي في حكمه بعدم ثبوت فقد الابن، وقراره برد طلب والده في إثبات الفقد.

المطلب الثامن: على اليد ما أخذت حتى تؤديه:

معنى القاعدة الإجمالي:

هذه القاعدة نص حديث شريف وقد ورد بالفاظ متقاربة، فورد بلفظ: ((حتى تؤديه)) وورد بلفظ: ((حتى تؤدي))، والمراد باليد في قوله: ((على اليد ما أخذت)) صاحب اليد، من باب إطلاق البعض وإرادة الكل، وعبر باليد لأن بها الأخذ والإعطاء. ومفاد القاعدة: أن من أخذ شيئاً بغير وجه حق كان ضامناً له، ولا تبرأ ذمته حتى يرده بعينه أو بضمانه إلى صاحبه^(١).

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٣٥٧) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٧/ ٤٥٢).

دليل القاعدة:

هذه القاعدة هي نصُّ حديث نبوي، رواه أصحاب السنن وأحمد رَحْمَهُمُ اللهُ بألفاظ متقاربة^(١).

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٢) تطبيقاً لهذه القاعدة ما مُلخَّصه ما يأتي:

أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه بصفته ولي مخطوبته طالباً إلزامه برد ما سلمه له من الصداق والذهب بعد أن خطب ابنته منه، ثم عدل عن النكاح قبل إجراء العقد، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحتها، ودفع بأنه اشترط على المدعي عدم ردِّ الصداق في حال عدوله عن الخطبة؛ ونظراً لأن عقد النكاح لم يتمَّ بين الطرفين، ولأن المدعى عليه بهذا الشرط يأخذ مالاً بلا عوض، كم أن الشرط وقع قبل العقد، والمعتبر من الشروط إنما يكون وقت العقد لا قبله، ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه)) لذا فقد حكم القاضي على المدعى عليه بردِّ ما تسلمه

(١) رواه أحمد في المسند (٣٢٨/٣٣) رقم: ٢٠١٥٦، وأبو داود (٤١٤/٥) رقم: ٣٥٦١، وابن ماجه (٨٠٢/٢) رقم: ٢٤٠٠، والترمذي (٥٥٨/٣) رقم: ١٢٦٦، وقال: حديث حسن، والنسائي في الكبرى (٣٣٣/٥) رقم: ٥٧٥١، والحاكم في المستدرک، وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه، (٥٥/٢) رقم: ٢٣٠٢. والحديث اختلف فيه للاختلاف في سماع الحسن من سمرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، انظر: التلخيص الحبير لابن حجر (١٢٨/٣).

(٢) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٨/ ١٣).

من الصداق والذهب، فاعترض المدعى عليه، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاستناد إلى القاعدة:

بالتأمل في القضية السابقة نلاحظ أن المدعي كان قد أعطى ولي مخطوبته صداقاً وذهباً بعد خطبته لابنته، وحيث أن المدعي قد عدل عن النكاح قبل العقد فقد طالب المدعى عليه بأن يرد عليه ما أخذه منه من المهر والذهب، ولما عرض فضيلة القاضي الدعوى على المدعى عليه أقر بصحة ما ذكره المدعي لكنه ذكر أنه كان قد اشترط على الخاطب أنه في حال عدل عن النكاح فإنه لا يرد عليه الصداق، لكن فضيلة القاضي قد اعتبر هذا الشرط باطلاً؛ لأنه وقع قبل العقد؛ ولأنه بهذا الشرط يأخذ ما لا بلا عوض، وحيث أن المال بيد المدعى عليه وفي حوزته وبناء على القاعدة الفقهية (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) فقد حكم فضيلة القاضي على المدعى عليه برد ما تسلمه من الصداق والذهب.

المطلب التاسع: الأصل في الصفات العارضة العدم:

معنى القاعدة الإجمالي:

الصفات المتعلقة بالأشياء قسماً: الأول: صفات أصلية: وهي ما كان الأصل وجودها في الشيء ابتداءً مثل كون المبيع سليماً من العيوب، الثاني: صفات عارضة: وهي صفات الأصل عدم وجودها في الموصوف، كالعيب في

المبيع. ومعنى القاعدة: أنه عند الاختلاف في ثبوت الصفة العارضة وعدمها فإن القول قول من يتمسك بعدمها مع يمينه، لأنه يتمسك بالأصل^(١).

دليل القاعدة:

هذه القاعدة من قواعد الاستصحاب وهي متفرعة عن قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) فيستدل لها بنفس دليل القاعدة في المطلب السابع وهو حديث عباد بن تميم، عن عمه، أنه شكاً إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: ((لا يفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً))^(٢).

وجه الاستدلال:

هو أن اليقين مقدم على الشك، والصفة العارضة مشكوك في حصولها واليقين هو عدمها فيقدم الأصل المتيقن ويكون هو الأصل.

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٣) تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعوها ضد مطلقها المدعى عليه طالبة إلزامه بتسليمها باقي صداقها بعد أن طلقها ولم يسلمه لها، وقد غاب المدعى عليه وتعذر

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٥٤) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو (ص: ١٨٤) شرح القواعد الفقهية للزرقي (ص: ١١٧).

(٢) تقدم ترجمته في المطلب السابع.

(٣) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (١/ ٢٧٩).

تبليغه بالدعوى، فتقرر السير فيها غيبياً، ثم اطلع القاضي على عقد النكاح وصك الطلاق فوجدهما يؤيدان الدعوى، كما قررت المدعية أن المدعى عليه دخل بها قبل طلاقه لها، وقد جرى إعلان المدعى عليه في إحدى الصحف المحلية ومضى شهر فلم يتقدم أحد بالدلالة عليه، ثم أدت المدعية اليمين على صحة دعواها طبق ما طلب منها، ونظراً لأن الأصل عدم دفع المدعى عليه صداق المدعية (لأن الأصل في الصفات العارضة العدم) ولأن القول في الدعوى هو قول من يوافقه الأصل بيمينه؛ لذا فقد حكم القاضي بإلزام المدعى عليه أن يدفع للمدعية باقي مهرها المدعى به، مع بقاء الغائب على حجته متى ما حضر، ثم صدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاستناد إلى القاعدة:

في هذه القضية طالبت المرأة بإلزام مطلقها بتسليمها باقي صداقها، نظراً لكونه طلقها ولم يسلمه لها، وحيث أن المدعى عليه تغيب عن الحضور وتعذر تبليغه بالدعوى، فقد استند فضيلة القاضي إلى هذه القاعدة التي تقضي بأن الأصل في الصفات العارضة العدم، وتسليم الصداق صفة عارضة الأصل فيها العدم، وهذا الأصل لا ينتقل عنه إلا بيينة ولم توجد البيينة، لذلك فقد طلب القاضي اليمين من المدعية لأن قولها يوافقه الأصل؛ والقول في الدعوى لمن يوافقه الأصل مع يمينه، ولذلك فقد أخذ فضيلته بموجب هذه القاعدة فألزم المدعى عليه بدفع باقي المهر.

المطلب العاشر: الأصل بقاء النكاح:

معنى القاعدة الإجمالي:

أنه إذا عقد رجل على امرأة عقد نكاح صحيح، ولم يعلم وجود المزيل المسبب للفرقة فإنه يحكم ببقاء النكاح بينهما، وبناء الأحكام على ذلك^(١).

دليل القاعدة:

هذه القاعدة من قواعد الاستصحاب وهي متفرعة عن قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) وقد سبق في المطلب السابق ذكر دليلها.

التطبيق القضائي للقاعدة:

ورد في مجموعة الأحكام القضائية^(٢) تطبيقاً لهذه القاعدة ما ملخصه ما يأتي:

أقامت المدعية دعوها ضد زوجها المدعى عليه طالبة إثبات طلاقه لها بعد أن طلقها ثلاث مرات في أوقات مختلفة، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بتطليقها مرتين، وأن تكرار الطلقة الثانية كان بقصد التأكيد، وقد ورد قرار لجنة الصلح متضمناً إصرار الزوجة على إثبات طلاقه لها ثلاث طلاقات، وأن اللجنة ترى التفريق بينهما بدون عوض، وحيث أن الأصل بقاء النكاح، ولما هو مقرر في الشريعة من رفع الضرر، لذا فقد حكم القاضي

(١) انظر: القواعد لابن رجب (ص: ٣٤٧)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي (١/١٥٢)، المنشور في القواعد الفقهية للزرکشي (١/٣٢٠)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٩/١٥٩).

(٢) انظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ (٨/٤٠٤).

بفسخ نكاح المدعية من زوجها المدعى عليه بدون عوض، وأفهم المدعى علي بأن المدعية بانت منه بينونة صغرى، كما أفهمت المدعية بأن عليها العدة الشرعية، ثم صدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وجه الاستناد إلى القاعدة:

في هذه الواقعة نرى احتجاج فضيلة القاضي بقاعدة (الأصل بقاء النكاح) نظراً لإنكار المدعى عليه طلاقه لزوجته ثلاثاً وتأكيداً على أنه إنما طلقها مرتين وأن الثانية منها كانت تأكيداً، فبناء على القاعدة قرر فضيلة القاضي بقاء النكاح وأن المدعى عليه إنما طلقها مرة واحدة وليس ثلاثاً، ولذا صار إلى الحكم بفسخ النكاح رفعا للضرر عن المرأة، مما يدل على عدم اعتباره وقوع الطلاق، فإنه لو حكم بوقوع الطلاق ثلاثاً لم يحتج معه إلى الحكم بفسخ النكاح، وقد ورد في نص الحكم الإشارة لذلك.

الخاتمة

أحمد الله تعالى على توفيقه وتسديده، وأشكره على ما يسّر لي من إتمام هذا البحث، فما كان فيه من حق و صواب فهو من الله تعالى وله الحمد كله، وما حصل من نقص وتقصير فهو مني ومن الشيطان، واستغفر ربي وأسأله العفو والتجاوز، وفي خاتمة هذا البحث يحسن بي أن أشير إلى أهم النتائج والتوصيات، وهي كما يأتي:

أولاً: النتائج:

١. أهمية القواعد الفقهية في إصدار الأحكام القضائية وخاصة عند تسبيب الحكم القضائي، فهي تمثل مجالاً رحباً لأصحاب الفضيلة القضاة في الاستفادة منها استدلالاً وترجيحاً.
٢. صلاحية القواعد الفقهية للاحتجاج والاستدلال بها إن كان مصدرها نص شرعي من الكتاب والسنة.
٣. صلاحية القواعد الفقهية للاعتضاد والترجيح إذا كانت قواعد استقرائية.
٤. كثرة استدلال أصحاب الفضيلة القضاة بالقواعد الفقهية، فلا يكاد يخلو حكم من الأحكام إلا ويتضمن الاستدلال بقاعدة أو ضابط فقهي.
٥. أن الاستدلال بالقواعد الفقهية يمنح القاضي تنوعاً في تسبيب الحكم القضائي مما يكون له الأثر في تقوية الحكم القضائي وتعزيزه.

ثانياً: التوصيات:

١. أوصي المشتغلين بالمجال القضائي من القضاة والمحامين وغيرهم بزيادة العناية بالقواعد والضوابط الفقهية من الجانب التطبيقي، ويمكن لتحقيق ذلك إقامة دورات تدريبية وورش عمل للتدريب على الاستفادة من القواعد والضوابط في إعداد الأحكام القضائية، وإعداد لوائح الدعاوى والاعتراض.

٢. أوصي مراكز الأبحاث وخاصة التابعة لوزارة العدل بالعناية بجمع القواعد والضوابط التي يمكن للقضاة وكتاب العدل الاستفادة منها وتبويبها بحيث يسهل لمن أراد الرجوع لها والاستفادة منها.

هذا، والله تعالى أعلى وأعلم، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر والمراجع^(١)

١. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (المتوفى: ٦٨٤هـ) المحقق: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة: الثانية، بيروت، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
٢. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٣. الأشباه والنظائر، المؤلف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
٤. الأشباه والنظائر، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
٥. تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
٦. تأصيل علم الضوابط الفقهية وتطبيقاته عند الحنابلة، د. عبد الله آل سيف، بحث منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية، المجلد: ٢٨، الإصدار (٢٨) ١٤٣٧هـ.

(١) مرتبة ترتيباً هجائياً.

٧. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، تحقيق: الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٨. تسبيب الأحكام القضائية، د. عبد الله بن محمد آل خنين، الناشر: دار ابن فرحون، الرياض، الطبعة: الثالثة، ١٤٣٤هـ.
٩. التعريفات، المؤلف: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
١٠. التقرير والتحجير، المؤلف: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، ويقال له ابن الموقت الحنفي (المتوفى: ٨٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
١١. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٨٩م.
١٢. تهذيب اللغة، الأزهرى محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.
١٣. تيسير التحرير، أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المتوفى: ٩٧٢هـ)، الناشر: مصطفى البابي الحلبي، مصر، (١٣٥١هـ-١٩٣٢م)، وصورته: دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)، ودار الفكر، بيروت، (١٤١٧هـ-١٩٩٦م).
١٤. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه = صحيح البخاري، المؤلف: البخاري، محمد بن إسماعيل (المتوفى: ٢٥٦هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة: الأولى، دار السلام، الرياض، ١٤١٩هـ.

١٥. الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.
١٦. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، المؤلف: حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٧. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، المؤلف: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، الناشر: دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
١٨. سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ) المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
١٩. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٢٠. سنن الترمذي، المؤلف: محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤، ٥)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
٢١. السنن الصغير للبيهقي، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جُرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.

٢٢. شرح القواعد السعدية، المؤلف: عبد المحسن بن عبد الله بن عبد الكريم الزامل، اعتنى بها وخرج أحاديثها: عبد الرحمن بن سليمان العبيد، أيمن بن سعود العنقري، الناشر: دار أطلس الخضراء للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٢٣. شرح القواعد الفقهية، المؤلف: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (١٢٨٥هـ-١٣٥٧هـ)، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٢٤. شرح الكوكب المنير، المؤلف: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: ٩٧٢هـ)، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة: الثانية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٢٥. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٦. غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥هـ.
٢٧. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، المؤلف: أحمد بن محمد مكى، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: ١٠٩٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٢٨. الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، المؤلف: القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون، التاريخ: بدون.

٢٩. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، المؤلف: الدكتور سعدي أبو حبيب، الناشر: دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، تصوير: ١٩٩٣م.
٣٠. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، المؤلف: د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
٣١. القواعد الفقهية، د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الطبعة: الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
٣٢. القواعد لابن رجب، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.
٣٣. القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في الإيمان والندور، د. محمد الهاشمي، الناشر: المكتبة المكية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ.
٣٤. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، المؤلف: محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٦م.
٣٥. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المؤلف: أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت.
٣٦. لسان العرب، لابن منظور محمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.

٣٧. مجموعة الأحكام القضائية، إصدار مركز البحوث، وزارة العدل السعودية، عام ١٤٣٥هـ.
٣٨. مختار الصحاح، المؤلف زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٣٩. المدخل الفقهي العام، الزرقا مصطفى بن أحمد، الطبعة: الثانية، دار القلم، دمشق، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٤٠. المستدرک علی الصحیحین، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
٤١. مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٤٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت.
٤٣. معجم مقاييس اللغة، لابن فارس أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، عدد الأجزاء: ٦.



- ٤٤ . المتعمق في القواعد الفقهية، د. مسلم الدوسري، الناشر: دار زدني، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ.
- ٤٥ . المنشور في القواعد الفقهية، المؤلف: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- ٤٦ . الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، عدد الأجزاء: ٤٥ جزءاً، الطبعة: (من ١٤٠٤-١٤٢٧هـ) الأجزاء ١-٢٣: الطبعة: الثانية، دار السلاسل، الكويت، الأجزاء ٢٤-٣٨: الطبعة: الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، الأجزاء ٣٩-٤٥: الطبعة: الثانية، طبع الوزارة.
- ٤٧ . موسوعة القواعد الفقهية، المؤلف: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
- ٤٨ . موطأ الإمام مالك، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، عام النشر: ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م.
- ٤٩ . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، المؤلف: الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
- ٥٠ . قواعد المقرري، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن محمد المقرري (المتوفى ٧٥٨هـ)، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، الناشر: مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة، جامعة أم القرى.
- ٥١ . القواعد الفقهية، المؤلف: علي بن أحمد الندوي، الناشر: دار القلم، دمشق، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.





الفروق الفقهية
بين الشروط في البيع والشروط في النكاح
عند الحنابلة
جمعاً ودراسة

د. عبد العزيز بن سليمان بن فهد العيسى
الأستاذ المساعد في قسم الفقه المقارن
بالمعهد العالي للقضاء

المقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

فإن من أنفع العلوم الشرعية علم الفقه؛ لما اشتمل عليه من بيان الحلال والحرام، والآداب والأحكام، وهو علم جليل يندرج تحته جملة من العلوم الفقهية، من أجلها وأنفعها علم الفروق الفقهية، وعليه جل مناظرات السلف، حتى قال بعضهم: «الفقه جمعُ وُفرق»^(١)؛ وقد كُتب في علم الفروق الفقهية مصنفات نافعة، وأبحاث ماثرة^(٢)، غير أنني لم أجد من كتب في الفروق الفقهية بين الشروط في البيع والشروط في النكاح مع كونها يشتركان في كثير من الأحكام؛ إذ الجامع بينهما هو حكم الشروط في العقود، مما سبب اطراد القول فيهما عند كثير من الفقهاء في غالب الفروع؛ لأن الأصل الذي بُنيت عليه الفروع واحد، كل مذهب بحسب القاعدة عنده في الأصل في الشروط وما يستثنى من ذلك، ومع ذلك فقد ذكر جماعة من العلماء جملة من الفروق بين الشروط في باب البيع والشروط في باب النكاح، ويمكن مع البحث والنظر استخراج فروق أخرى، وهذه الفروق مما يغفل عنها كثير من طلاب العلم والباحثين، فيجعلون القول مطرداً في الباين مع وجود الفرق بينهما؛

(١) المنشور في القواعد (١/ ١٢).

(٢) انظر: الفروق الفقهية والأصولية ليعقوب الباحسين (٨٥)، الفروق عند الأصوليين والفقهاء للشعلان (١٩٥)، المناهل الروية في علم الفروق الفقهية للأحمدي (١١)، وغيرها من الكتب المؤصلة لهذا العلم، وهناك دراسات كثيرة في الكتب التي تجمع المسائل الفقهية في هذا الباب مثل كتاب الجمع والفرق للجويني والوسائل في فروق المسائل لابن جماعة الشافعي، وكثير من الدراسات والأبحاث المعاصرة.

لذا رغبت بالكتابة فيه، وأن يكون عنوان البحث هو: «الفروق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة. جمعاً ودراسة».

هذا ويمكن تلخيص أسباب اختيار هذا الموضوع بما يأتي:

أولاً: أهمية علم الفروق الفقهية.

ثانياً: أهمية مسائل الشروط في العقود في واقع الناس.

ثالثاً: كثرة قضايا الشروط في العقود في المحاكم، وحاجة كثير من القضاة وطلاب العلم لبيان مسائلها، وتحقيق القول فيها، والفروق بين الشروط في العقود.

رابعاً: وجود التشابه الكبير من حيث التعميد بين الشروط في البيع والشروط في النكاح، فالقاعدة غالباً مطردة في المذاهب في حكم الشروط في البابين، فمن يوسع في البيوع يسير على ذلك في النكاح، ومن يرى تضيق مسائل الشروط الصحيحة في البيع يسير على هذا في النكاح وهكذا، مما يستدعي بيان الفروق بين الشروط في البابين؛ لئلا يقع الخلط بين البابين.

أما عن الدراسات السابقة:

فلم أقف على دراسة خاصة تعني بيان الفروق بين الشروط في البابين.

منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج المعتمد في الدراسات الأكاديمية المشتمل على ذكر المذاهب الفقهية من المصادر المعتمدة، وذكر أدلة الأقوال، وبيان ما

يرد عليها من مناقشات، وتخريج الأحاديث والآثار من مصادرها المعتمدة، وبيان درجتها، وتفسير الغريب من الكلمات، ثم ذكر خاتمة للبحث تشمل على أبرز النتائج، ووضع فهرس لمصادر البحث وفهرس للموضوعات، مع العناية في بداية كل فرق من تحرير مذهب الحنابلة في الشروط في البيع والشروط في النكاح، وبيان وجه الفرق بين البابين، ثم بيان أقوال بقية المذاهب تجاه هذا الفرق.

خطة البحث:

سيكون البحث مشتملاً على مقدمة، وتمهيد، ومبحثين، وخاتمة، ثم الفهارس العلمية.

مقدمة: وتشتمل على حمد الله والثناء عليه، وذكر عنوان البحث، وأسباب اختياره، ومنهج الكتابة فيه، وخطة البحث.

تمهيد: ويشتمل على تعريف بمصطلحات البحث، وبيان المراد به.

المبحث الأول: الفروق المنصوص عليها بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة.

ويشتمل على فرقين:

- الفرق الأول: اعتبار الشرط المتقدم على العقد في النكاح دون البيع.

- الفرق الثاني: بطلان عقد البيع بالجمع بين شرطين، دون عقد النكاح

فلا تؤثر فيه الشروط ولو تعددت.

المبحث الثاني: الفروق المستنبطة بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة:

ويشتمل على ثلاثة فروق:

- الفرق الأول: كل ما نهى عنه من الشروط في البيع فهو فاسد، وأما النكاح فيصح اشتراط طلاق الضرة وإن كان منهيًا عنه.
 - الفرق الثاني: صحة اشتراط الخيار في البيع دون النكاح.
 - الفرق الثالث: عدم صحّة اشتراط عقد بيع آخر في عقد بيع، وصحة اشتراط عقد نكاح آخر في عقد النكاح إذا كان بمهر لا حيلة فيه.
- هذا، وأسأل الله التوفيق لصالح القول والعمل، فهو خير مسؤول، وأكرم مأمول، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

تمهيد

ويشتمل على تعريف بمصطلحات البحث وبيان المراد به:

الفروق لغة:

جمع فرق، وهو ما يميز بين الشيئين، قال ابن فارس: «الفاء والراء والقاف أصلٌ صحيحٌ يدل على تمييز وتزييل بين شيئين، من ذلك فرق الشعر...»^(١).

الفروق اصطلاحاً:

هو علم من جملة علوم الفقه، وعرف بجملة من التعريفات ومنها: «الفن الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحددة تصويراً ومعنى، المختلفة حكماً وعلّة»^(٢).

ويُشكل على هذا التعريف عمومته لجميع العلوم، وعدم اختصاصه بالفقه، لذا كان من الأولى تقييده بعلم الفقه بأن يقال: «علم يبحث في المسائل الفقهية المتشابهة في الصورة، المختلفة في الحكم، لعللٍ أوجبت ذلك الاختلاف»^(٣).

أو أن يُقال على سبيل التفصيل والتوضيح بأنه: «العلم الذي يبحث عن وجوه الاختلاف وأسبابها بين المسائل الفقهية المتشابهة في الصورة، والمختلفة في الحكم، من حيث بيان معنى تلك الوجوه، وما له صلة بها، ومن

(١) مقاييس اللغة مادة (فرق) (٨١٤). وانظر: الصحاح (٨٠٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٤).

(٣) ينظر: الجمع والفرق للجويني (٣٧/١) بتصرف يسير. وانظر: المناهل الروية للأحمدي (٦).

حيث صحتها وفسادها، وبيان شروطها ووجوه دفعها، ونشأتها وتطورها، وتطبيقاتها، والثمرات المترتبة عليها»^(١).

الفقهية:

الفقه لغة:

مأخوذٌ من فقهه، «والفاء والقاف والهاء أصلٌ واحدٌ صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به، تقول فقّهت الحديث أفقّهه، وكل علم بشيء فهو فقهه»^(٢).

والفقه اصطلاحاً:

العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية^(٣).

الشروط لغة:

جمع شرط، وهو في اللغة العلامة، قال ابن فارس: «الشين والراء والطاء أصل يدل على عَلم وعلامة، وما قارب ذلك من علم، من ذلك الشرط العلامة، وأشراط الساعة علاماتها...»^(٤).

(١) الفروق الفقهية والأصولية للباحسين (٢٧)، وقد ذكر أن هذا تصوير للعلم؛ لأنه يفتقد لبعض شروط الحد أو الرسم؛ لما فيه من التفصيلات. وانظر: الفروق عن الأصوليين والفقهاء للشعلان (١٤٦).

(٢) مقاييس اللغة مادة (فقه) (٧٩٤). وانظر: القاموس المحيط (١٢٥٠).

(٣) انظر: أنيس الفقهاء (٣٠٤)، التعريفات للجرجاني (١٧٠)، معجم لغة الفقهاء (٣١٧).

(٤) مقاييس اللغة مادة (شرط)، (٥٣٣)، وانظر: معجم الصحاح (٥٤٢).

الشروط اصطلاحاً:

المقصود هنا الشروط في العقود، وليس المراد شروط العقود، وذلك أن بينهما عدداً من الفروق التي بينها جماعة من أهل العلم^(١).

وعلى هذا فالمراد بالشروط في العقد هنا هي الشروط الجعلية، وسمي جعلياً؛ لأن المكلف هو الذي يجعله شرطاً، ويعرف عند الفقهاء بأنه: إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة^(٢).

البيع لغة:

قال ابن فارس: «الباء والواو والعين أصل واحد، وهو امتداد الشيء، فالبيع من قولك بعت الحبل بوع، إذا مدت باعك به...»^(٣)، يقال: باع فلان الشيء بيعاً ومبيعاً: أعطاه إياه بثمن^(٤)، واشتقاقه من الباع؛ لأن كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والإعطاء^(٥).

(١) شروط العقد هي: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجوداً ولا عدم لذاته. انظر: روضة الناظر (١/ ١٠٥)، كشاف القناع (٧/ ٣٩٨)، معجم لغة الفقهاء (٢٣١)، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين (١٨٦)، وبينها وبين الشروط في العقد عدة فروق ذكرها جماعة من العلماء انظر: الشرح الممتع (٨/ ٢٣٤)، ذكر أربعة فروق بينهما وفي الشروط التعويضية للتعززي (١/ ٤٩) زيادة فرقين.

(٢) انظر: المبدع (٩/ ١٢١)، كشاف القناع (٧/ ٣٩٨)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ١٦٨)، معجم لغة الفقهاء (٢٣١).

(٣) مقاييس اللغة مادة (بوع)، (١٤٤). وانظر: معجم الصحاح (١١٦)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٦٤)، المعجم الوسيط (٧٦).

(٤) معجم لغة الشريعة (٢٦٠). وانظر: أنيس الفقهاء (١٩٥).

(٥) انظر: المغني (٦/ ٥)، كشاف القناع (٧/ ٢٩٦).

البيع اصطلاحاً:

مبادلة عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً بإحدهما، أو بإلٍ في الذمة، للملك على التأييد، غير رباً وقرض^(١).

النكاح لغة:

الوطء، وقد يكون العقد، ونكحتها ونكحت هي، أي تزوجت، قال ابن فارس: «النون والكاف والحاء أصلٌ واحدٌ، وهو البضاع،... والنكاح يكون العقد دون الوطء، يقال نكحتُ: تزوجتُ، وأنكحتُ غيري»^(٢).

النكاح اصطلاحاً:

عقد التزويج^(٣)، وقيل: عقد يجل به استمتاع كل من الزوجين بالآخر^(٤).

الحنابلة:

جمع حنبلي، وهم من ينتسبون إلى مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل رَحْمَةُ اللَّهِ، وهم من يتبع الإمام أحمد في مذهبه^(٥)، والمقصود بالحنابلة هنا: ما

(١) منتهى الإرادات (٢٤٣)، الإقناع (١٥١/٢)، وانظر: أنيس الفقهاء (١٩٥)، معجم لغة الفقهاء (٩٣)، معجم لغة الشريعة (٢٦٠).

(٢) مقاييس اللغة مادة (نكح)، (١٠٠٩). وانظر: معجم الصحاح (١٠٦٧)، المصباح المنير (٥١١)، القاموس المحيط (٢٤٦).

(٣) كشاف القناع (١٣٧/١١)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٩٧/٥).

(٤) معجم لغة الفقهاء (٤٥٨)، وانظر: التعريفات للجرجاني (٨١٦)، أنيس الفقهاء (١٤١).

(٥) انظر: معجم لغة الشريعة (٥٧٤/١).

استقر عليه المذهب عند المتأخرين من الحنابلة، الذين بدايتهم من علماء الدين المرادوي المتوفى سنة (٨٨٥هـ)^(١).

فالمقصود في هذا البحث هو بيان الفروق بين الشروط في البيع والشروط في باب النكاح على المعتمد من المذهب عند متأخري الحنابلة، وبيان دليل هذه الفروق ودراستها دراسة فقهية مقارنة.



(١) انظر: المدخل المفصل (٤٧٢)، معالم المذهب الحنبلي (٣٠٦).

المبحث الأول

الفروق المنصوص عليها بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة

ويشتمل على فرقتين:

الفرق الأول: اعتبار الشرط المتقدم في العقد في النكاح دون البيع:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: توثيق الفرق:

الشرط في العقد إما أن يكون قبل العقد، أو بعده، أو في أثناء العقد، والمقصود هنا هو الكلام عن اعتبار الشرط المتقدم على العقد، فقد نصَّ فقهاء الحنابلة على عدم اعتباره في البيع دون النكاح، فقد جاء في «كشاف القناع» - في سياق الكلام عن الشروط في البيع -: «ويعتبر لترتب الحكم عليه أي: على الشرط مقارنته للعقد قاله في الانتصار، وقال في الفروع: يتوجّه كنكاح»^(١).

وجاء في «كشاف القناع» - في سياق الكلام عن الشروط في النكاح -: «ومحلّ المعبر منها أي: من الشروط صلب العقد كأن يقول زوجتك بنتي فلانة بشرط كذا، ونحوه، ويقبل الزوج ذلك، وكذا لو اتفقا أي الزوجان (١) كشاف القناع (٣٨٩/٧). وانظر: الإنصاف (٢٤١/١١)، شرح المنتهى للبهوتي (١٦٨/٣)، بغية أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٩٩/٥)، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم (٣٩٢/٤).

عليه أي: الشرط قبله أي: العقد، قاله الشيخ وغيره، قال: الزركشي: وهو ظاهر إطلاق الخرق، وأبي الخطاب، وأبي محمد، وغيرهم»^(١).

ويتبين مما سبق أن المعتمد في مذهب الحنابلة هو التفريق بين الشروط المتقدمة على العقد في البيع، والشروط المتقدمة على العقد في النكاح فتلزم في النكاح دون البيع، فما كان من الشروط بين العاقدين قبل مجلس العقد في البيع فهو غير لازم عندهم، ما لم ينص عليه في مجلس العقد، وأما في النكاح فهو لازم، وإن لم ينص عليه في مجلس العقد، أما إذا تم التصريح في مجلس العقد بنفي الشروط السابقة، أو بصددها فالمعتبر ما كان في مجلس العقد، في البيع وفي النكاح؛ لكونه ناسخاً لما كان سابقاً.

المطلب الثاني: دراسة الفرق:

اختلف العلماء في الشروط المتقدمة على العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم لزوم الشروط المتقدمة على العقد، وهو قول في مذهب أبي حنيفة^(٢)، ومذهب الشافعية^(٣).

- (١) كشف القناع (١١/٣٦٣). وانظر: المحرر (٢/١٦٥)، مجموع الفتاوى (٣٢/١٦٧)، شرح الزركشي (٥/١٤٢)، الفروع وتصحيح الفروع وحاشية ابن قندس (٨/٢٥٩)، الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير (٢٠/٣٨٩)، شرح المنتهى للبهوتي (٥/١٨٠) الروض المربع ومعه حاشية ابن قاسم (٦/٣١٣).
- (٢) انظر: المبسوط (٢٤/١٢٢-١٢٨)، حاشية ابن عابدين (٥/٨٤، ٢٧٤).
- (٣) انظر: الأم (٥/٨٥)، الحاوي الكبير (٥/٣١٢)، المجموع (٩/٤٦١)، روضة الطالبين (٧/٢٧٥).

القول الثاني: لزوم الشروط المتقدمة على العقد، وهو قول عند الحنفية^(١)، ومذهب المالكية^(٢)، ووجه عند الشافعية^(٣)، وقول عند الحنابلة وعليه عامة نصوص أحمد^(٤). قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «...وأما عامة نصوص أحمد وقدماء أصحابه ومحققي المتأخرين: على أن الشروط والمواطأة التي تجري بين المتعاقدين قبل العقد إذا لم يفسخاها قبل العقد فإن العقد يقع مقيداً بها، وعلى هذا جواب أحمد في مسائل الحيل في البيع، والإجارة، والرهن، والقرض، وغير ذلك، وهذا كثير موجود في كلامه وكلام أصحابه، تضيق الفتوى عن تعدد أعيان المسائل، وكثير منها مشهور عند من له أدنى خبر بأصول أحمد ونصوصه، لا يخفى عليه»^(٥).

القول الثالث: لزوم الشروط المتقدمة على العقد في النكاح دون البيع، وهو مذهب الحنابلة^(٦).

- (١) انظر: رد المحتار (٥/٨٤، ٢٧٤)، بدائع الصنائع (٥/١٧٦).
- (٢) انظر: تبصرة الحكام (١/٢٠)، فتح العلي المالك (٣/٣٧٣). وفيه التصريح بأثر الشرط تقدم العقد أو قارنه في تولية القضاء. ونسب هذا القول لهم ابن تيمية وهو واضح من كلامهم عن شرط التحليل المتقدم وأثره على العقد. انظر: بداية المجتهد (٣/١٣٣)، القوانين الفقهية (١٤٨)، الفواكه الدواني (٢/٢٧). وللقرافي كلام يفهم منه أن الشروط المتقدمة المنافية لمقصود العقد إنما تقدر في العقد إن ذكرت معه أما إن ذكرت قبله سكت عنها معه فلا. الذخيرة (٤/٤٠٥).
- (٣) انظر: الحاوي الكبير (٩/٤٦٥)، روضة الطالبين (٧/٢٥٦)، مغني المحتاج (٤/٤٧٢).
- (٤) انظر: ما سبق ذكره قريباً في توثيق الفرق في مذهب الحنابلة.
- (٥) مجموع الفتاوى (٣٢/١٦٧). وقال في الفروع (٦/١٩٣) في الشرط المتقدم على العقد في البيع: «ويتوجّه كنكاح».
- (٦) انظر: ما سبق ذكره قريباً في توثيق الفرق في مذهب الحنابلة.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن الشرط المتقدم على العقد إذا لم يُذكر عند العقد فهو لغو لا يلزم الوفاء به، ولا يؤثر في صحة العقد أو فساده^(١)؛ لأنه لم يوافق محلاً حيث عقد قبل وقته، كما لو صلى الصلاة قبل وقتها.

نوقش: بعدم التسليم بأنه لم يوافق محله فلا يسلم بعدم اعتباره، وبأن القياس على الصلاة قياس مع الفارق؛ لأنها وقتت بالنصوص الشرعية.

الدليل الثاني: أن الشرط إذا تقدم على العقد فإنه لا يعد شرطاً وإنما يكون وعداً أو خبراً^(٢).

يُنَاقَشُ: أنه لم يقبل المتعاقد بهذا العقد إلا على هذا الشرط، والعقود مبنية على التراضي.

الدليل الثالث: أن في القول باعتبار الشرط المتقدم من أسباب حصول النزاع غالباً، والشريعة جاءت بمنع الأسباب الموصلة للنزاع^(٣).

يُنَاقَشُ: أن كون القول باعتبار هذه الشروط سبباً للنزاع لا يسلم، بل إن المخالف يقول بأن عدم اعتبارها هو أكثر ما يسبب النزاع، والاتهام لعدم الموفي بها بالخداع.

(١) انظر: المجموع (٤٦١/٩).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٣١٢/٥).

(٣) انظر: الذخيرة (٤٠٥/٤).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: الآيات الدالة على الوفاء بالعهود والعقود وذم الناكثين لها ومن ذلك:

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٢).

وجه الاستدلال: «أن الله لم يفرق بين عقد وعقد، وعهد وعهد، ومن شرط غيره في بيع أو نكاح على صفات اتفقا عليها ثم تعاقدوا بناء عليها فهي من عقودهم وعهدهم لا يعقلون ولا يفهمون إلا ذلك، والقرآن نزل بلغة العرب»^(٣).

الدليل الثالث: قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرّم حلالاً، والمسلمون على شروطهم))^(٤).

(١) سورة المائدة، آية رقم: (١).

(٢) سورة الإسراء آية رقم: (٣٤).

(٣) انظر: بيان الدليل (٥٢٧).

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم: (٣٥٩٤)، من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وأخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف المزني في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، في الصلح بين الناس، رقم: (١٣٥٢) وقال: «حسن صحيح» وفي أسانيد كلام ضعفها بعض العلماء وكان الترمذي اعتبره بكثرة طرقه، وحسن ابن كثير في إرشاد الفقيه (٥٤/٢) إسناد أبي داود، وقال شيخ الإسلام في الفتاوى (١٤٧/٢٩): «وهذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً»، وصححه الألباني في الإرواء (١٤٦/٥).

وجه الاستدلال: الحديث الحث على الوفاء بالشروط دو تفريق بينها، والشروط المتقدم من شروط المسلمين فيلزم الوفاء به.

الدليل الثالث: حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لِكُلِّ غَادِرٍ لَوَاءٌ يَنْصَبُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ لِعَدْرَتِهِ»^(١).

وجه الاستدلال: قال شيخ الإسلام: «ومن شارط غيره على شيء على أن يتعاقدا عليه وتعاقدا، ثم لم يف له بشرطه فقد غدر به، هذا هو الذي يعقله الناس ويفهمونه ولا يعرف التفريق بينهما في معاني الكلام عن أحد من أهل اللغة ولا في الحكم عن قوله حجة ملزمة»^(٢).

الدليل الرابع: سيرة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في عقودة التي يجريها مع غيره، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام: «ومن تأمل العقود التي كانت تجري بين النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيره مثل عقد البيعة التي كانت بينه وبين الأنصار ليلة العقبة، وعقد الهدنة الذي بينه وبين قريش عام الحديبية، وغير ذلك: علم أنهم اتفقوا على الشروط ثم عقدوا العقد بلفظ مطلق»^(٣).

الدليل الخامس: أن العقود مبنية على التراضي، وصاحب الشرط لم يرض بالعقد بدون وجود الشرط، فيكون عدم اعتبار الشرط مع الإلزام بالعقد من أكل أموال الناس بالباطل، ومال المسلم لا يحل بغير طيب نفس منه^(٤).

- (١) أخرجه البخاري في كتاب الجزية والموادعة، باب إثم الغادر للبر والفاجر، رقم: (٣١٨٨)، ومسلم في كتاب الجهاد والسير، باب تحريم الغدر، رقم: (١٧٣٥).
- (٢) انظر: بيان الدليل (٥٢٧).
- (٣) مجموع الفتاوى (١٦٧/٣٢).
- (٤) انظر: اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية للدكتور عبد الله آل سيف (٦/٢٣٨).

أدلة القول الثالث:

لم أقف على دليل للحنبالة في التفريق بين العقدين، مع أن كليهما إزام من أحد المتعاقدين للآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة، ولعل سبب التفريق هو التعليل في عقد النكاح وفي شروطه فقد جاء في حديث عقبه بن عامر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج))^(١).

وجه الاستدلال: في الحديث تنبيه إلى تعظيم الشروط في النكاح، وتقديمها على غيرها، تبعاً لشرف هذا العقد، ومن ذلك اعتبار الشروط فيه سواء كانت مقارنة للعقد أو متقدمة عليه.

يُنَاقَشُ: أن هذا يدل على تقديم شروط النكاح في اعتبارها ووجوب الوفاء، ولا يدل على اختصاصها، فغيرها من الشروط في العقود يجب الوفاء بها كذلك.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بأن الشرط المتقدم على العقد كالشرط المقارن؛ لقوة أدلة هذا القول، وسلامتها من المناقشة.

والحاصل مما سبق: أن القول بالتفريق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح، وذلك باعتبارها في النكاح دون البيع، من مفردات الحنبالة، وهو

(١) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح، رقم: (٢٧٢١)، ومسلم في كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط، رقم: (١٤١٨).

تفريق ضعيف لا تؤيده الأدلة، وهو أيضاً، مخالفٌ لعامة نصوص الإمام أحمد ومتقدمي أصحابه رَحْمَهُمُ اللهُ.

الفرق الثاني: بطلان عقد البيع بالجمع بين شرطين دون عقد النكاح فلا تؤثر فيه الشروط ولو تعددت:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: توثيق الفرق:

الشرطان في بيع إن كانا من مقتضى العقد كاشتراط التسليم، واشتراط خيار المجلس ونحو ذلك مما هو من مقتضى العقد فهما شرطان صحيحان ويلزم الوفاء بهما بلا خلاف^(١).

وكذا إن كان الشرطان من مصلحة العقد كالأجل والرهن والضمين، فهذه شروط صحيحة ولازمة وإن تعددت^(٢).

وكذا إن كان الشرطان من باب الصفات في المبيع، ككون العبد كاتباً وصانعاً، فهذه شروط صحيحة لازمة وإن تعددت^(٣).

(١) انظر: المغني (٣٢٣/٦)، الشرح الكبير (٢٢٦/١١)، المجموع (٤٤٧/٤)، تهذيب سنن أبي داود (٥١٦/٢)، الفروع (١٧٧/٦)، موسوعة الإجماع (٣٦٨).

(٢) انظر: المغني (٣٢٣/٦)، الشرح الكبير (٢٢٦/١١)، المجموع (٤٤٧/٩)، تهذيب سنن أبي داود (٥١٦/٢)، موسوعة الإجماع (٣٦٨).

(٣) انظر: المغني (٢٣٨/٦)، المجموع (٤٤٧/٩)، مجموع الفتاوى (١٣٢/٢٩)، موسوعة الإجماع (٣٧٢).

وعلى هذا فمحل النهي عن تعدد الشروط عند الحنابلة هو في الشروط الصحيحة التي ليست من مصلحة العقد، ولا من مقتضاه، ولا ما كان من قبيل الصفات في المبيع.

قال البهوتي: «ويبطله أي البيع جمع بين شرطين ولو صحيحين منفردين؛ كحمل الحطب وتكسيه، أو خياطة ثوب وتفصيله... ما لم يكونا أي الشرطان من مقتضاه أي البيع أو من مصلحته؛ كاشتراط حلول الثمن وتصرف كل فيما يصير إليه، أو يكونا من مصلحته كاشتراط رهن وضمين معينين بالثمن فيصح»^(١).

وقال البهوتي -في الشروط في النكاح-: «ويصح جمع بين شرطين هنا، بخلاف البيع»^(٢).

وقال أيضاً في حاشيته على المنتهى^(٣): «قال ابن نصر الله في قول الفروع: أو لا يتزوج عليها ولا يتسرى، هذا دليل على أن الجمع بين شرطين في هذا الباب جائز بخلاف البيع؛ لأن الحديث إنما جاء في البيع خاصة فيختص به، فلو شرط أن لا يخرجها من بلدها ولا يتزوج عليها ولا يتسرى صح ذلك في جميع الشروط، وليس في كلام الأصحاب ما يخالف ذلك».

(١) شرح المنتهى (٣/١٧٣). وانظر: الفروع (٦/١٨٨)، الإنصاف (١١/٢٢٦)، كشاف القناع (٧/٣٩٦).

(٢) شرح المنتهى (٥/١٨٢).

(٣) (٥/٣٧٤)، (٢/١٠٨٨)، دار خضر.

المطلب الثاني: دراسة الفرق:

ذهب الحنفية والشافعية في الجملة إلى عدم صحة الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولا من مصلحته في عقد البيع^(١) وكذا في عقد النكاح مع وجود استثناءات يسيرة في كل مذهب^(٢).

وأما المالكية فقد صرّحوا بصحة الشرط الواحد في البيع كشرط منفعة وعمل من البائع في المبيع^(٣) ولم أقف على تصريح للمالكية في حكم تعدد الشروط، ولم ينسب لهم ابن قدامة في المغني قولاً في المسألة، وكذا ابن القيم في تهذيب السنن، هذا وقد اختلف الباحثون في تحرير مذهبهم، فمنهم من ذكر أن قياس مذهبهم عدم صحة تعدد الشروط هنا، ومنهم من رأى أن ظاهر إطلاقاتهم وضوابطهم في الباب يدل على الجواز، ولعل القول بصحة تعددها هو مذهبهم، وذلك لأنهم صرّحوا بصحة اجتماع الإجارة مع البيع

(١) انظر: المسوط (١٥/١٣)، تبيين الحقائق (٥٧/٤)، المجموع (٤٦٤/٩)، أسنى المطالب (٣١/٢). وذلك أن الأصل عندهم في الشروط الفساد، ما عدا ما كان من مقتضى العقد أو مصلحته، أو كان صفة في المعقود عليه، وزاد الحنفية اشتراط ما جرى به العرف، فإن جرى العرف بمثل هذه الشروط كانت صحيحة. وزاد الشافعية اشتراط معنى من معاني البر.

(٢) انظر: اللباب في شرح الكتاب (٤٧/٤)، الحاوي الكبير (٥٠٦/٩)، روضة الطالبين (٢٦٥/٧)، على تفصيل عندهم في أثر عدم الوفاء بالشرط على المهر، ولكن هذه الشروط عندهم غير صحيحة لا يترتب عليها ثبوت الخيار عند عدم الوفاء بها.

(٣) انظر: الدرر في شرح المختصر (١٩٧٦/٤) ونقل عن سحنون منع ذلك. انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٣٨/٥).

في باب الإجارة وهو في معنى شرط عمل من البائع في المبيع، ولم يقيدوا هذا بعدم تعدد المنافع المشترط بذلها من البائع - والله أعلم -^(١).

أما الشروط في النكاح فقد ذهبوا كالحنفية والشافعية إلى عدم لزومها وعدم استحقاق الفسخ بالإخلال بها^(٢).

وذهب الحنابلة كما سبق ذكره إلى صحة تعدد مثل هذه الشروط في النكاح دون البيع،

واستدلوا على التفريق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح بحديث ابن عمرو رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا يبيع ما ليس عندك))^(٣).

(١) انظر: المغني (٦/٣٢٣)، تهذيب سنن أبي داود (٢/٥١٥)، المنتقى (٤/٢١٢)، التاج والإكليل (٦/٢٤٢)، مواهب الجليل (٤/٣٧٢)، بلغة السالك (٣/١٠٢)، الدرر في شرح المختصر (٤/١٤٧٩)، موسوعة اختيارات ابن تيمية (٦/٢١٨)، ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز خلاف المذهب الحنبلي (٢٢٧). وعلى كل حال فهم لا يوافقون الحنابلة في هذا التفريق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح.

(٢) انظر: الموطأ والاستذكار والقيس (١٤/١٧٤)، الذخيرة (٤/٤٠٥)، القوانين الفقهية (١٦٤) وقال مالك في الموطأ في مثل هذه الشروط: «ليس بشيء، إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة، فيجب ذلك عليه ويلزمه».

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب البيع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم: (٣٥٠٤)، والترمذي كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك رقم: (١٢٣٤) وقال: «حسن صحيح»، وأخرجه والنسائي في كتاب البيوع، في باب شرطان في بيع، رقم: (٤٦٤٤). وصححه ابن حزم والنووي وابن تيمية وابن القيم والألباني وغيرهم. انظر: المحلى (٨/٥٢٠)، المجموع (٩/٤٦٤)، مجموع الفتاوى (٣٠/٨٤)، زاد المعاد (٥/٧١٦)، إرواء الغليل (٥/١٤٦).

قال المردواي: «روي عن أحمد رحمه الله، أنه فسّر الشرطين المنهي عنهما بشرطين فاسدين، وكذا فسّره به بعض الأصحاب، وردّه في (التلخيص) بأن الواحد يؤثر على العقد، فلا حاجة إلى التعدد، ويُجاب: بأن الواحد في تأثيره خلافٌ، والاثنان لا خلاف في تأثيرهما قاله الزركشي، وروي عن أحمد، أنه فسّرهما بشرطين صحيحين ليسا من مصلحة العقد ولا مقتضاه، وهذا المذهب...»^(١).

وذهب جماعة من أهل العلم إلى صحة تعدد الشروط مطلقاً، وهو رواية عن أحمد^(٢)، اختارها ابن تيمية^(٣)، وابن القيم^(٤).

والحاصل مما سبق: أن القول بالتفريق وذلك بصحة تعدد الشروط في النكاح دون الشروط في البيع هو مما انفرد به الحنابلة.

أدلة الأقوال:

دليل من قال بجواز تعدد الشروط في النكاح، وعدم جواز تعددها في البيع:

حديث ابن عمرو رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا يبيع ما ليس عندك))^(٥).

(١) الإنصاف (١١/٢٢٨). وانظر: المقنع والشرح الكبير (١١/٢٢٦)، تهذيب سنن أبي داود (٢/٥١٣)، الفروع (٦/١٩٠)، المبدع (٩/١٣٤)، كشف القناع (٧/٣٩٦)، شرح المنتهى للبهوتي (٣/١٧٣).

(٢) انظر: تهذيب سنن أبي داود (٢/٥١٧)، الإنصاف (١١/٢٢٦).

(٣) انظر: الإنصاف (١١/٢٢٦).

(٤) انظر: تهذيب سنن أبي داود (٢/٥١٨).

(٥) سبق تخريجه قريباً.

نوقش الاستدلال به على تحريم الشرطين في البيع من وجهين:

الوجه الأول: ضعف التأويل الذي ذكروه «من حيث إن الشرطين إن كانا فاسدين فالواحد حرام، فأى فائدة لذكر الشرطين، وإن كانا صحيحين لم يحرمًا»^(١).

الوجه الثاني: الاختلاف في معنى الحديث، فهذا الحديث من الأحاديث التي استشكلها أكثر الفقهاء وتنوعت في بيان معناه مسالكهم، ومما ذكر في معناه: أن المراد بالشرطين الشروط الفاسدة.

وقيل إن المراد به: أن يقول: بعتك هذا الثوب نقداً بدينار ونسيئة بدينارين.

وقيل إن المراد: أن البيع في نفسه شرط، فإذا شرط فيه شرطاً آخر فهما شرطان في بيع.

وقيل إن المراد به: أن يقول بعتك هذه السلعة بكذا، على أن تبيعي السلعة الفلانية بكذا.

وقيل إن المراد به: أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع السلعة ولا يهبها.

فلا يسلم القول بالمعنى الذي ذكروه دون غيره^(٢).

(١) تهذيب سنن أبي داود (٥١٣/٢).

(٢) انظر: المغني (٣٢٢/٦)، تهذيب السنن (٥١٣/٥)، شرح الزركشي (٦٥٧/٣)، الإنصاف (٢٢٨/١١).

قال ابن القيم: «وكل هذه الأقوال بعيدة عن المقصود غير مرادة منه»^(١) وبين وجه ضعفها، ثم قال: «وُفسِّرَ بأن يقول: خذ هذه السلعة بعشرة نقداً، وأخذها منك بعشرين نسيئة، وهي مسألة العينة بعينها، وهذا هو المعنى المطابق للحديث؛ فإنه إذا كان مقصود الدراهم العاجلة بالآجلة فهو لا يستحق إلا رأس ماله، وهو أوكس الثمنين، فإن أخذه أخذ أوكسها، وإن أخذ الأكثر فقد أخذ الربا، فلا محيد له عن أوكس الثمنين أو الربا، ولا يحتتمل الحديث غير هذا المعنى، وهذا هو بعينه الشرطان في بيع، فإن الشرط يُطلق على العقد نفسه؛ لأنهما تشارطا على الوفاء به فهو مشروط، والشرط يطلق على المشروط كثيراً، كالضرب على المضروب... فالشرطان كالصفقتين سواء، فشرطان في بيع كصفقتين في صفقة، وإذا أردت أن يتضح لك هذا المعنى فتأمل نبيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديث ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «نهى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع» رواه أحمد^(١)، ونبيه في هذا الحديث عن شرطين في بيع وعن سلف في بيع، فجمع بين السلف والبيع مع الشرطين في البيع، ومع البيعتين في بيعه، وسر ذلك: أن كلا الأمرين يؤول إلى الربا، وهو ذريعة إليه...»^(٢).

(١) أخرجه أحمد (٢٠٣/١١) رقم: (٦٦٢٨)، من حديث ابن عمرو، وليس ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَجْمَعِينَ، وحسن إسناده محققو المسند، ط. الرسالة.
(٢) تهذيب السنن (٥١٩/٢). وانظر: إعلام الموقعين (٤٢/٥).

أدلة من قال بعدم صحة الشروط مطلقاً إلا ما كان من مقتضى العقد أو من مصلحته:

الدليل الأول: ما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه: «نهى عن بيع وشرط»^(١).

وجه الاستدلال: أن منطوق الحديث مقدم على مفهوم حديث النهي عن الشرطين في البيع.

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: من جهة الثبوت: فهو خبر ضعيف منكر^(٢).

الوجه الثاني: من جهة المعنى: وذلك لأمرين:

الأمر الأول: أنه مُعَارَضٌ بأحاديث كثيرة أصح وأشهر.

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤/٣٣٥)، وابن حزم في المحلى (٨/٤١٥) من طريق عبد الله بن أيوب القُرْبِي عن محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ به.

(٢) الحديث في سننه عبد الله بن أيوب بن زاذان قال الدارقطني: «متروك»، وفي سننه أبو حنيفة فيه ضعف. قال الإمام أحمد: «لا نعرفه مروياً في مسند»، وقال ابن قدامة: «لم يصح»، وقال ابن تيمية: «باطل، ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى حكاية منقطعة»، وقال: «أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه»، وضعف إسناده ابن كثير، وقال الألباني: «ضعيف جداً». انظر: المغني (٦/١٦٥)، الوهم والإيهام (٣/٥٢٧)، مجموع الفتاوى (٦٣/١٨) (٢٩/١٣٢)، نصب الراية (٤/١٧)، إرشاد الفقيه (٢/١٧)، لسان الميزان (٤/٤٤٠)، الضعيفة رقم: (٤٩١).

الأمر الثاني: أنه مُعَارَضٌ بالإجماع.

قال ابن القيم في سياق بيان ضعف الأخذ بحديث النهي عن بيع وشرط: «لا يُعَلَّمُ له إسناده يصح، مع مخالفته للسنة الصحيحة والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه...، أما مخالفته للسنة الصحيحة فإن جابراً باع بغيره، وشرط ركوبه إلى المدينة^(١)، والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع))^(٢)، فجعله للمشتري بالشرط الزائد على عقد البيع، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من باع ثمرة قد أبرت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع))^(٣)، فهذا شرط ثابت بالسنة الصحيحة، وأما مخالفته للإجماع فالأمة مجمعة على جواز اشتراط الرهن، والكفيل، والضمين، والتأجيل، والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير البلد، فهذا بيع وشرط متفق عليه^(٤).

الدليل الثاني: أن هذه الشروط مخالفة لمقتضى العقد فهي فاسدة مطلقاً ولو لم تتعدد^(٥).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم: (٢٧١٨)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم: (٧١٥).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط، رقم: (٢٣٧٩)، ومسلم في كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليه ثمر، رقم: (١٥٤٣).

(٣) سبق تخريجه قريباً.

(٤) إعلام الموقعين (٤/١٦٢).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٩/٥٠٦).

نوقش: إن أُريد بها أنها تنافي العقد المطلق من الشروط فهذا صحيح، وهكذا كل شرط زائد وهذا لا يضر، وإن أُريد أنها تنافي مقتضى العقد المطلق والمقيد فهذا يحتاج إلى دليل،

وإنما تبطل الشروط إذا كانت تنافي مقصود الشارع^(١).

الدليل الثالث: أن هذه الشروط تحرم الحلال، وتمنع الإنسان مما له فعله^(٢).

نُوقش: أن هذا المعنى هو الذي أوهم أن الأصل فساد الشروط... وليس كذلك، بل كل ما كان محرماً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه كالربا والوطف في ملك الغير...، وأما ما أباحه الله في حال مخصوصة ولم يبيحه مطلقاً، فإذا حوله الشرط عن تلك الحال لم يكن الشرط قد حرم ما أحله الله، وكذلك ما حرّمه الله في حال مخصوصه ولم يجرمه مطلقاً لم يكن الشرط قد أباح ما حرّم الله...، فالعقد والشرط يرفع موجّب الاستصحاب، لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع، وآثار الصحابة توافق ذلك^(٣).

أدلة القول بصحة تعدد الشروط:

الدليل الأول: الآيات التي فيها الأمر بالوفاء بالعقود والعهود ومن ذلك:

(١) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية مع تعليق ابن عثيمين (٤٧٣).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٥٠٧/٩)، القواعد النورانية (٤٦١).

(٣) انظر: القواعد النورانية (٤٦١).

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وغيرها من الآيات.

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه أمر بالوفاء بالعقود والعهود، والشرط عقد وعهد، فدخل في ذلك كل شرط وعقد لم يخالف كتاب الله تعالى، فدل على أن الأصل في الشروط الحل والصحة، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد لما أمر بالوفاء بها^(٢).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الله لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وإذا كان كذلك، فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة، ثبت حلها بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٤).

الدليل الثالث: قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم))^(٥).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل كل صلح، وكل شرط بين المسلمين جائزاً إلا ما دل الشرع على تحريمه، وإنما المشترط له أن يوجب

(١) سورة المائدة، آية رقم: (١).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (١٤٦/٢٩).

(٣) سورة النساء، آية رقم: (٢٩).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى (١٥٥/٢٩).

(٥) سبق تخريجه.

بالشروط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً^(١).

الدليل الرابع: حديث عقبة بن عامر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوَفَّوْا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ))^(٢).

وجه الاستدلال: أن الحديث دل على أن الشروط جميعها مستحقة الوفاء، وأحقها الشروط في النكاح، ولم يقيد ذلك بعدد، فدل على أن الأصل في الشروط الحلُّ والصحة، وإن تعددت.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بصحة الشروط ولزومها في البيع وفي النكاح وإن تعددت، ما لم تكن محرمة شرعاً، أو مخالفة لمقصود العقد؛ لقوة أدلة هذا القول، ولأن الأصل المستقر في المعاملات هو الحل، ما لم يأت دليل ناقل عن الأصل، ولم يرد دليل صحيح صريح سالم من المناقشة ينقل عن هذا الأصل، وهو مما جرى عليه العمل في القضاء خلافاً للمذهب الحنبلي^(٣).

(١) انظر: مجموع الفتاوى (١٤٧/٢٩).

(٢) سبق تخرجه.

(٣) انظر: فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم (٧٨/٧)، مجموعة الأحكام القضائية (١/١٧٤، ٢١٨، ٣٠٤)، ما جرى عليه العمل في محاكم التمييز على خلاف المذهب الحنبلي (٢٢٤).

والحاصل: أن هذا الفرق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح فرق ضعيف، والأصل الاطراد في حكم الشروط في العقود، ما لم يرد دليل صحيح صريح ينقل عن هذا الأصل.



المبحث الثاني

ويشتمل على ذكر الفروق المستنبطة بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة:

الفرق الأول: كل ما نهي عنه من الشروط في البيع فهو فاسد، وأما النكاح فيصح اشتراط طلاق الضرة وإن كان منهيًا عنه:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: توثيق الفرق:

جاء في «كشاف القناع» في سياق الشروط الفاسدة في البيع^(١): «...أو شرط المشتري الغناء أو الزنا في الرقيق؛ لم يصحَّ الشرط، إما لأنه لا يمكن الوفاء به، أو محرّم، فهو ممنوع الوفاء شرعاً» فعمل فساد هذه الشروط بكونها محرمة.

أما في الشروط في النكاح فالأصل أن الحكم في الشروط المنهي عنها أنها فاسدة؛ لكن ليس هذا على وجه العموم فقد حكموا بصحة شرط طلاق الضرة وإن كان قد ثبت النهي عنه في السنة.

جاء في «كشاف القناع» في سياق ذكر الشروط الصحيحة في النكاح^(٢): «الثاني: شرط ما تنتفع به المرأة، مما لا ينافي العقد كزيادة معلومة في مهرها...»

(١) (٣٩١/٧). وانظر: الشرح الكبير (٢١٣/١١)، شرح المنتهى للبهوتي (١٦٩/٣). وقد حكى ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣٣٢/٢٩) الإجماع على بطلان اشتراط كون الجارية المباعة تصنع الخمر والنيذ.

(٢) (٣٦٤/١١)، وانظر: المغني (٤٨٦/٩)، المنع والشرح الكبير والإنصاف (٣٩٥/٢١)، الفروع (٢٦٠/٨).

أو شرطت أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرى، أو شرط لها طلاق ضرتها... فهذا النوع صحيح لازم للزوج، بمعنى ثبوت الخيار لها بعدمه».

المطلب الثاني: دراسة الفرق:

الحنابلة - كغيرهم من الفقهاء - ذهبوا إلى فساد الشروط المنهي عنها في البيع وقد حُكي الإجماع على ذلك، قال ابن بطال: «أجمع العلماء على أن من اشترط في البيع شروطاً لا تحل، أنه لا يجوز منها شيء»^(١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «فمتى كان الشرط يخالف شرط الله ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان باطلاً...، وإذا وقعت هذه الشروط، وفي منها بما أمر الله به ورسوله، ولم يوفَّ منها بما نهى الله عنه ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهذا متفق عليه بين المسلمين»^(٢).

بل صرح شيخ الإسلام في موضع آخر بأن هذا شامل لجميع العقود فقال: «وهذا الحديث المستفيض^(٣) الذي اتفق العلماء على تلقيه بالقبول، اتفقوا على أنه عام في جميع العقود، ليس ذلك مخصوصاً عند أحد منهم بالشروط في البيع، بل من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة، أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطاً تخالف ما كتبه الله على عباده،

(١) شرح صحيح البخاري (٦/٢٩٣). وانظر بيان أدلة هذا الإجماع وثبوته في: موسوعة الإجماع (٢/٣٨٢-٣٨٥).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٥/٩٧).

(٣) يريد حديث قصة شراء عائشة لبريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وقد أخرجها البخاري في كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، رقم: (٢١٥٥)، ومسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم: (١٥٠٤).

أو النهي عما أمر به، أو تحليل ما حرّمه، أو تحريم ما حلّله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود»^(١).

أما في الشروط في النكاح فالأصل فيها أنها كالبيع في فساد ما نهي عنه من الشروط، إلا أنّهم قد صرحوا بصحة اشتراط المرأة طلاق ضررتها، مع كونه قد ورد النهي عنه، فلم يطردوا في هذا الباب.

هذا وقد اختلف العلماء لزوم شرط طلاق الضرة على قولين:

القول الأول: أنه شرط غير لازم، ليس للمرأة الخيار عند عدم الوفاء به وهو مذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)،

(١) مجموع الفتاوى (٢٨/٣١).

(٢) انظر: المبسوط (٨٨/٥)، بدائع الصنائع (٤٩٢/٣)، الفتاوى الهندية (٣٠٧/١). وفي البحر الرائق (٢٨٠/٣) «ولا بد أن يكون بصيغة المضارع في العتق والطلاق ليكون وعداً إن وفي به فيها وإلا فلا يلزمه الإعتاق والتطليق، ويكمل لها مهر المثل، أما إذا شرطه بالمصدر كما إذا تزوجها على ألف وعتق أخيها أو طلاق ضررتها عتق الأخ وطلقت المرأة بنفس النكاح، ولا يتوقف على أن يوقعها وللمرأة المسمى فقط». ويظهر أنهم لا يرون أن المرأة تملك خيار الفسخ لو لم يطلق ضررتها، بل يكمل لها مهر المثل - والله أعلم -.

(٣) انظر: الذخيرة (٤٠٥/٤)، مواهب الجليل (٢٠٣/٥). وهذا مقيد عندهم كما قال في القوانين الفقهية (١٦٤): «الثالث: ما لا تعلق له بالعقد كشرط عدم إخراجها من بلدها فهو مكروه، ثم إن كان مقيداً بطلاق، أو تملك، أو عتق أو غير ذلك لزم ويقال له: يمين، وإن لم يكن معلقاً بشيء ولا وضعت عنه من صداقها لأجلها لم يلزم، ولكن يستحب له الوفاء به، وقال أبو حنيفة: تبطل الشروط كلها ويصح النكاح، وقال ابن حنبل: يصح الوفاء بكل شرط فيه فائدة...». وانظر: المتقى (٢٩٧/٣)، وفي حاشية العدوي على شرح الخرشبي (١٩٦/٣)، في مثل هذه الشروط: «وهذا الكلام فيما لا تعليق فيه، فإن علق طلاقها أو طلاق من يتزوجها عليها على التزويج... وقع ما علقه عند وقوع المعلق عليه».

..... والشافعية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني: صحة هذا الشرط، وهو مذهب الحنابلة كما سبق بيانه.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: «نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يبيع حاضر لباد... ولا تسأل المرأة طلاقاً ضرتها لتكفأ ما في إنائها»^(٣).

وجه الاستدلال: أنه هذا نهى يقتضي تحريم هذا الشرط فساداً^(٤).

الدليل الثاني: الإجماع المحكي في المسألة: قال ابن حجر «ومنها: ما لا يوفى به اتفاقاً، كسؤال طلاق أختها»^(٥).

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٦٥)، فتح الباري (٩/٢٧٢)، مغني المحتاج (٤/٤٦٩)،
(٢) انظر: المغني (٩/٤٨٥)، المقنع والشرح الكبير والإنصاف (٢١/٣٩٥). واختار هذا القول ابن قدامة والشارح.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، رقم: (٢١٤٠)، ومسلم في كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، رقم: (١٤٠٨). قال ابن حجر في فتح الباري (٩/٢٧٥): «وقد أخرجه أبو نعيم في المستخرج من طريق ابن الجنيد عن عبيد الله بن موسى شيخ البخاري فيه بلفظ: ((لا يصلح لامرأة أن تشتري طلاق أختها لتكفيء ما في إنائها))».

(٤) انظر: المغني (٩/٤٨٦)، الشرح الكبير (٢١/٣٩٦).

(٥) انظر: فتح الباري (٩/٢٧٢)، فقد ذكره في سياق نقل كلام عن الخطابي في أقسام الشروط، وانظر: مجموع الفتاوى (٣١/٢٨). وحكى الاتفاق أنه لا يوفى به أيضاً السفاريني في كشف اللثام (٥/٢٩٩).

نوقش: بثبوت الخلاف في المسألة^(١).

الدليل الثالث: قول ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا تشتترط المرأة طلاق أختها»^(٢).

وجه الدلالة: أن هذا قول صحابي من فقهاء الصحابة في النهي عن هذا الشرط، وقول الصحابي حجة، وتقوى حجيته إن لم يُعلم له مخالف كما هو مقرر عند الأصوليين^(٣).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عموم أدلة صحة الشروط في العقود^(٤).

نُوقش: بأنه لا يشمل ما نهى عنه من الشروط بدليل قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فه باطل، وإن اشترط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق))^(٥).

(١) انظر: ما سبق ذكره قريباً في توثيق مذهب الحنابلة. وانظر: موسوعة الإجماع (٣/٢٩٨) ففيه بيان لعدم ثبوت هذا الإجماع.

(٢) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم في باب الشروط التي لا تحل في النكاح قبل حديث رقم: (٥١٥٢)، قال ابن حجر في فتح الباري (٩/٢٧٤): «هذا اللفظ بعينه وقع في بعض طرق الحديث المرفوع عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ولعله لما لم يقع له اللفظ مرفوعاً أشار إليه في المعلق إيذاناً بأن المعنى واحد».

(٣) انظر: الإحكام للآمدي (٤/١٨٢)، روضة الناظر (٢/٣٠٨).

(٤) شرح المنتهى للبهوتي (٥/١٥٩).

(٥) سبق تخريجه قريباً.

الدليل الثاني: ما ورد عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(١).

وجه الدلالة: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يَبَيِّنُ لزوم الشروط في النكاح، وقول الصحابي حجة عند أكثر الأصوليين.

نُوقِش: بأن هذا الأثر في سياق قصة فيها أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أُتِيَ بامرأة جعل لها زوجها دارها، فقال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «لها شرطها» فقال رجلٌ إذاً يطلقنا، فقال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(٢)، فقول عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في الشروط التي لم يرد النهي عنها.

ولو قيل: بالأخذ بعموم لفظه، فالجواب: أن قول الصحابي حجة إذا لم يخالف ما ثبت عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أو ما ثبت عن غيره من الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وقد ثبت الحديث في النهي عن هذا الشرط، وكذا عن ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

الدليل الثالث: أنه شرط لها فيه منفعة مقصودة لا تمنع المقصود من النكاح، فكان لازماً، كما لو اشترطت المهر بصفة وعدد معين^(٣).

يُنَاقِش: بأن هذا تعليل مقابل للدليل فلا يصلح للاحتجاج.

(١) أخرجه عبد الرزاق (٢٢٧/٦)، وابن أبي شيبة (٤/٤٥١). قال الألباني في الإرواء (٣٠٢/٦): «علقه البخاري في صحيحه، ووصله جماعة بإسناد صحيح عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ».

(٢) سبق تخريجه وسياق القصة عند عبد الرزاق في مصنفه (٢٢٧/٦).

(٣) انظر: كشاف القناع (١١/٣٦٤).

الدليل الرابع: القياس على ما إذا شرطت عدم الزواج عليها^(١).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: بأنه قياس على مسألة مختلف فيها، وهو لا يصح عند جمع من الأصوليين^(٢).

الثاني: أنه قياس مع الفارق، فقد ورد النهي عن سؤال المرأة طلاق ضررتها، دون شرطها عدم الزواج عليها.

الترجيح:

الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو قول الجمهور، لقوة أدلتهم، وسلامتها من المناقشة.

والحاصل مما سبق: أن هذا الفرق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح فرقٌ ضعيفٌ، وأن الصواب عدم التفريق بين البايين، وأن القاعدة مطردة: بأن كل ما نهى عنه شرعاً فإن اشتراطه محرم، ولا يلزم الوفاء به.

الفرق الثاني: صحة اشتراط الخيار في البيع دون النكاح:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: توثيق الفرق:

ذهب الحنابلة إلى صحة اشتراط خيار الفسخ في البيع، بضوابط ذكرها، بينما لا يصح اشتراط خيار الفسخ في النكاح مطلقاً.

(١) انظر: المبدع (١٤/١٩٩).

(٢) انظر: المستصفي (٢/٣٣٥)، روضة الناظر (٢/٦١٣).

جاء في «المنتهى» في أقسام الخيار في البيع: «الثاني: أن يشترطه في العقد أو زمن الخيارين إلى أمدٍ معلوم، فيصح»^(١).
وجاء في «المنتهى» أيضاً في سياق الشروط الفاسدة في النكاح: «النوع الثاني: أن يشترط أن لا مهر لها أو... أو خياراً في عقد... فيصح النكاح دون الشرط»^(٢).

المطلب الثاني: دراسة الفرق:

تبين مما سبق أن الحنابلة يرون صحة اشتراط الخيار، وذلك بأن يشترط أحد العاقدين أو هما جميعاً الخيار في إمضاء البيع أو فسخه لمدة معلومة، وقد حكي الإجماع على صحة هذا النوع من الخيار:

قال ابن قدامة: «خيار الشرط: نحو أن يشترط الخيار في البيع مدة معلومة، فيجوز بالإجماع»^(٣).

وقال النووي: «يصح شرط الخيار في البيع بالإجماع إذا كانت مدته معلومة»^(٤).

(١) منتهى الإيرادات (١/٢٥٦)، وانظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف (١١/٢٨٤)، كشاف القناع (٧/٤١٧)، شرح المنتهى للبهوتي (٣/١٨٧).

(٢) منتهى الإيرادات (٢/٩٩). وانظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف (٢٠/٤٢٤)، كشاف القناع (١١/٣٨٠)، شرح المنتهى للبهوتي (٥/١٨٩).

(٣) الكافي (٣/٧٠).

(٤) المجموع (٩/٢٢٦)، وقد حكاها الإجماع أيضاً: القاضي عياض، والعيني، وابن الهمام، والنفرواي، وابن قاسم النجدي. انظر في بيان أقوالهم، وتحقيق ثبوت الإجماع في هذه المسألة: موسوعة الإجماع (٣/٣٩٩).

الدليل الأول: حديث ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار))^(١).

وجه الاستدلال: أن المقصود بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إلا بيع الخيار)) خيار الشرط، وهو أحد الأوجه في معنى هذا الحديث^(٢).

الدليل الثاني: قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المسلمون على شروطهم))^(٣).
وجه الاستدلال: أن هذا عام في كل ما يشترطه المتعاقدان، أو أحدهما في العقد، ما لم يكن الشرط مخالف لكتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

أما عن حكم اشتراط خيار الفسخ في النكاح، كأن تشترط المرأة إن استقر أمرها مع زوجها وتذكر مدة وإلا فلها الفسخ، فقد اختلف العلماء في صحة هذا الشرط على قولين:

القول الأول: أن شرط الخيار لهما أو لأحدهما شرط باطل، وهو مذهب الحنفية^(٤) والمالكية^(٥).....

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار، رقم: (٢١١١)، ومسلم في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم: (١٥٣١).

(٢) شرح النووي لصحيح مسلم (٩٧٠) شرح الحديث رقم: (١٥٣١).

(٣) سبق تحريجه.

(٤) انظر: المبسوط (٩٤/٥)، فتح القدير (٣/٢٥٠). وهو عندهم شرط فاسد غير مفسد للعقد.

(٥) انظر: المدونة (٢/١٢٩)، الكافي (٢/٥٢١). وقد قال مالك: «أرى أنه لا خيار فيه وأنه إذا وقع في النكاح الخيار فسخ النكاح، ما لم يدخل بها؛ لأنها لو ماتا قبل الخيار لم

..... والشافعية^(١) والحنابلة^(٢).

القول الثاني: أن شرط الخيار لهما أو لأحدهما شرط صحيح، وهو قول عند الحنابلة اختاره ابن تيمية^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط))^(٤).

وجه الاستدلال: أن الحديث دل على إبطال الشروط التي ليست في كتاب الله، أي في حكمه وشرعه، واشتراط الخيار في النكاح مخالف لشرع الله؛ إذ لم يرد في الشرع أن يكون عقد النكاح جائزاً غير لازم، واشتراط الخيار يخرج من اللزوم إلى الجواز^(٥).

يتوارثا».

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥٠٩/٩)، روضة الطالبين (٤٣٢/٤)، وهو عندهم شرط فاسد مفسد للعقد.

(٢) انظر: المغني (٤٨٨/٩)، المتنع والشرح الكبير والإنصاف (٤٢٤/٢٠)، الفروع وتصحيحه (٢٦٨/٨)، كشاف القناع (٣٨٠/١١)، شرح المتهمي للبهوتي (١٨٩/٥). والمذهب أنه شرط فاسد غير مفسد للعقد، وفي رواية أنه يفسده.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى (٣٤٩/٢٩)، الفروع وتصحيحه (٢٦٨/٨)، الإنصاف (٤٢٤/٢٠).

(٤) سبق تحريجه.

(٥) انظر: المغني (٤٨٨/٩).

الدليل الثاني: أن في القول بصحة خيار الشرط في النكاح ابتداءً للمرأة، بحيث ترد بعد ابتذالها بعقد النكاح بلا عوض، وفي ذلك شناعة عليها بأنها ردت رغبة عنها^(١).

الدليل الثالث: أن عقد النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ولا يقبل خيار الشرط^(٢).

يناقش: أن القول بعدم حصول عقد النكاح بعد تمامه فيه نظر، فقد ثبت الفسخ في أسباب متعددة على خلاف بين العلماء في كل سبب منها. أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: الآيات التي فيها الأمر بالوفاء بالعقود والعهود كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، وغيرها من الآيات.

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه أمر بالوفاء بالعقود والعهود، والشرط عقد وعهد، فدخل في ذلك كل شرط وعقد لم يخالف كتاب الله تعالى، فدل على أن الأصل في الشروط الحل والصحة، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد لما أمر بالوفاء بها^(٤).

الدليل الثاني: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٥).

(١) الشرح الكبير (٢٠/٤٢٥).

(٢) انظر: المبسوط (٥/٩٥).

(٣) سورة المائدة، آية رقم: (١).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى (٢٩/١٤٦).

(٥) سورة النساء، آية رقم: (٢٩).

وجه الاستدلال: أن الله لم يشترط في التجارة إلى التراضي، وإذا كان كذلك، فإذا تراضي المتعاقدان بشرط من الشروط التي لم يرد في الشرع المنع منها، كانت شرطاً صحيحاً ولازماً.

الدليل الثالث: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرّم حلالاً، والمسلمون على شروطهم))^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل كل صلح، وكل شرط بين المسلمين جائزاً إلا ما دل الشرع على تحريمه، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً^(٢)، ولم يرد في النصوص النهي عن هذا الشرط، والأصل في الشروط الجواز والصحة.

الدليل الرابع: حديث عقبة بن عامر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج))^(٣).

وجه الاستدلال: أن الحديث دل على أن الشروط جميعها مستحقة الوفاء، وأحقها الشروط في النكاح، ومن اشترط الخيار في عقد النكاح له مقصود صحيح، وإن بطل الشرط لم يلزم العقد بدونه^(٤).

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (١٤٧/٢٩).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) مجموع الفتاوى (٣٤٩/٢٩)، الفروع (٢٦٨/٨).

الدليل الخامس: أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب حتى يدل دليل على التحريم^(١).

يُنَاقَشُ ما سبق ذكره من الأدلة: أنها أدلة عامّة في الشروط، وشرط الخيار مخالف لمقصود النكاح من الدوام واللزوم، ومخالف لتعظيم عقد النكاح الذي جاء وصفه في القرآن بأنه ميثاق غليظ، وفتح المجال فيه يجعل الأمر قريباً من نكاح المتعة والتحليل اللذان يشتركان معه في التوقيت، وعدم استقرار عقد النكاح.

الترجيح:

الخلاف في المسألة قوي، ولم يتبين لي رجحان أحد القولين؛ إذ القول بصحة هذا الشرط فيه أطراد في قاعدة الأصل في الشروط الصحة واللزوم، وتؤيده عمومات الأدلة من الكتاب والسنة، ولكن يبقى أن القول في صحة شرط الخيار قد يتنافى مع مقصود النكاح من اللزوم والاستقرار، ومن تعظيم هذا العقد، وفيه ابتذال لمن يقع عليه الفسخ بعد العقد، فالقول بعدم صحته أيضاً له وجهة وحظ من النظر، ومع ذلك فالقول بلزوم النكاح مع إفساد الشرط لمن كان جاهلاً بفساد هذا الشرط محل نظر، بل إما أن يقال بصحة العقد والشرط، أو يقال بعدم لزوم عقد النكاح عند القول بفساد الشرط، دفعاً لضرر من كان جاهلاً بفساد هذا الشرط - والله أعلم -.

(١) انظر: مجموع الفتاوى (٢٩/١٥٠).

والحاصل مما سبق: أن القول بالتفريق بين اشتراط الخيار في البيع واشتراط الخيار في النكاح بصحته في البيع دون النكاح له حظٌّ من النظر؛ وإن لم يمكن الجزم بقوة هذا الفرق بين البابين - والله أعلم -.

الفرق الثالث: عدم صحة اشتراط عقد بيع آخر في عقد البيع، وصحة اشتراط عقد نكاح آخر في عقد النكاح إذا كان بمهر لا حيلة فيه:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: توثيق الفرق:

نصَّ فقهاء الحنابلة على عدم صحة اشتراط عقد بيع آخر في عقد البيع، للنهي عن بيعتين في بيعة، أما في عقد النكاح فإنه يجوز عندهم اشتراط عقد نكاح آخر إذا كان بمهر مستقل غير قليل ولا حيلة.

قال ابن النجار في الشروط الفاسدة في البيع: «وفاسده أنواع: مبطل، كشرط بيع آخر أو سلف أو قرض، أو إجارة، أو شركة أو صرف الثمن أو غيره، وهو: بيعتان في بيعة المنهي عنه»^(١).

وقال في الشروط الفاسدة في النكاح: «القسم الثاني: فاسد، وهو نوعان: نوع يُبطل النكاح من أصله، وهو ثلاثة أشياء: نكاح الشغار، وهو: أن يزوجه وليّته على أن يزوجه الآخر وليّته، ولا مهر بينهما، أو يُجعل بضع كل

(١) منتهى الإرادات (١/ ٢٥٤). وفي شرحه للبهوتي (٣/ ١٧٤): «وكذا لو باع شيئاً على أن يزوجه ابنته». فالنهي شامل حتى لغير البيع من العقود. وانظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف (١١/ ٢٢٠)، الفروع (٦/ ١٩١)، كشاف القناع (٧/ ٣٩٨)، الروض الندي شرح كافي المبتدي (١/ ٤٧٣).

وحدة منهما مع دراهم معلومة مهراً للأخرى، فإن سمّوا مهراً مستقلاً غير قليل، ولا حيلة، صحَّ، وإن سمّي لأحدهما صحَّ نكاحها فقط»^(١).

هذا هو ظاهر كلام المتأخرين أنه يجوز أن يقول زوجته ابنتي على أن تزوجني ابنتك إذا كان مع تسمية المهر، وقد استشكل هذا الخلوتي في حاشيته على «الإقناع»^(٢) فقال: «ظاهر هذا أنه لا يمتنع في النكاح شرط عقد آخر فيه، وفيه توقف، وكان الظاهر أن يعبر بعبارة غير هذه إلا أن يلتزم صحته، وعليه يطلب الفرق».

وفي حواشي «الإقناع» للبهوتي نقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية أن هذا مخالف للأصول من أربعة وجوه: ... الرابع: أن هذا مثل بيعتين في بيعة^(٣).

والحاصل أن وجه الفرق في المذهب أنه لا يصح شرط عقد بيع آخر في عقد البيع ولو كان مع ذكر الثمن، أما في النكاح فيصح اشتراط عقد نكاح في عقد نكاح إذا سمّوا مهراً مستقلاً غير قليل، ولا حيلة.

المطلب الثاني: دراسة الفرق:

التحقق من هذا الفرق في المذاهب الفقهية، يستدعي البحث في مسألتين:

(١) منتهى الإيرادات (٩٨/٢). وانظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف (٢٩٨/٢٠)، الفروع وتصحيحه (٢٦٣/٨)، كشف القناع (٣٦٨/١١)، شرح المنتهى للبهوتي (١٨٣/٥)، حاشية الخلوتي على الإقناع (٤٠٤).

(٢) حاشية الخلوتي (٤٠٤).

(٣) حواشي الإقناع للبهوتي (٨٥٢/٢).

المسألة الأولى:

حكم اشتراط عقد بيع آخر في عقد البيع، كأن يقول: أبيعك داري بخمسين درهماً على أن تبيعني دارك بأربعين درهماً.

وقد اختلف العلماء في حكم عقد البيع مع هذا الشرط على قولين: القول الأول: أنه شرط فاسد يفسد العقد، وهو قول الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

القول الثاني: أن هذا شرط صحيح، وهو قول المالكية^(٤)، وبعض الحنابلة كشيخ الإسلام وابن القيم^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيعتين في بيعة»^(٦).

(١) انظر: المبسوط (١٣ / ١٦)، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه (٤٤ / ٤)، وهو مفسد للعقد عندهم.

(٢) انظر: المجموع (٩ / ٤١٢)، روضة الطالبين (٣ / ٦٠)، نهاية المحتاج (٣ / ٤٥٠). وهو مفسد للعقد عندهم.

(٣) انظر: المقنع والشرح الكبير والإنصاف (١١ / ٢٢٠)، الفروع (٦ / ١٩١)، منتهى الإرادات (١ / ٢٥٤)، كشف القناع (٧ / ٣٩٨) شرح المنتهى للبهوتي (٣ / ١٧٤)، وهو مفسد للعقد عندهم، وفي رواية يطل الشرط وحده.

(٤) انظر: المدونة (٣ / ١٦٨)، التاج والإكليل (٦ / ١٤٥)، القوانين الفقهية (١٩٤).

(٥) انظر: مجموع الفتاوى (٢٩ / ٦٢، ١٥٦، ٤٤٧)، إعلام الموقعين (٥ / ٤٢، ١٦٧)، تهذيب السنن (٢ / ٥١٨).

(٦) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء من النهي عن بيعتين في بيعة، رقم: (١٢١٣)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، رقم: (٤٦٣٢)، وأحمد

وجه الاستدلال: أن المقصود بهذا الحديث هو أن يقول: بعتك داري بكذا على أن تبعني دابتك بكذا، فهو شرط بيع في بيع، ويتحقق في هذا العقد بيعتان علقتهما بإحداهما بالأخرى في عقد واحد، ولا يتم العقد الأول حتى يتم العقد الثاني، وهذا هو التفسير المشهور للنهي عن بيعتين في بيعة عند الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن العلماء اختلفوا في صورة مسألة النهي عن بيعتين في بيعة، ولا يسلم دخول هذه الصورة في النهي؛ لأن العوض معلوم، والأصل في العقود والشروط الصحة، حتى يرد دليل التحريم الناقل عن هذا الأصل^(٤).

الوجه الثاني: أن الأقوى في تفسير النهي عن بيعتين في بيعة هو حمله على بيع العينة؛ لظهور المعنى في تحقق مفسدة الربا.

(١٥/٣٥٨) رقم: (٩٥٨٤). وقال الترمذي: «حسن صحيح»، وصححه ابن حبان الألباني. انظر: صحيح ابن حبان (٤٩٧٣)، إرواء الغليل (١٤٩/٥).
(١) انظر: المبسوط (١٦/١٣)، تبين الحقائق (٤٣/٤).
(٢) انظر: نهاية المحتاج (٤٥٠/٣)، أسنى المطالب (٣٠/٢).
(٣) انظر: المغني (٣٣٣/٦)، الإنصاف (٢٣١/١١)، كشف القناع (٣٩٨/٧).
(٤) انظر: مجموع الفتاوى (١٥٠/٢٩)، إعلام الموقعين (٤٢/٥)، تهذيب السنن (٤٤٨/٢). تحفة الأحوذى (٥١٨، ٤٥٨/٢).

ولما جاء في الرواية الأخرى المفسرة: ((من باع بيعتين في بيعة فله أو كسهما أو الربا))^(١)، فهذا يبين أن المراد بالنهي عن بيعتين في بيعة هو بيع العينة^(٢).
الدليل الثاني: حديث ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن صفقتين في صفقة واحدة»^(٣).

وجه الاستدلال: كما سبق في الحديث السابق، إذ حمل كثير من العلماء معناه على ما سبق ذكره من النهي عن اشتراط عقد في عقد^(٤).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب من باع بيعتين في بيعة، رقم: (٣٤٦١)، وسكت عنه، من طريق يحيى بن زكريا عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وقد تفرّد بهذا اللفظ دون غيره من الرواة. قال الشوكاني في نيل الأوطار (١٩/٣): «في إسناده محمد بن عمرو بن علقمة وقد تكلم فيه غير واحد، قال المنذري: والمشهور عنه من رواية الدراوردي ومحمد بن عبد الله الأنصاري أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيعتين في بيعة»، قال المباركفوري في تحفة الأحوذى (٤/٤٨٨): «وقد روي هذا الحديث عن عدة من الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ليس في واحد منها هذا اللفظ، فالظاهر أن هذه الرواية بها اللفظ ليست صالحة للاحتجاج»، وكذا العظيم آبادي فقد حكم بشذوذها؛ لأن يحيى بن زكريا تفرد بها وخالف جماعة من الأئمة انظر: عون المعبود (٩/١٨٠)، موسوعة المعاملات المالية المعاصرة للديبان (٢/٢٩٥)، وقد بيّن أنه خالف سبعة من الأئمة منهم يحيى القطان ويزيد بن هارون وغيرهم من الحفاظ، وذهب جماعة من أهل العلم إلى ثبوتها؛ لأن يحيى بن زكريا ثقة، وقد صحح الحديث ابن حبان وابن حزم وحسنه الألباني. انظر: صحيح ابن حبان (٤٩٧٤)، المحلى (٩/١٦)، إرواء الغليل (٥/١٥٠).

(٢) انظر: تهذيب السنن (٢/٤٥٨، ٥١٨).

(٣) أخرجه أحمد (٦/٣٢٤) رقم: (٣٧٨٣). وضعف إسناده الألباني في الإرواء (٥/١٤٩)؛

(٤) انظر: المراجع السابقة في وجه الاستدلال بحديث النهي عن بيعتين في بيعة.

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه لا يثبت مرفوعاً إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(١).

الوجه الثاني: من حيث الدلالة: وقد سبق وجه مناقشته في الدليل الأول.

الدليل الثالث: أن شرط بيع في بيع لا يصح كنكاح الشغار^(٢).

يُنَاقِشُ: أن نكاح الشغار لا يقال بعدم صحته مطلقاً، بل إن كان بلا مهر، ولأن النكاح لمصلحة الغير، والولي يجب عليه اختيار الأصلح لغيره، وفي اشتراطه النكاح على غيره لتزويج موليته نظر لمصلحة نفسه.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: الآيات التي فيها الأمر بالوفاء بالعقود والعهود كقوله

تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، وغيرها من الآيات.

الدليل الثاني: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ

بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤).

(١) وذلك لأنه من رواية شريك وهو ابن عبد الله القاضي وهو سيئ الحفظ، فلا يحتج به ولا سيما مع مخالفته لسفيان وشعبة في رفعه. انظر: إرواء الغليل (٥/١٤٩)، ويُنَاقِشُ أنه ثابت موقوفاً وقد أخرجه ابن أبي شيبة (١١/٣٧١) من طريق سماك عن أبي عبيدة عن ابن مسعود به. وروي من طريق سماك عن عبد الرحمن بن مسعود عن ابن مسعود. وصحح إسناده الألباني في إرواء الغليل (٥/١٤٨)، ورواية سماك لا بأس بها؛ لأنها من طريق سفيان الثوري وهو ممن سمع منه قديماً فحديثه عنه صحيح. وانظر: تخریج المسند للأرنؤوط (٦/٣٢٤).

(٢) انظر: المغني (٦/٣٣٣).

(٣) سورة المائدة، آية رقم: (١).

(٤) سورة النساء، آية رقم: (٢٩).

الدليل الثالث: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرّم حلالاً، والمسلمون على شروطهم))^(١).

الدليل الرابع: أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب حتى يدل دليل على التحريم^(٢).

وجه الاستدلال من الأدلة السابقة: سبق ذكره في المسألة السابقة، وهو يجري على جميع الشروط التي لا دليل على تحريمها عند أصحاب هذا القول.

الدليل الخامس: أن العقد اشتمل على أمرين كل منهما جائز على انفراده، فكما جاز منفرداً جاز مجتمعاً^(٣).

يُنَاقَشُ: بأن القرض والبيع كل منهما جائز على انفراده، ومع ذلك فهو محرم بالنص في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحل سلف وبيع))، وبالإجماع قال القرافي: «وبإجماع الأمة على جواز البيع والسلف مفترقين، وتحريمهما مجتمعين»^(٤).

يُجَابُ: بأن التحريم والخروج عن الأصل في الشروط، إنما هو لورود النص، ولأنه يفضي إلى الربا.

(١) سبق تحريجه.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (١٥٠/٢٩).

(٣) حاشية العدوي على شرح الخرشي (٤٠/٥)، بلغة السالك (٥٣/٢).

(٤) الفروق (٢٢٦/٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بجواز اشتراط عقد بيع في عقد بيع؛ لقوة أدلة هذا القول؛ إذ الأصل في العقود والشروط الحل، ولعدم وجود المفسدة المقتضية للمنع.

المسألة الثانية:

حكم اشتراط عقد نكاح آخر في عقد النكاح.

المقصود هنا مع وجود مهر غير قليل بلا حيلة: كأن يقول أزوجك موليتي بخمسين درهماً على أن تزوجني موليتك بأربعين درهماً، ويكون هذا مهراً يصلح في العادة، فهذا مما يميزه الحنابلة على المعتمد في المذهب، ويظهر به الفرق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح؛ إذ علة النهي عندهم في البيع هي الشرط، وعلة النهي في النكاح هي الخلو من المهر المعتاد^(١).

وقد اختلف العلماء في أثر هذا الشرط في فساد عقد النكاح على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن هذا الشرط لا يفسد النكاح. وهو مذهب الحنفية^(٢)، وقول عند المالكية^(٣) ومذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) انظر: المنع والشرح الكبير والإنصاف (٣٩٨/٢٠)، المبدع (٢٠٣/١٤)، كشف القناع (٣٦٧/١١).

(٢) انظر: المبسوط (١٠٥/٥)، تبين الحقائق (١٤٥/٢). ويكون الواجب مهر المثل.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ (٣٠٩/٣).

(٤) انظر: الأم (٨٢/٥)، روضة الطالبين (٤١/٧)، نهاية المحتاج (٢١٥/٦). ويكون الواجب مهر المثل.

(٥) انظر: المنع والشرح الكبير والإنصاف (٢٩٨/٢٠)، الفروع وتصحيحه (٢٦٣/٨)، منتهى الإرادات (٩٨/٢)، كشف القناع (٣٦٨/١١)، شرح المنتهى للبهوتي

القول الثاني: أن هذا الشرط سبب لفسخ النكاح قبل البناء، ويبقى النكاح بعد البناء. وهو مذهب المالكية^(١).

القول الثالث: أن هذا الشرط مفسد للعقد. وهو وجه عند الشافعية^(٢)، وقول عند الحنابلة^(٣)، ومذهب الظاهرية^(٤).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: حديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا «أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ الشَّغَارِ. وَالشَّغَارُ أَنْ يَزُوجَ الرَّجُلَ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يَزُوجَهُ الْآخَرَ ابْنَتَهُ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ»^(٥).

نُوقِشَ: بأن تفسير الشغار ليس من كلام النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٦).

(٥/١٨٣)، حاشية الخلوقي على الإقناع (٤٠٤).

(١) انظر: المتقى شرح الموطأ (٣/٣٠٩)، التاج والإكليل (٥/١٨٧)، شرح الخرشي (٣/٢٦٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٤١).

(٣) انظر: الشرح الكبير والإنصاف (٢٠/٤٠٢)، الفروع (٨/٢٦٤).

(٤) انظر: المحلى (٩/١١٨).

(٥) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الشغار، رقم (٥١١٢)، ومسلم في كتاب النكاح، رقم (١٤١٥).

(٦) انظر: فتح الباري (٩/٢٠٣) فقد ذكر الخلاف في نسبة تفسير الشغار وكأنه يميل إلى أنه من تفسير نافع؛ للتصريح في ذلك في بعض الطرق في صحيح البخاري، ولكنه قال: «ولكن لا يلزم من كونه لم يرفعه أن لا يكون مرفوعاً في نفس الأمر». وانظر: شرح

أجيب: بأنه لو تم التسليم بذلك فهو من قول الصحابي أو الراوي، وهو أعلم بما روى.

قال أبو العباس القرطبي: «وكيفما كان فهو تفسير صحيح موافق لما حكاه أهل اللسان، فإن كان من قول الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فهو المقصود، وإن كان من قول الصحابي فمقبول؛ لأنهم أعلم بالمقال، وأقعد بالحال»^(١).

الدليل الثاني: أنه شرط في العقد مع تسمية المهر، فهو شرط عقد في عقد، وذلك لا يفسد النكاح^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل المالكية على قولهما أنه مع ذكر المهر فهو أخف، ويسمى عندهم وجه الشغار، فإن كان قبل الدخول فقد إيقاع العقد على غير الوجه المنهي عنه فيفسخ، ويستأنفان عقداً جائزاً، وأما بعد الدخول فقد فات^(٣).

النووي على صحيح مسلم (٣٤٥ / ٨) فقد ذكر أنه من قول نافع كما في ثبت في بعض الروايات.

(١) المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم (١١٢ / ٤)، وانظر: شرح الزركشي (٢٢٠ / ٥) وفيه: «إن كان [أي التفسير] من الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فواضح، وإن كان من نافع فهو راوي الحديث، وقد فسره بما لا يخالف ظاهره فيتبع». وانظر في حجية تفسير الراوي: روضة الناظر (١٧٣ / ١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤١ / ٧).

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ (٣١٠ / ٣)، المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم (١١١ / ٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٢٦٧ / ٣).

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: ما جاء عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج: «أن العباس بن عبد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته، وأنكحه عبد الرحمن ابنته، وكانا جعلاً صداقاً، فكتب معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى مروان يأمره بالتفريق بينهما، وقال في كتابه: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»^(١).

وجه الاستدلال: أن في هذا الخبر التصريح بأن النكاح من الشغار المنهي عنه وإن وجد المهر^(٢).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه متكلم في إسناده للكلام في ابن إسحاق^(٣).

أجيب: بأن ابن إسحاق مقبول الحديث، وثقه جماعة من الأئمة، وإنما يُخشى من تدليسه وقد صرح بالتحديث^(٤).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب في الشغار، رقم (٢٠٧٥). وأحمد في مسنده رقم (١٦٨٥٦). وأخرجه ابن حبان في صحيحه رقم (٤١٥٣)، وصححه ابن حزم وابن القيم، وحسنه الألباني. انظر: المحلى (٩/٥١٥)، زاد المعاد (٥/٩٩)، إرواء الغليل (١٨٩٦).

(٢) انظر: المحلى (٩/١٢٢)،

(٣) انظر: شرح الزركشي (٥/٢٢١) فقد ذكر أن الإمام أحمد ضعفه من قبل راويه ابن إسحاق.

(٤) انظر: تعليق الشيخ ابن جبرين على شرح الزركشي (٥/٢٢١)، تهذيب التهذيب (٣/٥٠٤).

الوجه الثاني: أنه يحمل على أنها كانا جعلاً مهراً قليلاً حيلة^(١).

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: «نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والشغار أن يقول الرجل وجني ابنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي»^(٢).

وجه الاستدلال: أن هذا التفسير يدخل فيه ما لم يجعل فيه الصداق وما جعل فيه الصداق، فهو أعم من الأخبار التي اقتضت على تفسير الشغار بقيد عدم وجود المهر، فيؤخذ بالأعم، ويقدم المنطوق على المفهوم.

الدليل الثالث: حديث ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا شغار في الإسلام))^(٣).

وجه الاستدلال: أن في هذا الحديث نفي الشغار في الإسلام والأصل في النفي أن يكون نفيًا للصحة والحقيقة الشرعية^(٤).

نُوقِش: بأن المراد به ما خلا وشغار عن المهر، أما ما كان فيه المهر فليس من الشغار، فالعلة في إفساده خلوه عن المهر^(٥).

أجيب: أن في أصل معنى الشغار أقوال، فقيل: على سبيل التقييح من قولهم شغار الكلب رجله ليبول، وقيل: من شغار المكان أي خلا^(٦)، ولا يتحتم أحدها ليكون هو معنى الشغار دون غيره.

(١) انظر: شرح الزركشي (٥/٢٢١).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، رقم (١٤١٦).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، رقم (١٤١٥).

(٤) انظر: شرح الزركشي (٥/٢١٩).

(٥) انظر: شرح الزركشي (٥/٢٢٣).

(٦) انظر: مقاييس اللغة مادة (شغار) (٥٠٨)، القاموس المحيط (٤١٧).

الدليل الرابع: أن معنى الشغار موجود هنا ولو سمي المهر؛ لأن معنى الشرط جعل بضع كل امرأة منها بعض مهر الأخرى مع المال المسمى، وإن لم يتم التصريح بذلك^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن العقد فاسد، حتى مع وجود المهر؛ لقوة أدلة هذا القول، ولأن المقصود الشرعي من الولاية هو النظر في مصلحة المرأة، وفي اشتراط الولي تزويجه ليقبل بتزويج موليته إضعاف لهذا المقصد، ونظر من الولي لمصلحته دون مصلحة موليته، فيمنع من هذا سداً لباب تضييع الأمانة في الولاية، ولكن إن وقع مع الرضا من الجميع، فيمكن أن يمضى مراعاة لقوة الخلاف، خاصة إذا كان مع الجهل بتحريمه وفساده^(٢).

والحاصل مما سبق: أن القول بالتفريق بين اشتراط عقد في عقد في النكاح مع وجود المهر، واشتراط عقد في عقد في البيع هو مذهب الحنفية والحنابلة والشافعية، فقد أفسدوا البيع بمثل هذا الشرط، ولم يفسدوا النكاح.

والأقرب - والله أعلم - صحة مثل هذا في البيع؛ لأن الأصل في البيوع الحل، ولم يأت الدليل الصحيح الصريح الخالي من المعارض الذي يحكم بتحريم هذه الصورة.

(١) انظر: الشرح الكبير (٢٠/٤٠١).

(٢) وهذا القول هو اختيار العلامة ابن باز رَحِمَهُ اللهُ وبه صدرت فتاوى اللجنة الدائمة برئاسة برثاسته. انظر: فتاوى نور على الدرب (٢٦/٢١) فتاوى اللجنة الدائمة (١٨/٤٢٧).

وعدم صحة اشتراط ذلك في النكاح، للنهي عنه في الأدلة الثابتة، وحفاظاً على المقصد الشرعية من مشروعية الولاية وهي والنظر في الأصلح للمولّى عليه من النساء، وفي فتح المجال لاشتراط الولي مثل هذا الشرط إضعاف لهذا المقصد الشرعي من الولاية.



الخاتمة

بعد حمد الله وشكره على ما تفضل به من كتابة هذا البحث أذكر أهم النتائج التي ظهرت لي في موضوع الفروق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح وهي على النحو التالي:

- أهمية علم الفروق الفقهية، وعظيم منفعته.
- أهمية أحكام الشروط في العقود، وشدة حاجة الناس لبيان أحكامها.
- أن الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم.
- أن الأصل في أحكام الشروط من جهة جوازها وتحريمها، ومن جهة صحتها وفسادها الاطراد في جميع العقود، إلا بدليل صحيح صريح.
- أن بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة عدداً من الفروق منها ما نص عليها فقهاء الحنابلة، ومنها ما يمكن استنباطه بعد النظر في الشروط في البابين.
- يتبين بعد البحث أن الفروق بين الشروط في البيع والشروط في النكاح عند الحنابلة خمسة فروق، نصوا على فرقين، ويمكن بعد النظر في كلامهم في الشروط في البابين إضافة ثلاثة فروق وهي:



أولاً: الفروق المنصوصة:

الفرق الأول: اعتبار الشرط المتقدم على العقد في النكاح دون البيع، والأقرب عدم صحة هذا الفرق، وأن الشرط المتقدم كالشرط المقارن في جميع العقود، وهو قول لبعض الحنابلة.

الفرق الثاني: جواز تعدد الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولا من مصلحته في النكاح دون البيع. والأقرب عدم صحة هذا الفرق، وأن تعدد الشروط جائز ولازم في جميع العقود، وهو قول لبعض الحنابلة.

ثانياً: الفروق المستنبطة:

الفرق الأول: أن كل ما حرم شرعاً فإن اشتراطه في البيع شرط فاسد، وغير لازم، وأما في النكاح فيصح اشتراط طلاق الضرة. والأقرب عدم صحة هذا الفرق، وأن كل ما حرم شرعاً فإن اشتراطه كعدمه ولا أثر له سواء كان في البيع أو في النكاح.

الفرق الثاني: صحة اشتراط الخيار في البيع دون النكاح، وهذا فرق بين البابين في الشروط فيه قوة وله حظ من النظر.

الفرق الثالث: فساد اشتراط عقد بيع آخر في عقد البيع، وصحة اشتراط عقد نكاح آخر في عقد النكاح إذا كان بمهر غير قليل بلا حيلة. والأقرب صحة هذا الشرط في البيع، دون النكاح، على عكس ما هو المعتمد في المذهب، وهو قول لبعض الحنابلة.

يظهر للباحث بعد النظر في الشروط في البايين، أن الأصل عدم الفرق بين الشروط في البايين، وأن أكثر ما ذكر من الفروق في المعتمد عند متأخري الحنابلة، لا يخلو من نظر، وقد قال بخلافه جماعة من فقهاء الحنابلة وغيرهم؛ وذلك لأن الأصل في قاعدة الشروط أن الكلام فيها واحد، وهو الصحة واللزوم، إلا إذا خالف النصوص الشرعية، أو مقاصد العقد الأصلية، كما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية.

هذا ما تيسر كتابته في هذا الموضوع، فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فمن نفسي ومن الشيطان، والله ورسوله منه بريئان. والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين.

تم الانتهاء من كتابته في الخامس من شهر جمادى الأولى، من عام ألف وأربعمائة واثنين وأربعين.

فهرس المصادر والمراجع

١. إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى، للبهوتي، دار خضر، ط ١، ١٤٢١هـ.
٢. أسنى المطالب، لذكريا الأنصاري، دار الكتاب العربي.
٣. الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم المنذر، مكتبة الفرقان ومكتبة مكة، ط ٢، ١٤٢٠هـ.
٤. إرشاد الفقيه، لابن كثير، الرسالة، ١٤٢٦هـ.
٥. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للألباني، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
٦. الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، دار الصميعي، ط ١، ١٤٢٤هـ.
٧. الاستذكار، لأبي عمر يوسف ابن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤٢٣هـ.
٨. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، دار ابن الجوزي، ط ١، ١٤٢٣هـ.
٩. الإنصاف في معرفة الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن المرادوي، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
١٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ.
١١. البناية شرح الهداية، لبدر الدين العيني الحنفي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٠هـ.
١٢. التاج والإكليل، للمواق، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٦هـ.
١٣. الجمع والفرق لأبي محمد الجويني، دار الجيل، ط ١، ١٤٢٤هـ.

١٤. الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، لمحمد بن علي الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي، دار المعرفة، ط ١، ١٤٢٠هـ.
١٥. الذخيرة، لشهاب الدين القرافي، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٩٩٤م.
١٦. السنن الكبرى، لأبي بكر البيهقي، الفاروق الحديثة.
١٧. الشرح الكبير لشمس الدين أبي الفرج ابن قدامة، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
١٨. الشرح الكبير، لأبي البركات العدوي الشهير بالدردير، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٧هـ.
١٩. الصحاح، للجوهري، دار المعرفة، ط ١، ١٤٢٦هـ.
٢٠. الفتاوى الكبرى، لشيخ الإسلام ابن تيمية، دار الكتب العلمية.
٢١. الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ.
٢٢. الفروق الأصولية والفقهية، للباحسين، دار الرشد، ط ١، ١٤١٩هـ.
٢٣. الفروق عند الأصوليين والفقهاء، للشعلان، دار التدمرية، ط ١، ١٤٣٦هـ.
٢٤. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم النفراوي، المكتبة العصرية، ط ١، ١٤٢٥هـ.
٢٥. القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة، ط ٦، ١٤١٩هـ.
٢٦. القواعد النورانية، لابن تيمية مع تعليق ابن عثيمين، مؤسسة ابن عثيمين، ط ١، ١٤٣٩هـ.
٢٧. القوانين الفقهية، لأبي القاسم بن جزي الكلبي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ.
٢٨. الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر، مكتبة الرياض الحديثة، ط ٢، ١٤٠٥هـ.



٢٩. اللباب شرح الكتاب (مختصر القدوري)، لعبد الغني الغنيمي، دار السراج، ط٢، ١٤٣٥هـ.
٣٠. المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، ط٣، ١٣٩٨هـ.
٣١. المجموع، لأبي زكريا النووي، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥هـ.
٣٢. المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، دار الآفاق الجديدة.
٣٣. المدخل المفصل، بكر أبو زيد، دار العاصمة.
٣٤. المستدرک على الصحيحين، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، دار المعرفة، ط٢، ١٤٢٧هـ.
٣٥. المدونة الكبرى، عن الإمام مالك، دار النوادر، ١٤٣١هـ.
٣٦. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأبي العباس الفيومي.
٣٧. المصنف، لأبي بكر ابن أبي شيبة، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ.
٣٨. المصنف، لعبد الرزاق الصنعاني، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ.
٣٩. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة، دار عالم الكتب، ط٥، ١٤٢٦هـ.
٤٠. المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، لأبي العباس القرطبي، دار ابن كثير، ط٢، ١٤٢٠هـ.
٤١. المقنع، لموفق الدين ابن قدامة، دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ.
٤٢. المناهل الروية في علم الفروق الفقهية، للأحمدي، دار البرازي، ١٤٣٦هـ.
٤٣. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، لقاسم القونوي، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٧هـ.
٤٤. الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ.



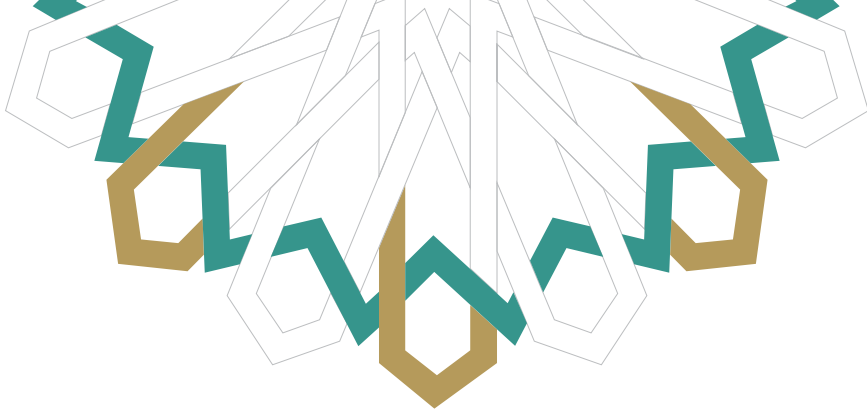
٤٥. الوهم والإيهام لابن القطان، دار طيبة، ط ١، ١٤١٨ هـ.
٤٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤٢٦ هـ.
٤٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، دار المغني، ١٤٣٢ هـ.
٤٨. بلغة السالك لأقرب المسالك، لأبي العباس الصاوي، دار المعارف.
٤٩. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، ط ٢، ١٣١٣ هـ.
٥٠. تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث.
٥١. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٩ هـ.
٥٢. تهذيب مختصر سنن أبي داود، لابن قيم الجوزية، دار عالم الفوائد، ط ١، ١٤٣٧ هـ.
٥٣. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، دار المعرفة، ط ١، ١٤٢٠ هـ، ودار الفكر، ط ٢، ١٤١٢ هـ.
٥٤. حاشية البهوتي على المنتهى،
٥٥. حاشية الجمل على شرح المنهج، لسليمان المصري، دار الفكر.
٥٦. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأحمد الصاوي، دار المعارف.
٥٧. جامع العلوم والحكم، لابن رجب، مؤسسة الرسالة، ط ٧، ١٤١٩ هـ.
٥٨. روضة الطالبين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي.
٥٩. سنن ابن ماجه، ومعه أحكام الألباني، دار المعارف، ط ٢، ١٤٢٩ هـ.
٦٠. سنن أبي داود، ومعه أحكام الألباني، دار المعارف، ط ٢، ١٤٢٩ هـ.



٦١. سنن الترمذي، ومعه أحكام الألباني، دار المعارف، ط ٢، ١٤٢٩ هـ.
٦٢. سنن النسائي، ومعه أحكام الألباني، دار المعارف، ط ٢، ١٤٢٩ هـ.
٦٣. شرح مختصر الروضة، للطوفي، الرسالة، ط ٢، ١٤١٩ هـ.
٦٤. شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، دار عالم الكتب، ط ٢، ١٤٣٢ هـ.
٦٥. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لعلاء الدين ابن بلبان الفارسي، مؤسسة الرسالة، ط ٣، ١٤١٨ هـ.
٦٦. صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد ابن خزيمة، المكتب الإسلامي، ط ٣، ١٤٢٤ هـ.
٦٧. صحيح البخاري، للإمام البخاري، دار الأفكار، ١٤١٩ هـ.
٦٨. صحيح مسلم، للإمام مسلم، دار المنهاج، ط ١، ١٤٣٣ هـ.
٦٩. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، إدارة البحوث العلمية والإفتاء، ط ٢، ١٤٢٢ هـ.
٧٠. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، دار السلام، ط ٣، ١٤٢١ هـ.
٧١. فتح القدير، لكمال الدين ابن الهمام الحنفي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٤ هـ.
٧٢. كشف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، وزارة العدل، ط ١، ١٤٢١ هـ.
٧٣. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
٧٤. مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمع ابن قاسم، طبعة مجمع الملك فهد، ١٤٢٥ هـ.
٧٥. مختصر خليل، لخليل بن إسحاق المالكي، ومعه تعليقات أحمد الزاوي. (لم يبين دار النشر، وسنة الطباعة في الكتاب)
٧٦. مراتب الإجماع، لابن حزم، دار ابن حزم، ط ١، ١٤١٩ هـ.
٧٧. مسند الإمام أحمد، للإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٩ هـ.

٧٨. مطالب أولي النهى، للرحباني، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤١٥هـ.
٧٩. معجم لغة الشريعة، لسعدي أبو جيب، دار البشائر، ط ١، ١٤٤٠هـ.
٨٠. معجم لغة الفقهاء، لمحمد قلعة جي، دار النفائس، ط ١، ١٤١٦هـ.
٨١. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الشربيني، دار إحياء التراث العربي.
٨٢. مقاييس اللغة، لابن فارس، دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٢٢هـ.
٨٣. منتهى الإرادات، لتقي الدين محمد الفتوحى الشهير بابن النجار، مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٤٢٧هـ.
٨٤. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد المغربي المعروف بالخطاب، دار الفكر، ط ٣، ١٤١٢هـ.
٨٥. موسوعة الإجماع مجموعة باحثين، دار الفضيلة، ط ١، ١٤٣٤هـ.
٨٦. موسوعة شروح الموطأ، التمهيد والاستذكار لابن عبد البر والقبس لأبي بكر بن العربي المالكي، مركز هجر، ط ١، ١٤٢٦هـ.





المضامين الدستورية في كتاب الطرق الحكمية وتطبيقاتها في النظام الأساسي للحكم

د. حازم بن عبد الرحمن البسام

أستاذ مساعد في القانون الدولي والسياسة الشرعية
الجامعة السعودية الإلكترونية

مقدمة

إنَّ الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلَّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، وبعد:

فُيعدُّ كتاب «الطرق الحكيمة» من المصادر الأصيلة في مجال القضاء، ومرجعاً للقضاة الشرعيين؛ لما فيه من التحرير البديع لعددٍ من الغوامض والمعضلات، وإزالة الإشكال في فهم كثير من النصوص، ولما يضمُّه من مسائل دقيقة في طرق التقاضي ووسائل الإثبات.

وهو وإن كان موضوعه الظاهر في القضاء والأمارات وطرق الإثبات؛ إلا إنَّه مليءٌ بالمنهجيات الأصولية وقواعد السياسة الشرعية وأصول النظر والاستدلال، وغيرها من الجزئيات والكليات في علوم ومجالات شتى.

وقد تضمَّن الكتاب قواعدَ هي من عيون المسائل في السياسة الشرعية، اعتنى بها ابن القيم وكرَّرها تأكيداً على أهميتها؛ وضبطها وإتقانها مفيدٌ في بناء العقل العلمي وتنظيمه، ومفيدٌ أيضاً في ترشيد الجانب العملي؛ المتمثل بإجراء التصرف السياسي من صاحب الولاية الذي له صلاحية الإلزام.

وحيثما حرَّر ابن القيم هذه القواعد؛ طبَّقها على مجالي القضاء والحسبة؛ وهي قابلةٌ للإفادة منها في جميع مجالات السياسة الشرعية، وفي النظر والاجتهاد لأي نازلة وحادثة مستجدة، وقد اختار الباحث الشأن



الدستوري ليكون مجال تطبيق هذه القواعد؛ ومن ثمَّ إظهار الأثر العميق للمعالجة الفقهية التراثية وحاجة الواقع القانوني والقضائي لها.

أهمية الموضوع:

ينمو اليوم بين القانونيين اتجاهاً نحو الخصام مع التراث الفقهي، ولا يخلو أحياناً من الفصام عن النصوص الشرعية؛ بحجة التطور والترابط الذي يعيشه العالم وكثرة النوازل وتسارع المتغيرات؛ وليس شيئاً أفضل لترشيد هذا الاتجاه من الرجوع إلى الثروة الفقهية التراثية وإبراز عبقريتها، ووصلها بحيوية الحياة المعاصرة.

مشكلة البحث:

أنتج فقهاؤنا ثروةً فقهية وقانونية تبحث في تفاصيل حياة الإنسان وسير المجتمع، وفيها من التأصيل والتفصيل والتفريد ما يُفيد في مواجهة النوازل ومستجدات الحياة المعاصرة؛ وعلى الرغم من ذلك؛ فإنَّ الملاحظَ ميلُ كفةِ الميزان عند البعض؛ ففريقٌ أسقط مشاكلَ عصره على التراث الفقهي وسار مستدبراً له، وفريقٌ أفرط وجمد على التراث الفقهي ووقف عنده لم يجاوزه. وإذا كان الأمر كذلك؛ فإنَّ من المهم الإسهام في تصويب العلاقة بين التراث الفقهي وبين الاجتهاد المعاصر، من خلال أطروحات عملية تتجاوز العمومية في طرح جماليات التراث الفقهي ومحاسنه.

وتزداد الأهمية حينما يكون مجال الوصل والتطبيق مجالاً يكتنف الاجتهاد فيه مصاعب ومزالق، ومن سماته التغير والتسارع والصلة بعموم الأمة؛ كالمجال القانوني؛ ومنه القانون الدستوري.

ولأجل هذا؛ وقع الاختيار على أحد كتب التراث، وهو «الطرق الحكمية»، ومن ثمّ السعي في تحرير بعض أفكاره الرئيسية، وإبراز الافتقار لها في الشأن القانوني المعاصر، وإظهار آثارها وتطبيقاتها في المجال الدستوري.

أهداف البحث:

- معرفة أهم الأفكار الرئيسية الكبرى عند ابن القيم في كتابه «الطرق الحكمية».

- معرفة المضامين الدستورية للأفكار الرئيسية الكبرى عند ابن القيم في كتابه «الطرق الحكمية».

- تقديم أمثلة تطبيقية، تُظهر الأثر العملي للمضامين الدستورية المفادة من كتاب «الطرق الحكمية».

أسئلة البحث:

- ما أهم الأفكار الرئيسية الكبرى عند ابن القيم في كتابه «الطرق الحكمية» ذات الصلة بالشأن الدستوري؟

- ما أهم المضامين الدستورية للأفكار الرئيسية الكبرى عند ابن القيم في كتابه «الطرق الحكمية»؟

- ما أبرز الأمثلة التطبيقية المعاصرة للمضامين الدستورية المفادة من كتاب «الطرق الحكمية»؟

الدراسات السابقة:

تحتوي المكتبة الإسلامية الكثير من الدراسات والكتب المعاصرة التي تناولت تراث ابن القيم وإنتاجه العلمي، وأفادت من كتابه «الطرق الحكمية».

إلا أن الباحث مع الاجتهاد في البحث والمطالعة لم يجد من أفرد ببحثٍ مستقلٍّ مقاصد كتاب «الطرق الحكمية» وقواعده الرئيسة وأفكاره الكبرى واتصالها بالزمن الذي نعيشه؛ إذ جُل ما كُتب في هذا الموضوع -رغم أهميته وقيمه العلمية- إما يتعلق بدراسة الأحكام الفقهية في الإثبات والتقاضي، أو يتصل بدراسة منهجية ابن القيم عموماً في مجال السياسة الشرعية؛ ومن تلك الدراسات:

- الحدود والتعزيرات عند ابن القيم؛ للعلامة بكر أبو زيد؛ وهي دراسة فقهية لآراء ابن القيم في الحدود والتعزيرات، تحصّلت للباحث من أربعة عشر كتاباً لابن القيم.

- جهود الإمام ابن قيم الجوزية في علم السياسة الشرعية؛ لعبد الله الحجيلي؛ وهي جمع لآراء ابن القيم في علم السياسة الشرعية، وحصرها في مكان واحد.

- السياسة الشرعية عند الإمام ابن قيم الجوزية؛ لعبد الرحمن السلمي؛ وهي دراسة تستطلع مفهوم السياسة الشرعية عند ابن القيم مقارناً مع مفهومها عند غيره من الفقهاء.

- السياسة الشرعية عند ابن قيم الجوزية؛ لجميلة الرفاعي؛ وهي دراسة تسعى لتحرير آراء ابن القيم في موضوعات ومجالات السياسة الشرعية ومقارنتها مع آراء غيره من الفقهاء.

منهج البحث:

سعى الباحث في هذه الدراسة:

لاستعمال المنهج الوصفي، مستخدماً الاستقراء والتحليل، المتمثلين بتتبع أهم المفاهيم والأفكار التي ذكرها ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية، وتحليلها، واستنتاج الخيط الناظم لها؛ ومن ثم استخلاص ما تضمنته من مضامين ذات شأن دستوري.

إجراءات البحث:

١. التركيز على موضوع البحث دون استطرادٍ قدر المستطاع.
٢. عزو الآيات القرآنية إلى سورها.
٣. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وتبيين ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك فيكتفى بالتخريج منها.

٤. حينما ترد الأحاديث ضمن نقلٍ عن ابن القيم في كتابه «الطرق الحكيمة»؛ فيكتفى بالإشارة إلى رقم الصفحة من كتاب «الطرق الحكيمة»؛ النسخة المحققة؛ وفيها العزو والتخريج.

٥. توثيق الأقوال والنصوص من مصادرها المعتمدة.

٦. إذا كان النقل أو الإفادة من كتاب «الطرق الحكيمة»؛ فيكتفى بإثبات رقم الجزء والصفحة في الحاشية.

٧. كتابة الحاشية السفلية يكون بذكر: عنوان الكتاب، واسم المؤلف كاملاً في المرة الأولى والاسم الأخير فيما عدا ذلك، والجزء/الصفحة.

٨. توثيق المراجع في نهاية البحث وفق الآتي: عنوان الكتاب، فالاسم الأخير للمؤلف، فالاسم الأول والأسماء الأخرى، فاسم المحقق - إن وجد-، فبيان الطبعة، فمدينة النشر: فاسم الناشر، فسنة النشر.

التعريف بمفردات عنوان البحث:

مصطلح الدستور:

الدستور بمعناه العام: مجموعة القواعد الأساسية التي تبين كيفية تكوين الجماعة وتنظيمها، والدستور بهذا المعنى يوجد في كل جماعة بشرية، ابتداءً من الأسرة، ثم العشيرة، فالقبيلة، فالقرية، فالمدينة، وانتهاءً بالدولة^(١).

وهو أحد فروع القانون الوضعي وفقاً لتقسيمه المعاصر.

(١) الوسيط في القانون الدستوري، محمد عبد الحميد أبو زيد (ص: ٢٨).

ويمكن تعريفه في الاصطلاح القانوني بأنه: «مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وعلاقته بالمواطنين»^(١).
كتاب «الطرق الحكمية»^(٢):

واسمه كاملاً: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١هـ).

والسبب الظاهر في تأليفه هو ما جاء في إحدى مخطوطات الكتاب: أنه جواب على أسئلة عاجلة وردت عليه، تسمى «الطرابلسيات».

أما موضوعه فظاهر من عنوانه؛ فهو كتابٌ في القضاء وطرق الإثبات والسياسة الشرعية التي يجب على الولاة والحكام أن يسلكوها، كما تضمن الكتاب بعض أحكام الحسبة، وأحكام أخرى فقهية مبثوثة في ثنايا الكتاب.
النظام الأساسي للحكم:

صدر بموجب الأمر الملكي رقم (أ/٩٠) في ٢٧/٨/١٤١٢هـ.

ويتصف بعدة خصائص، منها: أنه يأخذ بالاتجاه العربي والإسلامي، ويحترم الملكيتين العامة والخاصة، ويقيم حكومة ملكية وراثية وشورية، ويكفل الحقوق والحريات العامة، ويستمدُّ نصوصه من الشريعة الإسلامية والأعراف الدستورية المعتمدة وأحكام وقواعد القانون الدولي^(٣).

(١) الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، نعمان الخطيب (ص: ٤٥٠).

(٢) مقدمة محقق «الطرق الحكمية» لابن القيم، نايف الحمد (١/٥٧-٦٠).

(٣) ينظر: النظام السياسي والدستوري للمملكة العربية السعودية، أحمد ابن باز (ص: ٢٠٦).

هيكل البحث:

انتظم هذا البحث في مقدمة، ومبحثين، وخاتمة، وقائمة المصادر والمراجع.

وذلك على النحو الآتي:

مقدمة.

المبحث الأول: الفكرة المركزية الأولى في كتاب الطرق الحكيمة ومضامينها وتطبيقاتها الدستورية:

وفيه مطالب:

المطلب الأول: بيان الفكرة المركزية الأولى «العلاقة بين السياسة والشرع».

المطلب الثاني: المضامين الدستورية في الفكرة المركزية الأولى في كتاب الطرق الحكيمة وتطبيقاتها.

المطلب الثالث: التطبيق على النظام الأساسي للحكم.

المبحث الثاني: الفكرة المركزية الثانية في كتاب الطرق الحكيمة ومضامينها وتطبيقاتها الدستورية:

وفيه مطالب:

المطلب الأول: بيان الفكرة المركزية الثانية «قواعد العمل بالسياسة الشرعية».

- المطلب الثاني: المضامين الدستورية في الفكرة المركزية الثانية في كتاب
الطرق الحكيمة وتطبيقاتها.
- المطلب الثالث: التطبيق على النظام الأساسي للحكم.
الخاتمة.
- قائمة المصادر والمراجع.



تمهيد

كتاب «الطرق الحكمية» جاء جواباً على أسئلة وردت ابن القيم فأجاب عنها في كتاب؛ أمّا موضوعه الظاهر فهو القضاء وطرق الإثبات والحسبة والسياسة الشرعية التي يجب على الولاة والحكام أن يسلكوها.

وبشكل أدق؛ فالموضوع التفصيلي للكتاب هو في «الحكم بين الناس» بنوعيه؛ نوعٌ يتوقف على الدعاوى التي تُرفع للحاكم من الخصومات التي تكون بين الناس وتعتمد على البيّنات وطرق الإثبات، ونوعٌ لا يتوقف على الدعوى، وهو المسمى بالحسبة^(١).

وقد تضمّن الكتاب قواعدَ كبرى وأفكاراً مهمة؛ منها على سبيل المثال:

العمل بالقرائن، والفراسة والأمارات، والحكم بالشاهد واليمين وبالشاهد فقط، وأنّه ليس في القرآن ما يقتضي أنه لا يُحكم إلا بشاهدين أو شاهد وامرأتين، وأنّ طرق الإثبات غيرُ محصورةٍ فلم يُخصّ الله طرق العدل وأماراته بشيء، والتفريق بين طرق الحكم وطرق حفظ الحقوق، وأنّ البيّنة اسم لكل ما يُبيّن الحق ويُظهره وهو أعمُّ من أن يكون برجال أو نساء أو نكول أو يمين أو أمارات ظاهرة، ومنّ خصّها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه، وأنّ البيّنة لم تأت في القرآن مراداً بها الشاهدان وإنما أتت مراداً بها الحجّة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة.

ومنّ تلك القواعد والأفكار:

(١) الطرق الحكمية، (٢/٦٢٠).

فكرتان رئيستان؛ تُشكّلان المدخل التأسيلي والخيطة الناظم لعددٍ من المسائل الفقهية الفرعية في القضاء والحسبة التي فصلها ابن القيم، وتساعدان القاضي والمحاسب وصاحب الولاية في سياسة الناس ليكونوا أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد؛ وهما:

الأولى: العلاقة بين السياسة والشرع.

الثانية: قواعد العمل بالسياسة الشرعية.

وسيكون تناول كلِّ فكرة ومضامينها الدستورية وتطبيقاتها في مبحث مستقلّ بعون الله تعالى.



المبحث الأول الفكرة المركزية الأولى في كتاب الطرق الحكيمة مضامينها وتطبيقاتها الدستورية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: بيان الفكرة المركزية الأولى «العلاقة بين السياسة والشرع»:

يُقرّر ابن القيم ابتداءً:

أنّ السياسة جزءٌ من الشريعة، يقول: «ومن له ذوق في الشريعة، واطلاع على كمالاتها، وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل الذي يسع الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح: تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها»^(١).

وأنّ الشريعة كافيةٌ لا تُحوج إلى غيرها، يقول عنها: «وأنّ مَنْ أحاط علماً بمقاصدها، ووضعها مواضعها، وحسّن فهمه فيها: لم يحتج معها إلى سياسة غيرها ألبتة»^(٢).

ثم قرّر أنّ الأصل اتصال السياسة بالشرع، وحاول إبراز السياق التاريخي لظهور السياسة مقابل الشرع؛ وأنّ سببه: تقصير النظر الفقهي في

(١) (٧/١).

(٢) (٧/١).

مراعاة المصلحة المعتبرة؛ بما دفع الحكام إلى اتخاذ سياسة موازية تحقق لهم هذه المصالح، لكنهم توسعوا وتجاوزوا.

يقول: «وهذا موضع مزلة أقدام، ومضلة أفهام، وهو مقام ضنك، ومعتك صعب، فرط فيه طائفة، فعطلوا الحدود، وضيعوا الحقوق، وجرءوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، محتاجة إلى غيرها، وسدوا على نفوسهم طرقاً صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعطلوها مع علمهم وعلم غيرهم قطعاً أنها حق مطابق للواقع، ظناً منهم منافاتها لقواعد الشرع»^(١).

وبسبب هذا الغلط والتقصير وُلدت الجرأة على مخالفة الشرع باسم السياسة، يقول: «وبمثل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع، وتوهموا أن الشرع لا يقوم بسياسة العالم ومصصلحة الأمة، وتعدوا حدود الله، وتولّد من جهل الفريقين بحقيقة الشرع خروجٌ عنه إلى أنواع من الظلم والبدع، والسياسة جعلها هؤلاء من الشرع، وهؤلاء قسيمة له ومقابلة له، وزعموا أن الشرع ناقص لا يقوم بمصالح الناس»^(٢).

وفي مقابل ذلك؛ ظهرت طائفة أخرى، توسّعت وسوغت ما ينافي حكم الله ورسوله، وإن لم يكن لها كبير حضور في زمن ابن القيم فيما يظهر^(٣).

(١) (١ / ٣٠).

(٢) (١ / ٢٧٤).

(٣) (١ / ٣١).

ويرى ابن القيم أنَّ الطائفتين مخطئتان على الشرع أقبح خطأً وأفحشه، وإنما أتوا من تقصيرهم في معرفة الشرع الذي أنزله الله على رسوله، وشرعه بين عباده، وتقصيرهم في معرفة الواقع^(١)، يقول: «فلما رأى الأمور ذلك، وأن الناس لا يستقيم لهم أمرهم إلا بأمر وراء ما فهمه هؤلاء من الشريعة، أحدثوا من أوضاع سياستهم شراً طويلاً، وفساداً عريضاً ... وأفرطت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة، فسوغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله»^(٢)،^(٣).

ثم راح يجلُّ عُقد الإشكالات ومعاهد اللبس المتصلة بالعلاقة بين السياسة والشريعة؛ ويمكن إجمالها في أمرين:

(١) (٣١ / ١) و (٢٧٤ / ١).

(٢) (٣١ / ١).

(٣) وقريب من هذا التوصيف ذكره ابن تيمية أيضاً؛ حيث يقول: «منشأ هذا الخطأ أن مذهب الكوفيين فيه تقصير عن معرفة سياسة رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسياسة خلفائه الراشدين رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ... فلما صارت الخلافة في ولد العباس واحتاجوا إلى سياسة الناس، وتقلد لهم القضاء من تقلده من فقهاء العراق، ولم يكن ما معهم من العلم كافياً في السياسة العادلة؛ احتاجوا حينئذ إلى وضع ولاية المظالم، وجعلوا ولاية حرب غير ولاية شرع، وتعاضم الأمر في كثير من أمصار المسلمين، حتى صار يقال: الشرع والسياسة، وهذا يدعو خصمه إلى الشرع وهذا يدعو إلى السياسة؛ سوغ حاكماً أن يحكم بالشرع والآخر بالسياسة. والسبب في ذلك: أن الذين انتسبوا إلى الشرع قصّروا في معرفة السنة، فصارت أمور كثيرة إذا حكموا ضيعوا الحقوق وعطلوا الحدود حتى تسفك الدماء وتؤخذ الأموال وتستباح المحرمات، والذين انتسبوا إلى السياسة صاروا يسوسون بنوع من الرأي من غير اعتصام بالكتاب والسنة، وخيرهم الذي يحكم بلاهوى وتحزب العدل، وكثير منهم يحكمون بالهوى ويحابون القوي ومن يرشوهم، ونحو ذلك». مجموع الفتاوى، (٣٩١ / ٢٠ - ٣٩٢).

الأول: التفريق بين السياسات التي توافق الشرع، وتفتح الباب للعمل وفق ما يقيم العدل بين الناس ويحقق لهم الصلاح، وإن لم يضعه الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا نزل به وحي، وبين تعطيل الشريعة وفق مقولة: «لا سياسة إلا ما نطق به الشرع».

ولذا نقل ابن القيم مقولة ابن عقيل^(١) مقرأ لها: «السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا نزل به وحي»^(٢).

وفي كتابه هذا يضربُ مثلاً: بالطرائق الحكمية ثم بالحسبة؛ فالقضاء وكذلك الحسبة؛ كلاهما ولاية دينية وتصرف سياسي، ومقصود القضاء تحقيق العدل، وبأي طريق استخرج العدل فثم شرع الله؛ ومقصود الحسبة تحقيق الصلاح وحفظ النظام، وبأي وسيلة وكيفية تحقق هذا المقصد فثم شرع الله، وإن لم يرد بهذه الوسائل نصٌّ أو فعلٌ من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وصحابته الكرام.

ولذا يؤكد ابن القيم أن الصحيح هو: لا سياسة إلا ما وافق الشرع، أي: لم يخالف ما نطق به الشرع. أما القول بأنه: لا سياسة إلا ما نطق به الشرع، فغلط، وتغليط للصحابة^(٣).

(١) هو: أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد البغدادي الظفري، الحنبلي، قال عنه الذهبي في السير (١٩ / ٤٤٥): «كان يتوقد ذكاء، وكان بحر معارف، وكنز فضائل، لم يكن له في زمانه نظير على بدعته، وعلق كتاب (الفنون) وهو أزيد من أربع مئة مجلد»، توفي سنة (١٣ هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء، الذهبي (١٩ / ٤٤٣) وما بعدها.

(٢) (٢٩ / ١).

(٣) (٢٩ / ١).

الثاني: أي سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها، وأي سياسة عادلة فهي من الشريعة.

فابن القيم يُفرق بين نوعين من السياسات، يقول: «السياسة نوعان: سياسة ظالمة؛ فالشريعة تحرمها، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم الفاجر، فهي من الشريعة، عَلِمَها من عَلِمَها وجهلها من جهلها»^(١).

وإذا ما أردنا أن نجمع بين هذه النقطة والتي قبلها أمكننا القول: بأن السياسة متى ما كانت مستندة إلى أحكام الشريعة فهذه السياسة الشرعية وهي السياسة العادلة الرشيدة، ومتى خالفت الشريعة أو كان في تطبيقها ظلم وانحراف فهي سياسة غير شرعية ولا رشيدة.

ولذلك سُميت بالسياسة الشرعية، تمييزاً لها عن السياسة الظالمة أو السياسة الوضعية غير الخاضعة لأحكام الشريعة.

يقول ابن القيم: «فلا يقال: إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه، ونحن نسميها سياسة تبعاً لمصطلحهم، وإنما هي عدل الله ورسوله»^(٢).

(١) (١/ ٢٩).

(٢) (١/ ٣١-٣٢).

المطلب الثاني: المضامين الدستورية في الفكرة المركزية الأولى في كتاب الطرق الحكمية وتطبيقاتها:

إذا تقرر أنه لا انفصال بين السياسة والشرع؛ فالسيادة في النظام السياسي والقانوني الإسلامي للشريعة؛ ومن تطبيقات ذلك في القانون الدستوري:

الأول: مرجعية الشريعة في النظام الدستوري الإسلامي:

التزام الشريعة يُعدُّ من المبادئ فوق الدستورية^(١)؛ بمعنى أن التزامها من الأمور الثابتة والمصالح العليا المتفق عليها غير القابلة للتصويت، وأنها يجب أن تكون مصدرَ الرؤى والتصورات والقيم والمبادئ والأهداف في النظام الإسلامي.

فمن أبعديات النظام السياسي الإسلامي التزام الدولة بالمرجعية الإسلامية، وتبنيها مبدأً مرجعيةً الشريعة، إذ به يتحقق مقصود الولاية الشرعية؛ المتمثل في حفظ الدين وسياسة الدنيا به.

ومن أهمِّ محكمات الدين استقلالُ الله بالحكم ووجوبُ إفراده به^(٢)، قال الله تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [الأنعام: ٥٧]، وقد فرض اللهُ تعالى الحكمَ بشريعته وأوجب ذلك على عباده، قال اللهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللهُ﴾ [النساء: ١٠٥]، فالتحاكم إلى شرع الله من أصول الإيمان؛ ومن ذلك: خضوعُ السياسة للشريعة؛ فالسياسةُ الشرعية تعني شرعيةً السياسة، بمعنى: أن

(١) ينظر: مصنفه النظم، مصطفى وصفي (ص: ١٤٨).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (٣٧/٧) وما بعدها.

تكون الأعمال والتصرفات والإجراءات والنظم السياسية والقوانين موافقةً للشريعة محكومةً بها.

الثاني: النصُّ في الدستور على إلزام الشريعة:

مقتضى مرجعية الشريعة الإلزام بها؛ ويؤدي هذا الإلزام إلى أن تصير نصوصُ القرآن والسنة وما جرى مجراها من مصادر الشريعة أساساً للمشروعية؛ فما قام على أساسها كان شرعياً، وما خالف هذا الأساس كان مجافياً للشرع ﴿فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩]^(١).

ولذا ليست المسألة أن يُقال في الدستور: الشريعة هي المصدرُ الوحيد أو المصدرُ الرئيس، أو الإسلامُ مرجعُ التشريعات أو أحدُ المراجع؛ وإنما العبرة في حقيقة الأمر في التطبيق، وهل الشريعة ملزمة أو لا؟ فإن كان القصدُ مما نُصَّ عليه في الدستور: أن الشريعة كغيرها من المصادر يمكن الأخذُ منها ويمكن تركُّها؛ فهذا عينُ المحذور الذي جرّمته النصوصُ الشرعية، وإن كان القصدُ أن الشريعة هي المهيمنة على كلِّ ما عداها من المصادر وأنه يمكن الاقتباسُ من مصادر دنيوية أخرى بما لا يُخالف الشريعة؛ فهذا سائغ ومقبول^(٢).

(١) مصنفه النظم، وصفي، (ص: ١٣٣).

(٢) العقيدة والسياسة، محمد الزهراني (ص: ٢٦٢).

الثالث: بطلان ما يُخالف الشريعة من الأنظمة والقوانين دستورياً:

فالشريعة هي الإطار القانوني الذي تلتزم به السلطة السياسية التزاماً تاماً لا تحالفه ولا تحيد عنه؛ فكل ما يخالف الشريعة من قوانين وأنظمة وقرارات إدارية؛ فهي باطلة غير قابلة للتنفيذ، ولا يجوز طاعتها، ولا اعتبار لها؛ فمن شرط الأحكام الصادرة من السلطة السياسية لتكون مشروعاً ألا تخالف الشريعة وأن تكون مقيدة بها، فإن صدر منها ما يخالف الشريعة فلا مشروعية له^(١).

وهذا أصل شرعي تظافت عليه النصوص الشرعية، قال الله تبارك وتعالى: ﴿اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [الأعراف: ٣]، وعده الله شرط الإيمان وأمارته ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥].

وعدم دلالة نصوص الكتاب والسنة على حكم وقائع معينة تفصيلاً لا يمنع من وصفها بالشرعية، إنما الذي يمنع من ذلك أن تكون تلك الأعمال والتصرفات والقوانين مخالفة للشريعة^(٢).

والإلزام والتقيّد بموافقة الشريعة لا يعني الأخذ بطواهر النصوص بكل حال؛ بل ما كان من الأحكام ثابتاً فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد، ولكن ما كان من الأحكام منوطاً بالمصلحة فيتغير بحسب اقتضاء المصلحة الشرعية زماناً ومكاناً وحالاً.

(١) الحريات السياسية، العجلان (ص: ٥٢٦) و(ص: ٥٥٠).

(٢) ينظر: السياسة الشرعية، عبد الرحمن تاج (ص: ٤٦).

وأيضاً إلزام الشريعة واشتراط عدم مخالفتها لا يعني منع الانتفاع بتجارب الأمم واستثمار العقول والخبرات؛ فما لم يرد به النصّ الشرعي فمرجه إلى الاجتهاد؛ إمّا بالقياس على المنصوص، أو التخريج على القواعد العامة^(١).

الرابع: مصادر الدستور هي مصادر الأحكام الشرعية:

الشريعة منهج رباني، جاءت لتُنظّم وتَحكّم جميع مناحي الحياة ومن ثمّ تُحقّق للعباد مصالحهم في الدنيا والآخرة، يقول الله تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي أَلْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨]، «فالكتاب والسنة وافيان بجميع أمور الدين»^(٢)؛ وذلك إما نصّاً، أو قياساً على نصّ، أو تخريجاً على الكليات والقواعد العامة.

فأحكام العبادات والمعاملات وأحكام الأسرة والمال والاقتصاد وغيرها؛ مرجعها إلى الكتاب والسنة؛ غير أنّ أحكام العبادات الأصل فيها التوقيف، وما سواها فالأصل فيها الإباحة^(٣).

ومن ذلك أحكام السياسة والتدبير؛ فمرجعها الكتاب والسنة وعموم الأدلة الشرعية كالإجماع والقياس ونحوها، ولذلك سُميت بأحكام السياسة الشرعية، تمييزاً لها عن السياسة الظلمة أو السياسة الوضعية غير الخاضعة لأحكام الشريعة.

(١) كالذرائع والاستحسان ورفع الحرج والاستصلاح ونحوها.

(٢) مجموع الفتاوى، ابن تيمية (١٧٦/١٩).

(٣) ينظر: القواعد النورانية، ابن تيمية (ص: ١١٢). إعلام الموقعين، ابن القيم (١/٣٤٤).

لذا فمسائل علم السياسة الشرعية جزءٌ من الفقه، ومصادرُها مصادرُ الفقه، وأصولُها أصولُ الفقه^(١)، غير أنها مختصةٌ بموضوعات محددة؛ موضوعات سياسة الأمة وتدير شؤونها^(٢)؛ ومن المضامين الرئيسة في علم السياسة الشرعية المسائل الدستورية.

وإذا كانت مسائل علم السياسة الشرعية - ومنها المسائل الدستورية - جزءاً من الفقه، والاجتهاد في أحكامها خاضعاً لمرجعية الشريعة؛ فإن مصادرَها وأصولَها وأدلتها وطرق استنباط أحكامها هي نفسها في المسائل الفقهية الأخرى. فكما نستدلُّ للمسائل الفقهية بالأدلة الأصلية والأدلة التبعية^(٣)؛

- (١) ينظر: السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، عبد الرحمن تاج (ص: ٦٩). المدخل إلى السياسة الشرعية، عبد العال عطوة، (ص: ٥٣)
- (٢) غير أن هذه الموضوعات ليست محصورة في باب معين، وإنما هي مبثوثة في ثنايا الفقه، ثاوية في أبوابه وفصوله؛ فمنها ما تجده في العبادات أو في المعاملات ومنها ما هو في الجنايات والقضاء؛ ولكن الخيط الناظم لهذه الموضوعات أنها ذات صلة بإدارة الدولة المسلمة وتدير شؤون الأمة.
- (٣) الأدلة الأصلية هي: الأدلة المنشئة للأحكام؛ كالكتاب والسنة. والأدلة التبعية هي: الأدلة غير المنشئة للأحكام بذاتها وإنما هي طرائق لاستنباط الأحكام من الأدلة الأصلية، فهي دالة على الأحكام كاشفة لها تظهرها ولا تثبتها؛ كالاستحسان وسد الذرائع، ونحوها. ينظر: قاعدة العادة محكمة، يعقوب الباحسين، (ص: ١٢٨).
- ويُقسم البعض الأدلة - وهو الأشهر - إلى: أدلة متفق عليها؛ كالكتاب والسنة والإجماع، وأدلة مختلف فيها؛ كالاستحسان وسد الذرائع. ينظر: روضة الناظر، ابن قدامة (١/ ٢٦٤).

..... وكذلك في مسائل علم السياسة الشرعية^(١).

وكل ما قاله الفقهاء والأصوليون في أبواب الأدلة والأحكام وطرائق الاستنباط وشروط الاجتهاد وضوابطه ينطبق أيضاً على مسائل السياسة الشرعية والمسائل الدستورية؛ فلا تخرج السياسة عن الشريعة ومصادرها وأصولها وأدلتها، ولا تستقلُّ بأدلة خاصة وإن كان يكثر فيها الأدلة التبعية. وتميماً للمقصود؛ فمن أهم أدلة فقه السياسة الشرعية: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والاستحسان^(٢)، والذرائع سداً وفتحاً، والعرف، والمصالح المرسل^(٣)؛ إضافةً إلى المقاصد الشرعية، والقواعد الكلية؛ كرفع الحرج واعتبار المآلات^(٤)، ونحوها^(٥).

(١) ينظر: السياسة الشرعية، عبد الرحمن تاج (ص: ٤٦) و (ص: ١١١). السياسة الشرعية، عبد الوهاب خلاف (ص: ٤٢) وما بعدها. المدخل إلى السياسة الشرعية، عبد العال عطوة (ص: ٨٩) وما بعدها.

(٢) هو: «العدول في حكم المسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه هو أقوى». شرح التلويح على التوضيح، التفتازاني (١٧٢/٢).

(٣) هي: التي لم يشهد لها من الشرع شاهد لا بالاعتبار ولا بالبطان. ينظر: شرح تنقيح الفصول، القرافي (١٩١/٢). المستصفي، الغزالي (ص: ١٧٣). روضة الناصر، ابن قدامة (٥٣٧-٥٣٨/٢).

(٤) هو: «الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها بما يوافق مقاصد التشريع». اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، وليد الحسين (٣٧/١).

(٥) ينظر: السياسة الشرعية، عبد الرحمن تاج (ص: ١١٧) وما بعدها. المدخل إلى السياسة الشرعية، عبد العال عطوة (ص: ٨٩) وما بعدها.

المطلب الثالث: التطبيق على النظام الأساسي للحكم:

تقومُ الفكرةُ المركزيةُ الأولى عند ابنِ القيمِ على:
أنَّ السياسةَ جزءٌ من الشريعة، وأنَّ الشريعةَ كافيةٌ لا تحوج إلى غيرها،
وأنَّ الأصلَ اتصالُ السياسةِ بالشرع، وقيامُ السياسةِ مقابل الشرع باطلٌ.
ومنَّ التطبيقاتِ العصريةِ المفادة من ذلك والثابوة في النظام الأساسي
للحكم:

١. مرجعيةُ الشريعة في النظام الدستوري:

تضمَّن النظامُ الأساسي للحكم مرجعيةَ الشريعة وسيادتها صراحةً
وضمنًا، ومن أهمِّ المواطنين: ما جاء في المادة (٧) ونصُّها: «يَسْتَمَدُّ الحُكْمُ
في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، وهما
الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمتها الدولة».

٢. مقتضى مرجعية الشريعة الإلزامُ بها:

فليس الأمرُ النصُّ على مصدرية الشريعة وحسب؛ بل أن تكون الشريعةُ
ملزمةً، لا يسع الخروج عنها ولا مخالفتها، ولا خيار في الأخذ بها أو تركها،
وأن تكون مهيمنةً على كلِّ ما عداها.

وهذا هو المفهوم ممَّا قرَّره المادة (١) من النظام الأساسي للحكم من أنَّ
دستورَ البلاد هو كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وعليه؛ فنصوصُ القرآن والسنة هي المهيمنةُ على جميع النصوص الأخرى، وما عداها من نصوص خاضعة لها، فهي تسمو على غيرها من النصوص القانونية التي لا يمكن لها أن تعارضها أو تخالف ما جاء فيها.

وهذا ما أكدته أيضاً المادة (٧) التي تفيد بأن كتاب الله تعالى وسنة رسوله هما الحاكمان على النظام الأساسي للحكم نفسه وعلى جميع أنظمة الدولة.

وحين أتى ذكرُ المبادئ والأسس التي يقوم عليها نظام الحكم قيّدت بمرجعية الشريعة، ففي المادة (٨) جاء النصُّ على أنه: «يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل، والشورى، والمساواة، وفق الشريعة الإسلامية».

ومثل ذلك فيما يتعلق بالحقوق الواردة في النظام الأساسي؛ فقد نصت المادة (١٧) على أن: «الملكية ورأس المال، والعمل، مقومات أساسية في الكيان الاقتصادي والاجتماعي للمملكة، وهي حقوق خاصة تؤدي وظيفة اجتماعية، وفق الشريعة الإسلامية»، ونصت المادة (٢٦) على أن: «تحمي الدولة حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية».

وقد أكد النظام الأساسي على أهمِّ واجبات الدولة:

ومنها ما جاء في المادة (٢٣): «تحمي الدولة عقيدة الإسلام، وتطبق شريعته، وتأمّر بالمعروف وتنهى عن المنكر، وتقوم بواجب الدعوة إلى الله».

ومن ذلك أيضاً ما نصّت عليه المادة (٢٩): «ترعى الدولة العلوم والآداب والثقافة، وتعنى بتشجيع البحث العلمي، وتصون التراث الإسلامي والعربي، وتسهم في الحضارة العربية والإسلامية والإنسانية».

٣. من أهم ما يُظهر مرجعية الشريعة والإلزامَ بها في الأنظمة القانونية

مظهران:

المظهر الأول: عند سنّ الأنظمة والقوانين:

وهو جليٌّ في المواد (١) و (٧) كما تقدّم بيانه.

وكذلك المادة (٥٥) ونصّها: «يقوم الملك بسياسة الأمة سياسة شرعية طبقاً لأحكام الإسلام، ويشرف على تطبيق الشريعة الإسلامية».

وأيضاً المادة (٦٧) ونصّها: «تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة أو يرفعُ المفسدة في شؤون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية».

المظهر الثاني: في التقاضي وتطبيق الأحكام القضائية:

وقد نصّت عليه المادة (٤٦): «القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية».

وكذلك المادة (٤٨)، ونصّها: «تُطبّق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دلّ عليه الكتاب والسنة، وما يُصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة».

٤. بطلان ما يخالف الشريعة من أنظمة وقوانين وقرارات:

هذا هو الأثر العملي الدستوري لمرجعية الشريعة والإلزام بها. وهو ما يُفهم من المادتين (١) و (٧) في النظام الأساسي للحكم.

وكذلك ما نصّت عليه المادة (٨٢): «مع عدم الإخلال بما ورد في المادة السابعة من هذا النظام، لا يجوز بأي حال من الأحوال تعطيل حكم من أحكام هذا النظام، إلا أن يكون ذلك مؤقتاً في زمن الحرب، أو في أثناء إعلان حالة الطوارئ، وعلى الوجه المبين بالنظام».

فهذه المادة تميز تعطيل بعض أحكام النظام مؤقتاً في حالات استثنائية، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى الإخلال بالمادة (٧)، أي: بما لا يخالف كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

المبحث الثاني الفكرة المركزية الثانية في كتاب «الطرق الحكمية» ومضامينها وتطبيقاتها الدستورية

وفيه مطالب:

**المطلب الأول: بيان الفكرة المركزية الثانية «قواعد العمل
بالسياسة الشرعية»:**

الذي يظهر من كلام ابن القيم أنّ السياسة الشرعية قاعدةٌ يحتاجها
الوالي والحاكم والقاضي وغيرهم من أصحاب الولاية عند إجراء التصرف
السياسي لتحقيق مناطه^(١)؛ وفي كتابه الطرق الحكمية يُبين عن ثلاث قواعد
رئيسة في تطبيق السياسة الشرعية والعمل بها؛ وهي:

**القاعدة الأولى: قوام الفقه السياسي على نوعين من الفقه؛ الفقه في الأحكام
والفقه بالواقع:**

يقول ابن القيم: «فهاهنا نوعان من الفقه، لا بد للحاكم منهما: فقهٌ في
أحكام الحوادث الكلية، وفقهٌ في نفس الواقع وأحوال الناس... ثم يطابق
بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً
للواقع»^(٢).

(١) ينظر: (٢٩/١) وما بعدها.

(٢) (٧/١).

وفي «إعلام الموقعين» عبّر عن هذه القاعدة بقوله: «ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق، إلا بنوعين من الفهم: أحدهما فقه الواقع والفقه فيه، ... والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر، ... فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله»^(١).

وهنا تأكيد على نوعي الفقه وعلى إجراءات التصرف السياسي، فالحاكم أو المفتي يبدأ أولاً بالنظر في الواقع وظروفه وأحواله وملاساته، ثم النظر في النصوص الشرعية المتعلقة بمحلّ هذا الواقع، ثم تنزيل الحكم الشرعي وفقاً لأحوال هذا الواقع وظروفه ومتغيراته.

ومن تطبيقات هذه القاعدة عند ابن القيم^(٢):

أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَلْزَمَ الصَّحَابَةَ أَنْ يُقْلُوا الْحَدِيثَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا اشْتَغَلُوا بِهِ عَنِ الْقُرْآنِ، سِيَّاسَةً مِنْهُ^(٣)، وكذلك إلزامه بالطلاق، للمُطَلَّقِ ثَلَاثًا بِقَوْلٍ وَاحِدٍ، لَمَّا أَكْثَرَ مِنْهُ النَّاسُ، فَقَالَ: «إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي شَيْءٍ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أُنَاةٌ، فَلَوْ أَنَا أَمْضِيْنَاهُ عَلَيْهِمْ»^(٤).

(١) إعلام الموقعين، ابن القيم (١/٨٧).

(٢) (١/٤١) وما بعدها.

(٣) روى نحوه عبد الرزاق في مصنفه، (١١/٢٧٥) رقم (٢٠٤٨٤).

(٤) رواه مسلم، (١٠/٣٢٥) رقم (١٤٧٢).

ومن ذلك: جمع عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ الناس على حرف واحد من الأحرف السبعة التي أطلق رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ القراءة به، لما خاف الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ على الأمة أن يختلفوا في القرآن، ورأوا أن جمعهم على حرف واحد أسلم، وأبعد من وقوع الاختلاف^(١).

ومن ذلك: تحريق علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ الزنادقة الرافضة، وهو يعلم سنة رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قتل الكافر، ولكن لما رأى أمراً عظيماً جعل عقوبته من أعظم العقوبات؛ ليزجر الناس عن مثله^(٢).

إذن نحن أمام ثلاثة إجراءات لتصرفٍ سياسي شرعي: فهم الواقع، وفهم الواجب في الواقع «معرفة الشريعة»، والمطابقة بينهما.

ومكمن الخلل إذا غاب أحد نوعي الفقه وانخرم شيء من هذه الإجراءات الثلاثة، لذلك قال ابن القيم: «هذا موضع مزلة أقدام، وهو مقام ضنك ومعتك صعب، فرط فيه طائفة فعملوا الحدود وضيعوا الحقوق وجرّأوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بها مصالح العباد محتاجة إلى غيرها... والذي أوجب لهم ذلك: نوع تقصير في معرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع، وتنزيل أحدهما على الآخر... وأفرت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة، فسوغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله، وكلا الطائفتين أُتيت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل به كتبه»^(٣).

(١) رواه البخاري، (٦٢٧/٨) رقم (٤٩٨٧) مع فتح الباري.

(٢) رواه البخاري، (١٧٣/٦) رقم (٣٠١٧).

(٣) (٣١-٣٠/١).

القاعدة الثانية: التمييز بين الأحكام العامة اللازمة وبين الأحكام الجزئية التابعة للمصالح:

إذا كان التصرف السياسي يقوم على نوعين من الفقه، الفقه في الواقع والفقه بالأحكام؛ فإن فقه الأحكام يتطلب أن نُميز فيه بين الشرائع العامة اللازمة للأمة إلى يوم القيامة والتي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وبين ما كان من السياسات الجزئية التي تختلف باختلاف الأزمنة بحسب المصلحة.

ويضرب ابن القيم أمثلة للسياسات الجزئية التابعة للمصالح، فيقول: «حبس رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في تهمة، وعاقب في تهمة، لما ظهرت أمارات الريبة على المتهم؛ فمن أطلق كل متهم وخلي سبيله مع علمه باشتهاره بالفساد في الأرض ونقبة البيوت وكثرة سرقاته وقال: لا آخذه إلا بشاهدي عدل فقوله مخالف للسياسة الشرعية.

وقد منع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الغالَّ من الغنيمة سهمه، وحرقت متاعه هو والخلفاء من بعده... وأضعف الغرم على سارق ما لا قطع فيه، وشرع فيه جلدات، نكالا وتأديبا.

وسلك أصحابه وخلفاؤه من بعده ما هو معروف لمن طلبه. فمن ذلك أن أبا بكر الصديق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حَرَّقَ اللوطية... وحرقت عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حانوت الخمار بما فيه، وحرقت قرية يباع فيها الخمر، وحرقت قصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية... وحلقت عمر رأس نصر بن حجاج، ونفاه من المدينة لتشيب النساء به، وضرب صبيغ بن عسل

التمييزي على رأسه لما سأله عما لا يعنيه ... ومن ذلك اختياره للناس الإفراد بالحج ليعتصروا في غير أشهر الحج، فلا يزال البيت الحرام مقصوداً^(١).

وفي «إغاثة اللهفان» يزيد ابن القيم الأمر وضوحاً، حيث يقول: «الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة: كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه.

والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا: كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة»^(٢).

القاعدة الثالثة: التصرفات المفضية إلى المصلحة معتبرة وإن لم ينص عليها الشرع:

وفي هذا السياق استدعى ابن القيم مناظرة بين شافعيّ وابن عقيل، وفيها: «قال شافعيّ: لا سياسة إلا ما وافق الشرع. فقال ابن عقيل: السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا نزل به وحي. فإن أردت بقولك: (إلا ما وافق الشرع) أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح. وإن أردت: لا سياسة إلا ما نطق به الشرع، فغلط وتغليط للصحابة. فقد جرى من الخلفاء

(١) (١/ ٣٢-٤٦)، وانظر فيها أيضاً تحريج المحقق للأثار الواردة في النص.

(٢) إغاثة اللهفان، (١/ ٣٣٠).

الراشدين من القتل والتمثيل مالا يجحده عالم بالسنن، ولو لم يكن إلا تحريق المصاحف، فإنه كان رأياً اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة»^(١).

فالتصرفات التي تقود للمصالح معتبرة، وإن لم يرد بها نص خاص، ما دامت لا تخالف النصوص الشرعية والقواعد العامة.

ويضربُ ابن القيم مثلاً بالطرائق الحكيمة «أي: البيئات ووسائل الإثبات»، فهو يرى أنها غير محصورة، وأن الشرع لم يخص طرق العدل وأماراته بشيء، بل متى ما ظهرت أمارات العدل فثمَّ شرع الله ودينه، ويرى أن تحديدها بما وردت به النصوص والاكتفاء بها ومنع قبول غيرها تعطيلٌ للحدود وتضييعٌ للحقوق وتجرئةٌ لأهل الفساد على الفجور، وللولاة على إحداث السياسات الظالمة، وحجزٌ للشريعة أن تقوم بمصالح العباد.

ولذا أفاض ابن القيم في هذا المثال وأطال: «فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثمَّ شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بينَّ سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له.

(١) (٢٩/١).

فلا يقال: إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزاءه، ونحن نسميها سياسة تبعاً لمصطلحهم، وإنما هي عدل الله ورسوله، ظهر بهذه الأمارات والعلامات»^(١).

إذن:

هذه القواعد الثلاث استهلَّ ابن القيم طرقه الحكمية، لئير السبيل الرشيد للمفتي والحاكم ولسائر أصحاب الولاية عند إجراء التصرفات السياسية.

وحيثما قرر هذه القواعد واستدلَّ ومثَّل لها، نفذَ إلى مقصوده التفصيلي من الكتاب، وهو بيان طرائق الحكم ووسائل إثبات الدعوى والحقوق، وناقش المسائل الفرعية التفصيلية تحت ظلال هذه القواعد الثلاث، فأجرى قلمه في الاستدلال على العمل بالقرائن والأمارات، وعلى توسيع وسائل الإثبات متى ما ظهرت أمارات العدل وإن لم يرد بها النص الخاص، ثم ذكر منها ستاً وعشرين طريقاً، كالحكم بوضع اليد مع اليمين والحكم بالإنكار المجرد والحكم بالنكول وحده أو بالنكول مع رد اليمين والحكم بالشاهد الواحد بلا يمين والحكم بالشاهد واليمين، وغيرها.

والدليل الإجمالي لهذه الطرائق عند ابن القيم، أنه «أينما وُجد العدل فتمَّ شرع الله»، فطرائق الحكم ليست محصورة، وهي وسائل يُتذرع بها لتحقيق العدل، وكل وسيلة تحقق بها العدل فتمَّ شرع الله، وغالباً ما يستدلُّ لها أيضاً بالقياس أو من تطبيقات الصحابة رضوان الله عليهم، ثم يُثبت أنها لا تخالف ما

(١) (١/ ٣١).

جاء في كتاب الله أو على لسان رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنها ملائمة لحكم الشريعة وعللها ومقاصدها.

ولا يفتأ يُذكر أن المقصود من الحكم هو العدل، فإذا ظهرت أمارات العدل وتبين وجهه بأي طريق فثمَّ شرع الله ودينه، وأن أي طريق استُخرج بها العدل فهو الشرع والدين وإن لم ينطق به الشرع، وأن الاقتصار على ما نطق به الشرع غلطٌ وتغليطٌ للصحابة ومنافاة لمقصود الشارع من إقامة الحق والعدل، وأن بعضاً مما جاءت به النصوص ليس شريعة ثابتة لازمة دائمة، بل هي سياسات تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والمصالح والأعراف والأحوال والأوصاف، وقد يكون تطبيقها في حالٍ هو العدل وقد لا يكون عدلاً في حالٍ أخرى، ولذلك لا بدَّ في الفتوى والحكم من فقه الواقع واعتبار الحال بالإضافة إلى الفقه بالأحكام.

ونجده بين ثنايا النقاش يُؤكِّد أن الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات والقرائن ودلائل الحال وشواهدة، وإذا لم يلتفت إلى بواطن الأمور وقرائن الحال ووقف مع مجرد ظواهر البيئات والإقرار، أضاع حقوقاً كثيرة وأقام باطلاً كبيراً، لكنه يُشير في نفس الوقت إلى التزام الأحكام الثابتة اللازمة، فمن توسَّع في الوسائل والطرائق واطَّرح الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد؛ ولذا انتقد ابن القيم كلا الطائفتين؛ من ظنَّ أنه لا سياسة إلا ما نطق به الشرع، ومن توسَّع وظن المقاصد وسائل فغيَّرها وتجاوز النصوص المتعيَّنة والأحكام الثابتة غير المتغيرة.

ولمَّا فرغ ابن القيم من طرائق الحكم وأبواب القضاء قصد - في أوراق قصيرة - إلى باب الحسبة، ويُقال في الحسبة ما يُقال في القضاء، فكلاهما ولاية دينية وتصرف سياسي، ولإن كان مقصود القضاء تحقيق العدل، وبأي طريق استُخرج العدل فثُمَّ شرع الله؛ فمقصود الحسبة هو تحقيق الصلاح وحفظ النظام، وبأي وسيلة وكيفية تحقق هذا المقصد فثُمَّ شرع الله، وإن لم يرد بهذه الوسائل نصُّ أو فعلٌ من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وصحابته الكرام، مع ضرورة الإحاطة بفقته الواقع واعتبار الظروف والأحوال عند إجراء التصرف السياسي وتنزيل الأحكام على الوقائع.

المطلب الثاني: المضامين الدستورية في الفكرة المركزية الثانية في كتاب «الطرق الحكمية» وتطبيقاتها:

من أبرز أبواب علم السياسة الشرعية: مسائل النظام السياسي؛ كنظام الحكم، وعلاقة الحاكم بالمحكوم، وإدارة الحكم ومؤسساته. فكلُّ ما يُعرف اليوم بالشأن الدستوري هو من مجالات عمل السياسة الشرعية؛ ومن ثَمَّ فالنظام الدستوري يخضع لقاعدة السياسة الشرعية ولما قصدها.

ومن مضامين السياسة الشرعية أنها: فعل صاحب الولاية، المنوط بالمصلحة، وإن لم يرد به دليل خاص^(١).

(١) يقول ابن نجيم: «وظاهر كلامهم - الفقهاء - أن السياسة: فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بهذا الفعل دليل جزئي» البحر الرائق، (١١/٥). ونقل ابن القيم عن ابن عقيل أن السياسة: «ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى» الطرق الحكمية، (٢٩/١).

وموضوعها هو: التدبير العام للدولة الإسلامية وشؤون الأمة وأحوال الرعية؛ والغاية من هذا التدبير هو الاستصلاح وتحقيق المصالح ودفع المضار، وتحقيق مقاصد الشريعة^(١).

فالسياسة الشرعية تشمل التصرف من صاحب الولاية، في مسائل الشأن العام، التي لم يرد بشأنها دليل خاص متعين؛ أو ورد بها دليل لكنه غير متعين لوجود طارئ أثر على مناطه، كضرورة عامة أو حاجة عامة أو عجز وعدم قدره، أو لكون مناطه من شأنه التغير والتبدل وفقاً للمصلحة الأرجح.

على أن يكون هذا التصرف بحسب اقتضاء المصلحة الحالية والمآلية وبما يحقق مقاصد التشريع، فالمصلحة هي مضمون الأحكام الشرعية عموماً، والمدرك الكلي للسياسة الشرعية خصوصاً.

والشأن الدستوري تصرفٌ سياسيٌّ يخضع لقاعدة السياسة الشرعية.

والقاعدة الكبرى التي ذكرها ابن القيم في التصرف السياسي - ومنه التصرف في الشأن الدستوري - أنه: فعلٌ يُنشئه من كان له حقُّ الإلزام من أصحاب الولاية؛ يعتمد على النظر في الشرع والواقع.

ويقول عبد القادر بن محمد ابن بدران: «اعلم أن أصحابنا ... عمدوا إلى الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان مما ينطبق على قاعدة المصالح المرسله فأسسوها وسموها بالأحكام السلطانية» المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، (ص: ٢٤٢ - ٢٤٣).

(١) ينظر: السياسة الشرعية، تاج (ص: ٤٢) وما بعدها. السياسة الشرعية، خلاف، (ص: ٢٠). المدخل إلى السياسة الشرعية، عطوة، (ص: ٤٧).

يقول ابن القيم: «فهاهنا نوعان من الفقه، لا بد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس... ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع»^(١).

وفي «إعلام الموقعين» عبّر عن هذه القاعدة بقوله: «ولا يتمكّن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق، إلا بنوعين من الفهم: أحدهما فقه الواقع والفقه فيه، ... والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر، ... فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله»^(٢).

فعند إجراء التصرف السياسي؛ يبدأ الحاكم أو المفتي أولاً بالنظر في الواقع وظروفه وأحواله وملايساته، ثم النظر في النصوص الشرعية المتعلقة بمحلّ هذا الواقع، ثم تنزيل الحكم الشرعي وفقاً لأحوال هذا الواقع وظروفه ومتغيراته.

فالخلل في التصرف السياسي إنما يوجبه: «نوع تقصير في معرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع، وتنزيل أحدهما على الآخر»^(٣).

(١) (٧/١).

(٢) إعلام الموقعين، (١/٨٧).

(٣) إعلام الموقعين، (١/٣١).

وكتاب ابن القيم وإن كان في طرائق الحكم؛ إلا أنه لا يفتأ يُذكر أن المقصود من الحكم هو العدل، وأنه متى ظهرت أمارات العدل وتبين وجهه بأيّ طريقٍ فشمّ شرع الله ودينه، وأن أيّ طريق استُخرج بها العدل فهو الشرع وإن لم ينطق به الشرع، وأن الاقتصار على ما نطق به الشرع غلطٌ وتغليطٌ للصحابة ومنافاة لمقصود الشارع من إقامة الحق والعدل، وأن بعضاً مما جاءت به النصوص ليس شريعة ثابتة لازمة دائمة، بل هي سياسات تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والمصالح والأعراف والأحوال والأوصاف، وقد يكون تطبيقها في حالٍ هو العدل وقد لا يكون عدلاً في حالٍ أخرى، ولذلك لا بدّ في الفتوى والحكم من فقه الواقع واعتبار الحال بالإضافة إلى الفقه بالأحكام.

ومما يُبنى على هذا المفهوم المركزي النتائج الآتية:

الأولى: التفريق بين الثابت والمتغير من الأحكام:

فقه الأحكام عموماً يتطلب أن نُميز فيه بين الشرائع العامة اللازمة للأمة إلى يوم القيامة والتي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وبين ما كان من السياسات الجزئية التي تختلف باختلاف الأزمنة بحسب المصلحة^(١).

فالأحكام نوعان: «نوعٌ لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة: كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وُضع عليه.

(١) ينظر: (٤٧/١).

والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً: كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة»^(١).

فمن الأحكام ما هو ثابتٌ لازم، لا يدخل عليه في أصل حكمه الاجتهاد، وذلك لورود الدليل الخاص المتعين في حقه، إلا إذا احتفَّ به ما يقتضي العُدول، كالضرورة والعجز ونحوها.

ومن الأحكام ما هو خاضعٌ للاجتهاد بحسب اقتضاء المصلحة، وذلك لعدم ورود الدليل المتعين فيها، فالأحكام في هذا النوع من شأنها ألا تبقى على وجهٍ واحد؛ لكونها وردت على التخيير، أو لكونها منوطة بمناط متغير، فيتغير الحكم بتغير المناط، كأن يكون الحكم المُستنبط من الدليل منوطاً بعُرف أو مصلحة أو حال أو وصف، ونحوها من مقتضيات التغيرِ المعتبرة. ولهذا التمييز أثره في إجراء التصرف السياسي المتصل بالشأن الدستوري؛ ومن أمثلة ذلك:

أنَّ الولايات من الواجبات الشرعية^(٢)، لكن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يُتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حدٌّ في الشرع؛ فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر، وبالعكس، وكذلك الحسبة، وولاية المال، وجميع هذه الولايات في الأصل ولايات دينية ومناصب شرعية^(٣).

(١) إغاثة اللهفان، ابن القيم، (١/ ٣٣٠).

(٢) السياسة الشرعية، ابن تيمية (ص: ٢٣٢).

(٣) (٢/ ٦٢٦-٦٢٧).

الثانية: التمييز بين الواجب الشرعي الكلي، وكيفية إيقاعه وتطبيقه:

عند إجراء التصرف السياسي لا بدّ من التمييز بين الواجبات الشرعية الكلية، وكيفية إيقاعها وتطبيقها؛ فبعض الأحكام الشرعية - وخصوصاً في مجال السياسة الشرعية - جاءت عامة كلية؛ ولذا فهي تقع في دائرة المنصوص عليه، وتعدّ من الشرائع اللازمة للأمة إلى يوم القيامة.

أمّا كَيْفِيَّةُ وجودها ووسائل تطبيقها وإيقاعها؛ فهي في دائرة التفويض للأمة، بحسب اقتضاء المصلحة زماناً ومكاناً وحالاً، مع التنبيه إلى أمرٍ بدهي ولكنّه في غاية الأهمية؛ وهو: أنّ هذه الوسائل والكيفيات خاضعةٌ لمرجعية الشريعة، لا يجوز أن تخالف نصاً أو دليلاً معتبراً.

وهذا عين ما قصده ابن القيم في الواجبات الشرعية الكلية؛ القضاء والحسبة؛ فهو يرى أنّ مقصود القضاء تحقيق العدل، وبأيّ طريق استُخرج العدل فتمّ شرع الله. ومثّل ذلك: الحسبة؛ فمقصود الحسبة هو تحقيق الصلاح وحفظ النظام، وبأيّ وسيلة وكيفية تحقق هذا المقصد فتمّ شرع الله؛ وإن لم يرد بهذه الوسائل نصّ أو فعلٌ من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وصحابته الكرام^(١).

ومن أمثلة ذلك في الشأن الدستوري:

الشورى في مجال الحكم والسياسة؛ فهي وإن كانت مبدأً واجباً وقاعدةً متفقاً عليها؛ إلا أنّ تطبيقاتها وآلياتها خاضعةٌ للاجتهاد والأعراف وظروف

(١) ينظر: (٢٩/١) وما بعدها.

العصر وامتغياته، ولا يلزم فيها صورةً معينة أو آليةً محددة، بل الصفة التي تحقق مصلحة الأمة؛ لأنَّ الشورى واجبٌ شرعيٌّ كليٌّ ووسائلها من قبيل المعاملات التي شرعها الله تبارك وتعالى لتنظيم أمور الناس وتحقيق مصالحهم، والمتأمل في استشارات النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وكذلك أصحابه وخلفائه يجد أنها جاءت على صورٍ متعددة وغير محددة^(١).

ومثل ما قيل في الشورى يُقال في مبادئ كلية واجبة أخرى؛ فالله سُبحانه وتعالى يريدنا أن نقيم الولاية لحفظ الدين وعمارة الأرض به؛ فيجب على الأمة أن تُقيم نائباً عنها يتولى الإمامة وشؤونها؛ وآليات التولية وكيفيةها وشروطها خاضعةٌ للاجتهاد والمصلحة الشرعية.

والله سُبحانه وتعالى يريدنا أن نقيم العدل الذي هو قوام الدين وضمانة التمكين؛ فيجب على الأمة والإمام الذي هو وكيل عنها إقامة الوسائل والطرائق التي تحقق العدل الشامل بما يُحقق المقصود ولا يُخالف المقاصد والنصوص؛ كسَنِّ الأنظمة وإنشاء المحاكم وتنفيذ العقوبات وتفعيل الحسبة والرقابة الإدارية والمالية وإجراء الشورى ونحوها؛ وفقه هذه المسائل وأحكامها من وظائف قاعدة السياسة الشرعية.

والله يريد منا استكمال القوة لحفظ الدين وعمارة الأرض به؛ فالواجب إعداد القوة المادية والمعنوية، وتبليغ الدعوة للناس كافة، وحمايتها، وحماية دار الإسلام، وإقامة العلاقات الاقتصادية والسياسية والدبلوماسية، وعقد

(١) ينظر: النظام السياسي الإسلامي، منير البياتي (ص: ١٧٩).

المصالحات والعهود، ونحوها؛ والوسائل والكيفيات لهذه المسائل من وظائف قاعدة السياسة الشرعية وخاضعةً للاجتهاد والمصالح المعبرة.

وفي المقابل كثير من الوسائل والكيفيات يُنظر إليها بهذا المنظار؛ فتقبل ويُعتدُّ بها أو تُرفض وتُهمل بحسب تحقيقها المصلحة والمقصود من الواجب الشرعي وبحسب موافقتها الأدلة والقواعد الشرعية؛ كمبدأ الفصل بين السلطات مثلاً، والفصل بين القضاء العام والقضاء الإداري، والتدرج في القضاء وتعدد درجات التقاضي، ونحو ذلك.

كما أنه لا حرج على صاحب الولاية عند إجراء التصرف السياسي أن يتخذ من الوسائل والكيفيات ما يختلف عن الوسائل والكيفيات التي نُقلت عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وصحابته الكرام، ويجوز له أن يُنشئ من الوسائل والكيفيات ما لم يكن موجوداً في العهد النبوي وما تلاه من العصر الراشدي؛ فالكيفيات هي وسائل تطبيق الحكم وطرق إيجاده في الواقع، وليست هي الأحكام المقصودة بذاتها^(١).

وهذا المعنى أحدُ الخطوط الرئيسية عند ابن القيم في كتابه «الطرق الحكيمة»؛ ويبدو أن تشوُّش المفهوم والتباسه - وخصوصاً في وسائل الإثبات - بعث القلق لديه؛ فكرّره ونبّه عليه:

ففي هذا السياق استدعى المناظرة بين شافعي وابن عقيل، وفيها: «قال شافعي: لا سياسة إلا ما وافق الشرع. فقال ابن عقيل: السياسة ما كان

(١) الفقه السياسي بين الواجب والممكن ابن القيم نموذجاً، أحمد وجيه، مقالة منشورة على الشبكة العنكبوتية.

فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا نزل به وحي»^(١).

وعقّب يقوله: «فإن أردت بقولك: (إلا ما وافق الشرع) أي: لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح. وإن أردت: لا سياسة إلا ما نطق به الشرع، فغلط وتغليط للصحابة»^(٢).

وأكد أنّ الطرائق الحكمية غيرُ محصورة، وأنّ الشرع لم يخص طرق العدل وأماراته بشيء، بل متى ما ظهرت أمارات العدل فتمّ شرع الله ودينه، ويرى أنّ تحديدها بما وردت به النصوص والاكْتفاء بها ومنع قبول غيرها تعطيلٌ للحدود وتضييعٌ للحقوق وتجرئةٌ لأهل الفساد على الفجور، وللولاة على إحداث السياسات الظالمة، وحجزٌ للشريعة أن تقوم بمصالح العباد^(٣).

ولمّا نفذ إلى الجزء التفصيلي من الكتاب، لم يفوّت الاستدلال على توسيع وسائل الإثبات متى ما ظهرت أمارات العدل وإن لم يرد بها النصّ الخاص، وإظهار ملاءمتها لحكم الشريعة وعملها ومقاصدها؛ ومن أهمّ المواضع الشاهدة لذلك:

المسألة التي استهلّ بها ابنُ القيم كتابه: «وسألت عن الحاكم، أو الوالي يحكم بالفراصة والقرائن التي يظهر له بها الحق، والاستدلال بالأمارات، ولا يقف مع مجرد ظواهر البيانات والإقرار... فهذه مسألة كبيرة عظيمة

(١) (٢٩/١).

(٢) (٢٩/١).

(٣) (٣١/١).

النفع، جليلة القدر، إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقاً كثيراً، وأقام باطلاً كبيراً، وإن توسع فيها وجعل معوّله عليها دون الأوضاع الشرعية، وقع في أنواع من الظلم والفساد. وقد سئل أبو الوفاء ابن عقيل عن هذه المسألة، فقال: ليس ذلك حكماً بالفراصة، بل حكم بالأمارات. وإذا تأملتكم الشرع وجدتموه يجوّز التعويل على ذلك»^(١).

ثم راح يستدلُّ لها ويوضحها في عشرات الصفحات، إلى أن قال: «وأضعاف أضعاف هذه المسائل، مما جرى العمل فيه على العرف والعادة، ونزل ذلك منزلة النطق الصريح، اكتفاء بشاهد الحال عن صريح المقال. والمقصود: أن الشريعة لا تَرُدُّ حقاً، ولا تُكذِّب دليلاً، ولا تُبطل أمانة صحيحة... فلا يجوز لحاكم ولا لوالٍ ردُّ الحق بعد ما تبين، وظهرت أمارته لقول أحدٍ من الناس. والمقصود أن البينة في الشرع: اسم لما يُبين الحق ويُظهره... فقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البينة على المدعي)) أي عليه أن يُظهر ما يبين صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حُكم له»^(٢).

ومما ذكره أيضاً: «البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصَّها بالشاهدين، أو الأربعة، أو الشاهد، لم يوفَّ مسأها حقه. ولم تأت البينة في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان، مفردة ومجموعة... فالشارع لم يُلغِ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال،

(١) (١/٣-٤).

(٢) (١/٦٣-٦٥).

بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار، مرتباً عليها الأحكام»^(١).

ويقول: «فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية؛ فقد عطّل كثيراً من الأحكام، وضيع كثيراً من الحقوق، والناس في هذا طرفان ووسط»^(٢).

الثالثة: مراعاة الأحوال والظروف عند إجراء التصرف السياسي:

وهذا فرغ عن فقه الواقع الذي ذكره ابن القيم؛ حيث أكد أن الحاكم إذا لم يكن فقيهُ النفس في الأمارات والقرائن ودلائل الحال وشواهدة، وإذا لم يلتفت إلى بواطن الأمور وقرائن الحال ووقف مع مجرد ظواهر البيئات والإقرار، أضاع حقوقاً كثيرة وأقام باطلاً كبيراً، لكنه يُشير في نفس الوقت إلى التزام الأحكام الثابتة اللازمة، فمن توسّع في الوسائل والطرائق وأطرح الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد؛ ولذا انتقد ابن القيم كلا الطائفتين؛ مَنْ ظنَّ أنه لا سياسة إلا ما نطق به الشرع، ومَنْ توسّع وظنَّ المقاصدَ وسائلَ فغيَّرَها وتجاوز النصوصَ المتعيّنة والأحكامَ الثابتة غير المتغيرة^(٣).

ويقول في «إعلام الموقعين»: «ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب، على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمتههم وأحوالهم وقرائن أحوالهم، فقد

(١) (١/ ٢٥-٢٧).

(٢) (١/ ٢٦٣).

(٣) (١/ ٦) وما بعدها.

ضللَّ وأضلَّ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبَّ الناس كلهم، على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل، أضُرَّ ما على أديان الناس وأبدانهم»^(١).

وفي مسألة الطرائق الحكيمة التي هي غرض كتابه التفصيلي تألم من تفويت النظر في الحال والواقع، يقول في نصِّ كاشفٍ لهذه الحالة: «قال شيخنا ابن تيمية: وما علمتُ أحداً من أئمة المسلمين يقول: إن المدعى عليه في جميع هذه الدعاوى يحلف ويُرسَل بل حبس ولا غيره، فليس هذا على إطلاقه مذهباً لأحد من الأئمة الأربعة ولا غيرهم من الأئمة، ومن زعم أنّ هذا - على إطلاقه وعمومه - هو الشرع فقد غلط غلطاً فاحشاً مخالفاً لنصوص رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولإجماع الأمة.

وبمثل هذا الغلط الفاحش تجرّأ الولاة على مخالفة الشرع، وتوهموا أن الشرع لا يقوم بسياسة العالم ومصصلحة الأمة، وتعدوا حدود الله، وتولّد من جهل الفريقين بحقيقة الشرع خروج عنه إلى أنواع من الظلم والبدع والسياسة، جعلها هؤلاء من الشرع وهؤلاء قسيمة له ومقابلة له، وزعموا أن الشرع ناقصٌ لا يقوم بمصالح الناس... والطائفتان مخطئتان على الشرع أقبح خطأً وأفحشه، وإنما أتوا من تقصيرهم في معرفة الشرع الذي أنزل الله على رسوله، وشرّعه بين عباده»^(٢).

(١) إعلام الموقعين، (٣/٧٨).

(٢) (١/٢٧٣-٢٧٤).

ومن أمثلة ذلك في الشأن الدستوري:

الجمعُ بين الرأي الشرعي ورأي الخبير عند سنّ الأنظمة والقوانين؛ أو ما يسمى «بالتشريع».

فالتصرفُ السياسي -ومنه: سن الأنظمة والقوانين- هو في حقيقته إجراءٌ صادرٌ من صاحب الولاية ناشئٌ عن اجتهادٍ شرعي معتبر، فقد أعطت الشريعةُ أولي الأمر من الأمراء وأهل العلم حقَّ الاجتهاد؛ وفقاً لقواعد الاجتهاد الصحيح.

وحتى يقع التصرفُ السياسي صحيحاً، ويقوم النظام والقانون بمصالح الناس؛ لا بدّ أن يُراعى الشرع، ومن مراعاة الشرع اعتباراً الأحوال والظروف ومتغيرات الزمان والمكان؛ وضماناً ذلك الجمع بين الرأي الفقهي ورأي الخبير.

يقول ابن القيم في «إعلام الموقعين»: «وقول القائل: إن هذا غرر ومجهول، فهذا ليس حظ الفقيه، ولا هو من شأنه، وإنما هذا من شأن أهل الخبرة بذلك، فإن عدوه قماراً أو غرراً فهم أعلم بذلك، وإنما حظ الفقيه محلُّ كذا؛ لأن الله أباحه، ويجرم كذا؛ لأن الله حرّمه، وقال الله وقال رسوله وقال الصحابة، وأما أن يرى هذا خطراً وقماراً أو غرراً، فليس من شأنه، بل أربابه أخبر بهذا منه، والمرجع إليهم فيه»^(١).

(١) إعلام الموقعين، ابن القيم (٤/٥).

فالمهم أن يختص علماء الشريعة بالجانب الشرعي من المسألة، وأن يختص الخبراء بالجانب الواقعي أو الفني منها، ولا بدّ للأمر من الجمع بينهما عند إرادة التدبير والتصرف، واختزال التدبير والتصرف استناداً إلى رأي أحدهما سبباً للخلل والخطأ، وربما التنازع؛ حيث عدّه ابن تيمية أحد أسباب الاختلاف المذموم، فذكر أن من أسبابه: «جهل المختلفين بحقيقة الأمر الذي يتنازعان فيه»^(١).

المطلب الثالث: التطبيق على النظام الأساسي للحكم:

قرّر ابن القيم في الفكرة المركزية الثانية: أنّ السياسة الشرعية قاعدةٌ يحتاجها الحاكم والوالي والقاضي وغيرهم من أصحاب الولاية عند إجراء التصرفات السياسية؛ ولكن ثمة ضوابط للعمل بالسياسة الشرعية؛ كاعتبار الواقع، وفعل ما يُفضي إلى المصلحة وإن لم يرد به نص، والتمييز بين الأحكام العامة اللازمة وبين الأحكام الجزئية التي تختلف بحسب المصلحة والزمان والمكان والظروف والأحوال؛ كما سبق تفصيله.

ومن أهمّ التطبيقات العصرية لذلك: التمييز بين الواجب الشرعي وبين كيفية إيقاعه وتطبيقه؛ وهو ما نجد له تمثلاً في النظام الأساسي للحكم، وبيانه على النحو الآتي:

نصّت المادة (٨) على أنّ الحكم يقوم على أساس العدل، ونصّت المادة (٤٦) على أنّ: «القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم

(١) اقتضاء الصراط المستقيم، (ص: ٣٧).

لغير سلطان الشريعة الإسلامية»، وتدُلُّ هذه المادة على أنَّ السلطة القضائية تقوم بتنظيم أعمالها على أساس مرجعية الشريعة.

وجاء في المادة (٤٧): «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة، ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك»، ويُفهم منها أن التقاضي الموصل لمقصد العدل حقٌّ لكلِّ أحد، لكن إجراءاته وكيفياته خاضعة للتنظيم وفق ظروف الزمان والمكان والصالح العام.

فالنظام الأساسي إذن؛ نصَّ على الواجبات الكلية: العدل و مرجعية الشريعة في تنظيم أعمال القضاء؛ أمَّا الكيفيات والوسائل والتدابير فنجدها في الأنظمة العادية الأخرى التي تولَّت عملية تنظيم المؤسسات القضائية، ووظائفها، واختصاصاتها.

ومن أهمها: نظام القضاء، عام ١٤٢٨هـ، والذي صدر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، ونظام المرافعات الشرعية، عام ١٤٣٥هـ، والذي صدر بموجب مرسوم ملكي رقم (م/١).

ومن الكيفيات الظاهرة التي جاءت بها هذه الأنظمة: تعدُّد درجات التقاضي، وجواز الطعن بالأحكام واستئنافها، وعلنية جلسات المحاكم، وتحديد الاختصاصات الزمانية والموضوعية لكلِّ محكمة، والأخذ بالقضاء المزدوج؛ فهناك القضاء العام وهناك القضاء الإداري ممثلاً بديوان المظالم، ونحو ذلك^(١).

(١) للاستزادة، ينظر: السياسة الشرعية في النظام الأساسي للحكم، علي العطية (ص: ٣٤٧) وما بعدها.

ومثل ما قيل في العدل والقضاء يُقال أيضاً في الإدارة وتنظيم الدولة، فالمادة (٦٧) تقول: «تختصُّ السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة، أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة، وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى».

الخاتمة

لقد ظهر من دراسة موضوعات هذا البحث النتائج والتوصيات الآتية:

النتائج:

أولاً: كتابُ الطرق الحكمية وإن كان موضوعه الظاهر في القضاء والحسبة؛ إلا إنه تضمّن فكرتين، تُعدّان من عيون القواعد في السياسة الشرعية، ولهما تطبيقات في سائر مجالات علم السياسة الشرعية، وركّز هذا البحث على الإفادة مما له صلة بالنظام الدستوري.

ثانياً: قرّر ابن القيم الاتصال بين السياسة والشرع وأنه لا انفصال بينهما، ومن تطبيقات ذلك في القانون الدستوري: أن المرجع والإلزام في النظام الدستوري الإسلامي للشرعية، ومصادره هي مصادر الأحكام الشرعية، وأنه يجب النص في الدستور على إلزام الشرعية، ويترتب عليه بطلان كل ما يخالف الشرعية من قوانين وأنظمة وقرارات إدارية.

ثالثاً: أبدع ابن القيم مفهوماً للسياسة الشرعية، يمكن التعبير عنه بأنه: فعلٌ ما يُفضي إلى المصلحة، وإن لم يرد به نصٌّ خاصٌّ أو ورد به نصٌّ من شأنه التغيير، مادام الفعل موافقاً لمقاصد الشرعية وقواعدها وغير مخالف للنصوص والشرائع الثابتة اللازمة.

والشأن الدستوري تصرف سياسي؛ ومن ثم فهو يخضع لقاعدة السياسة الشرعية.

رابعاً: القاعدة التي ذكرها ابن القيم في التصرف السياسي - ومنه التصرف في الشأن الدستوري - أنه: فعلٌ يُنشئه من كان له حقُّ الإلزام من أصحاب الولاية؛ يعتمدُ على النظر في الشرع والواقع.

فعند إجراء التصرف السياسي؛ يبدأ الحاكم أو المفتي أولاً بالنظر في الواقع وظروفه وأحواله وملايساته، ثم النظر في النصوص الشرعية المتعلقة بمحلِّ هذا الواقع، ثم تنزيل الحكم الشرعي وفقاً لأحوال هذا الواقع وظروفه ومتغيراته.

ومما يبنى على ذلك عند إجراء التصرف السياسي: التفريق بين الأحكام الثابتة والمتغيرة، والتمييز بين الواجب الشرعي الكلي وبين كيفية إيقاعه وتطبيقه، ومراعاة الأحوال والظروف والواقع.

خامساً: تضمن النظام الأساسي للحكم العديد من المضامين الدستورية المفادة ممَّا قرره ابن القيم في الطرق الحكيمة، ومن ذلك: النص على مرجعية الشريعة، وتقييد المبادئ والحقوق والسلطات بها، وكذلك إرساء كفاءات وطرائق متفقة مع مستجدات الزمان لتطبيق واجبات كلية؛ كواجب التقاضي.

التوصيات:

أولاً: تكثيف البحوث العلمية والدراسات المعنية بالوصل بين التراث الفقهي ومسائل العصر المستجدة، وخصوصاً في باب السياسة الشرعية؛ لما

لها من أثر كبير في تعظيم مكانة الشريعة في النفوس، والانضباط المنهجي في الفتوى والاجتهاد.

ثانياً: العناية بتراث ابن القيم والإفادة منه في مسائل العصر؛ وخصوصاً إعلام الموقعين والطرق الحكيمة وزاد المعاد.

ثالثاً: أهمية العناية بالبحوث والدراسات التي تردُّم الفجوة بين العلوم الشرعية والعلوم القانونية.



قائمة المصادر والمراجع

١. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الماوردي، علي بن محمد، (د، ط)، بيروت، دار الكتب العلمية، (د. ت).
٢. اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، الحسين، وليد بن علي، ط ٢، الرياض، دار التدمرية، ١٤٣٠هـ.
٣. إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، ابن القيم، محمد بن أبي بكر، ط ٢، بيروت، دار المعرفة، ١٣٩٥هـ.
٤. إعلام الموقعين، ابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر، ت: طه عبد الرؤوف سعد، (د. ط)، بيروت، دار الجيل، ١٩٧٣م.
٥. اقتضاء الصراط المستقيم مخالفة أصحاب الجحيم، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، ت: محمد حامد الفقي، ط ٢، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٩هـ.
٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، إبراهيم بن نجيم الحنفي، (د. ط)، بيروت، دار المعرفة، (د. ت).
٧. الحريات السياسية المعاصرة في ضوء فقه الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، العجلان، فهد صالح، ط ١، القاهرة، المركز العربي للدراسات الإنسانية، (د. ت).
٨. روضة الناظر وجنة المناظر، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، ت: عبد الكريم النملة، ط ٧، الرياض، مكتبة الرشد، ١٤٢٥هـ.
٩. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، ت: علي العمران، ط ١، مكة المكرمة، دار عالم الفوائد، ١٤٢٩هـ.
١٠. السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، تاج، عبد الرحمن، ط ١، القاهرة، دار السلام، ١٤٣٥هـ.

١١. السياسة الشرعية، أو: نظام الدولة الإسلامية، خلاف، عبد الوهاب، ط ١، القاهرة، دار السلام، ١٤٣٣هـ.
١٢. السياسة الشرعية في النظام الأساسي للحكم، العطية، علي بن سليمان، ط ١، (د. م)، ١٤٣٢هـ.
١٣. سير أعلام النبلاء، الذهبي، محمد بن أحمد، مؤسسة الرسالة، (د. ط)، بيروت، ١٤٠٥هـ.
١٤. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، التفتازاني، مسعود بن عمر، تحقيق: زكريا عميرات، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ.
١٥. شرح تنقيح الفصول، القرافي، أحمد بن إدريس، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط ١، (د. م)، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٩٣هـ.
١٦. صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط ١، (د. م)، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.
١٧. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، ت: نايف الحمد، ط ٣، الرياض، دار التدمرية، ١٤٣٥هـ.
١٨. العقيدة والسياسة، الزهراني، محمد أحمد، ط ١، الرياض، مركز الفكر المعاصر، ١٤٣٦هـ.
١٩. غياث الأمم في التياث الظلم، الجويني، عبد الملك بن عبد الله النيسابوري، ت: عبد العظيم الديب، ط ٤، جدة، دار المنهاج، ١٤٣٥هـ.
٢٠. فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (د. ط)، بيروت، دار المعرفة، ١٣٧٩هـ.



٢١. الفروق، أو أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي، أحمد بن إدريس، تحقيق: خليل المنصور، (د. ط)، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ.
٢٢. الفقه السياسي بين الواجب والممكن ابن القيم نموذجاً، وجيه، أحمد وجيه، مقالة منشورة على الشبكة العنكبوتية.
٢٣. قاعدة العادة محكمة، الباحثين، يعقوب عبد الوهاب، ط ٢، الرياض، مكتبة الرشد، ١٤٣٣هـ.
٢٤. القواعد النورانية الفقهية، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، ت: محمد حامد الفقي، ط ١، القاهرة، مكتبة السنة المحمدية، ١٣٧٠هـ.
٢٥. مجموع الفتاوى، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، اعتنى به الشيخ: عبد الرحمن ابن قاسم وابنه محمد، بدون بيانات.
٢٦. المدخل إلى السياسة الشرعية، عطوة، عبد العال، ط ٢، الرياض، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٥هـ.
٢٧. المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، ابن بدران، عبد القادر بن محمد، ت: محمد أمين ضناوي، ط ١، (د. م)، دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ.
٢٨. المدخل لدراسة السياسة الشرعية والأنظمة المرعية، الغامدي، ناصر محمد، ط ١، مكة المكرمة، دار طيبة الخضراء، ١٤٣٦هـ.
٢٩. المستصفي في علم الأصول، الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، (د. ط)، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ.
٣٠. مصنفه النظم، وصفي، مصطفى كمال، ط ٢، القاهرة، مكتبة وهبة، ١٤٣٠هـ.
٣١. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، النووي، يحيى بن شرف، ط ٢، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٢هـ.
٣٢. الموافقات، الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، ت: مشهور آل سلمان، ط ١، مصر، دار ابن عفان، ١٤١٧هـ.

٣٣. النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية، البياتي، منير حميد، ط ٣، الأردن، دار النفائس، ١٤٣١هـ.
٣٤. النظام السياسي والدستوري للمملكة العربية السعودية، ابن باز، أحمد عبد الله، مكتبة الرشد، الرياض، ط ٥، ١٤٣٦هـ.
٣٥. الوسيط في القانون الدستوري، أبو زيد، محمد عبد الحميد، دار النهضة العربية، القاهرة، (د. ط)، ١٤٢٧هـ.
٣٦. الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الخطيب، نعمان، دار الثقافة، عمان، ط ٧، ١٤٣٢هـ.





التأمين البحري وفقاً للنظام البحري التجاري السعودي - دراسة تحليلية -

د. خالد بن مرزوق بن سراج الذيابي

عضو هيئة التدريس

بجامعة الأمير سطام بن عبد العزيز بالخرج

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد: فإن البحر قد ارتبط بالتجارة؛ حتى كان منها بمنزلة القلب من الجسد، فقدماً وحديثاً غالبُ النشاط التجاري والاقتصادي الدولي يقوم على التجارة البحرية.

وللبحر أخطاره وأهواله، وفيه تسير الرحلة البحرية بما تحويه من عناصر تشكل ثروة كبيرة، فالسفينة بذاتها وأجهزتها ثروة، وأجرتها وأجرة ركابها ثروة أيضاً، وما تحمله من بضائع أبرمت من أجلها عقود البيع والنقل ثروة أيضاً؛ لذا ظهر التأمين البحري كأقدم أنواع التأمين^(١)، استلزمته الحاجة لحماية التجارة الدولية، ومصالح الرحلة البحرية، بدءاً أعرافاً بين التجار، ثم نظّمته القوانين البحرية التجارية القديمة ثم الحديثة، ولم تتركه لأحكام

(١) عقد التأمين البحري هو أول عقود التأمين التجاري ظهوراً وانتشاراً، عُرف في شمال إيطاليا في أواخر القرن الرابع عشر الميلادي، مع انتشار التجارة البحرية بين مدن إيطاليا والبلاد الواقعة في حوض البحر الأبيض المتوسط، ومنها انتقل إلى بقية الدول الأوروبية، ثم بدأ التأمين التجاري عموماً في الراج حتى انتقل إلى الدول العربية في القرن التاسع عشر الميلادي.

انظر: التأمين بين الحل والتحريم، عيسى عبده (دار الاعتصام - القاهرة) ص ١٧، مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية، محمد رواس (دار النفائس - بيروت، ط. ١، ١٤١٢هـ) ص ١٢٧.

التأمين العامة الواردة في قوانين أخرى فحسب؛ وذلك لأهميته وخصوصيته وتميزه عن باقي أنواع التأمين.

وفي المملكة العربية السعودية صدر «النظام البحري التجاري» بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٣) وتاريخ ٥ / ٤ / ١٤٤٠هـ، محتويًا على المواد النظامية المتعلقة بالتأمين البحري، فقد جاءت في الباب السابع الذي قسم إلى خمسة فصول، أما الفصل الأول فكان للأحكام العامة في التأمين البحري، وأما البقية فكانت للأحكام الخاصة بالتأمين على السفينة، والأجرة، والبضائع، والتأمين من المسؤولية.

ولتوضيح أحكام التأمين البحري الواردة في هذا النظام يحسن جمعها في قوالب وعناصر تراعي الترتيب المنطقي لمسائل التأمين البحري، وتناولها بالدراسة المقارنة والمؤصلة شرعاً؛ مما يُسهّل على المهتمين من قضاة وتجار ومتعلمين ومتعلمين وباحثين مطالعة هذه الأحكام.

الأهمية العلمية للموضوع:

تكمن أهمية البحث فيما يأتي:

١. لمعرفة أحكام التأمين البحري أهمية كبيرة، فهو مرتبط بالتجارة البحرية الدولية ارتباطاً مصيرياً، فلا تكاد توجد رحلة بحرية إلا وقد حُيِّت المصالح المرتبطة بها بعقود التأمين.

٢. التأمين البحري أحد أهم المواضيع في النظام البحري التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٣) وتاريخ ٥ / ٤ / ١٤٤٠هـ.

٣. وجود بعض الإشكاليات العلمية في بعض مسائل التأمين البحري؛ يجعل من الأهمية دراستها وبيان الجانب الشرعي والنظامي فيها.

أسباب اختيار الموضوع:

١. عدم وجود بحوث أو دراسات متخصصة في التأمين البحري في ضوء النظام البحري السعودي، مقارنةً بالشرعية - حسب علمي -.
٢. الأهمية العلمية لهذا الموضوع على المستوى الدولي والوطني على حد سواء، خاصة مع توسع مفهوم التجارة الدولية.
٣. إعانة المهتمين من قضاة ودارسين وباحثين ومتعاملين على مطالعة مسائل التأمين البحري، والتعامل مع النصوص النظامية المتعلقة بها.

أهداف البحث:

١. إيجاد دراسة تخدم الموضوع، والمهتمين به.
٢. خدمة أجهزة الدولة المعنية بهذا الشأن.
٣. السعي للإضافة العلمية في أحد أهم مواضيع النظام البحري، تفيد المختصين في هذا المجال، وتفتح المجال لتوصيات تسهم في التطوير والتحديث وسد أي خلل.
٣. الإسهام في إثراء المكتبة التجارية البحرية السعودية، والمشاركة في سد النقص فيما تحتاجه من دراسات وبحوث.

الدراسات السابقة:

من خلال بحثي عن الدراسات السابقة لم أجد دراسة تناولت موضوع البحث بالشكل الموضوعي والمنهجي الذي أطرحه؛ إلا أنني وجدت بعض الدراسات فيها بعض الاشتراك مع بحثي، وهي كالتالي:

١. «التأمين البحري بين التجاري والتعاوني التكافلي - دراسة مقارنة-»، للباحث: محمد غسان الطرابلسي، رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، ٢٠١٤م.

٢. «محل عقد التأمين البحري - دراسة مقارنة-»، للباحث: سعيد مقبل عبد الجبار، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية القانون، جامعة أم درمان الإسلامية، ٢٠١٩م.

٣. «التعويض في التأمين البحري - دراسة مقارنة-»، للباحث: حسن صبري البديوي، رسالة ماجستير، مقدمة لمعهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، ٢٠١٠م.

كل واحدة من هذه الدراسات تناولت مسألة معينة من مسائل التأمين البحري، فالأولى ركزت على بيان الحكم الشرعي، والثانية ركزت على المحل، والثالثة على التعويض؛ وفي سبيل ذلك عرضت هذه الدراسات لمباحث عامة، تتمثل في تعريف التأمين البحري وأركانه وخصائصه وآثاره، وبحثي وإن تقاطع معها في تسمية بعض المباحث؛ غير أنه اختلف عنها في تناول جميع مسائل التأمين البحري باستقصاء وفقاً للنظام البحري التجاري السعودي،

مع التأصيل الشرعي والنظامي، والمقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، وابتكار تعريفات وتقسيمات أوضحت مسائل البحث، وبيّنت ما عليه العمل بشأن التأمين البحري في الأنظمة السعودية، وعلاوة على ذلك فقد امتاز بحثي بمنهج التحليل مع المقارنة.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

المقدمة:

وتتضمن الافتتاحية، والأهمية العلمية للموضوع، وأسباب اختياره، وأهداف البحث، وخطة البحث، ومنهج البحث.

التمهيد: ماهية التأمين البحري:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التأمين البحري.

المطلب الثاني: خصائص التأمين البحري.

المبحث الأول: أركان عقد التأمين البحري:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصيغة.

المطلب الثاني: العاقدان.

المطلب الثالث: المعقود عليه (الخطر).

المبحث الثاني: آثار عقد التأمين البحري، وانقضاؤه:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: آثار عقد التأمين البحري:

الفرع الأول: الأساس في تحديد الالتزامات.

الفرع الثاني: سريان عقد التأمين البحري.

الفرع الثالث: التزامات المؤمن له.

الفرع الرابع: التزامات المؤمن.

المطلب الثاني: انقضاء عقد التأمين البحري.

المطلب الثالث: سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين البحري.

المبحث الثالث: موقف الفقه الإسلامي من عقد التأمين البحري.

الخاتمة:

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات

فهرس المصادر والمراجع.

منهج البحث:

أتبع في هذا البحث المنهج التحليلي الاستقرائي، مع اتباع أسلوب المقارنة، كما أسير على منهج يمكن أن أرسمه كما يلي:

١. استقراء مصادر المسألة.

٢. جمع المعلومات اللازمة بالاعتماد على المصادر الأصيلة قدر الإمكان.
 ٣. التمهيد للموضوع بما يوضحه.
 ٤. المقارنة بين الأحكام في الفقه الإسلامي والنظام قدر الإمكان.
 ٥. يكون مقدار البحث لأي مسألة حسب ما يناسب مقام ذكرها في البحث.
 ٦. كتابة الآيات بالرسم العثماني، وبيان أرقامها، وعزوها لسورها في الحاشية.
 ٧. إن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فاكتفي بتخرجه منها للحكم بصحته، وإن لم يكن في أي منهما فإني أخرجه من المصادر المعتمدة الأخرى، ثم أذكر ما قاله أهل الحديث فيه.
 ٨. التعريف بالكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في الرسالة.
 ٩. الاعتناء بصحة المکتوب، وسلامته من الناحية اللغوية والإملائية، وسهولة الأسلوب.
 ١٠. العناية بعلامات الترقيم ووضعها في المواضع الصحيحة.
- هذا، والله أعلم وأعلى وأحكم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.



تمهيد ماهية التأمين البحري

لإيضاح ماهية التأمين البحري نبدأ بتعريف التأمين في اللغة، ثم الاصطلاح، توصلاً لتعريف التأمين البحري، ثم نبين خصائص عقد التأمين البحري.

المطلب الأول: تعريف التأمين البحري:

التأمين لغة:

مصدر أَمِنَ يَأْمِنُ، يقال أَمَّنُهُ تَأْمِينًا وَاثْتَمَنَهُ وَاسْتَأْمَنَهُ، مأخوذ من الأمان الذي هو ضد الخوف، وفيه معنى الطمأنينة، والسلامة، والأمانة التي هي ضد الخيانة^(١).

وهذه المعاني اللغوية مناسبة للمراد بالتأمين اصطلاحاً؛ فعقد التأمين يورث في النفس الأمان والطمأنينة في مواجهة الأخطار المحتملة، ويحقق السلامة منها عند وقوعها، وهو عقد يقوم على الأمانة والائتمان بين طرفيه، فلظهور حسن النية فيه أو سوءها أثر كبير.

والمقصود حتمًا أمان نسبي، غايته تعويض عن الضرر كلياً أو جزئياً، وهو بذلك يدخل في معنى الضمان؛ لذلك يرى البعض أن مصطلح «تأمين» أولى من «تأمين»^(٢)، وعلى كلِّ فلا مُشاحَّة في الاصطلاح.

(١) انظر: لسان العرب، لابن منظور (دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط. ٣، ١٤١٩هـ) ٢٢٣/١، مختار الصحاح، لمحمد الرازي (مكتبة لبنان - بيروت، ١٩٨٩م)، ص ٢٣.
(٢) النظام الاقتصادي في الإسلام، د. عبد الله السعيد وآخرون (مكتبة الرشد - الرياض، ط. ٧، ١٤٣٨هـ)، ص ٢١٩.

التأمين اصطلاحاً:

«عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن».^(١)

وبهذا التعريف ونحوه عرّف في العديد من القوانين المدنية، وكتب الفقه القانوني^(١).

التأمين البحري اصطلاحاً:

لا يختلف تعريف التأمين البحري في المفهوم العام عن التعريف السابق، غير أنه لخصوصية أحكامه وتميزه عن سائر أنواع التأمين أفرده بعض فقهاء القانون بتعريف خاص، كما عرفته بعض القوانين البحرية^(٢)، والبعض لم يعرفه^(٣) استغناءً باستقرار المفهوم العام للتأمين في الفقه والقانون.

فعرّف بأنه: «عقد بموجبه يتعهد شخص هو المؤمن في مواجهة آخر وهو المستأمن مقابل مبلغ معين يسمى القسط، بأن يعرض الأضرار التي تصيب ذمة المستأمن نتيجة تحقق خطر من الأخطار البحرية»^(٤).

(١) انظر: القانون المدني المصري (المادة ٧٤٧)، والقانون المدني الأردني (مادة ٩٢٠)، والوسيط، للسهنوري (دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٩٦٤م) ٧/ ١٠٨٤.

(٢) منها قانون التجارة البحرية الأردني، وقانون التجارة البحرية الكويتي، والنظام التجاري البحري السعودي.

(٣) منها القانون التجاري البحري الإماراتي، والقانون البحري المصري.

(٤) انظر: القانون البحري، محمود سمير الشرقاوي (دار النهضة العربية، ٢٠١١م)، ص

كما عرّف بأنه: «عقد يرضى بمقتضاه المؤمن بتعويض المؤمن له من الضرر اللاحق به في معرض رحلة بحرية عن هلاك حقيقي لقيمة ما، مقابل دفع قسط، على ألا يتجاوز هذا التعويض قيمة الأشياء الهالكة»^(١).

وعرّف بأنه: «العقد الذي يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤمن، بتعويض شخص آخر يسمى المؤمن له، عن الضرر الناشئ من خطر بحري، نظير قسط معين»^(٢).

يظهر من خلال التعريفات السابقة اتفاقها في مفهوم التأمين البحري، وإبرازها لأركانها، وإشارتها لآثاره، ونصها على الخطر البحري لأنه الأساس الذي يميز التأمين البحري عن سائر أنواع التأمين.

وجدير بالذكر أن كتب الفقه الإسلامي المتقدمة خلت من هذا المصطلح، حيث لم يُعرّف التأمين في البلدان الإسلامية إلا في وقت متأخر، بعد ظهوره واكتسابه للصفة القانونية في الغرب، ثم تناوله الفقهاء المعاصرون بالدراسة حسب تلك الصفة، غير أنه اجتهاداً يمكن تعريف التأمين البحري بما يتوافق مع روح الفقه الإسلامي بأنه: «ضمان بعوض، لأخطار بحرية معينة، مقابل عوض»^(٣).

(١) بهذا عرّفه قانون التجارة البحرية الأردني (مادة ٢٩٦).

(٢) النظام التجاري البحري السعودي، (المادة الأولى، فقرة ٢٧).

(٣) انظر: حكم التأمين في الشريعة الإسلامية، لمحمد سلامة (شركة الشروق للنشر)، ص ٦. عقد التأمين التجاري وحكمه في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم بن عبد الرحمن العروان (مركز البحوث التربوية: بكلية التربية بجامعة الملك سعود، ١٤١٥هـ)، ص ٩.

المطلب الثاني: خصائص التأمين البحري:

لعقد التأمين البحري خصائص، يمكن إيضاحها كما يلي:

أولاً: عقد تجاري:

يهتم القانونيون بتقسيم الأعمال إلى تجارية ومدنية، وبدأ هذا الاهتمام منذ استقلال القانون التجاري عن المدني، وكان هذا الاستقلال بسبب تمتع القانون التجاري بخصائص ميّزته عن القانون المدني، فنشأ القانون التجاري ليُنظّم طائفة من الأعمال هي الأعمال ذات الصفة التجارية وأعمال التجار وفق قواعده الخاصة؛ وعليه يمكن القول بأن الأعمال التجارية هي الأعمال الخاضعة للقانون التجاري والأعمال المدنية هي الأعمال الخاضعة للقانون المدني. والقانون التجاري في سبيل قيامه بدوره قد اختار مجموعة من الأعمال أخضعها لسلطانه بطريق النص عليها عرفت بالأعمال التجارية الأصلية المنفردة والأعمال التجارية الأصلية بطريق المقابلة، تاركاً المجال للفقهاء والقضاء للتمييز بين الأعمال التجارية والمدنية، واستيعاب ما يستجد عن طريق القياس، فقام الفقهاء والقضاء بدوره معتمداً على معايير متعددة لتمييز العمل التجاري عن المدني وأنتج نظرية الأعمال التجارية بالتبعية وهي الأعمال المدنية في الأصل لكن يقوم بها التاجر لأغراض تجارته^(١)، ومهما يكن فإن للنص القانوني دوره الرئيس في تحديد العمل التجاري.

(١) دروس في القانون التجاري، أكثم الخولي (معهد الإدارة العامة - الرياض، ١٩٧٣هـ) ص ١٢.

القانون التجاري السعودي، محمد حسن الجبر (الرياض، ط. ٤، ١٤١٧هـ) ص ٣٧.

وبالنسبة لعقد التأمين البحري فهو عمل تجاري، تجد المواد النظامية المتعلقة به في الباب السابع من «النظام البحري التجاري» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٣) وتاريخ ٥ / ٤ / ١٤٤٠ هـ، وكذا سائر القوانين التجارية البحرية المقارنة تحوي أحكام التأمين البحري.

وكأثرٍ فقهي لذلك فإن التأمين البحري يخضع للنصوص النظامية الخاصة الواردة في «النظام البحري التجاري»، مع مراعاة التمييز بين النصوص النظامية الآمرة أو الملزمة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، والنصوص المكّلة أو المفسّرة التي يجوز الاتفاق على خلافها^(١)، إضافة إلى الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها النظام العام في المملكة العربية السعودية^(٢)، وكذا مراعاة العرف التجاري البحري؛ وعليه يمكن القول

(١) النصوص الآمرة والمكّلة مسألة فقهية في الأصل، يميزها الفقيه والقاضي، وفي التأمين البحري نصت بعض الأنظمة المقارنة عليها تبييناً، كقانون التجارة البحرية الأردني (م ٢٩٧) نصت: «جميع أحكام هذا الباب التي لم يصرح على وجه خاص بأنها مرعية الإجراء على الرغم من كل اتفاق مخالف، أو بأن عدم رعايتها موجب للبطلان؛ لا تكون إلا بمثابة تأويل لمشيئة المتعاقدين ويجوز مخالفتها بمقتضى نص صريح»، والقانون الاتحادي التجاري البحري الإماراتي (م ٣٦٦ / ٢) نصت: «ويجوز الاتفاق على مخالفة هذه الأحكام ما لم تكن من طبيعة أمر».

انظر: الوجيز في القانون البحري وفقاً للأنظمة المقارنة، لمحمد نصر محمد (مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض، ١٤٣٢ هـ) ص ٣٥٢. المدخل لدراسة القانون، محمد حسن قاسم (منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ٢٠١٢ م) ١ / ٩٩.

(٢) عملاً بدستور الدولة الذي نص عليه النظام الأساسي للحكم؛ نصت المادة السابعة منه على أنه: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة»، وتطبيقاً لذلك جاءت المادة الثامنة والأربعون من النظام الأساسي للحكم لتنص على أنه: =

بأن أهم مصادر الحكم في التأمين البحري في المملكة العربية السعودية على الترتيب هي:

١. أحكام الشريعة الإسلامية.
٢. النصوص النظامية الآمرة الخاصة بالتأمين البحري.
٣. الاتفاق أو العقد المبرم بين أطراف التأمين.
٤. النصوص النظامية المكملة الخاصة بالتأمين البحري.
٥. الأعراف التجارية البحرية بين ذوي الشأن.
٦. السوابق القضائية.
٧. الفقه القانوني البحري، متمثلاً في آراء شراح القانون^(١).

ويجب أن يُلحَظ أن عقد التأمين البحري عمل تجاري مطلقاً بالنسبة للمؤمن؛ لأنه شركة محترفة في ممارسة التأمين، كما يرسمه لها نظام مراقبة

= «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة».

(١) للمزيد حول ذلك انظر: مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه، عبد الوهاب خلاف (دار العلم ت الكويت، ١٣٩٢هـ) ص ١٠٢، الوجيز في القانون التجاري، سمير عالية (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ط. ١، ١٩٨٧م) ص ٣٦، الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق (دار النهضة العربية - مصر، ١٩٦٧م) ص ٢٠، مصادر الحكم التجاري، عارف العلي (بحث محكم: مجلة قضاء، الصادرة عن الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد السادس، جمادى الآخرة ١٤٣٧هـ) ص ٧٥.

شركات التأمين التعاوني^(١)، أما المؤمن له فيتوقف الأمر على صفته وغرضه تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، فإن كان تاجرًا وأمن لأغراض التجارة فهو عمل تجاري وإلا فلا، كما لو أمن على سفينة خاصة للنزهة^(٢).

ومن الناحية الفقهية يترتب على ذلك اختصاص المحاكم التجارية بالدعوى الناشئة عن عقد التأمين البحري متى ما كان المدعى عليه هو المؤمن، أو المؤمن له إن كان تاجرًا وأمن لأغراض التجارة، وإلا كان من اختصاص المحاكم العامة (المدنية)^(٣)؛ غير أن الواقع العملي في المملكة العربية السعودية مختلف، حيث يعقد الاختصاص بها للجان قضائية خاصة هي لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية^(٤).

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٢ وتاريخ ٢/٦/١٤٢٤هـ. وقد تمت الإشارة إليه في الباب السابع (التأمين البحري) المادة (٢٩٣) من النظام التجاري البحري حيث نصت: «دون إخلال بالأحكام الواردة في نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، تسري أحكام هذا الباب على عقد التأمين الذي يكون موضوعه تغطية الأخطار البحرية».

(٢) انظر: القانون البحري، بهجت عبد الله قايد (القاهرة، ١٩٨٤م) ص ٣٢٥، القانون البحري، عادل علي المقدادي (دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، ط. ١، ٢٠٠٢م) ص ٢٤٩.

(٣) انظر: الأعمال التجارية المفردة وتطبيقاتها القضائية، يوسف عبد الله الخضير (بحث محكم مجلة العدل، العدد ٤٤، شوال ١٤٣٠هـ) ص ٧٠.

(٤) تم إنشاء لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية بموجب نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٢ وتاريخ ٢/٦/١٤٢٤هـ المعدل بالمرسوم الملكي رقم م/٣٠ وتاريخ ٢٧/٥/١٤٣٤هـ، حيث تناولت المادة رقم (٢٠) بعد التعديل تشكيل اللجان الابتدائية وبيان مدة عضويتها وتحديد اختصاصاتها، بينما تناولت المادة (٢٢) بعد التعديل تشكيل اللجنة الاستئنافية المختصة بالنظر في التظلمات التي يقدمها ذوو الشأن على قرارات اللجان الابتدائية. انظر: <https://www.idc.gov.sa>.

ثانياً: عقد شكلي:

تُقسّم العقود باعتبارات مختلفة، باعتبار تكوين العقد تنقسم العقود إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، العقد الرضائي هو الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين أي اقتران الإيجاب بالقبول؛ فالتراضي وحده هو الذي يُكوّن العقد دون الحاجة إلى محرر رسمي أو عرفي، والعقد الشكلي هو الذي لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لانعقاده اتباع شكل مخصوص يعينه القانون، وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية أو عرفية يُدوّن فيها العقد، والعقد العيني هو الذي لا يتم بمجرد التراضي بل يجب لانعقاده تسليم العين محل التعاقد^(١).

وعقد التأمين البحري عقد شكلي؛ باعتبار أن النظام نص على عدم ثبوته إلا بالكتابة^(٢)، في صورة وثيقة تأمين تحتوي على بيانات معينة كحد أدنى^(٣)، وبعض الشراح يرى أنه عقد رضائي باعتبار أن الأصل انعقاده بالتراضي، والكتابة إنما نص عليها النظام كشرط للإثبات^(٤)، فأصبحت بذلك قيداً على مبدأ حرية الإثبات الذي كان من الممكن أن يستفيد منه صاحب المصلحة في إثبات العقد، وعلى كل فوصف عقد التأمين البحري بأنه عقد شكلي هو

- (١) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري (مرجع سابق) ١/١٤٩.
- (٢) نصت المادة (١/٢٩٤) من النظام البحري التجاري على أنه: «لا يثبت عقد التأمين وكل ما يطرأ عليه إلا بالكتابة».
- (٣) انظر: القانون البحري، لطيف جبر كوماني (الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - الأردن، ط. ٣، ٢٠٠٣م) ص ٢٥٤.
- (٤) انظر: التأمين البحري، مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق (دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠٥م) ص ١٩.

الأنسب للواقع العملي^(١)، فلا يتصور عملاً قيام أحد بالتأمين إلا بصدور وثيقة التأمين التي تستوفي معلومات وبنوداً كثيرة لا يمكن ضبطها دون كتابة لا سيما مع طول زمن التأمين.

ثالثاً: عقد معاوضة:

عقد المعاوضة هو الذي يدفع فيه كل طرف مقابلًا للحصول على مبتغاه من العقد، مثل عقد البيع، وعكسه عقد التبرع الذي يحصل بلا عوض كالوصية^(٢).

عقد التأمين البحري عقد معاوضة، فطرفاه يلتزمان بدفع عوض، أما المؤمن له فيلتزم بدفع قسط التأمين، وأما المؤمن (شركة التأمين) فيلتزم بدفع مبلغ التأمين وهو التعويض المالي عند وقوع الخطر المؤمن منه، والذي هدفه تعويض الضرر المالي الذي يصيب المؤمن له فحسب، وعند هذا الحد يقف مبلغ التأمين^(٣).

ويترتب على ما سبق آثار قانونية مهمة، أبرزها:

- (١) انظر: القانون البحري، طالب حسن موسى (دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، ط. ٣، ٢٠١٢م) ص ٢٧٩.
- (٢) انظر: الأشباه والنظائر، لابن الوكيل (دار الكتب العلمية - بيروت، ط. ١، ١٤٢٣هـ) ص ١٥٣، نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، محمود المظفر (دار حافظ - جدة، ط. ٣، ١٤٣٦هـ) ص ٥٣.
- (٣) انظر: القانون البحري، مصطفى كمال طه (مرجع سابق) ص ٤٦٧.

١. أن عقد التأمين البحري عقد ملزم للطرفين؛ لأنه أنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، ولذلك أثره فيما يجب عليهما، وفي أحكام انقضاء العقد.
٢. عقد التأمين البحري عقد تعويض؛ فالتزام شركة التأمين يقف عند الحد الذي يعوض الضرر الحاصل فعلاً.
٣. لا يجوز أن يكون طرفاً في عقد التأمين أو مستفيداً منه إلا من كانت له مصلحة في عدم حصول الخطر^(١)؛ وإلا كان حصوله على مبلغ التأمين إثراء وليس تعويضاً.
٤. لا يجوز أن يكون عقد التأمين البحري مؤدياً للإثراء بلا سبب؛ بأن يحصل المؤمن له على ما يزيد عن قيمة الضرر الحاصل له^(٢).
٥. لا يجوز أن يعمل المؤمن له على تحقق الخطر المؤمن منه أو زيادته^(٣).
٦. وسيأتي - إن شاء الله - مزيد بيان لهذه الآثار، ومبادئ التعويض في مبحث قادم^(٤).

(١) المادة (٢٩٧) من النظام البحري التجاري.

(٢) انظر المواد (١/٣٠٢)، (١/٣٠٥) من النظام البحري التجاري.

(٣) انظر المواد (٣/٣٠١)، (٣/٣٠٣)، (١/٣٠٧)، (٢/٣١٤)، (٣/٣١٦) من النظام البحري التجاري.

(٤) في مبحث: آثار التأمين.

رابعاً: عقد غرر أو عقد احتمالي:

الغرر «هو المجهول العاقبة»^(١)، أو هو «ما تردد بين الحصول والفوات»^(٢)؛ وهذا منطبق على عقد التأمين البحري، فإن الخطر المؤمن منه مجهول الوقوع، ومتردد بين الحصول وعدمه، إن حصل استحق المؤمن له التعويض وإلا فلا، بل إن قيمة التعويض لا تحدد إلا بعد حصول الضرر، فعند إبرام العقد كل من المؤمن له والمؤمن لا يعلمان العاقبة؛ لذا فعقد التأمين البحري يكتنفه الغرر لدى الطرفين فكلاهما لا يعرف مقدار ما يعطي وما يأخذ، ويكتنفه الغرر من جهة استحقاق مبلغ التأمين، ومقداره، ومن جهة أجله.

ويسمى أيضاً العقد الاحتمالي^(٣)، وعُرف بأنه «العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى»^(٤).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام (جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم وابنه، ط. ١٤٠٤هـ) ٢٩/٢٢، القواعد النورانية، لابن تيمية (دار ابن الجوزي - الرياض، ت. أحمد الخليل، ط. ١، ١٤٢٢هـ) ص ١٦٩.

(٢) انظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان محمد الديان (ط. ٢، ١٤٣٤هـ) ٤٩٧/٣.

(٣) انظر: عقد البيع، لمصطفى الزرقا (دار القلم - دمشق، ط. ٢، ١٤٣٣هـ) ص ١٢، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، البروفيسور الصديق محمد الأمين الضرير (سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي: الكتاب الثالث، ط. ٢، ١٤١٦هـ) ص ٦٧.

(٤) نظرية العقد، للسنيهوري (منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ط. ٢، ١٩٩٨م) ١٤٠/١.

وكون الخطر احتمالياً وصف جوهرى في عقد التأمين البحري، يترتب على تخلفه بطلان العقد بنص النظام^(١)، وسيأتي مزيد بيان في مبحث قادم - إن شاء الله -.

ومن الناحية الفنية الاقتصادية فإن المؤمن (شركات التأمين) تعمل على إدارة المخاطر الناتجة عن الصفة الاحتمالية لعقد التأمين بأسس علمية، تقلل هذه المخاطر، وتجعلها في الحدود المقبولة في العمل التجاري^(٢).

خامساً: عقد إذعان:

الإذعان لغة: الانقياد، والرضوخ^(٣).

واصطلاحاً: «العقد الذي يُملي فيه أحد طرفيه شروطه؛ لكونه الأقوى مالياً، ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها»^(٤).

(١) تنص المادة (١/٣٠٣) من النظام البحري التجاري على أنه: «يقع باطلاً عقد التأمين الذي يبرم بعد هلاك الأشياء المؤمن عليها أو بعد وصولها إذا ثبت أن نأباً الهلاك أو الوصول بلغ قبل إبرام العقد إلى مكان توقيع العقد، أو إلى المكان الذي يوجد فيه المؤمن أو المؤمن له».

(٢) إدارة الغرر في التأمين الإسلامي، أ. د. عبد الرحيم الساعاتي (ورقة علمية: الملتقى الثاني للتأمين التعاوني الذي نظّمته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد، الرياض ١٤٣١هـ) ص ٩.

(٣) انظر: المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية (نسخة إلكترونية، ٣ نوفمبر ٢٠٠٩م) ص ٢٥٤.

(٤) ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، عبد الحميد البعلي (مؤسسة الشرق للنشر - الأردن، ط. ١، ١٩٨٥م) ص ٩٠.

أو «العقد الذي تكون فيه الصيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على أنموذج نمطي للعقد يُعدّه أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة؛ لكونه الأقوى مركزاً مالياً، ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المُعد لهذا العقد»^(١).

والبعض يسميه عقد الاضطرار، والانضمام، ويقابل عقود الإذعان عقود المساومة أو المفاوضات التي يملك فيها الطرفان على وجه التساوي وضع الشروط والآثار^(٢)، وهذه المعاني لم ترد في كتب الفقه الإسلامي قديماً^(٣)؛ لكونها أوصافاً مستحدثة في العقد، غير أن الشريعة تستوعبها بناء على قاعدة «الأصل في المعاملات الحل والإباحة»^(٤)، ومراعاةً للمصالح المتبعة، فللعقود الإذعان تطبيقات واسعة في الحياة خاصة في مجال الخدمات كالمصارف والكهرباء والمياه وغيرها^(٥).

(١) عقود الإذعان، محمد علي القرى (بحث منشور: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٤/٣/٢٠٠٥).

(٢) نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، محمود المظفر (مرجع سابق) ص ٢٤٥.

(٣) عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، نزيه كمال حماد (بحث منشور، مجلة العدل، العدد ٢٤، شوال ١٤٢٢هـ) ص ٦٢.

(٤) انظر: الوجيز في القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنو (مؤسسة الرسالة - بيروت، ط. ٥، ١٤١٩هـ) ص ١٩١.

(٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري (دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط. ١، ١٤١٧هـ) ٢/٧٥.

ونجد وصف الإذعان منطبقاً على عقد التأمين البحري، ففي الواقع العملي شركات التأمين لقوة مركزها المالي تُعد أنموذج التأمين البحري، وتضع شروطها، ولا يملك الطرف الآخر غير الموافقة دون مناقشة أو تعديل أو مساومة حقيقية، فتكون حريته التعاقدية منقوصة، ما لم يكن يمثل مركزاً مالياً قوياً موازياً لشركات التأمين^(١)، كشرركات البترول والغاز مثلاً، ففي هذه الحالة يرد الاستثناء وتمكن المفاوضة.

ولما كان عقد التأمين البحري عقد إذعان، فيه طرف قوي، وطرف ضعيف، وكان احتمال وضع الطرف القوي لشروط تعسفية قائماً؛ ترتب على ذلك أثر تنظيمي، وأثر قضائي:

الأثر التنظيمي: تدخل الدولة بتنظيم التأمين البحري ضمن نصوص النظام البحري؛ سعياً للموازنة بين مصالح الطرفين، وتحقيق حماية قانونية متكافئة قدر الإمكان.

الأثر القضائي: للقضاء سلطة في الرقابة على عقود الإذعان، بتفسير العقد عند الغموض لمصلحة المؤمن له باعتباره الطرف الأضعف، وإلغاء أو تخفيف الشروط التعسفية بما يوازن ويقارب بين مصلحة الطرفين^(٢).

(١) انظر: القانون البحري، مصطفى كمال طه (مرجع سابق) ص ٤٦٧.

(٢) انظر: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، صلاح الدين الناهي (مكتبة العاني - بغداد، ١٩٥٠م) ص ٤٤، عقود الإذعان فقهاً وقضاء، إبراهيم سيد أحمد (دار الكتب القانونية - القاهرة، ط. ١، ٢٠١٠م) ص ٥٩، عقد الإذعان، عبد المنعم فرج الصدة (بحث منشور، مجلة الأمن والقانون، كلية الشرطة، دبي، العدد الأول، ١٩٩٦م) ص ٢٥٢.

ومن ناحية اقتصادية فإن فتح السوق لتعدد شركات التأمين البحري يخلق تنافسية تعود على المؤمن لهم بالفائدة؛ إذ ستلجأ الشركات لشروط وبنود أكثر ملاءمة للعملاء لجذبهم، وتوسيع حصتها في السوق^(١).

سادساً: عقد منتهى حسن النية:

يصعب الوصول لتعريف جامع مانع لمبدأ حسن النية في العقود؛ لارتباطه بمفاهيم متعددة، دينية، وأخلاقية، وقانونية^(٢)، لكن يمكن الاجتهاد في وضع تعريف يقارب المعنى ويشير للمقصود، فنقول هو: التعامل بأمانة وصدق واستقامة والتزام تام، ليبقى العقد عادلاً محققاً لمقصود المتعاقدين، لا إضرار فيه بأحدهما.

وكل العقود مطلوب فيها حسن النية، ولثبوت سئوها آثار شرعية وقانونية، غير أنها في عقد التأمين البحري أكثر لزوماً وأهمية؛ لطبيعته وخصوصيته^(٣)، لذا يوصف بأنه عقد منتهى حسن النية، أو حسن النية المطلق، ويُعدُّ مبدأً رئيسياً من مبادئه، تنص الأنظمة البحرية المقارنة على

(١) انظر: المحل في عقد التأمين البحري، مجيد أحمد إبراهيم (بحث منشور، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد، العدد ٢٥، ٢٠١٨م) ص ٢٣٠.

(٢) انظر: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ياسين الجبوري (دار الثقافة - الأردن، ط.١، ٢٠٠٨م) ٣٨٨/١، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، حمدي عبد الرحمن (دار النهضة العربية - القاهرة، ط.١، ١٩٩٩م) ٤٣٨/١.

(٣) التأمين البري في التشريع الأردني، عبد القادر العطير (دار الثقافة - الأردن، ط.٥، ٢٠١٤م) ص ٤٢.

جزاء الإخلال به وما يترتب على الغش والتدليس، بل بعض الأنظمة البحرية كالنظام البحري السعودي نص عليه صراحة^(١).

ولعل سبب نشوء هذا المبدأ واستقراره فقهاً ثم تشريعاً يعود إلى ما يلي:

١. أن معاملة التأمين ذات مسائل كثيرة، ومعلومات تفصيلية، يصعب على كل طرف الإلمام بها، ومعرفتها لوحده.

٢. أن الظروف المحيطة بمحل التأمين يجعلها المؤمن، ولا سبيل إلى معرفتها بشكل كامل إلا من خلال ما يدلي به المؤمن له من بيانات^(٢).

٣. أن التأمين عقد تعويض؛ فلا بد من حسن النية المطلقة لئلا يتخذ وسيلة إلى الإثراء بلا سبب، والاستفادة غير المشروعة منه.

ولحسن النية أثر كبير في تحديد التزامات طرفي عقد التأمين البحري، وفي انقضائه بسبب الإخلال بهذا المبدأ، ويجب على طرفي التأمين البحري الالتزام به، في مرحلة إبرام العقد، وفي مرحلة تنفيذه، ويمكن القول بأن مبدأ حسن النية في التأمين البحري يقتضي على وجه العموم ما يلي:

١. بالنسبة للإعلام:

أ. وضوح لغة العقد، وشروطه، وتقيده بأحكام النظام^(٣).

(١) تنص المادة (٢٩٩) من النظام البحري التجاري على أنه: «يقوم عقد التأمين على مبدأ حسن النية، وإذا لم يراع ذلك أي من الطرفين يكون للطرف الآخر حق إبطال العقد».

(٢) المحل في عقد التأمين البحري، مجيد أحمد إبراهيم (مرجع سابق) ص ٢٣٠.

(٣) الخطر في التأمين البحري، محمود الشراوي (الدار القومية للطباعة والنشر - مصر، ١٩٦٦م) ص ٢٦.

ب. وجوب تقديم المؤمن له بيانات صحيحة للمؤمن؛ تؤدي لتقدير الخطر بقيمته الحقيقية^(١).

ج. عدم جواز تقديم بيانات غير صحيحة، أو السكوت عن تقديم بيانات جوهرية تتعلق بالتأمين؛ وفي الحالتين تؤدي لتقدير الخطر بأقل من حقيقته^(٢)، ولا يشترط هنا ثبوت سوء النية في الإعلام، بل عدم القيام بما يجب كافٍ لثبوت الحكم، وهذا في مرحلة إبرام العقد، وجزاءً على ذلك يجوز للمؤمن طلب إبطال العقد.

د. يجب على المؤمن له إبلاغ المؤمن بالظروف التي تطرأ أثناء سريان وثيقة التأمين ويكون من شأنها زيادة الخطر^(٣)، وجزاءً على ذلك يجوز للمؤمن طلب فسخ العقد.

(١) تنص المادة (٣١٤/٣) من النظام البحري التجاري على أنه: «أن يعطي بياناً صحيحاً عند التعاقد بالظروف التي يعلم بها التي من شأنها تمكين المؤمن من تقدير الأخطار التي يجري التأمين عليها وأن يطلعها أثناء سريان العقد على ما يطرأ من زيادة في هذه الأخطار؛ وذلك في حدود علمه بها».

(٢) تنص المادة (٣٠٠) من النظام البحري التجاري على أنه: «١. للمؤمن أن يطلب إبطال عقد التأمين إذا قدم المؤمن له -ولو بغير سوء نية- بيانات غير صحيحة، أو سكت عن تقديم بيانات جوهرية تتعلق بالتأمين، وكان من شأن ذلك في الحالتين أن قدر المؤمن الخطر بأقل من حقيقته. ٢. للجهة القضائية المختصة أن تحكم للمؤمن في الأحوال المبينة في الفقرة (١) من هذه المادة بمبلغ مساوٍ لقسط التأمين إذا أثبت سوء نية المؤمن له، أو بمبلغ لا يتجاوز نصف هذا القسط إذا انتفى سوء النية».

(٣) تنص المادة (٣٠١/١) من النظام البحري التجاري على أنه: «على المؤمن له أن يبلغ المؤمن بالظروف التي تطرأ أثناء سريان وثيقة التأمين ويكون من شأنها زيادة الخطر الذي يتحمله المؤمن، وذلك خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ العلم بها، فإن لم يبلغ في هذا الميعاد جاز للمؤمن فسخ العقد».

هـ. جواز طلب إبطال العقد من قبل المؤمن في حال عدم قيام المؤمن له بواجباته في الإعلام، وأدى إلى زيادة مبلغ التأمين عن قيمة الأشياء المؤمن عليها، إذا ثبت تدليس^(١)، وهذا في مرحلة تنفيذ العقد.

و. يجب على المؤمن له الذي يطلب تسوية الضرر الذي لحق به أن يصرح للمؤمن بوجود التأمينات الأخرى التي يعلم بها، وإلا كان طلبه غير مقبول^(٢).

٢. بالنسبة للأعمال^(٣):

أ. ألا يعمل المؤمن له على حدوث الخطر المؤمن منه عمداً، أو إهمالاً وتقصيراً.

ب. أن يبذل العناية المعقولة للمحافظة على الشيء المؤمن عليه.

ج. على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما في استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها، لتخفيف نتائج الضرر، وعليه أن يتخذ جميع

(١) تنص المادة (١/٣٠٢) من النظام البحري التجاري على أنه: «للمؤمن طلب إبطال العقد، إذا كان مبلغ التأمين يزيد على قيمة الأشياء المؤمن عليها، وثبت التدليس من جانب المؤمن له أو وكيله. وفي هذه الحالة يكون للجهة القضائية المختصة أن تحكم للمؤمن بمبلغ لا يتجاوز قسط التأمين، ومراعاة ما لحقه من أضرار. فإن انتفى التدليس عدَّ العقد صحيحاً بمقدار قيمة الأشياء المؤمن عليها».

(٢) تنص المادة (٢/٣٠٥) من النظام البحري التجاري على أنه: «يجب على المؤمن له الذي يطلب تسوية الضرر الذي لحق به أن يصرح للمؤمن بوجود التأمينات الأخرى التي يعلم بها، وإلا كان طلبه غير مقبول».

(٣) انظر المواد (٣/٣٠١)، (٣/٣٠٧)، (١/٣١٤)، (٢/٣١٤)، (٣١٦) من النظام البحري التجاري.

الإجراءات للمحافظة على حق المؤمن في الرجوع على الغير المسؤول عن الضرر.

ومن الناحية القضائية فإن الأصل حسن النية، والمطالب بالإثبات هو مدعي سوء النية، وله أن يثبتها وفق مبدأ حرية الإثبات في القضاء التجاري^(١)، وللقاضي سلطته التقديرية عند النظر في الأدلة، مع مراعاة المواد النظامية التي لا تشترط ثبوت سوء النية عند الإخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين البحري.

سابعاً: من عقود المدة:

المدة عنصر رئيسي يتم به توقيت المنفعة، ومتى انتهت هذه المدة انتهى عقد التأمين البحري، يلتزم فيه الأطراف بالتزامات مستمرة ودورية خلال مدته؛ لذا يوصف بأنه من عقود المدة، أو عقد زمني، أو عقد ممتد^(٢).

(١) يقصد بمبدأ حرية الإثبات في القضاء التجاري: الإثبات بجميع الطرق الممكنة بلا قيد كالشهادة والإقرار والكتابة والقرائن والدفاتر والسجلات التجارية والمراسلات بأنواعها وغيرها من طرق الإثبات؛ مراعاة للسرعة والمرونة في المعاملات التجارية. انظر: حرية الإثبات في النظام التجاري، يوسف الخضير (بحث محكم، المجلة القضائية، وزارة العدل، العدد السابع، رمضان، ١٤٣٤هـ) ص ٢٦.

(٢) انظر: المبادئ الأساسية للتأمين، محمود الكيلاني (الاتحاد العام لشركات التأمين، ٢٠٠٦م) ص ١٩.

المبحث الأول أركان عقد التأمين البحري

لفقهاء الشريعة في تحديد أركان العقد قولان؛ بناء على اختلافهم في تعريف الركن؛ فمن عرّف الركن بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً منه يرى أن للعقد ركناً واحداً وهو الصيغة، ومن عرّف الركن بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً منه يرى أن للعقد ثلاثة أركان هي العاقدان والمعقود عليه والصيغة، القول الأول للحنفية، والقول الثاني للجمهور^(١)، وهو القول المختار للباحث؛ لذا يمكن القول بأن أركان عقد التأمين البحري هي الصيغة والعاقدان والمعقود عليه.

ويجدر التنبيه أن الباحث سار في مفهوم الأركان على مدرسة الفقه الإسلامي وليس على المدرسة القانونية التي تجعل الأركان هي الرضا والمحل والسبب؛ لمناسبتها طبيعة التنظيم في المملكة العربية السعودية، كما أن عبارات القانونيين تختلف فمنهم من يطلق على الرضا والمحل والسبب مسمى أركان موضوعية ويجعلها قسيمة للأركان الشكلية، ومنهم من يطلق عليها الشروط الموضوعية ويجعلها قسيمة للشروط الشكلية، فمصطلح أركان أو شروط محل تسامح في القانون.

(١) انظر: المغني، ابن قدامة (دار عالم الكتب - الرياض، ت. عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، ط. ٣، ١٤١٧هـ) ٣٦/٦.

المطلب الأول: الصيغة:

الصيغة: ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه، وهي الإيجاب والقبول.

وهذا الإيجاب والقبول الصادر يجب أن يأخذ شكلاً حدده النظام؛ لأن عقد التأمين البحري عقد شكلي كما تقدم، فحرية الإرادة في عقد التأمين البحري مقيدة من ناحية الانعقاد أو الإثبات بأمر ولي الأمر الصادر في شكل نص نظامي ضمن نصوص النظام البحري التجاري^(١)، فتظهر الصيغة في شكل كتابي يطلق عليه وثيقة التأمين.

والفقه الإسلامي يستوعب هذا انطلاقاً من أحكام السياسة الشرعية^(٢) التي تقبل القيود النظامية على العقود وحرية التصرف تحقيقاً لمصالح كبرى.

يقابل الصيغة عند فقهاء القانون ركن أو شرط الرضا، وهو مفهوم وضعي يعبر عن ترابط إرادة بإرادة أخرى وتلاقيهما من أجل إحداث أثر قانوني معين، والتعبير عن الرضا في عقد التأمين البحري يأخذ شكلاً واحداً، وهو الشكل الكتابي الذي ينتج عنه وثيقة التأمين، سواء للانعقاد أو الإثبات، على القولين.

(١) راجع: المادة (٢٩٤) من النظام البحري التجاري السعودي.
(٢) عرفها الإمام أبو الوفاء ابن عقيل الحنبلي رَحْمَةُ اللَّهِ بِأَنْهَا: «ما كان فعلاً يكون الناس معه أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الله والرسول ولا نزل به وحي». انظر: الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ابن القيم الجوزية (دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٥هـ) ص ١٤.

وإعمالاً للقواعد العامة في الشريعة والقانون يجب أن يكون عقد التأمين البحري سالماً من عيوب الإرادة وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال^(١)، لا سيما أنه عقد احتمالي، وعقد منتهى حسن النية كما تقدم.

مسألة: وثيقة التأمين:

يجب أن يصدر بموجب عقد التأمين البحري وثيقة؛ تمثل من الناحية الفقهية الشرط الشكلي للتأمين البحري، ويجب أن تتضمن بيانات حددها النظام.

ويمكن تعريف وثيقة التأمين البحري بأنها: «محرر مكتوب عقداً للتأمين البحري بين طرفيه، أو إثباته، مؤقتاً أو نهائياً، اسمياً أو إذنيًا أو لحامله، وفقاً للشروط النظامية، والشروط الاختيارية، لا يثبت ما يطرأ عليه إلا كتابة»^(٢).

شرح التعريف:

- «محرر مكتوب»: تنبيه على اشتراط الكتابة لعقد التأمين البحري، الرسمية أو العرفية.

- «عقداً للتأمين البحري»: تنبيه على القول بأن الكتابة شرط لانعقاد التأمين البحري.

(١) للمزيد: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري (مرجع سابق) ١١٣/٤.

(٢) لم أجد من عرفها، فاجتهدت بعد استقراء الأحكام في وضع هذا التعريف؛ ليكون مشيراً إلى مسائل وثيقة التأمين.

- «أو إثباته»: تنبيه على القول الآخر بأن الكتابة شرط للإثبات لا للانعقاد.

- «مؤقتاً أو نهائياً»: في الواقع العملي قد تصدر وثيقة التأمين بشكل مؤقت - تسمى مذكرة مؤقتة - إلى أن تصدر الوثيقة النهائية التي تكون حينها في مرحلة الإعداد؛ بهذا الاعتبار يمكن القول بأن وثيقة التأمين نوعان: مؤقتة ونهائية، ومن الناحية القانونية لهما نفس الحكم، فالوثيقة المؤقتة ملزمة للطرفين إلى أن تصدر الوثيقة النهائية؛ ولعل الحكمة من ذلك مراعاة ما يتطلبه إصدار الوثيقة النهائية من وقت، وحرص المنظم (المشرع) على تحقيق أقصى حماية قانونية لأطراف عقد التأمين، فلا يتهرب طرف من التزاماته بدعوى أنها وثيقة مؤقتة، ويجب أن يُلحظ أن الوثيقة المؤقتة عقد موقع بين الطرفين بشكل مؤقت، وتختلف عن مجرد طلب التأمين أو عرض التأمين الذي يكون موقعاً من طرف واحد^(١).

- «اسمياً أو إذنيّاً أو لحامله»: وثيقة التأمين باعتبار المستفيد منها أنواع ثلاثة^(٢)، كل نوع له أحكامه في انتقالها.

أ. الوثيقة الاسمية: هي التي تصدر باسم شخص معين، وهي غير قابلة للانتقال إلا بطريقتين:

(١) انظر: القانون البحري، الشراوي (مرجع سابق) ص ٥١٩.

(٢) تنص المادة (١/٢٩٥) من النظام البحري التجاري على: «تكون وثيقة التأمين باسم المؤمن له أو لأمره، أو لحاملها».

أحدهما: بموجب أحكام حوالة الحق المعروفة شرعاً، مما يعني وجوب إبلاغ المؤمن وقبوله. ولا تنتقل إلا مع الأشياء المؤمن عليها؛ لأنها محل الحق. الثاني: التعديل كتابياً بموافقة طرفي التأمين في وثيقة التأمين، وفي التكيف الفقهي هذا أقرب إلى كونه عقداً جديداً، لا تنازلاً عن العقد الأول، وعموماً فالشروط بين طرفي التأمين لها دورها في هذا الأمر^(١). يغلب هذا النوع في التأمين البحري على السفينة؛ لأن مالكة معروف وملكيته مستقرة^(٢).

ب. الوثيقة الإذنية أو لأمر: وهي القابلة للتداول بالتظهير، وهذا النوع يغلب في التأمين على البضائع؛ ليسهل تداولها مع سندات الشحن التي تكون إذنية في الغالب.

ج. الوثيقة لحاملها: وهي القابلة للتداول بالمناولة، حيث ينتقل الحق في التأمين بمجرد تسليم الوثيقة للمستفيد، وهذا النوع وإن أجازته النظام إلا أنه نادر في الاستخدام العملي^(٣).

- «وفقاً للشروط النظامية»: المراد بها أمران:

(١) بخصوص التأمين على السفينة فقد وضع المنظم لانتقال عقد التأمين قواعد متفقة في العموم مع الأحكام العامة لحوالة الحق. انظر: المادة (٣٣٨) من النظام البحري التجاري.

(٢) القانون البحري، مصطفى كمال (مرجع سابق) ص ٤٧٥.

(٣) انظر: القانون البحري، عادل المقدادي (مرجع سابق) ص ٢٥٨.

أ. البيانات التى نص النظام على وجوب ذكرها فى عقد التأمين البحرى، وهى تاريخ عقد التأمين ومكانه، اسم المؤمن والمؤمن له وموطنهما، محل التأمين، وصف التغطية التأمينية وحدودها واستثناءاتها ومدتها ونطاقها الجغرافى، مبلغ التأمين وقسطه، أى بيان آخر تحدده اللوائح^(١).

ب. الشروط التى لا يجوز مخالفتها من قبل الطرفين؛ لأنها النصوص النظامية الواردة بها أمره، فتعد من قبيل النظام العام.

- «والشروط الاختيارية»: أى شرط لا يخالف الشرع أو مقتضى عقد التأمين البحرى، بما فى ذلك الشروط التى تخالف النص النظامى المكمل، أو النصوص التى أجاز النظام الاتفاق على خلافها، والقاعدة أن الأصل فى الشروط الصحة واللزوم ما لم تخالف مقصود الشرع أو العقد، بدليل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً))^(٢).

- «لا يثبت ما يطرأ عليه إلا كتابة»: كما أنه لا يثبت عقد التأمين البحرى إلا بالكتابة، أيضاً لا يثبت أى تعديل له إلا بالكتابة، فلا يمكن الدفع بالاتفاق على خلاف المكتوب مشافهة؛ وهذا حرص من المنظم على تحقيق الحماية القانونية لعقد التأمين البحرى، وحماية حقوق أطرافه.

(١) راجع: المادة (٢٩٤)، (٣٥٠) من النظام البحرى التجارى.

(٢) رواه الترمذى فى كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فى الصلح برقم ١٣٥٢، صححه الألبانى (السلسلة الصحيحة برقم ٢٩١٥).

وثمة مسائل تتعلق بوثيقة التأمين يجب التنبيه عليها:

أولاً: لم ينص المنظم البحري السعودي على وجوب التوقيع على وثيقة التأمين البحري، بخلاف أنظمة بحرية مقارنة نصت على وجوب ذلك^(١)؛ ولعل المنظم أعرض عن ذلك لأنه معلوم أن مثل هذه المحررات لا عبرة بها ما لم يوقعها ذوو الشأن، سواء أكان توقيعاً عادياً أم إلكترونياً، ولو نص المنظم على التوقيع لكان أولى، مع إعمال القواعد العامة في الوكالة سواء العادية أو الوكالة بالعمولة^(٢).

ثانياً: لم ينص المنظم على لغة وثيقة التأمين، بخلاف أنظمة بحرية مقارنة^(٣)، ولو نص على اللغة العربية، مع جواز لغة أخرى، وتقديم اللغة العربية في الاحتجاج لكان أولى.

ثالثاً: لم ينص المنظم البحري على شكل وثيقة التأمين، رسمية أو عرفية، مثل الأنظمة البحرية المقارنة^(٤)، وقد أحسن في ذلك فهو الأنسب للواقع العملي، وهذا الإطلاق قابل للتقييد بلائحة تنفيذية إذا لزم المصلحة في المستقبل.

رابعاً: وثيقة التأمين البحري لا تنطبق عليها قاعدة تطهير الدفوع بالتظهير أو الانتقال، فللمؤمن أن يحتج في مواجهة حامل الوثيقة ولو

(١) مصري (٢/٣٤٢)، أردني (٢٩٨)، إماراتي (٢/٣٧٣)، كويتي (٢/٢٧١).

(٢) للمزيد عنها: القانون التجاري السعودي، محمد حسن الجبر (مرجع سابق) ص ٧٧.

(٣) مثل: كويتي (١/٢٦٩).

(٤) بعض الأنظمة نص على قبول الوثيقة الرسمية أو العرفية، كويتي (٢/٢٦٨).

كانت للأمر أو للحامل بالدفوع التي يجوز له توجيهها إلى المؤمن له^(١)، فهي وإن شابهت الأوراق التجارية من وجه الانتقال بالتظهير أو التسليم، فإنها تخالفها في كثير من الأوجه منها عدم تظهير الدفوع بالانتقال^(٢).

ومن ناحية الواقع العملي فإن هناك وثائق أنموذجية مطابقة لأحكام كثير من القوانين البحرية المقارنة، ويمكن الإضافة إليها، أشهرها في السوق الدولية في بريطانيا وثيقة اللويدز، ووثيقة شروط مجمع لندن لمكتبي التأمين، وفي فرنسا وثيقتان مشهورتان، وثيقة التأمين على السفن، ووثيقة التأمين على البضائع^(٣).

المطلب الثاني: العاقدان:

العاقد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه بالإيجاب أو القبول، ولمباشرته العقد يشترط توفر الأهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه أو توفر الولاية الشرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره، فالعاقد قد يكون أصيلاً وقد يكون وكيلًا، وقد يكون منفردًا وقد يكون متعددًا، وقد يكون شخصية حقيقية وقد يكون

(١) تنص المادة (٢/٢٩٥) من النظام البحري التجاري على أنه: «يكون لحامل الوثيقة الشرعي الحق في المطالبة بالتعويض، وللمؤمن أن يحتج في مواجهته بالدفوع التي يجوز له توجيهها إلى المؤمن له، ولو كانت وثيقة التأمين محررة لأمر المستفيد أو لحاملها».

(٢) للمزيد انظر: الأوراق التجارية، عبد الرحمن قرمان (مكتبة الشقري - الرياض، ط. ٢، ٢٠١١م) ص ٩-٢٤٧.

(٣) انظر: القانون البحري، الشرفاوي (مرجع سابق) ص ٥٢١.

شخصية اعتبارية، وقد اهتم الفقه الإسلامي بهذه التفاصيل وتحدث الفقهاء بإسهاب عن أحكام العاقد من ناحية الأهلية والولاية وتعدد العاقدين^(١).
ومسألة الأهلية ورضا المتعاقدين وغيرها من الشروط يسهل التحقق منها في عقد التأمين البحري؛ كونها تتم بإجراءات شكلية حددها النظام.
والعاقدان في التأمين البحري هما (المؤمن) والمؤمن له:

أولاً: المؤمن:

هي شركة مساهمة عامة، متخصصة في التأمين، مسجلة في المملكة العربية السعودية، وفق قواعد إجرائية وضوابط يحكمها نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، وتخضع لمراقبة مؤسسة النقد العربي السعودي إدارياً، وللجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية قضائياً^(٢).

ثانياً: المؤمن له:

ويسمى المستأمن، وقد يكون مالك السفينة، أو تجهزها، أو صاحب البضاعة المنقولة بحرًا، وهو الملزم في عقد التأمين البحري، غير أنه ليس بالضرورة أن يكون هو المستفيد من عقد التأمين لاحقاً؛ لأن وثيقة التأمين قابلة للتداول بالتظهير والمناولة، فمن آلت إليه وثيقة التأمين وطالب

(١) انظر: المغني، ابن قدامة (مرجع سابق) ٦/٣٦، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (دار القلم - دمشق - سوريا، ط. ١، ١٤١٨هـ) ١/٤٢٥.

(٢) راجع: نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٢ وتاريخ ١٤٢٤/٦/٢هـ.

بالتعويض عند حدوث الضرر هو المستفيد، وعليه فالمستفيد قد يكون المالك أو المجهز أو الشاحن أو الدائن المرتهن أو الدائن الممتاز مثلاً.

وفي كل الأحوال فيشترط أن يكون المؤمن، والمؤمن له، والمستفيد صاحب مصلحة تأمينية^(١)، فهي مبدأ أساسي من مبادئ التأمين البحري، بتخلفها يبطل عقد التأمين بطلاناً مطلقاً، بنص النظام، فهي من قبيل النظام العام، والنص الوارد بها نص ملزم.

المصلحة التأمينية: هي مصلحة مشروعة، مباشرة أو غير مباشرة^(٢)، ضابطها أن تكون منفعة الشيء المؤمن عليه وربحه مع عدم حصول الضرر، وسلامته؛ وإنما كانت المصلحة التأمينية مبدأً رئيسياً من مبادئ التأمين البحري للاعتبارات التالية:

١. أن غاية عقد التأمين البحري التعويض عند حصول الضرر.
٢. منع استغلال عقد التأمين البحري للتریح والإثراء بلا سبب^(٣)؛ مما يجرحه عن غرضه.

(١) تنص المادة (٢٩٧/١) من النظام البحري التجاري على أنه: «لا يجوز أن يكون طرفاً في عقد التأمين أو مستفيداً منه إلا من كانت له مصلحة في عدم حصول الخطر»، يقابلها كويتي (٢٧٣/٢)، إماراتي (٣٦٨)، مصري (٣٤٥).

(٢) انظر: القانون البحري، مصطفى كمال (مرجع سابق) ص ٤٧٠.

(٣) من أجود النصوص القانونية في ذلك م (٢٦٧/٢) من قانون التجارة البحرية الكويتي: «ويعتبر عقد التأمين البحري عقد تعويض، ولا يجوز أن يترتب عليه إفادة المؤمن له من تحقق الخطر بما يزيد عن القدر الحقيقي للضرر، ويبطل كل اتفاق يخالف ذلك».

٣. منعاً للقيام بأي عمل إيجابي أو سلبي يؤدي لحصول الخطر المؤمن

منه .

٤. لو كان من مصلحة أحد الطرفين حصول الضرر لكان عقد مقامرة

خالصاً^(١).

مسألة:

لم ينص النظام البحري السعودي على جواز التأمين البحري لمصلحة الغير، كما فعلت أنظمة بحرية أخرى^(٢)، نصت على جواز عقد التأمين لمصلحة شخص معين أو غير معين.

والتأمين لمصلحة الغير: هو تأمين يعقده شخص باسمه الخاص لمصلحة شخص آخر لا يظهر اسمه في العقد، وإنما يعقد التأمين لحساب الشخص الذي تكون له لاحقاً المصلحة في التأمين وقت الحادث، وقد يكون معروفاً عند العقد، أو غير معروف وبيان لاحقاً. ويكثر هذا النوع من التأمين في التأمين على البضائع لأنها قابلة للبيع المتعددة، فيتم تداول وثيقة التأمين مع سند الشحن^(٣).

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري (مرجع سابق) ١٠٨٧/٧.

(٢) كويتي (٢٧٠/٢)، إماراتي (٣٦٩)، أردني (٣١٢)، مصري (٣٤٣/٢).

(٣) انظر: القانون البحري، علي جمال الدين عوض (دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٨٧م) ص ٣٦٩.

يترتب على هذا: بقاء الموقع على وثيقة التأمين هو المؤمن له الملتزم أمام المؤمن، ومبلغ التعويض يكون للمستفيد وهو حامل الوثيقة، سواءً أكان هو الموقع على الوثيقة، أم المؤمن لمصلحته، أم غيرهما ممن آلت إليه بالتداول على الوجه الشرعي، مع بقاء حق المؤمن في التمسك بالدفع التي له في مواجهة المؤمن له وعدم تطهرها بالانتقال.

التكييف الفقهي لعقد التأمين البحري لمصلحة الغير: بتأمل هذا العقد وتخريجه على الأحكام الشرعية، يمكن وصفه بأنه عقد مع اشتراط النفع المباح لأجنبي عن العقد، ويرى أهل العلم صحة هذا الشرط^(١)، للأدلة التالية:

١. أن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، ما لم تخالف مقصود الشرع أو العقد، بدليل قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً).

٢. عن سفينة^(٢) قال: «كنت مملوكاً لأم سلمة فقالت: أعتقك وأشرط عليك أن تخدم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما عشت، فقلت: إن لم تشرطي

(١) انظر: كشاف القناع، للبهوتي (وزارة العدل - الرياض، ط. ١، ١٤٢٦هـ) ٣٨٩/٧، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، لعلاء الدين البعلي (مطبعة السنة المحمدية - القاهرة، ت. محمد الفقي، ١٣٦٩هـ) ص ١٢٤.

(٢) سَفِينَةٌ: بفتح السين، وكسر الفاء، من مؤلدي العرب، قيل: اسمه مهْران، وكنيته أبو عبد الرحمن، كان مولى لأم سلمة، فأعتقته، واشترطت عليه خدمة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، سماه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سفينة؛ لقصة غريبة ذكرها ابن الأثير في أسد الغابة.

عليّ ما فارقت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما عشت فأعتقتني واشترطت عليّ»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن أم سلمة اشترطت على سفينة أن يخدم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مع أنه أجنبي عن العقد، وعليه يقاس الاشتراط لمصلحة الغير في كل عقد.

وبما أن القواعد العامة في المملكة العربية السعودية مستمدة من الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي؛ فيمكن القول بأن عقد التأمين البحري لمصلحة الغير صحيح عملاً وقضاً.

وفرق بين التأمين لمصلحة الغير وبين التأمين بواسطة وكيل العمولة؛ فوكيل العمولة وإن كان يعقد التأمين باسمه الخاص إلا أنه يتعامل مع المؤمن لحساب شخص معروف هو الموكل الأصيل، والقواعد العامة للوكالة بالعمولة تنظم العلاقة بين هذا الموكل ووكيله^(٢).

المطلب الثالث: المعقود عليه (الخطر):

المعقود عليه هو ما يقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه، وله قواعده العامة في الفقه الإسلامي، فقد اشترط الفقهاء في المعقود عليه أن

(١) أخرجه أحمد في مسنده ٢٢١ / ٥، وأبو داود في سننه - واللفظ له - كتاب: العتق، باب: في العتق على الشرط، ح (٣٩٣٢) قال الشيخ الألباني رَحِمَهُ اللهُ: «حسن الإسناد». انظر: إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، للألباني (المكتب الإسلامي - بيروت، ط. ٢، ١٤٠٥هـ) / ٦ / ١٧٥.

(٢) انظر: القانون البحري، علي جمال الدين عوض (مرجع سابق) ص ٣٧٠.

يكون موجوداً وقت انعقاد العقد أو يكون ممكن الوجود بعد ذلك، وهو ما يعبر عنه بالوجود الفعلي أو المستقبلي، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين بصورة كافية، سواء أكان معيناً بالذات أم بالنوع، وأن يكون مشروعاً لا يمنع الشرع من التعامل فيه^(١).

ويقابل مفهوم المعقود عليه في الفقه الإسلامي، مفهوم المحل في القانون المدني، ويقصد به «الشيء الذي يدور حوله التعاقد من أعيان أو منافع أو خدمة»، على أن البعض يرى أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد^(٢)، وشروطهم فيه قريبة من شروط الفقه الإسلامي، فاشتروا وجوده أو إمكان وجوده، وقابليته للتعين، وألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو نص القانون على منع التعامل فيه، أو لا يصلح للتعامل بسبب طبيعته، أو باعتبار تخصيصه للمنفعة العامة^(٣).

يُراعى في عقد التأمين البحري تلك القواعد العامة، ويقدم عليها عند التعارض القواعد الخاصة الواردة في النصوص النظامية البحرية المتعلقة بالتأمين البحري؛ لأن الخاص مقدم على العام، مع مراعاة أن النص النظامي الخاص يمكن أن يُفهم ويُفسر استرشاداً بالقواعد العامة.

(١) انظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الشربيني الخطيب (دار الفكر - بيروت، ت. مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، ١٤١٥هـ) ١٠٦/٢، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (عالم الكتب - بيروت، ط. ١، ١٤١٤هـ) ٢٤٢/٢.

(٢) انظر: الوسيط، للسهنوري (مرجع سابق) ١٩٠/٤.

(٣) النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، عبد الحي حجازي (جامعة الكويت، ١٩٨٢م) ٢٠٥/١.

وتأسيساً على أن الركن عند الفقهاء هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وبما أن عقد التأمين البحري يتوقف على وجود خطر، فلم يُعقد إلا توقيفاً لهذا الخطر، وكل التزاماته وأحكامه تدور مع هذا الخطر، فهو يدور معه وجوداً وهدماً؛ لذلك فإن المعقود عليه في عقد التأمين البحري هو «الخطر»، فهو ركنٌ ومحلٌّ في التأمين البحري أيّاً كان الشيء المؤمن عليه، وهو العنصر الجوهرى فيه، ولا يتصور قيام تأمين بحري إلا بوجود مؤمن، ومؤمن له، ومؤمن منه وهو الخطر^(١).

مسألة: تعريف الخطر كركن للتأمين البحري:

هو حادثٌ قهريٌّ، محتملٌ، لأموالٍ؛ بسبب الملاحة البحرية، محدّدٌ نوعاً ومكاناً وزماناً^(٢).

شرح التعريف:

- «قهرى»: أي حدوثه خارج عن إرادة الطرفين، يخرج بهذا الوصف الحادث العمدي من أحد الطرفين، سواءً أكان بفعل إيجابى لإحداث الضرر، أو سلبى بالإهمال والتقصير، وأي شرط مخالف لهذا يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ لانتفائه مع فكرة التأمين أساساً، مع التنبّه إلى أن الأخطاء غير العمدية الإيجابية والسلبية تبقى مشمولة بالتأمين.

(١) انظر: الوسيط، للسهنوري (مرجع سابق) ١٢١٧/٧.

(٢) وضعت هذا التعريف اجتهاداً بعد استقراء أحكامه، ليسهل استحضار الأحكام بذكر التعريف.

- «محتمل»: مجهول الوقوع، ومتردد بين الحصول وعدمه في المستقبل؛ يخرج بذلك الخطر الذي حصل قبل العقد، أو الذي زال قبل العقد، وعندها يكون التأمين باطلاً بطلاً مطلقاً؛ ولذا يوصف عقد التأمين بأنه احتمالي. وصف المحتمل يشمل حالتين:

المحتمل حقيقة: مجهول الوقوع، ومتردد بين الحصول وعدمه في المستقبل، وهو بهذا الوصف خطر مستقبلي.

المحتمل حكماً: الذي وقع أو زال في الماضي، ولكن لم يعلم بذلك المتعاقدين، بل يظن المؤمن له أن الخطر لم يقع، أو يظن المؤمن أن الخطر لم يزل، فلاحتمال في التأمين البحري معياره شخصي لا مادي، بمعنى أنه محتمل بحسب ما قام في ذهن المتعاقدين وقت إبرام العقد، يترتب على ذلك: أنه لو كان قد وقع فعلاً أو زال قبل إبرام العقد ولم يعلما فالعقد صحيح، وهذا مما يميز عقد التأمين البحري عن عقد التأمين البري، وتسمى هذه المسألة «جواز التأمين البحري من الضرر الظني»^(١).

مسألة: إثبات العلم بالخطر وقت إبرام العقد^(٢):

نظراً لأن المعيار شخصي، والعلم أمر خفي قائم في الذهن؛ ترتب على ذلك ما يلي:

١. الأصل افتراض عدم العلم بالخطر.

(١) انظر: القانون البحري، مصطفى كمال (مرجع سابق) ص ٤٥٩.

(٢) راجع المادة (٣٠٣) من النظام البحري التجاري السعودي.

٢. صعوبة إثبات أن أحد الطرفين كان يعلم بوقوع أو زوال الخطر المؤمن منه فعلاً.

٣. حرصاً من المنظم البحري على تجاوز هذه الصعوبة وتوصلاً لحماية عقد التأمين البحري من أي استغلال أو غش أو تدليس، فقد أقام القرينة القانونية دليلاً على العلم، وتقضي هذه القرينة بأن مجرد بلوغ نأ الهلاك أو الوصول للأشياء المؤمن عليها إلى مكان توقيع العقد، أو إلى المكان الذي يوجد فيه المؤمن أو المؤمن له كافٍ لاعتباره في حكم من علم به، واعتبار العقد باطلاً مطلقاً.

٤. لقوة القرينة القانونية السابقة وأثرها على العقد؛ فقد أتاح المنظم البحري استبعادها باتفاق الطرفين، والرجوع للأصل، عندها لا بد من إثبات العلم الشخصي؛ ونتيجة لذلك لا يبطل عقد التأمين البحري إلا إذا ثبت أن المؤمن له كان يعلم شخصياً قبل إبرام عقد التأمين بهلاك الشيء المؤمن عليه، أو أن المؤمن كان يعلم شخصياً قبل إبرام العقد بوصول هذا الشيء، وفق مبدأ حرية الإثبات المعمول به في القانون التجاري، ويسمى حينها عقد التأمين على شرط الأبناء السارة أو السيئة^(١).

- «لأموال»: يخرج من ذلك التأمين على الأشخاص كالركاب والبحارة فلا يعد التأمين عليهم بحرياً^(٢) بل برياً ولو تعرضوا للأخطار البحرية.

(١) انظر: القانون البحري، علي جمال الدين عوض (مرجع سابق) ص ٣٦١.
(٢) تجد هذا مفهوماً من المادة (٢/٣٠٩)، والمادة (٣٣١) من النظام البحري التجاري السعودي.

والأموال: جمع مال، وهو في الشرع «ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»^(١)، أو «كل ماله قيمة بين الناس ويُلزَم متلفه بضمانه ويباح شرعاً الانتفاع به حال السعة والاختيار»^(٢)، أو «كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل»^(٣).

وبحكم القواعد العامة في الشريعة والقانون يجب أن يكون المال المؤمن عليه مباحاً، مشروعاً؛ لتكون المصلحة التأمينية مشروعة؛ وإلاَّ عُدَّ التأمين البحري باطلاً^(٤).

والأموال التي يجوز أن تكون موضوعاً للتأمين البحري^(٥)، هي:

١. السفينة: ويشمل جواز التأمين البحري على السفينة:

أ. ذات السفينة: أي جسمها وهيكلها

ب. أجهزتها، وآلاتها المحركة لها، وملحقاتها المملوكة للمؤمن له؛ لأن السفينة وحدة قانونية تشمل ذلك.

(١) انظر: الموافقات، الإمام الشاطبي (دار الكتب العلمية - بيروت، ط. ١، ١٩٨٧م) ١٤/٢.

(٢) انظر: مغني المحتاج شرح المنهاج، الخطيب الشربيني (دار الكتب العلمية - بيروت، ط. ١، ١٩٩٤م) ٣٤٢/٢.

(٣) بهذا عرفته كثير من القوانين المدنية، منها القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م في المادة (٥٣).

(٤) انظر: الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، عبد القادر العطير (مرجع سابق) ص ٤٩٥.

(٥) رجع: المادة (٢٩٦) من النظام البحري التجاري السعودي.

وإذا اتفق في عقد التأمين على قيمة السفينة فلا تجوز المنازعة فيها إلا في حالة الإسهام في الخسارة المشتركة أو مصروفات الإنقاذ البحري، مع مراعاة أن كل تأمين أيًا كان تاريخه يعقد على الملحقات المملوكة للمؤمن له وحدها يترتب عليه في حالة الهلاك الكلي أو الترك تخفيض قيمة السفينة المتفق عليها بما يعادل قيمة هذه الملحقات^(١).

ج. السفينة طور الإنشاء: لأن صناعة السفن عملية مكلفة جداً، وكل جزء من السفينة يتم الانتهاء منه له قيمته وأهميته التي تجعله محلاً صالحاً للتأمين البحري.

٢. الحمولة، وحاويات البضائع، وأي ممتلكات موجودة في السفينة.

٣. الأجرة، وأجرة الركاب، والعمولة وأي مبلغ مالي مشابه.

٤. أي مسؤولية^(٢) يحمّل وقوعها تتعلق بالسفينة وأي ممتلكات عليها، كما لو اصطدمت السفينة بأخرى أو بشيء ثابت أو متحرك أو عائم؛ وترتب عليها مسؤولية، ويمكن أن نسمي هذا التأمين تأميناً بحرياً ضد الغير^(٣).

(١) راجع: المادة (٣٣٥) من النظام البحري التجاري السعودي، وللمزيد حول مفهوم السفينة قانوناً، انظر: قانون التجارة البحرية الجديد، جلاء وفاء محمدين (دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ١٩٩٧م) ص ٤١، التصرفات الواردة على السفينة في النظام البحري السعودي - دراسة تحليلية مقارنة-، خالد بن مرزوق الزيادي (رسالة دكتوراه: قسم الأنظمة، بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٣٨هـ) ص ٢٢.

(٢) التأمين من المسؤولية هو تأمين يبرمه المجهز بقصد تغطية مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الغير.

(٣) تجد أحكامه العامة في المواد (٣٠٩/٢)، (٣٣١)، (٣٤٦)، (٣٥٧) من النظام البحري التجاري السعودي.

غير أن هذا التعداد لم يأتِ على سبيل الحصر؛ بدلالة الإشارة^(١) في كلمة «يجوز» الواردة في صدر المادة^(٢)؛ التي تشير إلى أن المنظم لم يرد الحصر وإنما أراد تعداد ما يؤمّن عليه في الواقع العملي؛ وبالتالي يمكن أن يقاس عليه غيره، والقاعدة أن كل مالٍ معرّض لمخاطر الملاحة البحرية قابلٌ للتأمين البحري^(٣)، وهذا العموم مستفاد من النص النظامي صراحة وإشارة^(٤).

- «بسبب الملاحة البحرية»: هذا القيد لبيان أن الخطر في عقد التأمين البحري خطرٌ بحريٌّ، فالمنظم إنما قصد من التأمين تغطية الأخطار البحرية،

(١) دلالة الإشارة: «العمل بما ثبت بنظم الكلام لغةً لكنّه غير مقصود ولا سيق له النص»، للمزيد انظر: تفسير النصوص، محمد أديب الصالح (المكتب الإسلامي - بيروت، ط. ٥، ١٤٢٩هـ) / ١ / ٣٩١.

(٢) صدر المادة (٢٩٦): «يجوز أن يكون محل التأمين البحري ما يأتي...». وفي رأي الباحث أن المنظم لو لم يستخدم كلمة «محل» لكان أجود صياغة؛ لأن «المحل» بالمفهوم القانوني هو ما يدور حوله التعاقد، وبهذا المفهوم فإن المحل في عقد التأمين البحري هو الخطر، كما تقدم، لو قال -مثلاً-: «يجوز التأمين على ما يلي» لكان أجود.

(٣) نصت قوانين بحرية أخرى على ذلك صراحة، كالمصري (م ٣٤٥): «يجوز التأمين على جميع الأموال التي تكون معرضة للأخطار البحرية» والإماراتي (م ٣٦٧): «يجوز التأمين على جميع الأموال التي تكون معرضة لأخطار البحر»، ولو أضاف المنظم السعودي هذه العبارة ربما كان أجود؛ للبعد عن الجدل الفقهي إذا ما ظهرت منتجات تأمينية جديدة في سوق التأمين البحري.

(٤) صراحة في عجز المادة (٢٩٣) من النظام البحري التجاري: «تسري أحكام هذا الباب على عقد التأمين الذي يكون موضوعه تغطية الأخطار البحرية»، وإشارة كما تم بيانه في المادة (٢٩٦).

فِعْلَةٌ الحِكم منصوصة^(١)، وكل خطر مناسب للعلة^(٢) يتحقق فيه مقصود المنظم يعد خطراً بحرياً. والمنظم قد عرّف الأخطار البحرية بأنها: «الحوادث غير المتوقعة التي يمتثل وقوعها؛ المتعلقة برحلة بحرية»^(٣).

بناءً على التأصيل السابق للمسألة؛ يتبين أن الخطر البحري يشمل ما يلي:
١. الخطر المتعلق بالسفينة: بمجرد ورود التأمين على السفينة وملحقاتها والسفينة طور الإنشاء^(٤)؛ عُدَّ تأميناً بحرياً؛ لأنها لم توجد إلا للملاحة البحرية أصلاً.

٢. الخطر الذي يكون سببه البحر مباشرة.

٣. الخطر الذي يكون أثناء الوجود في البحر، ولو لم يكن البحر سبباً مباشراً للكارثة.

(١) في عجز المادة (٢٩٣): فالعلة في التأمين البحري هي: «تغطية الأخطار البحرية» والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

(٢) للمزيد حول علة النص، انظر: تيسير الوصول إلى قواعد الأصول ومعاهد الفصول، للإمام عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي (٧٣٩هـ) بشرح د. عبد الله صالح الفوزان (دار ابن الجوزي - الرياض، ط. ٤، ١٤٣١هـ) ص ٣٨٧ وما بعدها.

(٣) المادة (٢٨/١) من النظام البحري التجاري، والتعريف يثير بعض الإشكالات خاصة قوله: «غير المتوقعة».

(٤) يجوز التأمين على السفينة طور الإنشاء؛ بشرط وجود جزء من السفينة قد تم بناؤه يمكن إيقاع التأمين عليه وتتوفر فيه شروط التأمين البحري؛ وهذا أمر متصور وواقعي؛ فإن صناعة السفن عملية مكلفة جداً، وكل جزء من السفينة يتم الانتهاء منه له قيمته وأهميته التي تجعله محلاً للتعامل، بل أجاز المنظم التأمين على المسؤولية قبل الغير لصانع السفينة ومصلحها في طور الإنشاء والإصلاح. راجع المادة (٣٢٦)، والمادة (٣٥٧) من النظام البحري السعودي. وللمزيد حول التأصيل الشرعي والنظامي لمثل هذه المسألة انظر: التصرفات الواردة على السفينة في النظام البحري السعودي، خالد مرزوق الذيابي (مرجع سابق) ص ٢٤٠.

٤. الخطر البحري التبعية^(١)، والمراد به: أن تكون الأموال محلاً لنقل بري أو جوي مكمل للنقل البحري، فتسري عليها قواعد التأمين البحري خلال النقل المختلط، لأن التابع تابع، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً^(٢).

- «محدد نوعاً ومكاناً وزمناً»: إما بنص العاقدین أو بنص النظام، فالاتفاق بين طرفي التأمين البحري معتبرٌ ما لم يخالف الشرع أو النظام العام أو النصوص الآمرة، وإذا لم يوجد اتفاق فُسِّرَ العقد بموجب نصوص النظام، ويجب في عقد التأمين البحري وصف التغطية التأمينية وحدودها واستثناءاتها ومدتها ونطاقها الجغرافي^(٣).

نوعاً: نص المنظم على أخطار بحرية يشملها التأمين البحري، وأخطار بحرية لا يشملها.

أ. الأخطار التي يشملها التأمين البحري:

بما أنه يجوز التأمين من كل خطر بحري، وإرادة الطرفين في العقد معتبرة ما لم تخالف شرعاً أو نصاً آمراً؛ فلم يرَ المنظم البحري السعودي ضرورة لتعداد كل الأخطار البحرية المؤمن منها، كالعاصفة والغرق والجنوح

(١) تنص المادة (٣٤٥) من النظام البحري التجاري السعودي على أنه: «إذا كانت البضائع أثناء الرحلة محلاً لنقل بري أو نهري أو جوي مكمل لهذه الرحلة، سرت عليها أحكام التأمين البحري خلال مدة النقل المذكور، إلا إذا اتفق على غير ذلك».

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنو (مكتبة التوبة - الرياض، ط. ١، ١٤١٨هـ) / ٢ / ١٥٨.

(٣) المادة (٢٩٤/٢.د) من النظام البحري التجاري السعودي.

والتصادم البحري والحريق والانفجار، لكنه نص على البعض لأهميتها في تحديد التزامات المؤمن تجاه المؤمن له، وهي:

١. الأضرار المادية التي تلحق الأشياء المؤمن عليها بسبب الخطر المؤمن

منه .

٢. الخسارة - بمقدار حصة الأموال المؤمن عليها - في الخسائر البحرية

المشتركة.

٣. خسارة المصروفات: التي تنفق بسبب الخطر المؤمن منه؛ لحماية

الأموال المؤمن عليها من ضرر مادي أو للحد منه.^(١)

٤. أخطاء المؤمن له، أو تابعيه البريين، أو الربان: فكلها أخطار يضمنها

المؤمن، لكن على التفصيل التالي:

أولاً: بالنسبة للمؤمن له^(٢):

- الأخطاء غير العمدية: يضمنها المؤمن، والنظام يفترض أن أخطاء

المؤمن له غير عمدية؛ وهذا يتسق مع أصول الفقه الإسلامي فالأصل براءة

الذمة^(٣).

(١) راجع المادة (٣٠٦) من النظام البحري التجاري السعودي.

(٢) تنص المادة (١/٣٠٧) على أنه «يسأل المؤمن عن الضرر المادي الذي يلحق الأشياء

المؤمن عليها بخطأ المؤمن له أو بخطأ تابعيه البريين، ما لم يثبت المؤمن أن الضرر ناشئ

عن خطأ عمدي، أو عن خطأ جسيم صادر من المؤمن له أو عن إهماله في بذل العناية

المعقولة اللازمة لحماية الأشياء المؤمن عليها».

(٣) انظر: القواعد الفقهية من إعلام الموقعين، عبد المجيد الجزائري (دار ابن القيم -

الرياض، ط. ٢، ١٤٢٩هـ) ص ٢٨١.

- الأخطاء العمدية: لا يضمنها المؤمن؛ لأن ضمانها يتنافى مع الغاية من عقد التأمين، وأسسها، وشرعاً لا يفيد الإنسان من عمده^(١)، وهذا حكم متعلق بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على خلافه.

- الأخطاء الجسيمة: لا يضمنها المؤمن، وتكون بفعل إيجابي أو سلبي «إهمال في بذل العناية المعقولة اللازمة لحماية الأشياء المؤمن عليها»، فهي كالعمد، وقد أحسن المنظم في ذلك؛ لأنها قرينة على سوء النية، ولئلا يركن المؤمن له إلى التأمين فيتساهل، وهذا حكم متعلق بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على خلافه^(٢).

وبما أن المفترض نظاماً أن الخطأ غير عمدي فعلى المؤمن إثبات العمدية أو الجسامة أو الإهمال.

ثانياً: بالنسبة لتابعي المؤمن له البريين:

يضمن المؤمن كل خطأ صدر عنهم، سواءً أكان عمدياً أم غير عمدي؛ ومستند ذلك:

- أن النص في صدر المادة مطلق في حق التابعين البريين.

(١) بناء على قاعدة: المعاملة بنقيض القصد. انظر: الأشباه والنظائر، لابن السبكي (دار الكتب العلمية - بيروت، ط. ١، ١٤١١هـ) ١/ ١٧٠.

(٢) انظر: القانون البحري، مصطفى كمال طه (مرجع سابق) ص ٥٠٦.

- اقتصر النص في عجز المادة^(١) على التقييد في حق المؤمن له، وأعرض عن التابعين البريين، مما يدل على أن الإطلاق في حقهم مراد. ثالثاً: بالنسبة للربان أو البحارة:

- في التأمين البحري على البضائع، وعلى المسؤولية فهم كالتابعين البريين: يضمن المؤمن كل خطأ صدر عنهم، سواءً أكان عمدياً أم غير عمدي، والجسيمة؛ مستند ذلك: أن النص النظامي جاء مطلقاً، ولم يقيّد وصف الخطأ، والمطلق يبقى على إطلاقه^(٢).

- في التأمين على السفينة: بما أن الربان هو الشخص المؤهل لقيادة السفينة والمسؤول عن إدارتها^(٣) فيتعلق به حكم خاص في عقد التأمين البحري على السفينة، حيث قيّد وصف الخطأ في حق الربان في النص النظامي - في الفصل الثاني: التأمين على السفينة - فنصت المادة على أنه «لا يسأل المؤمن عن الأضرار الناشئة عما يصدر من الربان من أخطاء متعمدة»^(٤)، وذلك لقيام المسؤولية في حق الربان.

(١) راجع: المادة (٣٠٧/١)، عند ذكر التابعين البريين أطلق، والتقييد جاء في حق المؤمن له فقط؛ مما يدل أن المؤمن يضمن أخطاء التابعين البريين مطلقاً ولو كانت عمداً، أو جسيمة؛ وهذا عدل؛ فلا يوجد ما يسقط حق المؤمن له شرعاً والحالة هذه، وإنما قصد من التأمين البحري توقي الأخطار التي لا يد له فيها أيّاً كان مصدرها.

(٢) المقصود المادة (٣٠٧/٢): «يسأل المؤمن عن الضرر المادي الذي يلحق الأشياء المؤمن عليها بخطأ الربان أو البحارة».

(٣) المادة (١٧/١).

(٤) المادة (٣٣٠/٢).

نتيجة للاستدلال السابق فإن أخطاء الربان في التأمين البحري على السفينة، أنواع:

- أخطاء عمدية: لا يضمنها المؤمن؛ بصريح النص النظامي.
- أخطاء غير عمدية: يضمنها المؤمن؛ بمفهوم النص النظامي.
- أخطاء جسيمة: يضمنها المؤمن؛ لأنها باقية على الإطلاق في النص (م ٣٠٧ / ٢)، ولم يشملها التقييد في النص (م ٣٣٠ / ٢).

ب. الأخطار التي لا يشملها التأمين البحري:

١. أخطار الحرب الأهلية، أو الخارجية، وأعمال القرصنة، والاستيلاء، والاضطرابات، والثورات، والإضراب، والإغلاق، وأعمال التخريب والإرهاب، والأضرار الناشئة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن تفجيرات أو إشعاعات نووية أيًا كان سببها^(١).

لكن إذا انفقاً على تأمين الأخطار الحربية شمل هذا التأمين الأضرار التي تلحق الأشياء المؤمن عليها بسبب الأعمال العدائية، أو الانتقامية، أو الأسر، أو الاستيلاء، أو الإيقاف، أو الإكراه؛ إذا وقعت بفعل الحكومات، أو السلطات، سواء أكانت معترفاً بها أم غير معترف بها، أو بسبب انفجار الألغام ومعدات الحرب الأخرى؛ ولو لم تكن الحرب قد أعلنت، أو كانت قد انتهت^(٢).

(١) راجع المادة (١ / ٣٠٩) من النظام البحري التجاري السعودي.

(٢) راجع المادة (٣١٠) من النظام البحري التجاري السعودي.

وعند تداخل الأخطار، وتعذر معرفة ما إذا كان الضرر قد وقع بسبب خطر حربي أو خطر بحري، فالأصل أن الخطر بحري، وعلى من يدعي أنه حربي إثبات ذلك^(١)، وقد أجاد المنظم البحري السعودي في تقرير هذا الحكم، وابتعد عن الإشكالات الفقهية التي تثيرها مسألة تداخل الأسباب، ويُؤيد ذلك أن اليقين هو الخطر البحري، والشك في الخطر الحربي، واليقين لا يزول بالشك^(٢).

٢. الأضرار المادية الناشئة عن عيب ذاتي في الشيء المؤمن عليه، أو عدم كفاية تغليفه، أو ربطه، بما في ذلك الأضرار الناشئة عن التآكل الطبيعي في هيكل السفينة، أو العيب الذاتي فيها إلا إذا كان العيب خفياً^(٣).

٣. النقص العادي الذي يحدث للبضائع أثناء الطريق.

٤. الأضرار المادية الناشئة عن الغرامات والمصادرة والوضع تحت الحراسة والاستيلاء والتدابير الصحية والتعقيم واختراق الحصار وأعمال التهريب وممارسة تجارة ممنوعة.

(١) راجع المادة (٣١١) من النظام البحري التجاري السعودي.

(٢) انظر: القواعد الفقهية، إسماعيل علوان (دار ابن الجوزي - الدمام، ط. ١، ١٤٢٠هـ) ص ١٨٧.

(٣) العيب الخفي: غير الظاهر للعيان والذي يشبهه على أهل المعرفة، ولم يعلم عنه المالك انظر: المغني، لابن قدامة (مرجع سابق) ٢٣٥/٦ وفي السفينة هو الذي لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد بالتالي فجهل المشتري به مفترض. للمزيد حول العيب الخفي في السفينة، انظر: التصرفات الواردة على السفينة في النظام البحري السعودي، خالد مرزوق الذيابي (مرجع سابق) ص ١٠٥. راجع المادة (١/٣٣٠) من النظام البحري التجاري السعودي.

٥. التعويضات المستحقة بسبب الحجز والكفالة المقدمة لرفع الحجز.

٦. الأضرار التي لا تُعد تلفاً مادياً يلحق مباشرة بالأشياء المؤمن عليها، كامتناع البحارة أو بعضهم عن العمل أو تأخيرهم، وفروق الأسعار، والعقبات التي تؤثر في العملية التجارية التي يجريها المؤمن له^(١).

مكاناً: يحدد مكان الخطر المؤمن منه (النطاق الجغرافي) وجوباً في عقد التأمين البحري، وهو بيان جوهري يترتب على تحلفه بطلان العقد، ويترتب على مخالفة المؤمن له للمكان - بتغيير الطريق - سقوط حقه في مبلغ التعويض، إلا إذا كان ذلك على سبيل الاضطرار، وسقوط الحق هنا سقوط جزئي، أي أنه يسقط بعد المخالفة، أما قبلها فلا يسقط؛ فمثلاً لو سارت الرحلة البحرية نصف الوقت في الطريق المحدد ووقع خلال ذلك ضرر موجبٌ للتعويض، لكنها غيرت الطريق اختياريًا في النصف الثاني من الرحلة؛ فلا يسقط الحق في التأمين لأن الضرر وقع في مكانه المحدد، ومثل هذا الحكم يقال في تغيير الرحلة أو السفينة^(٢)، وهذا الحكم متفق مع الأصول الشرعية، فالأصل في

(١) راجع المادة (٣١٢) من النظام البحري التجاري السعودي.

(٢) نصت المادة (٣٠٨) من النظام البحري التجاري السعودي على أنه: «يبقى المؤمن مسؤولاً عن الأخطار التي يشملها التأمين في حالة الاضطرار إلى تغيير الطريق، أو الرحلة، أو السفينة، فإن لم يكن تغيير الرحلة أو الطريق اضطرارياً، فلا يلتزم المؤمن إلا بتغطية الحوادث التي وقعت في الطريق المحدد، أو المعتاد لإتمام عملية النقل، ما لم يتفق على خلاف ذلك».

الشروط الصحة واللزوم ما لم تخالف مقصود الشرع أو العقد، والاضطرار لا يبطل حق الغير^(١).

زماناً: لأن عقد التأمين البحري عقد زمني، يجب أن تحدد مدة العقد، وهو بيان جوهري يترتب على تخلفه بطلان العقد، والزمن في عقد التأمين البحري يحدد بطريقتين:

١. تحديد بالرحلة: فتسري آثار العقد مع بداية الرحلة، وتنتهي بنهايتها، دون اعتبار لما استغرقت من الوقت.

٢. تحديد بالمدة: كسنة غالباً، فالعبرة هنا بالوقت.

تطبيقاً لذلك نص المنظم بخصوص السفينة على أنه: «يكون عقد التأمين على السفينة لرحلة واحدة، أو لعدة رحلات متعاقبة، أو لمدة محدودة، ويجوز أن يكون التأمين على السفينة وهي في طور البناء»^(٢)، ونلاحظ أن التأمين على السفينة طور البناء قد يكون بالمدة -سنة مثلاً-، وقد يكون شاملاً لزمن البناء، وهذا مما يتطلبه العمل فإن تحديد وقت لانتهاج البناء أمر صعب.

كما نص المنظم بخصوص التأمين على البضائع على أنه: «يكون التأمين على البضائع بمقتضى وثيقة لرحلة واحدة، أو بوثيقة عائمة»^(٣).

قوله: «الرحلة واحدة»: تحديد على أساس الرحلة.

(١) انظر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريف فهمي الحسيني (دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض، ١٤٢٣هـ) ٤٣/١.

(٢) المادة (٣٢٦) من النظام البحري التجاري السعودي.

(٣) المادة (٣٤٣) من النظام البحري التجاري السعودي.

وقوله: «بوثيقة عائمة» تحديد على أساس الزمن.

يمكن أن نعرّف الوثيقة العائمة بأنها: وثيقة تأمين بحري يتعهد المؤمن بمقتضاها بأن يضمن في حدود مبلغ معين جميع البضائع التي يمكن أن يشحنها المؤمن له خلال فترة زمنية محددة.

تمتاز هذه الوثيقة باعتماد التحديد الزمني في التأمين على البضائع، دون تحديد البضائع المؤمن عليها، مما يُمكن من تكرار الرحلات البحرية وعمليات الشحن؛ ولهذه الميزات انتشر العمل بها في التجارة الدولية للسرعة والمرونة المتوافقة مع بيئة العمل التجاري^(١).

إذا أبرم التأمين بوثيقة عائمة وجب أن تشمل على الشروط التي يلتزم بمقتضاها كل من المؤمن والمؤمن له، والحد الأعلى للمبلغ الذي يتعهد المؤمن بدفعه عن كل شحنة، وأقساط التأمين التي يقوم المؤمن له بدفعها، أما البضائع المؤمن عليها والرحلات والسفن وغير ذلك من البيانات فتعين بملاحق لكل شحنة على حدة^(٢).

(١) تسمى أيضاً «وثيقة الاشتراك». انظر: القانون البحري، علي جمال الدين (مرجع سابق) ص ٣٩٥، القانون البحري، الشرقاوي (مرجع سابق) ص ٥٢٣.

(٢) المادة (٣٥٠) من النظام البحري التجاري السعودي.

المبحث الثاني آثار عقد التأمين البحري، وانقضاؤه

إذا توافرت الأركان والشروط الموضوعية والشكلية لعقد التأمين البحري انعقد صحيحاً، وترتبت عليه آثاره، فقامت الالتزامات على الطرفين، والإخلال بها قد يؤدي للبطلان إما مطلقاً وإما بطلب أحد العاقدين، والآثار تنقضي بانقضاء عقد التأمين، كما أن الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين البحري تسقط بالتقادم؛ مراعاة لهذا الترتيب المنطقي نظمت هذه المسائل في مبحث واحد، مقسّم إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: آثار عقد التأمين البحري:

الآثار هي الالتزامات الناشئة عن العقد بعد سريانه في حق طرفيه، فثمّت مسائل: ما هو الأساس في تحديد الالتزامات؟ ومتى يبدأ سريان عقد التأمين البحري؟ وما هي التزامات المؤمن له، وما هي التزامات المؤمن؟ وللإجابة نعقد الفروع التالية، علماً بأن ما يتعلق ببطلان عقد التأمين البحري سيمر تبعاً في ثنايا المسائل.

الفرع الأول: الأساس في تحديد الالتزامات:

ابتداءً مُحدّد هذه الالتزامات في وثيقة التأمين التي تصدر بموجب عقد التأمين البحري، فالالتزامات المتفق عليها تُعتبر ما لم تخالف الشرع ومقتضى العقد والنصوص النظامية الآمرة، وعند عدم وجود شرط أو اتفاق في

العقد فتحدد بالنصوص القانونية المنظمة لعقد التأمين البحري، وتقدم بيان مصادر الحكم في النظام البحري التجاري.

وعند النزاع لا يجوز لأحد طرفي عقد التأمين البحري أن يتمسك بعقد آخر لم تتجه إليه إرادتهما؛ لأن عقد التأمين عقد مستقل؛ وتطبيقاً لذلك:

- لا يجوز للمؤمن له أن يتمسك بعقد إعادة التأمين الذي يبرمه المؤمن^(١).

- لا يجوز للمؤمن أن يحتج على المؤمن له بعقوده الأخرى، مثل عقد بيع

البضاعة، وعقد الشحن^(٢).

الفرع الثاني: سريان عقد التأمين البحري:

لأن الخطر هو الركن الأهم في عقد التأمين البحري، وآثار العقد تدور معه وجوداً وهدماً؛ ربط المنظم سريان أثر العقد بوجود الخطر، من ناحية الابتداء والاستمرار:

من ناحية الابتداء: بداية سريان أثر العقد، يكون ببداية سريان الخطر فعلياً في مدة لا تتجاوز تسعين يوماً من تاريخ عقد التأمين أو من التاريخ المحدد لبداية سريان الخطر، وإلا فلا يكون لوثيقة التأمين أثر، وإذا كانت

(١) عقد إعادة التأمين: عملية بموجها ينقل المؤمن المباشر إلى آخر (المؤمن المعيد) كل أو بعض الأخطار التي تعاقدها عليها، بهدف تحقيق أكبر قدر من التناسق بين هذه الأخطار. انظر: القانون البحري، طالب موسى (مرجع سابق) ص ٢٨٣. راجع المادة (٢٩٧/٢) من النظام البحري التجاري السعودي.

(٢) انظر: القانون البحري، علي جمال الدين (مرجع سابق) ص ٣٦٣.

الوثيقة عائمة فالعبرة في ذلك بالشحنة الأولى^(١)؛ لأن التأخر قد يترتب عليه تغير الخطر طبيعة وحجماً.
من ناحية الاستمرار: يبقى الضمان ببقاء الخطر، فقد قرّر المنظم - في التأمين على السفينة - ما يلي:

١. يسري ضمان المؤمن في التأمين بالرحلة منذ البدء في شحن البضائع إلى الانتهاء من تفريغها دون أن تتجاوز مدة سريان التأمين - على أي حال - خمسة عشر يوماً من وصول السفينة إلى المكان المقصود وإعلان الربان عن استعداد السفينة لتفريغ الشحنة.

٢. إذا كانت السفينة فارغة من البضائع سرى ضمان المؤمن من وقت تحركها للسفر حتى رسوها في المكان المقصود^(٢).

٣. إذا شمل التأمين عدة رحلات متعاقبة عدّ المكان المعين في وثيقة التأمين لانتهاء الرحلة الأخيرة مكان انتهاء سريان ضمان المؤمن^(٣).

٤. إذا كان التأمين لمدة محددة شمل ضمان المؤمن الأخطار التي تقع منذ اليوم الأول حتى نهاية اليوم الأخير منها، ويحسب اليوم على أساس أربع وعشرين ساعة تبدأ من ساعة إبرام العقد وفقاً للتوقيت الزمني في المكان الذي أبرم فيه عقد التأمين^(٤).

- (١) راجع المادة (٢٩٨) من النظام البحري التجاري.
(٢) راجع المادة (٣٢٧) من النظام البحري التجاري.
(٣) راجع المادة (٣٢٨) من النظام البحري التجاري.
(٤) راجع: المادة (٣٢٩) من النظام البحري التجاري.

الفرع الثالث: التزامات المؤمن له:

الشيء المؤمن عليه قريبٌ من نظر المؤمن له، بعيد عن نظر المؤمن، فالمؤمن له هو الأقدر على وصف الخطر، والمطلع على ما يحدث من خطر، والقادر على اتخاذ إجراءات تخفف أثر الخطر عند وقوعه، يعتمد عليه المؤمن في ذلك؛ لذلك فإن على عاتق المؤمن له التزامات تدور حول الإعلام والأعمال النافعة للمؤمن، يترتب على الإخلال بها إما البطلان المطلق، أو الإبطال أو الفسخ بطلب المؤمن، أو تعويض المؤمن عن تضرره، يمكن بيانها على النحو التالي:

أولاً: تقديم بيانات صحيحة ودقيقة عن الخطر المؤمن منه:

هذا الواجب على المؤمن له، في مرحلة إبرام العقد، وفي مرحلة تنفيذه، وهو واجب تقتضيه مبادئ التأمين البحري الرئيسية خاصة مبدأ حسن النية. في مرحلة إبرام العقد: يجب على المؤمن له تقديم بيانات صحيحة للمؤمن؛ تؤدي لتقدير الخطر بقيمته الحقيقية^(١)، ولا يجوز له تقديم بيانات غير صحيحة، أو السكوت عن تقديم بيانات جوهرية تتعلق بالتأمين؛ وفي

(١) تنص المادة (٣/٣١٤) من النظام البحري التجاري على أنه: «أن يعطي بياناً صحيحاً عند التعاقد بالظروف التي يعلم بها التي من شأنها تمكين المؤمن من تقدير الأخطار التي يجري التأمين عليها وأن يطلعها أثناء سريان العقد على ما يطرأ من زيادة في هذه الأخطار؛ وذلك في حدود علمه بها».

الحالتين تؤدي لتقدير الخطر بأقل من حقيقته^(١)، ولا يشترط هنا ثبوت سوء النية في الإعلام، بل عدم القيام بما يجب كافٍ لثبوت الحكم، وجزاءً على الإخلال بهذا الواجب؛ يجوز للمؤمن طلب إبطال العقد دون أن يُضار، بل يُحكّم له بمبلغ مساوٍ لقسط التأمين إذا أثبت سوء نية المؤمن له، أو بمبلغ لا يتجاوز نصف هذا القسط إذا انتفى سوء النية.

ويُلاحظ هنا أن المنظم ساوى في الحكم بين الصور التالية:

١. تقديم بيانات غير صحيحة.
 ٢. السكوت عن تقديم بيانات جوهرية.
 ٣. حسن النية عند تقديم بيانات غير صحيحة أو السكوت عن تقديم بيانات جوهرية.
 ٤. سوء النية عند تقديم بيانات غير صحيحة أو السكوت عن تقديم بيانات جوهرية.
- لا فرق بين ثبوت سوء النية وعدم ثبوتها في جواز الإبطال بطلب المؤمن، بل في المبلغ الذي يُحكّم به للمؤمن جبراً لتضرره من إخلال المؤمن له.

(١) تنص المادة (٣٠٠) من النظام البحري التجاري على أنه:
 «١. للمؤمن أن يطلب إبطال عقد التأمين إذا قدم المؤمن له -ولو بغير سوء نية- بيانات غير صحيحة، أو سكت عن تقديم بيانات جوهرية تتعلق بالتأمين، وكان من شأن ذلك في الحالتين أن قدر المؤمن الخطر بأقل من حقيقته.
 ٢. للجهة القضائية المختصة أن تحكم للمؤمن في الأحوال المبينة في الفقرة (١) من هذه المادة بمبلغ مساوٍ لقسط التأمين إذا أثبت سوء نية المؤمن له، أو بمبلغ لا يتجاوز نصف هذا القسط إذا انتفى سوء النية».

في مرحلة تنفيذ العقد: كما يجب على المؤمن له إبلاغ المؤمن بالظروف التي تطرأ أثناء سريان وثيقة التأمين ويكون من شأنها زيادة الخطر^(١)، وجزاءً على الإخلال بهذا الواجب جاز للمؤمن أمران:

الأول: يجوز للمؤمن فسخ العقد إذا لم يقم المؤمن له بواجبه في الإبلاغ خلال المدة المحددة.

الثاني: يجوز للمؤمن طلب إبطال العقد إذا أدى الإخلال إلى زيادة مبلغ التأمين عن قيمة الأشياء المؤمن عليها، متى ما ثبت تدليس المؤمن له^(٢)، وعلى الجهة القضائية أن تنظر إلى ثبوت الزيادة وثبوت التدليس، ولها سلطتها في إبطال العقد أو تصحيحه، وعند الإبطال لا يُضار المؤمن بل يُحَكَّم له بمبلغ لا يتجاوز قسط التأمين مراعاة لما لحقه من أضرار، وعند التصحيح للعقد تراعى القيمة الحقيقية للأشياء المؤمن عليها.

(١) تنص المادة (١/٣٠١) من النظام البحري التجاري على أنه: «على المؤمن له أن يبلغ المؤمن بالظروف التي تطرأ أثناء سريان وثيقة التأمين ويكون من شأنها زيادة الخطر الذي يتحملة المؤمن، وذلك خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ العلم بها، فإن لم يُبلِّغ في هذا الميعاد جاز للمؤمن فسخ العقد».

(٢) تنص المادة (١/٣٠٢) من النظام البحري التجاري على أنه: «للمؤمن طلب إبطال العقد، إذا كان مبلغ التأمين يزيد على قيمة الأشياء المؤمن عليها، وثبت التدليس من جانب المؤمن له أو وكيله. وفي هذه الحالة يكون للجهة القضائية المختصة أن تحكم للمؤمن بمبلغ لا يتجاوز قسط التأمين، ومراعاة ما لحقه من أضرار، فإن انتفى التدليس عُدَّ العقد صحيحاً بمقدار قيمة الأشياء المؤمن عليها».

عند وقوع الخطر: إذا قدم المؤمن له -بسوء نية- تصريحاً غير مطابق للحقيقة فيما يتعلق بالحادث، وترتب عليه ضرر للمؤمن، جاز الحكم بسقوط حقه في التأمين كله أو بعضه.^(١)

للمحكمة^(٢) المختصة سلطتها في ذلك، تنظر في ثبوت سوء النية، وتنظر في ثبوت الضرر للمؤمن، وفي ضوء ذلك تقرر بقاء حق المؤمن له أو سقوطه كلياً أو جزئياً.

عند تسلم البضائع: في التأمين البحري على البضائع يجب على المؤمن له إبلاغ المؤمن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم البضائع المؤمن عليها بوجود تلف فيها، وإلا افتراض أنه تسلمها سليمة، ما لم يثبت المؤمن له خلاف ذلك.^(٣)

في التأمين بوثيقة عائمة: ولأن الشحنات فيه متكررة، وغير محددة في الوثيقة؛ فيلتزم المؤمن له بإبلاغ المؤمن بما يلي:

١. جميع الشحنات التي تتم لحساب المؤمن له، أو تنفيذاً لعقود شراء أو بيع تلزمه بإجراء التأمين، ويشمل التأمين هذه الشحنات تلقائياً متى تعرضت للخطر المؤمن عنه بشرط أن يقدم المؤمن له إبلاغاً عنها في الميعاد المنصوص عليه في وثيقة التأمين.

(١) راجع: المادة (٣٢٣) من النظام البحري التجاري.

(٢) تذكيراً: متمثلة حالياً في لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية.

(٣) راجع: المادة (٣٥٣) من النظام البحري التجاري.

٢. جميع الشحنات التي تتم لحساب الغير الذي عهد إلى المؤمن له بإجراء التأمين عليها، بشرط أن تكون للمؤمن له مصلحة في الشحنة بوصفه وكيلاً بالعمولة أو أميناً على البضائع أو غير ذلك، ولا يشمل التأمين هذه الشحنات إلا من وقت إبلاغ المؤمن بها^(١).

ويترتب على مخالفة هذا الالتزام: جواز فسخ العقد بطلب المؤمن، مع أداء تعويض يعادل أقساط التأمين الخاصة بالشحنات التي لم يُبلغ بها، وفي حال ثبوت سوء نية المؤمن له جاز للمؤمن أن يسترد ما دفعه عن الحوادث الخاصة بالشحنات اللاحقة على وقوع أول مخالفة عمدية من جانب المؤمن له.

ثانياً: دفع قسط التأمين:

عقد التأمين البحري عقد معاوضة، والعوض الذي يُقدّمه المؤمن له هو قسط التأمين.

تعريفه: المبلغ الذي يتوجب على المؤمن له أن يدفعه إلى المؤمن لقاء التزام الأخير بدفع مبلغ التأمين (التعويض) عند تحقق الخطر المؤمن منه^(٢).

وجوبه وجزاء الإخلال به: يجب على المؤمن له أن يدفع قسط التأمين في المكان والزمان المتفق عليهما^(٣)، ويترتب على عدم التزامه بذلك جواز فسخ المؤمن للعقد بعد قيامه بالإعذار وفق مدد وإجراءات حددها النظام، ومع

(١) راجع: المادة (٣٥١)، (٣٥٢) من النظام البحري التجاري.

(٢) انظر: الوجيز في القانون البحري، لمحمد نصر محمد (مرجع سابق) ص ٣٩٤.

(٣) راجع: المادة (١/٣١٤) من النظام البحري التجاري.

مراعاة عدم سريان أثر الفسخ على الغير حسن النية الذي انتقلت إليه ملكية وثيقة التأمين قبل وقوع أي حادث وقبل الإبلاغ بالفسخ^(١).

ثباته وتغيره: الأصل أن القسط ثابت وفقاً لاتفاق الطرفين في وثيقة التأمين، فلا يُزاد ولا يُنقص لاحقاً، ومع أن هذا الأمر ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافه؛ إلا أن المنظم نص على حالات يجوز فيها تغيير قسط التأمين:

- الأولى: حالة زيادة الخطر إذا كانت بغير فعل المؤمن له، أو كانت بفعله واختار المؤمن عدم فسخ العقد^(٢).

- الثانية: في التأمين على السفينة يجوز الاتفاق على أن يكون للمؤمن الحق في طلب قسط تكميلي عقب كل حادث^(٣).

- الثالثة: بخصوص التأمين على البضائع؛ إذا بقيت في ميناء أو استغرق مرور السفينة وقتاً لاللتجاء إلى أحد الموانئ أو تغيير طريقها المعتاد^(٤).

(١) راجع: المادة (٣١٥) من النظام البحري التجاري.

(٢) راجع: المادة (٣٠١/٢-٣) من النظام البحري التجاري.

(٣) راجع: المادة (٢/٣٣٣) من النظام البحري التجاري.

(٤) تنص المادة (٣٤٤) من النظام البحري التجاري على أنه: «تكون البضائع مشمولة بالتأمين دون انقطاع في أي مكان توجد فيه أثناء الرحلة كما يحددها المتعاقدان في وثيقة التأمين. ومع ذلك يجوز للمؤمن طلب زيادة قسط التأمين إذا بقيت البضائع في ميناء أو استغرق مرور السفينة وقتاً لاللتجاء إلى أحد الموانئ أو تغيير طريقها المعتاد، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (الأولى بعد الثلاثمائة) من النظام».

استحقاقه كاملاً: الأصل أن قسط التأمين يُستحق كاملاً بمجرد سريان الخطر المؤمن منه، ولكن إذا كان التأمين البحري لمدة معينة ووقع ضرراً لا يدخل في ضمان المؤمن أدى لهلاك المؤمن عليه أو الترك، ففي هذه الحالة هل يستحق المؤمن كامل القسط؟ أم جزءاً من القسط يقابل جزء المدة التي سرى فيها ضمانه؟

تسمى هذه المسألة في الفقه القانوني البحري قابلية القسط للانقسام، وصورة هذه المسألة: أن يطرأ خلال مدة التأمين قوة القاهرة تمنع تنفيذ العقد في باقي المدة، كأن تهلك السفينة بخطر لم يؤمن عليه كالحرب مثلاً، أو تكون بضاعة ما في رحلتها البحرية وتقرر سلطات بلد ما حظر استيرادها؛ من الناحية الفقهية نكون أمام قولين:

الأول: القول بعدم قابلية القسط للانقسام، ومستنده ما يلي:

١. أن عقد التأمين البحري عقد غرر أساساً؛ فحصول هذا الأمر لا يؤثر على القسط لكونه من المخاطر التي يمكن وضعها في الاعتبار.
 ٢. أن سبب استحقاق القسط هو ضمان الخطر منذ لحظة سريانه، والخطر قد يقع في أي لحظة، فكذلك إذا زال بقوة القاهرة في أي لحظة.
- الثاني: القول بقابلية القسط للانقسام، ومستنده ما يلي:

١. أن هلاك موضوع العقد بقوة القاهرة -بحسب القواعد العامة- سبب لانقضاء العقد لاستحالة التنفيذ، وهذا في حق طرفي العقد على السواء؛ وعليه فلا يلزم المؤمن له إلا بقدر من القسط يقابل المدة قبل انقضاء العقد.

٢. تحقيق التقابل والارتباط بين الالتزامين المانع للإثراء من غير سبب؛ فكما أنه ينقضي التزام المؤمن بالضمان قبل نهاية العقد لاستحالة التنفيذ، فيجب مقابل ذلك أن ينقضي التزام المؤمن له بدفع القسط المقابل للمدة الباقية.

٣. الغرم بالغنم^(١)، فالمؤمن له بعد انقضاء العقد - لاستحالة تنفيذه في حالة هلاك المؤمن عليه لمدة معينة بخطر غير مشمول بعقد التأمين البحري - لا يغرم من العقد شيئاً؛ بالتالي فلا يغرم بقية المدة بدفع ما يقابلها من أقساط. موقف المنظم السعودي في هذه المسألة: بتحليل النص النظامي البحري؛ نجد أن المنظم السعودي أخذ بقابلية القسط للانقسام (م ٣٣٢)؛ وهذا فيه عدل وإعمال للقواعد العامة المستمدة من الفقه الإسلامي، غير أن النص الوارد في ذلك جاء فيما يخص التأمين البحري على السفينة (الفصل الثاني: التأمين على السفينة)، ولم يرد في غيرها كالبضائع، ومع ذلك فمن الناحية الفقهية لها نفس الحكم لدلالة القواعد العامة عليه.

وفي ضوء ما سبق نقول: إن القسط قابل للتجزئة في التأمين البحري لمدة معينة إذا وقع ضرر لا يدخل في ضمان المؤمن أدى لهلاك المؤمن عليه أو الترك^(٢).

(١) قاعدة فقهية، للمزيد عنها انظر: نظرية الضمان، محمد الزحيلي (دار الفكر: دمشق، ط. ٢، ١٤١٨هـ) ص ٢١٥.

(٢) تنص المادة (٣٣٢) من النظام البحري التجاري على أنه:
«١. إذا كان التأمين على السفينة لرحلة واحدة أو لعدة رحلات متعاقبة استحق المؤمن قسط التأمين كاملاً بمجرد بدء سريان الأخطار المؤمن عنها.»

ويجب التنبيه على أن مسألة قابلية القسط للانقسام لا تَرِدُ في التأمين البحري على أساس الرحلة؛ لأن انتهاء الرحلة كانتهاء المدة الزمنية؛ فتجب الالتزامات كاملة.

كما يجب التنبيه إلى أن قابلية القسط للانقسام لا تتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها، وهذا ما يسمى بشرط «القسط المستحق مهما كانت الحوادث»^(١).

ثالثاً: المحافظة على حقوق المؤمن:

يجب على المؤمن له أن يقوم بما يحقق الغبطة للمؤمن ويمنع خسارته أو تفاقمها؛ لأن عقد التأمين البحري قائم على منتهى حسن النية، وفي سبيل ذلك يقع على عاتق المؤمن له الالتزامات التالية:

١. أن يبذل العناية المعقولة للمحافظة على الشيء المؤمن عليه، ولا يعمل على حدوث الخطر المؤمن منه عمداً، أو بخطأ جسيم، أو بإهمال وتقصير في بذل العناية المعقولة؛ وإلا بطل عقد التأمين البحري حتى لا يفيد من فعله،

= ٢. إذا كان التأمين لمدة معينة استحق المؤمن القسط عن كل مدة التأمين إذا هلكت السفينة كلياً، أو قرر المؤمن له تركها للمؤمن وكان الهلاك أو الترك مما يقع على عاتق المؤمن. أما إذا كان الهلاك أو الترك مما لا يقع على عاتق المؤمن، فلا يستحق من القسط إلا المقدار الذي يقابل المدة بين تاريخ بدء سريان الأخطار وتاريخ وقوع الحادث الذي أدى إلى هلاك السفينة أو إعلان تركها».

(١) انظر: القانون البحري، علي عوض (مرجع سابق) ص ٤١٨، القانون البحري، الشراوي (مرجع سابق) ص ٥٥١.

وهذا حكم متعلق بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على خلافه كما مر معنا سابقاً^(١).

٢. ألا يعمل على زيادة الخطر بعد حدوثه، وإذا ثبت أن زيادة الخطر ناشئة عن فعل المؤمن له؛ جاز للمؤمن فسخ العقد خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ إبلاغه بزيادة الخطر^(٢).

٣. أن يبذل كل ما في استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها، لتخفيف نتائج الضرر عند وقوع الخطر المؤمن منه، وإذا أحلَّ بذلك كان مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق المؤمن^(٣).

٤. أن يتخذ جميع الإجراءات للمحافظة على حق المؤمن في الرجوع على الغير المسؤول عن الضرر، كالإخطار بسبب الحادث، وتقييد الوقائع، وإذا أحلَّ بذلك كان مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق المؤمن^(٤).

٥. أن يصرح للمؤمن بوجود التأمينات الأخرى التي يعلم بها عند طلب تسوية الضرر، وإلا كان طلبه غير مقبول؛ حتى لا يتحمل المؤمن مبلغاً أكثر مما يلزمه^(٥).

(١) المادة (٣١٤/٢)، (١/٣٠٧) من النظام البحري التجاري، راجع: الكلام السابق عن ركن الخطر.

(٢) المادة (٣/٣٠١) من النظام البحري التجاري.

(٣) راجع: المادة (٣١٦) من النظام البحري التجاري.

(٤) راجع: المادة (٣١٦) من النظام البحري التجاري.

(٥) تنص المادة (٢/٣٠٥) من النظام البحري التجاري على أنه: «يجب على المؤمن له الذي يطلب تسوية الضرر الذي لحق به أن يصرح للمؤمن بوجود التأمينات الأخرى التي

الفرع الرابع: التزامات المؤمن:

العوض الذي يدفعه المؤمن في عقد التأمين البحري هو التعويض؛ لذلك فالالتزام الرئيس الذي يقع على عاتق المؤمن هو دفع التعويض عند حصول الضرر المؤمن منه؛ يُحدّد هذا التعويض بالمحددات التالية:

١. من ناحية الوجود: عند وقوع الخطر المؤمن منه والمحدّد نوعاً ومكاناً وزماناً؛ وهذا يبرز ضرورة أن يكون الخطر احتمالياً، ومحدّداً بالاتفاق أو النص النظامي؛ فوقوع الخطر المؤمن منه هو الذي يوجب على المؤمن دفع التعويض.

٢. من ناحية المقدار: يتحدد بما يلي:

أ. مبلغ التأمين المتفق عليه^(١).

ب. قيمة الشيء المؤمن عليه.

ج. القيمة الفعلية للضرر الناتج عن الخطر المؤمن منه.

حيث ينظر أولاً إلى قيمة الضرر الفعلي، ثم إلى قيمة الشيء المؤمن عليه، ويكون السقف الأعلى للتعويض هو مبلغ التأمين المتفق عليه، والمطالب بالإبلاغ عن الضرر وإثباته هو المؤمن له.

يعلم بها، وإلا كان طلبه غير مقبول».

(١) راجع: المادة (٢/٣٠٢) من النظام البحري التجاري.

مسألة: التزام المؤمن بالتعويض في حالة تعدد التأمينات:

أجاز المنظم تعدد التأمينات؛ بمعنى أن يقوم المؤمن له بتكرار التأمين على نفس الخطر، وقد يلجأ إلى ذلك بسبب القيمة الباهظة للشيء المؤمن عليه، شريطة ألا يزيد مجموع المبالغ على قيمة الشيء المؤمن عليه، وقد يكون هذا في عقد واحد، أو في عقود متعددة سواء أكانت في تاريخ واحد أم في تواريخ متعددة، والنظام لا يفترض التضامن بين المؤمنين المتعددين في الحالتين. أولاً: إذا تعدد المؤمنون في عقد واحد، فلا يلتزم المؤمن منهم إلا بنسبة حصته في مبلغ التأمين فقط.

ثانياً: إذا تعدد المؤمنون في عدة عقود: فهناك تفصيل:

أ. في غير عقد التأمين من المسؤولية: يجوز أن يلتزم مؤمن واحد بالتعويض، يختاره المؤمن له، شريطة ألا يوجد غش من المؤمن له، وأن يكون التزامه في حدود الضرر، وبما لا يزيد عن القيمة الحقيقية للشيء المؤمن عليه.

ويجوز للمؤمن الذي اختاره المؤمن له الرجوع على المؤمن الآخر لمطالبة كل منهم بحصته من الضرر بنسبة المبلغ الذي التزم به، فإذا كان أحدهم معسراً وزعت حصته بالنسبة ذاتها على المؤمنين الموسرين.^(١)

ب. في عقد التأمين من المسؤولية: لم يدع المنظم الاختيار للمؤمن له، بل جعل الالتزام على عاتق كل مؤمن بمفرده، في حدود المبلغ المبيّن في وثيقة

(١) انظر: المادة (٣٠٤)، (٣٠٥) من النظام البحري التجاري.

التأمين الخاصة به، وإن تعددت الحوادث؛ على ألا يتجاوز مجموع ما يحصل عليه المؤمن له قيمة الضرر الناشئ عن المسؤولية^(١).

ويلاحظ أن المنظم لم يُجز بحال من الأحوال أن يفيد المؤمن له من كل عقد على حدة؛ منعاً لحصوله على ما يزيد عن المبلغ المستحق جبراً لضرره؛ بناء على قاعدة أن التأمين عقد تعويض لا يجوز أن يؤدي إلى الإثراء بلا سبب.

مسألة: طرق تسوية الضرر:

تُسوّى الأضرار بأحد طريقتين: التعويض، أو الترك^(٢).

الطريق الأول: طريق التعويض:

وتُسمّى «دعوى الخسارة»، وهو الطريق الاعتيادي، حيث يُطالب به المؤمن له أو المستفيد أيّاً كانت المخاطر.

ما يشمله التزام المؤمن في التعويض (محددات الالتزام):

أولاً: التزامات عامة في التأمين البحري:

عقد التأمين البحري عقد تعويض؛ غايته جبر الضرر الذي أصاب المؤمن له، فالتزام شركة التأمين يقف عند الحد الذي يُعوّض الضرر المادي الحاصل فعلاً على الأشياء المؤمن عليها، ولا يتعدى ذلك؛ منعاً لاستغلال

(١) انظر: المادة (٣٥٦) من النظام البحري التجاري.

(٢) تنص المادة (٣١٧) على أنه: «تُسوّى الأضرار بطريقة التعويض، إلا إذا اختار المؤمن له ترك الشيء المؤمن عليه للمؤمن في الأحوال التي يميز له الاتفاق أو النظام الترك».

العقد والإثراء منه بلا سبب، والمنظم البحري لم يتدخل كثيراً في تفاصيل الالتزام بمبلغ التعويض؛ تاركاً الأمر لشروط العاقدين في ظل الجوانب الفنية والاقتصادية التي تحكم هذا النشاط، غير أنه قرّر بعض الأحكام التي تجعل عقد التأمين محققاً لغايته، يشمل التزام المؤمن ما يلي:

١. الأضرار المادية التي تلحق الأشياء المؤمن عليها.
٢. المصروفات التي تنفق لحماية الأموال المؤمن عليها من ضرر مادي أو للحد منه.

٣. حصة الأشياء المؤمن عليها في الخسارة المشتركة^(١) ومصروفات الإنقاذ، وذلك بنسبة قيمة الأشياء المؤمن عليها بعد خصم الخسارة الخاصة التي يتحملها المؤمن له إن وجدت، أما ما زاد عن حصة الأشياء المؤمن عليها في الخسائر البحرية المشتركة فلا يدخل في ضمان المؤمن؛ بناء على قاعدة أن التأمين عقد تعويض لا يجوز أن يؤدي إلى الإثراء بلا سبب^(٢).

والحكمة من مسؤولية المؤمن في حالة الخسارة المشتركة بالرغم أنها فعل عمدي؛ أنه قد غنم منها في حفظ الشيء المؤمن عليه من الهلاك؛ مما جنبه دفع كامل مبلغ التعويض، والغرم بالغنم^(٣).

(١) هي كل تضحية أو مصروفات غير اعتيادية، يقررها الربان، تبذل أو تنفق عن قصد وبكيفية معقولة، من أجل السلامة العامة لتجنب خطر داهم يهدد السفينة أو البضائع الموجودة عليها. م (٣٢/١).

(٢) مستفاد من المواد (٣٠٦)، (٣١٩)، (٢/٣٤٠) من النظام البحري التجاري.

(٣) انظر: القانون البحري، مصطفى كمال (مرجع سابق) ص ٥٠٠.

ثانياً: التزامات خاصة بالتأمين على السفينة:

١. قيمة السفينة الميينة في الوثيقة أو التي يحددها أهل الخبرة؛ في حالة الهلاك الكلي.

٢. التعويضات التي تترتب على المؤمن له قبل الغير في حالة تصادم السفينة المؤمن عليها بسفينة أخرى أو ارتطامها بشيء ثابت أو متحرك أو عائم^(١).

٣. مصروفات استبدال القطع والإصلاحات الضرورية لجعل السفينة صالحة للملاحة؛ في حالة تضرر السفينة وحاجتها للإصلاح^(٢).

٤. يضمن المؤمن في حدود مبلغ التأمين الأضرار الناشئة عن كل حادث يقع أثناء سريان وثيقة التأمين، وإن تعددت الحوادث^(٣).

٥. إذا كان عقد التأمين يقتصر على مدة وجود السفينة في ميناء أو مرسى أو حوض جافٍ أو أي مكان آخر؛ فتسري عليه أحكام التأمين على السفينة عموماً^(٤).

٦. العبرة في التزام المؤمن بالضمان هو عقد التأمين، بالتالي تسري التأمينات المعقودة على عدة سفن تابعة لمجهز واحد كما لو كانت كل سفينة منها تابعة لمجهز مختلف؛ وهذا الحكم مقرر لحظ المؤمن له، فلا يحتاج عليه

(١) المادة (٣٣١) من النظام البحري التجاري.

(٢) المادة (٣٣٤) من النظام البحري التجاري.

(٣) المادة (١/٣٣٣) من النظام البحري التجاري.

(٤) المادة (٣٣٩) من النظام البحري التجاري.

المؤمن بأنه أفاد من عقد تأمين يخص سفينة أخرى، أو أن الشيء المؤمن عليه ملك للمؤمن له؛ فمثلاً لو وقع تصادم بين سفينتين مملوكتين لمجهز واحد فتجري التسوية كما لو كانت السفينتين لمجهزين مختلفين.

٧. تعد البضائع وغيرها من الأموال المملوكة للمجهز بالنسبة إلى المؤمن على السفينة كما لو كانت مملوكة للغير؛ فلا يجوز للمؤمن إهمالها بحجة أنها تابعة للسفينة؛ بل هي بذاتها تمثل ثروة يجب أن ينظر إليها بعين الاعتبار في تقدير مبلغ التعويض.^(١)

ثالثاً: التزامات خاصة بالتأمين على الأجرة:

١. إذا اشترط استحقاقها في جميع الأحوال فيشملها التأمين بنسبة (١٠٠٪)، أما إذا لم يشترط استحقاقها في جميع الأحوال فلا يشمل التأمين إلا (٦٠٪) منها فقط، ما لم يتفق على غير ذلك.^(٢)

٢. إذا كان موضوع التأمين خاصاً بالمكافآت المستحقة عن المساعدة والإنقاذ، التزم المؤمن -بحدود مبلغ التأمين- بدفع المصروفات التي تُنفق لمساعدة السفينة أو إنقاذها بسبب خطر يشمله التأمين، وكل مكافأة أخرى تستحق بسبب هذا الخطر، ولا يُنتج التأمين المذكور أثره إلا في حالة عدم كفاية المبلغ المنصوص عليه في وثيقة التأمين على السفينة.^(٣)

(١) راجع المادة (٣٣٧) من النظام البحري التجاري.

(٢) المادة (١/٣٤٠) من النظام البحري التجاري.

(٣) المادة (١/٣٤١) من النظام البحري التجاري.

٣. إذا كان موضوع التأمين خاصاً بالمصرفيات التي تنشأ عن تعويم السفينة، التزم المؤمن بدفعها في حدود مبلغ التأمين، وذلك في الأحوال التي يجوز فيها للمؤمن له ترك السفينة بسبب خطر يشمله التأمين^(١).

٤. إذا كان محل التأمين أجور البحارة ونفقاتهم وإعادةهم إلى أوطانهم والأرباح المتوقعة، التزم المؤمن بتعويض الضرر الناشئ عن أي خطر بحري يدخل في التأمين إذا أثبت المدعي أن الضرر يتعلق بمحل التأمين^(٢).

رابعاً: التزامات خاصة بالتأمين على البضائع:

١. في حالة الهلاك الكلي لا يجوز أن يزيد مبلغ التأمين على الحد الأعلى من المبالغ الآتية:

أ. ثمن شراء البضاعة في زمان الشحن ومكانه، أو سعرها الجاري في هذا الزمان والمكان إذا كانت غير مشتراة، مضافاً إليه مصروفات نقل البضاعة إلى ميناء الوصول، والريح المتوقع.

ب. قيمة البضاعة في زمان الوصول ومكانه، أو في التاريخ الذي كان يجب أن تصل فيه في حالة هلاكها.

ج. ثمن بيع البضاعة إذا باعها المؤمن له مضافاً إليه المبالغ الأخرى التي قد يتفق عليها في عقد البيع^(٣).

(١) المادة (٢/٣٤١) من النظام البحري التجاري.

(٢) المادة (٣٤٢) من النظام البحري التجاري.

(٣) المادة (٣٤٧) من النظام البحري التجاري.

والمنظم البحري السعودي قد أخذ فيما يتعلق بالتأمين على البضائع بمبدأ جواز التعويض عن الربح المأمول، فيعوض المؤمن له على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب باعتبار أن الكسب مصلحة مشروعة وغرض رئيسي من البضاعة المؤمن عليها، ولا يتعارض ذلك مع مبدأ عدم الإثراء بلا سبب الذي يمنع الغنم من التعويض؛ لأن الممنوع هو جعل المستفيد في مركز مالي أعلى من المركز الذي يكون فيه لو لم يتحقق الضرر.^(١)

٢. في حالة الهلاك الجزئي (التلف) تقدر الخسائر التي أصابت البضائع بالفرق بين قيمتها تالفة، وقيمتها سليمة في زمان ومكان واحد، وتطبق نسبة نقص القيمة على مبلغ التأمين^(٢).

خامساً: التزامات خاصة بالتأمين من المسؤولية:

تطبيقاً لقاعدة أن عقد التأمين البحري عقد تعويض لا يجوز أن يؤدي إلى الإثراء بلا سبب؛ فيلزم المؤمن في عقد التأمين البحري من المسؤولية بالضمان بالشروط التالية:

الأول: قيام المسؤولية، وذلك بأن يوجّه الغير الذي أصابه الضرر مطالبة ودية أو قضائية إلى المؤمن له.

الثاني: أن يكون مبلغ التأمين على السفينة لا يكفي لتعويض الضرر -وذلك إذا كان محل التأمين من المسؤولية تعويض الضرر الذي يصيب الغير بفعل السفينة باستثناء الضرر الذي يصيب الأشخاص-.

(١) انظر: الخسارات البحرية المشتركة، حسين غنایم (جامعة الكويت: ١٩٧٤م) ص ٤١٢.

(٢) المادة (٣٤٨) من النظام البحري التجاري.

الثالث: أن يكون التزام المؤمن في حدود ما يلتزم المؤمن له بأدائه من تعويض^(١).

ما لا يشمل التزام المؤمن في التعويض:

١. إصلاح الأشياء المؤمن عليها أو استبدالها^(٢)، باستثناء الهلاك الجزئي في السفينة القابل للإصلاح.

٢. الربح المأمول الفاتئ بسبب إصلاح السفينة، كنقص قيمتها التجارية، وفوات نفعها بسبب التعطل^(٣).

٣. المسموحات: يجوز في العقد اشتراط إعفاءات لصالح المؤمن، كأن يشترط عدم دفع مبلغ للتعويض إذا لم يجاوز الضرر نسبة معينة (٥٪ مثلاً) من قيمة الشيء المؤمن عليه، حينها لو زاد الضرر عن هذه النسبة فتخصم من مبلغ التعويض، ما لم يوجد شرط في العقد بخلاف ذلك.

٤. النقص العادي الذي يصيب الشيء المؤمن عليه أثناء الطريق^(٤).

الأثر المترتب على دفع المؤمن للتعويض:

إذا قام المؤمن بدفع التعويض، فإنه يحل محل المؤمن له في جميع حقوقه التي نشأت بمناسبة الأضرار التي يشملها التأمين، وذلك في حدود التعويض الذي دفعه^(٥).

(١) انظر المواد (٣٥٤)، (٣٥٥)، (٣٣١) من النظام البحري التجاري.

(٢) المادة (٣١٨) من النظام البحري التجاري.

(٣) انظر: المادة (٣٣٤) من النظام البحري التجاري.

(٤) راجع: المادة (٣١٣) من النظام البحري التجاري.

(٥) انظر: المادة (٣٢٤) من النظام البحري التجاري.

يشمل ذلك دعوى الاشتراك في الخسارة البحرية المشتركة، ودعوى المسؤولية ضد الغير، والحكمة من ذلك تخفيف مخاطر التأمين على المؤمن، وحتى لا يكون التأمين سبباً لإبراء الغير بلا حق، ومنع المؤمن له من الغنم والإثراء بلا سبب إذا جمع بين هذه الدعاوى ودعوى التعويض في التأمين البحري^(١).

الطريق الثاني: الترك:

ويسمى التخلي، وهو طريق استثنائي، لا يُستعمل إلا في المخاطر الجسيمة، حيث يختار المؤمن له ترك الشيء المؤمن عليه للمؤمن في الأحوال التي يجيز له الاتفاق أو النظام فيها الترك؛ بغية الحصول، على مبلغ التأمين كاملاً، مقابل أن يملك المؤمن الشيء المتروك، بعد اتخاذ إجراءات محددة في النظام، وقبول المؤمن.

تعود فكرة الترك إلى الأعراف البحرية القديمة في القرون الوسطى التي تتماشى مع مخاطر البحر وانقطاع الأخبار عن السفينة زمنًا، ثم وجد الترك طريقه إلى النظم البحرية القديمة ثم الحديثة، وهو نظام خاص بالتأمين البحري، وسبب لنقل الملكية في الأموال البحرية، وتكمن فائدته في تيسير تسوية التأمين البحري بطريقة أسرع^(٢).

(١) انظر: الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، عبد القادر العطير (مرجع سابق) ص ٥٤٥.

(٢) انظر: التأمين وأثره في التنمية الصناعية، أنطاكي، والسباعي (مجلة الاتحاد العربي للتأمين، بيروت، ١٩٦٨م) ص ٥٠٢.

ولتوضيح أحكام الترك نبين حالاته، ومحله، وإجراءاته، وقبوله أو رفضه، وآثاره.

أولاً: حالات الترك:

بالنسبة للسفينة يجوز للمؤمن له تركها للمؤمن في الحالات الآتية:

أ. إذا هلكت كلياً.

ب. إذا كانت نفقات إصلاحها أو إنقاذها تعادل على الأقل ثلاثة أرباع قيمتها المبينة في وثيقة التأمين.

ج. إذا انقطعت أخبارها مدة ثلاثة أشهر بعد وصول آخر نبأ عنها، وافترض هلاكها في تاريخ وصول ذلك النباء.

د. إذا أصيبت بتلف لا يمكن إصلاحه، أو تعذر إصلاحه بسبب عدم توافر الوسائل المادية اللازمة لذلك في المكان الذي هي فيه، إلا إذا كان من المستطاع قطرها إلى مكان آخر يكون الإصلاح فيه ممكناً.

هـ. إذا شمل التأمين أخطار الحرب؛ جاز للمؤمن له استعمال حقه في ترك السفينة في حالة أسرها أو احتجازها أو إيقافها بناء على أمر من السلطات العامة، وذلك إذا لم يتمكن المؤمن له من استردادها خلال أربعة أشهر من تاريخ قيامه بإبلاغ المؤمن بوقوع الحادث^(١).

(١) المادة (٣٣٦) من النظام البحري التجاري.

بالنسبة للبضائع فيجوز تركها في الحالات التالية:

أ. إذا انقطعت أنباء السفينة مدة ثلاثة أشهر بعد وصول آخر نبأ عنها وافترض هلاكها في تاريخ وصول ذلك النباء.

ب. إذا أصبحت السفينة غير صالحة للملاحة خلال الرحلة، واستحال نقل البضائع بأي طريقة أخرى إلى مكان الوصول المتفق عليه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ قيام المؤمن له بإبلاغ المؤمن بعدم صلاحية السفينة للملاحة.
ج. إذا هلكت البضائع، أو تلفت بما يعادل ثلاثة أرباع قيمتها المبينة في وثيقة التأمين على الأقل.

د. إذا بيعت البضاعة أثناء الرحلة بسبب إصابتها بتلف مادي متى نشأ الضرر عن خطر يشمل التأمين.

هـ. إذا كان التأمين يشمل أخطار الحرب جاز للمؤمن له استعمال حقه في ترك البضائع في حالة أسر السفينة أو احتجازها أو إيقافها بأمر من السلطات العامة، وذلك إذا لم توضع البضائع تحت تصرف المؤمن له خلال أربعة أشهر من تاريخ قيامه بإبلاغ المؤمن بوقوع الحادث^(١).

ويلاحظ اشتراك السفينة والبضائع في كثير من حالات الترك، كما يلحظ أن أسباب الترك تدور بين الهلاك الحقيقي، والهلاك الحكمي، والخسارة الجسيمة^(٢).

(١) المادة (٣٤٩) من النظام البحري التجاري.

(٢) انظر: القانون البحري، هشام فرعون (مشورات جامعة حلب، ط.١، ١٩٩٥م) ص ٣١٩.

كما يُلاحظ بأن آخر نباء يصل عن السفينة إذا كان في زمن سريان التأمين؛ يعد قرينة على أن هلاكها كان في زمن سريان التأمين؛ وهي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها^(١).

ثانياً: محل الترك:

محل الترك هو المؤمن عليه كُله، فلا يجوز الترك الجزئي؛ بناء على أنه لا يجوز الجمع بين دعوى الخسارة ودعوى الترك، كما أنه لا يجوز الترك الشرطي وهو المعلق على شرط؛ منعاً لحدوث النزاع.

ولا بد أن يكون هذا المؤمن عليه المتروك قد وقع عليه الضرر فعلاً، فلو فرض أن بعض البضاعة بيعت قبل حدوث الضرر فلا تدخل في الترك؛ لأنه لم يقع عليها الضرر فعلياً، ومقابل ذلك يُنقص من مبلغ التأمين الذي يدفعه المؤمن^(٢).

ويشمل الترك ملحقات الشيء المتروك، وما هو محمّل به من دعاوى وحقوق^(٣).

ثالثاً: إجراءات الترك:

على المؤمن له أن يبلغ المؤمن برغبته في الترك بإعلان قضائي أو بخطاب مسجل أو بأي طريقة أخرى يتحقق بها العلم، ويجب أن يحصل الإبلاغ

(١) انظر: الأصول في القانون البحري، علي يونس (دار الفكر العربي - القاهرة، ط. ١، ١٩٩٨م) ص ٦٧٩.

(٢) انظر: المادة (٣٢٠) من النظام البحري التجاري.

(٣) انظر: القانون البحري، الشرفاوي (مرجع سابق) ص ٥٧٠.

خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علم المؤمن له بالحادثة الذي يميز له الترك، أو من مرور ثلاثة أشهر بعد وصول آخر نبأ عن السفينة أو البضاعة في حالة انقطاع أخبارها^(١).

ويجب على المؤمن له عند تبليغ رغبته في الترك أن يصرح بجميع عقود التأمين التي أجراها، أو التي يعلم بوجودها^(٢)؛ لأهمية ذلك في تقرير المؤمن القبول أو عدمه، والتأكد من عدم إثراء المؤمن له من وراء هذا الترك، كأن يترك المؤمن عليه لأحد المؤمنين، ثم يجمع بين عدة تعويضات من مؤمنين آخرين.

رابعاً: قبوله أو رفضه:

كما أن الترك يكون باختيار المؤمن له، فإن المؤمن يحق له أن يقبل أو يرفض هذا الترك، حسب ما يراه محققاً لمصلحته؛ وفي هذا موازنة بين حق الطرفين، ويرى البعض أن تقرير حق الرفض للمؤمن قد أدخل تغييراً جوهرياً على الترك المعروف قديماً^(٣).

وبقبول المؤمن يكون الترك نهائياً؛ لا رجوع فيه، فلا يجوز للمؤمن له الرجوع عن الترك والمطالب بتسوية الضرر بطريق الخسارة إلا برضا المؤمن، كما لا يجوز للمؤمن الامتناع عن دفع مبلغ التعويض بحجة رجوع السفينة مثلاً، لكن لو تراضى الطرفان على الرجوع في الترك جاز.

(١) انظر: المادة (٣٢١) من النظام البحري التجاري.

(٢) المادة (٣٢٢) من النظام البحري التجاري.

(٣) انظر: القانون البحري، مصطفى كمال (مرجع سابق) ص ٥٤٤.

خامساً: آثاره:

إذا حصل الإيجاب من المؤمن له (الإعلان بالترك) والقبول من المؤمن تم الترك، وترتبت آثاره عليه^(١)، وهي:

١. حصول المؤمن له على مبلغ التأمين كاملاً: متى ما قام بإبلاغ المؤمن بجميع عقود التأمين التي أجراها، وإلاّ جاز للمؤمن الامتناع عن دفع مبلغ التأمين حتى يقوم المؤمن له بالواجب عليه، بل يجوز للمؤمن طلب فسخ الترك بسبب عدم تنفيذ المؤمن له لالتزامه^(٢).

٢. انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه إلى المؤمن: بجميع ملحقاته وما هو محمّل به من دعاوى وحقوق، ويحصل هذا الانتقال بين الطرفين من يوم إعلان المؤمن له رغبته في الترك^(٣)، أما بالنسبة للغير فمن إجراءات نقل الملكية والقيود في سجل السفن المتبعة، أو حيازة البضاعة بسند الشحن حتى لا يعارض أحد في ملكيتها استناداً على أن الحيازة في المنقول سند للملكية^(٤).

(١) انظر: المادة (٣٢٠) من النظام البحري التجاري.

(٢) انظر: الأصول في القانون البحري، علي يونس (مرجع سابق) ص ٦٨٩.

(٣) هذا ما ذهب إليه المنظم السعودي، وذهبت بعض القوانين (كالأردني م ٣٨١)، إلى أن انتقال الملكية يكون من وقت الحادث؛ باعتبار أن الترك تعويض، والتعويض مستحق من وقت حصول الضرر. ولعل ما ذهب إليه المنظم السعودي أجود؛ لأن المؤمن له وإن استحق التعويض من وقت الحادث إلاّ أن التعويض كان يدخله الخيار بين دعوى الخسارة أو الترك، ولأن الترك طريق استثنائي فلا بد من إظهار الرغبة ليرتب الأثر.

(٤) انظر: القانون البحري، الشراوي (مرجع سابق) ص ٥٧٠.

المطلب الثاني: انقضاء عقد التأمين البحري:

انتهاء عقد التأمين البحري يخضع للقواعد والأحكام العامة المقررة في الفقه الإسلامي، أو القانون المدني بحسب الأحوال، والقوانين البحرية المقارنة تعرضت لبعض الأحكام التكميلية في هذا الخصوص عند ذكرها لالتزامات الطرفين.

على ضوء ما سبق فإن أسباب انقضاء التأمين البحري هي: انتهاء المدة، الإنهاء الاتفاقي، الانتهاء بالقوة القاهرة، الفسخ في حالة تخلف أحد الطرفين عن التزاماته، الفسخ بسبب انتقال الملكية في السفينة أو تأجيرها غير مجهزة.

١. انتهاء المدة:

بما أن عقد التأمين البحري عقد مدة؛ فإنه ينتهي بانتهاء مدته المحددة إما على أساس الزمن أو الرحلة؛ وهذا انتهاء طبيعي، ولذلك يهتم الأطراف بمسألة السريان الزمني لعقد التأمين البحري.

٢. اتفاق الطرفين على إنهاء عقد التأمين البحري:

وهذا إنهاء اتفاقي، وفي الفقه الإسلامي يُعدُّ إقالة، وهي رفع العقد، وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين^(١)، وهي جائزة في العقود؛ وقد قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَشْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ))^(٢).

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٥ / ٣٢٤.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم، وهو صحيح على شرط الشيخين (فيض القدير ٦ / ٧٩).

٣. الانتهاء بالقوة القاهرة:

إذا هلك المؤمن عليه بقوة القاهرة، وكان الخطر الذي هلك به غير مشمول بالتأمين البحري (كسفينة هلكت بخطر حربي لم يؤمن منه)؛ فإن عقد التأمين البحري ينقضي لانعدام المحل، والانقضاء هنا بالنسبة للمستقبل، لا الماضي، فلا يسري بأثر رجعي، يترتب على ذلك استحقاق المؤمن لجزء من قسط التأمين يناسب المدة قبل الهلاك؛ لأن العقد من العقود الاستمرارية^(١).

٤. الفسخ في حالة تخلف أحد الطرفين عن التزاماته:

إذا تخلف أحد الطرفين عن التزاماته المنصوص عليها في العقد أو النظام؛ جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد، تطبيقاً لذلك نص النظام على أسباب تمييز للمؤمن طلب فسخ العقد، يمكن بيانها فيما يلي:

أ. عدم تقديم المؤمن له بيانات صحيحة تؤدي لتقدير الخطر بقيمته الحقيقية^(٢).

ب. قيام المؤمن له بتقديم بيانات غير صحيحة، أو السكوت عن تقديم بيانات جوهرية تتعلق بالتأمين؛ وفي الحالتين تؤدي لتقدير الخطر بأقل من حقيقته، ولو لم يثبت سوء النية^(٣).

(١) المادة (٣٣٢/٢). انظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا (مرجع سابق) ١/٥٩٨.

(٢) المادة (٣١٤/٣) من النظام البحري التجاري.

(٣) المادة (٣٠٠) من النظام البحري التجاري.

ج. عدم قيام المؤمن له بدفع قسط التأمين في المكان والزمان المتفق عليهما^(١).

د. عدم قيام المؤمن له بإبلاغ المؤمن بالظروف التي تطرأ أثناء سريان وثيقة التأمين ويكون من شأنها زيادة الخطر^(٢).

هـ. إذا قدم المؤمن له -بسوء نية- تصريحاً غير مطابق للحقيقة فيما يتعلق بالحادث، وترتب عليه ضرر للمؤمن^(٣).

و. إذا لم يقيم المؤمن له بإبلاغ المؤمن عن جميع الشحنات التي تتم لحساب المؤمن له، أو تنفيذاً لعقود شراء أو بيع تلزمه بإجراء التأمين، أو إبلاغه عن جميع الشحنات التي تتم لحساب الغير الذي عهد إلى المؤمن له بإجراء التأمين عليها، وذلك في التأمين على البضائع بالوثيقة العائمة^(٤).

ز. حالة زيادة الخطر إذا كانت بغير فعل المؤمن له، أو كانت بفعله واختار المؤمن فسخ العقد^(٥).

٥. الفسخ بسبب انتقال الملكية في السفينة أو تأجيرها غير مجهزة:

إذا انتقلت ملكية السفينة المؤمن عليها أو أُجِّرت غير مجهزة، يجوز للمؤمن طلب الفسخ خلال شهر من إبلاغه بانتقال الملكية أو الإيجار^(٦)؛

(١) المادة (٣١٤/١) من النظام البحري التجاري.

(٢) المادة (٣٠١/١) من النظام البحري التجاري.

(٣) المادة (٣٢٣) من النظام البحري التجاري.

(٤) المادة (٣٥١)، (٣٥٢) من النظام البحري التجاري.

(٥) المادة (٣٠١/٢-٣) من النظام البحري التجاري.

(٦) راجع: المادة (٣٣٨) من النظام البحري التجاري.

وفي هذه الحالة اعتبر المنظم شخصية المؤمن له، ورتب على تغييرها أثراً في العقد.

المطلب الثالث: سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين البحري:

تُقرّر النُّظْمُ البحرية المقارَنة سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين البحري بمرور مدة محدّدة، وهذا ما يعرف فقهاً بالتقادم^(١).

وفي الفقه الإسلامي «لا يسقط الحق بتقادم الزمن»^(٢)، وإنّما الذي يترتب على التقادم هو عدم سماع الدعوى ما دام صاحب الحق لم يطالب به مدة التقادم مع قدرته على المطالبة، وإنّما لا تسمع الدعوى؛ لأن طول الفترة مع عدم المطالبة قرينة على عدم وجود الحق، وبسبب خوف وقوع التزوير والأطماع الفاسدة استغلالاً لطول الفترة؛ ولذلك لو أقام أحدُ الدعوى بحقّ على آخر بعد مرور مدة التقادم ورَدَّ القاضي الدعوى بسبب مرور الزمن فإنّ المدين يبقى مديناً ديانةً ولا يخلُص من حق غرمائه ما لم يُؤدِّ دينه^(٣).

والحكمة من تقرير مُدَد التقادم في التأمين البحري؛ هي طلب استقرار الأوضاع القانونية، وإعمال دلالة القرينة على عدم وجود الحق، وحث الأطراف على التوجه للقضاء في زمن مناسب لا يصعب معه تقديم الأدلة والإثباتات.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري (مرجع سابق) ١٠ / ٦٣٤.

(٢) القاعدة (١٦٧٤) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (مرجع سابق) ص ٣١٩.

والمنظم البحري السعودي جعل مدة التقادم في الدعاوى الناشئة عن التأمين البحري سنتين، وحدد على وجه التفصيل ابتداء احتسابها، وقرّر انقطاعها في أحوال معينة.

فقرّر أنه: «لا تُسمع الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بعد مضي سنتين، وتبدأ هذه المدة وفقاً لما يأتي:

- أ. من تاريخ استحقاق قسط التأمين فيما يتعلق بدعوى المطالبة به.
- ب. من تاريخ وقوع الحادث الذي تنشأ عنه الدعوى فيما يتعلق بدعوى المطالبة بتعويض الأضرار التي تلحق بالسفينة.
- ج. من تاريخ وصول السفينة أو التاريخ الذي كان يجب أن تصل فيه، فيما يتعلق بدعوى المطالبة بتعويض الأضرار التي تلحق بالبضائع، أما إذا كان الحادث لاحقاً لأحد هذين التاريخين سرت المدة من تاريخ وقوع الحادث.
- د. من تاريخ وقوع الحادث، فيما يتعلق بدعوى المطالبة بتسوية الأضرار بطريقة الترك، وفي حالة تحديد مهلة في هذا العقد لإقامة دعوى الترك تبدأ المدة من تاريخ انقضاء هذه المهلة.
- هـ. من تاريخ قيام المؤمن له بالوفاء فيما يتعلق بدعوى الإسهام في الخسارة المشتركة، أو بدعوى المطالبة بمصروفات الإنقاذ.
- و. من التاريخ الذي يقيم فيه الغير الدعوى على المؤمن له، أو من تاريخ قيام المؤمن له بالوفاء فيما يتعلق بدعواه قبل المؤمن بسبب رجوع الغير».

كما قرر المنظم البحري السعودي أنه: «لا تُسمع دعوى استرداد المبالغ المدفوعة بمقتضى عقد التأمين بعد مضي سنتين تبدأ من تاريخ الوفاء بغير المستحق».

كما قرّر أنه: «في جميع الأحوال تنقطع المدة المذكورة بالمطالبة بخطاب مسجل، أو بتسليم المستندات المتعلقة بالمطالبة، أو بنذب خبير لتقدير الأضرار، وذلك بالإضافة إلى الأسباب المقررة نظاماً»^(١).

(١) المادة (٣٢٥) من النظام البحري التجاري.

المبحث الثالث

موقف الفقه الإسلامي من عقد التأمين البحري

من خلال البحث لم أجد من خصَّ عقد التأمين البحري بحكم شرعي يختلف عن حكم باقي أنواع التأمين؛ ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن فكرة التأمين واحدة، والأسس الشرعية التي يبنى عليها الحكم لن تختلف باختلاف نوع التأمين سواء أكان برياً أم بحرياً أم جويّاً؛ فكلها ينظمها وصف التأمين التجاري.

ومسألة حكم التأمين التجاري شرعاً من نوازل المسائل، ومستحدثات العصر؛ لذا لا تجد حكمه في كتب الفقه المتقدمة، لكنه نال حظاً كبيراً من الدراسة الشرعية في محافل علمية، ومؤتمرات، ومراكز بحثية، ومجامع فقهية، وكتب ومؤلفات، واختلف المعاصرون حول حكمه اختلافاً واضحاً، وما زالت الملتقيات العلمية بشأنه قائمة.

وقبل الحديث عن حكم التأمين البحري نفرق بين نوعين من التأمين: التأمين التعاوني، والتأمين التجاري.

التأمين التعاوني:

عقد تأمين جماعي يلتزم بموجبه كل مشترك بدفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع؛ لتعويض المتضررين منهم، على أساس التكافل والتضامن عند تحقق الخطر المؤمن منه، تدار فيه العمليات التأمينية من قبل شركة متخصصة على أساس الوكالة بأجر معلوم.

وهذا النوع من التأمين لم يُثر خلافاً بين الفقهاء المعاصرين، بل جوازه محل اتفاق بينهم، ويراه الكثير بديلاً شرعياً عن التأمين التجاري، وقد أفتت بجوازه هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بالقرار رقم (٥١) في (٤/٤/١٣٩٧هـ)، ووافقته في ذلك مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في شعبان سنة (١٣٩٨هـ)؛ لأنه من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وليس الربح هدفه، ولخلوه من الربا، ولأن الغرر لا يؤثر في عقود التبرع.

ومن أبرز خصائصه أن المؤمنين هم المؤمن لهم، يحملون الصفتين، وإنما دور الشركة إدارة العملية التأمينية بأجر معلوم، وهذا يعني أن فائض التأمين من حقهم تتصرف فيه الشركة نيابة عنهم وفق الاتفاق أو النظام^(١).

التأمين التجاري:

عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي المؤمن إلى المؤمن له مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبيّن بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

(١) انظر: تطبيقات التصرف بالفائض التأمينية، أحمد محمد السعد (بحوث الملتقى الثالث للتأمين التعاوني ٧-٨/١٢/٢٠١١م، إصدار الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل) ص ٣٩.

ومن أبرز خصائصه أنه عقد معاوضة هدفه الربح، المؤمن طرف معاوض مستقل عن المؤمن لهم؛ هذا يعني أن الفائض التأميني من حق شركة التأمين (مساهمي الشركة)^(١)؛ لذا قام فيه الخلاف بين الفقهاء المعاصرين لاجتماع المعاوضة والغرر.

توصيف عقد التأمين البحري:

هو عقد تأمين تجاري - بلا شك - لما يلي:

١. المعاوضة فيه واضحة جلية، والنصوص النظامية في النظام البحري التجاري تحدد الالتزامات المتقابلة بين الطرفين.

٢. الفائض التأميني في التأمين البحري من حق شركة التأمين (مساهمي الشركة)؛ فشركات التأمين التي تقدم منتج التأمين البحري تخضع لأحكام اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، وقد نصت هذه اللائحة عند بيان «معادلة توزيع فائض عمليات التأمين» في المادة (٧٠/٢ - هـ) على: «توزيع الفائض الصافي ويتم إما بتوزيع نسبة ١٠٪ للمؤمن لهم مباشرة، أو بتخفيض أقساطهم للسنة التالية، وتحويل ما نسبته ٩٠٪ إلى قائمة دخل المساهمين».

ولعل تسمية شركات التأمين هنا «تعاونية» باعتبار أن غاية عقود التأمين ولازمها هو تفتيت المخاطر وتوزيعها، وقد تم ذلك بفضل أموال المؤمن لهم مجتمعة، فهم في باطن الأمر تعاونوا فيما بينهم.

(١) انظر: مشاركة المساهمين في الفائض التأميني بين المنع والجواز، السيد حامد حسن (بحوث الملتقى الثالث للتأمين التعاوني ٧-٨/١٢/٢٠١١م، إصدار الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل) ص ٨٩.

حكم التأمين البحري:

بناء على أنه عقد تأمين تجاري فيدخله الخلاف المشهور بين الفقهاء المعاصرين على قولين:

القول الأول: التحريم:

واستدلوا بأن عقد التأمين من عقود المعاوضات المالية المشتملة على الغرر الفاحش، فإن الكارثة قد تقع وقد لا تقع، فالجهالة قائمة فيما يعطي وفيما يؤخذ، وقد نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «عن بيع الغرر»^(١)، والنهي يقتضي التحريم والفساد.

وهذا الدليل هو أقوى الأدلة، وما بعدها تبع له؛ لذلك فقد حظي بمناقشات مفصلة من المخالفين، فمنهم من لم يسلم بوجود الغرر بالنظر إلى العلاقة بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم، ومنهم من رد بأن الغرر يسير غير مؤثر، ومنهم من سلم بأن الغرر كثير؛ ولكن للحاجة والمصلحة يغتفر؛ فقد عُلم من الشريعة اغتفارها للغرر في مواطن الحاجة.

وبهذا القول المحرّم أخذ المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي، وأفتى به مجلس كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة بالرياض في ٤ / ٤ / ١٣٩٧ هـ، وقرره المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى في مكة المكرمة بتاريخ ١ / ٨ / ١٣٩٨ هـ، كما

(١) رواه مسلم (كتاب البيوع - باب: بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر برقم ٢٧٨٣).

قرره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في جدة بتاريخ ١٠-١٦/٤/١٤٠٦هـ.

القول الثاني: الجواز:

واستدلوا بما يلي

١. أن الأصل في المعاملات الحل؛ ولا يوجد دليل قطعي على التحريم.

٢. الاستصلاح، قالوا فيه مصلحة ظاهرة، لا دليل قطعي على إلغائها.

رد المانعين على أدلتهم:

١. قالوا خرجنا عن أصل الحل في المعاملات؛ لوجود المحذور وهو الغرر الثابت تحريمه بالنص.

١. قالوا المصلحة ملغاة؛ لاشتغال التأمين على المحذور شرعاً وهو الغرر.

وإلى هذا القول بالجواز ذهب طائفة من الفقهاء المعاصرين، منهم مصطفى الزرقا، وعلي الخفيف، ومحمد يوسف موسى، وعبد الوهاب خلاف، ومعالى الشيخ عبد الله بن منيع، وصدر به قرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية في عام ١٤١١هـ^(١).

(١) للمزيد حول الأقوال وأدلتها ومناقشتها انظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان محمد الديبان (ط.٢، ١٤٣٤هـ) ٤/١١٧، نظام التأمين، مصطفى الزرقا (دار الرسالة - بيروت، ط.١، ١٤٠٤هـ).

نظرة شرعية إلى هذا الخلاف الفقهي:

بعد استقراء الأقوال في هذه المسألة هناك وقفان، وقفه عند المسألة بذاتها، ووقفه عند التعامل مع الخلاف فيها.

وقوفاً عند المسألة ذاتها يمكن القول:

- الخلاف في هذه المسألة قوياً، ووقع بين قامات علمية كبيرة في فقه المعاملات المعاصرة، ومع كثرة الملتقيات الفقهية حول التأمين لم يحسم الخلاف الفقهي.

- مسألة التأمين يتنازعها موجبان، موجب التحريم وهو الغرر الفاحش، وموجب التحليل وهو الأصل والحاجة، والموجبان قويان؛ فكلما أورد الموردون على أي موجبٍ منهما، وجد الآخرون رداً.

- لا شك أن التأمين التعاوني يمثل بديلاً شرعياً متوافقاً عليه، والعمل به يُخرج الأمة من دائرة الخلاف الفقهي، ويحقق البعد عن الشبهة.

- دليل الإباحة الأصلية (الأصل في المعاملات الإباحة) دليل قوي^(١)؛ يصعب الخروج عنه ما لم يوجد دليل موازٍ في الدلالة لقوته.

(١) انظر: إعلام الموقعين، لابن القيم (مكتبة دار البيان - بيروت، ط. ١، ١٤٢١هـ)

- الأدلة التي استدل بها المانعون ليست قاطعة الدلالة، وإنما ظنية الدلالة^(١)، وقد ذهب طائفة من أهل العلم إلى أن المصلحة المرسلة^(٢) تخصّص الدليل الظني، وتقدّم في العمل عليه^(٣).

- واقع التجارة البحرية، وصفتها الدولية، ومخاطرها، يقوّي الحاجة للتأمين البحري أكثر من التأمين البري.

وقفه في التعامل مع الخلاف الفقهي في هذه المسألة:

- المسألة فقهية، وتقبّل الخلاف الفقهي القوي أمر مستقر في نفوس أهل العلم قديماً وحديثاً.

- المسألة اجتهادية، ولا يُنكر في المسائل الاجتهادية التي تتنازعها أدلّة قوية متّحدة المورد، تجعل الخلاف سائغاً^(٤).

(١) الدليل الشرعي من حيث قوة الدلالة ينقسم إلى: قطعي الثبوت والدلالة، قطعي الثبوت ظني الدلالة، ظني الثبوت قطعي الدلالة، ظني الثبوت والدلالة.

(٢) المصلحة المرسلة: مصلحة لم يرد دليل شرعي خاص بها، يعتبرها أو يلغيها، لكنها تخدم مقاصد الشريعة في حفظ النفس والمال والعقل والدين والعرض، تطبيقاً لذلك في التأمين البحري يُقال: يجوز؛ لما فيه من مصلحة حفظ المال، ولم يرد دليل قطعي الدلالة على تحريمه.

(٣) من أمثلة ذلك: جواز التسعير للمصلحة. للمزيد انظر: علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي، عبد الوهاب خلاف (دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٩٦م) ص ٨٠، المستصفي من علم الأصول، للغزالي (مؤسسة الرسالة - دمشق، ت. محمد الأشقر، ط. ١، ١٤٣١هـ) ١/٤١٤، مصادر الحكم التجاري، عارف العلي (مرجع سابق) ص ٨١.

(٤) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٠/٢٠٧.

- إلزام ولي الأمر الناس بقول من الأقوال في المسائل الاجتهادية؛ معتبراً شرعاً من ناحية العمل، كما أن حكم الحاكم يرفع الخلاف عملاً^(١).
والحمد لله الذي جعل في الشريعة يسراً، وفي أحكامها سراحة، وصلاًحاً لكل زمان ومكان، واستيعاباً لظروف العصر ومتغيراته وحاجاته.



(١) انظر: إلزام ولي الأمر وأثره في المسائل الخلافية، عبد الله محمد المزروع (مجلة البيان - الرياض، ط. ١، ١٤٣٤هـ) ص ٨٠.

الخاتمة

الحمد لله الذي يسّر إتمام هذا البحث، جعله الله لوجهه خالصاً، ولخلقه نافعاً، ولباحثه شاهداً وذخراً، في خاتمه نتائج توصلت إليها، وتوصيات أشير بها، إليك بيانها:

النتائج:

- التأمين البحري شرعاً: ضمان بعوض، لأخطار بحرية معينة، مقابل عوض
- التأمين البحري نظاماً: العقد الذي يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤمن، بتعويض شخص آخر يسمى المؤمن له، عن الضرر الناشئ من خطر بحري، نظير قسط معين.
- النظام الحاكم للتأمين البحري في المملكة العربية السعودية هو النظام البحري التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٣) وتاريخ ٥ / ٤ / ١٤٤٠هـ، ونظام مراقبة شركات التأمين التعاوني.
- عقد التأمين البحري عقد تجاري بالنسبة لشركة التأمين، أما المؤمن له فيتوقف الأمر على صفته وغرضه تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، فإن كان تاجراً وأمن لأغراض التجارة فهو عمل تجاري وإلا فلا؛ ولا يترتب على ذلك أثر قضائي، لأن جهة الاختصاص بالدعاوى الناشئة عن التأمين البحري هي لجان الفصل في المنازعات التأمينية.

- مصادر الحكم في التأمين البحري في المملكة العربية السعودية على الترتيب هي:

أحكام الشريعة الإسلامية، النصوص النظامية الآمرة الخاصة بالتأمين البحري، الاتفاق أو العقد المبرم بين أطراف التأمين، النصوص النظامية المكملة الخاصة بالتأمين البحري، الأعراف التجارية البحرية بين ذوي الشأن، السوابق القضائية، الفقه القانوني البحري متمثلاً في آراء شراح القانون.

- عقد التأمين البحري عقد شكلي باعتبار أن النظام نص على عدم ثبوته إلا بالكتابة.

- عقد التأمين البحري عقد معاوضة؛ لأن الطرفين يلتزمان بدفع عوض.

- عقد التأمين البحري عقد غرر أو عقد احتمالي، فكلا الطرفين لا يعرف مقدار ما يعطي وما يأخذ، ويكتنفه الغرر من جهة استحقاق مبلغ التأمين، ومقداره، ومن جهة أجله.

- عقد التأمين البحري عقد إذعان؛ لأن شركات التأمين لقوة مركزها المالي تُعدُّ أنموذج التأمين البحري، وتضع شروطها، ولا يملك الطرف الآخر غير الموافقة دون مناقشة أو تعديل أو مساومة حقيقية ما لم يكن يمثل مركزاً مالياً قوياً موازياً لشركات التأمين، كشركات البترول.

- عقد التأمين البحري عقد منتهى حسن النية، فلها أثر كبير في تحديد التزامات الطرفين، وفي انقضائه بسبب الإخلال بهذا المبدأ.

- عقد التأمين البحري من عقود المدة، المدة فيه عنصر رئيسي، وللسريان الزمني أهميته.
- أركان عقد التأمين البحري هي الصيغة والعاقدان والمعقود عليه.
- الصيغة في عقد التأمين البحري تأخذ شكلاً حدده النظام؛ للانعقاد أو الإثبات، فتكون الصيغة على شكل وثيقة التأمين.
- وثيقة التأمين البحري هي محرر مكتوب عقداً للتأمين البحري بين طرفيه، أو إثباته، مؤقتاً أو نهائياً، اسماً أو إذنيّاً أو لحامله، وفقاً للشروط النظامية، والشروط الاختيارية، لا يثبت ما يطرأ عليه إلا كتابة.
- العاقدان هما المؤمن (شركة التأمين)، والمؤمن له.
- المؤمن هي شركة مساهمة عامة، متخصصة في التأمين، مسجلة في المملكة العربية السعودية، وفق قواعد إجرائية وضوابط يحكمها نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، وتخضع لمراقبة مؤسسة النقد العربي السعودي إدارياً، وللجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية قضائياً.
- المؤمن له ويسمى المستأمن، وقد يكون مالك السفينة، أو تجهزها، أو صاحب البضاعة المنقولة بحرّاً، وهو الملتزم في عقد التأمين البحري، غير أنه ليس بالضرورة أن يكون هو المستفيد من عقد التأمين لاحقاً؛ لأن وثيقة التأمين قابلة للتداول.
- يشترط أن يكون المؤمن، والمؤمن له، والمستفيد أصحاب مصلحة تأمينية، فهي مبدأ أساسي من مبادئ التأمين البحري، بتخلفها يبطل عقد

التأمين بطلائاً مطلقاً، بنص النظام، فهي من قبيل النظام العام، والنص الوارد بها نص ملزم.

- المعقود عليه هو الخطر، وهو: حادثٌ قهريٌّ، محتملٌ، لأموالٍ؛ بسبب الملاحة البحرية، محددٌ نوعاً ومكاناً وزمناً.

- الأخطار التي نص النظام البحري على شمول التأمين البحري لها هي: الأضرار المادية التي تلحق الأشياء المؤمن عليها بسبب الخطر المؤمن منه، والخسارة - بمقدار حصة الأموال المؤمن عليها - في الخسائر البحرية المشتركة، وخسارة المصروفات التي تنفق بسبب الخطر المؤمن منه؛ لحماية الأموال المؤمن عليها من ضرر مادي أو للحد منه، وأخطاء المؤمن له، أو تابعيه البرين، أو الربان.

- لا يشمل عقد التأمين البحري الأخطار الحربية والإرهابية والتخريبية، والعيوب الذاتية إلا إذا كان العيب في السفينة خفياً، والنقص العادي الذي يحدث للبضائع أثناء الطريق، والأضرار المادية الناشئة عن أعمال السلطة، والأضرار التي لا تعد تلفاً مادياً يلحق مباشرة بالأشياء المؤمن عليها؛ ما لم يتفق الطرفين عليها في العقد.

- ابتداءً تُحدّد التزامات الطرفين في وثيقة التأمين، فشروطها تُعتبر ما لم تخالف الشرع ومقتضى العقد والنصوص النظامية الآمرة، وعند عدم وجود شرط أو اتفاق في العقد فتحدّد بالنصوص القانونية المنظمة لعقد التأمين البحري.

- يبدأ سريان العقد ببداية سريان الخطر فعلياً في مدة لا تتجاوز تسعين يوماً من تاريخ عقد التأمين أو من التاريخ المحدد لبدء سريان الخطر، وإلا فلا يكون لوثيقة التأمين أثر.
- يلتزم المؤمن له بتقديم بيانات صحيحة ودقيقة عن الخطر المؤمن منه، ودفع قسط التأمين، والمحافظة على حقوق المؤمن.
- تلتزم شركة التأمين بدفع التعويض عند حصول الضرر المؤمن منه.
- تسوى الأضرار إما بطريقة تعويض الخسارة، أو الترك.
- في حالة التعويض تقدر القيمة الفعلية للضرر، وبما لا يزيد عن القيمة الفعلية للشيء المؤمن عليه.
- إذا قام المؤمن بدفع التعويض، فإنه يحل محل المؤمن له في جميع حقوقه التي نشأت بمناسبة الأضرار التي يشملها التأمين، وذلك في حدود التعويض الذي دفعه.
- في حالة الترك يحصل المؤمن له على مبلغ التأمين كاملاً، وتنتقل ملكية الشيء المؤمن عليه بجميع ملحقاته وما هو محمل به من دعاوى وحقوق إلى المؤمن.
- ينقضي عقد التأمين البحري بانتهاء المدة، أو اتفاق الطرفين على إنهائه، أو بالقوة القاهرة، أو بالفسخ في حالة تخلف أحد الطرفين عن التزاماته، أو بالفسخ بسبب انتقال الملكية في السفينة أو تأجيرها غير مجهزة إذا لم يرض المؤمن به.

- تسقط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين البحري بمرور سنتين من قيام سبب الدعوى.

- الحكم الشرعي للتأمين البحري موضع خلاف بين الفقهاء المعاصرين، والتعامل معه يكون في ضوء أدبيات الخلاف الفقهي السائغ.

التوصيات:

يوصي الباحث بما يلي:

- إصدار دليل مبسط عن التأمين البحري، يفيد منه أصحاب المصلحة التأمينية في معرفة حقوقهم التأمينية.

- دراسة بعض الصور الخاصة في التأمين البحري لتجلية أحكامها الخاصة، وإثراء المكتبة التجارية البحرية السعودية.

- نشر الأحكام القضائية الصادرة في دعاوى التأمين البحري بشكل دوري.

- الاهتمام بإعداد الكوادر المتخصصة، وتأهيلها في مجال التأمين البحري، ليكون منهم القضاة والمستشارون والباحثون والمحامون المتخصصون، إما بافتتاح أقسام في الكليات المتخصصة، أو إضافة مواد مناسبة في الكليات والأقسام المناسبة.

- افتتاح دوائر قضائية متخصصة في قضايا التأمين البحري، سعياً لتقرير مبادئ قضائية في التأمين البحري.

- إيجاد معيار دقيق للأحكام الملزمة والأحكام التكميلية في اللائحة التنفيذية للنظام البحري التجاري.
- النص في اللائحة التنفيذية للنظام البحري التجاري على أن يكون العقد باللغة العربية، مع جواز لغة أخرى، وعند الاختلاف فالعبرة بالنص العربي، وأن تكون وثيقة التأمين من نسختين أصليتين، وأن يوقع عليها الطرفان.
- النص في اللائحة التنفيذية على جواز عقد التأمين البحري إلكترونياً، وضوابط ذلك.



فهرس المصادر والمراجع

١. الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، لعلاء الدين البعلبي (مطبعة السنة المحمدية - القاهرة، ت. محمد الفقي، ١٣٦٩هـ).
٢. إدارة الغرر في التأمين الإسلامي، أ. د. عبد الرحيم الساعاتي (ورقة علمية الملتقى الثاني للتأمين التعاوني الذي نظّمته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد - الرياض ١٤٣١هـ).
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للألباني (المكتب الإسلامي - بيروت، ط. ٢، ١٤٠٥هـ).
٤. الأشباه والنظائر، لابن السبكي (دار الكتب العلمية - بيروت، ط. ١، ١٤١١هـ).
٥. الأشباه والنظائر، لابن الوكيل (دار الكتب العلمية - بيروت، ط. ١، ١٤٢٣هـ).
٦. الأصول في القانون البحري، علي يونس (دار الفكر العربي - القاهرة، ط. ١، ١٩٩٨م).
٧. إعلام الموقعين، لابن القيم (مكتبة دار البيان - بيروت، ط. ١، ١٤٢١هـ).
٨. الأعمال التجارية المفردة وتطبيقاتها القضائية، يوسف عبد الله الخضير (بحث محكم مجلة العدل، العدد ٤٤، شوال ١٤٣٠هـ).
٩. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الشربيني الخطيب (دار الفكر - بيروت، ت. مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، ١٤١٥هـ).
١٠. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد الشربيني الخطيب (دار الفكر - بيروت، تحقيق مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، ١٤١٥هـ).
١١. إلزام ولي الأمر وأثره في المسائل الخلافية، عبد الله محمد المزروع (مجلة البيان - الرياض، ط. ١، ١٤٣٤هـ).

١٢. الأوراق التجارية، عبد الرحمن قرمان (مكتبة الشقري - الرياض، ط. ٢، ٢٠١١م).
١٣. التأمين البحري، مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق (دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠٥م).
١٤. التأمين البري في التشريع الأردني، عبد القادر العطير (دار الثقافة - الأردن، ط. ٥، ٢٠١٤م).
١٥. التأمين بين الحل والتحريم، عيسى عبده (دار الاعتصام - القاهرة).
١٦. التأمين وأثره في التنمية الصناعية، أنطاكي، والسباعي (مجلة الاتحاد العربي للتأمين، بيروت، ١٩٦٨م).
١٧. التصرفات الواردة على السفينة في «النظام البحري السعودي» - دراسة تحليلية مقارنة، - خالد بن مرزوق الذيابي (رسالة دكتوراه: قسم الأنظمة، بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٣٨هـ).
١٨. تطبيقات التصرف بالفائض التأمينية، أحمد محمد السعد (بحوث المتقني الثالث للتأمين التعاوني ٧-٨/١٢/٢٠١١م إصدار الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل).
١٩. تفسير النصوص، محمد أديب الصالح (المكتب الإسلامي - بيروت، ط. ٥، ١٤٢٩هـ).
٢٠. تيسير الوصول إلى قواعد الأصول ومعاقد الفصول، للإمام عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي (٧٣٩هـ) بشرح د. عبد الله صالح الفوزان (دار ابن الجوزي - الرياض، ط. ٤، ١٤٣١هـ).
٢١. حرية الإثبات في النظام التجاري، يوسف الخضير (بحث محكمة المجلة القضائية، وزارة العدل، العدد السابع، رمضان، ١٤٣٤هـ).
٢٢. حكم التأمين في الشريعة الإسلامية، لمحمد سلامة (شركة الشروق للنشر).



٢٣. الخسارات البحرية المشتركة، حسين غنايم (جامعة الكويت، ١٩٧٤م).
٢٤. الخطر في التأمين البحري، محمود الشراوي (الدار القومية للطباعة والنشر - مصر، ١٩٦٦م).
٢٥. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريف فهمي الحسيني (دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض، ١٤٢٣هـ).
٢٦. دروس في القانون التجاري، أكثم الخولي (معهد الإدارة العامة - الرياض، ١٩٧٣هـ).
٢٧. شرح منتهى الإرادات، البهوتي (عالم الكتب - بيروت، ط. ١، ١٤١٤هـ).
٢٨. ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، عبد الحميد البعلي (مؤسسة الشرق للنشر - الأردن، ط. ١، ١٩٨٥م).
٢٩. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن القيم الجوزية (دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٥هـ).
٣٠. عقد الإذعان، عبد المنعم فرج الصدة (بحث منشور مجلة الأمن والقانون، كلية الشرطة، دبي، العدد الأول، ١٩٩٦م).
٣١. عقد البيع، لمصطفى الزرقا (دار القلم - دمشق، ط. ٢، ١٤٣٣هـ).
٣٢. عقد التأمين التجاري وحكمه في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم بن عبد الرحمن العروان (مركز البحوث التربوية بكلية التربية بجامعة الملك سعود، ١٤١٥هـ).
٣٣. عقود الإذعان فقهاً وقضاء، إبراهيم سيد أحمد (دار الكتب القانونية - القاهرة، ط. ١، ٢٠١٠م).
٣٤. عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، نزيه كمال حماد (بحث منشور مجلة العدل العدد ٢٤، شوال ١٤٢هـ).
٣٥. علم أصول الفقه و خلاصة التشريع الإسلامي، عبد الوهاب خلاف (دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٩٦م).

٣٦. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، البروفيسور الصديق محمد الأمين الضيرير (سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي: الكتاب الثالث، ط. ٢، ١٤١٦هـ).
٣٧. القانون البحري المصري.
٣٨. القانون البحري، بهجت عبد الله قايد (القاهرة، ١٩٨٤م).
٣٩. القانون البحري، طالب حسن موسى (دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، ط. ٣، ٢٠١٢م).
٤٠. القانون البحري، عادل علي المقدادي (دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م).
٤١. القانون البحري، علي جمال الدين عوض (دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٨٧م).
٤٢. القانون البحري، لطيف جبر كوماني (الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - الأردن، ط. ٣، ٢٠٠٣م).
٤٣. القانون البحري، محمود سمير الشرقاوي.
٤٤. القانون البحري، هشام فرعون (منشورات جامعة حلب، ط. ١، ١٩٩٥م).
٤٥. قانون التجارة البحرية الأردني.
٤٦. قانون التجارة البحرية الجديد، جلاء وفاء محمدين (دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ١٩٩٧م).
٤٧. قانون التجارة البحرية الجديد، جلاء وفاء محمدين (دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر، ١٩٩٧م).
٤٨. قانون التجارة البحرية الكويتي.
٤٩. القانون التجاري البحري الإماراتي.



- ٥٠ . القانون التجاري السعودي، محمد حسن الجبر (الرياض، ط. ٤، ١٤١٧هـ).
- ٥١ . القانون المدني الأردني.
- ٥٢ . القانون المدني الأردني، رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.
- ٥٣ . القانون المدني المصري، (المادة ٧٤٧).
- ٥٤ . القواعد الفقهية من إعلام الموقعين، عبد المجيد الجزائري (دار ابن القيم - الرياض، ط. ٢، ١٤٢٩هـ).
- ٥٥ . القواعد الفقهية، إسماعيل علوان (دار ابن الجوزي - الدمام، ط. ١، ١٤٢٠هـ).
- ٥٦ . القواعد النورانية، لابن تيمية (دار ابن الجوزي - الرياض، ت. أحمد الخليل، ط. ١، ١٤٢٢هـ).
- ٥٧ . كشاف القناع، للبهوتي (وزارة العدل - الرياض، ط. ١، ١٤٢٦هـ).
- ٥٨ . لسان العرب، لابن منظور (دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط. ٣، ١٤١٩هـ).
- ٥٩ . مختار الصحاح، لمحمد الرازي (مكتبة لبنان - بيروت، ١٩٨٩م).
- ٦٠ . مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية، محمد رواس (دار النفائس - بيروت، ط. ١، ١٤١٢هـ).
- ٦١ . المبادئ الأساسية للتأمين، محمود الكيلاني (الاتحاد العام لشركات التأمين ٢٠٠٦م).
- ٦٢ . مجموع فتاوى شيخ الإسلام (جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم وابنه، ط. ١٤٠٤هـ).
- ٦٣ . المحل في عقد التأمين البحري، مجيد أحمد إبراهيم (بحث منشور مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد، العدد ٢٥، ٢٠١٨م).

٦٤. عقود الإذعان، محمد علي القرى (بحث منشور مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٤).
٦٥. مختار الصحاح، لمحمد الرازي (مكتبة لبنان - بيروت، ١٩٨٩م).
٦٦. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء (دار القلم - دمشق، ط. ١، ١٤١٨هـ).
٦٧. المدخل لدراسة القانون، محمد حسن قاسم (منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ٢٠١٢م).
٦٨. المستصفي من علم الأصول، للغزالي (مؤسسة الرسالة - دمشق، ت. محمد الأشقر، ط. ١، ١٤٣١هـ).
٦٩. مشاركة المساهمين في الفائض التأميني بين المنع والجواز، السيد حامد حسن (بحوث الملتقى الثالث للتأمين التعاوني ٧-٨/١٢/٢٠١١م، إصدار الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل).
٧٠. مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف (دار العلم - الكويت، ١٣٩٢هـ).
٧١. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري (دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ).
٧٢. مصادر الحكم التجاري، عارف العلي (بحث محكم مجلة قضاء، الصادرة عن الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد السادس، جمادى الآخرة ١٤٣٧هـ).
٧٣. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان محمد الديبان (ط. ٢، ١٤٣٤هـ).
٧٤. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية (نسخة إلكترونية، ٣ نوفمبر ٢٠٠٩م).
٧٥. مغني المحتاج شرح المنهاج، الخطيب الشربيني (دار الكتب العلمية - بيروت، ط. ١، ١٩٩٤م).



٧٦. المغني، ابن قدامة (دار عالم الكتب - الرياض، ت. عبد المحسن التركي
وعبد الفتاح الحلو، ط. ٣، ١٤١٧هـ).
٧٧. الموافقات، الإمام الشاطبي (دار الكتب العلمية - بيروت. لبنان، ط. ١،
١٩٨٧م).
٧٨. الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق (دار النهضة العربية - مصر،
١٩٦٧م).
٧٩. الموسوعة الفقهية الكويتية.
٨٠. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنو (مكتبة التوبة - الرياض،
ط. ١، ١٤١٨هـ).
٨١. النظام الأساسي للحكم.
٨٢. النظام الاقتصادي في الإسلام، د. عبد الله السعيد وآخرون (مكتبة الرشد -
الرياض، ط. ٧، ١٤٣٨هـ).
٨٣. نظام التأمين، مصطفى الزرقا (دار الرسالة - بيروت، ط. ١، ١٤٠٤هـ).
٨٤. النظام التجاري البحري السعودي.
٨٥. نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني.
٨٦. نظرية الضمان، محمد الزحيلي (دار الفكر - دمشق، ط. ٢، ١٤١٨هـ).
٨٧. النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، عبد الحي حجازي (جامعة
الكويت، ١٩٨٢م).
٨٨. نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، محمود المظفر
(دار حافظ - جدة، ط. ٣، ١٤٣٦هـ).
٨٩. نظرية العقد، للسنهوري (منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ط. ٢،
١٩٩٨م).

٩٠. الوجيز في القانون البحري وفقاً للأنظمة المقارنة، لمحمد نصر محمد (مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض، ١٤٣٢هـ).
٩١. الوجيز في القانون التجاري، سمير عالية (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ط. ١، ١٩٨٧).
٩٢. الوجيز في القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنو (مؤسسة الرسالة - بيروت، ط. ٥، ١٤١٩هـ).
٩٣. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، صلاح الدين الناهي (مكتبة العاني - بغداد، ١٩٥٠م).
٩٤. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ياسين الجبوري (دار الثقافة - الأردن، ط. ١، ٢٠٠٨م).
٩٥. الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، حمدي عبد الرحمن (دار النهضة العربية - القاهرة، ط. ١، ١٩٩٩م).
٩٦. الوسيط، للسهنوري (دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٩٦٤م).
٩٧. <https://www.idc.gov.sa>

