المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الجمعية العلمية القضائية السعودية

سلسلة

ملخصات الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد التاسع (٧) ملخصات
لعام ١٤٣٦ هـ

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

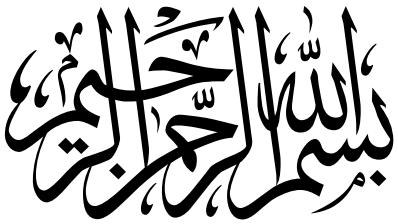
سلسلة

ملخصات الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد
لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد التاسع (٧) ملخصات
لعام ١٤٣٦ هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

ملخصات الأبحاث القضائية

(العدد التاسع)

محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة ملخصات الأبحاث الآتية:

- الدفوع في نظام المرافعات الشرعية ١١
  - إعداد: فهد بن عبد العزيز اليحيى
  - إشراف: د. ناصر بن محمد الجوفان
  - العام الجامعي: ١٤٢٤-١٤٢٥هـ.
- العرف التجاري وأثره في المعاملات التجارية السعودية ٦٣
  - إعداد: داود بن محمد بن عبد الله بن دواد
  - إشراف: د. ناصر بن محمد الجوفان
  - العام الجامعي: ١٤٢٤هـ.
- البيانات الشكلية وعيوبها في السند الآمر ١٦٥
  - إعداد: عبد الرحمن بن عبد الله الرويمي
  - إشراف: د. عبد الكريم الصايغ
  - العام الجامعي: ١٤٢٥-هـ.
- القروض المصرفية المتبادلة وتطبيقاتها المعاصرة ٢١٩
  - إعداد: عبد اللطيف بن عوض محمد القرني

- القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان وعوراضه وموانعه ٢٥١
  - إعداد: محمد بن سالم المري
  - إشراف: د. عبد الله بن ناصر السلمي
  - العام الجامعي: ١٤٢٤-١٤٢٣هـ.
- المواعيد الإجرائية في القضاء المستعجل والحراسة القضائية ٣٢١
  - إعداد: محمد بن عبد العزيز الخضيري
  - إشراف: د. ناصر بن محمد الجوفان
  - العام الجامعي: ١٤٢٤ - ١٤٢٥هـ.
- أحكام الشركات المهنية ٤٢٣
  - إعداد: منصور بن تركي المطيري
  - إشراف: د. يوسف الخضير
  - العام الجامعي ١٤٢٣-هـ.

كلمة رئيس مجلس الإدارة

الحمد لله وصلاة وسلاما على رسول الله وآله وصحبه ومن والاه,

أما بعد:

فإن رسالة جمعية قضاء هي التميز في العلوم القضائية وقد سلكت في ذلك وسائل متنوعة منها نشر الأبحاث الأكاديمية المتخصصة المنتقاة من مكتبة المعهد العالي للقضاء , وذلك بعد اختصارها تسهيلا للإفادة منها.

وهاهو الجزء التاسع بين يديك مشتملا على سبعة أبحاث ليكون المجموع ثلاثة وستين بحثا تمت ضياغتها بأسلوب علمي يلاقي اهتمام المختصين وتفاعل المهتمين تشمل على مواضيع قضائية متنوعة في التأصيل الفقهي والنوازل التطبيقية والأنظمة والمسائل القضائية.

شاكرين كل من بذل جهده فيها ، راجين أن تحوز على رضاكم , سائلين المولى أن ينفع بالجهود ويحقق بها المقصود.

رئيس مجلس إدارة

الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

د.عبدالله بن منصور الغفيلي

كلمة رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين, أما بعد:

فلا تزال ملخصات الأبحاث القضائية تتوالى بحمد الله وهذا هو العدد التاسع من سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية ، والتي حرصنا فيها على تسهيل الانتفاع بالبحوث التكميلية ورسائل الدكتواره لقسمي (السياسة الشرعية ، والفقه المقارن) في مكتبة المعهد العالي للقضاء , وذلك بتلخيصها تسهيلاً للانتفاع بها وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن.

وقد أخذت اللجنة في التلخيص منهجا متميزا حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما يفيد المختص و الباحث والقارئ.

أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يعيننا على إنجاز هذا العمل بجميع مراحله على أكمل حال وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم , وأن يحقق فيه الأجر والخير والنفع للجميع.

كما أسأله سبحانه أن يجزي القائمين على هذا العمل , ومن بادروا بطباعة هذه السلسلة وإخراجها ونشرها خير الجزاء وأوسعه وأوفره. آمين آمين آمين.

وصلى الله على نبينا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان

١٤٣٦/٧/١٥هـ

ملخص بحث

الدفوع في نظام المرافعات الشرعية

(دراسة مقارنة)

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد
فهد بن عبد العزيز اليحيى

إشراف الدكتور
ناصر بن محمد الجوفان

١٤٢٤- ١٤٢٥هـ
البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ١٢٠
البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٩١
البحث بعد التلخيص٣٨

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

يتكون البحث من مقدمة وتمهيد وأربعة فصول وخاتمة.

المقدمة: وتشتمل على

أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة التي لها صلة بالموضوع، ومنهجي في هذا البحث.

التمهيد

المبحث الأول : تعريف الدفوع :

المطلب الأول : تعريف الدفوع في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف الدفوع في الفقه .

المطلب الثالث : تعريف الدفوع في النظام .

المطلب الرابع : الفرق بين الدفوع في الفقه والنظام .

المبحث الثاني : أنواع الدفوع :

المطلب الأول : الدفوع الشكلية .

المطلب الثاني : الدفوع الموضوعية .

المطلب الثالث : الدفوع المشتركة .

الفصل الأول

الدفوع التي يجب إبداؤها قبل السير في الدعوى

المبحث الأول : الدفع ببطلان صحيفة الدعوى :

المطلب الأول : معنى البطلان .

الفرع الأول : البطلان في الفقه .

الفرع الثاني : البطلان في النظام .

المطلب الثاني : الشكل النظامي للصحيفة .

المطلب الثالث : مسببات البطلان .

المبحث الثاني : الدفع بعدم الاختصاص المحلي :

المطلب الأول : نطاق الاختصاص عند الفقهاء .

المطلب الثاني : نطاق الاختصاص المحلي في النظام :

الفرع الأول : الشخصية الطبيعية .

الفرع الثاني : الشخصية المعنوية .

المبحث الثالث : الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع ذاته أمامها :

المطلب الأول : شروط هذا الدفع ٠

المطلب الثاني : الفائدة من النص على هذا النوع ٠

المبحث الرابع : الدفع بطلب الإحالة للارتباط :

المطلب الأول : مفهوم الارتباط ٠

المطلب الثاني : شروط اعتبار الارتباط ٠

الفصل الثاني

الدفوع التي تدفع بها المحكمة أو أحد الخصوم بعد السير في الدعوى

المبحث الأول : الدفع بعدم الاختصاص النوعي :

المطلب الأول : الدفع بعدم الاختصاص النوعي ٠

المطلب الثاني : أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم الاختصاص المحلي والنوعي ٠

المبحث الثاني: **الدفع بعدم الاختصاص الدولي.**

المبحث الثالث : **الدفع بانعدام الصفة في الدعوى** :

المطلب الأول : علاقة الصفة بالدعوى ٠

المطلب الثاني : قواعد الدفع بانتفاء الصفة .

المبحث الرابع : **الدفع بانعدام الأهلية في الدعوى** :

المطلب الأول : أهلية التقاضي :

الفرع الأول : أهلية التقاضي في الفقه .

الفرع الثاني : أهلية التقاضي في النظام .

المطلب الثاني : تميز المنظم السعودي في إدراج هذا الدفع .

المبحث الخامس : **الدفع بعدم سماع الدعوى .**

المبحث السادس : **صور للدفع بأسباب أخرى .**

الفصل الثالث

آثار الدفوع

المبحث الأول : **أثر الدفع في الفقه .**

المبحث الثاني: **أثر الدفع في النظام.**

الفصل الرابع

تطبيقات قضائية

المبحث الأول: **تطبيقات قضائية قبل سير الدعوى.**

المبحث الثاني: **تطبيقات قضائية بعد سير الدعوى.**

الخاتمة

التمهيد

ويشتمل على مبحثين

المبحث الأول : تعريف الدفوع

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

تعريف الدفوع في اللغة .

" الدفوع : جمع مفرده : دفع" ومعناه القطع والمنع والإزالة بقوة.

المطلب الثاني

تعريف الدفوع في الفقه

"الدفع هو : الإتيان بدعوى قبل الحكم أو بعده من قبل المدعى عليه ترد دعوى المدعى."

المطلب الثالث

تعريف الدفوع في النظام

حقوق إجرائية يستخدمها القاضي أو المدعى عليه في وجه دعوى المدعى بقصد تنحيتها إلى سلطة قضائية أخرى أو وقف الخصومة أو قطعها .

المطلب الرابع

الفرق بين الدفوع في الفقه والنظام

المنظم السعودي حرص بل وشدد على مسايرة التنظيم لروح الشريعة الإسلامية. المادة رقم:(٧)و(٤٨) من النظام الأساسي للحكم، والمادة رقم:(١)من نظام المرافعات الشرعية.

ويستحسن قبل ذكر الفروق أن نبين أوجه الاتفاق التي وافق النظام فيها الفقة الإسلامي في بعض الدفوع فمن ذلك:

الدفوع الموضوعية طبقا للمادة رقم(٧٢)من نظام المرافعات الشرعية. تقابل الدفع في الفقه الإسلامي من حيث:

"أن الدفع الموضوعي يوجه إلى ذات الحق المدعى به .

فالمنظم قال في المادة ذاتها: أو لأي سبب آخر؛ فبهذا يتوافق مع ما ذكره الفقهاء رحمهم الله عند حديثهم في المسائل التي يسمع فيها دفع المدعى عليه دعوى المدعي.

والمنظم السعودي لم ينص على تقسيم الدفوع إلى موضوعية وشكلية.

أما الإجراءات الشكلية التي قد يتمسك بها أحد الخصوم في دفع الدعوى ، فهذه وليدة الأمور الإدارية في الدولة الحديثة مما لم يكن له تطرق عند فقهائنا الأول.

مع أن المنظم اعتبر أن الإخلال ببعض الإجراء لا يحكم لمن دفع به إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراءات المادة رقم:(٦) من نظام المرافعات الشرعية.

المبحث الثاني

أنواع الدفوع

المطلب الأول : الدفوع الشكلية.

"يقصد بالدفوع الشكلية تلك الأدوات أو الوسائل الإجرائية التي حددها المنظم وجعلها وسيلة المدعى عليه للتمسك بها عند وقوع مخالفات إجرائية.

والدفع الشكلي له أنواع كثيرة وهو واحد من الحقوق الإجرائية ، والأصل في الدفوع الشكلية أنها لا تتعلق بالنظام العام .

وقد نصّ النظام على وجوب إبداء بعض الدفوع المذكورة في هذه المادة – والتي تمثل جانب الدفوع الشكلية قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها المادة رقم:(٧١) من نظام المرافعات الشرعية..

فإن أهمل الخصم هذه الدفوع أو نسيه ولم يقدمه في أول المرافعة سقط حقه فيه ولم يجز له إبداؤه مرة أخرى المادة رقم:(١/٧١) من نظام المرافعات الشرعية.

كما نصّ النظام على أنه" يجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع في القضية وإلا سقط الحق فيه.." المادة رقم:(٩٤) من نظام المرافعات الشرعية. فيعتبر هذا استثناءً مما جاء ذكره في فصل الدفوع المادة رقم:(٧١) من نظام المرافعات الشرعية..

المطلب الثاني

الدفوع الموضوعية

هي حق إجرائي ذو محتوى موضوعي ، وهي ترتبط بأصل الحق وجوداً وعدماً وتنظمها الحقوق الشرعية المقررة والأنظمة السائدة المعتبرة.

فهذه الدفوع لا حصر لها؛ ذلك لأنها تتعلق بالنظام العام و تتعلق بالمصالح الخاصة الفردية ؛ ولذلك قال المنظم فيما يتعلق بالدفوع التي يجوز إبداؤها بعد سير الدعوى _والتي تمثل جانب الدفوع الموضوعية_ :" أو لأي سبب آخر.." المادة رقم:(٧٢) من نظام المرافعات الشرعية.

قال المنظم:" ويجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى.." المادة رقم:(٧٢) من نظام المرافعات الشرعية.

المطلب الثالث

الدفوع المشتركة

هي الدفوع التي ترمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى مما لا يختلط بالدفوع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى.

فهذه الدفوع تغاير الدفوع الشكلية تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها." المادة رقم:(٧٢) من نظام المرافعات الشرعية.

فهو دفع لم يتوجه إلى إجراء شكلي معين ولا إلى صميم الادعاء في الموضوع بل هو مزيج منهما فكان مشتركا بينهما له خصائصه ومميزاته.

ونلاحظ أن المنظم السعودي لم يستعمل مصطلح الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية والدفوع المشتركة أو المختلطة : بل جعل المناط في ذلك عامل الزمن فما كان من دفع إجرائي فحقه أن يقدم قبل السير في الدعوى ، وما كان في ذات الحق أو في شروط صحة الدعوى أو مما له تعلق بالنظام العام فحقه أن يدلى به ولو بعد سير الدعوى.

الفصل الأول

الدفوع التي يجب إبداؤها قبل السير في الدعوى

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول: الدفع ببطلان صحيفة الدعوى

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : معنى البطلان.

وفيه فرعان

الفرع الأول: البطلان في الفقه.

وهو ما يقابل معنى الصحة ، وهو على معنيين:

الأول: أن يراد به عدم ترتب آثار العمل عليه في الدنيا ، وذلك لخلل في العمل.

الثاني: أن يراد بالبطلان عدم ترتب آثار العمل عليه في الآخرة وهو الثواب

الفرع الثاني

البطلان في النظام

"البطلان هو تكييف نظامي لعمل إجرائي تم اتخاذه دون أن يكون مطابقاً لنموذجه النظامي .

عند النظر في النظام نجد أنه نصّ على أن :"الإجراء يكون باطلاً إذ نص النظام على بطلانه أو شابه عيب تخلف بسببه الغرض من الإجراء ، ولا يحكم بالبطلان رغم النصّ عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء." المادة رقم:(٦) من نظام المرافعات الشرعية.

فظاهر نص مادة الدفوع من النظام والتي تنص على أن :الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص المحلي أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع ذاته أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها يجب إبداؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. المادة رقم:(٧١) من نظام المرافعات الشرعية.

يستفاد منه حالتين:

الحالة الأولى : قيام سبب البطلان ، وذلك أن ينص النظام صراحة على بطلان العمل المخالف المادة رقم:(٨) من نظام المرافعات الشرعية..

وكذلك ما ورد في النظام على أنه: "يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة في المادة التسعين ولو تم باتفاق الخصوم ، وإذا وقع هذا البطلان في حكم مؤيد من محكمة التمييز جاز للخصم أن يطلب

منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام قاض آخر." المادة رقم:(٩١) من نظام المرافعات الشرعية.

الحالية الثانية : السلطة التقديرية: وذلك فيما إذالم ينص النظام على البطلان ،وقد نص النظام على أنه: يكون الإجراء باطلاً إذا نص النظام على بطلانه ، أو شَابَهُ عيبٌ تخلف بسببه الغرض من الإجراء ولا يحكم بالبطلان ــرغم النص عليه ــ إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء المادة رقم:(٦) من نظام المرافعات الشرعية..

المطلب الثاني

الشكل النظامي للصحيفة

نص النظام على الآتي:ترفع الدعوى إلى المحكمة من المدعي بصحيفة تودع لدى المحكمة من أصل وصورة بعدد المدعى عليهم.

ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية:

أ- الاسم الكامل للمدعي ، ومهنته أو وظيفته ، ومحل إقامته ، وسجله المدني والاسم الكامل لمن يمثله ، ومهنته أو وظيفته ومحل إقامته إن وجد.

ب- الاسم الكامل للمدعي عليه ، ومهنته أو وظيفته ومحل إقامته ، فإن لم يكن له محل إقامة معلوم فآخر محل إقامة كان له .

ج- تاريخ تقديم الصحيفة.

د- المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

هـ- محل إقامة مختار للمدعي في البلد التي بها مقر المحكمة أن لم يكن له محل إقامة فيها.

و- موضوع الدعوى وما يطلبه المدعي ، وأسانيده المادة رقم:(٣٩) من نظام المرافعات الشرعية..

كما نصت اللائحة على أنه: "لا يجمع في صحيفة الدعوى بين عدة طلبات لا رابط بينها المادة رقم:(٣٩)و(٣/٣٩) من نظام المرافعات الشرعية..

المطلب الثالث

مسببات البطلان

عند النظر في النظام يتبين أنه لم يحكم بالبطلان بسبب الإخلال بشيء من المواد التي اختصت بإيضاح طريقة تحرير صحيفة الدعوى المادة رقم:(٦) من نظام المرافعات الشرعية.

وبالرجوع إلى النظام يتبين أن بعض مواد التبليغ تفيد في معرفة كيفية إعداد التبليغ ومرفقاته وإيصاله ولم تذكر البطلان المواد رقم:(١٢و١٤و١٥و١٧و١٨) من نظام المرافعات الشرعية.

بل إن اللائحة نصت على أن: "المدعى عليه إذا حضر مع مخالفة المبلغ لأوقات التبليغ فإن التبليغ يكون صحيحاً لتحقق الغاية منه وفق المادة السادسة" المادة رقم:(١/١٣) من نظام المرافعات الشرعية..

وأيضاً نص النظام على عدم البطلان إذا تسلم المدعى عليه ورقة الحضور بعد فوات الوقت المحدد المذكور في المادة الأربعون المادة رقم:(٤٤) من نظام المرافعات الشرعية..

وعليه فإن مسببات البطلان لعلها تكون فيما يلي :

١ – الإخلال بالمعلومات الأساسية.

٢ – لا يخرج الحكم بمثل هذا الدفع عن سلطة القاضي التقديرية.

المبحث الثاني

الدفع بعدم الاختصاص المحلي

وفيه مطلبان

المطلب الأموال: نطاق الاختصاص عند الفقهاء

التخصيص من سلطات ولي الأمر ؛ إذ يجوز له التخصيص النوعي والمكاني والقيمي.

المطلب الثاني

نطاق الاختصاص المحلي في النظام

وفيه فرعان

الفرع الأول: الشخصية الطبيعية

أقر النظام مبدأً عاماً في الاختصاص المحلي للأشخاص الطبيعين، فقد جاء في الباب الثاني من النظام في فصله الثاني عنوان : الاختصاص المحلي.

فنص على أن الدعوى تقام في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه فإن لم يكن له محل إقامة في المملكة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعي , وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة الأكثرية ، وفي حال التساوي ، يكون المدعي بالخيار في إقامة الدعوى أمام أي محكمة يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة أحدهم. المادة رقم:(٣٤) من نظام المرافعات الشرعية.

وبالنظر إلى هذا الفصل من النظام يتبين أن الدفع بعدم الاختصاص المحلي لا تقضي به المحكمة أو ناظر القضية من تلقاء نفسه ،لإن المقصود بقواعد الاختصاص المحلي بصفة أساسية هي رعاية مصالح خاصة وفردية فكانت تعد من القواعد المكملة التي لا تتعلق بالنظام العام.

ويدل على ذلك الاستثناءات الواردة في النظام ، فنص كما تقدم على أن الدعوى تقام في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه.

ونصّ على أنه : إذا حضر المدعي والمدعى عليه أمام المحكمة من تلقاء نفسيهما _ ولو كانت الدعوى خارج اختصاصها المكاني _وطلبا سماع خصومتها فتسمع المحكمة الدعوى في الحال إن أمكن وإلا حددت لها جلسة أخرى المادة رقم:(٤٥) من نظام المرافعات الشرعية..

على أن اللائحة اشترطت وجود ولاية نوعية للمحكمة أي اختصاص نوعي المادة رقم:(١/٤٥) من نظام المرافعات الشرعية..

ويترتب على ذلك تطبيق النظام القانوني للقواعد المكملة على قواعد الاختصاص المحلي فيجوز لمن تقررت القاعدة رعاية لمصلحته أن يتنازل عنها ، كما يجوز الاتفاق على خلافها وليس للمحكمة أن تقضي بهذا الدفع من تلقاء نفسها.

ويؤيده أن المادة رقم (٧٢) عند ذكر الدفوع فيها خولت المحكمة في الحكم بها ثم إن المادة رقم (٧١) بينت سقوط الحق في الدفع عند عدم المطالبة به في أول المرافعة وذلك مما يؤيد ويقطع بمغايرة الحكم في النصين.

الفرع الثاني الشخصية المعنوية

والمعيار في الاختصاص المكاني بالنسبة إلى الأجهزة الإدارية الحكومية وعموم الشخص المعنوي من شركات أو جمعيات قائمة أو في دور التصفية أو مؤسسات خاصة ؛ قد بينه النظام بقوله: تقام الدعوى على أجهزة الإدارة الحكومية في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها المقر الرئيسي لها المادة رقم:(٣٥) من نظام المرافعات الشرعية..

وكذلك القطاع الخاص؛ فالمحكمة التي يقع في دائرتها موطن الشخص المعنوي ومركز إدارته هي المختصة مكانياً بالدعاوى الآتية:

١- الدعوى المقامة على الشخص المعنوي من أحد أفراده أو من الغير.

٢- الدعوى المقامة من الشخص المعنوي على أحد أفراده.

٣- الدعوى المقامة من أحد أفراد الشخص المعنوي ضد الآخر مما له علاقة بالشخص المعنوي المادة رقم:(٣٦) من نظام المرافعات الشرعية..

٤- أجاز للمدعي إقامة الدعوى في مكان إقامته إذا كان للجهاز الحكومي فرع فيه والقضية متعلقة به؛ وكذلك

بالنسبة للشركات أو الجمعيات أو المؤسسات إذا كان لها فرع فيه فيجوز إقامة الدعوى في نطاق اختصاص محكمة الفرع في مسائل متعلقة بذلك الفرع.

المبحث الثالث

الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع ذاته أمامها

وفيه مطلبان

المطلب الأول: شروط هذا الدفع.

إذا دفعت المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها أو بناء على دفع أحد الخصوم ، فالإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص هي دائماً واجب على المحكمة تقضي به من لقاء نفسها.

أما إذا كانت المحكمتان مختصتين بنظر الدعوى فهذا هو الذي يفترض فيه حصول دفع أحد الخصوم بهذا الدفع دفع الإحالة الذي إذا أهمله سقط حقه في المطالبة به كما صرح النظام بذلك المادة رقم:(٧١) من نظام المرافعات الشرعية..

وعليه فقد تختص أكثر من محكمة واحدة بنظر نفس النزاع المادة رقم:(٣٤) من نظام المرافعات الشرعية.

ويشترط لقبول الدفع بالإحالة شروط أهمها:

الشرط الأول : أن تكون الدعوى السابقة قد رفعت إلى محكمة مختصة المادة رقم:(٤/٧١) من نظام المرافعات الشرعية..

الشرط الثاني : وحدة الدعوى ويقصد بهذا الشرط أن ترفع ذات الدعوى أمام محكمتين ، وذلك فيما إذا اتحدت عناصر هذه الدعوى في الشخص والمحل والسبب.

الشرط الثالث: أن تكون الدعوى قائمة بالفعل أمام محكمتين مختلفين .

ولكن قد يثور تسائل وهو : لعلّ المدعي يترك دعواه في أحد المحكمتين إما بطلب منه، المادة رقم:(٨٨) من نظام المرافعات الشرعية.

أو بدون طلب فتشطب الدعوى المادة رقم:(٥٣) من نظام المرافعات الشرعية.، ثم يتقدم بدعوى جديدة للمحكمة الثانية ؛ ويهدف من ذلك إما التنصل من أثر الحكم عليه بشطب دعواه، أو أنه علم أن اجتهاد القاضي في محكمة الدعوى الأولى يخالف مبتغاه ، أو أي مصلحة يطلبها من جراء رفع الدعوى الجديدة فهل يقبل الدفع في هذه الصورة وتحال الدعوى الثانية إلى محكمة الدعوى الأولى ، أم أن الدعوى الأولى كأنها لم تكن؟

عند النظر في النظام نجد أنه نص على شطب الدعوى في حال غياب المدعي ثم نصت اللائحة على أنه:"لا يؤثر شطب القضية على إجراءاتها السابقة بل يبنى على ما سبق ضبطه فيها متى أعيد السير فيها". المادة رقم:(٥٣و٦/٥٣) من نظام المرافعات الشرعية.

وإذا أضيف أيضاً أن المنظم نصّ على أنه : "لا يجوز نقل أي قضية رفعت بطريقة صحيحة لمحكمة مختصة إلى محكمة أو جهة أخرى قبل الحكم فيها". المادة رقم:(١١) من نظام المرافعات الشرعية.

وكذلك نص اللائحة:" لا يمنع شطب الدعوى أن تكون سابقة للدعوى اللاحقة". المادة رقم:(٣/٧١) من نظام المرافعات الشرعية.

فإننا نستفيد من هذا كله أن الدعوى الأولى التي أقامها المدعي هي القضية القائمة والمنتجة لكافة آثارها النظامية أما الدعوى الثانية فكأنها غير موجودة ، ويكون الدفع بالإحالة في محله.

وأما الترك فقد نص المنظم على أنه لا يقبل من المدعي في حال إبداء المدعى عليه دفوعه إلا بموافقة المحكمة؛ فقد احتاط المنظم لجانب المدعي عليه حتى ينظر في الدفوع المقدمة من قبله ، فكأنه إعذار من المحكمة لأن المنظم قال في المادة التالية: يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى ولكن لا يمس ذلك الترك الحق المدعي به المادة رقم:(٨٨و٨٩) من نظام المرافعات الشرعية..

ولكن ماذا لو اتفق الخصمان على إيقاف ا لدعوى وعدم السير فيها، ثم تقدم أحدهم بدعوى جديدة إلى محكمة أخرى فهل يقبل الدفع دفع الإحالة؟

عقد المنظم باباً في وقف الخصومة وانقطاعها وتركها ويستفاد منه أن الدفع أي دفع الإحالة يقبل لأن القضية في حال وقف الخصومة تعتبر قائمة؛ ثم لو لم يعاود الخصم السير في الدعوى عُد تاركاً لدعواه ويعامل معاملة المتخلف عن الحضور للجلسة القضائية فتشطب دعواه فيعامل كما مرّ آنفاً المادة رقم:(٢/٨٢) من نظام المرافعات الشرعية..

الشرط الرابع: أن تكون المحكمتين تابعتين لذات الدولة:فلا تجوز الإجابة إذا كانت إحدى الدعويين مرفوعة أمام محكمة تابعة للمملكة والأخرى أمام محكمة أجنبية إلا إذا وجدت معاهدة تجيز مثل هذا النوع.

المطلب الثاني

الفائدة من النص على هذا النوع

الأصل أن الاختصاص القضائي موحد فلا سبيل إلى الاختيار بين المحاكم واللجان القضائية دون مراعاة للاختصاصات التي يحددها ولي الأمر لكل جهة منها ، إلا أنه لما تعددت جهات التقاضي كالمحاكم، وديوان المظالم ، واللجان القضائية في المملكة ،جاءت هذه المادة ممثلة بالنص على هذا الدفع أي دفع الإحالة لتفادي صدور أحكام متناقضة ، والرفق بالمدعى عليه فلا يطالب بالحضور هنا وهناك ؛ ويقيم محامياً في كل دائرة ، وكذلك الاقتصاد في وقت القضاة وعدم تضاعف أعمال المحاكم بسبب تضاعف عدد الخصومات.

المبحث الرابع

الدفع بطلب الإحالة للارتباط

وفيه مطلبان

المطلب الأول: مفهوم الارتباط

لم ينص النظام على معنى الارتباط ولكن اللائحة عرفت الارتباط بأنه :" اتصال الدعوى اللاحقة بالسابقة في الموضوع أو السبب ولا يلزم اتحادهما في المقدار". المادة رقم:(٧١) من نظام المرافعات الشرعية.

والمنظم جعله من الدفوع التي يجب ابداؤها قبل السير في الدعوى ، ولكن عند النظر في بعض مواد النظام نجد النص على أنه :"لا يجوز نقل أي قضية رفعت بطريقة صحيحة لمحكمة مختصة إلى محكمة أو جهة أخرى قبل الحكم فيها".وبضم لائحتها والتي جاء فيها:"كل دعوى نشأت عن حكم في قضية سابقة ، فينظرها مصدر الحكم السابق ، إذا كان على رأس العمل في المحكمة نفسها ، وكانت مشمولة بولايته . وذلك كالحكم بصرف النظر لتوجه الدعوى على من بيده العين ، أو الحكم ببطلان عقد ، أو تصحيحه ، أو انتفائه ، أو ثبوته ، أو مطالبة المحامي بأجرته". المادة رقم:(٧/١١) من نظام المرافعات الشرعية.

المطلب الثاني: شروط اعتبار الارتباط

الشرط الأول: وجد دعويين مختلفتين.

الشرط الثاني : أن تكون الدعويان مرفوعتين أمام محكمتين مختصتين،

الشرط الثالث: أن تقوم بين الدعويين صلة ارتباط فالارتباط هو مفترض الإحالة لا تقوم حالة تخلفه.

الشرط الرابع: أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة نوعياً بالدعوى المطلوب إحالتها ؛ ولو لم تكن مختصة بها محلياً.

الفصل الثاني

الدفوع التي تدفع بها المحكمة أو أحد الخصوم بعد السير في الدعوى

وفيه ستة مباحث

المبحث الأول : الدفع بعدم الاختصاص النوعي.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص النوعي

نصّ المنظم على الاختصاص النوعي في الباب الثاني في فصله الثاني فذكر هذا الاختصاص. المواد رقم:(٣١،٣٢،٣٣) من نظام المرافعات الشرعية.

أفرد المنظم اختصاص المحكمة العامة بنظر جميع الدعاوى الخارجة عن اختصاص المحاكم الجزئية أو الداخلة في اختصاصها إذا لم يوجد في البلد محكمة جزئية، ثم جعل لها على وجه الخصوص:نظر جميع الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار ، وإصدار حجج الاستحكام وإثبات الوقف وسماع الإقرار به ، وإثبات الزواج والوصية والخلع , والنسب والوفاة ، وحصر الإرث ، وإقامة

الأوصياء والأولياء ، والنظار والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن القاضي وعزلهم عند الاقتضاء ، وفرض النفقة وإسقاطها ، وتزويج من لا ولي لها من النساء ، والحجر على السفهاء والمفلسين ،

ومن غير إخلال بما تقدم تختص المحاكم الجزئية بدعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها في غير العقار، والدعاوى المالية عموماً بما لا تزيد عن عشرين ألف ريال .

ولمحكمة التمييز اختصاص نظر الاعتراض عموماً المادة رقم:(١٧٩)من نظام المرافعات الشرعية.

ومؤدى ذكر المنظم لهذه المواد؛ أن الاختصاص النوعي من النظام العام ، وعليه فيجوز الدفع به في أي حال كانت عليها الدعوى حتى لو كانت في التمييز. المادة رقم:(١٨٦)من نظام المرافعات الشرعية.

المطلب الثاني

أوجه الاختلاف بين الدفع بعدم الاختصاص المحلى والنوعي

أولاً : أن الدفع المحلى لا تدفع به المحكمة من تلقاء نفسها ، بخلاف الدفع بعدم الاختصاص النوعي فتحكم به من تلقاء نفسها .

ثانياً : أن لكل طرف من أطراف الدعوى التقدم بالدفع بعدم الاختصاص النوعي. المادة رقم(٢/٧٧)من نظام المرافعات الشرعية.

أما التمسك والإدلاء بالدفع بعدم الاختصاص المحلى فهو للمدعى عليه وحده.

ثالثاً : الاختصاص المحلى يجوز اتفاق الخصوم على خلافه كما سبق ، ولكن لا يجوز لهم الاتفاق على محكمة غير مختصة نوعياً بالنظر في الدعوى. المادة رقم(١/٤٥)من نظام المرافعات الشرعية.

المبحث الثاني

الدفع بعدم الاختصاص الدولي

المفهوم العام للاختصاص القضائي الدولي هو سلطة محاكم الدولة في النظر في المنازعات القانونية ذات العنصر الأجنبي .

وقد أفرد المنظم الفصل الأول من الباب الثاني في نظام المرافعات للاختصاص الدولي. **المواد رقم:(٢٤،٢٥،٢٦،٢٧،٢٨،٢٩،٣٠) من نظام المرافعات الشرعية.**

ويتبين من هذه المواد أن النزاع في الدعاوى العينية المتعلقة بعقار خارج المملكة خارج عن اختصاص المحاكم في المملكة ، لأن النظام لم يجز ذلك مطلقاً وقد شرحت اللائحة **طبقا للمادة رقم:(٢٤/٥) من نظام المرافعات الشرعية**.المقصود بهذه الدعوى فنصت على أنها كل دعوى تقام على واضع اليد على عقار ينازعه المدعي في ملكيته، أو في حق متصل به، مثل : حق الانتفاع أو الارتفاق أو الوقف أو الرهن، ومنه : دعوى الضرر من العقار ذاته أو الساكنين فيه.

وليس للمدعى عليه غير السعودي أن يدفع الدعوى بعدم إسلامه **المادة رقم: (٢٥/١) من نظام المرافعات الشرعية.**، كما أنه يستوي في المدعى عليه أن يكون شخصاً عادياً أو اعتبارياً **طبقا للمادة رقم:(٢٦/١) من نظام المرافعات الشرعية.**، وإذا تم في العقد الاتفاق على تنفيذ الالتزام في المملكة كلياً أو جزئياً فلا صحة لدفع المدعى عليه بأن محل نشوء العقد خارج المملكة **المادة رقم:(٢٦/٢) من نظام المرافعات الشرعية.**، وإذا بدا للمدعى عليه أن يدفع الدعوى

بحجة أنه لا يقيم في المملكة والنظام الداخلي لا يشمله لأنه غير سعودي مع أنه مسلم ، فهو دفع صحيح إلا ما استثنته المواد السابقة الذكر فيلزم بحضور الجلسة القضائية ولا يجوز له التخلف ويحق له التوكيل إن عجز عن دخول الأراضي السعودية بل وحتى وإن لم يعجز، ويحدد له موعد ويراعى فيه محل إقامته الخارجية بأن يضاف مدة ٦٠ يوماً **المادة رقم:(٢٢) من نظام المرافعات الشرعية**.على المدة المنصوص عليها نظاماً وهي ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تبليغ صحيفة الدعوى هذا ما بينته اللائحة **المواد رقم:(٢٧/٣،٢)و(٤٠) من نظام المرافعات الشرعية**.

ويقصد بالتدابير التحفظية : الحجز على أموال المدين الذي ليس له محل إقامة ثابتة في المملكة وخشي الدائن من اختفاء ماله أو المحكوم عليه إذا لم يقم بتسليم المبلغ المحكوم به ، وبيعها أن اقتضى الحال. **المادة رقم:(٢٩/١) من نظام المرافعات الشرعية**.

والتدابير الوقتية هي : الإجراءات التي يتخذها القاضي للنظر في الحالات المستعجلة بصورة وقتية حتى يصدر الحكم في الدعوى الأصلية. **المادة رقم:(٢٩/٢) من نظام المرافعات الشرعية**.

وللقاضي دفع دعوى اتخاذ التدابير التحفظية والوقتية إذا كانت الدعوى الأصلية تخالف الشريعة الإسلامية. **المادة رقم:(١) و(٢٩/٣) من نظام المرافعات الشرعية**.

المبحث الثالث

الدفع بانعدام الصفة في الدعوى

وفيه مطلبان

المطلب الأول: علاقة الصفة بالدعوى.

المقصود بالصفة صفة طرفي الخصومة ، بحيث يكون المدعي صاحب الحق الذي يرفع الدعوى بغرض حمايته من الاعتداء والذي وقع أو يخشى وقوعه عليه. ويكون المدعى عليه هو من يوجد لديه الحق محل الدعوى.

فطرفا الدعوى ــ إيجاباً أو سلباً ــ إذا تعلق الحق بهما؛ فإن الصفة تنعقد لهما ، فإذا انتقى أحدهما أو كلاهما انتفت الصفة ، وبانتفائها ينتفي أحد شروط قبول الدعوى.

وإذا نظرنا في الجانب الآخر ، إذا كان الحق المراد حمايته مصلحة عامة ففي هذه الحالة تتوافر الصفة في الدعوى ليس فقط لصاحب الحق أو نائبه وإنما لغيره ممن تهمه حماية هذا الحق المعتدى عليه الذي يمثل مصلحة جماعية ، فقد تتوافر الصفة لهيئة يناط بها حماية هذه المصلحة ؛ فتكون هي وحدها صاحبة الصفة في الدعوى ، وذلك في مثل:

١- هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فقد نص نظام الهيئة : "للرئيس العام لهيئة الأمر بالمعروف أن يطلب من إمارة المنطقة إحالة القضية التي يرى إحالتها إلى المحكمة الشرعية". **المادة رقم:(٦) من نظام الهيئة.**

٢- هيئة التحقيق والادعاء العام ، فقد نص نظام الإجراءات الجزائية : "تختص هيئة التحقيق والادعاء العام وفقاً لنظامها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة" **المادة رقم:(١٦) من نظام الإجراءات الجزائية..**

والمنظم لم يأت ببدع من التشريع ، بل هذه المسألة أعنى حق إعطاء صفة دعوى المخاصمة في انتهاك حقوق الله تعالى لجهة معنية، يحددها ولي الأمر حسب ما يراه تكليفاً يفي بسدّ حاجة المجتمع إلى مثل أداء هذا الفرض ، يقول الله تعالى :﴿**كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ** ﴾ . **سورة آل عمران ، أية رقم (١١٠).**

وأخرج الإمام مسلم رحمه الله في صحيحه بسنده عن زيد بن خالد الجهني ﷺ أن النبي صلى اله عليه وسلم وقال: (ألا أخبركم بخير الشهداء ، الذي يأتي شهادته قبل أن يسألها). **أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، حديث رقم ١٧١٩.**

والفقهاء رحمهم الله متفقون على أن الشهادة بلا دعوى مقبولة في حقوق الله تعالى ، وبما أن كل مسلم خصم في تلك الدعوى فتكون الدعوى موجودة حكماً ؛ فهو إذن مدعي لتحقق الصفة فيه بما أنه نائب عن المجتمع وهو مع ذلك شاهد بواقع القضية.

المطلب الثاني:قواعد الدفع بانتفاء الصفة.

يستحسن التنبيه إلى أن الصفة لطرفي الدعوى لها جانبان:

الجانب الأول: الصفة الأصلية ، وهي الملازمة لطرفي الدعوى ، بحيث يكون المدعي يطالب بحق له ، ، والمدعى عليه يصح توجيه الدعوى عليه مباشرة أو الطلب إليه بشخصه .

ومن ثم فإن النظام دل على أن القاضي هو الذي يستخلص الصفة على هذا النحو استقلالاً، فهو يفهم واقع القضية المعروضة للنزاع أمامه ويقدر حقيقة وجود الصفة في الدعوى لدى الخصوم من عدم ذلك؛ مما يقتنع به بأسباب سائغة تحمله على الاستمرار في نظر القضية، أو دفعها بانتفاء الصفة عن أحد الخصوم. **المادة رقم:(٧٢)من نظام المرافعات الشرعية.**

الجانب الثاني: الصفة الإجرائية، وهي من ضروريات الشخص المعنوي لأنه لا يعاين فكان لابد له من ممثل يمثله أمام الغير ، وتكون لهذا الممثل الصفة المطلوبة في الاختصام والتداعي العام أمام الجهة القضائية لمصلحة من يمثله. **المادة رقم:(٢/٣٦)من نظام المرافعات الشرعية.**

أو قد يستحيل على صاحب الصفة الأصلية في الدعوى مباشرتها ، فأجاز الشرع لشخص آخر ينوب عنه في الدعوى. **المواد رقم:(٧/١٧٤، ١٧٩، ٢/١٩٢)من نظام المرافعات الشرعية،**

ولكن ما العمل إذا دفع أحد الخصوم بزوال الصفة الإجرائية عن الخصم الآخر ، نص النظام على أنه" ما لم تكن الدعوى قد تهيأت للحكم في

موضوعها فإن سير الخصومة ينقطع بوفاة أحد الخصوم، أو بفقده أهلية الخصومة، أو بزوال صفة النيابة عمن كان يباشر الخصومة عنه، على أن سير الخصومة لا ينقطع بانتهاء الوكالة، وللمحكمة أن تمنح أجلا مناسبا للموكل إذا كان قد بادر فعين وكيلا جديدا خلال الخمسة عشر يوما من انتهاء الوكالة الأولى، أما إذا تهيأت الدعوى للحكم فلا تنقطع الخصومة، وعلى المحكمة الحكم فيها". **المادة رقم:(٨٤) من نظام المرافعات الشرعية.**

ومعنى تهيأت للحكم إذا أبدى الخصوم أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل وجود سبب الانقطاع. **المادة رقم:(٨٥) من نظام المرافعات الشرعية.**

وإتماماً لهذا المطلب أحب أن أورد ما يساهم في فهم هذا الدفع ومتى يحكم بزوال الصفة عن طرفي الدعوى فمنها:

١- عدم توافر الصفة في الدعوى لدى المدعي أو المدعى عليه.

٢- زوال الصفة عن المدعي قبل إقامة الدعوى .

٣- إذا زالت الصفة الإجرائية لمن يباشر الخصومة بعد رفع الدعوى ، فإنه يترتب على ذلك انقطاع الخصومة. **المادة رقم:(٨٤)من نظام المرافعات الشرعية.**

٤- الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة أحد طرفي الدعوى هو دفع موضوعي؛ أي يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى، **المادة رقم:(٧٢)من نظام المرافعات الشرعية.**

٥- استخلاص توافر الصفة في الدعوى هو من قبيل فهم واقع القضية ، والقاضي عليه العبء الأكبر في هذا الدفع.

٦- الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفه أصلية تأسيساً على عدم أحقية المدعي في الاحتماء بهذه الدعوى لحماية حقه المزعوم ، يكون هذا الحكم قضاءً فاصلاً في النزاع. **المادة رقم:(٢/٨٤)من نظام المرافعات الشرعية.**

٧- إذا قضى القاضي برفض هذا الدفع _ دفع الصفة _ ممن تقدم به ، فإنه ملزم بنظر الدعوى ويبين سبب رفضه لهذا الدفع في الحكم الصادر من قبله. **المادة رقم:(٢/٧٣)من نظام المرافعات الشرعية**

المبحث الرابع

الدفع بانعدام الأهلية في الدعوى

وفيه مطلبان

المطلب الأول: أهلية التقاضي.

ويشتمل على فرعين

الفرع الأول: أهلية التقاضي في الفقه.

المقصود بهذه الأهلية أن يكون الشخص أهلاً للمطالبة في الدعوى وأهلاً للإجابة فيها ، ،كما قسم العلماء الأهلية إلى هذين القسمين:

أهلية وجوب وهي : صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه معاً أوله أو عليه.

وأهلية أداء وهي: صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يُعتدّ به شرعاً.

وأهلية الأداء أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية .

يقول الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيباً**﴾ سورة النساء ، أية رقم : (٦).

فمناط هذه الأهلية إذن هو : البلوغ والعقل ، ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق).وفي لفظ : (عن الصبي حتى يحتلم). **الحديث أخرجه أبو داود ، حديث رقم ٤٣٧٥ ، و النسائي ، حديث رقم ٣٤٣٢ ، ، وابن ماجه ، حديث رقم : ٢٠٤١، والحاكم في المستدرك حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في الإرواء ، وعلقه البخاري عن علي ﷺ ، وقال ابن حجر : وهذه طرق تقوى بعضها ببعض .**

فالعقل إذن شرط لصحة الدعوى لدى طرفيها ، وعليه فدعوى المجنون والصبي غير صحيحة في الجملة ، وليس لأحد أن يقيم عليهما دعوى بدون حضور ولييهما ، أو وصييهما، أو بينته.

الفرع الثاني: أهلية التقاضي في النظام

نص النظام على أن المحاكم تطبق على القضايا المعروضة أمامها أحكامَ الشريعة الإسلامية ؛ وفقاً لما دلّ عليه الكتاب والسنة ، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام. **المادة رقم (١) من نظام المرافعات الشرعية.**

وبصدد هذا الدفع ، فلو رفع فاقد الأهلية دعوى ، فإن القاضي له ردّ الدعوى لأنها تعتبر مرفوعة من غير ذي صفة. **المادة رقم (١/٣٠) من نظام المرافعات الشرعية.**

ولكن لو حصل وأن طرأ التغير أي انعدام الأهلية بعد رفع الدعوى ، فيجوز التمسك بدفع عدم قبول الدعوى لانعدام الأهلية. **المادة رقم (٧٢) من ذات لنظام.**

سواء دفع به أحد الخصوم أو القاضي، وينتج عنه انقطاع الخصومة من تاريخ فقدان الأهلية. **المادة رقم (١/٨٤) من ذات النظام.**

هذا إذا كان الفاقد للأهلية هو صاحب الصفة الأصلية ، ولكن ماذا لو كان صاحب صفة إجرائية ، لقد نص النظام على أن القاضي يتصدى للولي أو الوصي أو ناظر الوقف عند فقدانه للأهلية المعتبرة شرعاً وذلك بعزله عن نيابته ، ولو لم تكن هناك دعوى. **المادة رقم (١٠/٣٢) من ذات النظام.**

المطلب الثاني

تميز المنظم السعودي في إدراج هذا الدفع

ذكر المنظم انعدام الأهلية سبباً لدفع الدعوى، **المادة رقم:(٧٢) من نظام المرافعات الشرعية.**

فكان النص على هذا الدفع في النظام مما يقطع به الخلاف الحاصل عند شراح الأنظمة والقوانين في كون انعدام الأهلية هل هو بطلان في الإجراءات فقط ومن ثم يصحح الخلل الواقع في الأهلية ويستمر السير في الدعوى أو هو نافذ في صميم الدعوى فيؤثر في قبولها بالسلب فترد.

ولكن الملاحظ أن المنظم لم يحكم برد الدعوى عند فقدان الأهلية أثناء سير الدعوى ، بل اكتفى بالنص على انقطاع سير الخصومة، **المادة رقم (٨٤) من نظام المرافعات الشرعية**

ومن ثم يحق لصاحب الضرر جراء فقدان أهلية المخاصم أن يستدرك الوضع فيوعز إلى من يخلفه في الخصومة ، ومن ثم يستأنف السير في الدعوى، **المادة رقم:(٨٧) من نظام المرافعات الشرعية..**

ثم إذا حصل انعدام للأهلية أثناء سير الدعوى ، فإنه يتريث حتى يعطى مجالاً لصاحب الضرر؛ ولا يحكم برد الدعوى مباشرة بل ينتظر شهراً حتى يتسنى للمتضرر أن يجد من ينوب عنه ، وإلا حكم بهذا الدفع. **المادة رقم:(٢/٨٤) من نظام المرافعات الشرعية**

المبحث الخامس

الدفع بعدم سماع الدعوى

النظر في القضية المعروضة على القاضي والحكم فيها هو أحد الواجبات الملقاة على عاتقه ، فلا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الحكم بغير سبب. **المادة رقم (٩٣) نظام المرافعات الشرعية.**

قال الله تعالى: ﴿**إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً**﴾ . **سورة النساء ، الآية رقم (١٠٥).**

وعليه فإن القاضي مأمور بإصدار حكم يبين فيه وجهة عدم سماعه للدعوى ويسمى ذلك الحكم بـ : دفع عدم سماع الدعوى.

ومن الأمثلة على التريث عند سماع الدعوى ، وعدم النظر فيها ابتداءً ما جاء في النظام عند إقامة الدعوى على الأجهزة الحكومة إذا كانت مدعى عليها ــ مع التقيد بأحكام الاختصاص المقررة لديوان المظالم ــ وجوب طلب الإذن من المقام السامي. **المادة رقم (١/٣٥، ٢، ٣) من نظام المرافعات الشرعية.**

فإذا رفض المقام السامي هذا الطلب ، يحق للقاضي ، إصدار حكم يدفع فيه عدم سماعه للدعوى ، وهو مخوّل بهذا الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى. **المادة رقم (٧٢) من ذات النظام.**

ومن الأمثلة أيضاً ، ما جاء في النظام من أن القاضي ممنوع من نظر الدعوى وسماعها إذا قام به سبب للرد أو التنحي فعليه أن يدفع الدعوى بهذا الدفع. **المادة رقم (٩٠) من ذات النظام.**

المبحث السادس

صور للدفع بأسباب أخرى

المنظم عندما ذكر البطلان في باب الدفوع ، قصره على بطلان صحيفة الدعوى **المادة رقم (٧١) من نظام المرافعات الشرعية.**

مع أن البطلان يلحق بعض الإجراءات فيحق الدفع به ؛ وذلك في مثل الإجراءات في مرحلة ما يعرف بانقطاع الخصومة. **المادة رقم (٨٦) من نظام المرافعات الشرعية**

وكذلك عندما ذكر الإحالة اقتصر على دفع الإحالة لقيام ذات النزاع والدفع بالإحالة للارتباط ، ولكنه لم يذكر الدفع بالإحالة للاتفاق ، مع أن جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة العامة للاختصاص المحلي جائز في النظام. **المادة رقم (٤٥) من نظام المرافعات الشرعية**

فيستفاد من هذا أن القاضي له سلطة تقديرية في دفع الدعوى ،فيحق للقاضي الدفع به أو قبوله إذا ورد من أحد الخصوم ، ومن ثم الحكم به ، مع بيان الأسباب المسوغة لذلك. **المادة رقم (١/٧٣، ٢) من نظام المرافعات الشرعية.**

الفصل الثالث

آثار الدفوع

ويشتمل على مبحثين

المبحث الأول: أثر الدفع في الفقه

فيسأل المدعي الأصلي الذي أصبح في مركز المدعى عليه بالنسبة للدفع عن جوابه عليه ، فإن أقر بما يدفع به خصمه لزمه الإقرار ، ومنع من مطالبة المدعى عليه الأصلي وحكم عليه بعدم التعرض للمدعى عليه.

ولكن إذا أنكر المدعي الأصلي دفع المدعى عليه ؛ كلف الدافع بإثبات دفعه ، فإن أثبته بحجة شرعية اندفعت الدعوى الأصلية ويجرى عليه ما جرى في الإقرار.

وإن عجز عن الإتيان بالبينة وطلب يمين المدعى الأصلي أجيب إلى طلبه ووجه القاضي اليمين إلى المدعي الأصلي ، فإن نكل عن اليمين ثبت الدفع عند من يحكم بالنكول.

وأما إذا حلف ، فإن الدعوى الأصلية تعود ويرجع كل طرف في الدعوى إلى مركزه السابق،

هذا إذا تعلقت الدعوى بطرفيها الحاضرين ، أما إ ذا تعدت إلى شخص ثالث ، فعند ذلك يكون الأثر هنا:حسب شخصية صاحب العين:

١- فإن كان حاضراً فيرجع إليه.

٢- أو يكون غائباً ، فيحلف صاحب الدفع _ المدعى عليه _ أنه لا يلزمه دفع هذه العين إلى المدعي ، فإن نكل تنتزع منه العين إلى أن يرجع الغائب ، فتكون خصومة المدعي معه.

٣- إذا لم يسم المدعى عليه صاحب العين ، فيحلف بأنه لا يلزمه دفع العين إلى المدعي، فإن نكل حلف المدعي وأخذها.

المبحث الثاني

أثر الدفع في النظام

الدفوع التي يجب إبداؤها قبل السير في الدعوى ينعدم أثرها ,أما إذا أبداه قبل السير في الدعوى فعلى التفصيل الآتي:

١- دفع البطلان يكون أثره في تحديد الطلب من نفس المحكمة وذلك في حالة إذا كان حقه قائماً ويريد حمايته ، أما إذا رفض القاضي هذا الدفع فالواجب أن يبين القاضي سبب رده ، وذلك في الصك الصادر من فضيلته. **المادة رقم (٧٣) من نظام المرافعات الشرعية.**

٢- الدفع بعدم الاختصاص المحلي يكون أثره بإحالة القضية إلى المحكمة المختصة مع إبلاغ الخصوم بذلك. **المادة رقم (٧٤) من ذات النظام.**

٣- الدفع بطلب الإحالة لقيام ذات النزاع ، ينظر القاضي في مواعيد تقديم رفع الدعوى ، لأن من سبق النظر في الدعوى فإنه ينزع من سائر المحاكم المختصة بها اختصاصها بالحكم فيها.

٤- الدفع بطلب الإحالة للارتباط ، يحق هنا لصاحب الدفع أن يتمسك بدفعه أمام المحكمتين ، فأيتهما قضت بالدفع كان عليها أن تحيل القضية إلى المحكمة الأخرى. **المادة رقم:(٨٣) من نظام المرافعات الشرعية.**

أما الدفوع التي يجوز إبداؤها ولو بعد السير في الدعوى ، ففي حالة رفض القاضي الدفع ،فالقاضي ملزم بإبداء سبب رفضه للدفع مقروناً بالحكم

الصادر من فضيلته. **المادة رقم:(٢/٧٣) والمادة رقم:(١٧٥) من نظام المرافعات الشرعية.**

أما إذا قبل القاضي الدفع أو حكم به من تلقاء نفسه ، فإن أثر الدفع يكون برد الدعوى.

الفصل الرابع

تطبيقات قضائية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : تطبيقات قضائية قبل السير في الدعوى.

تلخيص القضية الأولى: يطالب المدعي أجرة معدات يملكها . استخدمها المدعي عليه في تنفيذ مشروع أعمال ميدانية ، مما نتج عنه حصول عائد مالي للمدعى عليه بسبب ارتباطه بتنفيذ هذا المشروع.

التعليق :

١- ادعي المدعي هنا بصفته صاحب مؤسسة مقاولات لها سجل تجاري، والمدعى عليه كذلك .

٢- فضيلة القاضي دفع الدعوى ابتداءً فلم يطلب حضور المدعى عليه .

٣- الدفع هنا دفع بعدم الاختصاص النوعي، ويجوز ابداؤه قبل السير في الدعوى أو بعده. **المادة رقم (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية.**

٤- المدعي قرر عدم قناعته بحكم الدفع ، وطالب تمييز الحكم بإحالته إلى محكمة التمييز، وأجيب إلى طلبه.

٥- فضيلة قضاة الدائرة الحقوقية في محكمة التمييز طالبوا من فضيلة القاضي إعادة النظر في حكمه .

٦- فضيلة القاضي ناظر القضية أبدى تمسكه بعدم الاختصاص النوعي، لأن مثل هذه القضايا يختص بها ديوان المظالم.

٧- على فضيلة القاضي ناظر القضية أن يحيل الدعوى إلى ديوان المظالم . ويعلم المدعي بذلك ، إذا صادقت محكمة التمييز على الحكم بالدفع. **المادة رقم (٧٤) من نظام المرافعات الشرعية** .

تلخيص القضية الثانية:

ادعى المدعي وكالة في دعواه بأن المدعى عليه عمل في مؤسسة المدعي أصالة بوظيفة مندوب مبيعات وقد حصل منه اختلاس لبعض المبالغ المستحقة للمؤسسة فطلب الحكم عليه بدفع المبالغ التي اختلسها، فدفع المدعى عليه الدعوى بدفع عدم الاختصاص النوعي ، لأن الاختصاص ينعقد للجنة تسوية خلافات العمل.

ثم إن فضيلة القاضي ناظر القضية رصد بعض مواد نظام اللجنة المتعلقة بالاختصاص، فنصت بعض هذه المواد على اعتبار تقادم الدعوى، فلا تنظر هذه اللجان في الخلافات إذا مضى عليها أكثر من سنة بعد المخالفة وحيث ــ والكلام لفضيلة القاضي ــ أن الحق لا يسقط ، فالولاية العامة للقضاء

هي المحاكم الشرعية ، لذا فقد حكم فضيلة القاضي باختصاص المحكمة العامة بنظر هذه الدعوى وردّ دفع المدعى عليه ، فأبدى المدعى عليه اعتراضه وعدم قناعته بالحكم وطلب رفع الحكم إلى محكمة التمييز، فأجيب إلى طلبه. ثم عادت المعاملة من محكمة التمييز وعليها تصديق الحكم .

التعليق:

١- لاحظ فضيلة قضاة أعضاء الدائرة الحقوقية في محكمة التمييز على فضيلة القاضي توقفه عن السير في الدعوى ، ولو أنه شرع في نظر القضية ثم بين سبب ردّه للدفع لكان أولى .

٢- بيّن فضيلة القاضي وجهة رأيه بأن النظام ينص على أن ناظر القضية له أن يحكم في الدفوع على استقلال **المادة رقم (٧٣) من نظام المرافعات الشرعية .**

٣- يظهر في هذه القضية أن القضاء الشرعي ممثلاً في المحاكم العامة هو الوجهة لمن يطالب بحقه أو حمايته في بلاد الحرمين الشريفين المملكة العربية السعودية .

٤- طلب تمييز الحكم حق مكفول لأي طرف في الدعوى، هذا ما نص عليه النظام ، وعليه العمل. **المادة رقم (١٧٩) من نظام المرافعات الشرعية.**

تلخيص القضية الثالثة: يطالب المدعي المدعى عليه بدفع مبلغ من المال نظير إيجار مكتب في مبنى تجاري وحيث أقر المدعي باستلام بعض قيمة

العقار، فكان المبلغ المتبقي أقل من عشرين ألف ريال وهو المعيار الذي به يتحدد الاختصاص بين المحكمة العامة والمحكمة الجزئية **المادة رقم (١١/٣١) من نظام المرافعات الشرعية.**، لذا فقد حكم فضيلة القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص.

التعليق :

١- الدفع هنا دفع بعدم الاختصاص النوعي، وهو دفع موضوعي يجوز إبداؤه قبل السير في الدعوى وبعد سير الدعوى. **المادة رقم (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية.**

٢- كان على فضيلة القاضي أن يحيل المعاملة إلى جهة الاختصاص وإفهام الخصوم بذلك. **المادة رقم (٧٤) من نظام المرافعات الشرعية .**

المبحث الثاني

تطبيقات قضائية بعد سير الدعوى

تلخيص القضية الرابعة: ادعى المدعى وكالة أنه حصل اتفاق مع المدعى عليه على إنشاء فلة للمدعية أصالة، فقام المدعى عليه بالعمل ثم اتضح أن هناك عيوباً وأخطاء في الإنشاء ، فعُرض على أحد المكاتب الهندسية فقرر المكتب أن العمل غير سليم إنشائياً، فطالب المدعي بإزالة المبنى على حساب المدعى عليه واسترداد ما دفعته موكلته من أموال للمدعى عليه لبناء الفلة، ثم أجاب المدعى عليه بأن موكله لم يقم ببناء الفلة أصالة وإنما هو وكيل عن مؤسسة للمقاولات الذي صاحبها هو فلان ، كما أن المؤسسة لم تقم ببناء فلة المدعية، ثم طالب فضيلة القاضي المدعي البينة على دعواه، فأبرز عقداً بين طرفين الأول اسماً آخر غير المدعية والثاني المؤسسة، وبسؤاله عن الاسم الآخر ، أجاب بأن الملكية للمدعية ولكن وجود الاسم الآخر إنما هو صوري. فعند ذلك أصدر فضيلة القاضي الحكم بردّ الدعوى ، مسبباً بأن المدعية ليس لها صفة في الدعوى..

التعليق:

١- الدفع هنا دفع بانتفاء الصفة، وإبداؤه يكون قبل السير في الدعوى أو بعده. **المادة رقم (٧٢) من نظام المرافعات الشرعية.**

٢- عرض الحكم على طرفي الدعوى ، فللم يطلبوا رفعه إلى محكمة التمييز .

٣- الصفة هنا صفة أصلية ، وليست إجرائية.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

العرف التجاري وأثره في المعاملات التجارية السعودية

دراسة مقارنة

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعــداد

داود بن محمد بن عبدالله بن داود

إشــراف

د. ناصر بن محمد الجوفان

١٤٢٤هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢٣٦

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٢١١

البحث بعد التلخيص ٦٢

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

وهذا البحث يتكون من مقدمة ، وتمهيد ، وستة فصول ، وخاتمة :

التمهيد،ويشتمل على التعريف بمصطلحات البحث، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : **معنى العرف وتمييزه عن غيره ، وفيه ثلاثة مطالب :**

المطلب الأول : معنى العرف ، وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : **معنى العرف في اللغة .**

الفرع الثاني : **معنى العرف في الاصطلاح .**

الفرع الثالث : **معنى العرف في النظام .**

المطلب الثاني : تمييز العرف عن غيره ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : **تمييز العرف عن العادة .**

الفرع الثاني : **تمييز العرف عن الإجماع .**

المطلب الثالث : نبذة تاريخية عن العرف .

المطلب الرابع : منزلة العرف ، وفيه فرعان:

الفرع الأول : **منزلة العرف في الفقه** .

الفرع الثاني : **منزلة العرف في النظام** .

المبحث الثاني : **معنى التجاري وتمييزه عن غيره ، وفيه ستة مطالب** :

المطلب الأول : معنى التجارة ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : **معنى التجارة في اللغة** .

الفرع الثاني : **معنى التجارة في الاصطلاح** .

المطلب الثاني : تعريف النظام التجاري .

المطلب الثالث : أسباب وجود النظام التجاري .

المطلب الرابع : تطور النظام التجاري وأثر العرف في ذلك.

المطلب الخامس : أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني وضوابطها ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : **أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني** .

الفرع الثاني : **ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني**

المطلب السادس: صلة النظام التجاري السعودي بالشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: **معنى العرف التجاري وكيفية إثباته وتمييزه عن غيره ، وفيه**

ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العرف التجاري .

المبحث الثاني : كيفية إثبات العرف التجاري .

المبحث الثالث : تمييز العرف التجاري عن غيره ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : **تمييز العرف التجاري عن العرف المدني** .

الفرع الثاني : **تمييز العرف التجاري عن العادة التجارية** .

الفصل الأول : أقسام العرف التجاري وشروطه ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : **أقسام العرف التجاري ، وفيه أربعة مطالب :**

المطلب الأول : أقسام العرف التجاري باعتبار الصحة والفساد ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : **العرف التجاري الصحيح** .

الفرع الثاني : **العرف التجاري الفاسد** .

المطلب الثاني : أقسام العرف التجاري باعتبار العموم والخصوص ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : **العرف التجاري العام** .

الفرع الثاني : **العرف التجاري الخاص** .

المطلب الثالث : أقسام العرف التجاري باعتبار سببه ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : **العرف التجاري القولي** .

الفرع الثاني : **العرف التجاري العملي** .

المطلب الرابع : أقسام العرف التجاري باعتبار طبيعته القانونية ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : **العرف التجاري الآمر** .

الفرع الثاني : **العرف التجاري المفسر** .

المبحث الثاني : **شروط العرف التجاري ، وفيه مطلبان** :

المطلب الأول : شروط العرف التجاري في الفقه .

المطلب الثاني : شروط العرف التجاري في النظام .

الفصل الثاني : حجية العرف التجاري ومدى قوته ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : **حجية العرف التجاري ، وفيه أربعة مطالب** :

المطلب الأول : أدلة حجية العرف التجاري من القرآن .

المطلب الثاني : أدلة حجية العرف التجاري من السنة .

المطلب الثالث : أدلة حجية العرف التجاري من قواعد الشريعة .

المطلب الرابع : أدلة حجية العرف التجاري من قواعد النظام .

المبحث الثاني : **مدى قوة العرف التجاري ، وفيه مطلبان** :

المطلب الأول : مدى قوة العرف التجاري اللفظية .

المطلب الثاني : مدى قوة العرف التجاري العملية .

الفصل الثالث: حكم العرف التجاري عند التعارض، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول : **عند التعارض مع النصوص الشرعية .**

المبحث الثاني : **عند التعارض مع العرف العام .**

المبحث الثالث : **عند التعارض مع الاجتهاد .**

المبحث الرابع : **عند التعارض مع النصوص التجارية .**

المبحث الخامس : **عند التعارض مع النصوص المدنية .**

الفصل الرابع : أثر العرف التجاري في الفقه والنظام، وفيه مبحثان:

المبحث الأول : **أثر العرف التجاري في الفقه الإسلامي ، وفيه ستة مطالب :**

المطلب الأول : أثر العرف التجاري في البيوع .

المطلب الثاني : أثر العرف التجاري في باب الخيار .

المطلب الثالث : أثر العرف التجاري في الوكالة .

المطلب الرابع : أثر العرف التجاري في الضمان .

المطلب الخامس : أثر العرف التجاري في الودائع .

المطلب السادس : أثر العرف التجاري في الشركات .

المبحث الثاني : أثر العرف التجاري في نطاق المعاملات التجارية السعودية ، وفيه ثمانية مطالب :

المطلب الأول: أثر العرف التجاري في العقود التجارية، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول : **أثر العرف التجاري في عقد البيع التجاري .**

الفرع الثاني : **أثر العرف التجاري في عقد السمسرة .**

الفرع الثالث : **أثر العرف التجاري في عقد الوكالة التجارية**

.

الفرع الرابع : **أثر العرف التجاري في عقد النقل .**

المطلب الثاني : أثر العرف التجاري في عمليات البنوك .

المطلب الثالث : أثر العرف التجاري في نظام الأوراق التجارية .

المطلب الرابع : أثر العرف التجاري في أعمال التجارة البحرية .

المطلب الخامس: أثر العرف التجاري في الأعمال التجارية بطريق المقاولة.

المطلب السادس : أثر العرف التجاري في نظرية التاجر .

المطلب السابع : أثر العرف التجاري في نظام العمل والعمال .

المطلب الثامن : أثر العرف التجاري في نظام الشركات التجارية .

الفصل الخامس: قواعد عرفية تجارية في الفقه والنظام، وفيه مبحثان:

المبحث الأول : **قواعد وضوابط فقهية في العرف التجاري، وفيه ستة مطالب:**

المطلب الأول : ((المعروف عند التجار كالمشروط)) .

المطلب الثاني : ((الشركة تنعقد على عادة التجار)) .

المطلب الثالث : ((الأصل في الشركة عموم التجارات)) .

المطلب الرابع : ((المنافع تصلح لأن تجعل رأس مال الشركة)) .

المطلب الخامس : ((العمل المعتبر هو ما كان له قيمة)) .

المطلب السادس : ((الربح يتبين عند اتخاذ الجنس)) .

المبحث الثاني: **قواعد عرفية تجارية في النظام التجاري، وفيه عشرة مطالب:**

المطلب الأول : ((الاكتفاء في البيع التجاري بإنقاص الثمن دون الفسخ إذا كانت البضاعة المقدمة أقل جودة من المتفق عليها)) .

المطلب الثاني : ((اقتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري حال تعددهم)) .

المطلب الثالث : ((المشتري في بيع الحاضرة يمهل ثلاثة أيام)) .

المطلب الرابع : ((تحديد الزمان والمكان الذي يتم فيه المذاق مرده عرف التجار)) .

المطلب الخامس : ((إذا تعجل المشتري بالوفاء خصم من الثمن)) .

المطلب السادس : ((الوكيل بالمحافظة على البضاعة يلتزم بفحصها عند شرائها)) .

المطلب السابع : ((يجوز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب موكلين اثنين)) .

المطلب الثامن : ((التظهير يطهر الدفوع أمام الحامل حسن النية)) .

المطلب التاسع : ((التوقيع المعتبر في الأوراق التجارية ما كان في أسفل الصفحة من جهة اليسار)) .

المطلب العاشر : ((الحساب الجاري لا يتجزأ)) .

الفصل السادس: تطبيقات العرف التجاري في المملكة العربية السعودية.

(تطبيقات قضائية بنى القضاة أحكامهم فيها على العرف التجاري)

الخاتمة

التمهيد

ويشتمل على التعريف بمصطلحات البحث وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : **معنى العرف وتمييزه عن غيره ، وفيه ثلاثة مطالب** :

المطلب الأول : معنى العرف ، وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول

معنى العرف في اللغة .

العُرْف : المعروف ، وسمي بذلك ؛ لأن النفوس تسكن إليه)).

وهذا المعنى الثامن هو الذي نقصده من البحث ، وهو الذي يتناسب مع المعنى الاصطلاحي .

الفرع الثاني

معنى العرف في الاصطلاح

التعريف المختار : ((العرف : ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها ، سواء أكان لك في جميع العصور ، أم في عصر معين)) اهـ .

الفرع الثالث

معنى العرف في النظام

((هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة وواجبة الاحترام قانونًا وأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي)) .

المطلب الثاني

تمييز العرف عن غيره

الفرع الأول

تمييز العرف عن العادة

أولاً : تمييز العرف عن العادة عند الفقهاء :

الاتجاه الأول :أن العرف والعادة لفظان مترادفان .

الاتجاه الثاني : أن العادة هي عرف عملي والعرف يكون عمليًا ويكون قوليًا ، فيكون العرف أعم من العادة.

الاتجاه الثالث : أن العرف مخصوص بالقول ، والعادة مخصوصة بالفعل

الاتجاه الرابع : أن العادة قد تكون فردية ، ولكن العرف لا يكون إلا من الجماعة. وهذا الاتجاه هو أرجح الاتجاهات عندي ، والله أعلم .

ثانيًا : الفرق بين العرف والعادة عند القانونيين :

يفرق رجال القانون بين العرف والعادة بطائفة من الأمور نذكر منها :

١- أن العرف يلزم لقيامه توفر الركنين المادي والمعنوي ، أما العادة فيكفي لقيامها توفر العنصر المادي فقط.

٢- أن العرف يعتبر ملزمًا وليس لأحد أن يعتذر بجهله ،أما العادة فهي لا تعتبر قاعدة قانونية في ذاتية ولا تلزم أحدًا ، ولكن من الجائز أن يتفق عليها فتكون ملزمة برضا المتعاقدين ولكن بشرط أن لا تخالف النظام العام والآداب .

٣- إن المحاكم تطبق العرف من تلقاء نفسها كما تطبق نصوص القانون وإن لم يطلب الطرفان ذلك ، ويجب عليها أن تتحرى وجوده بنفسها ، أما العادة فيجب على من يتمسك بها أن يطلب من المحكمة تطبيقها كما يجب عليه إثباتها بنفسه لتحكم المحكمة بموجبها..

الفرع الثاني

تمييز العرف عن الإجماع

نستطيع أن نفرق بين العرف والإجماع بعدة وجوه ، منها :

١- أن الإجماع لا ينعقد إلا باتفاق مجتهدي أمة مُحَمَّد ﷺ في عصر من العصور ، بخلاف العرف فإنه لا يشترط فيه ذلك.

٢- أن الإجماع لابد أن يكون له مستند في الأدلة الشرعية ولم يشترط ذلك في العرف .

٣- أن الإجماع دليل شرعي معتبر لا يعتريه البطلان بخلاف العرف.

٤- أن الإجماع القطعي لا تجوز مخالفته ولا يتبدل أو يتغير ، أما العرف فمن الجائز أن يتغير أو يتبدل.

٥- أن الإجماع لا ينعقد عند مخالفة أحد من المجتهدين ، أما العرف فلا يؤثر فيه شذوذ طائفة من العمل .

٦- أن الإجماع يتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على الحكم ، أما العرف فلا يتحقق إلا بعد الاستمرار والدوام عليه .

المطلب الثالث

نبذة تاريخية عن العرف

إن المؤرخين لمصادر القانون يذكرون أن العرف من أقدم المصادر لإثبات الحق بعد شريعة الله سبحانه وتعالى .

فكثير من المجتمعات كانت تحكِّم الأعراف والعادات السائدة في مجتعهم ، وهكذا كانت الحال عند سكان الهند قبل مجيء القانون،ولم يكن اليونان والرومان أقل شأنًا في التمسك بالعرف.

أما في العصر الجاهلي : فقد كان الناس يتقاضون إلى رجل ذي عقل وروية ودُربة وبعد نظر ، ليفصل بينهم في منازعاتهم وخصوماتهم .

ولما جاء الإسلام نظر في هذه العادات والأعراف فما كان صحيحًا أقره ، وما كان فاسدًا أنكره،وكان هذا المفهوم الإسلامي للعرف هو السائد في المجتمع الإسلامي منذ بزوغ فجر الإسلام إلى سقوط الدولة العثمانية وبعدها نشأت القوانين الوضعية ، ومعلوم أن العرف له منزلته بين مصادرها فقد كان المصدر الثاني بعد تقنيناتهم.

المطلب الرابع
منزل العرف

الفرع الأول
منزلة العرف في الفقه الإسلامي

إن شريعة الإسلام شريعة كاملة صالحة لكل زمان ومكان مهما اختلفت الأجناس ، وتباعدت البقاع ، وقد كفل الله لها هذه الصلاحية التامة وجعل لذلك أسبابًا منها اتسام قواعد هذه الشريعة بالسعة والشمول ليستطيع المجتهد أن يقدم على ضوئها الأحكام لكل ما يجد من الأمور في الحياة من حوادث وقضايا ، وإن من هذه القواعد : قاعدة العرف ، فقد أناط الشارع بها كثيرًا من الأحكام .

وبالجملة فإن كل ما ورد في الشرع مطلقًا غير محدود بحد فإنه يرجع في تحديده إلى العرف .

ولما للعرف من أهمية عظيمة اشترط في المفتي أن يكون عالمًا بأعراف المستفتين وعاداتهم ليتمكن من إجراء الفتوى على وجهها الصحيح ،كما اشترط في القاضي أن يكون على علم تام بعادات المجتمع الذي يتولى الفصل في خصوماته ومنازعاته.

الفرع الثاني
منزلة العرف في النظام

إن علماء القانون الوضعي يعتبرون العرف مصدرًا من مصادر القانون ، ولذلك يذكرون محاسنه كما يذكرون مساوئه ، أما محاسنه فتتلخص في أمرين :

الأول : أن العرف الأصل فيه أنه لا يتكون إلا بعد مضي زمن طويل.

الثاني : أن التشريع لديهم ناقص ، فلذلك يلجأون إلى العرف لسد هذا الفراغ.

وأما عيوبه فتتلخص في ثلاثة أمور :

الأول : أن العرف بطيء التكوين.

الثاني : صعوبة إثباته المنبثقة من صعوبة تحقيق شروطه .

الثالث : اختلاف العرف من إقليم لإقليم في الدولة الواحدة.

وفي النظام السعودي منزلة لا تخفى للعرف وقد يغني عنها الحديث عن منزلته في الفقه الإسلامي ، فقد نص النظام الأساسي للحكم على الآتي :((يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة)) المادة (٧)

من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/٩٠ في ١٤١٢/٨/٢٧هـ ..

ونصت على الآتي : ((تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقًا لما دل عليه الكتاب والسنة ، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة)) المادة (٤٨) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/٩٠ في ١٤١٢/٨/٢٧هـ ..

وتصور الهرم النظامي في المملكة العربية السعودية يكون على النحو الآتي :

١- نصوص الكتاب والسنة .

٢- ما يصدره ولي الأمر من أنظمة ينظم بها ما جد من المسائل مما لا يتعارض مع نصوص الكتاب والسنة ، ويشمل :أ - الأنظمة (تصدر بمراسيم ملكية) .ب - اللوائح (تصدر بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار من رئيس مجلس الوزراء أو نائبه - أمر سام - أو بقرار من الوزير المختص أو بقرار من رئيس المصلحة المستقلة

ج - التعميمات (وهي التي تتضمن تعديلاً في المراكز القانونية بينما لا تعتبر كذلك التعميمات التي تكون مجرد تطبيق أو تذكير أو تنبيه بالالتزام

بما ورد بالأنظمة واللوائح والقرارات لأنها تعدل في المراكز القانونية القائمة) .

٣- القواعد العرفية .

المبحث الثاني

معنى التجاري وتمييزه عن غيره

وفيه ستة مطالب

المطلب الأول : معنى التجارة ، وفيه فرعان

الفرع الأول : **معنى التجارة في اللغة** .

والتجارة : ما يتجر فيه وتقليب المال لغرض الربح.

الفرع الثاني

معنى التجارة في الاصطلاح

((اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الأرباح)).

المطلب الثاني

تعريف النظام التجاري

النظام – القانون – التجاري فرع من فروع القانون الخاص يشتمل على قواعد تختص بالأعمال التجارية وتشتمل على أحكام تطبق على التجار عند ممارستهم للتجارة

المطلب الثالث

أسباب وجود النظام التجاري

أولاً : السرعة : ومن مظاهر اهتمام النظام التجاري بالسرعة ، اهتمامه بتبسيط إجراءات تداول الحقوق الثابتة في الصكوك التجارية وهي الكمبيالة والسند الإذني والشيك وذلك بخلاف الحقوق الشخصية التي تستلزم في النظام المدني اتباع إجراءات معينة ، وهكذا فمظاهر السرعة في النظام التجاري تبدو جلية غير أن ذلك لا يعني خلو هذا النظام من الشكلية.

الثاني : الائتمان : يتمثل الائتمان في منح المدين أجلاً للوفاء ، فالتاجر يبيع بضائع كثيرة ثم يحتاج إلى الشراء قبل قبض ثمن السلع المباعة ومن هنا تأتي أهمية الائتمان في الحياة التجارية يتمثل ذلك في إصدار نظام الأوراق التجارية ونظام البنوك ونحوها مما يدعم التاجر ويحقق له الائتمان ويحميه من الإفلاس وتلك هي القواعد التي تكون منها النظام التجاري .

المطلب الرابع
تطور النظام التجاري وأثر العرف في ذلك

الفرع الأول
تطور النظام التجاري عبر عصور التاريخ

أولاً : العصور القديمة : استدعت الحاجة وجود قواعد وأحكام تضبط الناس في معاملاتهم كما حصل في عهد البابلين في القرن العشرين قبل الميلاد مما حدا بالملك (حمورابي) إلى تدوين بعض الأحكام التجارية في مجموعته المشهورة (حمورابي coded'ammourabi) وربما قادهم العرف في زمن آخر إلى ترفع السادة وأكابر القوم عن مزاولة التجارة وبقاء ممارستها من قبل الأرقاء والعتقاء كما اشتهر ذلك عند قدماء الرومان .

واهتم الفقه الإسلامي بالتجارة وأنظمتها ووضع لها الضمانات والقواعد ما يكفل استقرار التعامل بها ويؤدي إلى ازدهارها ، وقد كان للفقه الإسلامي فضل السبق في تحليل وتأصيل الكثير من القواعد التي تقوم عليها أنظمة اليوم كنظام الحوالة والكمبيالة والصرف والإفلاس والشركات ونحوها .

ثانيًا : العصور الوسطى : في هذه العصور تضافرت عدة عوامل لإبراز النظام التجاري كنظام مستقل ومتميز عن النظام المدني ، منها قيام التجار بالانتظام في نقابات قوية استطاعت السيطرة على السلطة السياسية كما

أنشأت هذه النقابات محاكم خاصة بها عرفت باسم المحاكم القنصلية .

ثالثًا : العصور الحديثة : تميزت هذه العصور وبصفة خاصة – القرن السابع عشر – بظهور سلطات مركزية قوية أخذت على عاتقها مهمة التشريع والقضاء بعد أن كانت تحتكر هذه المهمة في الميدان التجاري نقابات التجار طيلة العصور الوسطى ، وقد كان هذا إيذانًا بانتهاء الطابع الدولي والعرفي للقانون التجاري وفاتحة عصر التقنيات وظهور القوانين التجارية المحلية ، وقد ظهر في فرنسا أول تقنين تجاري وذلك في القرن السابع في عهد الملك لويس الرابع عشر .

وهذا ومع وجود التقنيات التجارية إلا أن العرف لا يزال له في هذه العصور الأثر المتميز ، لوجود أنشطة تجارية مختلفة تقوم على قواعد عرفية بحتة ، ولكن ليس الأمر كالسابق من عدم وجود أي تقنين ، بل وجدت القوانين وسنت الأنظمة التجارية مع ملاحظة أن بعضها يحيل على الأعراف التجارية .

الفرع الثاني

تطور النظام التجاري السعودي

لقد بدأت أول مظاهر التطور للنظام التجاري السعودي في عام ١٣٤٥هـ عندما قام مجلس التجارة بجدة بإعداد مشروع نظام خاص بالتجارة وبالقضاء التجاري عرف باسم ((نظام المجلس التجاري)) وقد أحيل إلى المجلس الشوري الذي قام بدراسته وتعديله ليكون أكثر انسجامًا مع الأنظمة في الدول الأخرى لأن أمور التجارة أمور مشتركة بين عموم الحكومات .

وقد حصل خلاف بين الباحثين في دخول هذا النظام مرحلة التنفيذ والذي يعنينا هنا أن نظام المجلس التجاري هو أول نظام تجاري سعودي مستقل ، وبعد ذلك بخمس سنوات صدر ما يعرف اليوم باسم نظام المحكمة التجارية والذي تمت الموافقة عليه بالأمر السامي رقم ٣٢ وتاريخ ١٥ محرم سنة ١٣٥٠هـ وهو يحتوي على ٦٣٣ مادة موزعة على أربعة أبواب .

وفي عام ١٣٨٣هـ صدر نظام الأوراق التجارية وتمت موافقة مجلس الوزراء عليه بقراره رقم ٦٩٢ تاريخ ١٣٨٣/٩/٢٦هـ وصدر به مرسوم ملكي برقم ٣٧ في ١٣٨٣/١٠/١١هـ وقد استمد هذا النظام من أحكام التنظيم الموحد الذي أقره مؤتمرا جنيف المنعقدان في ١٩٣٠م و١٩٣١م فيما عدا بعض الأحكام التي تصطدم مع أحكام الشرع الحنيف .

وبعد النهضة الحديثة التي أخذت المملكة بأسبابها وأدت إلى ازدهار التجارة وازدياد المشروعات بمختلف أنواعها من هنا بدأت الحاجة ملحة إلى وضع نظام شامل للشركات التي أقبل الأفراد بصورة كبيرة على تأسيسها فصدر نظام الشركات بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٨٥ في ١٣٨٥/٣/١٧هـ والمصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢هـ ونشير هنا إلى أن نظام المحكمة التجارية لم يكن بعد إصداره محيطًا بجميع أوجه التجارة ، بل تعقبه المنظم السعودي بإصدار عدد من الأنظمة ومنها : نظام تسجيل العلامات الفارقة الصادر بالأمر السامي رقم ٧٧٦٢ في ١٣٥٨/٧/٢٨هـ ، ونظام السجل التجاري الصادر بالأمر الملكي رقم ٤٤٧٠/١/٢١ في ١٣٧٥/١١/٩هـ .

كما صدر نظام مؤسسة النقد في عام ١٣٧١هـ والمعدل سنة ١٣٧٧هـ ، ونظام مكافحة الغش التجاري سنة ١٣٨١هـ ، ثم توالت الأنظمة حتى صدر نظام الغرفة التجارية بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٤٠٠/٤/٣٠هـ .

ومن قبل هذا النظام ومن بعده أنظمة عديدة ما بين مراسيم وأوامر ملكية سامية ومثال ذلك نظام المحكمة التجارية عندما تكلم عن عقد السمسرة في الفصل الرابع أحال صراحة على العرف والعادة نظام المحكمة التجارية، الفصل الرابع، المادة (٣١)، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢ في ١٣٩٠/١/١٥هـ. .

المطلب الخامس

أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني وضوابطها

الفرع الأول
أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني

أولاً : الاختصاص القضائي :

إن كان مدنيًا فالجهة المختصة به هي المحاكم العامة والقضاء العام ، وإن كان تجاريًا فهو من اختصاص المحاكم التجارية أو هيئات حسم المنازعات التجارية.

ثانيًا : قواعد إثبات الالتزام التجاري : في المواد المدنية توجد بعض القيود كاشتراط الكتابة في الإثبات ، أما المواد التجارية فتخضع لمبدأ حرية الإثبات.

ثالثًا : القواعد الخاصة بالالتزامات التجارية :

١- افتراض التضامن :

التضامن في المسائل المدنية لا يفترض ولا يتقرر إلا بنص ، أما المسائل التجارية فقد جرى العرف التجاري على افتراض التضامن بين المدنيين في حال تعددهم.

٢- تحريم نظرة الميسرة أو المهلة القضائية للمدين : لقانون المدني يجيز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بدينه إذا حل ميعاد الوفاء ورأى من الظروف ما يبرر التأجيل ،أما القانون التجاري فليس للقاضي هذه السلطة.

٣- الإعذار : الأصل في الإعذار أنه يتم بإجراء رسمي ، أما في المعاملات التجارية فقد جرى العرف التجاري على أنه يكفي للإعذار خطاب يوجه للتاجر المدين ، بل يكفي أن يتم مشافهة في حال السرعة.

٤- الإفلاس : الإفلاس نظام خاص بالتجارة وضع لحث التجار على الوفاء بالتزاماتهم التجارية في المواعيد المحددة لها وبالتالي دعم الائتمان التجاري والإفلاس لا يجوز الحكم به إلا إذا توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية لا المدنية.

٥- التقادم وعدم سماع الدعوى : تختلف مدة سماع الدعوى في المجال التجاري عنها في مجال المعاملات المدنية وشاهد ذلك ما نص عليه نظام الأوراق التجارية السعودي بأنه : ((لا تسمع الدعوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق ...)) المادة رقم ٨٤ من نظام الأوراق التجارية السعودي .اهـ .

الفرع الثاني : ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني : اختلف

الفقهاء حول تحديد هذا المعيار ، فأسسه البعض على اعتبارات اقتصادية بينما أرجعه البعض الآخر إلى أسس قانونية وإليك بيانها :

أولاً : المعايير الاقتصادية :

١- نظرية المضاربة : العمل التجاري يهدف إلى تحقيق الربح على خلاف العمل المدني لا يهدف للربح.

٢- نظرية التداول : العمل التجاري قوامه الوساطة بين المنتج والمستهلك بهدف تداول السلع من منتج لمستهلك .

ثانيًا : المعايير القانونية :

١- نظرية الحرفة : العمل يكون تجاريًا متى كان متعلقًا بمزاولة حرفة تجارية ويكون مدنيًا إذا لم يكن متعلقًا بمزاولة الحرفة التجارية .

٢- نظرية المقاولة : ترى هذه النظرية أنه من اليسير التعرف على وجود المشروع إذ يتميز بوجود تنظيم سابق .

قال صاحب كتاب الوجيز في القانون التجاري : ((رغم أن التقنين التجاري يرتب نتائج على التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني إلا أنه جاء خاليًا من تعريف للعمل التجاري واقتصر على تعداد الأعمال التي تعتبر تجارية وذلك في المادة الثانية ...)).وبهذا أخذ النظام السعودي المادة الثانية من

نظام المحكمة التجارية ، فقد عددت الأعمال التجارية ..

المطلب السادس : صلة النظام التجاري السعودي بالشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية قد عنيت عناية خاصة بالدعوة إلى الاشتغال بالتجارة ، يقول تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم** ﴾ سورة النساء ، آية (٢٩) .

ويقول مشجعًا التجارة الخالية من الربا : ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾ سورة البقرة آية (٢٧٥) .

ويدعو إلى القرض الحسن : ﴿ **من ذا الذي يقرض الله قرضًا حسنًا فيضاعفه له أضعافًا كثيرة** ﴾ سورة البقرة ، آية (٢٤٥) .

ويأمر سبحانه بكتابة الديون : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه** ﴾ سورة البقرة ، آية (٢٨٢) . .

لم يكن هناك ضابط في الشريعة الإسلامية في التفريق بين الأعمال التجارية والمدنية أو بين التاجر وغير التاجر ، الأمر الذي سلكه النظام

والمنظم السعودي عند تبيينه لمواد النظام التجاري لم ينفذ ويطرح الأنظمة المعمول بها في الدول الأخرى ، بل كان يقبلها ما لم تتخالف مع شريعة

الإسلام ، ولذلك أثبت فيه عدد من الأنظمة التي لا تخالف ولا تخرج على أحكام الشريعة الغراء مثل نظام السجل والتجاري والعلاقة والفارقة ونحوها ، وبالمقابل فقد اطرح بعض المواد التي تخالف الشريعة مثل أخذ الفوائد الربوية .

المبحث الثالث
معنى العرف التجاري وكيفية إثباته وتمييزه عن غيره

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول
تعريف العرف التجاري

أولاً : معنى العرف التجاري في الفقه :

((ما اعتاده أكثر التجار وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها سواء أكان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين)) اهـ .

ثانيًا : تعريف العرف التجاري باعتباره مصدرًا من مصادر تكوين القانون التجاري :

((العرف التجاري قاعدة أو سنة اعتاد التجار على اتباعها بالتواتر مع اعتقادهم في قوة إلزامها وضرورة احترامها والعمل بأحكامها)) اهـ .

المطلب الثاني : كيفية إثبات العرف التجاري

أولاً : إثبات العرف التجاري بواسطة شهادة تسمى (Parere) تستخرج

من الغرفة التجارية :

نص نظام الغرف التجارية والصناعية السعودي أن من اختصاصات التجارية والصناعية الآتي : ((إمداد الجهات الحكومية بالبيانات والمعلومات في المسائل التجارية والصناعية)) المادة (٥) من نظام الغرف التجارية والصناعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ في ١٤٠٠/٤/٣٠هـ .، وهذه الشهادات داخلة فيها .

ومع ذلك فليس للشهادات التي تصدرها الغرفة التجارية إلا حجة نسبية أمام القضاء ، فللمحاكم أن تهملها ويكون إثباتها للعرف من عدمه بالاستناد إلى رأي خبير أو باستشارة هيئات موثوق بها .

ثانيًا : رأي الخبراء : وهؤلاء غالبًا يطلبهم القضاة ويسألونهم عن عرف التجار فإذا عينه أصحاب الخبرة أثبته القاضي وبنى حكمه عليه .

ثالثًا : استشارة الهيئات الموثوق بها : يطلب القاضي أفرادًا هم الخبراء وقد استفاضت خبرتهم التجارية .

المطلب الثالث : تمييز العرف التجاري عن غيره

الفرع الأول : تمييز العرف التجاري عن العرف المدني

العرف التجاري : يحكم العلاقات التجارية بين التجار وما يسود بينهم من أعراف تضبط علاقاتهم، **أما العرف المدني** : فهو يحكم العلاقات المدنية.

الفرع الثاني : تمييز العرف التجاري عن العادة التجارية

١– من حيث المعنى : العرف التجاري عرفنا معناه ، أما العادة التجارية فهي : ((عبارة عن القاعدة التي شاعت واستقرت نتيجة اعتياد الأفراد الأخذ بها في عقودهم إلى درجةٍ يمكن القول معها باتجاه إرادة المتعاقدين ضمنًا إلى اتباع حكمها دون حاجة إلى النص عليها)) اهـ .

٢– من حيث القوة الملزمة : العرف التجاري : يمتاز بأنه ملزمٌ دائمًا ما لم يتفق الأطراف على استبعاده صراحة ، أما العادة التجارية : فهي غير ملزمة على سبيل الدوام.

٣– من حيث القضاء :

أ – العرف التجاري قانون وعلى القاضي أن يطبقه ، في حين أن القاضي لا يلتزم بتطبيق العادة إلا إذا اتجهت إلى ذلك إرادة ذوي الشأن.

ب – القاضي لا يكلف التجار بإثبات القاعدة العرفية التجارية ، في حين أنه على من يتمسك بالعادة أن يثبت وجودها .

ج – العرف التجاري يطبق سواء علم به الناس أم لم يعلموا ، أما العادة فيجوز للأفراد الادعاء بعدم العلم بها.

الفصل الأول

أقسام العرف التجاري وشروطه

وفيه مبحثان

المبحث الأول

أقسام العرف التجاري

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

أقسام العرف التجاري باعتبار الصحة والفساد

الفرع الأول

العرف التجاري الصحيح

وهو ما تعارفه أكثرية التجار من قول أو فعل ولم يخالف الشريعة .

مثل تحديد أجر السمسار إذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين المادة (٣١) من نظام المحكمة التجارية . .

الفرع الثاني : العرف التجاري الفاسد

هو : ((ما يتعارفه التجار كلهم أو بعضهم مما يخالف الشرع)) اهـ .

المطلب الثاني : أقسام العرف التجاري باعتبار العموم والخصوص

الفرع الأول : العرف التجاري العام ما يتعارفه أكثر التجار في جميع البلدان وفي عموم التجارات .

الفرع الثاني : العرف التجاري الخاص ((ما اعتاده أكثر التجار في بعض البلدان)) اهـ .

تقاضي اثنين ونصف في المائة من ثمن المبيع المادة (٣١) من نظام المحكمة التجارية . .

المطلب الثالث : أقسام العرف التجاري باعتبار سببه

الفرع الأول : العرف التجاري القولي

هو ما شاع بين التجار من استعمال ألفاظ وتراكيب في معنى خاص ، ولم يكن ذلك لغة ، بحيث يصبح ذلك المعنى هو المتبادر منها إلى الذهن عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية .

الفرع الثاني : العرف التجاري العملي هو ((ما جرى عليه عمل أكثر التجار في جميع البلدان أو في بعضها وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم))

المطلب الرابع : أقسام العرف باعتبار طبيعته القانونية

الفرع الأول : العرف التجاري الآمر هو ((العرف المنشئ لقاعدة قانونية ، لا يجوز للأفراد مخالفتها ، ولا الخروج عليها . شأنه في ذلك شأن التقنين الآمر)) اهـ .

من أمثلته : قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة حسن النية المادة (١٧) من نظام الأوراق التجارية السعودي ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٦٩٢ في ١٣٨٣/٩/٢٦هـ ..

الفرع الثاني : العرف التجاري المفسر هو العرف التجاري الذي يقرر الحكم في حالة عدم الاتفاق على خلافه ، أو يفسر نية المتعاقدين عند عدم الدلالة عليها.

ومن أمثلة العرف التجاري المفسر :- تحديد أجرة السمسار إذا لم تحدد في العقد نظام المحكمة التجارية ، المادة (٣١) . .

المبحث الثاني
شروط العرف التجاري

وفيه مطلبان

المطلب الأول : شروط العرف التجاري في الفقه .

الشرط الأول : أن يكون العرف التجاري مطردًا أو غالبًا

الشرط الثاني : أن يكون عامًا

الشرط الثالث : أن يكون العرف التجاري قائمًا وقت إنشاء التصرف المراد تحكيمه .

الشرط الرابع : أن لا يعارض العرف التجاري نص بخلافه .

الشرط الخامس : أن لا يكون العرف التجاري مخالفًا لنص شرعي .

الشرط السادس : أن يكون العرف التجاري ملزمًا .

المطلب الثاني
شروط العرف التجاري في النظام

يشترط علماء القانون للعمل بالعرف التجاري خمسة شروط ، وهي

الشرط الأول : أن يكون العرف التجاري عامًا .

الشرط الثاني : أن يكون العرف التجاري قديمًا .

الشرط الثالث : أن يكون العرف التجاري ثابتًا .

الشرط الرابع : أن يكون هناك اعتقاد سائد بين التجار بضرورة احترام العرف التجاري.

الشرط الخامس : أن لا يخالف العرف التجاري النصوص التجارية الآمرة

مقارنة بين الشروط في الفقه والنظام : بملاحظة ما ذكره الفقهاء والقانونيون من شروط للعرف التجاري يظهر لنا ما بينهما من اتفاق ، فالعموم والقدم والثبات والإلزام شروط متفق عليها في الفقه وفي النظام وكذلك اشترط الفقهاء في العرف التجاري عدم مخالفته لنص شرعي ويقابله في النظام عدم مخالفة العرف التجاري لنصوص تجارية آمرة ، وبقي اشتراط الفقهاء في العرف من عدم التصريح بخلافه فهو وإن لم ينص القانونيون على اشتراطه إلا أنه متفق على العمل به ، فمتى ما صرح المتعاقدان بخلاف ما دل عليه العرف التجاري فالعبرة بما صرحا به ، وبهذا يظهر ما بين الشروط من اتفاق .

الفصل الثاني

حجية العرف التجاري ومدى قوته

وفيه مبحثان

المبحث الأول : **حجية العرف التجاري ، وفيه أربعة مطالب :**

المطلب الأول : أدلة حجية العرف التجاري من القرآن .

تمهيد

حجية العرف التجاري ومدى اعتباره في الفقه والنظام

أولاً : في الفقه : العرف التجاري يعتبر عرفًا خاصًا ، والعرف الخاص وقع فيه خلاف بين الفقهاء ، أذكره مختصرًا .

القول الأول : ذهب بعض الحنفية وبعض الشافعية إلى اشتراط أن يكون العرف عامًا ، ومعناه أن العرف الخاص في نظرهم غير معتبر .

القول الثاني : ذهب بعض الشافعية وبعض الحنفية والمالكية إلى اعتبار العرف الخاص كالعرف العام .

ثانيًا : في النظام : وفيه اتفق واضعو الأنظمة مع رأي جمهرة الفقهاء في اعتبار العرف الخاص.

المطلب الأول

أدلة حجية العرف التجاري من القرآن

١- قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ سورة البقرة ، آية (٢٣٣) . .

المطلب الثاني : أدلة حجية العرف التجاري من السنة

وأما أدلة حجية العرف التجاري من السنة فمن وجهين :

١- السنة القولية .
٢- السنة التقريرية .

أما السنة القولية ، فأذكر منها ما يلي :

١- حديث عائشة – رضي الله عنها – قالت : قالت هند أم معاوية للنبي ﷺ إن أبا سفيان رجل شحيح فهل عليَّ جناح أن آخذ من ماله سرًا ؟ قال : ((خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف)) أخرجه البخاري في صحيحه في مواضع ، (٤/٣٣٩،٣٣٨). وأخرجه مسلم ، (١٢/٧-٩) مع شرحه

للنووي . والنسائي ، (١٤٦/٨) ..

وأما السنة التقريرية : فمن المعلوم أن النبي ﷺ لما هاجر إلى المدينة واستقر بها وجد بها أعرافًا كثيرة ، فما كان فاسدًا نهى عنه ، وما كان صحيحًا أقره ، وما اختلط فيه الفاسد والصحيح عدله ، ومن تلك الأعراف التي أقرها :

عقد السلم ، فقد معروفًا لدى أهل المدينة قبل هجرته ﷺ إليها ، فعن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال : قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة ، والسنتين ، والثلاث . فقال رسول الله ﷺ : ((من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)) أخرجه البخاري ، ١٠٥/٣ . ومسلم ، ١٢٢٦/٣ . .

المطلب الثالث

أدلة حجية العرف التجاري من الإجماع ومن قوا عد الشريعة

الفرع الأول

أدلة حجية العرف التجاري من الإجماع

الإجماع من الأدلة التي يستند عليها العرف التجاري في إثبات حجيته ، فإذا تعارف الناس في عصر من العصور على أي عمل ، ولم ينكر عليهم أحد من العلماء مع علمهم به ، فهذا يسمى بالإجماع العملي ، فالأمر في المبدأ عرف ثم بعد ذلك يكتسب صفة الإجماع العملي ومن هذا النوع : الاستصناع ،

فقد استدل الحنفية على جوازه بالإجماع العملي .

الفرع الثاني
أدلة حجية العرف التجاري من قواعد الشريعة

أولاً : قاعدة المصالح المرسلة : اختلف العلماء فيها فاعتبرها قوم ونفاها آخرون ، والمعتبرون لها اختلفوا فيما بينهم أيضًا ، ورغم هذا الاختلاف عندما ترجع للتطبيقات الفقهية ، تجد أن الفقهاء كلهم على اختلاف مذاهبهم قد قالوا بها واعتبروها وبنوا الأحكام عليها.

وبهذا نعرف أن المصالح المرسلة شاهدة بحجية العرف التجاري .

ثانيًا : قاعدة الاستحسان : فالاستحسان يخصص الدليل العام بالعرف لمصلحة الناس ، ومن تلك الأعراف أعراف التجار .

ثالثًا : قاعدة الاستصحاب : فالعرف التجاري في حقيقته استصحاب للحال التي تعارف عليها التجار في الحالة الماضية وتطبيقها في الحالة المستقبلية .

رابعًا : قواعد فقهية تدل على اعتبار العرف التجاري وحجيته :

١- قاعدة (الأمور بمقاصدها) : لاشك أن عرف التجار يدل على مقصودهم في العقود حتى وإن كانت ألفاظه ومبانيه لا توحي إلى المعنى الذي يقصده التجار غير أن المعتبر هو ما يقصده التجار في هذه استنادًا على هذه القاعدة وغيرها .

٢- قاعدة (المشقة تجلب التيسير) : لاشك أن تعارف الناس وتعارف التجار على أمر من الأمور أزمانًا طويلة ثم نزعهم من هذا العرف لاشك أن فيه حرجًا عظيمًا ومشقة بالغة عليهم وهذه القاعدة تنص على المشقة تجلب التيسير ، أو التيسير يكون بإبقاء الناس ومنهم التجار على أعرافهم .

٣- قاعدة (العادة محكمة) : والمراد بالعادة في هذه القاعدة هو العرف بنوعيه العملي والعلمي فهي تعبِّر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزام بينهم في التعامل .

المطلب الرابع

أدلة حجية العرف التجاري من قوا عد النظام

إنه بالنظر في مواد النظام وجدت أن هناك مواد في النظام تمثل لنا قواعد نظامية يستدل بها على حجية العرف التجاري ، ومنها :

١- نص نظام المحكمة التجارية على الآتي : ((يتبع فيما للدلالة من الحقوق وفيما عليه من الواجبات وفيما يستحقه من الأجرة العرف المطرد والعادة)) نظام المحكمة التجارية ، المادة (٣١) .

٢- نص نظام العمل والعمال السعودي على الآتي : ((لا يجوز المساس بأحكام هذا النظام ولا بما اكتسبه العامل من حقوق أخرى بمقتضى أي نظام آخر أو اتفاقيات الامتياز أو أي عقد من عقود العمل أو أي اتفاقية أخرى أو قرارات التحكيم أو الأوامر الملكية أو ما جرى به العرف أو اعتاد صاحب العمل على منحه للعمال في منطقة أو مناطق معينة)) نظام العمل والعمال السعودي ، المادة (٦) ..

٣- نص نظام العمل والعمال السعودي على الآتي : ((يلزم صاحب العمل أن يدفع للعامل أجرته في الزمان والمكان الذين يحددهما العقد أو العرف مع مراعاة ما تقضي به الأنظمة الخاصة بذلك)) نظام العمل والعمال السعودي ، المادة (٧٤) ..

٤- نظام المحكمة التجارية عدد أنواع الشركات ثم أحال بعد ذلك إلى العرف التجاري وإحالته تلك تمثل قاعدة تدل على حجية العرف التجاري في النظام ، فنصت المادة على الآتي : ((ما عدا الشركات المذكورة آنفًا توجد شركات أخرى متعارفة بين التجار تجري فيها مقتضياتها)) نظام المحكمة التجارية ، المادة (١٦) ..

المبحث الثاني
مدى قوة العرف التجاري

وفيه مطلبان

المطلب الأول : مدى قوة العرف التجاري اللفظية .

المطلب الأول
مدى قوة العرف التجاري اللفظية

إن معرفة مدى قوة العرف التجاري اللفظية تبرز من خلال أن كل متكلم من التجار يحمل كلامه على لغته وعرفه فينصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف التجاري حين التكلم وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة.

وعند هذا المعنى ولقوة العرف اللفظية أثبت الفقهاء قاعدة هي : ((الحقيقة تترك بدلالة العادة)) ، وذكروا من فروعها المتعلقة بالأعراف التجارية قالوا : قد يكون معنى الكلام في أصل اللغة عقدًا ملزمًا فيصبح في العرف غير ملزم وقد يكون معناه بيعًا ومعاوضة فيصبح هبة .

ومن الفروع الدالة على قوة العرف التجاري اللفظية : أنه يصح للبائع أن يشترط في عقد البيع البراءة العامة من ضمان العيوب.

المطلب الثاني

مدى قوة العرف التجاري العملية

العرف التجاري العملي يعتبر مرجعًا ومنبعًا للأحكام ، ودليلاً شرعيًا عليها لا دليل سواه من النصوص الشرعية الأساسية إلا النصوص التي دلت على حجيته ، وهو بدوره يكون دليلاً على شرعية تلك المعاملات التجارية

ومما يبين مدى قوة العرف التجاري العملي رجوع كثير من الأحكام التجارية إليه،وهناك عدد من القواعد الفقهية ذكرها الفقهاء تبين هي الأخرى مدى قوة العرف منها : ((الثابت بالعرف كالثابت بالنص)) ، و((الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي)).

الفصل الثالث

حكم العرف التجاري عند التعارض، وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول

عند التعارض مع النصوص الشرعية

معارضة العرف التجاري : إما أن تكون من جميع الوجوه بحيث يلزم من العرف التجاري تعطيل النص ورفع حكمه ، فالعرف التجاري والحالة هذه لا يعتبر باتفاق أهل العلم.

أما إذا لم تكن المعارضة على الوجه السابق بأن يكون النص عامًا والعرف عارضه بعض أفراده ، أو كان مطلقًا والعرف قيده ببعض أفراده فهل يعتبر هذا التقييد وذلك التخصيص ؟

لقد تأملت أقوال الفقهاء في هذه المسألة ووجدتهم يذكرون عند الوصول إلى هذه الحالة عددًا من التقسيمات ، ولكل قسم حكم يخصه وذلك مع العرف العام .

أما العرف الخاص ومنه العرف التجاري فوجدتهم لا يخرجون عن قولين في اعتبار العرف الخاص عند معارضته للنصوص بهذه الحالة وإليك بيانها .

القول الأول : وهو قول جمهور الفقهاء ومنهم جمهور الأحناف أن العرف الخاص لا يعتبر هنا فلا يخصص الدليل ولا يقيده .

القول الثاني : وهو قول قلةٍ من الحنفية يمثلها بعض مشايخ بلخ وبخارى وخوارزم باعتبار العرف الخاص دليلاً ومخصصًا.

الترجيح بين القولين : بالنظر في القولين يترجح عندي القول الأول وقول جمهور العلماء ، ورجحه كثير من المحققين.

أسباب الترجيح :

١- أن العرف العام أقوى من الخاص ، فهو يقوي تخصيص العام وتقييد المطلق،أما الخاص فهو أضعف فلا يقوى تخصيص العام وتقييد المطلق .

٢- لأنه لو قيل باعتبار العرف الخاص عند المخالفة لأدى الأمر إلى تخصيص الأدلة الشرعية كلها بأعراف الناس الخاصة ولاختلفت الأحكام من بلدة لأخرى .

٣- لو خصص النص بالعرف الخاص في بلدة كان ترك ذلك العرف في بلدة أخرى يمنع التخصيص .

العرف الخاص المقصود بعدم الاعتبار هنا :

العرف الخاص الذي لم يعتبر هنا هو العرف الخاص عند المخالفة وهو العرف القاضي على الأدلة الشرعية بخلاف العرف الخاص عند عدم المخالفة مع النصوص الشرعية مثل ما يتعلق بنصوص الفقهاء ، ولذلك فالعرف الخاص معتبر وواقف ، والشرع يحيل إليه.

المبحث الثاني

عند التعارض مع العرف العام

العرف التجاري عرف خاص ، وعند تعارض العرف الخاص مع العرف العام يقدم العرف الخاص ؛ لأنه الأقرب إلى تحقيق المصلحة بدفع الحرج والمشقة عن الناس ، ولأنه هو الأقرب أو المطرد لديهم فتزل ألفاظهم وأعمالهم على مقتضاه .

ولكن هناك حالة لا يقدم فيها العرف الخاص ، بل إنه يبطل حينها ولا يعتبر ، وهذه الحالة تابعة للمبحث السابق ، وهي : إذا كان العرف العام قد دلت عليه الشريعة وأمرت به.

أما إذا كان العرف الخاص مما لا تنكره الشريعة ، بل تقر اختلاف أعراف الناس فيه فإن الخاص يقدم على العام جريًا وراء تحقيق المصلحة.

المبحث الثالث

عند التعارض مع الاجتهاد

إذا تعارض العرف مع فتاوى المجتهدين في الأحكام التي هي مبنية على العرف ، فإنه لا يتلفت إلى هذه الاجتهادات ، بل يحكم بمقتضى العرف الحاضر ومن ذلك العرف التجاري ، فإنه يقدم ويحكم به إذا تعارض مع شيء من هذه الاجتهادات ،وقد يتعارض العرف – ومنه التجاري – مع

فتاوى المجتهدين والتي ليست مبنية على العرف التجاري بين الناس ، بل إلى ما توصلوا إليه باجتهادهم ، وهنا يقدم العرف عليها ؛ لأنه الأصلح .

المبحث الرابع
عند التعارض مع النصوص التجارية

الأول: حكم العرف التجاري عند التعارض مع النصوص التجارية الآمرة:

عند مخالفة عرف تجاري لنص تجاري آمر فإن النص التجاري يقدم على العرف التجاري ؛ لأن النصوص الآمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

وقد خالف قلة وقالوا بجواز مخالفة العرف التجاري للنصوص التشريعية الآمرة ؛ وذلك بحجة حماية مصالح خاصة .

الثاني: حكم العرف التجاري عند التعارض مع النصوص التجارية المفسرة:المشهور والمعمول به أن العرف التجاري تجوز مخالفته للنصوص التجارية المفسرة وقد حكى بعض الشراح الاتفاق على ذلك.

المبحث الخامس

عند التعارض مع النصوص المدنية

أولاً : حكم العرف التجاري عند التعارض مع النصوص المدنية الآمرة :

إذا وقع التعارض بين نصوص مدنية من طبيعة آمرة وبين عرف تجاري فإن الشراح والحالة كهذه لهم رأيان في المسألة :

الرأي الأول :ويرى أصحابه تغليب النصوص المدنية الآمرة.

الرأي الثاني : ويرى أصحابه ضرورة تغليب العرف التجاري.

و يترجح لدي الرأي الثاني ، ومن أسباب ذلك :

١- اختيار جمهور شراح القانون لهذا الرأي .

٢- جريان العرف التجاري على مخالفة نصوص مدنية آمرة لأدى ذلك إلى حرج في الوسط التجاري فتكون المصلحة في اعتباره .

٣- أن النشاط التجاري يختلف في قواعده وطبيعته عن النشاط المدني.

ثانيًا : حكم العرف التجاري عند التعارض مع النصوص المدنية المفسرة

إذا كان هناك خلاف عند تعارض العرف التجاري مع النصوص المدنية الآمرة وقد ترجح فيه تغليب العرف التجاري على النصوص المدنية الآمرة فلاشك أن تغليب العرف التجاري على النصوص المدنية المفسرة سيكون من

باب أولى .

الفصل الرابع

أثر العرف التجاري في الفقه والنظام ، وفيه مبحثان

المبحث الأول

أثر العرف التجاري في الفقه الإسلامي ،

وفيه ستة مطالب

المطلب الأول

أثر العرف التجاري في البيوع

المسألة الأولى : (تنعقد العقود بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل عرفًا) :

اختلف الفقهاء في هذا الأثر على النحو التالي :

١- مذهب الحنفية : الغالب على أصول أبي حنيفة أنها تصح بالأفعال فيما كثر عقده أما الأموال الجليلة فلا تصح فيها .

وفي قول في مذهب الحنفية أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل .

٢- مذهب المالكية : أن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل .

٣- مذهب الشافعية : أن العقود لا تنعقد إلا بالصيغة من إيجاب أو قبول . وفي وجه عندهم أنها تصح بالأفعال فيما كثر عقده أما الأموال الجليلة فلا يصح فيها ذلك .

٤- مذهب الحنابلة : ظاهر مذهب الحنابلة أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل ، وفي قول تصح بالأفعال فيما كثر عقده بها.

وفي قول لا تصح إلا بالصيغة من إيجاب أو قبول .

والراجح والله أعلم أن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل ، ويتحدد ذلك بالعرف ، ويكفينا أن نستدل على ترجيح هذا القول بقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ النساء من الآيه ٢٩، فأطلق التراضي ولم يحدد فعلاً معينًا يدل عليه ، فكان راجحًا إلى أعراف الناس وعاداتهم .

المسألة الثانية : (دخول الأبنية والأشجار في بيع الدار للعرف) :

إذا باع داره على آخر فإنه يدخل في مسمى الدار ما فيها من أبنية وأشجار وإن لم يصرح بذلك للعرف الجاري بين الناس في أن مثل هذه الأشياء تدخل

في عقد البيع تبعًا للدار .

المسألة الثالثة : (القبض) : والقبض من أعظم المسائل في البيوع التي تستند وتحتاج إلى العرف ؛ لأن المبيعات متنوعة فيكون قبض على كل شيء بحسبه في العرف القائم ، فالعقار قبضه يكون بتمكين القابض منه مع إزالة يد الأول ، وقبض السيارات بنقلها وتحريكها ، وهكذا فكل ما عده الناس قبضًا فهو قبض وما لا فلا ، وكذلك البيوع التجارية يكون قبضها بحسب ما هو متعارف عليه بين التجار .

المسألة الرابعة : (تحديد العيب الذي يرد به المبيع) : المطلوب في البيع والغالب فيه أن يكون المبيع سالمًا من العيوب غير أن السلامة من العيوب أمر نسبي ، فقد تختلف النظرة إلى الشيء الواحد عندما يراه اثنان فيقول أحدهم إنه لا عيب فيه بالنظر إلى ضآلة ما به من العيب ، بينما يجزم الآخر بوجود العيب نظرًا إلى عدم سلامته بالكلية ، ولعل هذا هو الذي حمل الفقهاء على تحكيم الرأي العام أو العرف في كل جهة .

المطلب الثاني

أثر العرف التجاري في باب الخيار

وفيه مسألتان :

الأولى : (التفرق في خيار المجلس) : التفرق في خيار المجلس لم يأت تقديره من الشارع وإنما أتى مطلقًا في حديث : ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)) سبق تخريجه ، ولذلك أرجعه الفقهاء إلى العرف كغيره من الأشياء المطلقة.

الثانية : (ما يثبت فيه خيار الغبن) : وقد وقع خلاف بين الفقهاء في القدر الذي يثبت به الغبن ، فمذهب الحنفية أن ضابط الغبن الفاحش الذي يثبت به الخيار هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، فهو يتجاوز حدود التفاوت اليسير المعتاد.

ونقل عند بعض فقهاء الحنفية ضابطًا أكثر تفصيلاً بحسب أنواع المبيع : أن ما يتغابن الناس فيه في العروض المنقولة نصف العشر ، وفي الحيوان العشر ، وفي العقار الخمس ، وما خرج عن ذلك فهو مما لا يتغابن الناس فيه .

ومذهب المالكية لهم في ضابط ذلك ثلاثة أقوال :

١- الثلث .

٢- ما زاد على الثلث .

٣- ما لا يتغابن الناس بمثله ولو دون الثلث ومرجعه إلى العوائد والأعراف ،والثالث هو الصحيح المعتمد في المذهب .

ومذهب الشافعية عدم ثبوت الخيار بالغبن ولو كان فاحشًا .

ومذهب الحنابلة أن ضابط الغبن وحده يرجع إلى العرف والعادة.

فيكون تحديد الغبن بالعرف هو الصحيح المعتمد عند المالكية والحنابلة والظاهر من مذهب الحنفية .

المطلب الثالث

أثر العرف التجاري في الوكالة

المسألة الأولى : (التوكيل في البيع يتقيد بثمن المثل) :

((التوكيل في البيع المطلق فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع تنزيلاً للغلبة منزلة صريحة اللفظ.

المسألة الثانية : (الوكيل في البيع لا يبيع من نفسه) :

إذا وكل إنسان آخر في البيع فإنه لا يبيع من نفسه ؛ لأن العرف يقضي في مثل هذه الحالة أن يبيع من غيره ، ولا يبيع من نفسه ولأنه متهم في عدم استقصاء الثمن.

المسألة الثالثة : (الوكيل يتصرف حسب إذن موكله نطقًا أو عرفًا) :

فالوكيل يتصرف حسب ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف ؛ وذلك لأن التصرف يكون بالإذن ، وهذا الإذن يعرف تارة بالنطق وتارة بالعرف.

المسألة الرابعة : (يجب على الوكيل أن يشهد على قضاء دينه) :

وهذه المسألة شهد لها العرف بحيث إذا وكل رجلٌ رجلاً آخر في أن يؤدي عنه دينه لفلان فإنه يجب على الوكيل أن يشهد على قضاء الدين للعرف الجاري لذلك ، فإن لم يشهد عليه وأنكره صاحب الدين ضمن ، لأنه مفرط في حكم العرف والعادة.

المسألة الخامسة: (المحصل لأموال الأمير يستحق العشر بشرط لفظي أو عرفي):

ينظر إلى العرف الجاري في تحصيل أموال الأمير ثم يحكم به ما لم يجر اتفاق بأن للوكيل في التحصيل عوض على ذلك العمل .

المسألة السادسة : (الوكيل له أن ينيب غيره فيما لا يعمل مثله) :

إذا وكل إنسان آخر في أعمال ليقوم بها عنه ، فإنه ينظر في هذه الأعمال ،

فإن كان مثل الوكيل يقوم بها عرفًا فعليه أن يتولاها بنفسه ولا يجوز له تولية غيره – على رأي الجمهور – ، وإن كان لا يقوم بها مثله عرفًا لخسة العمل ودنائته ، أو لكثرته وانتشاره جاز له أن ينيب غيره ؛ لأن توكيله فيما لا يعمله مثله في العادة إذن له باستنابة غيره .

المطلب الرابع

أثر العرف التجاري في الضمان وفيه مسألتان :

الأولى : (المتقوم يضمن بنقد البلد) : وذلك أن المتلف لمال غيره المتقوم يلزمه ضمان ذلك بالنقد المتعارف عليه في البلد .

الثانية : (لا يضمن الأجير إذا لم يفرط عرفًا) : الأصل أن الأجير لا يضمن إلا إذا ثبت تفريطه وذكر الفقهاء أن معرفة ثبوت التفريط من عدمه يكون بحسب المتعارف عليه .

المطلب الخامس

أثر العرف التجاري في الودائع

المسألة الأولى : (حفظ الودائع في حرز مثلها) : العرف له أثر في باب الودائع ،وعلى ذلك فلو خرج هناك عمل تجاري في حفظ الودائع كأن تتولى مكاتب العقار ذلك بصفة تجارية فإن العرف التجاري يكون

محكمًا في الحرز الذي تحفظ فيه ،ويتفرع من هذا الأثر أثر في الضمان ، فلو لم يحرز الودائع في حرز مثلها عرفًا لعدَّ مفرطٌ عرفًا ولوجب عليه الضمان.

المسألة الثانية : (رد الودائع) :ويصح رد الوديعة إلى ربها وإلى وكيله في قبض أمواله وإلى من يحفظ أمواله عادة ،لكن يتجه تقييده بما إذا لم يكن للمودع مصلحة أو حاجة في إخفائها عنهم ، وقبضها بنفسه ويتبع العرف وقرائن الأحوال في ذلك ، هكذا قرر أهل العلم فبرز بذلك أثر العرف في رد الودائع إلى أصحابها .

المطلب السادس

أثر العرف التجاري في الشركات

المسألة الأولى : (صيغة عقد الشركة) : كل ما هو دال على الرضا بالمشاركة والإذن في التصرف مما تعارفه التجار بينهم تنعقد به الشركة.

المسألة الثانية : (تصرف الشريكين) : عرف التجار وعادتهم مؤثرًا في صحة تولي وتعرف كل واحد من الشريكين فيما يحقق المصلحة .

المسألة الثالثة : (رأس المال في شركة المضاربة والعنان) :

وهذه مسألة اختلف فيها الفقهاء ، فبعضهم قال : لا تصح إلا بنقد . وبعضهم يقول : تصح بالعروض أيضًا.

فمذهب الحنفية ، لا تصح بالعروض .

ومذهب المالكية ، جواز ذلك .

ومذهب الشافعية ، لا تصح بالعروض .

ومذهب الحنابلة ، في رواية لا تصح ، وفي رواية تصح .

ويقصد بذلك الدراهم والدنانير ، فاستدل على جواز كونها رأس مال للشركة باستعمال الناس لها ، مما يدل على أن تعامل الناس وتعارفهم على شيء ومنهم التجار يحدث أثرًا في الجواز .

المسألة الرابعة : (أعمال كل شريك) : والغالب أن عرف التجار هو الذي يدل على ذلك ؛ لأن مدار تصرفات الشركاء إنما يكون عليه ، فكل ما هو من مصلحة الشركة ويغلب على الظن حصول الربح به ويكون مما يتعارفه التجار يجوز لكل شريك فعله والتصرف فيه .

المسألة الخامسة : (بيع أحدهما بنسيئة) :فمن جوز ذلك استند إلى عرف التجار وعادتهم .

المسألة السادسة : (صور لانفساخ شركة المضاربة) :

هناك صور جرى في العرف التجاري أنها تدل عند وجودها على انفساخ شركة المضاربة ، ومنها :

١- المحاسبة .
٢- قبض رب المال رأس ماله .
٣- تنضيض المال.

فتأمل دلالة هذه الأمور على الفسخ لكونها كذلك في العرف التجاري.

المسألة السابعة : (موجب ضمان الشريك) : المرجع فيما يعد تفريطًا وتعديًا وما ليس كذلك إلى العرف والعوائد ومعارف أهل الخبرة وهم هنا التجار وأصحاب الشركات .

المبحث الثاني

أثر العرف التجاري في نطاق المعاملات التجارية السعودية

وفيه ثمانية مطالب :

المطلب الأول: أثر العرف التجاري في العقود التجارية، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول : أثر العرف التجاري في عقد البيع التجاري .

ويظهر أثر العرف التجاري في عقد البيع التجاري في عدد من المسائل ، ومنها :

المسألة الأولى : (افتراض التضامن) :التضامن لا يفترض بين المدينين بدين مدني ، أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف التجاري بخلاف ذلك.

المسألة الثانية : (قواعد العرف التجاري تسري على البيع التجاري) :

المسألة الثالثة : (مضمون الالتزام بالتسليم) :البائع في البيع التجاري يلتزم بتسليم المبيع بالمقدار المتفق عليه على أن العرف التجاري قد جرى على التسامح في نسبة ضئيلة ، وإذا تضمن اتفاق الطرفين بيع كمية معينة ، فيرجع إلى العرف التجاري لتحديد دلالة هذا التعبير .

المسألة الرابعة : (زمان التسليم) :إذا أغفل الطرفان تحديد ميعاد التسليم

وجب أن يتم التسليم في الأصل عند إتمام البيع ، ولكن مع مراعاة المهل التي يحددها العرف .

الفرع الثاني

أثر العرف التجاري في عقد السمسرة

نص نظام المحكمة التجارية على الآتي : ((يتبع فيما للدلال من الحقوق وفيما عليه من الواجبات وفيما يستحقه من الأجرة العرف المطرد والعادة)) المادة (٣١) من نظام المحكمة التجارية . .

العرف التجاري هو العمدة في ذلك حيث أن أعمال السمسرة من الأعمال التجارية .

ويبرز أثر العرف التجاري في عقد السمسرة من خلال المسألتين الآتيتين :

المسألة الأولى : (التزامات السمسار) : فدوره الذي يستحق عليه الأجر إنما يحدده عرف التجار في كل زمن ، وهذا من جملة ما تشير إليه المادة (٣١) من نظام المحكمة التجارية .

المسألة الثانية : (أجرة السمسار عند عدم التحديد) :أجرة السمسار إذا لم تحدد مسبقًا فمبناها على ما تعارف عليه التجار ، فإن لم يكن هناك

عرف بذلك فمردها إلى تقدير القاضي .

الفرع الثالث

أثر العرف التجاري في عقد الوكالة التجارية

جاء في اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية ما نصه : ((يقصد بالوكالات التجارية المتعلقة بتطبيق نظام الوكالات التجارية وتعديلاته كل من يتعاقد مع المنتج أو من يقوم مقامه في بلده للقيام بالأعمال التجارية سواء كان وكيلاً أو موزعًا بأية صورة من صور الوكالة أو التوزيع وذلك مقابل ربح أو عمولة أو تسهيلات أيًا كانت طبيعتها ويشمل ذلك وكالات النقل البحري أو الجوي أو البري وأية وكالات يصدر بها قرار من وزير التجارة)) المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية . اهـ .

المسألة الأولى : (نشأة الوكالة بالعمولة) : أول ما نشأت الوكالة بالعمولة نشأت في شكل أعراف وعادات بين التجار الذين تفصل بينهم مسافات بعيدة ، ولذلك فليس غريبًا أن يخصص لها نظام المحكمة التجارية في المملكة الفصل الثالث بأكمله .

المسألة الثانية: (مدى التزام الوكيل بالعمولة بالتأمين على البضاعة):

الأصل أن الوكيل بالعمولة لا يلتزم بالتأمين على البضاعة التي يحوزها ، ولكن يلتزم بذلك في حالتين :الأولى : إذا طلب منه الموكل ذلك .

الثانية : إذا كان إجراء التأمين مما يقضي به العرف .

المسألة الثالثة : (شرط الضمان) : إن الموكل يحرص دائمًا على قيام المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته ويخشى دائمًا من إعساره أو إفلاسه أو امتناعه عن التنفيذ ، لذلك فهو يشترط على الوكيل ضمانه في ذلك ، وهذا شرط قد يستفاد من العرف التجاري السائد بين التجار وعاداتهم.

المسألة الرابعة : (التزام الموكل بدفع العمولة) : العمولة هي أجر الوكيل ، والغالب أن يتفق عليها بين الموكل والوكيل ، ولكن إذا لم تحدد بمقتضى اتفاق بينهما تم تحديدها على أساس العرف أو بواسطة القضاء.

المسألة الخامسة: (التزام الأصيل والوكيل والطرف الثالث بالعرف التجاري):وهذا في مجال البيع الدولي للبضائع ، فقد عقد المؤتمر الدولي لاعتماد مشروع القانون الموحد للوكالة في البيع الدولي للبضائع في مدينة جنيف خلال الفترة من ٣١ يناير حتى ١٧ فبراير ١٩٨٣م وشاركت فيه المملكة .

و جاء في المادة السابعة من هذه المعاهدة ما نصه : ((أن يلتزم الأصيل والوكيل من ناحية والطرف الثالث (المشتري) من ناحية أخرى بالعادات التجارية التي اتفقوا عليها ، وبالقواعد العرفية التي شيدوها في معاملاتهم))

المادة ٧ من القانون الموحد للوكالة في البيع الدولي للبضائع المنبثق عن قواعد المعاهدة الدولة . اهـ .

الفرع الرابع

أثر العرف التجاري في عقد النقل وفيه مسائل :

المسألة الأولى : (أجرة النقل) : غالب الأعمال التجارية يتم تحديد الأجر فيها باتفاق بين الطرفين عند العقد ،ولكن إذا لم يكن هناك اتفاق ففي مسألتنا هذه يتم تحديد أجرة النقل عن طريق العرف ، فإن لم يكن ثمة عرف فمرده إلى القضاء .

المسألة الثانية : (الالتزام بتسليم الأشياء المنقولة) : أن العرف التجاري إذا قضى بتغليف البضائع أو حزمها تعين ذلك ، وهذا من أثره في عقد النقل .

المسألة الثالثة : (مركز المرسل إليه) : أن مركز المرسل إليه من الأمور التي أكسبته الأثر القانوني استقراره في العرف التجاري منذ القدم .

المطلب الثاني

أثر العرف التجاري في عمليات البنوك وفيه مسائل :

المسألة الأولى : (العرف التجاري يحكم عمليات البنوك) :

أي عملية من عمليات البنوك لا يوجد لها نص نظامي فإن مردها إلى العرف التجاري لدى البنوك .

المسألة الثانية : (نشأة الحساب الجاري) : العرف التجاري كان له أثر في نشأة الحساب الجاري ، بل له أثر مستمر معه.

ومن المتقرر في أحكام الشريعة اعتبار العرف التجاري يحتج به ، كما نجد أن محاكم المملكة تحكم العرف التجاري في القضايا المعروضة عليه .

المسألة الثالثة : (أجرة فتح الاعتمادات) :العرف التجاري له أثر في تحديد الأجر الذي يتقاضاه المصرف .

المسألة الرابعة : (الأجر على إصدار خطابات الضمان) :المتقرر في العرف المصرفي أن المصرف يقوم بأعمال من أجل إصدار خطابات الضمان ، ولذلك فهو يستحق الأجر على ذلك بحسب ما يقدره البنك مستندًا إلى العرف التجاري في ذلك الزمان وذلك الوقت .

المسألة الخامسة : (تميز عقد الوديعة المصرفية عن غيره من العقود)

يذهب الرأي الراجح إلى القول بأن عقد الوديعة المصرفية عقد ذو طبيعة

خاصة نشأ في البيئة التجارية تبعًا للظروف الاقتصادية المصرفية ، وتبلورت حوله قواعد العرف التجاري فأضفت عليه إطارًا قانونيًا ذاتيًا يميزه عن غيره من العقود ...)).

المطلب الثالث : أثر العرف التجاري في نظام الأوراق التجارية

المسألة الأولى : (الأوراق التجارية واجبة الدفع في أجل قصير) :

العرف التجاري مستقر على أن الأوراق واجبة الدفع في أجل قصير ، وأن هذا الأجل يحدد بستة أشهر أو سنة أو سنتين .

المسألة الثانية : (الأوراق التجارية يجب أن يجري العرف التجاري على قبولها كأداة وفاء) :

العرف التجاري بقبوله للورقة التجارية كأداة للوفاء يكسبها تلك القوة القانونية .

المسألة الثانية : (صفة وعنوان من يلزمه الوفاء في الكمبيالة) :

جرى العرف التجاري على بيان عنوانه ومهنته تحديدًا لشخصيته.

المسألة الثالثة : (مبلغ الكمبيالة) : والكلام هنا ينطبق على مبلغ الكمبيالة أو غيرها من الأوراق التجارية ، وهو أن العرف التجاري جارٍ على كتابة المبلغ بالحروف والأرقام .

والعبرة تكون بالمكتوب بالحروف وإذا كتب عدة مرات فالعبرة عند الاختلاف بالمبلغ الأقل وهو منطوق المادة (٥) من نظام الأوراق التجارية ، وهذا يسري على السند لأمر وعلى الشيك .

المسألة الرابعة : (حق المسحوب عليه في رفض الكمبيالة) :

العرف التجاري متى وجد فإنه يحدث أثرًا واضحًا وهو إلزام المسحوب عليهم بقبول الكمبيالة .

المسألة الخامسة : (تظهير الورقة التجارية) : والمراد به نقل الحق الثابت في الورقة إلى المظهر إليه ، ونظيره في الفقه تكرار الحوالة ، وقد تعارف كثير من التجار على تسميته (بالتجيير) وهو في النظام يسمى بـ(التظهير) ، وهذا يسري على الكمبيالة والسند لأمر والشيك .

المطلب الرابع

أثر العرف التجاري في أعمال التجارة البحرية وفيه مسائل :

المسألة الأولى : (العرف ثاني مصادر تكوين القانون البحري) :

المعروف أن جميع الأنظمة القانونية الرئيسية والتي أسس عليها القانون البحري ظهرت إلى الوجود أصالة في صورة قواعد عرفية .

المسألة الثانية : (ميعاد الشحن والتفريغ في النقل البحري) : العبرة في تحديد ميعاد الشحن والتفريغ هي بالاتفاق ، ولكن إذا لم يكن هناك اتفاق ، فالعبرة بالعرف التجاري البحري السائد ، وهذا أمر متقرر في سائر العقود التجارية أنه إذا عدم الاتفاق فإنه يصار إلى العرف السائد .

المسألة الثالثة : (تحديد الأجرة) : يتم تحديد الأجرة باتفاق في عقد النقل البحري فإن لم يكن اتفاق فالعبرة في تحديدها بالعرف السائد ويلحق بالأجرة سائر المصروفات كمصروفات الشحن أو التفريغ أو غيرها .

المسألة الرابعة: (مسؤولية الناقل البحري عن هلاك البضاعة المشحونة) :جرى العرف البحري على التسامح في نسبة من العجز أو النقص الطفيف الذي يمكن أن يصيب البضاعة بسبب طبيعتها أو بسبب أعمال الشحن والتفريغ ، وتختلف نسبة العجز المتسامح فيه ، ومرد ذلك إلى العرف السائد ، فيتحدد ذلك بحسب نوع البضاعة وظروف الرحلة .

المطلب الخامس

أثر العرف التجاري في الأعمال التجارية بطريق المقاولة

يبرز أثر العرف التجاري هنا من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى : (تحديد الأجر) : الأصل أن الأجر يكون متفقًا عليه حين العقد وإذا لم يكن هناك اتفاق مسبق فالعبرة حينئذ بالعرف السائد بين التجار .

المسألة الثانية : (طبيعة العمل) : لأصل أن تكون طبيعة العمل محددة في كل عمل من أعمال المقاولة ، ولكن إذا لم يكن هناك اتفاق حين العقد فالعبرة حينئذٍ بما هو متعارف عليه بين التجار من حيث زمن العمل والطبيعة التي يستحق عليها الأجرة وميعاد التسليم ونحو ذلك ، فمرد الجميع عند عدم الاتفاق إلى عرف التجار .

المسألة الثالثة : (تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي) :تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي يعد وصفًا غريبًا من أوضاع الوكالة أوجده العرف التجاري بسبب حاجة التجار إليه في الحياة التجارية.

المسألة الرابعة : (كيفية انعقاد البيع بالمزاد) :تعارف التجار أن كل عرض لا يزاد عليه خلال ثلاث دقائق يعتبر من القبول الذي ينعقد به البيع لتطابقه

مع الإيجاب القائم.

المسألة الخامسة : (مدة تنفيذ العمل في مقاولة إنشاء المباني) :

لأصل أن المدة تكون محددة في العقد ، ولكن إذا أغفلت مدة إنشاء المبنى فإنه ينظر إلى عرف التجار في ذلك وما هي المدة المتعارف عليها بينهم في إنشاء ذلك النوع من المبنى وإن لم يكن هناك عرف فإن الأمر متروك لتقدير القاضي فيما يراه مناسبًا لحال الطرفين .

المطلب السادس

أثر العرف التجاري في نظرية التاجر

التاجر : ((هو كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها مهنة له)) المادة (١) من نظام المحكمة التجارية . اهـ .

ويتضح من هذا النص أن هناك شرطين أساسيين لاكتساب صفة التاجر : الأول : هو مباشرة الأعمال التجارية . والثاني : هو احتراف ممارسة هذه الأعمال .

العرف التجاري يبرز أثره على التاجر أثناء ممارسته لهذه الأعمال ، ولذلك سأذكر على ذلك بعض الأمثلة ، ومنها :

١- إذا كان التاجر سمسارًا فإن أجرته يحددها العرف التجاري إذا لم

تحدد باتفاق في العقد المادة (٣١) من نظام المحكمة التجارية ..

٢- وإذا كان سمسارًا فإن دوره ومهنته التي يستحق عليها إنما يحددها عرف التجار في كل زمن المادة (٣١) من نظام المحكمة التجارية ..

٣- إذا كان التاجر وكيلاً بالعمولة فإن أجرته يحددها العرف التجاري إذا لم تحدد باتفاق في العقد .

٤- إذا كان التاجر وكيلاً بالعمولة جاز له التعاقد مع نفسه لحساب موكلين اثنين .

٥- إذا كان التاجر ناقلاً فقد يقضي العرف التجاري عليه بتغليف البضائع وحزمها فيجب عليه الالتزام بذلك .

٦- إذا كان التاجر مسحوبًا عليه وجرى عرف تجاري على التزام التجار بقبول الكمبيالات المسحوب عليهم ما دام لديهم مقابل وفاء ، ففي هذه الحالة يلتزم التاجر قبولها ما دام قد تلقى مقابل وفائها.

المطلب السابع
أثر العرف التجاري في نظام العمل والعمال

هناك مسائل أحال فيها نظام العمل والعمال إلى العرف ومنها :

المسألة الأولى : (تحديد حقوق للعامل) :

فقد نص نظام العمل والعمال على الآتي : ((لا يجوز المساس بأحكام هذا النظام ولا بما اكتسبه العامل من حقوق أخرى بمقتضى أي نظام آخر أو اتفاقيات الامتياز أو أي عقد من عقود العمل أو أي اتفاقية أخرى أو قرارات التحكيم أو الأوامر الملكية أو ما جرى به العرف أو اعتاد صاحب العمل على منحه للعمال في منطقة أو مناطق معينة))[1] المادة (٦) من نظام العمل والعمال السعودي . اهـ .

المسألة الثانية : (تقدير الضرر عند فسخ عقد العمل) :

لقد نص نظام العمل والعمال على الآتي : ((إذا فسخ العقد لغير سبب مشروع كان للطرف الذي أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق في تعويض تقدره اللجنة المختصة على أن يراعى فيه ما لحقه من أضرار مادية وأدبية حالة واحتمالية ويدخل في هذا التقدير بالنسبة للعامل نوع العمل ومدة الخدمة وسن العامل ومقدار ما كان يتقاضاه من أجر والأعباء العائلية الملقاة على عاتقه ومدى نقص دخله من عمله الجديد عن دخله من عمله

القديم ومدى التعسف في قرار الفصل ومدى تأثير هذا القرار في سمعة العامل وغير ذلك من الظروف والملابسات وفقًا للعدالة والعرف الجاري)) المادة (٧٤) من نظام العمل والعمال السعودي . اهـ .

المسألة الثالثة : (تحديد المكان والزمان اللذين تدفع بهما أجرة العامل)

نص نظام العمل والعمال على الآتي : ((يلزم صاحب العمل أن يدفع للعامل أجرته في الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف مع مراعاة ما تقضي به الأنظمة الخاصة بذلك)) المادة (٩٢) من نظام العمل والعمال السعودي .اهـ .

وهناك مسائل جرى العمل عليها اتباعًا للعرف ، ومنها :

١- التزام صاحب العمل بمنح الإجازات للعامل ، فهذه وإن لم ينص عليها في العقد فهي ما يجري به العرف.

٢- التزام صاحب العمل بتوفير وسائل النقل ، وهذا مما يجيزه الفقه والنظام ، ولكن بحسب العرف والشرط.

٣- التزام صاحب العمل بتوفير الخدمات الاجتماعية ، وهذا إن كان فيه شرط فيعمل به ، وإن لم يكن هناك شرط فيعمل بالعرف الجاري.

المطلب الثامن

أثر العرف التجاري في نظام الشركات التجارية وفيه مسائل :

المسألة الأولى : (اعتبار الشركات التي ينشئها العرف التجاري) :

لقد عدد نظام المحكمة التجارية أنواع الشركات ، ثم أحال بعد ذلك إلى العرف التجاري ، فنصت على الآتي : ((ما عدا الشركات المذكورة آنفًا توجد شركات أخرى متعارفة بين التجار تجري فيها مقتضياتها)) المادة (١٦) من نظام المحكمة التجارية . اهـ .

المسألة الثانية: (قواعد العرف التجاري تعتبر ما لم تخالف أحكام النظام)

نص نظام الشركات على الآتي : ((تسري أحكام هذا النظام وما لا يتعارض معها من شروط الشركاء وقواعد العرف على الشركات الآتية ...)) المادة (٢) من نظام الشركات السعودي .اهـ.

المسألة الثالثة : (أهلية الشركة في التبرع وفق ما يحدده العرف) :

أهلية الشركة تمتد إلى هذا الجانب وذلك في حدود ونطاق ما يحدده عرف التجار من البذل .

وهناك أعراف تجارية يبرز أثرها في نظام الشركات وغيره من الأنظمة

التجارية مثل :

– الاختلاف في تحديد الأجر إن لم يكن اتفاق فمرده إلى العرف التجاري .

– تقوم الشركة بتوفير وسائل السلامة والرعاية الصحية داخل الشركة طبقًا لما يقرره العرف التجاري.

الفصل الخامس

قواعد عرفية تجارية في الفقه والنظام، وفيه مبحثان:

المبحث الأول : قواعد وضوابط فقهية في العرف التجاري، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول

((المعروف عند التجار كالمشروط بينهم))

ذكرت هذه القاعدة اهتمامًا بشأن المعاملات التجارية ، فما يقع بين التجار من المعاملات التجارية أو بين غيرهم من العقود والمعاملات التي هي من نوع التجارة ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة ما لم يوجد شرط مخالف .ومن أمثلة هذه القاعدة :

١- عقد البيع - وإن كان مقتضاه نقد الثمن حالاً - إلا أنهم تعارفوا على أن ذلك الشيء لا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً وينصرف إلى عرفهم وعادتهم .

٢- ومن العرف أن المستفيد من سند الأمر إذا وقّع في ظهره توقيعًا

مجردًا على بياض وسلمه لشخص كان ذلك التوقيع حوالة منه إلى المستلم أو إلى من يختاره المستلم

المطلب الثاني

((الشركة تنعقد على عادة التجار))

خلاصة القاعدة : أنها تفيد أن انعقاد الشركات مرده عرف التجار ، فما أفاد الانعقاد عندهم صار انعقادًا وما لم يفده لم يعتبر منعقدًا .

المطلب الثالث

((الأصل في الشركة عموم التجارات))

هذه القاعدة تقرر أن لكل واحد من الشركاء أن يعمل كل ما هو من أعمال التجار وعوائدهم .وتتضح القاعدة من خلال الفروع الآتية :

١- لكل واحد من الشركاء أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة في ذلك ؛ لأن هذه عوائد التجار .

٢- لكل واحد من الشركاء أن يؤجر ويستأجر من مال الشركة ؛ لأن ذلك من أعمال التجار .

٣- لكل واحد من الشركاء أن يوكل فيما لا يتولى من العمل مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرته .

٤- لكل واحد من الشركاء أن يقر بالثمن أو بعضه ، وأن يقر بأجرة المنادي والحمَّال ونحو ذلك مما هو من توابع التجارة.

المطلب الرابع((المنافع تصلح لأن تجعل رأس مال الشركة))

القاعدة العرفية تنص على أن المنافع تصلح لأن تجعل رأس مال الشركة وهو اعتبار عرفي ومن المنافع التي تجعل رأس مال للشركة الجاه ، فقد يشترك اثنان أو أكثر ليس لهم مال ، ولكن لهم وجاهة عند الناس فيقولان اشتركنا على أن نشتري بالدين ونبيع بالنقد ، وما رزق الله من ربح فهو بيننا .

وهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه ، أو لم يعين شيئًا من ذلك ،ويشهد لذلك اليوم واقع التجار وعرفهم في اعتبار الاسم التجاري والعلامة التجارية ، فهم يحرصون عليها أشد من حرصهم على النقود في رأس المال .

المطلب الخامس ((العمل المعتبر هو ما كان له قيمة))

هذه القاعدة العرفية أن العمل لابد أن يكون له قيمة حتى يكون معتبرًا وغالبًا أن قيمة العمل تتحدد بالعرف.

المطلب السادس ((الربح يتبين عند اتحاد الجنس))

من هذه القاعدة أن العرف جارٍ على اعتبار اتحاد الجنس حتى يتبين الربح ، فإذا كانت الأجناس مختلفة تعذر معرفة حقيقة الربح .

المبحث الثاني

قواعد عرفية تجارية في النظام التجاري وفيه عشرة مطالب :

المطلب الأول : ((الاكتفاء في البيع التجاري بإنقاص الثمن دون الفسخ إذا كانت البضاعة المقدمة أقل جودة من المتفق عليها)) .

استقر العرف على أنه إذا تلقى المشتري بضاعة مختلفة من حيث الصنف أو الكمية عن البضاعة المتفق عليها ، فلا يكون له المطالبة بفسخ العقد وإنما يقتصر حقه في هذه الحالة على إنقاص الثمن .

ويشترط القضاء لاستبعاد الفسخ والاكتفاء بإنقاص الثمن شرطين :

١- أن يكون التفاوت من حيث الكمية أو الصنف قليل الأهمية

٢- ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على استبعاد هذا الجزاء صراحة أو ضمنًا.

وبالنظر الشرعي لهذا العرف التجاري تبين لي أنه غير مسلم ولا يصح إلزام المشتري بقبول البضاعة المعيبة مع حصوله على نسبة يسيرة ، بل الصحيح أنه يخير بين الرد وبين الإمساك وأخذ الأرش.

المطلب الثاني :افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري حال تعددهم

بناءً على هذه القاعدة العرفية فقد جعل النظام السعودي الموقعين على الورقة التجارية مسؤولين عن الوفاء على وجه التضامن قبل الحامل المادة (٥٨) من

نظام الأوراق التجاري السعودي . ..

و هذه القاعدة أوجدها العرف التجاري في السعودية ومصر وغيرها وأنها تهدف إلى دعم الائتمان التجاري ، ثم إن هذه القاعدة العرفية قننتها أكثر القوانين ؛ لما يظهر فيها من تأكيد الضمان لحامل الورقة التجارية وهذا بدوره يسهل تداولها .

المطلب الثالث : المشتري في بيع الحاضرة يمهل ثلاثة أيام

خلاصة القاعدة : أن العرف التجاري يقرر إمهال المشتري في هذا البيع ثلاثة أيام حتى يقرر قبوله أو رفضه خلالها بعد أن يتمكن من فحص البضاعة ، وفي ذلك حماية لمصلحة الطرفين .

المطلب الرابع : تحديد الزمان والمكان الذي يتم فيه المذاق مرده عرف التجار

قد يكون هناك اتفاق على استبعاد هذا الشرط فيستبعد ،أما إذا لم يكن هناك اتفاق على استبعاده فإنه يتم ، وذلك في الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان ، فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح أو ضمني فعندها يأتي دور هذه القاعدة فيكون تحديد المكان والزمان بحسب عرف التجار في ذلك .

المطلب الخامس : إذا تعجل المشتري بالوفاء حسم من الثمن

استقر العرف التجاري على حسم نسبة صغيرة من الثمن في حالة تعجيل المشتري للوفاء والعرف هو الذي يحدد النسبة المئوية لهذا الخصم.

وما قرره العرف التجاري في هذه القاعدة له أصل في الفقه الإسلامي وهو ما يعرف بمسألة (ضع وتعجل) أو الصلح عن الدين المؤجل ببعضه حالاً .

والحكم فيها لا يخلو :

١- إن كان الإسقاط بغير شرط وكان ذلك على سبيل الإحسان والبر فإن ذلك جائز ، ولم أجد من خالف فيه.

٢- وإن كان الإسقاط والإبراء بشرط ، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة .

فمذهب الحنفية : عدم جواز ذلك إلا في دين الكتابة .

مذهب المالكية والشافعية : أن ذلك لا يجوز

مذهب الحنابلة : والصحيح في المذهب أن ذلك لا يجوز إلا في دين الكتابة.

الترجيح في المسألة : بالنظر في المسألة وأدلة الأقوال ترجح لدي القول بجواز ذلك ، وهو قول ابن عباس ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية ، واختاره ابن القيم ، ورجحه الشوكاني – رحمهم الله تعالى ، ويستدل لهذا القول بأن مبدأ الإسقاط والإبراء قد دلت عليه عدة أحاديث ومنها :

١– ما روي عن عبدالله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينًا كان عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ فخرج إليهما ثم نادى : ((يا كعب)) . قال : لبيك يا رسول الله . فأشار إليه أن ضع الشطر من دينك ، قال : قد فعلت يا رسول الله . قال رسول الله ﷺ : ((قم فأعطه)) رواه البخاري رقم الحديث (٢٧٠٦) ، ومسلم ، رقم الحديث (١٥٥٨) ،..

٢– ما روي عن عائشة أنها قالت : سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب ، عالية أصواتهم وإذا أحدهم يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال : ((أين المتألي على الله لا يفعل المعروف)) ؟ فقال : أنا يا رسول الله ، فله أي ذلك أحب أخرجه البخاري ، رقم الحديث (٢٧٠٥) ،, ومسلم ، رقم الحديث (١٥٥٧) ،. .

ومن الأدلة المرجحة لهذا القول وهو مستنبط من قواعد الشريعة ومقاصدها : أن الشريعة تتوق إلى إفراغ الذمم بطريق مشروع وهذا الطريق مشروع ، فدل ذلك على جوازه أي أنه يتفق مع مقاصد الشريعة .

المطلب السادس : الوكيل بالمحافظة على البضاعة يلتزم بفحصها عند شرائها

من التزامات الوكيل بالعمولة ويتضمن التزامه بالمحافظة على البضاعة فحص البضاعة عند شرائها وذلك طبقًا لما قرره العرف التجاري السائد بين التجار .

والوكالة في الفقه إذا أطلقت فإنه يرجع في تفسيرها إلى ثلاثة أمور :

١- المصلحة . ٢- العرف . ٣- القرائن الأخرى .

المطلب السابع : يجوز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب موكلين اثنين

الأصل أنه لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يقيم نفسه طرفًا ثانيًا في العملية التي كلف بها ، كأن يشتري لنفسه البضاعة التي كلف ببيعها أو بيع بضاعته لمن كلفه بالشراء ، فهو وسيط بين طرفين وليس طرفًا أصليًا في العملية المكلف بها .

وتطبيقًا لذلك نص نظام المحكمة التجارية على الآتي : ((لا يسوغ للوكيل بالعمولة ولا للدلال أن يشتري من نفسه لنفسه مال موكله ما لم يكن بإذن المالك واطلاعه ...)) المادة (١٤١) من نظام المحكمة التجارية .اهـ .

ولكن جرى العرف التجاري على جواز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب موكلين اثنين ، وإن كان البعض يرى عدم التوسع في هذا العرف ؛ لأن الوكيل لن يستطيع أن يخدم مصلحتين متعارضتين بنفس الدرجة من الحيدة والنزاهة .

المطلب الثامن

التظهير يطهر الدفوع أمام الحامل حسن النية

نص نظام الأوراق التجارية على الآتي : ((ليس لمن أقيمت الدعوى عليه بمقتضى كمبيالة أن يدفعها بدفوع مبنية على علاقته الشخصية بساحبها أو بحامليها السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها إضرار المدين)) المادة (١٧) من نظام الأوراق التجارية السعودي .اهـ .

وقد اشترط الشراح لتطبيق هذه القاعدة ثلاثة شروط :

١- أن لا يكون الدفع ناشئًا عن علاقة يكون الحامل طرفًا منها .

٢- أن يكون الحامل حسن النية وقت تظهير الورقة إليه .

٣- أن يكون التظهير ناقلاً للملكية أو تظهيرًا تأمينيًا .

فإذا اكتملت هذه الشروط جرى تطبيق هذه القاعدة وطهّرت الدفوع أمام حامل الورقة حسن النية .

وقد اختلف الفقه في تحديد المقصود بحسن النية إلى اتجاهين :

الأول : يحدد حسن النية بجهل الحامل بالعيب الذي يشوب الورقة وقت التظهير .

الثاني : يشترط أن يكون هناك تواطؤ بين المظهر والمظهر إليه على حرمان المدين الصرفي الاستفادة من توجيه الدفع.

وأمام هذين الاتجاهين أخذ النظام موقفًا وسطًا ، فالمادة (١٧) من نظام الأوراق التجارية تقضي بأن للحامل الحق في التمسك بقاعدة تطهير الدفوع ما لم يكن قد قصد وقت حصوله على الكمبيالة الإضرار بالمدين.

المطلب التاسع

التوقيع في الأوراق التجارية يكون في أسفل الصفحة من جهة اليسار

هذه القاعدة تقرر عرف التجار في ذلك وهو أن التوقيع يكون أسفل الورقة متجهًا نحو اليسار .

وغالب الأوراق التجارية أصبحت تخرج في شكل نماذج ومحددٌ فيها مكان التوقيع ، ولكن إذا وجدت ولم يحدد فيها مكان للتوقيع فيرجع إلى ما هو متعارف بين التجار

ولذلك في نظري أن هذه القاعدة العرفية توضح طبيعة التعامل الذي يتعامل

به التجار في هذا المجال ولا تصل إلى درجة عدم اعتبار التوقيع إذا كان في يمين الصفحة.

المطلب العاشر : الحساب الجاري لا يتجزأ

هذه القاعدة تقرر أن العرف التجاري جرى على عدم تجزئة الحساب الجاري بمعنى أن عناصر الحساب الجاري لا تعتبر وحدات مستقلة يمكن المطالبة بأي منها على انفراد ، وقد درجت على هذا العرف البنوك في تعاملها مع التجار وأصبح عرفًا سائدًا وساريًا في كل البلدان .

الفصل السادس

تطبيقات العرف التجاري في المملكة العربية السعودية

التطبيق الأول: وبعد ففي هذا اليوم الأربعاء الموافق ١٤٢٣/١٠/٢٨هـ افتتحت الجلسة الأولى وفيه حضر لدي أنا ..... رئيس محكمة الدلم ،وقد أقام هذا الرجل استراحة عني شرقًا ولم يقم ببناء جدار بين ملكي وملكه واكتفى بالجدار الذي أقمته في أرضي لذا أطلب تكليفه بإقامة جدار يخصه في أرضه ، هكذا ادعى المدعي ، وعليه جرى التوقيع .

ولدى سؤال المدعى عليه أجاب بقوله أنه صحيح قمت بشراء الأرض التي بجوار هذا الرجل من الشرق ولم يفرغ لي حتى الآن لأنني اشتريتها بالتقسيط وإذا أردت إقامة مبان تلي هذا الرجل فأنا مستعد ببناء جدار خاص بي ، هكذا أجاب المدعى عليه ، وعليه جرى التوقيع .

وبعد سماع الدعوى والإجابة جرى عرض إجابة المدعى عليه على المدعي فأجاب قائلاً إنني لا أقبل أن يضع هذا الرجل شبكًا بل أطلب أن يبني جدارًا مثل غيره هكذا قرر هذا وقد طلبت منهما أن يحضر كل واحد منهما صك الملك والفسح لكي نكتب للبلدية لتطبيقها مع الفسح ورفعت الجلسة إلى ورود الإجابة من البلدية لكي لا يخفى.

وفي يوم الاثنين ١٤٢٤/١/٧هـ حضر الطرفان وافتتحت الجلسة الثانية وقد جرى الاطلاع على الصك رقم ١/٥٠/٦٩ في ١٤٢١/٢/٢٥هـ أن كتبنا لرئيس بلدية الدلم بالخطاب رقم ٢/٦٦٨ في ١٤٢٣/١١/٥هـ نفيدكم أنه جرت العادة بأن يكون السور واحدًا إذا اتفق الطرفان على الاشتراك فيه وإذا لم يتفق الطرفان فيلزم كل واحد منهم سور داخل أرضه انتهى المطلوب ، هذا وقد عرضت على المدعي أن تقدر تكلفة السور ويتستر به المدعى عليه فرفض ذلك وحيث أن العرف والعادة المتبعة في مثل هذه القضية أنه إذا لم يتفق الطرفان على سور واحد فيقيم كل واحد من الجارين سوره داخل أرضه وعليه فقد أفهمت المدعى عليه راشد المذكور أنه يلزمه إقامة سور يلي سور جاره خاص به أي غرب أرضه كالعادة المتبعة وبموجبه حكمت بانتهاء هذه الدعوى بين الطرفين وبعرض الحكم على المدعى عليه قرر عدم قناعته بالحكم وطلب تمييزه وأفهمته أنه عليه مراجعة المكتب.

وفي يوم السبت ١٤٢٤/٢/١٧هـ افتتحت الجلسة الثالثةوحيث أن مدة الاعتراض هي ثلاثون يومًا ولم يحضر المدعى عليه لاستلام صورة الصك وحسب المادة رقم ١٧٨ من اللوائح التنفيذية من نظام المرافعات فقد سقط حق المعترض في طلب التمييز واكتسب الحكم القطعية.

التطبيق الثاني : الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده أما بعد فلدي أنا ..... القاضي بمحكمة الدلم وفي يوم الثلاثاء ١٤١٩/٥/١٧هـ وعند الساعة الواحدة والنصف افتتحت الجلسة الأولى

المدعى عليه حضر إلي في مكتبي العقاري بالرياض وطلب شراء أرض في حي الفلاح والأرض المذكورة سبق أن اطلع عليها أخو المدعى عليه و أن الأرض تابعة لشركة الراجحي وعند رغبته في الشراء قمت بالاتصال على شركة الراجحي من أجل حجز هذه القطعة فدفع لي شيكًا وقمت بالتنسيق مع شركة الراجحي لتحديد موعد الإفراغ لدى كتابة العدل وعند طلبي السعي لقاء ما قمت به من عمل رفض إعطائي شيئًا.

وبسؤال المدعى عليه عن الدعوى أجاب بقوله ما ذكره المدعي غير أن المدعي لم يشترط علي السعي .

هذا وقد جرى سؤال المدعي هل أنت تمثل شركة الراجحي أو شريك معهم فأجاب بقوله ليس لي أي علاقة بشركة الراجحي سوى أنني أتقبل الأراضي التي يعرضونها .

وما ذكره المدعى عليه من أنني لم أخبره بأن عليه السعي فهذا صحيح.

وفي هذا اليوم الاثنين الموافق ١٤١٩/٧/١٣هـ فتحت الجلسة الثالثة وفيها حضر الطرفان ، هذا وقد جرت الكتابة إلى شركة الراجحي المصرفية للإفادة عما يتعلق بالسعي.

هذا وقد جرى الكتابة إلى هيئة النظر إلى محكمة الرياض الكبرى للإفادة عن العرف السائد في موضوع القضية .

فورد الجواب من رئيس محكمة الرياض الكبرى برقم ٢/١٩/٣٣٤٢١ في ١٤١٩/٧/٤هـ المبعوث لي من رئيس المحكمة برقم ١٣٤٣ في ١٤١٩/٧/٦هـ والمرفق به الخطاب محضر الهيئة رقم ٥٣٣ في ١٤١٩/٦/٣٠هـ ونص الحاجة نفيدكم أنه في مثل ذلك يتعين على المشتري سداد السعي بواقع ٢,٥% ريالين ونصف في المائة ما دام أنه كلف المذكور بالشراء ودفع له العربون بموجب شيك المرفق صورته وقام المدعي أي صاحب المكتب بتسليمه لشركة الراجحي ، هذا ما جرى والله الموفق توقيعه، وبعرض الحكم على المدعى عليه قرر عدم قناعته به ...

ثم إن فضيلة القاضي ناظر القضية رفع القضية بكامل أوراقها إلى محكمة التمييز في الرياض فلاحظت بعض الملاحظات فأجاب عليها فضيلة ناظر القضية وبعده جرى تصديق محكمة التمييز لهذه القضية التي بنى فيها القاضي حكمه على العرف السائد بين التجار وذلك بالقرار رقم ٨٠٠/ق٢/أ في ١٤١٩/١٢/٢٨هـ المرفق بالخطاب رقم ٢/٥٩ في ١٤٢٠/١/١٢هـ .

التطبيق الثالث : في يوم الأربعاء الموافق ١٤٢٢/٤/٢٧هـ لدي أنا الملازم القضائي قائلاً في تحرير دعواه : ادعى علي هذا الحاضر أمامكم في مبلغ ألفي ريال وذلك قيمة دلالتي له للمنزل المؤجر عليه.

وبسؤال المدعى عليه صادق على ادعاء المدعي واعترف باستئجار منزل من

طريق مكتب المدعي وأن قيمة إيجار المنزل ثلاثين ألف ريال سلمها لصاحب المنزل كما اعترف بأن المدعي اتصل عليه وأنه قال له إذا كان النظام ينص أن لك ألفي ريال فمستعد بتسليمها لك فلما رجعت أعطيت صاحب المكتب سبعمائة وخمسين ريال قيمة الدلالة فرفض استلامه وهذا المبلغ هو اثنين ونصف بالمائة من قيمة إيجار المنزل.

وبعد سماع الدعوى والإجابة اعترف المدعى عليه باستئجار منزل عن طريق مكتب المدعي بقيمة ثلاثين ألف ريال وحصل الاختلاف بينهما على قيمة الدلالة ، وعليه فقد رفعت الجلسة .

وفي يوم السبت الموافق ١٤٢٢/٥/٧هـ حضر المتداعيان وأحضر كل منهما خطابًا فقد أحضر المدعي خطابًا من مكتب ..... العقاري يفيد فيه أن إيجار المنزل كاملاً ألفين ريال وهذا هو المتعارف عليه بين مكاتب العقار ، ، وبناء عليه فقد رأيت مخاطبة هيئة النظر بالمحكمة الكبرى بالرياض للإفادة عن مقدار ما يستحقه المدعي على سعيه في دلالة المدعى عليه على البيت المؤجر .

وفي يوم الأحد الموافق ١٤٢٢/٥/٢٢هـ حضر المتداعيان وحيث أن المدعي أحضر خطابًا من مكتب ..... العقاري يفيد فيه أن إيجار البيت كاملاً ألفا ريال ، وحيث أن المدعى عليه أحضر قرارًا من مجلس الوزراء رقم ٣٣٤ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٧هـ ينص في مادته الخامسة فقرة لذلك فقد

حكمت باستقرار مبلغ سبعمائة وخمسين ريالاً بذمة المدعى عليه وبعرض ذلك على الطرفين قررا القناعة.

وفي هذا التطبيق نلاحظ أن حكم فضيلة ناظر القضية كان متجهًا نحو ما تعارف عليه التجار من أصحاب المكاتب العقارية ، ولكن لما عرض عليه المدعى عليه قرار مجلس الوزراء في هذا الشأن عدل عن العرف التجاري وعمل بهذا النص النظامي المتعلق بهذا العمل التجاري ، وهكذا هو حكم العرف التجاري.

التطبيق الرابع وهو صادر من ديوان المظالم رمزه (٣/١/١٨) من الدائرة التجارية الثانية .

حكم رقم ١٠٩ / د / تج / ٢ لعام ١٤٢١هـ صادر في القضية رقم ١/١٧٤٢/ق لعام ١٤١٣هـ

واطلعت الدائرة على القضية ، وحكم هيئة التدقيق المنتهي إلى نقض حكم الدائرة المحال إلى هذه الدائرة بتاريخ ١٤٢١/٧/٢٦هـ وبدارسة ذلك وبعد المداولة أصدرت الدائرة حكمها .

وخلاصة دعوى المدعي أنه نشأ بين مؤسسته وبين الشركة المدعى عليها علاقة تجارية لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد ، وبعد مضي الخمس سنوات

بدأت الشركة المدعى عليها تغير من طبيعة علاقتها مع المؤسسة ونتج عن ذلك أضرار فالمدعي صاحب المؤسسة يطالب بالمبالغ التي خسرها كما يطالب بالتعويض عن ضياع فرصة الاستثمار كما يطالب بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي أصابته ومست سمعته .

وقد صدر حكم الدائرة رقم ١٢٦ / د / تج / ٢ لعام ١٤٢٠هـ برفض دعوى المدعي وقد استند الحكم إلى الأسباب الآتي نصها :

((وأما تعليل وتسبيب الشركة لرغبتها في عدم تمديد العقد أو الوعد بالنظر مستقبلاً في إبرام (اتفاقية جديدة) و(عقد جديد) فأمر ليس له ، وبمثله يجري العرف ، وخطابات الشركة العديدة الأخرى في عين هذا الأمر تشهد لذلك.

وكذلك قول الدائرة : ((وعليه فإن دعوى المدعي وحالها ما ذكر مما ينفيها العرف ويشهد بعدم صدقها ، وذلك بينة في حد ذاته على صحة إخطار المدعي.

وكذلك قول الدائرة :((ثم إن الفقرة الحادية عشرة من العقد نصت أيضًا على أن الإخطار يكون (بمدة لا تقل عن سنة) وهذا النص حجة قاطعة على أن الطرفين أمام مدة تتقاصر .

ولو كان الأمر كما يدعي المدعي لجعله حجته الأولى في الدعوى ، ولو كان

كما يدعي المدعي لأصبحت مدة العقد عشر سنوات إلزامية بالمخالفة لما اتفق عليه.

ثم إن هذا الحكم نقض من هيئة التدقيق في ضمن ملاحظات أوردتها وأحيلت القضية مجددًا إلى الدائرة بتاريخ ١٤٢١/٧/٢٦هـ .

واطلعت اللجنة على حكم هيئة التدقيق وما جاء فيه من ملاحظات حول خطاب المدعي الموجه لهيئة التدقيق بتاريخ ١٤١٧/٦/١٧هـ – يوم أن كانت القضية أمامها في المرة الأولى.

فتوضح الدائرة (إجابة على هذه الملاحظة من هيئة التدقيق) بأن المدعي أصالة بالجلسة المنعقدة بتاريخ ١٤/رمضان/١٤٢٠هـ قد قرر (بأنه لا يطلب سماع شهادة أحد على ما يدعيه)

وفي الجلسة المنعقدة بتاريخ ١٤٢٠/١١/٢٠هـ قرر المدعي أصالة ختم أقواله وأنه لم يعد لديه ما يضيفه من أقوال ومستندات وطلب صدور الحكم في القضية ، وفي الجلسة السابقة على الحكم المنعقدة بتاريخ ١٤٢٠/١١/٢٧هـ قرر المدعي أصالة ذلك كذلك وفي الجلسة الحكم المنعقدة بتاريخ ١٤٢٠/١٢/٣٠هـ أكد وقرر وكيله الشرعي ذلك كذلك .

وقد نصت الدائرة على هذا في الصفحة (٣٩) من حكمها ثم إن ذلك لم يطالب به المدعي وكلاؤه في لوائح اعتراضهم الثلاث أمام هيئة التدقيق ولم

يشيروا إليه.

أما إن كانت هيئة التدقيق تعتبر أن ما أشارت إليه : دعوى من المدعي ،فإن المدعى عليه قد أنكر حصول هذا الأمر منه .

ثم إن الدائرة بقيت على حكمها من رفض دعوى المدعي لقوة البينات والدلائل ومنها العرف.

التطبيق الخامس هو عبارة عن دعوى مقامة بالمحكمة الكبرى بالرياض بالمكتب القضائي رقم (٢٠) في ١٤١٩/٦/١٧هـ .

ومضمونها : أن المدعي صاحب شركة لتأجير السيارات ادعى على شخص بأنه استأجر منه سيارة هونداي إيجار اليوم بـ(١٠٠) ريال وذهب بها لمدة سنة ولم يعدها وقد حصل على السيارة تلفيات من جراء تعديه في استعمالها قيمتها (٦٠٤٥٠) ريال يطلب إلزام المدعى عليه بدفع القيمة .

وقد رد المدعى عليه بأن قيمة التلفيات والمبلغ المطلوب سداده مبالغ فيه.

ثم رد شيخ المعارض قائلاً : إن الأجرة للسيارة لمدة طويلة تزيد عن شهر يكون إيجار اليوم بـ(٧٠) ريالاً ، وهذا هو المعمول به عرفًا في مكاتب وشركات تأجير السيارات ، وبهذا تكون قيمة التلفيات (١٢٤٦٠) ريال .

وبهذا حكم القاضي مستندًا إلى العرف التجاري بين التجار .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

البيانات الشكلية وعيوبها في السند الآمر

دراسة مقارنة لنيل درجة الماجستير

إعداد
عبد الرحمن بن عبد الله بن ناصر الرويمي

إشراف
د. عبد الكريم الصايغ

العام الجامعي: ١٤٢٥ هـ
البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ١٩٧
البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ١٦٣
البحث بعد التلخيص ٣٩

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

وتشتمل على مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة.

المقدمة : وأذكر فيها أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة له، ومنهج البحث، ومفردات الخطة.

التمهيد : وأذكر فيه التعريف بمفردات العنوان، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : تعريف الشكلية

وتحت هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشكلية في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الشكلية في الفقه.

المطلب الثالث: تعريف الشكلية في النظام.

المبحث الثاني : تعريف العيب

وتحت هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العيب في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف العيب في الفقه.

المطلب الثالث: تعريف العيب النظام.

المبحث الثالث : تعريف السند لأمر

وتحت هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف السند لأمر في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف السند لأمر في الفقه.

المطلب الثالث: تعريف السند لأمر في النظام.

المبحث الرابع : الفرق بين السند لأمر وغيره من الأوراق التجارية

وتحت هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول: الفرق بين السند لأمر والكمبيالة.

المطلب الثاني: الفرق بين السند لأمر والشيك.

الفصل الأول

البيانات الشكلية للسند لأمر

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : البيانات الشكلية الإلزامية للسند لأمر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: البيانات الإلزامية في النظام.

الفرع ا لأول: ذكر كلمة السند لأمر وباللغة التي كتب بها.

الفرع الثاني: وجود تاريخ ومكان ومبلغ الاستحقاق.

الفرع الثالث: اسم من يجب الوفاء له.

الفرع الرابع: تاريخ ومكان الإنشاء.

الفرع الخامس: توقيع المحرر.

المطلب الثاني: البيانات الإلزامية في الفقه.

الفرع الأول: الصيغة.

الفرع الثاني: العاقدان.

الفرع الثالث: المحل.

المبحث الثاني : البيانات الشكلية الاختيارية للسند لأمر

وتحت هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول: البيانات الاختيارية في النظام.

الفرع الأول: شرط الرجوع بلا مصاريف.

الفرع الثاني: تعدد النسخ والصور.

الفرع الثالث: عدم ضمان الوفاء.

الفرع الرابع: توطين السند.

المطلب الثاني: البيانات الاختيارية في الفقه.

الفرع الأول: شرط التوثيق لدين القرض.

الفرع الثاني: شرط الوفاء في غير بلد القرض.

الفرع الثالث: شرط الأجل في القرض.

الفصل الثاني

العيوب الشكلية في السند لأمر

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : عيب الترك

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عيب الترك.

الفرع الأول: تعريف عيب الترك في اللغة.

الفرع الثاني: تعريف عيب الترك في الفقه.

الفرع الثالث: تعريف عيب الترك في النظام.

المطلب الثاني: آثار عيب الترك في الفقه والنظام.

الفرع الأول: آثار عيب الترك في النظام.

الفرع الثاني: آثار عيب الترك في الفقه.

المطلب الثالث: التطبيقات المعاصرة على عيب الترك.

المبحث الثاني : عيب الصورية

وتحت هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عيب الصورية.

الفرع الأول: تعريف عيب الصورية في اللغة.

الفرع الثاني: تعريف عيب الصورية في الفقه.

الفرع الثالث: تعريف عيب الصورية في النظام.

المطلب الثاني: آثار عيب الصورية في الفقه والنظام.

الفرع الأول: آثار عيب الصورية في النظام.

الفرع الثاني: آثار عيب الصورية في الفقه.

المطلب الثالث: التطبيقات المعاصرة على عيب الصورية.

المبحث الثالث : عيب التحريف

وتحت هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عيب التحريف.

الفرع الأول: تعريف عيب التحريف في اللغة.

الفرع الثاني: تعريف عيب التحريف في الفقه.

الفرع الثالث: تعريف عيب التحريف في النظام.

المطلب الثاني: آثار عيب التحريف في الفقه والنظام.

الفرع الأول: آثار عيب التحريف في الفقه.

الفرع الثاني: آثار عيب التحريف في النظام.

المطلب الثالث: التطبيقات المعاصرة على عيب التحريف.

الخاتمة

الفهارس

الفصل التمهيدي

وتحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الشكلية : وتحته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشكلية في اللغة.

الشكلية مأخوذة من الفعل شكل، والشَّكْلُ يطلق على الشبه، والمثل والشكلية هي المثلية، وهي الهيئة، والطريقة؛ لعمل أي فعل.

المطلب الثاني : تعريف الشكلية في الفقه.

تعريف الشكلية في الفقه تبدو في مظهرين هما:

الأول: الشكلية اللفظية.

الثاني: الشكلية غير اللفظية.

أولاً: الشكلية اللفظية تتجلى ذلك في النطاق التعاقدي في عرض بعض الفقهاء على فرض بعض الألفاظ في عقود معينة على سبيل الاستثناء.

ثانياً: أما الشكلية غير اللفظية ويقصد بها المراسم والأفعال التي لابد من انضمامها إلى التراضي؛ لكي يتم انبرام التصرف.

المطلب الثالث : تعريف الشكلية في النظام

التعريف الصحيح هي مجموعة الإجراءات والأنظمة التي تسير عليها القوانين.

وفي النظام السعودي إذا رجعنا إلى أنظمة الدولة نجد أنها تسير على شكل معين. فمثلاً المادة السادسة تقول: ((تكون صلاحية البت في الشراء وتنفيذ الأعمال التي تزيد قيمتها على ثلاثة ملايين ريال للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة، وفيما قل عن ذلك لوكيل الوزارة أو من يقوم مقامه، ويجوز التفويض للمسئولين فيما دون ذلك على أن يكون التفويض متدرجاً حسب مسئولية الشخص المفوض)) نظام مشتريات الحكومة وتنفييذ مشروعاتها وأعمالها، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم (١٤) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ م/٦ ..

وأيضاً من الأنظمة نظام الأوراق التجارية، وذلك حينما يتحدث عن الشروط الشكلية لكل ورقة نظام الأوراق التجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ، المادة (١، ٨٧ ، ٩١)..

المبحث الثاني : تعريف العيب وتحته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العيب في اللغة: هو العمل أو القول الذي تعافه النفوس ولا تريده وجمعه عيوب وأعياب .

المطلب الثاني : تعريف العيب في الفقه :

العيب عند الفقهاء، حاصله النقص عن أصل الشيء بسبب الرداءة سواء كان ذلك في السلع أو في أحد الزوجين أو في الأضاحي، أو الزكاة، أو غير ذلك من العيوب التي قد ترد في أبواب الفقه.

المطلب الثالث : تعريف العيب في النظام

هـو نقـص في الشـكليات الخارجيـة لـبعض الأمـور والأوراق النظاميـة، مثـل النقص في أحد البيانات الشكلية للورقة التجارية.

النظـام السـعودي ذكـر العيـب في عـدة مواضـع، منهـا مـا ذُكِـر في نظـام التسجيل العيني للعقار حيث ذكر في المادة السادسة والأربعين ((إذا لم يتيسر إتمام الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الوثائق)) نظام التسجيل العيني للعقار، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم (٦)، وتاريخ ١٤٢٣/٢/١١هـ، م/٤٦ . إلى آخر المادة.

كذلك ما ذكر في المادة السادسة من النظام الجزائي الخاص بتزييف وتقليد العملة، حيث قال: ((كل من قبل بحسن نية عملة مقلدة أو مزيفة ثم تعامل بها بعد علمه بعيبها يعاقب بالسجن لمدة لا تتجاوز سنة، وبغرامة لا تتجاوز ألفـي ريال، أو بإحـدى هـاتين العقـوبتين)) النظـام الجزائـي الخـاص بتزييـف وتقليد

وعلى ذلك فإن العيب الشكلي يعرَّف بأنه العيب الذي يظهر في العمل القانوني أو الموثق الذي ينقصه بعض الشكليات الخارجية المطلوبة من القانون لإعطائه الشرعية.

المبحث الثالث : السند لأمر وتحته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف السند لأمر في اللغة.

السين والنون والدال أصل واحد يدل على انضمام الشيء إلى الشيء، يقال: سندت إلى الشيء الشيء أسند سنوداً، واستندت إسناداً. ، ويطلق على ما يقابلك من الجبل، و على ما علا عن السفح، و على معتمد الإنسان، وجمعه أسناد.

ثانياً: كلمة أمر.

الأمر هو ضد النهي.

وعلى هذا يكون السند لأمر علم مركب ومعناه أن هذا السند معتمد عليه في القوة، وأما كلمة الأمر؛ فلأن هذا السند يحمل أمر السداد من شخص إلى شخص فلذلك كان السند لأمر أمر سداد إلى من يعتمد عليه.

ولذلك نرى أنه قد عُرف بأنه: مكتوب يتضمن التزاماً بدفع مبلغ لأمر شخص معين أو لحامله بتاريخ معين.

المطلب الثاني : تكييف السند لأمر في الفقه

بعد النظر في السند لأمر وما كتب عنه في تكييف، فإني وقفت على رأيين لتكييف السند لأمر:

التكييف الأول:بأن السند لأمر يعتبر وثيقة دين فإنه ينطلق من النظر إلى تعريف السند لأمر حيث أن السند يتضمن شخصين فقط هما المحرر للسند

والمستفيد وهو الذي حرر السند لصالحه، وهذا الأمر يقتضي مديونية المحرر للمستفيد بموجب هذا السند.

كما يدل على أنها وثيقة دين أن تحريرها مطلوب شرعاً لمزيد الاستيثاق وقد أمرنا الله بذلك في كتابه، حيث قال ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلاَ يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِّمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلاَ تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلاَّ تَرْتَابُوا إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا﴾ سورة البقرة ، الآية: [٢٨٢].

التكييف الثاني:يكيف السند لأمر على أنه قرض.

وإنما كان ذلك لكون المحرر متعهداً بدفع مبلغ معين للمستفيد، وأيضاً المستفيد حُرر السند لصالحه فصارت عملية قرض.

المناقشة والترجيح:

بعد النظر في التكييفين السابقين يظهر لي – والله أعلم – أن التكييف الثاني القاضي بتكييف السند لأمر على أنه قرض هو الأقرب ، والله أعلم.

وذلك الترجيح بناءً على:

أولاً: أن التكييف الأول إذا أخذنا به فإنه عديم الفائدة؛ لأن التكييف تكييف عام قد يدخل فيه أغلب الأوراق التجارية وإن كان الاختلاف فقط بين هذه الأوراق في الأطراف وموافقتهم.

ولذلك فإن قرار مجمع الفقه الإسلامي في تكييف الأوراق التجارية جعلها من باب توثيق الدين الجائز. مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في جدة، الدورة السابعة ، قرار رقم (٦٤) (٩/٢).

ثانياً: عند الرجوع إلى تعريف السند لأمر نجد أنه يتكون من ثلاث حالات، فالسند لأمر إما أن يكون في تاريخ معين وإما أن يكون في تاريخ قابل للتعيين والحالة الثالثة هي مجرد الاطلاع ، وهذا يتناسب مع حال القرض في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث

تعريف السند لأمر في النظام

المنظم السعودي لم يذكر له تعريفاً محدداً، بل بدأ مباشرة بذكر البيانات الإلزامية لسند لأمر، كما هو مبين في نظام الأوراق التجارية نظام الأوراق التجارية، المادة (٨٧)..

كما قام المنظم بحل بعض الإشكال عند نقص بيان معين.

فعلى سبيل المثال بين في حالة عدم ذكر التاريخ أو الميعاد، فإن السند لأمر يكون واجباً الوفاء لدى الاطلاع عليه نظام الأوراق التجارية، (أ/٨٨)..

بعد ذكر هذا التنبيه نبدأ في تعريف السند لأمر في النظام.

ولعل التعريف الأقرب للصواب والذي أراه هو أنه صك محرر وفق شكل معين حدده النظام، يتضمن تعهد شخص يسمى المحرر بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع لأمر شخص آخر اسمه المستفيد.

المبحث الرابع

الفرق بين السند لأمر وغيره من الأوراق التجارية

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: الفرق بين السند لأمر والكمبيالة.

ولعل من الفروق الجوهرية هو أن السند لأمر ورقة ثنائية ذات طرفين لا يتوقف قبولها على طرف ثالث كالكمبيالة.

كما أن السند لأمر لا يعتبر تجارياً بصفة مطلقة كالكمبيالة .

ولكن إذا نظرنا إلى أقوال شراح النظام نجد أنهم افترقوا على ثلاثة آراء:

الرأي الأول القائل: بأن التوقيع في السند لأمر يكون عملاً تجارياً في حالتين:أ- إذا كان محرره تاجراً سواء ترتبت عليه عملية تجارية أو مدنية.

ب- إذا كان محرر السند غير تاجر، لكن بشرط أن يكون مترتباً على عملية تجارية.

الرأي الثاني: يرى أن السند لأمر ذو طبيعة تجارية في حالة واحدة وهي التي يحرر فيها السند لأمر لعمل تجاري.

الرأي الثالث: يعطي الصفة التجارية على السند لأمر بصفة مطلقة.

وإذا تأملنا الآراء الثلاثة نجد أن الأقرب هو الاتجاه الأول الذي يرى أن السند لأمر تجاري في حالتين هما: كون محرره تاجراً، سواء ترتبت عليه عملية تجارية أو مدنية، وكون العملية تجارية إذا كان محرر السند غير تاجر.

المطلب الثاني : الفرق بين السند لأمر والشيك.

الشيك إذا كان لأمر غير ساحبه فإنه يكون ورقة ثلاثية الأطراف وعندئذٍ يختلف عن السند لأمر حيث أن السند لأمر ثنائي الأطراف.

كما أن السند يختلف عن الشيك في أن سحب الشيك بدون وجود رصيد يعد جريمة وهذه العقوبة مقصورة على ساحب الشيك دون محرر السند لأمر.

كما أن الشيك يشترط فيه أن يكون المسحوب عليه أحد البنوك وهذا ما لم يشترطه النظام في السند لأمر نظام الأوراق التجارية (م/٩٣).

كما أن الشيك لا يعتبر تجارياً على نحوٍ مطلق ، أما الشيك فإنه يعتبر تجارياً إذا ترتب عليه عملية تجارية بغض النظر عن محرره، وهذا هو الفرق.

كما أن الشيك لا يكون مؤجلاً بعكس السند لأمر الذي قد يكون مؤجلاً، ، ويقل أن يكون السند لأمر واجب الدفع لدى الاطلاع.

الفصل الأول

البيانات الشكلية في السند

وتحته مبحثان:

المبحث الأول: البيانات الشكلية الإلزامية في السند لأمر.

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: البيانات الشكلية الإلزامية في النظام.

الفرع الأول: ذكر كلمة السند لأمر وباللغة التي كتب بها.

وهذا الفرع يحتوي على مسألتين:

المسألة الأولى : ذكر كلمة السند لأمر

لقد ألزم وأوجب النظام السعودي في هذا المقام على محرر الصك أن يثبت في متنه عبارة سند لأمر، أو أن يقرن تعهده بشرط الأمر.

وعلى ذلك فإن إيراد شرط الأمر يغني عن تسمية الورقة بعبارة سند لأمر؛ لأنه يحقق الغرض المقصود .

والمنظم السعودي ذكر التخيير في ذكر عبارة السند لأمر وشرط الأمر، ولم يجبر على أحدهما، وإنما ترك الأمر وحرية الاختيار للمتعاملين بالسند لأمر. نظام الأوراق التجارية (أ/٨٧).

المسألة الثانية : أن تكون كلمة السند لأمر مكتوبة بنفس اللغة التي كتب بها الصك : المنظم ألزم بكتابة السند لأمر كما مر في المسألة السابقة، وأضاف إليها أن تكون الكلمة مكتوبة بنفس اللغة التي كتبت بها هذه الورقة التجارية نظام الأوراق التجارية (أ/٨٧

الفرع الثاني : وجود تاريخ ومكان ومبلغ الاستحقاق و تحته ثلاث مسائل

المسألة الأولى : وجود تاريخ الاستحقاقوهي ما عبر به المنظم بميعاد الاستحقاق، وأشار إلى هذه النقطة في الفقرة الثالثة من المادة السابعة والثمانين. نظام الأوراق التجارية (ج/٨٧).

ولعل أهمية تحديد التاريخ للاستحقاق في السند لأمر تتضح من جوانب متعددة، منها تحديد الأجل للمستفيد الذي يستطيع فيه مطالبة المحرر لاقتضاء قيمة السند لأمر.

كما أن أهمية تاريخ الاستحقاق تبرز في تحديد بدء سريان مهلة تنظيم الاحتجاج لعدم الوفاء.

كما أن التاريخ يحدد أيضاً بدء سريان مدة مرور الزمن على الدعاوى الناشئة عن السند لأمر.

والمنظم في ذلك يعطي للمتعاملين في الورقة أكثر سعة لكي تنتشر هذه الورقة بينهم، ويكون التعامل بها بكثرة نظام الأوراق التجارية (أ/٨٨).

بقي أن نذكر أنه يشترط في ميعاد الاستحقاق شرطان هما:

الأول: أن يكون ميعاد الاستحقاق محدداً على وجه التحقيق ، وعلى ذلك حدد النظام الطرق التي يتم بها تعيين ميعاد الاستحقاق في السند لأمر على سبيل الحصر وهي:

أ- أن يكون ميعاد الاستحقاق محدداً بـ لدى الاطلاع.

ب- أن يكون تحديد ميعاد الاستحقاق بعد مدة معينة من الاطلاع.

ج- تحديد ميعاد الاستحقاق بجعله بعد مدة معينة من تاريخ الإنشاء، مثل بعد ثلاثة أشهر من إنشائه.

د- أن يكون التحديد في يوم معين وتاريخ بين، مثل ١٤٢٧/٨/١٥هـ . نظام الأوراق التجارية م/٣٨،

الثاني: أن يتضمن السند لأمر ميعاد استحقاق واحد.

المسألة الثانية : وجود مكان الاستحقاق

وجود مكان الاستحقاق هو ما عبر به المنظم بمكان الوفاء وجعله أحد البيانات الشكلية الإلزامية؛ لكي يكون السند لأمر صالحاً للتدوال بالطرق التجارية. نظام الأوراق التجارية (د/٨٧).

ومن المعلوم أن مكان الوفاء هو المكان الذي يقدم فيه السند لأمر لاستيفاء قيمته.

فإن لم يتضمن السند موطن المحرر، فإن السند لأمر يكون مستحق الوفاء في المكان الذي تم فيه إنشاء السند لأمر. نظام الأوراق التجارية ب/٨٨

ومكان الوفاء هو غالباً موطن المحرر أي محل الإقامة المعتاد باعتباره الموطن العام أو يكون مركز أعماله التجارية إذا كان تاجراً، بمعنى أوضح مكان المتجر باعتباره موطناً خاصاً للمحرر.

ولكن هل يعتبر السند لأمر صحيحاً إذا تضمن أكثر من مكان للوفاء؟

في الحقيقة النظام السعودي ترك هذه النقطة أو بالأصح سكت عنها وأمام هذا الفراغ ذهب البعض إلى صحة السند لأمر في هذا الفرض، بشرط أن يكون للحامل دون المحرر اختيار المكان المناسب للمطالبة.

أما البعض فيرى عدم صحة ذلك مسبباً لذلك في أن الحامل قد يتضرر، إذ قد يتعمد المحرر المماطلة في الوفاء بقيمة السند لأمر في ميعاد الاستحقاق، ، بل يتعارض مع نص المادة الثامنة والثمانون الفقرة الثانية من النظام؛ لأن المنظم لو أراد جواز أن يتضمن السند لأمر أكثر من مكان للوفاء لنص على ذلك صراحة في السند .(نظام الأوراق التجارية أ/٩٢

بعد عرض الرأيين أجد أن الرأي الذي أميل إليه هو الرأي الأول القاضي بجواز تعدد أماكن الوفاء، أما ما اعتمد عليه أصحاب الرأي الثاني من ذكرهم بأن المحرر قد يتعمد المماطلة فإن هذا ظن ، ولا يصار إلى الظن في مقابلة اليقين.

وعلى ذلك فإني أرى الرأي الأول القاضي بصحة تعدد أماكن الوفاء في السند لأمر هو الصحيح ، والله أعلم.

المسألة الثالثة

وجود مبلغ الاستحقاق

لقد أوجب المنظم وجود مبلغ الاستحقاق وشرط أن يكون المبلغ معيناً ومتعهداً فيه بدفع النقود، وغير معلق على شرط. نظام الأوراق التجارية (ب/٨٧).

ولذلك لابد أن يتضمن السند لأمر وجود مبلغ الاستحقاق، ولابد أن يكون واضحاً وصريحاً وغير مشروط.

كما ولابد أن ينصب التعهد على دفع مبلغ معين من النقود.

كما يجب أن يكون المبلغ واحداً، طبقاً لمبدأ وحدة الدين.

المنظم لم يشترط تحديد نوع العملة، إذ أنه يجوز أن يكون محلها عملة أجنبية، ولكن ما يتم الوفا ء بهنظام الأوراق التجارية والمذكرة التفسيرية له م/٤٦،

قد حسم المنظم حالة الاختلاف الذي يحتمل وقوعه بين المبلغ المحدد أرقاماً والمحدد حروفاً وذلك جرياً على العرف التجاري على كتابة المبلغ على هذا النحو في متن الصك، وقد بين النظام على الأخذ بالمبلغ المحدد بالكتابة حروفاً، وقدمه على المبلغ المحدد أرقاماً، وذلك على أساس أن الشخص يكون أكثر تيقظاً وانتباهاً عند كتابة الكلمات منه عند كتابة الأرقام. نظام الأوراق التجارية (أ/٨٩)

أما إذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف والأرقام، فتكون العبرة عند الاختلاف بالمبلغ الأقل، باعتباره القدر المتيقن منه، تطبيقاً لقاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين. نظام الأوراق التجارية (م/٥)،

وأخيراً حظر النظام السعودي اشتراط دفع فائدة بالإضافة إلى المبلغ الثابت في السند لأمر. نظام الأوراق التجارية (٨٩/١)

الفرع الثالث

اسم من يجب الوفاء له

اشترط المنظم وجود اسم من يجب الوفاء له أو لأمره وهو المستفيد ولذلك حرص المنظم على وجوده. نظام الأوراق التجارية (هـ/٨٧).

ولابد أن يكتب بوضوح ودقة.

هذا ويرى البعض جواز تعدد المستفيدين في الورقة التجارية.

في حين يرى البعض الآخر عدم جواز تعدد المستفيدين.

وعند النظر إلى الرأيين نجد أن الرأي الأول القاضي بصحة التعدد للمستفيد لسند لأمر هو الأظهر:لأن لفظ المنظم يشير إلى ذلك؛ لأنه قال اسم من يجب الوفاء له أو لأمره، فمن يجب الوفاء له قد يكون واحداً أو اثنين، ولذلك لم يذكر اللفظ مفرداً مثل كلمة مستفيد وإنما ذكرها عامة، فقال اسم من يجب الوفاء له.

بقي أخيراً أن نشير إلى مسألة مهمة وهي هل يصح أن يكون محرر السند هو نفسه المستفيد؟في هذه المسألة حصل خلاف فيها على رأيين هما:

الأول: صحة كون المحرر هو نفسه المستفيد.

الثاني: قال بعدم صحة أن يكون المستفيد هو محرر السند لأمر وذلك لوجهين هما: أ- لم تشر المادة التاسعة والثمانون من النظام حين عددت لبعض أحكام الكمبيالة .

ب- من ناحية الهدف فالذي ينشده ساحب الكمبيالة هو الحصول على قبول المسحوب عليه، وهذا غير متحقق بالنسبة لسند لأمر.

ولعل الأظهر هو الرأي الثاني القاضي بمنع كون المحرر هو المستفيد نفسه، وذلك لوجاهته في التعليل ؛ ولأن السند لأمر يختلف عن الكمبيالة.

الفرع الرابع

تاريخ ومكان الإنشاء

المسألة الأولى

تاريخ إنشاء السند لأمر

عند الرجوع إلى النظام نجد أنه استوجب ذكر تاريخ السند لأمر، وهو الوقت الذي حرر فيه الورقة التجارية. نظام الأوراق التجارية (و/٨٧).

و أهلية الالتزام مناطها وقت إنشاء السند لأمر، فإن كان المحرر قد بلغ السن النظامية عند الإنشاء ، ولكن تعرض لأحد عوارض الأهلية فلا يؤثر ذلك في صحة التزامه.

كما يفيد التاريخ في معرفة ما إذا كان المحرر قد كتب السند لأمر وحرره قبل فترة الريبة في حالة شهر إفلاسه.

وكذلك يساعد التاريخ لإنشاء السند لأمر على تعيين تاريخ الاستحقاق إذا كان السند لأمر مستحق الوفاء بعد مدة معينة من تاريخ الإنشاء.

كما أن التاريخ مهم لتحديد مدة السنة التي يجب أن يقدم السند لأمر خلالها للتأشير عليه بالاطلاع، نظام الأوراق التجارية م/٩٠ ، و أرجعت المادة إلى م/٢٢.

كما يفيد التاريخ في حسم النزاع الذي قد يثور عند تزاحم عدة حاملين للسندات لأمر. نظام الأوراق التجارية م/٣٨

كما أنه لا يلزم شكل معين لإثبات التاريخ، فيجوز إثباته كتابة بالأرقام أو بالحروف

المسألة الثانية : مكان إنشاء السند لأمر : لقد أوجب النظام بيان مكان الإنشاء لسند لأمر، وجعله من البيانات الشكلية المطلوبة لإكمال شكل السند لأمر، ونظراً لأهمية مكان الإنشاء فقد نص النظام على ذكره نظام الأوراق التجارية (و/٨٧).

ويتم إثبات المكان عادة في صدر السند قبل كتابة التاريخ.

وعدم ذكر مكان الإنشاء، لا يؤدي إلى بطلان السند لأمر؛ لكن يحوِّل إلى المكان المذكور بجانب محرر السند، أما في حالة عدم ذكر أي مكان فإن السند لأمر يكون باطلاً؛ لتخلف أحد البيانات الإلزامية في السند لأمر. نظام الأوراق التجارية (ج/٨٨)،

الفرع الخامس: توقيع المحرر : نظراً لأهمية توقيع المحرر فقد أفرد المنظم له فقرة كاملة من المادة السابعة والثمانين. نظام الأوراق التجارية (ز/٨٧).

وعلى ذلك يجب أن يكون السند لأمر موقعاً من المحرر بخط يده، ويجب أن يكون دالاً على شخصية المحرر دون لبس أو غموض.

وإذا نظرنا إلى النظام نجد أنه لم يحدد مكاناً للتوقيع؛ لكن جرى العرف التجاري على أن يكون أسفل الصك.

كما أن النظام لم يطلب من المحرر سوى وضع توقيعه؛ لكن التعامل التجاري جرى على ذكر عنوان المحرر. نظام الأوراق التجارية (ب/٨٨)،

وعلى ذلك فإن البيان الخاص بتوقيع المحرر وإن كان من البيانات الجوهرية في السند لأمر إلا أنه يعد أيضاً من البيانات الشكلية،. نظام الأوراق التجارية م/٩

وإصدار التوقيع لابد من كون صاحبه لديه أهلية للالتزام، وهو سن ثمانية عشر عاماً بالنسبة للمواطن السعودي، أما المقيم فإن أهليته هي أهلية موطنه ودولته. نظام الأوراق التجارية م/٧ .

المطلب الثاني

البيانات الإلزامية للسند لأمر في الفقه

الفرع الأول : الصيغة. : الصيغة هي إيجاب المقرض وقبول المقترض، ولا خلاف بين أهل العلم بصحة الإيجاب سواء بلفظ القرض أو السلف،وأيضاً يصح بكل لفظ يؤدي معناهما.

ولكن نرى من العلماء من يخالف في كون القبول ركناً، فبعض علماء الحنفية يرى أن القبول ليس ركناً .

ولكن مع ذلك نرى أكثر العلماء يعد القبول ركناً لا يقوم القرض إلا به.

وبعد عرض ذلك نجد أن هذا البيان يترابط ويتشابه مع ما ألزمه المنظم من حيث شرط الأمر أو عبارة (سند لأمر) نظام الأوراق التجارية (أ/٨٧).

الفرع الثاني : العاقدان

المسألة الأولى : المقرض : لا خلاف بين أهل العلم أنه يشترط في المقرض كونه من أهل التبرع، بمعنى أن يكون حراً بالغاً عاقلاً رشيداً، ولذلك لا يملكه من لا يملك التبرع.

ولذلك نرى بعض العلماء يذكر أن القرض فيه شائبة تبرع، ولو أنه معاوضة محضة لجاز للولي غير القاضي قرض مال موليه لغير ضرورة.

وعلى هذا الرأي لا يجوز قرض من إنشاء الولي من غير ضرورة،.

وهناك رأي آخر يمنع الإقراض ولو كان هناك ضرورة ولكن يجوز بشرط يسار المقترض وأمانته ويأخذ رهناً إن رأى ذلك.

والحاصل من هذا أن المقرض لابد فيه من شروط التبرع، والتي هي الحرية والتكليف والرشد وكونه مختاراً غير مكره جاداً لا هازلاً.

ألزم المنظم توافر اسم من يجب الوفاء له أو لأمره نظام الأوراق التجارية (هـ/٨٧)..

المسألة الثانية : المقترض

المقترض يشترط له أيضاً أهلية التبرع كمقرض،وأيضاً يشترط له صحة القبض.

وينص الشافعية على أن المقترض يشترط فيه أهلية المعاملة دون أهلية التبرع، ولكن هذا الرأي لبعضهم.

بعد هذا العرض يلاحظ وجه الترابط بينه وبين ما ألزمه المنظم من وجوب وجود توقيع محرر السند نظام الأوراق التجارية (ز/٨٧)..

الفرع الثالث : المحل : يقصد به المال أو هو كل ما يتمول به، ولذلك عرف بعض الفقهاء القرض بأنه دفع متمول في عوض غير مخالف له عاجلاً تفضلاً.

يمكن أن نستخلص له شروطاً أو بيانات تجري على المحل وهي:

الأول: كون المحل مثلياً: المثلي هو الذي لا يختلف بعضه عن بعض.

وشرط المثلي أوجبه بعض العلماء، فألزم أن يكون مما له مثل.

ولكن مع ذلك نجد بعض العلماء وسع الدائرة في الجواز، فمع إيجازه قرض المثليات نجد أن المالكية أجازوا قرض كل ما يسلم فيه، واستثنوا من ذلك الجواري والدور والأراضين والأشجار.

ونجد أن الشافعية توسعوا في جواز ما يقرض، فجوزا قرض كل ما يسلم فيه إلا الجواري واستثنوا الجواري التي تحرم على المقترض ، على أن هناك رأياً آخر جوز رد القيمة.

في حين نجد أن الحنابلة أجازوا قرض كل ما يصح بيعه إلا الرقيق.

الثاني: كون المحل عيناً.: وهذا الشرط يجرنا إلى مسألة قرض المنافع وهل تجوز أو لا؟

القول الأول: يرى بعض العلماء عدم جواز قرض المنافع ، وهذا الرأي أخذ به بعض الشافعية والحنابلة.

وبعض العلماء رأى أن المنع في قرض المنافع سببه أن القرض لا يرد إلا على عين تستهلك بالانتفاع بها ثم ردها.

القول الثاني: جواز قرض المنافع .

الثالث: كون المحل معلوماً.: هذا الشرط يتمثل في شيئين اثنين هما معرفة القدر ومعرفة الصفة، فلابد من كون المحل معلوماً ، وأكثر العلماء على جواز قرض كل ما يسلم فيه، و اشتراط العلم بالقدر والصفة للقرض؛ لكي يمكن للمقترض من رد المثل أو القيمة عند التقدير.

الرابع: كونه جائز: لابد أن يكون المحل جائزاً وعلى ذلك لا يجوز قرض الخمر لمن يرد بدله، والخنزير والميتة، لحديث جابر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام)) أخرجه البخاري، ، الرقم (٢٢٣٦)، وأخرجه مسلم، (١٥٨١)،..

بعد هذا العرض نجد أن هناك ضوابط كثيرة بينه وبين ما ألزم المنظم من التعهد الغير معلق على شرط الوفاء بمبلغ معين من النقود وهذا يتمثل ويتشابه مع اشتراط الفقهاء العلم بالمحل، وكذلك من كون المحل عيناً فإن المنظم أجاز ذلك إذا كان مقابل الوفاء عيناً جائزاً استردادها وفقاً لأحكم الإفلاس، فلحامل الورقة التجارية الأولوية في اقتضاء حقه من قيمة المقابل نظام الأوراق التجارية، مادة (٣٤).

؛ وكذلك نجد أن شرط المشروعية قد اشترطه المنظم في النظام الأساسي للحكم بقوله: (يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله وهما الحاكمان على هذا النام وجميع أنظمة الدولة) النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/٩٠ في ١٤١٢/٨/٢٧هـ، مادة (٧)..

كما أن النظام لا يمنع أن يكون قيمة السند لأمر لعمل معين أو بضاعة معينة ولكن قد يختلف النظام اختلافاً نسبياً مع الفقه من حيث وجوب المثلية في المحل، وهذا على أحد أقوال العلماء التي ذكرت سابقاً، لكن نرى أغلب العلماء يجيز عدم المثلية في القرض.

المبحث الثاني

البيانات الشكلية الاختيارية وتحته مطلبان:

المطلب الأول: البيانات الشكلية الاختيارية في النظام

الفرع الأول : شرط الرجوع بلا مصاريف

نجد أن النظام نص على صحة هذا الشرط وبين بجواز إعفاء الحامل من عمل احتجاج عند مباشرة حقه في الرجوع، إذا ضمنت الورقة شرطا الرجوع بلا مصاريف أو بدون احتجاج أو غير ذلك من العبارات التي تفيد ذلك، وذُيل بتوقيعه. نظام الأوراق التجارية م/٥٧.

ويجوز إدراج هذا الشرط من قِبل محرر السند أو من قِبل أحد المظهرين.

الفرع الثاني : تعدد النسخ والصور

لقد بين نظام الأوراق التجارية في الفصل الثامن الأحكام الخاصة بتعدد النسخ والصور، فألزم أن تكون النسخ يطابق بعضها بعضاً ، كما أوجب أن يوضع في كل متن ورقة رقماً لها وإلا اعتبرت كل نسخة من هذه النسخ ورقة مستقلة بذاتها. نظام الأوراق التجارية م/٧٧.

ولقد بين النظام الخطوات التي معها يستطيع كل حامل إذا اتبع الإجراءات، يكون بإمكانه استصدار نسخ أخرى. نظام الأوراق التجارية م/٧٧.

هذا ويستطيع الحامل بدلاً من أن يطلب استخراج نسخ، أن يقوم بطلب تحرير صوره أو عدة صور من السند لأمر ، ولعل الفرق بين النسخ والصور يتبين فيما يلي:

١- النسخ تستلزم تدخل المحرر لسند لأمر بينما أن الصور لا تستلزم.
٢- أن ذمة المدين بالوفاء تبرأ بمقتضى أي نسخة ، في حين أنها بمقتضى الصور إلا بشروط معينة.

ويوجب النظام أن تكون الصور مطابقة لأصل السند تماماً بما تحمل من تظهيرات أو أي بيانات أخرى مدونة، كما ألزم النظام بكتابة ((أن النسخ عن الأصل انتهى عند هذا الحد)) وجوز المنظم تظهير الصورة وضمانها ضماناً احتياطياً، بشكل الطريقة التي يتم عليها الأصل، كما بين أنه يكون للصُّور ما يكون للأصل من أحكام. نظام الأوراق التجارية م/٨٠.

كما أن المنظم أوجب أن يبين في صور الورقة اسم حائز الأصل، وذلك للرجوع عليه عند الإشكال في أي شيء. نظام الأوراق التجارية م/٨١.

الفرع الثالث : عدم ضمان الوفاء

يجوز إدراج هذا الشرط من قِبل الموقعين على الورقة، ما عدا المحرر. : نظام الأوراق التجارية م/١٥

هذا ويجب أن يرد شرط عدم ضمان الوفاء على ذات السند لأمر، بشكل واضح ومحدد، ولا يستفيد منه إلا المدين الذي قام بإدراجه.

ولذلك إذا كان هذا الشرط قد حُرم منه المحرر، فإنه على عكس غيره من المظهرين، فإنه يجوز إدراج هذا الشرط، والنظام أشار إلى أن المظهر يضمن وفاء الورقة ما لم يشترط غير ذلك . نظام الأوراق التجارية م/١٥.

الفرع الرابع : توطين السند

ويقصد بالتوطين اشتمال السند على مكان للوفاء في موطن شخص آخر غير موطن المحرر.

وتوطين السند على هذه الطريقة يحقق فوائد كثيرة لكل من الحامل والمحرر، وبرغم من فوائد التوطين، وكذلك ذكر المنظم له إلا أن العمل غير منتشر به بكثرة في المملكة. نظام الأوراق التجارية م/٤،

والنظام ذكر التوطين في المادة الرابعة، وهذا بالنسبة للكمبيالة، غير أنه أشار إلى ذلك في السند لأمر عند الفقرة الأولى من المادة التاسعة والثمانين. نظام الأوراق التجارية م/٤ و ٨٩/١،

المطلب الثاني

البيانات الاختيارية في الفقه

الفرع الأول : اشتراط التوثيق لدين القرض

أكثر العلماء على إجازة الرهن والكفيل والإقرار به عند الحاكم؛ لأن ذلك توثقة للعقد لا زيادة فيه، فله إذا لم يأت المقترض بما طلب منه المقرض من توثيق فسخ عقد القرض، لأن المقترض لم يوف لما طُلب منه.

ونجد أن بعض الفقهاء يستدل لجواز شرط الرهن بحديث عائشة حيث قالت: اشترى رسول الله ﷺ طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد. أخرجه البخاري ، رقم (٢٠٦٨) ،وأخرجه مسلم ، رقم (١٦٠٣)،.

ولأن ما جاز فعله جاز شرطه، ولأنه يراد للتوثيق بالحق، وليس ذلك بزيادة في القرض

في حين نجد أن ابن حزم يخالف في ذلك فلا يجيز اشتراط ضامن ويدلل لذلك بحديث رسول الله ﷺ: ((ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شروطاً ليست في كتاب الله، فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق)). أخرجه البخاري، ، رقم(٢٧٣٥)، ، وأخرجه مسلم رقم (١٥٠٤)، .

ولكنه يقول بوجوب الكتابة والشهادة إذا كان القرض مؤجلاً، بل جوز أخذ الرهن إذا كان في سفر، ولم يكن هناك كاتب.

بعد عرض كلام العلماء عن اشتراط التوثيق في الديون، يتضح لنا صحة هذا الشرط، وأنه جائز وغير مخالف، حيث قال تعالى: ﴿ وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً (٥)﴾ سورة النساء، الآية: (٥)

وأما كلام ابن حزم نجد فيه شيء من التناقض؛ لأنه منع الشرط ثم أجازه مرة أخرى ولكن إذا كان هناك أجل.

أما ما استدل به ابن حزم فغير صحيح؛ لأن الشرط في كتاب الله، والدليل الآية السابقة.

وعليه نجد أن النظام جعل هذا لشرط إلزامي بتحرير ورقة السند لأمر نظام الأوراق التجارية (أ/٨٧). بينما نرى أنه في الفقه لا يرى الإلزامية في ذلك، وإنما جعله أمراً اختيارياً.

الفرع الثاني : اشتراط الوفاء في بلد غير القرض

هذا الشرط نجد أنه مقارب لما عليه النظام، وهو شرط التوطين لسند لأمر.

وفي هذه المسألة لابد من تحرير محل النزاع فيها:

أولاً: لا خلاف بين أهل العلم على جواز الوفاء في غير بلد القرض، إذا لم يشترطه المقرض من المقترض حين إنشاء العقد.

ثانياً: الخلاف وقع في اشتراط أحد الطرفين الوفاء في بلد آخر، وهذه المسألة اختلف فيها العلماء على عدة أقوال سوف أذكر أشهرها.

القول الأول: يقضي هذا القول بعدم جواز اشتراط الوفاء في بلد غير بلد القرض، وهو قول الحنفية، والشافعية، وهو عند بعض المالكية والحنابلة، وابن حزم.

القول الثاني: وهذا القول يقضي بجواز اشتراط الوفاء في غير بلد القرض وهذا القول لبعض المالكية وبعض الحنابلة وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، والعلة لذلك بأن هذا مصلحة لكلٍ من المقرض والمقترض من غير ضرر بواحد منهما، والشرع لا ينهى عما ينفعهم ويصلحهم، وإنما ينهى عما يضرهم،وأيضاً أن الأصل في المعاملات الإباحة.

القول الثالث: وهذا القول فيه تفصيل فإذا كان الشرط في الشيء المقْرض الذي لا مؤونة لحمله، فإن الشرط جائز، ولا يجوز الشرط إذا كان هناك مؤونة لحمل المال، وهذا قول بعض المالكية والحنابلة.

الترجيح:

بعد النظر في الأقوال وأدلتهم ترجح لدي القول الثاني؛ لأنه قول عدل لنفيه الضرر عن الطرفين، كما أن هذا الشرط ليس زيادة في القرض، خصوصاً أنه ليس من جنس المقْرض، كما أن هذا الشرط عند إنشاء العقد، والمسلمون على شروطهم، لحديث رسول الله ﷺ : ((المسلمون عند شروطهم)). أخرجه البخاري معلقاً ، ص٣٦٣ ، وأخرجه أبو داود رقم (٣٥٩٢)، ، وأخرجه الترمذي، ، رقم (١٣٥٢)، ، وقال الترمذي حسن صحيح، وقال الألباني: صحيح لرواية الترمذي، وحسن صحيح لرواية أبي

داود. ينظر: سنن الترمذي مع حكم الألباني عليه ، ص٣١٨، سنن أبي داود مع حكم الألباني عليه، ص٥٤٤ .

وعلى ذلك نجد أن النظام لا يخالف في هذا الشرط ويسمح به، وهو ما يرمز إليه بتوطين السند لأمر، وعلى هذا يذكر المنظم أنه يجوز اشتراط وفاء الورقة التجارية في موطن شخص آخر الأوراق التجارية (م/٤).

الفرع الثالث : اشتراط الأجل

إذا طلب أحد المتعاقدين اشتراط الأجل، وجعل للقرض موعداً يتم سداد المبلغ فيه، فهل ذلك جائز؟

لابد أن أنبه إلى تحرير محل النزاع في المسألة وهو:

أولاً: اتفق العلماء على جواز التأخير في الوفاء بالقرض إذا لم يكن هناك اتفاق على شرط الأجل .

ثانياً: اختلفوا في اشتراط الأجل في القرض على قولين هما:

القول الأول: وهذا القول يقضي بأن القرض حال، ولا يجوز اشتراط الأجل، ولا عبرة بتأجيله، وهذا هو قول الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة.

القول الثاني: ويقضي بجواز اشتراط الأجل في القرض، وأن القرض يتأجل إذا أجِّل ولا يكون حالاً، وهو قول المالكية، وبعض الحنابلة اختاره ابن تيمية.

مستدلين بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلاَ يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا

عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلاَ تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلاَّ تَرْتَابُوا إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلاَ يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (٢٨٢)﴾ سورة البقرة، الآية:(٢٨٢).

كما استدلوا بحديث ((المسلمون عند شروطهم)). سبق تخريجه

الترجيح:

بعد استعراض القولين وأدلتهم أجد أن الراجح هو القول الثاني القاضي بجواز شرط الأجل في القرض؛ وذلك لقوة أدلته بالإضافة إلى أنها من الكتاب والسنة، وهذا على العكس من القول الأول، حيث أن أدلتهم تعتمد على مجرد تعليلات لا تقوى على أدلة القول الثاني. والله أعلم.

بعد هذا العرض نلاحظ أن الفقه يجيز الأجل في القرض، ولكنه لم يجعله شرطاً لازماً بين الطرفين ، وذلك على العكس من النظام الذي جعله صفة لازمة وشرط لزومي للسند لأمر؛ ولذلك ذكر المنظم أنه لابد من ذكر ميعاد الاستحقاق نظام الأوراق التجارية (ج/٨٧)..

الفصل الثاني

العيوب الشكلية في السند وتحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: عيب الترك وتحته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عيب الترك

الفرع الأول : تعريف عيب الترك في اللغة

التاء والراء والكاف يأتي بمعنى: التخلية عن الشيء.

الفرع الثاني : تعريف عيب الترك في الفقه

عيب الترك أو الخلو في الفقه هو خلو عقد القرض عن أحد أركانه.

الفرع الثالث : تعريف عيب الترك في النظام

هو خلو السند لأمر من بيان أو أكثر من بياناته الإلزامية.

كما أن المنظم نص على معنى الخلو، وأكد عليه في نظام الأوراق التجارية.

نظام الأوراق التجارية م/٨٨ .

المطلب الثاني : آثار عيب الترك

الفرع الأول : آثار عيب الترك في النظام

إذا خلا السند لأمر عن أحد البيانات الشكلية الإلزامية، فإن السند يكون باطلاً، كما أنه يبطل الالتزام الصرفي أحياناً وقد تفقد الورقة صفتها الصرفية في أحيان أخرى.

ومع ذلك فإن هناك بيانات قد تخلو من السند لأمر، ولا يؤدي خلوها إلى بطلان الورقة التجارية وهذه البيانات هي:

أ- إذا خلا السند من ميعاد الاستحقاق.

ب- إذا خلا من بيان مكان الوفاء أو موطن المحرر.

ج- إذا خلا من بيان مكان الإنشاء. نظام الأوراق التجارية م/٨٨ .

وينبغي التنبيه إلى أن هناك بيانات عند فقدها لا تؤدي إلى فقد الالتزام الصرفي ، بل تؤدي إلى بطلان الورقة التجارية.

ولذلك نرى قرارات اللجنة القانونية بوزارة التجارة، حيث جاء في أحد قراراتها خلو السند لأمر من تاريخ إنشاء السند يترتب عليه بطلان الصك؛ لأن هذا البيان من البيانات الجوهرية لسند لأمر. مجموعة المبادئ النظامية في مواد الأوراق التجارية، قرار ٧٩ ، لسنة ١٤٠٥هـ (٢/٦٥).

كما أن هناك بيانات قد يبطل السند لأمر، بل وتنعدم قيمته القانونية وذلك إذا لم يرد فيه مبلغ السند أو توقيع المحرر.

ولذلك نجد أن اللجنة القانونية بوزارة التجارة قضت ببطلان الصك، إذا خلا السند لأمر من توقيع المحرر، كما لا يصحح هذا البطلان توقيع الضامن الاحتياطي على الصك؛ لأنه يشترط أن تنشأ الورقة التجارية نشأة نظامية

حتى يرد عليها الضمان، وهنا خلا من توقيع المحرر، وهو أحد البيانات الإلزامية والجوهرية في السند لأمر بناء على المادة (٨٧) الفقرة السابعة، حيث ذكرت أن توقيع المحرر بيان إلزامي لابد من وجوده في السند لأمر مجموعة المبادئ النظامية في مواد الأوراق التجارية، قرار ١٥١ ، لسنة ١٤٠٦هـ (٣١٣/٢).

الفرع الثاني : آثار عيب الترك في الفقه

إذا خلا عقد القرض عن أحد الأركان الثلاثة والتي هي:

الأول: الصيغة.

الثاني: العاقدان.

الثالث: المحل.

فإنه يكون ما يأتي: لا خلاف في ركنية الإيجاب، وأن الإيجاب ركن من أركان القرض لا يقوم إلا به؛ ولكن الخلاف في القبول وإن كان الأكثر على أنه ركن أيضاً، ولكن هناك رأي للحنفية وبعض الشافعية يرى أن القبول ليس بركن، ولكنه ضعيف.

أما العاقدان والمحل فهما ركنان، ولا يخالف في ذلك إلا الحنفية وجعلوها شروطاً.

وعلى ذلك عند خلو أحد أركان القرض، فإن القرض لا ينعقد، ويكون القرض غير صحيح، لنقصه أحد الأركان.

وعلى ذلك نجد أن الفقه والنظام اتفقا على أن ترك أحد البيانات له أثر ولكن الفقه جعل ترك أحد البيانات يترتب عليه انعقاد القرض في حين أن النظام جعل لكل بيان تأثيراً خاصاً بهذا البيان، فبعض البيانات لا يتأثر السند بتركه ويمكن التعويض بغيره من البيانات الأخرى، ولكن هناك بيانات أخرى تؤثر في السند لأمر ويترتب على تركها بطلان الورقة التجارية.

المطلب الثالث : التطبيقات المعاصرة لعيب الترك

التطبيق : القرار ١٤٠٧/١٨هـ الصادر بجلسة ١٤٠٧/٢/٤هـ

ملخص الوقائع : تتحصل وقائع هذه الدعوى حسبما يخلص من الأوراق التجارية أنه بتاريخ ١٤٠٦/٦/١٠هـ تقدمت شركة ..... لمكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بالرياض ضد ..... طالبة إلزامه بدفع مبلغ قدره ١,٤٦٣,٤٠٠ ريال، وبجلسة ١٤٠٦/٩/١٨هـ أصدر المكتب القرار رقم ١٤٠٦/١٨١هـ ويقضي بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للجهة المدعية مبلغاً قدره ١,٤٦٣,٤٠٠ قيمة السندات لأمر المدعي بها.

اللجنة

وحيث إنه بمطالعة السندات المستحقة في ١٤٠٥/١٠/١هـ، ١٤٠٥/١٢/١هـ ١٤٠٦/٢/١هـ، ١٤٠٦/٦/١هـ ومبلغ كل سند من هذه السندات هو ٦٠,٠٠٠ يتضح أن هذه السندات جميعها قد خلت من تاريخ الإنشاء، وحيث إنه وفقاً لما تقضي به المادتان ٨٧ ، ٨٨ من نظام الأوراق

التجارية فإن تاريخ الإنشاء هو من البيانات الأساسية في السند لأمر بحيث يترتب على تخلفه بطلان الصك.

وحيث إنه بالنسبة السندات لأمر المدعى بها فإنها قد استوفت شرائطها النظامية، وحيث إنه لذلك فإنه يتعين تعديل قرار المكتب المتظلم منه وذلك باستبعاد مبالغ سندات الدين العادية من المبلغ المقضي به.

فلهذه الأسباب : قررت اللجنة القانونية قبول التظلم شكلاً، وفي الموضوع تعديل قرار مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بالرياض رقم ١٤٠٦/١٨١هـ وتاريخ ١٤٠٦/٩/١٨هـ بحيث يصبح على النحو التالي: إلزام ..... بأن يدفع لشركة ..... مبلغاً قدره مليون ومائة وثلاثة وستون ألفاً وأربعمائة ريال. مجموعة المبادئ النظامية في مواد الأوراق التجارية (٢/٣٤٤-٣٤٦).

التحليل

نجد مدى تأثير الخلو لأحد البيانات في الورقة التجارية، أنه يبطل الورقة، بل ويحولها إلى سند دين عادي، لا يختص به مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية.

المبحث الثاني

عيب الصورية وتحته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عيب الصورية

الفرع الأول : تعريف عيب الصورية في اللغة

الصورية، معناها : الميل والعدول عن الصواب، فإذا عدلت أو ملت في أحد البيانات على غير صواب كانت صورية.

الفرع الثاني : تعريف الصورية في الفقه

هو: التحيل بوجه سائغ مشروع في الظاهر، ممنوع محرم في الباطن مع العلم بذلك.

وهذا التعريف رأيت أن أجعله عاماً لكي يدخل فيه جميع الحيل المحرمة، وليس كما خصصه التعريف السابق من ذكر طرقٍ للحيلة من قلب حكم أو إسقاطه..

الفرع الثالث : تعريف الصورية في النظام

عُرفت الصورية بأنها: اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار مظهر كاذب.

المطلب الثاني : آثار عيب الصورية في السند لأمر

الفرع الأول : آثار عيب الصورية في النظام

الأصل أن صورية أحد أو بعض البيانات الإلزامية لسند لأمر لا تؤثر على صحة السند لأمر كورقة تجارية، فإنها تكون صحيحة ملزمة، ما دامت أن الورقة قد استوفت شكلها النظامي.

والصورية يمكن أن تتعلق بأي بيان من بيانات السند لأمر لكن أكثر ما تقع في اسم الموقع أو صفته أو سبب التزامه أو تاريخ الإنشاء، وعلى هذا الأساس نقول بعدم بطلان الورقة التجارية، إذا كان هناك عيب صوري .

أما صورية الصفة فإن السند يظل صحيحاً، وأما المحرر فإنه يكون ملتزم بتوقيعه تجاه الحامل الحسن النية، كما أنه ملاحق بالتعويض على المتضرر لانتحاله الصفة الكاذبة .

الفرع الثاني:آثار عيب الصورية في الفقه

الحيلة الغير مشروعة محرمة والأدلة على ذلك كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ (٦٥)﴾ سورة البقرة، الآية (٦٥)

ومن الأدلة أيضاً قول الرسول ﷺ: ((إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام))، فقيل يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس، فقال: ((لا هو حرام))، ثم قال رسول الله عند ذلك: ((قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه)). سبق تخريجه،

والأدلة في هذه المسألة كثيرة، من آيات وأحاديث، وكلها دائرة على أن التحيل في قلب الأحكام ظاهراً غير جائز، وعليه عامة الأمة من الصحابة والتابعين.

فلذلك أرى أن الصورية لها تأثير في بطلان العقد، والغالب أنها غير ظاهرة عند العقد؛ لأن المتعاقدين قد يتفقان على إخفائها، فلذلك أرى أن العقد يبطل ديانة، وإذا عُلم فإنه يبطل قضاءً كذلك؛ لأن كل ما يقصد به الحرام حرام.

وعلى ذلك فإن الصورية سواء في النظام أو الفقه لها قصد الإخفاء سواء كان ذلك في باطل أم غيره ولا يترتب عليها بطلان إلا إذا كانت الصورية على أمر باطل، ولكن البطلان في هذا متوقف على الكشف عن الأسباب غير المشروعية التي رتبت البطلان، غير أن الفقه يزيد في ذلك في أن الشخص يكون مطارد للبطلان من جهة الديانة، وهذا الفرق الوحيد؛ لأن النظام لا يبطل سوى ما يظهر على الواقع.

المطلب الثالث

التطبيقات المعاصرة على عيب الصورية

التطبيق : قرار رقم (٣) لسنة ١٤٠٦هـ الصادر بجلسة ١٤٠٦/١/٣هـ

ملخص الوقائع : سبق أن عرض القرار المتظلم منه وقائع هذه الدعوى، وهي تخلص في أن البنك..... تقدم للجنة الأوراق التجارية بالدمام بلائحة ادعاء طالباً إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ قدره تسعة وستون ألف ريال ٦٩,٠٠٠ ، وبجلسة ١٤٠٥/١٠/١٨هـ أصدرت اللجنة المذكورة قرارها رقم ١٤٠٥/٢٧٤هـ ويقضي بإلزام المدعى عليه بدفع مبالغ السندات لأمر المدعى بها.

اللجنة : وحيث إنه وقد ذكر السبب في السندات لأمر المدعى بها، فإنه يفترض صحتها، وعلى المتظلم أن يثبت انتفاء سببها أو عدم صحته.

وحيث إن التظلم الماثل قد جاء مرسلاً وخالياً من أي دليل يسانده،وحيث إنه لذلك فإن هذا التظلم لا يقوم على أساس سليم من النظام.

فلهذه الأسباب : قررت اللجنة القانونية قبول التظلم شكلاً، ورفضه موضوعاً، وتأييد قرار لجنة الأوراق التجارية بالدمام رقم (٢٧٤) وتاريخ ١٤٠٥/١٠/١٨هـ. مجموعة المبادئ النظامية في مواد الأوراق التجارية (٢/١٦٦-١٦٧).

التحليل : نجد أن المدعى عليه، ذكر صورية السبب، ولذلك قالت اللجنة لابد من إثبات من ينفي الصحة.

وعلى ذلك نجد أن عيب الصورية فيها صعوبة في الاستخراج، كما أن الورقة لا تبطل لعدم حصول العلم بالعيب، لذلك توجد أوراق تجارية بها عيب صورية ولا يظهر ذلك عليها، فهو عيب خفي، وعلى مدعي العيب إثبات ذلك.

المبحث الثالث : عيب التحريف وتحته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عيب التحريف

الفرع الأول : تعريف عيب التحريف في اللغة : التحريف هو تحريف الكلام عن مواضعه، وهو التغيير، يقال: انحرف عنه وتحرف واحرورف أي: مال وعدل.

الفرع الثاني : تعريف عيب التحريف في الفقه

أرى أن التحريف هو: تغيير محرر حق وتبديله إلى باطل.

الفرع الثالث: تعريف عيب التحريف في النظام

أرى تعريف التحريف أو التزوير هو: تغيير الحقيقة في بيانات محرر ما، بقصد الغش، مع اقتران نية المزور فيما زور من أجله، وأن يكون من شأن ذلك التغيير إحداث ضرر للغير.

ونجد أن المنظم السعودي لم يعرف التزوير أو التحريف، وإنما بين طرق يكون منها التزوير فجاء فيه ((من قلد أو زور توقيعاً أو خاتماً لشخص آخر أو حرف بطريقة الحك أو الشطب أو التغيير سنداً أو أي وثيقة خاصة، عوقب بالسجن من سنة إلى ثلاث سنوات)). نظام مكافحة التزوير، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١٤ وتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦هـ، م/١٠ .

المطلب الثاني : آثار عيب التحريف

الفرع الأول : آثار عيب التحريف في النظام

إن آثار هذا التحريف عالجه المنظم في المادة (٨٢) حيث ذكر أن الموقعون اللاحقون لتحريف يلتزمون بما ورد في الصك المحرف، أما الموقعون السابقون يلتزمون بما ورود في المتن الأصلي. نظام الأوراق التجارية م/٨٢ ، الأوراق التجارية في النظام السعودي، لإلياس حداد، ص ١٠٩ .

وبهذا يتحصل لدينا أن التحريف في الشكل المبدئي لا يؤثر إلا بعد اكتشاف هذا التزوير أو التحريف، ويكون أثر ذلك على المحرف واللاحقون من بعده.

الفرع الثاني : آثار عيب التحريف في الفقه

حكم التزوير هو الحرمة لقوله تعالى: ﴿ ذَلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ حُرُمَاتِ اللَّهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ عِندَ رَبِّهِ وَأُحِلَّتْ لَكُمُ الأَنْعَامُ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ (٣٠)﴾ سورة الحج، الآية (٣٠).

ولحديث الرسول ﷺ : ((ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ ، الإشراك بالله، وعقوق الوالدين وشهادة الزور أو قول الزور))، وكان رسول الله ﷺ متكئاً فجلس، فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت. أخرجه البخاري، ، الرقم (٢٦٥٤)، ، وأخرجه مسلم، ، الرقم (١٤٣)،.

والمزور يعزر بما يراه الإمام إما أن يجلده، وإما أن يحبسه بحسب ما يراه الإمام.

وحاصل القول أن الآثار المترتبة على التحريف، تعتبر باطلة ولا يعتد بها.

ومجمل القول أن الفقه والنظام يجتمعان على عدم مشروعية التحريف، وعلى تحمل المحرف ما نتج عن تحريفه.

المطلب الثالث : التطبيقات المعاصرة على عيب التحريف

التطبيق : القرار رقم (٣٨) لسنة ١٤٠٦هـ الصادر بجلسة ١٤٠٦/٢/٢٦هـ

ملخص الوقائع : تتحصل وقائع هذه الدعوى في أنه بتاريخ ١٤٠٥/٦/٢٧هـ تقدم ..... للجنة الأوراق التجارية بجدة ضد ..... طالباً إلزامه بدفع المتبقي وهو مبلغ قدره ٣٠٧٤٠ ريالاً من قيمة السند المدعى

به،وبجلسة ١٤٠٥/١٢/٤هـ أصدر المكتب قراره القاضي بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ قدره ٣٠٧٤٠ ريالاً قيمة المتبقي من السند موضوع الدعوى.

اللجنة : وحيث أنه بمطالعة اللجنة القانونية لصورة السند محل الدعوى ومقارنته بالأصل تكونت القناعة التامة لدى هذه اللجنة على أن كلمة ((لأمر)) قد أدخلت على السند بعد إنشائه، وبدون موافقة المحرر، ولهذا فإن اللجنة القانونية ترى عدم الاعتداد بوجود كلمة ((لأمر)) الواردة في أصل السند.

وحيث إن المادة (٨٧) من نظام الأوراق التجارية تشتمل على أن يكون في السند لأمر شرط الأمر أو عبارة (سند لأمر) مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها، وقد خلصت هذه اللجنة إلى عدم الاعتداد بكلمة ((الأمر)) التي أدخلت على أصل السند، فإن الصك المدعى به يعتبر مجرد سند دين عادي.

فلهذه الأسباب : قررت اللجنة القانونية:

أولاً: قبول التظلم شكلاً، وفي الموضوع إلغاء قرار مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بجدة رقم ١٤٠٦/٤هـ وتاريخ ١٤٠٥/١٢/٤هـ.

ثانياً: رد الدعوى المقامة من ..... ضد ..... لعدم اختصاص مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بجدة بنظرها. مجموعة المبادئ النظامية في مواد الأوراق التجارية (١٨٨/٢-١٩١).

التحليل : في هذا السند نجد أن قرار مكتب الفصل بإلزام المدعى عليه بدفع قيمة السند لأمر، أتى غير صحيح، وذلك لتيقن اللجنة القانونية بوزارة التجارة على وجود تحريف في كلمة لأمر.

ولذلك نجد أن اللجنة القانونية بعد اكتشاف هذا التحريف، حكمت ببطلانه كورقة تجارية، على اعتبار أن الصك لا يوجد به كلمة لأمر؛ لأنها انتهت هذه الكلمة ولا تأثر وذلك عند تحريفها.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

القروض المصرفية المتبادلة وتطبيقاتها المعاصرة

- دراسة مقارنة -

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

فايز بن حسن أحمد قيسي

إشراف

الدكتور/ عارف بن صالح آل علي

الأستاذ المساعد بالمعهد العالي للقضاء

١٤٢٦-١٤٢٧هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ١٤٣

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ١٠١

البحث بعد التلخيص ٢٣

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

تتكون تقسيمات البحث من مقدمة ، وتمهيد ، وفصلين ، وخاتمة ، يليها ثبت المراجع والمصادر ، ثم فهارس البحث .

التمهيد :

تعريف مفردات العنوان ، وفيه مباحث :

المبحث الأول : تعريف القروض .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : القروض في اللغة .

المطلب الثاني : القروض في النظام .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف عقد القرض في النظام .

الفرع الثاني: تعريف عقد القرض المصرفي .

المطلب الثالث : القروض في الفقه .

المطلب الرابع : العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للقرض.

المطلب الخامس: المقارنة بين عقد القرض في النظام والفقه .

المبحث الثاني : تعريف المبادلة :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : المبادلة في اللغة .

المطلب الثاني : المبادلة في النظام .

المطلب الثالث : المبادلة في الفقه .

المبحث الثالث : تعريف القروض المتبادلة مركباً .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حقيقة القروض المتبادلة في النظام .

المطلب الثاني : حقيقة القروض المتبادلة في الفقه .

المطلب الثالث : تمييز القروض المتبادلة وما يشابهها .

وفيه فرعان :

الفرع الأول: تمييز القروض المتبادلة عن قروض المنافع عند الفقهاء.

الفرع الثاني: تمييز القروض المتبادلة عن الحساب الجاري المدين عند القانونيين.

المبحث الرابع : المنفعة في القرض ، ومدى ارتباطها بالقروض المتبادلة .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : المنفعة في القرض نظاماً .

المطلب الثاني : المنفعة في القرض فقهاً .

المطلب الثالث: الفرق بين المنفعة في القرض نظاماً وفقهاً .

المطلب الرابع: مدى ارتباط القروض المتبادلة بالمنفعة في القرض .

المطلب الخامس: ضوابط المنفعة في القرض .

الفصل الأول

القروض المتبادلة بالشرط

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : القروض المتبادلة بالشرط في النظام .

وتحته خمسة مطالب :

المطلب الأول : تسمية القروض المتبادلة بالشرط في البنوك .

المطلب الثاني :فوائد القروض المتبادلة بالشرط للأطراف.

المطلب الثالث: شروط القروض المتبادلة بالشرط .

المطلب الرابع : طبيعة القروض المتبادلة بالشرط .

المطلب الخامس : الالتزامات المتبادلة بين البنوك فيها .

المبحث الثاني : تكييف القروض المتبادلة بالشرط، وحكمها الشرعي:

وتحته مطلبان :

المطلب الأول : تكييف القروض المتبادلة بالشرط .

المطلب الثاني : الحكم الشرعي للقروض المتبادلة بالشرط وتحته فروع :

الفرع الأول : تحرير محل النزاع في المسألة .

الفرع الثاني: عرض الأقوال في المسألة .

الفرع الثالث: أدلة القول الأول .

الفرع الرابع: أدلة القول الثاني .

الفرع الخامس : أدلة القول الثالث .

الفرع السادس: بيان سبب الخلاف مع الترجيح .

الفصل الثاني

التطبيقات المعاصرة للقروض المتبادلة بالشرط

وتحته مبحثان :

المبحث الأول: القروض المشروطة بقروض مقابلة بين المؤسسات المالية والعملاء.

وتحته خمسة مطالب :

المطلب الأول: الإيداع في المصارف بشرط الإقراض.

المطلب الثاني: اشتراط فتح الحسابات الجارية لإصدار البطاقات الائتمانية.

المطلب الثالث: اشتراط فتح الحسابات الجارية لإصدار خطاب الضمان المغطى.

المطلب الرابع: الإقراض مقابل الإيداع .

المطلب الخامس: حماية تقلبات العملات .

المبحث الثاني: القروض المشروطة بقروض مقابلة بين المؤسسات المالية .

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: القرض المشروط بقرض مقابل بين البنك المحلي والبنك المراسل.

المطلب الثاني: القرض بعملة مقابل القرض بعملة مختلفة.

الخاتمة :

الفهارس، وتشتمل على:

١- فهارس الآيات .

٢- فهارس الأحاديث والآثار .

٣- فهارس التراجم والأعلام .

٤- فهارس الموضوعات .

التمهيد

تعريف مفردات العنوان وفيه مباحث

المبحث الأول: تعريف القروض : وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول: القرض في اللغة: القَرْض بفتح القاف مصدر قرض الشيء يقرضه، إذا أقطعه، والجمع قروض

المطلب الثاني : القرض في النظام وفيه فرعان

الفرع الأول : تعريف عقد القرض في النظام :

لم يتطرق النظام السعودي إلى تعريف القرض، لكونه لم يجعل له قانوناً مدنياً يعتمد عليه، بل اكتفى بما ذكره الفقهاء في تعاريفهم على مختلف مذاهبهم.

ولذا فالمختار في تعريف القرض نظاماً هو ما عرفه الفقهاء في كتبهم وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً

الفرع الثاني : تعريف عقد القرض المصرفي – البنكي –

القرض المصرفي هو: عقد يلتزم البنك بمقتضاه تسليم المستفيد مبلغاً معيناً من النقود دفعة واحدة – مقابل فائدة – على أن يلتزم المستفيد بإرجاعها في ميعاد الاستحقاق دفعة واحدة.

المطلب الثالث : تعريف القرض في الفقه

والذي يظهر لي في تعريف القرض أن يقال: ((تمليك مال لمن ينتفع به على أن يرد بدله)).

المطلب الرابع : العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للقرض

في الحقيقة أن هذه العلاقة تبدو من وجهين:

الوجه الأول: أن القرض في الشرع مأخوذ من المعنى اللغوي وهو القطع؛ لأن المقرض قد اقتطع من ماله ليعطي المقترض.

الوجه الثاني: أن العلاقة بينهما العموم والخصوص المطلق، فكل قرض بالمعنى الشرعي هو قرض بالمعنى اللغوي ولا عكس، إذ الأخص يستلزم دائماً معنى الأعم ولا عكس.

المطلب الخامس : المقارنة بين عقد القرض في النظام والفقه

أن النظام سار على ما سار عليه الفقه الإسلامي في جانب ما كان بغير فائدة ربوية، أما ما كان فيه فائدة ربوية فإنه خالف الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : تعريف المبادلة

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : المبادلة في اللغة.

المبادلة : هي التبادل ، وهو قيام الشيء مقام الشيء الذاهب، يقال: هذا بَدَلُ الشيء وبديله، ويقولون: بدلت الشيء إذا غيرته ، وإن لم تأت له ببدل .

ويقال: بادله الرجل مبادلة وبدالاً : أي أعطاه مثل ما أخذ منه .

المطلب الثاني :المبادلة في النظام

المبادلة في النظام سارت على ما سار عليه الفقه الإسلامي وهو بذل الشيء وأخذ عوضه .

المطلب الثالث : المبادلة في الفقه

عرِّفت في الفقه بأنها :" أخذ العوض، وهو يعني بذل الشيء وأخذ عوضه ومنه: البيع مبادلة مال بمال".

المبحث الثالث: تعريف القروض المتبادلة مركباً

وفيه ثلاث مطالب

المطلب الأول : حقيقة القروض المتبادلة في النظام

يمكن أن نعرِّف القروض المتبادلة المشروطة بقولنا : "أن يقرض البنكُ بنكاً آخر أو عميلاً من العملاء بشرط أن يقرضه باتفاق يصطلحان عليه" .

المطلب الثاني : حقيقة القروض المتبادلة في الفقه

عند التأمل فيما ذكره الفقهاء في أبواب المعاملات وخصوصاً الشروط في البيع والقرض نجد أن مسألة اشتراط عقد قرض آخر من المقترض للمقرض في مقابل القرض الأول ، وهي ما تسمى عند فقهاء المالكية بمسألة (أسلفني أسلفك) ، هي عبارة عن قروض متبادلة بين المقرض والمقترض.

ومسألة أسلفني وأسلفك – فيما يظهر – لم ينص الفقهاء فيها على تماثل المقدار والمدة بل ذكروها مطلقة مما يبين لنا أنه قد يكون التبادل بشرط التماثل في المقدار والمدة، وقد يكون بدون شرط التماثل في المقدار والمدة.

المطلب الثالث : تمييز القروض المتبادلة وما يشابهها

الفرع الأول : تمييز القروض المتبادلة عن قروض المنافع

١- أن محل القرض في نظام القروض المتبادلة المصرفية شيء مادي، بينما محل القرض في مسألة قرض المنافع شيء عرضي .

٢- القروض المتبادلة اشتراط منفعة إضافة على المنفعة الأصلية في القرض لأنها من باب اشتراط عقد في عقد ، أما قروض المنافع فليس فيها منفعة إضافية من حيث الأصل؛ بل اشتراط يناسب مقتضى العقد فليست من باب اشتراط عقد في عقد .

الفرع الثاني : تمييز القروض المتبادلة عن الحساب الجاري المدين عند القانونيين :

الوجه الأول : أن الحساب الجاري المدين يعطي الحق للعميل بأن يسحب من الحساب ماشاء دفعة واحدة أو على دفعات حسب حاجته،أما القروض المتبادلة فإنه يقيد في حسابه للدائن ، ويعتبر عند إرجاعه له بمثابة سداد للدين

الوجه الثاني : أن الحساب الجاري المدين تدخله الفائدة غالباً، بخلاف القرض المتبادل، فلا تدخله الفائدة إذا كان الرد للمال المُقْتَرَضِ متماثلاً في المقدار والمدة.

الوجه الثالث : عقد الحساب الجاري ليس بقرض تبادلي من حيث أنه لايتفق مع حقيقة قصد الطرفين .

وفي الحقيقة أن هذا الوجه لا يعتبر ؛ لأن إرادة الطرفين أيضاً لم تتجه إلى أنه حسابٌ جارٍ مدينٌ، لكن لو قيل بأن له خصائص وشروطاً تميزه عن غيره ثم عدِّت لكان أولى كما ذكرنا في الوجهين السابقين.

لكن الحساب الجاري المدين يتضمن في بعض صوره قروضاً متبادلة.

فحينئذ الحساب الجاري المدين لا يكيف بأنه عقد قرض تبادلي ، بل يكيف بأنه عقد من نوع خاص له ظروفه وأهدافه.

المبحث الرابع : المنفعة في القروض، ومدى ارتباطها بالقروض المتبادلة

وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول : المنفعة في القرض نظاماً ..

هي الفائدة التي تتحصل للمقرض نظير تركه المال للمقترض مهلة من الزمن ، أو تأخره عن سداد ما وجب باتفاق أو بدون اتفاق.

المطلب الثاني : المنفعة في القرض فقهاً

يمكن أن تُعَرَّف المنفعة في القرض في الفقه الإسلامي بأنها هي: ((الفائدة أو المصلحة التي تعود لأحد أطراف عقد القرض بسبب هذا العقد)).

المطلب الثالث: الفرق بين المنفعة في القرض نظاماً وفقهاً

أما الفرق بينهما فيظهر جلياً من جانبين :

الأول: أن المنفعة في القرض فقهاً مطلقة ، بينما نجد أن المنفعة في القرض نظاماً محصورة في نوعين اثنين ؛ هما الفوائد التعويضية، والفوائد التأخيرية

الثاني: أن المنفعة في القرض فقهاً ليست محرمة على إطلاقها بل لابد من ضوابط معينة ، بخلاف المنفعة في القرض نظاماً فإنها محرمة؛ لأنها تشتمل على شرط زيادة في مقابل القرض.

المطلب الرابع : مدى ارتباط القروض المتبادلة بالمنفعة في القرض

ترتبط القروض المتبادلة بالمنفعة في القرض ارتباطاً وثيقاً، فالقروض المتبادلة تشتمل على منافع ومن تلك المنافع ما يلي:

١ – الاشتراط الذي يشترطه المقرض يجر منفعة إليه.

٢ – القرض الثاني عموماً ألا يعد منفعة زائدة للمقرض لخروج القرض عن معنى التبرع إلى معنى المعاوضة.

٣ – من الثابت في الفقه والاقتصاد أن القرض المعجل أكبر قيمة من القرض المؤجل

٤ – من المعلوم أن البنوك التقليدية قد ترد القرض الثاني للمقرض وإن لم يكن متماثلاً في المقدار والمدة.

ضوابط المنفعة في القرض

الضابط الأول : كل قرض جر منفعة زائدة متمحضة مشروطة للمقرض على المقترض أو في حكم المشروطة فإن هذه المنفعة ربا .

وقد أجمع أهل العلم على أن اشتراط المقرض على المقترض زيادة على المال المقرض أن ذلك رباً كما ورد ذلك عنهم .

وسواء أكانت الزيادة في : القدر، أو الصفة ،أو المنفعة ، أو العين.

وبرهان ذلك ما يلي :

أولاً : الكتاب : قال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ المِسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا البَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (٢٧٥) سورة البقرة أية : (٢٧٥) .

ثانياً : من السنة : ومن ذلك :

١- عن علي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: (كل قرض جر نفعاً فهو ربا) رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده ، ورواه أبو جهم في جزئه وسوار بن مصعب : منكر الحديث كما قال البخاري . وقال النسائي وغيره : متروك (ميزان الاعتدال (٢/ ٢٤٦). نصب الراية (٤/ ٦٠) ، والمطالب العالية (١/ ٤١١)، ونيل الأوطار (٥/ ١٩٧)، وإرواء الغليل (٥/ ٢٣٥-٢٣٦) .

ثالثاً: الإجماع : وقد حكاه غير واحد من أهل العلم :

رابعاً: المعقول :إن الزيادة المشروطة في القرض تشبه الربا، لأنها فضل لا يقابله عوض والتحرز عن الربا ، وشبه الربا واجب .

الضابط الثاني : كل منفعة غير مشروطة يبذلها المقترض للمقرض من أجل القرض فإنها محرمة.

لما ذكر ابن قدامة جواز الزيادة عند الوفاء من غير شرط قال: (لأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ، ولا وسيلة إليه ، ولا إلى استيفائه دينه فحلت كما لو لم يكن قرض) .

ولعل ابن قدامة استفاد ذلك من حديث أبي هريرة – ﷺ– قال: كان لرجل على النبي ﷺ سن من الإبل فجاء يتقاضاه فقال: أعطوهن فطلبوا سنه ، فلم يجدوا إلا سناً فوقها . فقال: (أعطوهُ) ، فقال: أوفيتني أوفى الله بك ، فقال النبي –ﷺ– (إن خيركم أحسنكم قضاء) رواه البخاري ، رقم (٢٣٠٥) ، ورواه مسلم رقم (١٦٠٠) .

الضابط الثالث: كل منفعة في القرض مشتركة بين المقرض والمقترض، ومنفعة المقرض أقوى فإنها محرمة .

الضابط الرابع :كل منفعة في القرض مشتركة بين المقرض والمقترض ، ومنفعة المقترض أقوى أو مساوية فإنها جائزة .

الضابط الخامس : إذا كان تقديم القرض الحسن يكلف المقرض فإن له تحميل التكاليف على المقترض، ولا يعتبر ذلك من المنفعة المحرمة؛ لأنه يقابلها عوض هنا، ويمكن أن يستدل على ذلك بما يلي :

أ- قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلاَ عَلَى المَرْضَى وَلاَ عَلَى الَّذِينَ لاَ يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى المحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)﴾ سورة التوبة (٩١)

ب- ولحديث أبي هريرة – رضي الله عنه – قال : قال رسول الله – ﷺ – : (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة) أخرجه البخاري ، حديث رقم (٢٣٧٧) ..

الفصل الأول

القروض المتبادلة بالشرط وفيه مبحثان

المبحث الأول : القروض المتبادلة بالشرط في النظام وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول: تسمية القروض المتبادلة بالشرط في البنوك.

في الحقيقة أن البنوك ليس لديها مصطلح باسم القروض المتبادلة بالشرط إلا في صورة واحدة من صور القروض المتبادلة بالشرط، وهي ما يحصل في عملية إدارة العملات، وتسمى هذه العملية بعملية سواب (swap) ويقابلها بالعربي " المقايضة " أي القروض المتبادلة .

أما بقية الصور فإنها تمارس في البنوك، ولكن بمسميات مختلفة-.

فمن المصطلحات المطروحة ما يلي:

١- أسلفني وأسلفك.

٢- القروض المتقابلة.

٣- القروض المقابلة للودائع.

٤- الودائع المتبادلة .

٥- البنك المراسل .

٦- الإيداع بشرط الإقراض.

٧- الإقراض مقابل الإيداع. وتسمى الحساب المكشوف .

المطلب الثاني : فوائد القروض المتبادلة بالشرط للأطراف

١- تيسير تعاملات النبوك فيما بينها ، وخدمة الطرف الآخر للطرف المقابل له.

٢- حماية تقلبات الأسعار للعملات .

٣- زيادة الأرباح.

٤- استثمار هذه القروض المتبادلة وبعبارة أخرى المضاربة بها:

٥- من دوافع القروض المتبادلة أن تقوم المصارف الإسلامية بالقروض المتبادلة تحاشياً للفائدة الربوية التي تطلبها منها البنوك الأجنبية المراسلة

٦- ومن الدوافع تحقيق الحاجة الماسة والملحة بالنسبة لعلاقة المصارف الإسلامية، مع البنوك التقليدية التي لا مندوحة من التعامل معها.

المطلب الثالث : شروط القروض المتبادلة بالشرط

لم ينص النظام المصرفي للقروض المتبادلة بالشرط على شروط محددة ومعينة، بل ترك ذلك لحرية الأطراف فيما بينهم، محكوماً ذلك بالعرف المعمول به.

ومن خلال التأمل في التطبيقات الموجودة، وسؤال المختصين، نجد أن هناك شروطاً بارزة معمولاً بها في العرف المصرفي والتي من أهمها:

١- فتح حساب جار

٢- تحديد فروع التعامل

٣- تحديد طريقة التحويل في البنوك المراسلة

المطلب الرابع : طبيعة القروض المتبادلة بالشرط

يتصف القرض المتبادل بأنه عمل تجاري في جميع الحالات بالنسبة للبنك، بوصفه عملاً من أعمال البنوك تطبيقاً للفقرة (ج) من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية .

أما بالنسبة للعميل فقد اختلف الشراح في ذلك اختلافاً متبايناً :

فذهب بعضهم إلى أن القرض المتبادل يكون مدنياً للعميل أو تجارياً بحسب صفة المقترض، والغرض الذي اقترض من أجله.

وذهب آخرون إلى أن القروض المتبادلة التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد يعتبر عملاً تجارياً أياً كانت صفة المقترض، وأياً كان الغرض الذي خصص له القرض.

والرأي الأخير وهي ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية والمصرية، وهو حكم عام للقروض عموما.

المطلب الخامس : الالتزامات المتبادلة بين البنوك فيما بينها

لم ينص النظام المصرفي على التزامات محددة ومعينة في القروض المتبادلة، بل ترك ذلك لحرية البنوك فيما بينها، محكوماً ذلك بالعرف السائد والمعمول به، ومن الأشياء المتعارف عليها والسائدة، والتي تلتزم البنوك بها فيما بينها في القروض المتبادلة ما يلي:

١- تسهيلات السحب على المكشوف.

٢- تسهيلات إصدار خطابات الضمان .

٣- أي عملية يقوم بها البنك المراسل للعميل بناء على أوامر البنك المحلي فإنه يأخذ عليها عمولة أو نسميها رسوم خدمات مقابل هذه الخدمة.

٤- ومن الالتزامات بين البنكين في حماية تقلب الأسعار في العملات التزام البنكين بالتسليم في الوقت المحدد .

المبحث الثاني : تكييف القروض المتبادلة بالشرط، وحكمها الشرعي.

وفيه مطلبان

المطلب الأول: تكييف القروض المتبادلة بالشرط

يمكن أن تكيف القروض المتبادلة بالشرط على مسألة (أسلفني وأسلفك) عند فقهاء المالكية .

فهي في الحقيقة عبارة عن قروض متبادلة بين المقرض والمقترض .

ومسألة (أسلفني وأسلفك) محرمة بإجماع أهل العلم، وقد جاء ذلك مصرحاً به عند علماء المالكية، والشافعية، والحنابلة، ويتخرج على القواعد العامة للحنفية القائلة بمنع كل قرض جر نفعاً .

لكن ورد عند المالكية في جامع الأمهات ما نصه : " بيوع الآجال ....وإن كان بعيداً جداً، كأسلفني وأسلفك، فالمشهور جوازه ".

الذي يظهر أن هذه المسألة التي أجازها المالكية هي غير مسألة القروض المتبادلة التي هي محل البحث؛ لأن المسألة الجائزة في المشهور عند المالكية هي في بيوع الآجال، ومسألتنا في القرض، وإن لم نقل بمثل هذا الكلام لحصل تناقض بين أئمة المالكية أنفسهم وبالتالي الجمع بين كلام الأئمة أولى من التناقض ما دام أن الجمع ممكن .

المطلب الثاني : الحكم الشرعي للقروض المتبادلة بالشرط وفيه ستة فروع

الفرع الأول:

تحرير محل النزاع :

١- أن القروض المتبادلة إذا كانت غير مقصودة، بل جاءت تبعاً، وحصلت في البنوك دون إرادة من أحد الطرفين فإنها جائزة حينئذ، وسيأتي ذكر بعض التطبيقات على ذلك .

٢- أن القروض المتبادلة إذا لم تكن متماثلة في المقدار فإنها محرمة؛ لأن هذا القرض جر منفعة زائدة للمقرض على المقترض، وقد أجمع أهل العلم على أن كل قرض جر نفعاً مشروطاً فهو محرم . وما مضى محل اتفاق بين الأقوال فيما يظهر.

٣- ولكن حصل الخلاف في القروض المتبادلة إذا كانت متماثلة في المقدار والمدة هل تجوز أو لا تجوز؟ على ثلاثة أقوال وسيأتي بيانها .

الفرع الثاني: عرض الأقوال في المسألة :

القول الأول: تحريم القروض المتبادلة بالشرط مطلقاً، سواء كانت لحاجة أو لغير حاجة ، وهذا مقتضى ما يخرج على مسألة : (أسلفني وأسلفك) التي حُكِيَ الإجماع فيها، كما جاء ذلك مصرحاً به عند المالكية ، والشافعية، والحنابلة، والمخرج على قواعد الحنفية، وقد قال به جماعة من المعاصرين، وقد أفتى به ابن باز – رحمه الله تعالى .

القول الثاني : جواز القروض المتبادلة، وهو اختيار بعض المعاصرين ، واختيار بعض الهيئات الشرعية في البنوك كهيئة الرقابة الشرعية

لبنك فيصل السوادني، والهيئة الشرعية لشركة الراجحي ، والمستشار الشرعي ببيت التمويل الكويتي .

القول الثالث: جواز القروض المتبادلة إذا لم يكن هناك ربط عقدي مشروط بين القرضين بل يتم العقد من خلال مواعدة، أو بمذكرة تفاهم، فيكون على سبيل المواعدة لا المشارطة' وهو ما أفتت به ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي ، والمستشار الشرعي لمجموعة البركة، والمستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي، واختاره بعض الباحثين .

الفرع الثالث: أدلة القول الأول :

يمكن أن يستدل للقول الأول بما يلي:

١- أن هذا الاشتراط يجر منفعة للمقرض، وقد أجمع العلماء على أن كل قرض يجر منفعة مشروطة للمقرض فهو حرام .

الثانيأن القروض المتبادلة يدخل في الحديث الذي نهى فيه النبي ﷺ عن بيع وسلف الحديث أخرجه أبو داود رقم (٣٥٠٤)، وأخرجه الترمذي (١٢٣٤)، وأخرجه النسائي رقم (٤٦١١، ٤٦٣) ، وقال الترمذي عنه: حديث حسن صحيح.

الثالث: أن القرض في الإسلام تبرع، وهو من عقود الإرفاق، فإذا شُرِطَ فيه قرض آخر خرج من كونه إرفاقاً وتبرعاً إلى كونه معاوضة .

الفرع الرابع : أدلة القول الثاني : ويمكن أن يستدل للقول الثاني بما يلي :

الدليل الأول : أن المنفعة في نظام القروض المتبادلة متماثلة، ولا تخص المقرض وحده بل هي من قبيل النفع المشترك الذي يعم المقرض والمقترض على السواء، ويحقق مصلحة عادلة للطرفين، فهذا ليس بمنصوص على تحريمه، ولا هو في معنى المنصوص، فلزم إبقاؤه على الإباحة .

الدليل الثاني : القياس على السفتجة، حيث إنها لا تخص المقرض وحده، بل تعم الطرفين، وهي مشروعة جائزة على الصحيح من أقوال الفقهاء.

الفرع الخامس : أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بجواز القروض المتبادلة على سبيل المواعدة لا المشارطة بدليل واحد قالوا فيه : إن الاشتراط مؤثر في القرض؛ لدخوله تحت قاعدة : (كل قرض جر نفعاً فهو ربا)، فيمنح القرض حينئذ بدون اشتراط، ويتم التفاهم عليه خارج العقد من خلال مواعدة أو بمذكرة تفاهم، دون ربط عقدي بين القرضين .

الفرع السادس : بيان سبب الخلاف مع الترجيح

بعد استعراض الأقوال في مسألة القروض المتبادلة، والاختلاف الحاصل فيها، نجد أن كل طرف راعى جانباً لا يقل أهمية عن الآخر، فأصحاب القول الأول والثالث نظروا لباب سد الذرائع، فأرادوا سد أي ذريعة تؤدي إلى حيلة ربوية.

وأصحاب القول الثاني نظروا للواقع المتحتم أمام أعينهم، ومصحلة المصارف الإسلامية، ومرونة عملها، وحاجتها لمثل هذه المعاملة فقالوا بجوازها .

وقد ظهر من خلال استعراض الأدلة أن الاشتراط في القروض المتبادلة هو من قبيل المنفعة المتمحضة للمقرض، إذ لا منفعة للمقترض باقتطاع جزء من ماله وإعطائه للمقرض، ولأن هذه المنفعة لا يقابلها شيء سوى القرض الذي أعطاه إياه مما يصيرها حينئذ منفعة زائدة ربوية، ويدل الواقع العملي للقروض المتبادلة أن المعاوضة مقصودة فيها، فتلحق بالبيع حينئذٍ، ووصف الإرفاق كما سبق ليس لازم للقرض في كل أحواله ما دام أن المنفعة جائزة، أما لو كانت المنفعة محرمة كما هو موجود في القروض المتبادلة فإن وصف الإرفاق والمعروف لازم لها في كل أحواله، إضافة إلى الإجماع المنعقد في مسألة أسلفني وأسلفك ولو قيل به لكفى، أما ما نقل عن المالكية في جامع الأمهات في جواز " أسلفني وأسلفك " في المشهور عن المالكية فهي خارجة عن محل بحثنا، لأن المسألة الجائزة في المشهور عند المالكية هي في بيوع الآجال، ومسألتنا في القرض، وإن لم نقل بهذا لحصل تناقض في كلام أئمة المالكية أنفسهم .

وبناء على ما سبق نقول أن القول الراجح – والله أعلم – هو القول الأول، القاضي بتحريم القروض المتبادلة بالشرط، لكن بما أن الحاجة الآن

للتعامل بهذا النظام وتطبيقاته أصبحت ماسَّة بلا ريب، ، فتعين اللجوء إليها حينئذ لداعي الحاجة الخاصة التي تنزل عند الفقهاء منزلة الضرورة.

لكن هذه الحاجة لابد أن تقيد بضوابط وشروط معينة تتحدد فيما يلي:

١- أن تكون الاتفاقية بين الطرفين في التبادل بلا فائدة، وبسعر يومها.

٢- أن لا يتضمن هذا الاتفاق شروطاً تكفل رجحان أحد القرضين على الآخر.

٣- ألا يوجد بديل غير هذه المعاملة .

الفصل الثاني

التطبيقات المعاصرة للقروض المتبادلة بالشرط

وتحته مبحثان

المبحث الأول: القروض المشروطة بقروض مقابلة بين المؤسسات المالية والعملاء

وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول : الإيداع في المصارف بشرط الإقراض

هو أن يقوم العميل بفتح حساب وديعة جارية في بنك معين ، ويشترط العميل على البنك أن يسمح بانكشاف الحساب (أي جعله مدنياً) بمبلغ مساوٍ للوديعة، وللمدة نفسها، وإن لم يسدِّد العميل حجز البنك حساب الجاري الدائم مدة معينة ، حتى يقدم خدمة الحساب الجاري المدين .

المطلب الثاني: اشتراط فتح الحسابات الجارية لإصدار البطاقات الائتمانية

هي أن يقوم البنك بإعطاء العميل بطاقة ائتمان، مقابل أن يفتح العميل حساب وديعة جارية عنده ، والبنك بدوره يجعل هذه الوديعة عنده مدة معينة ، ثم بعد ذلك يعطيه بطاقة ائتمانية .

المطلب الثالث : اشتراط فتح الحسابات الجارية لإصدار خطاب الضمان المغطى .

أن يطلب العميل خطاب الضمان من البنك، فيرفض البنك إعطاء العميل خطاب ضمان إلا بشرط أن يفتح حساب وديعة جارية ، فإذا لبَّى الطلب وفتح حساب الوديعة، قام البنك بإعطائه خطاب الضمان، وأن يقوم بإقراضه عند حلول الأجل أو الطلب من الجهة المستفيدة .

المطلب الرابع : الإقراض مقابل الإيداع

أن يتقدم المصرف بتقديم قرض للشخص طالب التمويل ، مقابل أن يودِّع الشخص جزءًا من القرض لدى المصرف عند تسلم القرض لمدة تتناسب مع نسبة الوديعة إلى مبلغ القرض، وفق نظام النمر المعروف- حاصل مبلغ القرض بأيام مدة القرض- .

المطلب الخامس : حماية تقلبات العملات

تتلخص في الاتفاق على تبادل مبلغين بعملتين مختلفتين ، ولمدة محدودة يسترد بعدها كل من المبلغين ، ويعامل كل من المبلغين كقرض حسن من الجانبين ، ويستخدم كل طرف المبلغ الذي اقترضه لحسابه، وعلى مسؤوليته خلال مدة القرض.

المبحث الثاني: القروض المشروطة بقروض مقابلة بين المؤسسات المالية

وفيه مطلبان

المطلب الأول : القرض المشروط بقرض مقابل بين البنك المحلي والبنك المراسل

أن يقوم البنك الإسلامي بالاتفاق مع البنك الأجنبي التقليدي المراسل بأن لايقوم البنك الإسلامي بأخذ فوائد على ما يودعه لديه البنك المراسل في مقابل أن لا يتقاضى البنك الأجنبي فوائد على البنك الإسلامي إذا انكشف حسابه لديه؛ وذلك لأن المصرف الإسلامي يفتح حساباً في المصرف الأجنبي ، ويودع فيه مبلغاً من المال، ثم يحيل عليه بأنواع الحوالات لمدة حتى ينضب ما فيه، وحينها يقوم المصرف الأجنبي بكشف الحساب ، أي : يجعله مديناً بمبلغ مساو لما كان مودعاً فيه وبنفس المدة.

المطلب الثاني : القرض بعملة مقابل القرض بعملة مختلفة

هي فكرة تقوم على تبادل الإقراض بين المصارف بعملات مختلفة، حيث يقرض كل مصرف الآخر من العملة التي لديه فائض فيها ، وكل مصرف محتاج للعملة التي في يد الآخر ، فيقوم كل منهما بإقراض الآخر .

وفي ذلك فائدتان :

الأولى: حتى لا يضطر أحد المصرفين لبيع أرصدته من هذا الفائض في وقت غير ملائم .

الثانية: وحماية لتقلب أسعار العملات .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

القواعد الفقهية المتعلقة
بدعوى الضمان وعوارضه وموانعه

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

(الفقه المقارن)

إعداد

محمد بن سالم بن محمد المري

إشراف

الدكتور: عبدالله بن ناصر السلمي

١٤٢٣-١٤٢٤هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢١٤

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ١٣٢

البحث بعد التلخيص ٤٨

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

التمهيد، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : التعريف بمفردات العنوان، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الضمان لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: المقصود بدعوى الضمان.

المطلب الرابع: المقصود بعوارض الضمان .

المطلب الخامس: المقصود بموانع الضمان.

المبحث الثاني: مشروعية الضمان وحكمه وأركانه ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشروعية الضمان.

المطلب الثاني: حكم الضمان .

المطلب الثالث: أركان الضمان.

المبحث الثالث: قواعد الضمان وعلاقتها بالقواعد الكلية.

الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة : (الأصل عدم الضمان وبراءة الذمة) .

المبحث الثاني: قاعدة: (الإنسان في الإقرار بالضمان على نفسه غير متهم).

المبحث الثالث: قاعدة : (كل واضع يد "سواء كان ضامناً أو أميناً" يصدق في دعوى التلف بيمينه ، وكل دعوى رد يفصل فيها بين الضامن "فلا يصدق بيمينه بل بالبينة من غير استثناء" وبين الأمين "فيصدق بيمينه إلا المكتري والمرتهن فيكلفان البينة على الرد").

المبحث الرابع: قاعدة: (كل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع فإنه يوزع بينهم على عددهم) .

الفصل الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بعوارض الضمان، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: (الاضطرار لا يسقط الضمان).

المبحث الثاني: قاعدة: (الخطأ لا يسقط الضمان).

المبحث الثالث: قاعدة : (الجهل ليس مسقطاً للضمان).

المبحث الرابع: قاعدة : (الضمان من الجوابر، والجوابر لا تسقط بالنسيان).

الفصل الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بموانع الضمان ، وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: (الجواز الشرعي ينافي الضمان).

المبحث الثاني: قاعدة: (إذا برئ الأصيل برئ الضامن).

المبحث الثالث: قاعدة: (من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه).

المبحث الرابع: قاعدة: (ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه).

المبحث الخامس: قاعدة : (لا ضمان على المبالغ في الحفظ) .

المبحث السادس: قاعدة: (الرضا الطارئ كالمقارن في سقوط الضمان).

المبحث السابع: قاعدة: (لا ضمان على المحسنين).

المبحث الثامن: قاعدة : (الضمان والأمانة لا يجتمعان) .

الفصل الرابع: تطبيقات قضائية من المحاكم ، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تطبيق قضائي على دعوى الضمان.

المبحث الثاني: تطبيق قضائي على عوارض الضمان.

المبحث الثالث: تطبيق قضائي على موانع الضمان.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها ، وبعض التوصيات والاقتراحات التي أرى أن الحاجة تمس إليها.

التمهيد

المبحث الأول

التعريف بمفردات العنوان وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القواعد الفقهية لغة واصطلاحاً .

الفرع الأول :تعريف القواعد لغة : القواعد جمع قاعدة، والقاعدة : أصل الأسِّ، والقواعد : الأساس، وقواعد البيت أساسه.

الفرع الثاني : تعريف القاعدة في الاصطلاح العام وفي اصطلاح الفقهاء:

المسألة الأولى : تعريف القاعدة في الاصطلاح العام :

تعددت عبارات العلماء في تعريف القاعدة في الاصطلاح العام ومن هذه التعاريف :

١- قال صدر الشريعة : القواعد هي : القضايا الكلية.

وهو التعريف المختار .

المسألة الثانية : تعريف القواعد في اصطلاح الفقهاء :

تعددت عبارات الفقهاء المتقدمين والمعاصرين في تعريف القواعد في الاصطلاح الفقهي، ومن هذه التعاريف :

القاعدة الفقهية هي : قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية .

الفرع الثالث : التعريف المختار للقواعد الفقهية :

أنها : قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا فقهية كلية" .

المطلب الثاني

تعريف الضمان لغة واصطلاحاً

الفرع الأول : تعريف الضمان لغة : هو الكفالة والالتزام .

الفرع الثاني : تعريف الضمان في الاصطلاح :

أولاً : جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يطلقون لفظي الضمان والكفالة كلاً منهما على الآخر، ويرون أنهما مترادفان.

ثانياً : الحنفية يطلقون الكفالة على ما كان فيه الضمان بموجب العقد، وتشمل كفالة المال وكفالة النفس والكفالة بالفعل، ويطلقون الضمان على ما هو أعم فيشمل الضمان بالعقد وغير العقد.

ثالثاً : من الفقهاء من يرى تخصيص الضمان بالمال، وأما الكفالة فيراد بها الضمان بالنفس، وهذا يكثر عند الشافعية والحنابلة.

وأما تعريف الضمان في الاصطلاح فهو كما يلي : "هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية" .

الفرع الثالث: التعريف المختار:

يترجح عندي أن الضمان هو "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية" وذلك لأن هذا التعريف يشمل أنواع التعويض.

المطلب الثالث

المقصود بدعوى الضمان

الدعوى في اللغة :

اسم لما يدّعيه الإنسان، والمصدر منه : الإدعاء وهو أن تدّعي حقاً لك أو لغيرك، وادّعى كذا زعم أنه له حقاً أو باطلاً .

والدعوى في الاصطلاح لها عدة تعاريف :

المقصود بدعوى الضمان هو طلب الإنسان للضمان له أو لغيره من المدّعى عليه .

المطلب الرابع : المقصود بعوارض الضمان

المقصود بعوارض الضمان هي : الأمور التي تطرأ على الضمان فيتأثر بها أحياناً، كالجهل، والخطأ والنسيان، والاضطرار ونحوها .

المطلب الخامس : المقصود بموانع الضمان

الموانع في اللغة :

هي جمع مانع والمصدر هو المَنْع، و هو : أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده، وهو خلاف الإعطاء.

والمانع في الاصطلاح :

المقصود بموانع الضمان هي الأمور التي إذا وجدت لم يؤاخذ الإنسان بفعله ولم يجب عليه الضمان

المبحث الثاني : مشروعية الضمان وحكمه وأركانه

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: مشروعية الضمان .

يستدل لشرعية الضمان بما يلي :

أولاً : فيما يتصل بمعنى الكفالة، قوله تعالى : ﴿**قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾ سورة يوسف، الآية (٧٢) ..

ثانياً : فيما يتصل بالاتلافات ونحوها بحديث أنس قال : أهدت بعض أزواج النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ : (طعام بطعام وإناء بإناء) رواه الترمذي برقم (١٣٥٩) ،وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، والحديث صححه الألباني. .

ثالثاً:وفيما يتصل بضمان وضع اليد بقوله ﷺ : (الخراج بالضمان) أخرجه الترمذي حديث رقم (١٢٨٦)، وأخرجه أبو داود حديث رقم (٣٥٠٨)، وأخرجه ابن ماجه ف حديث رقم (٢٢٤٣)، والحديث قال عنه الترمذي : هذا حديث حسن صحيح. .

رابعاً: وفيما يتصل بجنايات البهائم، حديث حرام بن محيصة أن ناقة البراء ابن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ أن على أهل

الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها أخرجه الدارقطني برقم (٢٢٢) ، وأخرجه الإمام أحمد في المسند برقم (٢٣٧٤١)، وصححه الحاكم في المستدرك برقم (٢٣٠٣).

المطلب الثاني : حكم الضمان

للضمان حكمان : حكم تكليفي، وحكم وضعي؛ فأمّا الحكم التكليفي للضمان فهو في أصله مباح، وحين التلبس به ينقلب واجباً هذا في ضمان المال، والنفس، وأما ضمان العين فالحكم فيه الوجوب .

وأما بالنسبة للحكم الوضعي للضمان فهو السببية،أي : كون الضمان سبباً للالتزام .

وقد اتفقت كلمة المذاهب الأربعة على ذلك وإن كان بعض الحنفية يذكرون أن تركه أحوط .

المطلب الثالث : أركان الضمان

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الضمان على قولين :

القول الأول :

ذهب الحنفية إلى أن للضمان ركناً واحداً فقط هو الإيجاب والقبول، وما عداه فهي شروط للصحة وليست أركاناً.

القول الثاني :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الضمان هي : ضامن، ومضمون، ومضمون عنه، ومضمون له، وصيغة وإن كان بعضهم لا يذكر بعض هذه الأركان لاندراجها في غيرها .

المبحث الثالث: قواعد الضمان وعلاقتها بالقواعد الكلية

ذكر الفقهاء كثير من القواعد الفقهية التي تنظم المعاملات المالية بين الناس ، ومن هذه القواعد ، قواعد الضمان ، ومعظم قواعد الضمان متفرعة من القاعدة الكلية الكبرى (الضرر يزال) ، وبعضهما متفرع من القاعدة الكلية (اليقين لا يزول بالشك) مثل قاعدة (الأصل عدم الضمان وبراءة الذمة) .

وبهذا يتبين أن قواعد الضمان وثيقة الصلة بالقواعد الكلية، وتستمد أهميتها منها.

الفصل الأول

القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة : (الأصل عدم الضمان وبراءة الذمة)

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شرح القاعدة .

الفرع الأول : معاني مفردات القاعدة :

الأصل لغة : هو أسفل الشيء، و ما يبتنى عليه غيره ..

والأصل في الاصطلاح : له معانٍ متعددة منها الاستصحاب ، وإما القاعدة المستمرة أو المستقرة.

عدم الضمان : العدم في اللغة: فقد الشيء وذهابه، وهو ضد الوجود.

والضمان سبق تعريفه في التمهيد .

براءة : "الباء والراء والهمزة أصلان: أحدهما الخلق، والآخر: هو التباعد من الشيء ومزايلته.

. وهذا المعنى الأخير هو المناسب لما نحن بصدده..

الذمة لغة : العهد، والكفالة، وجمعها ذمام" .

والذمة في الاصطلاح : وصف يصير به الشخص أهلاً للإيجاب له وعليه.

الفرع الثاني : المعنى الإجمالي للقاعدة :

الأصل في ذمم الناس فراغها من جميع أنواع التحمل والالتزام إلى أن يثبت ذلك بدليل.

الفرع الثالث: أركان القاعدة وشروط تطبيقها:

المسألة الأولى: أركان القاعدة:

الركن الأول: (الأصل) الذي هو موضوع القاعدة.

الركن الثاني: (عدم الضمان وبراءة الذمة) الذي هو محمول القاعدة والمحكوم به على الموضوع .

المسألة الثانية: شروط تطبيق القاعدة:

شروط تطبيق القاعدة منها ماهو عام يشمل جميع القواعد ومنها ما هو خاص، فأما الشروط العامة فهي :

١ – أن تتوفر في الوقائع المراد تطبيق القاعدة عليها الشروط الخاصة بكل قاعدة.

٢ – أن لا يعارض القاعدة ما هو أقوى منها، أو مثلها ، سواءً كان دليلاً فرعياً خاصاً معتداً به، أو قاعدة فقهية أخرى متفقاً عليها.

٣ – أن تكون الواقعة المطلوب تطبيق القاعدة عليها خالية من الحكم الشرعي الثابت بالنصِّ أو الإجماع(.

وأما قاعدة (الأصل عدم الضمان وبراءة الذمة) فإنه يشترط لها ما يلي:

أن هذا الأصل – براءة الذمة – إنما يعتبر ويكون القول قول من يتمسك به إذا لم يعارضه ظاهر، سواءً كان الظاهر هو الأصل بحسب ما يتبادر ، أو بحسب المعنى.

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

أولاً: هذه القاعدة من فروع القاعدة الكبرى (اليقين لا يزول بالشك) فيستدل لها بأدلتها ومنها:

أ – قوله تعالى: ﴿**وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلا ظَنّاً إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقّ شَيئاً**﴾ سورة يونس، الآية (٣٦) .

ب – قوله ﷺ : (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أَخَرج منه شيء أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً) رواه مسلم برقم (٣٦٢) ..

ج – وقد أجمع العلماء على العمل بهذه القاعدة.

ثانياً: الأدلة الخاصة بالقاعدة:

أ – قوله ﷺ : (لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى رجال دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدّعي ، واليمين على من أنكر) رواه البيهقي في السنن (٢٥٢/١٠)، وأصل الحديث في الصحيحين ، لكن (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) قال عنها ابن حجر: هذه الزيادة ليست في الصحيحين وإسنادها حسن . انظر: فتح الباري لابن حجر (٢٨٣/٥).

ب – هذه القاعدة من القواعد المعتمدة ، ولذلك بنى عليها الفقهاء طائفة كبيرة من أحكام العبادات والمعاملات ، والجنايات ، وطرق الإثبات ، وغير ذلك من الأحكام، ومما يدل على أهمية هذه القاعدة إجماع المذاهب الأربعة على العمل بها.

ج – أن انشغال ذمة العبد بشيء من الواجبات أمر طارئ عليه، وبراءة ذمته من هذه الواجبات أمر متيقن ، واليقين لا يزول بالشك.

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة من أبواب متنوعة، كالبيع ، والإجارة ، والعارية ، والوديعة، والغصب، والضمانات وغيرها . ومن هذه

المسائل ما يلي:

- إذا اختلفا في قيمة المتلَف والمغصوب؛ فالقول قول الغارم ؛ لأن الأصل البراءة عما زاد.
- إذا توجَّهت اليمين على المدَّعى عليه فنكل : لا يقضى بمجرد نكوله، لأن الأصل براءة ذمته ، بل تعرض على المدَّعي.
- لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً، أو اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار بدل الإجارة بعد استيفاء المنفعة، فإن القول قول المشتري والمستأجر، والبينة على البائع والمؤجر لإثبات الزيادة . أما لو كان اختلافهما قبل هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً في البيع، وقبل استيفاء المنفعة في الإجارة، ولا بينة لأحدهما فإنهما يتحالفان إذا وقع جماعة في بئر ، ولم يُعلم ما إذا وقع بعضهم على بعض ، فليس على بعضهم ضمان؛ لأن الأصل براءة الذمة.
- لو أقرض إنسان آخر ثم اختلف هو والمستقرض في مبلغ القرض فالقول للمستقرض.
- من اتهم بقتل أو سرقة، وليس ثمة بينة أو لوث ، لم يحكم عليه بشيء؛ لأن الأصل براءة الذمة.
- إذا ادعى شخص على آخر ديناً في الذمة، فلا يقبل قوله إلا

بالبينة، لأنه متمسكٌ بخلاف الأصل، وعند عدم البينة يكتفى بيمين المدعى عليه لدفع الدعوى وإثبات براءة ذمته؛ لأنه متمسك بالأصل.

- لو ادعى المستعير رد العارية فإن القول قوله، إذ الأصل براءة ذمته . وكذا لو ادعى الوديع رد الوديعة.

المبحث الثاني

قاعدة (الإنسان في الإقرار بالضمان على نفسه غير متهم)

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شرح القاعدة

الفرع الأول : معاني مفردات القاعدة :

الإقرار لغة : من أقرّ بالشيء إذا اعترف به.

والإقرار في الاصطلاح : هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، واجب التسليم للمقر له .

الفرع الثاني : المعنى الإجمالي للقاعدة :

إذا أقر الإنسان على نفسه بشيء من الحقوق لغيره، فإنه مؤاخذ بهذا الإقرار وملزم به، لكونه غير متهم فيما يقر به على نفسه.

الفرع الثالث: أركان القاعدة:

للقاعدة ركنان هما:

١ – الموضوع وهو (إقرار الإنسان بالضمان على نفسه).

٢ – المحمول وهو: (أنه غير متهم) .

الفرع الرابع: شروط الإقرار:

يشترط فيه عدة شروط منها ما يتعلق بالمقر ومنها ما يتعلق بالمقر له ومنها ما يتعلق بالمقر به، ومنها ما يتعلق بالصيغة .

فيشترط في المقِر:

١ – أن يكون عاقلاً، بالغاً.

٢ – أن يكون مختاراً.

٣ – أن يكون جاداً.

٤ – أن لا يكذبه ظاهر الحال.

ويشترط في المقر له :

١ – أن يكون معيناً.

٢ – أن يكون مستحقاً للمقر به عقلاً وشرعاً.

ويشترط في المقر به :

١ – أن يكون معلوماً.

٢ – أن يكون ملكاً للمقر، غير محال عقلاً أو شرعاً، ولا يكذب به ظاهر الحال.

ويشترط في صيغة الإقرار :

١ – أن تكون جازمة غير مفيدة للشك .

٢ – أن تكون منجزة غير معلقة على المستقبل.

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

هذه القاعدة من القواعد التي اتفق الفقهاء على العمل بها والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، ومن ذلك:

١ – من الكتاب:

أ – قوله تعالى: ﴿**فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً**﴾ سورة البقرة ، آية (٢٨٢) ..

٢ – من السنة : حديث ماعز ﷺ صحيح البخاري رقم الحديث (٦٨١٤) . صحيح مسلم رقم الحديث (١٦٩١) . عندما أقر على نفسه بالزنا فأقام الرسول ﷺ عليه الحد ، وكذلك حديث الغامدية واه مسلم برقم (١٦٩٥) ، حيث أقرّت على نفسها بالزنا فرجمها رسول الله ﷺ .

٣ – وأما الإجماع فقد نقله جمع من أهل العلم،.

٤– وأما العقل فإنه يدل على رجحان صدق المقر على كذبه ؛ لأن عقل الإنسان ودينه يمنعانه من الكذب وخاصة على نفسه، ويحملانه على الصدق.

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

١- إذا أقر شخص بمال لآخر، ثم ادّعى أنه كان عن خطأ لا تسمع دعواه؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره، ولأن الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد لا يجوز.

٢- إذا أقر المؤجر بدين فإقراره صحيح ومعتبر ، وتفسخ الإجارة عن العقار المؤجر من قبله لآخر ، ويباع فيما إذا كان ليس له سوى العقار ما يؤدي به الدين المقر به.

٣- إذا قبض المؤجر الأجرة ، وبعد إقراره بذلك ادّعى أن النقود التي تسلمها مزيفة ، لا يقبل ادعاؤه.

٤- إذا أقر الشركاء الذين اقتسموا الملك المشترك بأنهم استوفوا حقوقهم ، فلا تسمع دعوى من أحدهم بالغبن الفاحش في القسمة.

المبحث الثالث

قاعدة (كل واضع يد "سواء كان ضامناً أو أميناً" يصدق في دعوى التلف بيمينه ، وكل دعوى رد يفصل فيها بين الضامن "فلا يصدق بيمينه بل بالبينة من غير استثناء" والأمين "فيصدق بيمينه إلا المكتري والمرتهن فيكلفان البينة على الرد")

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شرح القاعدة .

الفرع الأول : معاني مفردات القاعدة :

كل واضع يد سواء كان ضامناً أو أميناً: المراد به ضمان اليد ، وهو عند الفقهاء على ثلاثة أقسام :

القسم الأول: يد مؤتمنة على المال: وهذه الأيدي لا ضمان عليها في هلاك المال تحتها ما لم تتعد أو تفرط.

القسم الثاني: يد غير مؤتمنة لكنها موضوعة بإذن المالك بموجب عقد من عقود الضمان.

القسم الثالث: يد غير مؤتمنة لم توضع بموجب عقد ، ولا إذن من المالك فهي عادية، ، والأيدي في القسمين الأخيرين أيدي ضمان مطلقاً فعليها ضمان المال إذا تلف تحتها بأي سبب كان التلف ، ولو بآفة

سماوية .

البينة : هي الحجة الظاهرة .

الردّ : هو إرجاع الشيء.

المكتري : مأخوذ من أكريته الدار وغيرها ، إكراءً فاكتراه ، بمعنى آجرته فاستأجر، والفاعل مكتَر.

المرتهن: هو من بيده الرهن، والرهن لغة: من رهن الشيء رَهْناً ورهوناً أي: ثبت ودام،.

والرهن في الاصطلاح : حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه، كالدين.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تنص القاعدة على أن كل من تحت يده شيء لغيره، وادّعى تلفه فإنه يصدق في دعوى التلف بيمينه.

وأما دعوى الرد فيفرق بين الضامن والأمين ، فالضامن لا يصدق في دعوى الرد إلا بالبينة ،وأما الأمين فيصدق في دعوى الرد بيمينه.

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

هذه القاعدة تتكون من شقين.

الشق الأول: دعوى التلف:

الموضوع: كل واضع يد سواءً كان ضامناً أو أميناً .

المحمول: يصدق في هذه الدعوى بيمينه .

الشق الثاني: دعوى الرد .

الموضوع : كل دعوى ردّ .

المحمول : يفرق فيها بين الضامن والأمين .

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

هذه القاعدة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: دعوى التلف:

فإذا ادّعى الأمين تلف ما تحت يده قبل قوله بيمينه، إذ لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان ومن لوازمه قبول قوله في التلف وهذا باتفاق .

القسم الثاني: دعوى الرد:

اتفق الفقهاء على أن الأمين إذا ادّعى الرد فإنه يقبل قوله بيمينه

واستثنى الشافعية والحنابلة على المشهور عندهم ، المرتهن والمستأجر فلا تقبل أقوالهم في الرد إلا ببينة.

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

الفرع الأول: التطبيقات:

١- إذا ادّعى المودَع أن الأمانة أو الوديعة التي عنده قد سرقت أو تلفت بعارض كالحريق أو الغرق، وادّعى المودِع تعمّده إتلافها ، أو التقصير في حفظها – ولا بينة له – فإن القول قول الأمين مع يمينه ؛ لأنه يدفع عن نفسه ضمان الوديعة وغرمها .

٢- إذا ادعى عامل المضاربة عدم الربح ، وادّعى رب المال أن رأس المال قد ربح، فإن القول قول المضارب لأنه أمين ، ولأنه لا حق له في المال، وإنما حقه فيما ينمي منه أو في ذمة رب المال.

٣- إذا ادّعى الأمين أنه ردّ العين المؤتمنة إلى صاحبها وأنكر ذلك صاحب العين ، فالقول قول الأمين مع يمينه ؛ لأنه ينفي الضمان عن نفسه، والأصل براءة ذمته من الضمان.

٤- إذا ادّعى الغاصب ردّ العين المغصوبة ، وأنكر ذلك صاحب العين، فلا يقبل قول الغاصب إلاّ ببينة ؛ لأن الأصل عدم الردّ .

الفرع الثاني: المستثنيات :

١- لا يقبل قول الوصي في رد مال اليتيم إليه إلا ببينة مع أنه

مؤتمن ، لثبوت ذلك بنص القرآن الكريم ، قال تعالى: ﴿**فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ**﴾ سورة النساء، آية (٦).

٢- لا يقبل قول المستأجر للعين والمرتهن في الردّ على المالك إلا ببينة ؛ لأنهم قبضوا العين لمصلحة أنفسهم.

المبحث الرابع

قاعدة (كل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع فإنه يوزع بينهم على عددهم)

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شرح القاعدة .

الفرع الأول : معاني مفردات القاعدة :

الضمان : مر معنا بيانه.

الشهود : جمع شاهد وهو اسم فاعل من شهد يقال في اللغة شهدت الشيء: أي اطلعت عليه وعاينته.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

شرح هذه القاعدة الإمام أحمد حيث قال: "إذا شهد بشهادةٍ ، ثم رجع وقد أتلف مالاً فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة ، فإن كانوا اثنين فعليه النصف، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث".

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

للقاعدة ركنان هما الموضوع والمحمول . وموضوع هذه القاعدة هو: كل موضع وجب الضمان فيه على الشهود بسبب رجوعهم. أما محمولها فهو: أن الضمان يوزع عليهم بالسوية .

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

أن حكم وجوب الضمان بالسوية على الشهود في حالة رجوعهم هو محل اتفاق في الأموال أما في حالة القصاص والقطع فمحل خلاف، ولما كان موضوع بحثنا يدور حول الأموال فإن القاعدة بهذا الاعتبار تكون محل اتفاق بين العلماء .

المطلب الثالث

تطبيقات القاعدة

١ – إذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكَراه، وشهد آخران بدخوله بها، ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها، فعلى شهود النكاح الضمان، لأنهم ألزموه المسمى .

ويحتمل أن يكون عليهم النصف، وعلى الآخرين النصف لأنهما قرّراه، وشاهدا النكاح أوجباه فقسم بين الأربعة أرباعاً. وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق، لم يلزمهما شيء، لأنهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه، ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجباً.

٢ – شهد رجلان على آخر بأنه سرق ، فقطعت يده ، ثم رجعوا عن شهادتهم وادّعوا أنهم أخطأوا ، فيضمنون دية يده ، وهي نصف الدية ، على كل واحد النصف .

الفصل الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بعوارض الضمان

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول: قاعدة (الاضطرار لا يسقط الضمان)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة.

الفرع الأول:معاني مفردات القاعدة :

الاضطرار لغة : مصدر والاسم منه الضرورة ،ومعنى الاضطرار: الاحتياج إلى الشيء ، واضطره إليه: أحوجه وألجأه.

والاضطرار في الاصطلاح:هو حمل الإنسان على ما يضر. وهو على ضربين:

أحدهما : اضطرار بسبب خارج.

والثاني: اضطرار بسب داخل.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن الأفعال الاضطرارية سواءً أكانت بسبب سماوي كالمجاعة والقحط، أو بسبب بشري كالإكراه ، فهي وإن أباحت الفعل المحظور كأكل الميتة ، أو رخصت في الفعل مع بقائه على الحرمة كالنطق بكلمة الكفر، فإنها لا تمس حقوق الآخرين المالية، ويجب ضمانها.

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

١ – الركن الأول: هو (الاضطرار) الذي هو موضوع القاعدة .

٢ – الركن الثاني: هو (عدم سقوط الضمان) الذي هو محمول القاعدة، والمحكوم به على الموضوع .

الفرع الرابع: ضوابط الاضطرار:

١ – أن يكون الضرر في الممنوع الذي أقدم عليه المضطر أنقص من الضرر الذي لحق به.

٢ – أن يكون مقدار ما يباح، أو يرخص فيه مقيداً بمقدار ما يدفع الضرر.

٣ – أن لا تكون هناك وسيلة لدفع الضرر إلا بارتكاب المحرم.

٤ – أن لا يكون الاضطرار مبطلاً لحقوق الآخرين.

٥ – أن يكون الضرر قائماً بالفعل لا متوهماً أو متوقعاً.

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

١ – قوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**﴾ سورة المائدة ، الآية (٣) ..

٢– قوله ﷺ : (كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه) رواه مسلم، رقم الحديث (٢٥٦٤) ..

٣ – اتفق الفقهاء على العمل بهذه القاعدة في الجملة ، واختلفوا في مسألة قتل الحيوان الصائل، ، فعند الحنفية يضمن قيمته لصاحبه.

وذهب الجمهور إلى أنه لا ضمان عليه مطلقاً؛ لأنه قتله لدفع شره ، ودفع الهلاك عن نفسه.

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

١ – لو أن شخصاً جاع جوعاً شديداً ، وأصبح عرضة للتلف ، فله الحق بأن يأخذ من طعام الغير ما يدفع به جوعه بدون إذن صاحب المال، إلا أنه يجب عليه من الجهة الأخرى أن يضمن قيمة المال المتلف إذا كان من القيميات ، ومثله إذا كان من المثليات .

٢ – إذا أرضعت امرأة طفلاً بأجرة فانتهت مدة الإجارة ، لكن الرضيع صار لا يقبل على ثدي غيرها، ولم يستغن عن الرضاعة ، فإنها تجبر على إرضاعه مدة أخرى لكن بأجرة المثل .

٣ – إذا رجع المعير في إعارته أرضاً للزراعة، وجب إبقاء الزرع في الأرض حتى

يحصد لحساب المستعير بطريق الإجارة بأجر المثل، وإذا انتهت مدة إيجار الأراضي المزروعة وجب أيضاً تمديد الإيجار بأجر المثل لإدراك الزرع، وإذا انقضت مدة إيجار سفينة في أثناء رحلتها البحرية ، وجب تمديد العقد بأجر المثل حتى تنتهي الرحلة ؛لأن الاضطرار في هذه الأحوال كلها لا يبطل حق الغير.

٤ – ولو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه.

المبحث الثاني

قاعدة (الخطأ لا يسقط الضمان)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة:

الخطأ لغة: ضد الصواب.

والخطأ في الاصطلاح : هو ما ليس للإنسان فيه قصد .

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

الخطأ لا يعتبر عذراً في إسقاط ضمان المتلف؛ لأن الخطأ وإن كان عذراً في رفع الإثم لكنه ليس عذراً في إسقاط الضمان والتعويض.

الفرع الثالث: أركان القاعدة:

الركن الأول: هو (الخطأ) الذي هو موضوع القاعدة .

الركن الثاني: هو (عدم سقوط الضمان) الذي هو محمول القاعدة، والمحكوم به على الموضوع .

المطلب الثاني : تأصيل القاعد

الكلام عن تأصيل القاعدة ينقسم إلى قسمين:

أولاً: ما كان متعلقاً بحقوق الله تعالى ، فإن الخطأ يعد عذراً مسقطاً للإثم، ويدل على ذلك قوله تعالى : ﴿**رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا**﴾ سورة البقرة، آية (٢٨٦) .

وقوله ﷺ : (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) أخرجه ابن ماجه برقم (٢٠٤٣) ص(٢٢١) ، وقال السيوطي بعد أن ذكر شواهد للحديث: فهذه شواهد قوية تقضي للحديث بالصحة ، والحديث صححه الشيخ الألباني ..

ثانياً: ما كان متعلقاً بحقوق العباد، فينظر إلى الحق، فإن كان عقوبة كالقصاص لم يجب بالخطأ؛ لأن القصاص عقوبة كاملة فلا يجب على المخطئ لأنه معذور ، ولكن تجب به الدية على العاقلة وإن كان الحق من المتلفات المالية فيجب ضمانه .

والأصل في وجوب الدية والكفارة قوله تعالى: ﴿**وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلا أَنْ يَصَّدَّقُوا**﴾ سورة النساء، آية (٩٢) . .

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

- إذا قتل إنساناً خطأً، كأن يرمي صيداً أو هدفاً فيصيب إنساناً فيقتله، أو يتسبب في قتل غيره عن طريق حوادث السيارات، فإن الدية تجب على عاقلته والكفارة في ماله ، ولا يعتبر الخطأ عذراً في إسقاط حقوق الآخرين ؛ لأن الخطأ لا يزيل الضمان.
- إذا أتلف شخص لآخر متاعاً خطأً فعلى المتلِف ضمان ما أتلف وتعويض صاحب المتاع ثمن متاعه ، ولا يسقط التعويض والضمان بحجة أن الإتلاف غير متعمد، إلا إذا أبرأه صاحب المتاع عن ضمانه فيسقط.

المبحث الثالث

قاعدة (الجهل ليس مسقطاً للضمان)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة .

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة :

الجهل في اللغة : نقيض العلم .

وفي الاصطلاح: هو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه.

والجهل مسقط للإثم مطلقاً في الآخرة، وأما في الأحكام الدنيوية ففيه تفصيل، وهو يلتقي مع النسيان في أغلب الأحكام.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

الجهل وإن كان يعد عذراً في سقوط الإثم في الآخرة، وفي سقوط بعض حقوق الله تعالى في الدنيا، إلا أنه لا يعد عذراً في إسقاط حقوق الآخرين، حتى لا يتخذ ذلك ذريعة لإتلاف النفوس والأموال المحترمة.

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

الركن الأول: هو (الجهل) وهو موضوع القاعدة .

الركن الثاني: هو (ليس مسقطاً للضمان) وهو محمول القاعدة والمحكوم به على الموضوع .

الفرع الرابع: شروط اعتبار الجهل عذراً :

الشرط الأول: أن يتعلق الجهل بموضوع اشتبهت فيه الأدلة.

الشرط الثاني: أن لا يكون فيما يمكن الاحتراز عنه.

الشرط الثالث: أن لا يتعلق الجهل بحقوق العباد.

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة هذه القاعدة محل اتفاق بين العلماء، حيث قال بمعناها كثير منهم، ولم أجد – حسب ما اطلعت عليه – من قال بخلافها

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) رواه ابن ماجه برقم (٢٣٤١)، ، وصححه الألباني لكثرة طرقه ..

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

١ – لو قدم له غاصب طعاماً ضيافة ، فأكله جاهلاً، فعليه الضمان في أظهر القولين عند الشافعية .

٢ – لو أتلف المشتري المبيع قبل القبض جاهلاً، فهو قابض في الأظهر.

٣ – لو ضرب مريضاً جاهلاً مرضه ضرباً يقتل المريض ولا يقتل الصحيح ، فمات المريض يجب القصاص في الأصح، بخلاف ما لو حبس من به جوع وعطش ولم يعلم بحاله، مدة لا يموت فيها الشبعان عند الحبس فمات، فليس عليه قصاص ، والفرق بين الحالين، أن أمارات المرض لا تخفى بخلاف الجوع، وإذا سقط القصاص فتجب الدية والتعزير إذا كان الحبس بغير حق.

٤ – إذا اعتدى جاهل على غيره فغصب جاريته، وادّعى الجهل بحرمة ذلك لقرب عهده بالإسلام، أو لكونه نشأ ببادية بعيدة يخفى على مثله حرمة ذلك فإن الحد يسقط عنه؛ لأن جهله شبهة يدرأ بها الحد، لكن يلزمه المهر، وأرش البكارة، وأجر نقص الولادة إن أولدها.

المبحث الرابع

قاعدة (الضمان من الجوابر، والجوابر لا تسقط بالنسيان)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة .

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة :

الضمان من الجوابر: الضمان سبق تعريفه، والجوابر جمع جابرة من جبر يجبر:إذا أصلح، وجبر العظم الكسير جَبْراً وجُبُوراً وجبارة أصلحه.

النسيان لغة: ضد الذكر والحفظ

وفي الاصطلاح: قيل أنه : الغفلة عن معلوم في غير حالة السِّنة

. واختلفوا في الفرق بينه وبين السهو، والمعتمد: أنهما مترادفان.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تبين أن الضمان من الجوابر، لأنه شرع لجبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، وتبين أيضاً أن هذه الجوابر لا يسقط ضمانها بالنسيان ؛ لأنها شرعت مع الجهل والخطأ والنسيان وعلى المجانين والصبيان، ولا يشترط فيمن وجب عليه الجبر أن يكون آثماً.

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

الركن الأول: (الضمان من الجوابر) وهو موضوع القاعدة .

الركن الثاني: (الجوابر لا تسقط بالنسيان) وهو محمول القاعدة والمحكوم به على الموضوع .

الفرع الرابع: شروط اعتبار النسيان عذراً:

١ – أن لا يكثر الفعل المرتكب نسياناً ، فإن كثر ضر، كما في الكلام في الصلاة، وكذا الأكل في الصوم عند بعض العلماء .

٢ – أن لا يسبقه تصريح بالتزام حكمه كما لو قال : والله لا أدخل الدار عامداً ولا ناسياً، فدخلها ناسياً.

٣ – أن لا تكون معه حالة مذكرة ينسب معها لتقصير، وإلا لم يترتب عليه حكم.

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

هذه القاعدة تتكون من شقين:

الأول منهما: يؤكد أن الضمان من الجوابر، وهذا أمر متفق عليه لأن الضمان شرع جبراً للضرر وحفظاً لأموال العباد وأنفسهم، وجلباً لما فات من المصالح .

والثاني : يؤكد أن الجوابر لا تسقط بالنسيان وهذا من القواعد المقررة شرعاً، ولو قلنا بسقوطها لادَّعى كل مُتْلِف أنه كان ناسياً، وتلك فوضى لا تليق بمقام التشريع ، ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بعموم الآيات والأحاديث التي تأمر بإزالة الضرر ورفع المشقة والحرج عن المكلفين ، كقوله تعالى: : ﴿**رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا**

إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ سورة البقرة ، آية (٢٨٦) ..

. وقوله ﷺ : (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) سبق تخريجه.

المطلب الثالث :تطبيقات القاعدة

من أمثلة هذه القاعدة:

لو أتلف مال إنسانٍ ناسياً وجب عليه الضمان، جبراً لحق العبد التالف؛ ولأن أموال العباد محترمة لحاجتهم إليها .

الفصل الثالث

القواعد الفقهية المتعلقة بموانع الضمان

وفيه ثمانية مباحث :

المبحث الأول: قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة.

الفرع الأول:معاني مفردات القاعدة :

الجواز الشرعي : هو إباحة الشارع وإذنه بالفعل.

ينافي الضمان: أي أن إذن الشارع إذا وجد سقط الضمان وانتفى.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن كل ما جاز للإنسان أن يفعله شرعاً، إذا ترتب على فعله إلحاق الضرر بالآخرين فلا ضمان عليه، لوجود المنافاة بين الجواز الشرعي والضمان.

الفرع الثالث: أركان القاعدة وشروطها:

المسألة الأولى: أركان القاعدة:

الركن الأول: (الجواز الشرعي) الذي هو موضوع القاعدة .

الركن الثاني: (منافاة الضمان) الذي هو محمول القاعدة، والمحكوم به على الموضوع .

المسألة الثانية: شروط القاعدة :

١ – أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة .

٢ – أن لا يكون الجواز عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي ، والجواز الشرعي يأبى وجوده فتنافيا.

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء؛ لأن كل ما أذن الشارع للإنسان في فعله فلا يترتب عليه الضمان والمؤاخذة، إذا لم يفرط ، وانطبقت عليه الشروط السابقة ، ولو لم نعمل بهذه القاعدة لوقع الناس في حرج ومشقة عظيمة، والشريعة جاءت لرفع الحرج والمشقة عن المكلفين.

المطلب الثالث

تطبيقات القاعدة

هذه القاعدة لها فروع كثيرة ، منها:

١ – إذا أباح شخص لآخر شيئاً من طعامه فليس له أن يطالبه بقيمته بعد ذلك بإباحته له إياه.

٢ – يجوز لأحد الشريكين عناناً أو مفاوضة أن يبضع ، ويستأجر أجيراً لشيء من التجارة ، وأن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده، ويرتهن بما باعه، ويحتال بدين للشركة على آخر، وأن يقابل أحدهما فيما باعه الآخر، إلى غير ذلك مما يجوز له ، فلو فعل شيئاً من هذا فحصل ضرر لا يضمن ؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان .

٣ – لو حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص به ، فوقع فيها دابة ، أو وقع فيها إنسان فهلك، لا يضمن حافر البئر شيئاً؛ لأنه لا عدوان منه .

٤ – لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل الأجرة فهلكت في يده ، لا يضمن العين، وسقط الأجر لهلاكها قبل التسليم للمستأجر.

٥ – لو حمّل المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتاد فهلكت ، فإنه لا يضمنها لأن فعله جائز، أما لو حملها أكثر من المعتاد فإنه يضمنها.

٦ – يجوز لولي القتيل أمر غيره بقصاص قاتله نيابة عنه، ولا ضمان على ذلك الغير إذا اقتص بحضور ولي القتيل .

٧ – إذا كسر لمسلم طبلاً أو مزماراً أو قتل خنزيراً فلا يضمن على الأصح، لأن فعله بإذن الشرع، ولكن إذا كان هناك حاكم مسلم منفذ لشرع الله فله تعزيره لافتياته على حقه في ذلك.

المبحث الثاني

قاعدة (إذا برئ الأصيل برئ الضامن)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة .

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة:

بَرِئ: برئ من الدين، والعيب ، والتهمة: خلص ، وتخلى عنه، فهو براء منه، أي: بريء منه.

الأصيل: هو من عليه الدين.

الضامن: هو الكفيل للمدين الأصلي.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

إذا كان على إنسان دين، وكفله شخص آخر، ثم إن هذا المدين سدّد دينه ، أو أبرأه الدائن، فلا يجوز للدائن بعد ذلك مطالبة الكفيل بالدين، فمتى برئ الأصيل برئ الضامن والكفيل لا العكس.

الفرع الثالث: أركان القاعدة:

الركن الأول: (إذا برئ الأصيل) وهو موضوع القاعدة .

الركن الثاني: (برئ الضامن) وهو محمول القاعدة، والمحكوم به على الموضوع .

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

هذه القاعدة فرع للقاعدة الكلية الفرعية (التابع يسقط بسقوط المتبوع) ، أو

(الفرع يسقط إذا سقط الأصل) وهي شبه مطردة في المحسوسات والمعقولات ، ومن ذلك الأصيل إذا أوفى دينه أو أبرأه الدائن، فمن باب أولى أن يبرأ الضامن لأنه فرع للأصيل، وإذا سقط الأصل سقط الفرع.

المطلب الثالث

تطبيقات القاعدة

من فروع هذه القاعدة ومسائلها :

١ – لو أبرأ الدائن المدين برئ كفيله أيضاً وسقط رهنه إن كان الدين موثقاً بكفيل أو رهن، بخلاف ما لو أبرأ الدائن الكفيل أو ردّ الرهن، فإن دين المدين لا يسقط.

المبحث الثالث

قاعدة (من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة .

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة :

أتلف: من التلف وهو الهلاك والعطب في كل شيء .

لدفع أذاه له : أي ليدفع شره عن نفسه.

لدفع أذاه به : أي ليدفع الشر عن نفسه به.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

تفيد هذه القاعدة أن من أتلف شيئاً لغيره – نفساً فما دونها – وكان ذلك الإتلاف لدفع ضرر وأذى هذا الشيء عن نفسه فهو غير ضامن لما أتلفه، وإذا أتلف هذا الشيء لدفع أذىً عن نفسه به – أي كان المُتْلَف آلة لدفع الأذى – فإن على متلِفه ضمانه.

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

الركن الأول: هو (من أتلف شيئاً لدفع أذاه) الذي هو موضوع القاعدة .

الركن الثاني: هو (إن كان لدفع أذاه له لم يضمنه ، وإن كان لدفع أذاه به ضمنه) وهو محمول القاعدة والمحكوم به على الموضوع .

المطلب الثاني

تأصيل القاعدة

هذه القاعدة تتكون من شقين :

أحدهما: أن من أتلف شيئاً لدفع أذاه له فليس عليه ضمانه ، وهذه المسألة تكلمنا عنها سابقاً في قاعدة (الاضطرار) وذكرنا أن العلماء اختلفوا فيها على قولين، حيث ذهب الجمهور إلى أنه لا ضمان عليه مطلقاً؛ لأنه قتله لدفع شره عن نفسه.

وذهب الحنفية إلى أنه يضمن قيمته لصاحبه ؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير، إلا إذا عرف هذا الحيوان بالأذية، وطُلب من صاحبه حفظه عن الناس فلم يفعل ، فلا ضمان على قاتله.

والثاني: هو أن من أتلف شيئاً لدفع أذاه به ضمنه، كمن يتلف مال غيره ليدفع الجوع الشديد عن نفسه، وقد نقلنا فيما سبق اتفاق الفقهاء في الجملة على هذه المسألة بشرط الضمان، عملاً بقاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير).

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

١ – لو صال عليه آدمي أ وبهيمة فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه، ولو قتل حيواناً لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه .

٢ – لو صال عليه صيد في إحرامه فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه على أصح الوجهين، وإن اضطر فقتله في المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه.

٣ – لو حلق المحرم رأسه لتأذِّيه بالقمل والوسخ فداه ، ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها ، أو نزل الشعر على عينيه فأزاله لم يفده.

٤ – لو أشرفت سفينة على الغرق فألقى شخص متاع غيره ليخففها ضمنه ، ولو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه فدفعه فوقع في الماء لم يضمنه .

المبحث الرابع

قاعدة (ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة :

الاحتراز: مأخوذ من الحرز، وهو الموضع الحصين، واحترزت من كذا وتحرَّزت ، أي توقِّيته.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تدل على رفع الحرج والمشقة عن العباد، لأن الإسلام دين اليسر والسهولة ، فكل ما لا يمكن للإنسان تجنبه والامتناع عنه فهو معفوٌّ عنه ، ولا يجب عليه ضمان حيال ذلك، ولا يلحقه إثم في حالة وقوعه.

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

الركن الأول: (ما لا يمكن الاحتراز عنه) وهو موضوع القاعدة .

الركن الثاني: (لا ضمان فيه) وهو محمول القاعدة والمحكوم به على الموضوع .

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

هذه القاعدة مستنبطة من استقراء النصوص الشرعية التي تنص على رفع الحرج والمشقة عن العباد بقدر الإمكان، مثل قوله تعالى: ﴿**لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلا وُسْعَهَا**﴾ سورة البقرة، آية (٢٨٦) .

وقوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) سبق تخريجه .

وهذه القاعدة ذات صلة بالقاعدة الكلية (المشقة تجلب التيسير) لأن كل ما لا يمكن التحرز منه فهو من المشقة الجالبة للتيسير.

والواقع أنها قاعدة عميقة الأثر، وكثيرة الدوران في مصادر الفقه الإسلامي، وقد صاغها العلماء بصياغات وأساليب متماثلة، مما يتبين معه مدى أهمية هذه القاعدة، واتفاق الفقهاء على العمل بها .

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

١ – إذا أوقد في داره ناراً على الاقتصاد المعتاد ، فطار منها شرر فأتلف شيئاً بالإحراق فإنه لا يضمن لمشقة الاحتراز من ذلك.

٢ – إذا سقى بستانه على الاقتصاد في مثله، فسرى إلى جاره فأفسد له شيئاً، فلا ضمان عليه .

٣ – لو اشترى رجل من آخر شجرة فقطعها ، فادعى البائع أن المشتري حين القطع أفسد له بعض الأشجار لم تكن داخلة في البيع، فقال المشترى : لم أتعمد ذلك ، فينظر : إن كان الذي يدعيه البائع من الفساد ، يمكن التحرز عنه، فيكون المشتري ضامناً له، وإن كان مما لا يمكن الاحتراز عنه، فلا ضمان بذلك على المشتري ، ويكون مأذوناً به دلالة أو ضمناً.

٤ – إذا نفحت الدابة أحداً برجلها أو بذنبها أثناء سيرها في الطريق، فأتلفت ثوبه مثلاً، فلا ضمان على الراكب ، بخلاف ما لو أوقف الدابة في الطريق فإنه يضمن النفحة ، وأمّا إذا وطئت الدابة أحداً بيدها أو رجلها أو كدمته فإن الراكب يضمن.

٥ – لا يضمن الطبيب أو الجراح التلف الحاصل بسريان الفعل إلى الهلاك إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد المعهود المأذون فيه دون تجاوز ولا إهمال.

٦ – لا يضمن سائق السيارة ما يحدث للركاب من الأضرار إذا كان الحادث بغير تفريط منه ولا تقصير، كأن يصدمه سائق آخر.

٧ – إذا حفر حفرة في الطريق بالإذن، وأخذ الاحتياطات اللازمة التي تنبه السائرين في الطريق من الإشارات والأنوار، ومع ذلك سقطت فيها سيارة بخطأ قائدها ، فلا ضمان على الحافر .

٨ – إذا كان راكباً سيارة فضربت بعجلها وهي تسير حصاة في الطريق، أو نواة فأصابت إنساناً ففقأت عينه ، فلا ضمان على سائق السيارة.

المبحث الخامس

قاعدة (لا ضمان على المبالغ في الحفظ)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة.

الفرع الأول:معاني مفردات القاعدة :

المبالغ في الحفظ : هو الذي قام بما في وسعه لحفظ ما تحت يده من الأمانات والودائع.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الإنسان الذي بذل ما في وسعه لحفظ ما تحت يده من مال لغيره، لا يضمن قيمة ما تلف منه، إذا لم يكن منه تعدّ أو تقصير.

الفرع الثالث : أركان القاعدة :

الركن الأول: (لا ضمان) أي نفي الضمان، وهذا موضوع القاعدة .

الركن الثاني: (على المبالغ في الحفظ) وهذا محمول القاعدة، والمحكوم به على الموضوع .

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

الإنسان الذي يبذل أقصى ما في وسعه لحفظ ما تحت يده من مالٍ لغيره ؛ لا يضمن ما يلحق ذلك المال من التلف إذا لم يكن منه تعدٍّ أو تقصير؛ لأنه

قام بما يجب عليه، ولأنه أمين، والأمانة تنافي الضمان ، وهذا من باب رفع الحرج والمشقة عن المكلفين، وهذا ما تضافرت النصوص الشرعية على تأكيده، قال تعالى: ﴿**لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلا وُسْعَهَا**﴾ سورة البقرة، آية (٢٨٦) ..

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

١ – إذا وكل غيره في بيع بضاعة في بلد آخر بغير أجر ، فباعها وأخذ ثمنها، ثم خبأه معه، فسرق منه ليلاً وهو نائم، أو أخذ منه عنوة في الطريق فلا ضمان عليه ،إلا إذا حدث منه تعد أو تقصير.

٢ – إذا وكّل غيره في حفظ ماله فوضعه مع أمواله عناية به ، فتلف بآفة سماوية ، أو سطا لصوص فسرقوا متاعه وأمواله ومن ضمنها مال المودع، فلا ضمان على الوكيل ما دام قد عمل ما في وسعه.

المبحث السادس

قاعدة (الرضا الطارئ كالمقارن في سقوط الضمان)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة .

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة:

الرضا: ضد السخط.

الطارئ: طرأ عليهم أي : أتاهم من مكان، أو خرج عليهم منه فجأة .

المقارن: أي المصاحب.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

لو أن شخصاً غصب أرضاً لآخر، ثم حفر فيها بئراً، وعند إرجاع هذه الأرض لصاحبها، أراد الغاصب دفن البئر لئلا يقع فيها إنسان أو حيوان فيضمنه، فمنعه صاحب الأرض من دفن البئر لغرض نفسه، فهذا الرضا الطارئ من قِبَل صاحب الأرض بالبئر، هو كالرضا المقارن في سقوط ضمان ما يترتب على البئر عن الغاصب، وفي المسألة خلاف.

الفرع الثالث: أركان القاعدة:

الركن الأول: (الرضا الطارئ) وهو موضوع القاعدة .

الركن الثاني: (له حكم الرضا المقارن في سقوط الضمان) وهو محمول القاعدة، والمحكوم به على الموضوع .

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

يذكر الفقهاء هذه القاعدة في باب الغصب ، وذلك فيما لو غصب أرضاً ثم حفر فيها بئراً، فإن طالبه المالك بطمِّها لزمه ذلك ؛ لأنه يضر بالأرض،وهذا باتفاق .

وإن أراد الغاصب طمّها فمنعه المالك، فينظر ؛ فإن كان للغاصب غرض في طمّها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها – مثلاً – فله ذلك لما فيه من الغرض الصحيح ، وإن لم يكن له غرض في طمّ البئر ، فقد وقع الخلاف في هذه المسألة على قولين :

الأول : أنه ليس له طمّها لأنه إتلاف لا نفع فيه ، وبهذا قال أبو حنيفةوبعض الشافعية وهو أحد الوجهين عند الحنابلة.

الثاني: وهو الوجه الثاني عند الحنابلة ، وعند الشافعية حيث قالوا: له طمّها لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك ، وهو أيضاً إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها ، ولأن الضمان كان ثابتاً ، والرضى الطارئ لا يرفع الحكم الثابت .

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

لو غصب أرضاً فنقل ترابها ، ألزم ردّه، فإن لم يقدر ردّ مثله وسوّى الحفر، لكن إن رضي المالك بالحفر الذي حفره، وأبرأه من الضمان فيمنع من تسوية الحفر؛ لأن الرضا الطارئ كالمقارن في سقوط ضمان التردي على الأظهر عند الشافعية.

المبحث السابع

قاعدة (لا ضمان على المحسنين)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة .

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة :

المحسنين:جمع محسن، والإحسان ضد الإساءة، وهو على وجهين:

أحدهما : الإنعام على الغير.

والثاني : إحسان في فعله ، وذلك إذا علم علماً حسناً أو عمل عملاً حسناً.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تؤكد على أن من أحسن إلى غيره في نفسه أو ماله ، ثم ترتب على إحسانه تلف أو نقص، فإنه غير ضامن لذلك التلف ؛ لأنه محسن، وليس على المحسن سبيل، ومن أحسن فيما يقدر عليه سقط عنه ما لا يقدر عليه.

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

الركن الأول: الموضوع وهو (لا ضمان) أي نفي الضمان .

الركن الثاني: المحمول وهو(على المحسنين) أي نفي الضمان عن المحسنين.

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين، ومدار الخلاف حول استئذان الإمام:

١ – فمنهم من قال: أن من قام بعمل فيه نفع للمسلمين، كحفر الآبار، وبناء المساجد والمساكن وغيرها ، فإنه لا يضمن ما يترتب على هذه الأعمال من إلحاق الضرر بالآخرين ، وذلك لأن هذا الشخص محسن بفعله، غير متعدّ ، فلا يضمن سواءً أذن الإمام أو لم يأذن، ولأن هذه الأعمال مما تدعو الحاجة إليها ، ويشق استئذان الإمام فيها، وفي وجوب استئذان الإمام تفويت لهذه المصلحة العامة .

٢ – وذهب الآخرون إلى أن من قام بهذه الأعمال بغير إذن الإمام، فإنه يضمن؛ لأن في ذلك افتياتاً على الإمام.

ويؤيد الكلام السابق قوله تعالى: ﴿**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ**﴾ سورة التوبة ، آية (٩١)..

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

١ – لو حفر بئراً لنفع المسلمين، لينزل فيها ماء المطر من الطريق، أو لتشرب منه المارة ونحوها فلا ضمان عليه لأنه محسن بفعله .

٢ – من بسط حصيراً في مسجد أو علق فيه قنديلاً، أو وضع فيه سراجاً، أو بنى فيه حائطاً ، فتلف به شيء فلا ضمان عليه

٣ – من بنى مسجداً أو كنيفاً ، أو جسراً ، أو وضع حجراً في سيل أو طين

ليمر الناس عليه ، أو رمى حصى ونحوه في حفرة في الطريق، فلا ضمان عليه لما يتلف بها، إلا أن تكون الطريق ضيقة وأضر البناء بالمارة فعليه الضمان.

المبحث الثامن

قاعدة (الضمان والأمانة لا يجتمعان)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة .

الفرع الأول: معاني مفردات القاعدة :

الضمان: مر معنا سابقاً.

الأمانة لغة: ضد الخيانة، يقال: أَمِنْتُ الرجل أمْناً، وأمَنَة، وأماناً، وهي مصدر من أمَنَ.

والأمانة في اصطلاح الفقهاء: هي الشيء الموجود عند الشخص الذي اتخذ أميناً ، سواءٌ أجعل أمانة بقصد الاستحفاظ ، أو كان أمانة ضمن عقد ، والأمين: هو الذي في يده مال غيره برضى المالك، أو برضى الشارع، أو برضى من له الولاية عليه.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة تؤكد على أن الأمانة ضد الضمان، فلا يصلح أن يكون الشخص أميناً وضامناً في آنٍ واحد، فلا يضمن إلا إذا فرّط أو تعدّى .

الفرع الثالث: أركان القاعدة :

للقاعدة ركنان: الموضوع وهو (الضمان والأمانة) ، والمحمول وهو (لا يجتمعان

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمين لا يضمن ما تلف تحت يده مما أصله الأمانة؛ لأن هذا هو معنى الائتمان، فالتلف بيد الأمين كالتلف بيد المالك ، إلاّ إذا قصّر في الحفظ، أو حصل منه تعدٍّ أو إهمال ، فإنه يضمن، ولأن الأمين قبضها لحظ مالكها فهو محسن، وما على المحسنين من سبيل.

المطلب الثالث : تطبيقات القاعدة

١ – إذا دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظ أمواله ، فإنه لا يضمن.

٢ – إذا استأجر داراً، فإنه لا يضمن ما تلف منها بغير تفريطه.

٣ – لا يضمن الراعي ما تلف من الماشية، إذا لم يتعدّ.

الفصل الرابع

تطبيقات قضائية من المحاكم

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: تطبيق قضائي على دعوى الضمان

تطبيق قضائي على قاعدة (الإنسان في الإقرار بالضمان على نفسه غير متهم) أو (المرء مؤاخذ بإقراره) .

أولاً: وقائع القضية:

ادّعى (زيد) على (عمرو) بمبلغ قدره ثلاثون ألف ريال قيمة سيارة ، وافتتحت الجلسة وحضر فيها (سعيد) وهو الوكيل الشرعي لـ(زيد) بموجب صك الوكالة الصادر من إحدى كتابات العدل، وادّعى على الحاضر معه (عمرو) قائلاً في دعواه: أن في ذمة المدعى عليه لموكلي (زيد) مبلغ ثلاثين ألف ريال ثمن سيارة من نوع (داتسون غمارتين جي إكس موديل ٩٣) وهذا المبلغ حال، وأطلب الحكم بإلزامه بالتسديد ، هذه دعواي.

وبسؤال المدعى عليه (عمرو) عمّا ذكره وكيل المدعي، أجاب بقوله:

صحيح ، وأن هذا المبلغ حال، وقد استلمت السيارة ، وتصرفت فيها ، ولا مانع لدي من تسديد هذا المبلغ.

ثانياً: الحكم في القضية :

بناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة ، حكمت بإلزام المدعى عليه بدفع المبلغ المدعى به ، وبإعلان الحكم على المدّعى عليه .

ثالثاً: التطبيق :

من خلال النظر في الحكم السابق يتبين لنا انطباقه على القاعدة المذكورة (الإنسان في الإقرار بالضمان على نفسه غير متهم) . فالقاضي حكم على المدّعى عليه بإقراره على نفسه.

المبحث الثاني

تطبيق قضائي على عوارض الضمان

التطبيق سيكون على قاعدة (الخطأ لا يسقط الضمان).

أولاً: وقائع القضية :

عند افتتاح الجلسة ، قام وكيل النيابة العامة بتلاوة صحيفة الاتهام في مواجهة المدعى عليه قائلاً: أن المدّعى عليه كان يقود السيارة المملوكة لكفيله في شارع الريان باتجاه الغرب ولإهماله اصطدم بمقدمة سيارته بالولد الصغير البالغ من العمر سنتين المدعو / مُحَمَّد الذي كان يقطع الطريق أمامه باتجاه الشمال مما أدى إلى وفاته .

وبتوجيه التهمة للمدّعى عليه نفى ما نسب إليه من الإهمال وعدم الاحتراز وحسب أقوال قائد السيارة فإن سرعته كانت في حدود ٥٠ كلم في الساعة بينما السرعة القصوى للشارع تصل إلى ٨٠كلم في الساعة ، وأضاف المحقق أن الشارع الذي كان يسلكه المتهم مضاء والرؤية كانت واضحة، ولا يوجد ما يحجبها فلو كان قائد السيارة منتبهاً بالقدر الكافي لأمكنته رؤية الطفل قبل الاصطدام

وورد في تقرير مدير إدارة الصحة الوقائية أن الطفل / مُحَمَّد توفّي متأثراً بإصابته و أن سبب الوفاة إصابة الرأس مما سبب نزفاً نتيجة لارتطامه بجسم صلب وثبت انحصار إرث الطفل المتوفى في والديه وطالبا بديته .

ثانياً: الحكم في القضية : بناءعلى التحقيقات التي أجريت في الحادث وأقوال

طرفي الدعوى فقد ثبت اصطدام المتهم بالطفل الصغير الذي كان يعبر الطريق أمامه مما أدى إلى وفاته ، وأثبت الطب الشرعي رابطة السببية بين الوفاة والاصطدام ، فإن ذلك يوجب تضمين المتهم لدية الولد ، وحيث طالب ورثة المتوفى بديته فإن ذلك يوجب القضاء لهم بدية قتل نفس خطأً وهي مائة ألف ريال قطري حسبما هو معتمد بالمحاكم الشرعية القطرية.

ثالثاً: التطبيق : تبين أن القاضي حكم على المدّعى عليه بتضمينه دية قتل الخطأ، وعلل بأن المخطئ ضامن ، وهذا ما تؤكده القاعدة.

المبحث الثالث

تطبيق قضائي على موانع الضمان

التطبيق سيكون على قاعدة (ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه)

أولاً: وقائع القضية: تتلخص وقائع القضية في أن المتهم الأول كان يقود السيارة نيسان على طريق دخان باتجاه الشرق ملتزماً المسار الأوسط من الطريق، وأثناء سيره اصطدمت به السيارة نيسان (صالون) التي كان يقودها المتهم الثاني في نفس الاتجاه ملتزماً المسار الأيسر ثم انحرف إلى المسار الأوسط ولسرعته الزائدة اصطدم بمقدمة سيارته في مؤخرة سيارة المتهم الأول ونتج عن ذلك تضرر مؤخرة سيارة المتهم الأول وتلف المقدمة والزجاج الأمامي لسيارة المتهم الثاني مع حصول أضرار بليغة بقائدها .

وعند افتتاح الجلسة نودي على المتهمين فحضرا وتليت عليهما لائحة الاتهام ، وبتوجيه التهمة للمتهم الأول نفى ما نسب إليه من الرعونة وعدم الاحتراز

وبتوجيه التهمة للمتهم الثاني أجاب بأنه لا يتذكر شيئاً مما حصل في الحادث نتيجة الإصابات البليغة التي حصلت له وأدخل بسببها العناية المركزة.

وحضر المحقق في الحادث الشرطي / عبدالله وبسؤاله عن شهادته أفاد بانه بمعاينته لموقع الحادث تبين له أن قائد السيارة نيسان (صالون مكسيما) المتهم الثاني كان يقود سيارته من الغرب باتجاه الشرق على طريق دخان ملتزماً المسار الأيسر من الشارع ولإهماله انحرف من المسار الأيسر إلى المسار الاوسط واصطدم بمقدمة سيارته في مؤخرة السيارة (النشال) التي كان يقودها المتهم الأول .

وبسؤاله لماذا وضع قائد السيارة (النشال) متهماً في القضية أجاب بأن ذلك إنما قام به الادعاء العام بعد أن أحيل إليه الملف.

ثانياً: الحكم في القضية: من الرسم البياني للحادث وأقوال المحقق أن المتهم الثاني هو الذي انحرف عن مساره إلى مسار المتهم الأول وأن سرعته كانت عالية إلى أن اصطدم بمقدمة سيارته في مؤخرة السيارة النشال التي كان يقودها الأول فإن ذلك يوجب تمحض الخطأ في جانبه وعدم مسؤولية المتهم الأول عما نشأ عن الحادث من أضرار.

لهذه الأسباب: حكمت المحكمة حكماً ابتدائياً حضورياً بتبرئة المتهم الأول من التهمة المنسوبة إليه وإدانة المتهم الثاني بما نسب إليه من الإهمال وعدم الانتباه وتحميله المسئولية عما نشأ له أو لغيره من أضرار .

ثالثاً: التطبيق : من خلال النظر في الحكم يتبين أن القاضي ألزم المتهم الثاني بما نشأ عن الحادث من أضرار بسبب إهماله وعدم احترازه ، وبرّأ ساحة المتهم الأول ولم يلزمه بشيء من الأضرار المترتبة على الحادث ؛ لأن المتسبب هو المتهم الثاني ولأن المتهم الأول لا يمكنه الاحتراز عن هذا الحادث لأنه ليس بمقدوره ، فقد صدمه المتهم الثاني فجأة ، ولذلك لا يلزم المتهم الأول شيء من الأضرار التي حدثت للمتهم الثاني ؛ لأن (ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان).

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

المواعيد الإجرائية في القضاء المستعجل والحراسة القضائية وحجة الاستحكام وتنحي القضاة في نظام المرافعات الشرعية

بحث تكميلي مقدمة لنيل درجة الماجستير

ـ دراسة مقارنة ـ

إعداد

محمد بن عبد العزيز بن صالح الخضيري

إشراف

د . ناصر بن محمد الجوفان

١٤٢٤/١٤٢٥ هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢٦٣

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٢٢٥

البحث بعد التلخيص ٦٥

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

خطة البحث

التمهيد: و يشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : التعريف بمفردات العنوان :

المطلب الأول : تعريف المواعيد في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني : تعريف الإجراءات في اللغة والاصطلاح

المطلب الثالث : تعريف القضاء المستعجل في اللغة والاصطلاح

المطلب الرابع : تعريف الحراسة القضائية في اللغة والاصطلاح

المطلب الخامس : تعريف حجة الاستحكام في اللغة والاصطلاح

المطلب السادس : تعريف تنحي القضاة في اللغة والاصطلاح

المطلب السابع : التعريف بنظام المرافعات الشرعية

المبحث الثاني : تقسيم المواعيد في الفقه والنظام :

المطلب الأول : أقسام المواعيد بحسب نوعها

المطلب الثاني : أقسام المواعيد باعتبار جهة تحديدها

المطلب الثالث : المواعيد الإجرائية بحسب سلطة المحكمة عليها

المطلب الرابع : كيفية احتساب المواعيد

المطلب الخامس : امتداد المواعيد

ثالثا: صلب البحث ويحتوي على أربعة فصول :

الفصل الأول

القضاء المستعجل

المدخل لهذا الفصل وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول : **أهمية القضاء المستعجل**

المطلب الثاني : **شروط الاستعجال في النظام**

المطلب الثالث : **خصائص الاستعجال**

المطلب الرابع : **طبيعة الاستعجال**

القضاء المستعجل وفيه ستة مباحث ,

المبحث الأول : ميعاد رفع الطلب المستعجل

المبحث الثاني : ميعاد النظر في الدعاوى المستعجلة

المبحث الثالث : ميعاد الاعتراض على الأحكام المستعجلة

المبحث الرابع : ميعاد قبول دعوى منع التعرض في الحيازة ودعوى استردادها وهذا المبحث فيه تسعة مطالب ,

المطلب الأول : ماهية الحيازة

المطلب الثاني : دعوى منع التعرض

المطلب الثالث : تعريف التعرض المادي والقانوني

المطلب الرابع : ميعاد قبول الدعوى

الطلب الخامس : دعوى استرداد الحيازة

المطلب السادس : شروط دعوى الاسترداد

المطلب السابع : ميعاد رفع دعوى الاسترداد

المطلب الثامن : الفرق بين دعوى الحيازة ودعوى الاسترداد

المطلب التاسع : الحيازة في الفقه الإسلامي

المبحث الخامس : ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة

فيه مطلبان :

الطلب الأول : حضور الخصوم

المطلب الثاني : غياب الخصوم

المبحث السادس : ميعاد تقديم دعوى المنع من السفر

فيه تسعة مطالب:

المطلب الأول : تعريف المنع من السفر

المطلب الثاني : أنواع المنع من السفر

المطلب الثالث : طبيعة المنع من السفر وخصائصه

المطلب الرابع : شروط إصدار الأمر بالمنع من السفر

المطلب الخامس: موعد تقديم الدعوى

المطلب السادس : موعد الفصل في الدعوى

المطلب السابع : عدم رفع المطالبة بالدين في ميعاد معين

الطلب الثامن : موقف الفقه الإسلامي من جواز المنع من عدمه

المطلب التاسع : شروط منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي

الفصل الثاني

الحراسة القضائية

المدخل لهذا الفصل في أربعة مطالب,,,

المطلب الأول : **أهمية الحراسة القضائية**

المطلب الثاني : **طبيعة الحراسة القضائية**

المطلب الثالث : **شروط الحراسة القضائية**

المطلب الرابع : **شروط الحارس القضائي**

الحراسة القضائية وفيها ثلاثة مباحث ,,,

المبحث الأول : موعد بدأ التزامات الحارس القضائي

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : موعد التزامات تسلم المال في الفقه والنظام

المطلب الثاني : موعد التزامات إدارة المال في الفقه والنظام

المطلب الثالث : موعد التزامات أعمال التصرف في الفقه والنظام

المطلب الرابع : موعد التزامات رد المال في الفقه والنظام

المبحث الثاني : ميعاد تقديم الحارس لدفاتر الحساب

المبحث الثالث : ميعاد انتهاء الحراسة القضائية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : انتهاء المأمورية دون انتهاء الحراسة في الفقه والنظام

المطلب الثاني : انتهاء الحراسة القضائية في الفقه والنظام

الفصل الثالث

حجة الاستحكام

وفيها ثلاثة مباحث ,,,

المبحث الأول: ميعاد تقديم المعارضة على حجة الاستحكام

المبحث الثاني : ميعاد استكمال إجراءات الاستحكام

المبحث الثالث : موقف الفقه الإسلامي من حجة الاستحكام

الفصل الرابع

تنحي القضاة وردهم عن الحكم

وتحته مبحثان ,,,

المبحث الأول : مواعيد تنحي القضاة وردهم عن الحكم في النظام :

وتحته أربعة مطالب:

المطلب الأول : ميعاد قيام الخصومة

المطلب الثاني : ميعاد قبول طلب رد الخصومة

المطلب الثالث : شروط قبول طلب رد الخصومة

المبحث الرابع : ميعاد جواب القاضي عن طلب الرد

المبحث الثاني : موقف الفقه الإسلامي من التنحي والرد :

وتحته ثلاث مطالب:

المطلب الأول : منع القاضي من القضاء وحده لوجود التهمة

المطلب الثاني : منع القاضي من القضاء لنفسه لوجود التهمة

المطلب الثالث : منع القاضي من القضاء لأصله وفرعه لوجود التهمة

الخاتمة .

الفهارس العامة.

التمهيد

و يشتمل على مبحثين ,

المبحث الأول : التعريف بمفردات العنوان :

المطلب الأول: تعريف المواعيد في اللغة والاصطلاح

المواعيد في اللغة : المواعيد "جمع ميعاد" ، "والميعاد : المواعدة وهو موضع التواعد ووقته"، "والميعاد لا يكون إلا وقتاً أو موضعاً ".

المواعيد في الاصطلاح :

المواعيد في اصطلاح أهل النظام :

التعريف الأقرب أنه : " عبارة عن فترة زمنية يحددها النظام ، أو من يفوض له في ذلك ، يقيد بها الإجراء القضائي ".

المواعيد في اصطلاح الفقهاء :م يعرف الفقهاء – رحمهم الله – مصطلح المواعيد ولكن هناك ألفاظ مرادفة لكلمة (المواعيد) مثل : [الآجل – والإمهال].

المطلب الثاني :

التعريف بالإجراءات لغة واصطلاحاً

الإجراءات لغة : الإجراءات لها عدة إطلاقات منها :

١ –" الإرسال ، فيقال : أجْرى وكيلاً أي أرسل وكيلاً".

٢ – "التدبير والمعاملة".

٣ – "التنفيذ . فمأمور الإجْراء المنفذ لأحكام المحاكم".

تعريف الإجراءات اصطلاحاً :

الإجراءات عند أهل القانون :هي : (الخطوات التفصيلية المحددة بموجب نظام أو لائحة أو قواعد يحددها الجهاز نفسه لكيفية أداء أو إنجاز عمل ما).

الإجراءات عند الفقهاء : لم يعرف الفقهاء رحمهم الله لفظة (الإجراءات) فهي لفظة حديثة لم تعرف عندهم وإنما عرفت فيما بعد وخاصة إجراءات المحاكمة لدى القضاء وحتى الحكم والتنفيذ بإقامة العقوبة أو تبرئة المتهم .

المطلب الثالث

تعريف القضاء المستعجل في اللغة والاصطلاح

أولاً : تعريف القضاء في اللغة : " قضى " القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه، وانفاذه لجهته ،والقضاء : الحكم

تعريف القضاء في الاصطلاح الفقهي :

التعريف المختار : تبيين الحكم الشرعي ممن له الولاية في الوقائع الخاصة والإلزام به وفصل الخصومات

ثالثاً : تعريف القضاء في النظام :

" هو النظر في المنازعات التي تنشأ بين الخصوم لإصدار قرار ملزم فيها يضع حداً لهذا المنازعات ، بعد اتخاذ إجراءات معينة قبل صدور هذا القرار الذي يسمى بالحكم ".

المطلب الثالث :

تعريف القضاء المستعجل في الفقه والنظام

وتحته أمران :

أولاً : تعريف القضاء المستعجل في الفقه .

" النظر في الدعوى التي يخشى عليها من فوات الوقت وإظهار الحكم الشرعي الملزم على وجه خاص فيما يقع من مصالح الدنيا ، منعاً للضرر الحاصل بالتأخير ".

ثانياً : تعريف القضاء المستعجل في النظام :

في نظام المرافعات الشرعية السعودية لم يتطرق لتعريف القضاء المستعجل

فالتعريف الذي أراه راجحاً هو "القضاء المستعجل فرع من القضاء المدني لا

يتقيد بإجراءات التقاضي العادي يختص بالفصل في المسائل المستعجلة وهي المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت أو التي ينص القانون على أنها من اختصاصه وذلك بقرار مؤقت على ذمة الدعوى الموضوعية ولحين الفصل فيها ".

المطلب الرابع : تعريف الحراسة القضائية

وتحته ثلاث نقاط :

أولاً : **تعريف الحراسة القضائية في اللغة** .

مصدر حرس ، يقال حرسه حرساً وحراسة فهو حارس ، جمعه حرس ؛ وأحراس ؛ وحراس، بمعنى حفظ ، والحارس هو حافظ المكان. وتكون الحراسة بمعنى الحفظ .

ثانياً : تعريف الحراسة القضائية فقها :

عرف الفقه الإسلامي الحراسة القضائية وإن كان لا يعبر عنها بهذا اللفظ – حيث إن الحراسة مصطلح مستحدث – وذلك أنها تتضمن كف يد واضع اليد من التصرف في المال محل الحراسة،وتتضمن كذلك قيام حارس قضائي له التصرف في المال محل الحراسة في حدود السلطة الموكلة إليه من القاضي أو أطراف الخصومة

ثالثاً : تعريف الحراسة القضائية نظاماً :

ورد في نظام المرافعات الشرعية في المادة (٢٣٩) عليها بقوله: ترفع دعوى طلب الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم في شأنه نزاع ويكون الحق فيه غير ثابت وللقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزة ويتكفل الحارس بحفظ المال وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٣٩)..

الذي يظهر لي أن الحراسة القضائية ترتكز في التعاريف الماضية على أنها إجراء تحفظي , هذا الإجراء يكون بأمر القاضي , هذا الأمر لابد فيه من ذكر الأسباب ,ولابد من وضع مهام الحارس وصلاحياته , وفي النهاية لابد من تبيين مصير المال بعد انقضاء الحراسة .

المطلب الخامس :تعريف حجة الاستحكام

عرفت الأنظمة القضائية السعودية حجة الاستحكام بأنها "طلب صك بإثبات تملك عقار في مواجهة خصم ابتداءً ولا يمنع من سماع الدعوى بالحق متى وجدت" نظام القضاء السعودي كما عرف حجة الاستحكام أيضاً نظام المرافعات الشرعية بقولة " الاستحكام هو طلب صك بإثبات تملك عقار في غير مواجهة خصم ابتداءً , ولا يمنع من سماع الدعوى بالحق متى وجدت" المادة الحادية والخمسون بعد المأتين من نظام المرافعات الشرعية .

المطلب السادس :تعريف التنحي في اللغة والاصطلاح

وتحته ثلاث نقاط :

أولاً : **تعريف التنحي في اللغة** .

التنحي : مصدر ، وأصله نَحا ينحو نحواً وانْتَحا ، والجمع منه أنحاء، ونُحوٍ.

ويأتي بمعنى القصد ، وبمعنى الإبعاد والإزالة يقال نحيته عن موضعه تنحية فتنحى ابتعد.

التنحي في الفقه الإسلامي :

يمكن القول أن التنحي في الفقه الإسلامي هو "منع القاضي أو امتناعه من النظر في الدعوى متى توفرت أسباب ذلك ".

التنحي في النظام : لقد ورد ذكر التنحي في النظام وذلك في الباب الثامن من نظام المرافعات الشرعية المواد (٩٠، ٩١، ٩٣) من نظام المرافعات الشرعية ، إلا أن النظام لم يضع للتنحي تعريفاً خاصاً به وبالنظر في المواد التي ذكرت التنحي يمكن تعريف التنحي بأنه : " امتناع القاضي من النظر في القضية المعروضة عليه متى قام سبب من الأسباب التي تدعو إلى ذلك " .

والتنحي في النظام يأتي على قسمين :

القسم الأول : وهو التنحي الوجوبي وهو " امتناع القاضي من النظر في الدعوى المعروضة عليه متى وجد سبب ذلك و إلا اعتبر حكمه باطلاً بقوة النظام " .

القسم الثاني : التنحي عند قيام أحد حالات الرد وهو : امتناع القاضي عن نظر الدعوى متى وجد سبب ذلك ، إلا أن هذا التنحي راجع إلى تقديره واختياره ، فإذا لم يتنحى ولم يطلب الخصوم رده عن النظر كان حكمه صحيحاً.

هذا ما يتعلق بالتنحي في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية إلا أن هناك قسم ثالث لم يذكره النظام بينما ورد في بعض الأنظمة العربية. وهو ما يسمى بالتنحي الجوازي. وهو أنه "يجوز للقاضي في غير أحوال الرد المذكورة إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب، أن يعرض أمر تنحيه على رئيس المحكمة للنظر في إقراره على التنحي .

المطلب السابع التعريف بنظام المرافعات الشرعية

التعريف هنا له وجهان :

١ – وجه عام وهو ما يشمل أي نظام للمرافعات .

٢ – وجه خاص وهو نظام المرافعات الشرعية السعودي .

لعل التعريف الأقرب أن يقال : " مجموعة القواعد التي تحدد مجريات

التقاضي والإجراءات التي يتبعها الخصوم عند رفع دعواهم أمام القضاء وإجراءات السير فيها " .

هذا هو تعريف نظام المرافعات بوجه عام .

أما نظام المرافعات الشرعية بوجه خاص وهو مقصدي في هذا البحث فهو نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ . والذي بلغ عدد مواده (٢٦٤) مادة .

وقد صدرت اللوائح التنفيذية لهذا النظام بموجب قرار وزير العدل رقم (٤٥٦٩) وتاريخ ١٤٢٣/٦/٣هـ وبلغ عددها (٨٥٣) مادة ، والتي أعدت وفق الأصول الشرعية والتعليمات الصادرة بالأوامر السامية والمبادئ القضائية والإجراءات المقررة الموافقة لمقتضى النظام . وقد صدر التعميم القضائي بتطبيقه على كافة المحاكم في المملكة العربية السعودية من وزير العدل برقم (١٣/ت/٢٠٠٥) وتاريخ ١٤٢٣/٦/٨هـ.

المبحث الثاني

تقسيم المواعيد في الفقه والنظام

المطلب الأول : **أقسام المواعيد بحسب نوعها** .

جعل نظام المرافعات الشرعية المواعيد قسمان من حيث نوعها :

١ – ما ينقضي به الميعاد قبل الإجراء .

٢ – ما يتم الإجراء به خلال الميعاد .

القسم الأول : ما ينقضي به الميعاد قبل الإجراء . في النظام

ويسمى هذا النوع بالميعاد الكامل ، وهو عبارة عن فترة زمنية يجب أن تنتهي بأكملها قبل حصول الإجراء.

والهدف من هذا الميعاد منح الخصم فترة زمنية كافية لإعداد وسائل دفاعه.وقد نص النظام نظام المرافعات الشرعية السعودي ، المادة (٢٣) ،ومثال هذا النوع مواعيد الحضور اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ١/٢٣.

ما ينقضي به الميعاد قبل الإجراء في الفقه الإسلامي :

وهذا مثل تنفيذ القصاص على الحامل فإنها تؤخر حتى تضع , ولا يجوز تنفيذ القصاص عليها وهي حامل." ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها

سواء كانت حاملا وقت الجناية ,أو حملت بعدها قبل الاستيفاء ,وسواء كان القصاص بالنفس أو في الطرف "

القسم الثاني : ما يتم الإجراء به خلال الميعاد :

وهذا القسم يشتمل على نوعين من المواعيد :

النوع الأول : ما يسمى بالميعاد الناقص : " وهو فترة زمنية يلزم أن يتخذ الإجراء خلالها ". ومثال هذا النوع من المواعيد :

أ – مواعيد تمييز الأحكام. فقد نص النظام على أن " مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوماً ، فإذا لم يقدم الخصم اعتراضاً خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز . نظام المرافعات الشرعية المادة ١٧٨ . ".

ب – مواعيد التماس إعادة النظر : فقد نص النظام على أن " مدة التماس إعادة النظر ثلاثون يوماً يبدأ من اليوم الذي يثبت فيه علم الملتمس تزوير الأوراق أو بالقضاء بأن الشهادة مزورة..." نظام المرافعات الشرعية المادة ١٩٣ ..

النوع الثاني : الميعاد المرتد : " وهو فترة زمنية يجب اتخاذ الإجراء قبل أن تبدأ "

ما يتم فيه الإجراء خلال الميعاد في الفقه الإسلامي : **ومن هذا الأجل الذي يضربه القاضي للخصم لإحضار البينة , قال عمر بن الخطاب** ﷺ : " وأجعل للمدعي أمداً ينتهي إليه ، فإن أحضر بينته و إلا وجهت عليه

القضاء فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر " سنن البيهقي ١٠/١٨٢, سنن الدار قطني ٤/٢٠٦, قال ابن القيم " وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة"(إعلام الموقعين ١/٨٦)

المطلب الثاني :

أقسام المواعيد باعتبار جهة تحديدها

يمكن لنا تقسيم القواعد المحددة للمواعيد إلى قسمين :

١ – **قواعد جامدة** : وهي التي حددها النظام تحديد دقيقاً ، ولم يفوض تحديدها لجهة أخرى ، وهذا هو الأصل .

٢ – **قواعد مرنة** : وهي التي لم يحددها النظام ، وإنما تتولى المحكمة تحديدها ، أو يحددها الخصوم .

إذا هناك ثلاث جهات تتولى تحديد المواعيد في نظام المرافعات الشرعية، وهذه الجهات هي النظام والمحكمة والخصوم .

الفرع الأول : مواعيد نص عليها النظام : لا شك في أن النظام هو الأصل في تحديد المواعيد ، ويترتب على مخالفة النظام عدم قبول الإجراء ، أو بطلانه .

وهناك مواعيد كثيرة نص عليها النظام ومن ذلك :

١ – ميعاد الاعتراض بطلب التمييز .

٢ – ميعاد التماس إعادة النظر .

٣ – ميعاد إبلاغ خطاب إلى المعلن إليه عند تسليم صورة التبليغ إلى الجهة الإدارية

وهناك مواعيد نص عليها النظام لكن فوض للمحكمة سلطة إنقاص الميعاد أو زيادته نتعرض لها في الفرع الثاني .

الفرع الثاني : مواعيد يرجع فيها للمحكمة :

المواعيد التي فوض النظام للقاضي ناظر القضية ، أو رئيس المحكمة سلطة تحديدها يمكن تقسيمها إلى أقسام :

أولاً : مواعيد نص عليها النظام ، لكن جعل التحديد النهائي لها يكون من القاضي ناظر القضية أو رئيس المحكمة .

مثال ذلك مواعيد الحضور . فقد نص نظام المرافعات الشرعية على أن [**ميعاد الحضور أمام المحكمة العامة ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تبليغ صحيفة الدعوى ، ويجوز في حال الضرورة نقص هذا الميعاد إلى أربع وعشرين ساعة. وميعاد الحضور أمام المحكمة الجزئية. ثلاثة أيام ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد إلى ساعة ، بشرط أن يحصل التبليغ للخصم نفسه في حالتي نقص الميعاد ، ويكون نقص الميعاد في الحالتين بإذن من القاضي ، أو رئيس المحكمة المرفوعة إليها الدعوى**] نظام المرافعات الشرعية المادة ٤٠ ..

فنلحظ هنا أن النظام فوض للمحكمة التحديد الأخير لهذه المواعيد فيجوز للمحكمة الزيادة على هذه المدة المذكورة في النظام ، كما يجوز لها النقص منها لكن النقص مشروط بشروط معينة ، وهو أن يكون التبليغ حصل للخصم نفسه، أو وكيله اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية المادة ٦/٤٠ ..

ثانياً : مواعيد يحددها القاضي ناظر القضية أو رئيس المحكمة :

ولم ينص النظام على تحديدها ، بل فوض التحديد كله للقاضي ناظر القضية، أو رئيس المحكمة مثال ذلك : تحديد ميعاد استلام نسخة الحكم والذي يترتب عليه تحديد بداية ميعاد الاعتراض على الحكم ، حيث نص النظام على أنه **يبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم إعلان الحكم للمحكوم عليه وأخذ توقيعه في دفتر الضبط ...]** نظام المرافعات الشرعية المادة ١٧٦ ..

ونصت اللائحة التنفيذية على أنه يحدد حاكم القضية للمحكوم عليه في جلسة النطق بالحكم ميعاداً لاستلام نسخة صك الحكم اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية المادة ١/١٧٦ ..

وفي الفقه الإسلامي: ضرب الأجل مصروف إلى اجتهاد الحاكم بحسب حسن النظر في أمر الخصمين ، وليس فيه حدود محدود لا يتجاوز ،إنما هو الاجتهاد "

الفرع الثالث : مواعيد يحددها الخصوم :

: **ميعاد وقف الدعوى** : فقد نص نظام المرافعات الشرعية على أنه **[يجوز وقف الدعوى بناء على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة اتفاقهم ...]** نظام المرافعات الشرعية المادة ٨٢ ..

المطلب الثالث : المواعيد الإجرائية بحسب سلطة المحكمة

المواعيد الإجرائية تنقسم إلى قسمين بحسب سلطة المحكمة عليها وهي كالتالي:

القسم الأول : المواعيد التي تخضع لسلطة المحكمة :

وسلطة المحكمة في هذا النوع تتمثل بأحد أمرين :

الأمر الأول : التمديد : فللمحكمة سلطة تقديرية في زيادة المدة عما هو منصوص عليه في النظام،وقد فوض النظام للمحكمة ذلك .

مثال ذلك : ما نص عليه نظام المرافعات الشرعية على أنه " تضاف مدة ستين يوماً إلى المواعيد المنصوص عليها نظاماً لمن يكون محل إقامته خارج المملكة.." نظام المرافعات الشرعية المادة ٢٢ ..

ثم أوضحت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية أن "للقاضي الزيادة

على ذلك عند الحاجة " اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ١/٢٢ ..

الأمر الثاني : النقص : أجاز النظام للمحكمة النقص من الميعاد الذي حدد في النظام بشروط معينة ذكرها.

مثال ذلك : موعد الحضور للمحكمة ، نص النظام على أن " ميعاد الحضور أمام المحاكم العامة ثمانية أيام على الأقل ... ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد إلى أربع وعشرين ساعة ، وميعاد الحضور أمام المحكمة الجزئية ثلاثة أيام، ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد إلى ساعة ... " نظام المرافعات الشرعية المادة ٤٠ ..

القسم الثاني : المواعيد التي لا تخضع لسلطة المحكمة :

وهي ما " تسمى بالمهل القانونية "، ومثال هذه المواعيد : مواعيد التمييز ، ومواعيد التماس إعادة النظر.

المطلب الرابع : كيفية احتساب المواعيد : نص نظام المرافعات الشرعية السعودية على كيفية احتساب المواعيد المادة (٩) بقوله " تحسب المدد والمواعيد المنصوص عليها في هذا النظام حسب تقويم أم القرى ويعتبر غروب شمس كل يوم نهايته " .

القاعدة العامة في حساب المواعيد أنه يبدأ الميعاد من اليوم التالي لحدوث الواقعة المجرية له وينتهي بنهاية اليوم الأخير وهذا ما نص عليه نظام المرافعات

يقول : " إذا كان الميعاد مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم الإعلان أو اليوم الذي حدث فيه الأمر المعتبر في نظر النظام مجرياً للميعاد ، وينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان يجب أن يحصل فيه الإجراء ، أما إذا كان الميعاد مما يجب انقضائه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد ، وإذا كان الميعاد مقدراً بالساعات كان حساب الساعة التي يبدأ فيها والساعة التي ينقضي فيها على الوجه المتقدم " المرافعات الشرعية المادة (٢٣) ..

المطلب الخامس :امتداد المواعيد : ورد في نظام المرافعات الشرعية السعودية في المادة (٢٣) حيث قال : "إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها" نظام المرافعات الشرعية السعودية المادة (٢٣)..

أولاً : امتداد الميعاد بسبب العطلة الرسمية : نصت المادة ٢٣ مرافعات على أنه إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها.

وقد قضى بأن وقوع العطلة أثناء الميعاد لا يوقف سريانه بل يسري في أثنائها ، فإذا ما وافق آخر الميعاد يوم عطلة امتد الموعد إلى اليوم التالي.

ثانياً : امتداد الميعاد بسبب المسافة : قد يكون المعلن إليه مضطراً لكي يرد على الإعلان بإعلان مثله، أو ليحضر أمام المحكمة أو ليقوم بالعمل

المطلوب منه ، أو يطعن في الحكم المعلن إليه أن ينتقل من موطنه أو الموطن الذي أعلن فيه ، إلى الموطن الذي يجب أن يقوم فيه بالعمل. ولذلك كان من الطبيعي أن يقدر المشرع هذا الظرف ، وأن يزيد في المواعيد التي حددها أصلاً .

وفي الفقه الإسلامي: اعلم أن اعتبار المسافة التي تكون بين مجلس القاضي ومحل إقامة المدعى عليه , أصل معروف عند الفقهاء , فقد تكلموا على ذلك في مواضع كثيرة ومنها :

عند الكلام على تحضير المدعى عليه, فأوجبوا على القاضي أن يدعوا المدعى عليه القريب دون البعيد .

الفصل الأول

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول : أهمية القضاء المستعجل

أخلص إلى ذكر بعض النقاط عن أهمية القضاء المستعجل وهي كالتالي :

١ – إن ما يبرز أهمية القضاء المستعجل هو سرعة الفصل في النزاعات والخلافات.

٢ – قال النبي ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " أخرجه ابن ماجه برقم (٢٣٤٠) (١٠٦/٣) ،وأحمد ، حديث رقم (٢١٧١٤) ، وصححه الألباني في صحيح الجامع برقم (٢٦٧٧) (١٢٥٠/٢) .

فمما يميز ويبرز أهمية القضاء المستعجل أنها درء الضرر عن صاحب المصلحة فليس من العدل بمكان أن تترك بضاعة المدعى عليه حتى تفسد .

٣ – في أحيان كثيرة إذا رأى أحد المتداعيين أن الدعوى سوف تفصل بسرعة فإنه يكف عن الإضرار وعن قيام الدعوى إذاً تكمن الأهمية هنا في كف ضرر الغير .

٤ – البساطة والمرونة في سير المعاملات في القضاء والمحاكم المستعجلة .

٥ – قلة النفقات في المحاكم المستعجلة.

٦ – اختصار الإجراءات.

المطلب الثاني شروط الاستعجال في النظام

نصت المادة ٢٣٣ من نظام المرافعات الشريعة السعودي أنه "تحكم المحكمة المختصة بنظر الموضوع بصفة مؤقتة في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت والمتعلقة بالمنازعة نفسها، ولا يؤثر هذا الحكم على موضوع الدعوى سواء رفع طلب الحكم بالإجراء المؤقت مباشرة أو تبعاً للدعوى الأصلية".

وبعد هذا التمهيد أفصل في شرطي الاستعجال:

١ – الشرط الأول : الاستعجال :القاضي هو الذي يحدد مدى توافر هذا الشرط من عدمه , فالمرجع الأول والأخير إلى القاضي , إذا حالة الاستعجال حالة يقدر مدى حصولها القاضي المختص بنظر الدعوى .

وشرط الاستعجال له ميزات عدة نذكر منها ما يلي :

١ – أن هذا الوصف يلحق الدعوى لا أصل الحق .

٢ – أن هذا الوصف مؤقت وعرضة للزوال.

٣ – شرط الاستعجال يختلف تقديره بحسب الزمان والمكان والبيئة.

الشرط الثاني : عدم المساس بأصل الحق : من المتفق عليه فقهاً وقضاءً ، أن قاضي الأمور المستعجلة ليس له بأي حال من الأحوال أن يقضي في أصل الحقوق والالتزامات والاتفاقات مهما أحاط بها من استعجال

أو ترتب على امتناعه فيها من ضرر بالخصوم.

وبجانب ضرورة توافر الشرطين الاستعجال وعدم المساس بالحق ورد شروط أخرى عامة لقبول الدعوى وهي :

١- الصفة في الدعوى المستعجلة وهي تثبت لمن به حاجة للحماية الوقتية المطلوبة

٢ – والمصلحة شرط لقبول الدعوى بمعنى أن يكون لرافع الدعوى مصلحة قانونية.

٣ – وجود أهلية لا يكفي لقبول الدعوى.

المطلب الثالث :خصائص الاستعجال

١ – من أهم الخصائص "سرعة إصدار الأحكام القضائية في القضاء المستعجل..

٢ –" إن للقضاء المستعجل وظيفة مساعدة إذ يلجأ إليه بالنظر إلى إمكانية صدور حكم موضوعي محتمل في المستقبل .

٣ – "أن هذا الوصف – الاستعجال – يلحق الدعوى لا أصل الحق"

٤ – "مرونة شروط رفع الدعوى الاستعجالية ".

٥ – دعوى الأمور المستعلجة دعوى مجردة .

٦ – أن القضاء المستعجل يختلف تقديره بحسب الزمان والمكان والبيئة

فهو أمر موضوعي يستقل بتقديره قاضي الأمور المستعجلة.

٧ – أن المستعجل وصف قانوني ووصف للدعوى المستعجلة لا يملك الخصم فرضه على خصمه .

المطلب الرابع: طبيعة الاستعجال

طبيعة الاستعجال تختلف باختلاف الحالة المنظورة أمام المحكمة والحق المطالب به

"إن تقدير توافر الاستعجال في الدعوى أمر يدخل في سلطة المحكمة التقديرية على ضوء كل دعوى على حده، ومن ثم فإنه لا يجوز للخصوم الاتفاق فيما بينهم على أن حاله ما تعتبر مستعجلة وتتطلب السرعة، إذاً فالاستعجال تحدده طبيعة الحق المتنازع عليه ، ويستخلص من الظروف المحيطة به .ولابد أن أبين أن هذا المطلب وهو طبيعة الاستعجال تحته مسألتان :

المسألة الأولى : الدعاوى المستعجلة والقضايا التي تنظر على وجه السرعة.

المسألة الثانية : الفرق بين الطلب المستعجل والطلب الوقتي .

المسألة الأولى : الدعاوى المستعجلة والقضايا التي تنظر على وجه السرعة: يميز المشرع بين المسائل المستعجلة التي يختص بها القضاء المستعجل فيصدر

فيها أحكاماً وقتية مستعجلة دون أن يمس موضوع الحق وبين المسائل التي أوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة، فالمنازعات الأخيرة هي منازعات موضوعية ترفع إلى المحكمة المختصة وإنما أوجب القانون الحكم بها على وجه السرعة لاعتبارات خاصة".

المسألة الثانية : الفرق بين الطلب المستعجل والطلب الوقتي :

"درج الفقه والقضاء على الخلط بين الطلبات الوقتية والطلبات المستعجلة ، هذا الخلط يكون راجعاً إلى سببين : أولهما : أن موضوعهما واحد ، وهو اتخاذ إجراء مؤقت يقصد به تحديد مركز الخصوم تحديداً مؤقتاً دون الفصل في أصل الحق أو المساس به .

ثانيهما : أن المشرع نفسه يكتفي في بعض الأحيان بالتعبير عن الطلبات المستعجلة والطلبات الوقتية بصفة الوقتية".

"ومن الفروق أن الطلب المستعجل يتميز بتوافر الاستعجال والخطر المحدق الذي يتطلب ضرورة الحصول على حماية عاجلة بينما ذلك ليس بلازم في الطلب الوقتي ، كذلك فإن سلطة قاضي الأمور المستعجلة سلطة قضائية، أما سلطة قاضي الأمور الوقتية فهي ولاية".

القضاء المستعجـل

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : ميعاد رفع الطلب المستعجل .

الفقرة الأولى من المادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين أن "رفع الدعوى المستعجلة إذا كان قبل إقامة الدعوى الأصلية يكون بصحيفة نظام المرافعات الشريعة مع اللوائح التنفيذية ، المادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين. وفق المادة (٣٩).

الفقرة الثانية من المادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين أنه "يجوز رفع الطلب المستعجل مع الدعوى الأصلية بصحيفة واحدة ، كما يجوز إبداؤه طلباً عارضاً من الخصوم أثناء نظر الدعوى ، أو يقال مشافهة في الجلسة بحضور الخصم" نفس المرجع السابق..

الطلب المستعجل له حالتان :

الحالة الأولى : أن يكون رفع الطلب المستعجل قبل إقامة الدعوى الأصلية فهنا نص النظام أن الطلب يتم بما يتم به الدعوى نفسها أي من حيث الإجراءات، فهنا يترتب على الطلب أنه يؤخذ مجرى وإجراءات الدعوى الأصلية.

الحالة الثانية : أن يتم رفع الطلب الأصلي أو العادي المستعجل مع

الدعوى الأصلية فهنا أجاز النظام مثل هذا الفعل فأجاز المنظم دمج كلاً من الدعوى الأصلية والطلب المستعجل في صحيفة واحدة .

أما عن صحيفة الطلب المستعجل فهي تتضمن ما يتضمنه الدعوى الأصلية وكما ورد في المادة التاسعة والثلاثون . وهي كما يلي : "ترفع الدعوى إلى المحكمة من المدعي بصحيفة تودع لدى المحكمة من أصل وصورة بعدد المدعى عليهم ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية:

أ – الاسم الكامل للمدعي ، ومهنته أو وظيفته، ومحل إقامته ، وسجله المدني، والاسم الكالم لمن يمثله، ومهنته أو وظيفته ، ومحل إقامته إن وجد .

ب – الاسم الكامل للمدعى عليه ، ومهنته أو وظيفته ، ومحل إقامته ، فإن لم يكن له محل إقامة معلوم فآخر محل إقامة كان له .

جـ – تاريخ تقديم الصحيفة .

د – المحكمة المرفوعة أمامها .

هـ – محل إقامة مختار للمدعي في البلد التي بها مقر للمحكمة إن لم يكن له محل إقامة فيها

و – موضوع الدعوى وما يطلبه المدعي وأسانيده " المادة التاسعة والثلاثون من نظام المرافعات الشرعية ..

القسم الآخر من أقسام الطلب : الطلب العارض :

ورد في الفقرة الثانية من المادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين: " بأنه يجوز إبداؤه طلباً عارضاً من الخصوم أثناء نظر الدعوى ، أو يقدم مشافهة في الجلسة بحضور الخصم " .

وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة والسبعون " تقدم الطلبات العارضة من المدعي والمدعى عليه بصحيفة تبلغ للخصوم قبل يوم الجلسة، أو بطلب أن يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ، ويثبت في محضرها ، ولا تقبل الطلبات العارضة بعد إقفال باب المرافعة " .

إن الطلبات العارضة لها أنواع عديدة ومنها :

١ – **التدخل الانضمامي.**

٢ – التدخل الجبري، أو الهجومي أو الاختصامي.

١ – التدخل الانضمامي : هو تدخل أحد من الغير منضماً إلى جانب أحد الخصومة وتابعاً له ليحفظ حقوقه عن طريق مساعدته في الدفاع عنها نظراً لتأثره الفعلي إذا ما خسر الدعوى..

والتدخل الإنضمامي له نوعان : ١ – التدخل الانضمامي البسيط .

٢ – التدخل الانضمامي المستقل .

" أما عن معناهما فالبسيط هو كما سبق في المعنى العام للانضمامي أما

المستقل فهو تدخل لمصلحة نفسه في نفس الدعوى.

ويقبل هذا التدخل الانضمامي المستقل في كل حالة يوجد فيها ارتباط مما يجيز رفع الدعوى ابتداءً من أكثر من مدعى عليه أو من أكثر من مدعي على أكثر من مدعى عليه واحد . كتدخل دائن متضامن مع دائن متضامن آخر في دعوى مرفوعة على المدين".

٢ – التدخل الهجومي أو الاختصامي : "هذا هو النوع الثاني حيث يتدخل شخص من الغير مختصماً طرفي الدعوى معاً للمطالبة بحق له أو بمركز قانوني ذاتي مرتبط بالطلب الأصلي للخصومة .

إذن : يتضح لنا أن التدخل له طريقان : أحدهما : هو الطريق المعتاد لرفع الدعوى وذلك بصحيفة يراعى فيها ما نصت عليه المادة (٣٩) مرافعات شرعية من أصول صحف الدعوى. ويجب أن تبلغ هذه الصحيفة طبقاً للمواد (١٢) وما بعدها من نظام المرافعات قبل يوم الجلسة. ولم يحدد النظام موعداً معيناً لتبليغها ، وإنما اكتفى أن يكون التبليغ قبل الجلسة ولو بيوم واحد.

الطريق الثاني :" هو التدخل في نفس الجلسة بطلب يقوم شفاهة في حضور الخصمين معاً ويثبت في محضرها، وهذا الطريق يقتضي حضور الخصمين في الجلسة، أما إذا كان أحدهما غائباً فلا ينفذ التدخل أو الطلب في مواجهته إلا بالطريق الأول".

ميعاد الاعتراض يبدأ من تاريخ التبليغ ، أما في حالة إذا لم يقدم اعتراضه خلال المدة المقررة نظاماً فيكتسب الحكم القطعية وفق المادة (١٧٨).

أما عن انتهاء مدة الميعاد فكما ورد في المادة السابعة والسبعون بعد المائة "يقف ميعاد الاعتراض بموت المعترض أو بفقد أهليته للتقاضي، أو بزوال صفة من كانت تباشر الخصومة عنه، ويستمر الوقف حتى إبلاغ الحكم إلى الورثة أو من يمثلهم أو يزول العارض " المادة السابعة والسبعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية ..

" مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوماً ، فإذا لم يقدم الخصم اعتراضاً خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز، وعلى المحكمة اتخاذ محضر بذلك في ضبط القضية، والتهميش على الصك وسجله بأن الحكم قد اكتسب القطعية" المادة الثامنة والسبعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية . ، أما التماس إعادة النظر فهو للأحكام النهائية .

المبحث الثاني

ميعاد النظر في الدعاوى المستعجلة

إن ميعاد النظر في الدعاوى المستعجلة يتم عبر انتفاء عدة موانع عنه ، فالنظر في الدعوى المستعجلة لابد أن يكون مستلزماً لشروط منتفياً عنه الموانع .

وقد ذكر شراح النظم عدة موانع ,فمن الموانع التي قد يدفع بها أحد الخصوم هي عدم الاختصاص وهو نوعان الدفع بعدم الاختصاص المحلي والنوعي .

وقد ذكر المنظم عن المحلي ما يلي : "الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص المحلي أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع ذاته أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها يجب إبداؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها " المادة الحادية والسبعون من نظام المرافعات الشرعية ..

النوع الآخر الدفع بعدم الاختصاص النوعي والدفع بعدم الاختصاص بالوظيفة فكلاهما يتعلق بالنظام العام.

كذلك من الموانع الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز الدفع بعدم قبول الدعوى أمام القضاء المستعجل فإذا لم تتوافر شروط قبول الدعوى كشرط المصلحة أو الصفة يجوز للخصم أن يقدم دفعاً بعدم قبول الدعوى المرفوعة على هذا الوجه إلى القضاء المستعجل.

"الدفع بعدم اختصاص المحكمة النوعي ، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة والأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر ، وكذا الدفع بعدم سماع الدعوى تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، ويجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى " المادة الثانية والسبعون من نظام المرافعات الشرعية ..

كذلك من موانع النظر في الدعوى المستعجلة تغيب الخصوم.

المبحث الثالث

ميعاد الاعتراض على الأحكام المستعجلة

ورد في نظام المرافعات الشرعية في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين أن "الأحكام الصادرة في المسائل خاضعة لتعليمات التمييز ويجوز اعتراض عليها المادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية . وفق المادة (١٧٥) .

المادة الخامسة والسبعون بعد المائة "لا يجوز الاعتراض على الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها أو بعضها إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في الموضوع، ويجوز الاعتراض على الحكم الصادر بوقف الدعوى وعلى الأحكام الوقتية والمستعجلة قبل الحكم في الموضوع" المادة الخامسة والسبعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية .

إن طرق الاعتراض على الأحكام هي التمييز والتماس إعادة النظر وقد بينت المادة الخامسة والسبعون بعد المائة شيء من ذلك .

" ويبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم إعلان الحكم للمحكوم عليه وأخذ توقيعه في دفتر الضبط ، أو من التاريخ المحدد تسلمه إذا لم يحضر . ويبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم الغيابي من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله " المادة السادسة والسبعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية ..

"يقف ميعاد الاعتراض بموت المعترض ,أو بفقد أهليته للتقاضي ,أو بزوال صفة من كانت تبشر الخصومة عنه . ويستمر الوقت حتى إبلاغ الحكم إلى الورثة أو من يمثلهم أو بزوال العارض" المادة السابعة والسبعون بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية .

المبحث الرابع

ميعاد قبول دعوى منع التعرض في الحيازة ودعوى استرادها

وتحته تسعة مطالب :

المطلب الأول : ماهية الحيازة .

الحيازة في اللغة : حاز الشيء إذا قبضه وملكه واستبد به.

الحيازة في الاصطلاح الفقهي :"استيلاء الشخص على عين من الأعيان بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته"

تعريف الحيازة في الاصطلاح النظامي :

وقد عرف نظام المرافعات الحيازة بقوله "هي ما تحت اليد من غير العقار الذي يتصرف فيه بالاستعمال بحكم الإجارة، أو العارية، أو يتصرف فيه بالنقل من ملكه إلى ملك غيره؛ سواء أكان بالبيع، أم الهبة، أم الوقف" المادة الحادية والثلاثون ، الفقرة الأولى من نظام المرافعات الشرعية . .

كذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن "الحيازة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق ، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية" مجموعة الأعمال التحضيرية ٦/٤٤٨، ٤٥٠ ..

ماهية الحيازة وتتكون من عنصرين ، عنصر مادي وعنصر معنوي :

١ – العنصر المادي في الحيازة : من خلال النظر في تعريف الحيازة في اللوائح التنفيذية في نظام المرافعات استنبطت منه العنصر المادي عندما قال " الذي يتصرف فيه بالاستعمال " المادة الحادية والثلاثون ، الفقرة الأولى من نظام المرافعات الشرعية ..

العنصر المادي في الحيازة" هي وضع اليد الفعلي على الشيء ".

٢ – العنصر المعنوي في الحيازة : والعنصر المعنوي في الحيازة هو نية الملك. أي حيازة العقار بنية تملكه وهذا يقتضي أن يظهر المدعي على العقار بمظهر المالك له.

في حال إذا لم توجد نية التملك ؛ وهو العنصر المعنوي يبرز الحيازة العرضية ,و إذا حاز لحساب نفسه , لكن لابد من وجود مظهر خارجي وهو وضع اليد فعلاً .

المطلب الثاني دعوى منع التعرض

لقد عرف نظام المرافعات الشريعة دعوى منع التعرض بقوله "هي من قبيل منع الضرر ويقصد بها : طلب المدعي (واضع اليد) كف المدعى عليه من مضايقته فيما تحت يده " المادة الحادية والثلاثون الفقرة الثانية من نظام المرافعات الشرعية .

من خلال النظر في الفقرة السابقة تتضح عدة ضوابط وهي كما يلي :

١) في دعوى منع التعرض لابد من توجيه طلب من المدعي وهو واضع اليد.

٢) لابد أن يتضمن في البداية كف يد المدعى عليه , من المضايقة , كذلك يطلب من القاضي أن يطلب من المدعى عليه رفع يده عن العين إذا كان واضعاً يده عليها .

٣) الهدف من هذه الدعوى هو حماية يد الحائز من المضايقة , فيجوز لكل حائز أن يتذرع بهذه الدعوى , دفعاً لكل تعرض يعكر صفو حيازتة .

٤) ذكر بعض شراح النظم وبعض المؤلفين شروطاً لقيام هذه الدعوى, وبعد النظر في هذه الشروط ,ومدى ملاءمتها لنظام المرافعات الشرعية اقتصرت على بعضاً منها , وهي كما يلي :

- أن يكون هناك حالة وضع يد فعلي وقت حصول التعرض .
- أن تكون الحيازة مقرونة بنية التملك .
- أن يقع التعرض فعلاً وهو نوعان تعرض مادي وتعرض قانوني.

دعوى منع التعرض في الفقه الإسلامي :

لقد قرر الشافعية أن التعرض هو كل ما يتضرر به صاحب الحق المدعي: إما بمد اليد إلى ملكه، أو بما يمنعه من التصرف فيه، أو بملازمته عليه، وقطعه عن أشغاله.

وقد أجاز الفقهاء هذه الدعوى مهما كان محلها: عقاراً أو منقولاً، بل ذهب فقهاء المذهب الشافعي إلى جوازها لدفع تعرض موجه إلى ذمة شخص آخر.

ويشترط في هذه الدعوى أن يكون المدعى به فيها معلوماً ، ويكون ذلك بذكر المال المعتدي عليه ، ونوع العدوان الحاصل ،كما يشترط فيها أن يذكر المدعي أن الشيء الذي تعرض للاعتداء هو ملكه ، أو له عليه حق من الحقوق، ويذكر أنه لا حق للمدعى عليه في معارضته.

المطلب الثالث تعريف التعرض المادي والقانوني

١ – **التعـــرض المـــادي** : "إن التعـــرض المـــادي هـــو عمـــل مـــادي من أعمال التعدي يقع على حيازة المدعي

. وقاضـــي الموضـــوع هـــو الـــذي يقـــدر مـــا إذا كـــان هنـــاك تعـــرض مادياً ولا معقب على تقديره من محكمة النقض".

٢ – **التعـــــرض القـــــانوني** :"إن التعـــرض القـــائم علـــى تصـــرف قـــانوني ، يقـــوم علـــى تصـــرف يصـــدر مـــن المـــدعى عليـــه يعلـــن بـــه نيته في معارضته لحيازة المدعي.

. ويعتبر كذلك تعرضا قائما على تصرف قانوني صادر خارج مجلس القضاء تحرير محضر من جهة الإدارة لحائز العقار فيما يختص بأعمال حيازته لهذا العقار.

"حينما يواجه الحائز تعرض قانونيا ويتكون من عمل قانوني غير مصحوب بوقائع اعتداء مادية ، ويجب أن يتضمن التعرض القانوني ادعاء يتعارض مع حيازة الحائز . ويستوي أن يكون التعرض القانوني قد تم بإجراء قضائي أو غير قضائي".

والاعتداء سواء كان مادياً أو قانونياً يجب أن يتضمن تعرضا للحيازة بادعاء حق يتعارض مع حق الحائز في الحيازة ، وعلى ذلك فرفع دعوى الحق على الحائز لا تعتبر تعرضا للحيازة لأن هذه الدعوى لا تمس الحيازة في ذاتها ، كذلك مجرد المزاعم الشفوية لا تعتبر تعرضا للحيازة . وكذلك الأعمال التي تتم تنفيذاً لحكم قضائي لا تعتبر تعرضا للحيازة ، وكذلك أعمال التعرض المستندة إلى قرار إداري..

المطلب الرابع : ميعاد قبول دعوى منع التعرض

" لا تقبل دعوى منع التعرض للحيازة ، ودعوى استردادها في المنقولات بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المدعي بالاعتداء ، فإن مضت هذه المدة كان له أن يتقدم بدعوى غير مستعجلة في الموضوع " المادة الرابعة والثلاثون بعد المائتين ، الفقرة الثالثة من نظام المرافعات الشرعية..

فدعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة الخاصة في المنقولات قد حدد

النظام للمدعي خمسة عشر يوماً لرفع الدعوى ، بمعنى أن المدعي بعد أن علم بالتعرض لحيازته يبدأ احتساب المدة وهذا مقابل للعقار الذي حدد بسنة كاملة، إذ لو أن المدعي لم يرفع دعوى خلال الخمسة عشر يوماً تنقل الدعوى من كونها دعوى مستعجلة يقضي فيها في المحاكم المستعجلة تنقل إلى كونها دعوى موضوعية وصفة الاستعجال تزول عنها .

ويتساوى في هذه المادة كلا الدعوتين أي دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة في الخمسة عشر يوماً ، كما يتخذ من هذه المادة أن الدعوى قد تنقل من المحاكم الجزئية إلى المحاكم العامة أو الموضوعية ..

المطلب الخامس : دعوى استرداد الحيازة

وقد عرف نظام المرافعات الشرعية دعوى استرداد الحيازة بأنها "طلب من كانت العين بيده – وأخذت منه بغير حق، كالغصب والحيلة – إعادة حيازتها إليه، حتى صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق لها " المادة الحادية والثلاثون الفقرة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية ..

إن أساس هذه الدعوى هو حماية النظام العام، باعتبار أنه يجب على مغتصب الحيازة أن يرد ما استولى عليه، حتى ولو كان المالك الحقيقي إذ لا يجوز للأفراد اقتضاء حقوقهم بأنفسهم.

المطلب السادس : شروط دعوى الاسترداد

ويشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة ما يلي :

١ – الشرط الأول : " ثبوت حيازة العين من المدعي قبل قيام سبب الدعوى, ولو بغير الملك كحيازة المستأجر ونحوه " المادة الحادية والثلاثون الفقرة الخامسة من نظام المرافعات الشرعية .

أن يكون المدعي حائزا للعقار أو المنقول الذي سلبت حيازته، ويكفي أن يكون حائزاً حيازة مادية ، لا تتوافر فيها نية التملك.

ويتعين أن تكون هذه الحيازة هادئة.

٢ – الشرط الثاني : أن تستمر الحيازة مدة سنة كاملة على الأقل في بعض الحالات، فإذا وقع سلب الحيازة بالقوة استطاع المدعي أن يطلب استرداد الحيازة أما إذا وقع سلب الحيازة بغير قوة، فليس للمدعي أن يطلب استرداد الحيازة ، إذا لم يكن قد انقضت حيازته سنة من وقت فقدها، اللهم إذا كانت الحيازة أحق بالتفضيل ، أما في النظام السعودي فلم يرد تقدير الحيازة ودعوى استردادها بسنة كاملة , وتقدير استرداد الحيازة بسنة فيه شيء م الطول , لأنه ليس ضابط لهذه السنة .

٣ – الشرط الثالث : أن تكون هناك سلب للحيازة ومعناه اغتصاب العين كلها أو جزء منهي.

وقد زاد بعضهم شرطين آخرين وهما :

١ – أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية لفقدها فإذا كان قد فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن يتكشف ذلك ..

٢ – الاستعجال فالاستعجال شرط لاختصاص القضاء المستعجل

بنظر هذه الدعوى، وقد استقرت الأحكام القضائية على اختصاص القضاء المستعجل. بالنسبة لدعاوى استرداد الحيازة.

المطلب السابع : ميعاد رفع دعوى الاسترداد

إن ميعاد رفع دعوى استرداد الحيازة , لا يتم إلا أمرين كل أمر مترتب على الأمر الآخر , الأمر الأول : استكمال شروط الدعوى وتحققها , الأمر الآخر : حصول الموعد وهو خمسة عشر يوماً للمنقول , وسنة للعقار على رأي بعض الأنظمة .

ورد في المادة ١/٩٥٨ من القانون المدني المصري " أن لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه فإذا كان فقد الحيازة خفية، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك" القانون المدني المصري ، المادة الثامنة والخمسون بعد التسعمائة ، الفقرة الأولى..

كذلك مما ورد في مجموع الأعمال التحضيرية أنه" ترفع دعوى استرداد الحيازة في السنة التالية لأتنازع الحيازة كرهاً ، أو لكشف انتزاعها خلستاً، على أن رافع الدعوى يجب أن تستمر حيازته سنة كاملة .." مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٧٩/٦ ..

المطلب الثامن : الفرق بين دعوى الحيازة ودعوى الاسترداد

"إن دعوى الحيازة لابد أن يتوافر فيها عنصرين مادي ومعنوي ، وأنها تنشأ من سيطرة شخص على شيء، أو على حق عليه ، بصفته مالكاً للشيء ، أو صاحب حق عليه ".

"إن دعوى استرداد الحيازة تحمي الحيازة العرضية كما تحمي الحيازة الأصلية ، وأنها تتراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسؤولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة" فقد ورد في نظام المرافعات "تشمل الدعاوى المستعجلة ما يلي :

أ ـ دعوى المعاينة لإثبات الحالة ب ـ دعوى منع التعرض ودعوى استردادها ...." المادة الرابعة والثلاثون بعد المأتيين من نظام المرافعات الشرعية ..

المطلب التاسع : الحيازة في الفقه الإسلامي

استيلاء الشخص على عين من الأعيان، بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته".

قد يكون المصدر الذي آلت به الحيازة معروفاً ، ففي هذه الحالة : إما أن تكون حيازة مشروعة ، لأنها ثمرة حق متولد عن تصرف شرعي صحيح، كحق الملكية المتولد من بيع أو إحياء أو هبة أو غير ذلك ، وإما أن تكون حيازة باطلة شرعاً ، ينبغي إبطالها ، وإعادتها إلى اليد التي تستحقها.

أما إذا لم يعرف المصدر الذي تولدت منه الحيازة فتدل في بداية الأمر على

ظاهر يدل على وجود حق من ورائها ، بحيث إذا نوزع صاحبها الشيء المحوز كان ذا موقف قوي ، فيحكم بالشيء المحوز المتنازع عليه لصاحب البينة، وتجعل الحيازة فيه للمحكوم له ، غير أن هذا النوع من الحيازة يكتسب القوة أكبر بمعنى المدة إذا توافرت فيه شروط أخرى ذكرها بالتفصيل معظم علماء المالكية ، وكثير من علماء الحنفية ، تصل في كثير من الأحيان إلى حد ترجح فيه على البينة.

كما تتفاوت قوة الحيازة بتفاوت الصلة بين المتنازعين على الشيء المحوز.

يتضح من كل ذلك أن الحيازة في الفقه الإسلامي لها فائدة معتبرة . وأصل هذه الأهمية المعطاة لها مستمدة مما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال : (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له) ذكر صاحب "مسالك الدلالة" أن هذا الحديث رواه ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر عن ربيعة مسالك الدلالة ص٣٣١، وجاء في كنز العمال ١٨٦/٢ أنه حديث مرسل. أورد ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية أن هذا الحديث لا يثبت ص (١٣٩)

المبحث الخامس

ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حضور الخصوم . ورد في المادة الخامسة والثلاثون بعد المائتين "يكون ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة أربعاً وعشرين ساعة ويجوز في حالة الضرورة القصوى نقص هذا الميعاد بأمر من المحكمة" المادة الخامسة والثلاثون بعد المائتين ، نظام المرافعات الشرعية . ، وقد تضمنت هذه المادة عدة لوائح تنفيذية وهي١/٢٣٥ – مدة الأربع والعشرين ساعة هي المدة الأقل لطلب الخصم وتجوز الزيادة عليها عند الاقتضاء .

٢/٢٣٥ – يكون التبليغ بالطرق المعتادة ، إلا في حال نقص الميعاد عن أربع وعشرين ساعة ، ففي هذه الحال يكون التبليغ لشخص المدعى عليه أو وكيله الشرعي في الدعوى نفسها.

٣/٢٣٥ – يرجع في تقدير الضرورة القصوى المجيزة لنقص الميعاد إلى ناظر الدعوى.

٤/٢٣٥ – لا يتم إعادة الإعلان مرة أخرى إذا تم صحيحاً بل تنظر المحكمة في الدعوى وتحكم فيها .

٥/٢٣٥ – لا يلزم المدعى عليه في الدعاوى المستعجلة إيداع مذكرة

بدفاعه وفق المادة (٤١).

إن ميعاد الحضور هو النهاية الصغرى للمدة التي يجب أن تمضي من يوم إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى وبين الميعاد المحدد للجلسة وهو ميعاد كامل يجب أن ينقضي قبل اليوم المحدد لنظر الدعوى. ويجوز وفقاً لنص المادة (٢٣٥) نقص ميعاد الحضور بإذن القاضي بأمر على عريضة من ساعة إلى ساعة وتعلن صورة الأمر للخصم مع صحيفة الدعوى.

"والضرورة التي تجيز للقاضي نقص المواعيد أمر يخضع لتقديره في جميع الحالات غير أنه ملزم دائماً بالحدود المقررة. "، ولابد أن أنبه أنه في حال نقص الميعاد إلى ساعة فلابد من إبلاغ الخصم, بمعنى أن التبليغ في حال النقص للميعاد يكون للخصم المباشر نفسه ؛ كما ورد في المادة الأربعون من نظام المرافعات الشرعية .

المطلب الثاني : غياب الخصوم

ولقد ورد في نظام المرافعات الشرعية أنه "إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات المحاكمة ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى ، وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها حسب الأحوال ، وفي هذه الحالة تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه ، فإذا غاب المدعي ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة " المادة الثالثة والخمسون من

نظام المرافعات الشرعية ..

" في الحالتين المنصوص عليهما في المادة السابقة إذا حضر المدعى عليه في الجلسة التي غاب عنها المدعي فله أن يطلب من المحكمة عدم شطب الدعوى والحكم في موضوعها إذا كانت صالحة للحكم فيها. وفي هذه الحالة على المحكمة أن تحكم فيها وبعد هذا الحكم غيابياً في حق المدعي" المادة الرابعة والخمسون من نظام المرافعات الشرعية .

"إذا غاب المدعى عليه عن الجلسة الأولى فيؤجل النظر في القضية إلى جلسة لاحقة يبلغ بها المدعى عليه، فإن غاب عن هذه الجلسة أو غاب من جلسة أخرى دون عذر تقبله المحكمة فتحكم المحكمة في القضية، ويعد حكمها في حق المدعى عليه غيابياً ما لم يكن غيابة بعد قفل باب المرافعة في القضية فيعد الحكم حضورياً" المادة الخامسة والخمسون من نظام المرافعات الشرعية ..

هنا لابد من التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول : أن يبدي عذراً تقبله المحكمة عندئذ يمكن تأجيل الدعوى مرة ثانية.

الفرض الثاني : ألا يبدي عذراً مقبولاً يمكن للمحكمة الحكم في الدعوى.

ولكن يشترط لاعتبار هذا الحكم غيابياً أن يكون غياب المدعى عليه قبل قفل باب المرافعة. أما إذا كان بعد القفل فيعد حاضراً ".

المبحث السادس

ميعاد تقديم دعوى المنع من السفر

وفيه تسعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف المنع من السفر .

"المنع أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده وهو خلاف الإعطاء .

أما في التعريف الاصطلاحي : منع الشخص من السفر بسبب دينه بأمر من القاضي وبطلب من خصمه .

المطلب الثاني : أنواع المنع من السفر

١ – المنع الذي ينصب على الأشياء :

يقصد بالمنع من السفر الذي ينصب على الأشياء مثل منع السفينة من مغادرة الميناء أو ما يسمى بالحجز التحفظي على السفينة. دائرة التمييز محكمة الاستئناف العليا ١٩٨٢/١٢/٨، الطعن رقم ١٩٨٢/٦ ، مجلة القضاء والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الثاني ص٢١٧..

٢ – المنع من السفر الذي يكون محله إنساناً :

وقد ورد في اللائحة التنفيذية من نظام المرافعات الشرعية أنه" إذا صدر أمر القاضي بمنع الخصم من السفر وإن لم يكن بحضوره فتبلغ بذلك الجهة المختصة بخطاب لتنفيذه ، ولا يسمح له بالسفر إلا بإذن كتابي من القاضي.

وهذا الأمر حكم، يخضع لتعليمات التمييز" الفقرة الأولى من المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية..

يقصد بالمنع من السفر الذي يقع على الشخص هو منع الشخص من السفر خارج البلاد ، والمنع من السفر يعتبر إجراء تحفظي لمنع فرار المتهم من التهمة، لذلك اكتفى المشرع في شأنه بأن يكون حق الدائن محقق الوجود حال الأداء ولو لم ترفع به دعوى موضوعية مجلة القضاء والقانون ، السنة الرابعة عشر ، العدد الثاني ص٣٤٣..

المطلب الثالث : طبيعة المنع من السفر

إن طبيعة المنع من السفر قد تختلف بحسب نوع المسألة التي ترتب عليها المنع. لذلك يجب التفرقة بين نوعين من المسائل كالتالي:

١ – المنع من السفر في المسائل الجزائية أو الجنائية :"منع الشخص من السفر قد يعد إجراءً تمهيدياً (وقائياً) لمحاكمته وبالتالي يخول المحقق سلطات تقديرية في أن يمنع المتهم من السفر حتى لا يهرب قبل أن يقدم للقضاء لذلك يفرج عنه بضمان ويمنع من السفر، فهنا يمثل المنع من السفر إجراء احتياطياً .

٢ – المنع من السفر في المسائل المدنية بالمعنى الواسع :

المنع من السفر قد يكون إجراءً وقائياً في المسائل المدنية بالمعنى الواسع وقد يكون إجراءً علاجياً. لذلك فإن طبيعة هذا المنع من السفر قد تختلف

بحسب نوع المسألة التي ينظمها – إذا كانت تجارية أو أحوال شخصية أو مدنية – كالآتي:

أ – المنع من السفر في المسائل التجارية : "المنع من السفر عن دين تجاري جائز كذلك في مسائل الإفلاس فإن منع المدين من السفر قد يعد إجراءً وقتياً تحفظياً.

ب – المنع من السفر في مسائل الأحوال الشخصية :"الأمر بمنع الشخص من السفر بمثابة عملاً دلالياً صادراً من القاضي المختص، للمحافظة على المصالح الهامة.

جـ – المنع من السفر في المسائل المدنية بالمعنى الضيق:

يقصد بالمسائل المدنية بالمعنى الضيق الدقيق هي المسائل المدنية (كالتعويض والمديونية..) والتجارية ، وهذا ينطبق على مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالميراث والوصية والوقف والمهر والنفقة.

المطلب الرابع : شروط إصدار الأمر بالمنع من السفر

١ – الشروط التي تتعلق بالعنصر الشخصي :

أولاً : طالب المنع : وقد أوضحت هذا الأمر المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين حول هذا الشأن "لكل مدعٍ بحق على آخر أثناء نظر الدعوى أو قبل تقديمها مباشرة أن يقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع دعوى مستعجلة

لمنع خصمه من السفر " المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية . ولكن ما هي الشروط التي يجب توافرها فيمن يقدم طلب المنع الشروط هي كما يلي:

أ – الصفة في الطالب فلابد أن يكون صاحب الشأن ودائن.

ب – المصلحة في الطلب والمصلحة قد تكون قانونية هذا يعني وجود قاعدة قانونية تشريعية أو عرفية تحمي حق الدائن المحقق في الوجود، "وقد تكون المصلحة واقعية .

ج – الأهلية : إن أهلية الشخص تنقسم إلى أهلية الوجوب وأهلية الأداء في القانون المدني ، أما في الأهلية الإجرائية في قانون المرافعات فهي أهلية الاختصام وأهلية التقاضي.

١ – أهلية الاختصام : هي صلاحية الشخص أن يكون خصماً.

٢ – أهلية التقاضي : وهي صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء .

ثانياً : **الممنوع من السفر** : إن الشخص المراد منعه من السفر يجب أن تتوافر فيه شرطي الصفة والأهلية وصفة الشخص الممنوع أن يكون مدين.

ثالثاً : **المانع وهو الآمر بالمنع من السفر** : إن السلطة المختصة بإصدار قرار منع المدين من السفر هي السلطة القضائية لذلك كان القضاء

المستعجل هو المختص بإصدار الحكم بمنع المدين من السفر ولكن هذا لا يمكن من اختصاص المحكمة العامة به.

الشروط التي تتعلق بالعنصر الموضوعي:

١ – أن يكون الحق محقق الوجود.

٢ – أن يكون الحق حال الأداء.

٣ – أن يكون الحق معيناً.

الشروط المتعلقة بعنصر السبب:

١ – وجود السبب.

٢ – مشروعية السبب : المقصود به أن لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة وهذا ينحسر في السبب القصدي والسبب الفائي :

١ – السبب القصدي : يجب أن يكون باعث الدائن على استصدار الأمر مشروعاً .

٢ – السبب الفائي : المقصود به الهدف الذي يرمي إليه نظام الأمر بالمنع من السفر.

المطلب الخامس : موعد تقديم الدعوى

بينت المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية. أن هذا الطلب عام لكل مدعٍ وأنه في حال خوف المدعى عليه سواء هذا

الخوف قبل النظر الدعوى أو قبل تقديمها جاز تقديم الطلب .

لكن بشرط أن يرفق بالطلب البيانات التي تثبت لظاهرها مديونية المدعى عليه للمدعي

وقد بينت هذا المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين "ويشترط تقديم المدعي تأميناً يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق في دعواه " المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية ..

التعويض للممنوع من السفر يقدره القاضي بوساطة أهل الخبرة الفقرة الرابعة من المادة السابقة .

يقدم المدعي التعويض الذي حدده القاضي بشيك مصرفي محجوز القيمة باسم رئيس المحكمة ويودع في صندوق المحكمة الفقرة الخامسة من المادة السابقة ..

المطلب السادس : موعد الفصل في الدعوى

جاء في نظام المرافعات الشرعية "... وعلى القاضي أن يصدر أمراً بالمنع إذا قامت أسباب تدعو إلى الظن أن سفر المدعى عليه أمرٌ متوقع , وبأنه يعرض حق المدعي للخطر أو يؤخر أدائه ..." المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية.

إن موعد الفصل في الدعوى مرتبط بتوافر الأسباب وانتفاء الموانع .

إذا اقتنعت المحكمة أو القاضي من البيانات التي قدمها المدعي فإن القاضي

يصدر مذكرة إحضار للمدعى عليه تأمره بالمثول أمام المحكمة ويتم تنفيذ هذه المذكرة بواسطة مراكز الأمن كسلطة تنفيذية، وإذا لم يتمكن المدعى عليه من بيان أو إثبات السبب فإن القاضي يحكم بمنعه من مغادرة البلاد وبهذه الحالة يصدر من القاضي أمر للجهات الأمنية المختصة لتنفيذ هذا القرار بينت هذا الأمر الفقرة الثانية من المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية.

المطلب السابع : عدم رفع المطالبة بالدين في ميعاد معين

من مسقطات دعوى المنع وكذلك الأمر بالمنع هو أنه لابد أن يثبت للقاضي أن المدعي لم يرفع دعوى قضائية على المدعى عليه بالمطالبة بالدين ففي هذه الحالة يسقط الأمر الصادر بالمنع من السفر، فالقاضي إذا تبين له أن المدعي لم يرفع أي دعوى وبينة ضد المدعى عليه ففي هذه الحالة يسقط الدعوى المقامة ضد المدعى عليه من الأمر بالمنع من السفر ، ويأمر المدعي بإقامة دعوى جديدة ضد الخصم وهي في ما عليه من دين فقط . كذلك من الأسباب تخلف شرط من الشروط اللازم توافرها للآمر به أو التنازل عن الدعوى كتابة أو بضمان حق الدائن بالكفالة .

المطلب الثامن : موقف الفقه الإسلامي من جواز المنع من عدمه

قبل بيان موقف أهل الفقه لابد أن أبين أن هناك جانبين الجانب الأول: حلول أجل الدين قبل السفر ، الجانب الثاني : عدم حلول أجل الدين عند

السفر.

الجانب الأول : حلول أجل الدين قبل السفر :

اتفق الفقهاء على أنه إذا حل أجل دين الدائن لدى المدين قبل سفره فللدائن أن يطلب منعه من السفر حيث يملك عندئذ طلب حبسه، وله من باب أولى أن يطلب منعه من السفر حيث من ملك الكل ملك الجزء تباعاً .

بل ذهب بعض أصحاب المذاهب إلى أبعد من ذلك إلى أنه ليس لمن عليه دين حال أن يسافر بغير إذن دائنه.

وكذلك على المدين أن يمتنع عن السفر في حال حلول ما عليه من دين مؤجل وإن لم يطلب الغريم منعه ، وهذا هو" مذهب المالكية لأنهم أجازوا له السفر إذا كان الدين حالاً ولم يكن قادراً على الوفاء".

الجانب الثاني : عند عدم حلول أجل الدين عند السفر :

في هذه الحالة اختلفت وتباينت آراء الفقهاء رحمهم الله فمن قائل بعدم المنع أو بالمنع مطلقاً أو بالمنع نسبياً على ثلاثة أقوال .

القول الأول : مذهب الحنفية والشافعية "أنه ليس للدائن منع المدين من السفر مطلقاً ما دام دينه غير حال سواء كان محل السفر قريبا أو بعيدا " ، أو يحل الدين قبل عود المدين أو بعد عودته المرتقبة.

واستدلوا بأن الدائن ليس له أن يطالب بالدين قبل حلول أجله فكذا لا يمنع من السفر قبل حلول أجل الدين .

القول الثاني : فصلوا في المسألة وفرقوا بين ما إذا كان أجل الدين يحل أثناء السفر أو إذا كان يحل بعد عودته .

الحالة الأولى أن يحل أجل الدين أثناء السفر فللدائن أن يمنع المدين من السفر لذلك أجاز البعض للدائن أن يخرج مع مدينه فيلازمه.

الحالة الثانية : حلول أجل الدين بعد عودة المدين من السفر فهنا لابد من معرفة الغرض من السفر فإن كان الغرض من السفر هو الجهاد فيحق للدائن منع المدين من السفر ما لم يقدم كفيلاً أو رهناً يفي بالدين، هذا القول هو رأي المالكية.

القول الثالث: هو قول الحنابلة : أن الدين إن كان مؤجلاً فإن للدائن منع مدينه من السفر مطلقاً حتى يوثق الدين برهن أو كفيل مليء وسواء حل الدين قبل عودة المدين أو بعدها ، وسواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف.

استدلوا أن السفر يمنع من استيفاء الدين في محله المؤقت له ، فيمنع المدين من السفر حتى يوثق الدين ..

الراجح هو القول الثالث , وهو منع المدين من السفر إذا كان الدين مؤجلاً ما لم يوثق برهن أو كفيل مليء.

المطلب التاسع : شروط منع الدين من السفر في الفقه الإسلامي

١ – أن يكون طالب المنع هو صاحب الحق وأن من عليه الحق يريد السفر.

٢ – منع المدين من السفر لا يرتبط بخشية الدائن فرار مدينه.

٣ – السفر المراد منع المدين منه هو الانتقال من حيث يقيم المدين إلى مكان آخر سواء كان داخل الدولة أو خارجها .

٤ – المدين المعسر لا يمنع من السفر .

٥ – أن قرار القاضي المسلم بمنع المدين من السفر لا يشترط فيه بدوره أن يكون مكتوباً .

٦ . اشترط الشافعية وجود الخوف على أمواله,فهذا الخوف يخوله تغيير قراراته(٤).

الفصل الثاني

المدخل للحراسة القضائية

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : أهمية الحراسة القضائية .

في الحراسة القضائية تحرز وتوقي عن ضرر يتوقع لحاقه بالمال الذي يطلب من له حق فيه وضع الحراسة عليه ، وعندما يفرط الإنسان في ماله أو في الشركة التي يوجد فيها ماله مع أنه يرى سوء التصرف الحاصل فيها ففيه نوع سفه ، وقد جاءت الشريعة بالحجر على السفيه ، ونحوه للحفاظ على أموالهم .

وفي الحراسة القضائية أيضاً : حماية لمن أراد أن يسيء التصرف عن أن يقع في أكل أموال الناس بالباطل ، أو يتعدى على حقوقهم – وهذا من نصرته التي أمر الرسول ﷺ بها حين قال : في حديث أنس بن مالك : " انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً " أخرجه البخاري حديث رقم (٢٤٤٣) . .

كذلك مما يبين أهمية الحراسة القضائية "أنه عندما يكون على المال خطر فإن

القاضي يأمر له بحراسة بل وإدارة له بل حتى ليس في حال الخطر بل عندما لم يعين ذوي الشأن حارساً ، كذلك الحراسة تكون اتفاقية وقانونية ويغلب وقوع الحراسة على العقار وإن كان جائزاً وقوعها على المنقول .

ربما من الأهمية أن الحارس يدير المال وليس له في الأصل التصرف فيه والحراسة القضائية تكون أعمال الإدارة تبعاً للحفظ ،أما الحارس فيتقاضى أجراً
مجزياً " .

بل إن مما يلمس من أهمية الحراسة القضائية أنها من ضمن الدعاوى المستعجلة التي نص نظام المرافعات في المادة الرابعة والثلاثون بعد المأتين على وجودها في الفقرة "هـ " دعوى طلب الحراسة.

المطلب الثاني : طبيعة الحراسة القضائية

الرأي الصحيح أن الحراسة القضائية ليست وديعة كما أنها ليست وكالة ، ذلك لأن الأصل في الوديعة أن تكون بدون أجر كما أن محل الوديعة دائماً فنقول غير متنازع فيه ، أما الحراسة فالأصل أن تكون بأجر ، كما أنها تفرض على المنقول وعلى العقار ، أما عن وجه الشبه بالوكالة فهذه أيضاً لا تستند إلى أساس سليم من القانون ، لأنها تخلط بين الحراسة القضائية ومصدرها القانون ، والوكالة مصدرها الاتفاق .

وفي الحراسة يحدد القانون نطاق الحارس القضائي ، أما في الوكالة فالاتفاق

هو الذي يحدد ولاية الوكيل ، وفضلاً عن ذلك ، فإن اختيار الوكيل مرجعه الاتفاق ، أما الحارس القضائي فيتلقى نيابته عن القضاء الذي يعينه ، فالحراسة القضائية ، والحالة هذه ليست وكالة .

الحراسة القضائية وضعها المنظم حماية لحقوق المظلومين ، الذي يعتدي على أموالهم والنظام السعودي أوكل مهمة الحارس ومن يقوم بتعيينه إلى القاضي المختص ، وهذا في حال عدم اتفاق ذوي الشأن على شخصه نظام المرافعات الشرعية ، المادة (٢٤٠) . .

المطلب الثالث : شروط الحراسة القضائية

وتحته قسمان :**القسم الأول** : الشروط العامة :

أولاً : الاستعجال المقصود بالاستعجال هو : أن يكون الخطر عاجلاً ، لا يكفي في درئه إجراءات التقاضي العادية ، ويجب اتخاذ إجراءات سريعة حيث إنه لا يحتمل الانتظار .

وقد نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية ، فأشار إلى أن دعوى الحراسة ترفع للمحكمة المختصة بالموضوع بدعوى مستعجلة لوقف الأعمال الجديدة المادة (٢٣٨) من نظام المرافعات الشرعية ..

مسألة : من يقرر توفر عنصر الاستعجال ؟

شرط توفر الاستعجال هو من شروط اختصاص القضاء المستعجل لتعيين

حارس قضائي .

وإذا فقد الاستعجال فإن دعوى الحراسة تنظر أمام القضاء الموضوعي حيث لا يخشى خطر على محل الحراسة .

وفي الفقه :جاءت الشريعة بالاستعجال في الأمور التي يحسن الاستعجال بها – ومن ذلك المسائل الآتية :

١– مسألة المبادرة في دفن الميت :

جاءت الأدلة الصحيحة عن النبي ﷺ آمرة بالتعجيل في دفن الميت ، وناهية عن التأخير في ذلك ، وبهذا قال أكثر العلماء استدلالاً بهذه الأدلة . والتي منها :

أ – عن الحصين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهراني أهله " أخرجه أبو داود حدث رقم (٣١٦٠) وضعفه الألباني .وأخرجه أبو داود, رقم الحديث (٣١٥٩).

٢– مسألة المتابعة بين التكبيرات إن خشي رفع الجنازة (وإن خشي رفعها تابع التكبير رفعت أم لا).

٣– يجب الاستعجال في أداء الصلاة الحاضرة عندما يكون عليه فوائت ويسقط وجوب ترتيب الفوائت لأجل ذلك : قضاء الفوائت مرتبة واجب على الراجح ، والأدلة على ذلك ما يلي :

أ – أن الحاضرة صلاة ضاق وقتها عن أكثر منها ، فلم يجز له تأخيرها ، كما لو لم يكن عليه فائتة .

ب– ولأن الحاضرة آكد من الفائتة ، بدليل أنه يقتل بتركها ، ويكفر على رواية ، ولا يحل له تأخيرها عن وقتها ، والفائتة بخلاف ذلك .

ج– ولأنها ركن من أركان الإسلام مؤقت ، فلم يجز تقديم فائتة على حاضرة يخاف فواتها كالصيام.

ولكن هذا الوجوب يسقط إن ضاق وقت لحاضرة – وهنا نجد أن الشرع جاء بالاستعجال في الصلاة في هذه الصورة.

ثانياً : العنصر الوقتي للحراسة الحراسة هي إجراء وقتي لأنها تواجه حالة وقتية تتغير بتغير الظروف ، وتزول حجيته من الوقت الذي تظهر فيه وقائع جديدة تغير من مركز الخصوم أو النزاع فلقد نص نظام المرافعات الشرعية ، على أن الحراسة تستمر لحين انتهاء النزاع لمن يثبت له لحق ، أو لحارس آخر يعينه القاضي المختص المادة (٢٤٥) من نظام المرافعات .

وهذا الإجراء الوقتي خشية زوال الحق من يد صاحبه ، أو تضرره من فعل المعتدي عليه المادة (٢٣٣) من نظام المرافعات . .

وكون الحراسة مؤقتة لا يعني هذا عدم استمرار الحراسة إلا لمدة قصيرة ، بل قد تستمر مدة طويلة.

وفي الفقه الإسلامي : نجد أن الشريعة الإسلامية راعت جانب جلب المصالح ودرء المفاسد ، وجاءت كذلك بدفع الضرر والضرار ورفعهما بعد وقوعهما ، فلما كان ذلك كذلك وجب أن تكون الحراسة محددة بأجل تنتهي بانتهائه ، ليزول الضرر بذلك عن المتضرر ، وقد تكلم الفقهاء في هاتين القاعدتين فقالوا : " الضرر يزال " .

وقالوا : " الحث على جلب المصالح ودرء المفاسد ". ومن جلب المصالح ودفع المفاسد والمضار في الشريعة أمثلة كثيرة ومنها : توقيت عدة المرأة المطلقة التي تحيض بثلاثة قروء قال الله سبحانه : **{وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ }** سورة البقرة : الآية رقم (٢٢٨) .

ثالثاً : عدم مساس الحراسة بأصل الحق

عدم مساس الحراسة بأصل الحق يعني : أن وضع الحراسة لا يخرج المال من حيازة مالكه بغير حق ، بل يوضع المال تحت يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ، ورده إلى من يثبت له لحق فيه المادة (٢٣٨) من نظام المرافعات الشرعية ..

وهذه القاعدة تسري على دعاوى الحراسة التي ترفع أمام القضاء المستعجل فيحكم القاضي بعدم اختصاصه بنظر دعوى الحراسة إذا اتضح له أن المطلوب منه هو طلب موضوعي.

كما يمتنع عليه أن يكلف الحارس أداء عمل من أعمال التصرف إذ أن مهمة الحارس تقتصر في الأصل على أعمال الصيانة والحفظ والإدارة فتكليفه

بالقيام بعمل من أعمال التصرف يعتبر منطوياً على مساس بأصل الحق المادة (٢٣٩) من نظام المرافعات الشرعية.

ويتأتى على ذلك ما يلي :

١- على القاضي المستعجل أن يقضي بعدم اختصاصه كلما كان النزاع المعروض عليه فيه مساس بأصل الحق..

٢- يجب أن لا يتعدى الحارس صلاحياته المخولة له المادة (٢٤٢) من نظام المرافعات الشرعية ..

وفي الفقه الإسلامي : نجد النهي الشديد عن التعدي على أموال الآخرين بغير حق ؛ فلا يجوز التعرض للمال بغير حق ، والمتعرض له يعتبر ظالماً يستحق العقوبة في الدنيا والآخرة ، كما دلت على ذلك الأدلة الثابتة من ذلك قول الله تعالى : **{وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ}** سورة البقرة : الآية رقم (١٨٨) .

القسم الثاني : **الشروط الخاصة**

وفيه ثلاثة شروط :

أولاً : النزاع .

لغة : تنازع القوم ، أي اختلفوا ، ويقال تنازعوا في الشيء أي تجاذبوه ، والمنزعة ، الخصومة.

وقد نص عليه نظام المرافعات بقوله : (لكل صاحب حق ظاهر أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع بدعوى مستعجلة لمنع التعرض لحيازته أو لاستردادها ...) نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٣٧) ..

وقيل : المقصود بالنزاع هو النزاع بمعناه الواسع فهو يشمل النزاع على المنقول أو العقار أو مجموع الأموال المراد وضعها تحت الحراسة أو النزاع الذي يتصل بهذا المال اتصالاً يقتضي عدم بقائه في يد حائزه وإن لم يكن منصباً على المال المذكور بالذات نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٣٩) .

ولا يشترط لاعتبار الشيء متنازعاً فيه قيام دعوى موضوعية بشأنه ، إذ يجوز طلب فرض الحراسة القضائية أمام القضاء المستعجل قبل طرح النزاع عليه أمام قضاء الموضوع .

ويتعين على قاضي الأمور المستعجلة أن يتحقق من جدية النزاع الواجب لفرض الحراسة القضائية ، وذلك من خلال ظاهر المستندات.

والغرض من وضع الحراسة على الأموال المتنازع عليها هو حفظ هذه الأموال وما يتبعها من ريع وثمار حتى ينتهي النزاع فيقضي لصاحب الحق فيها المادة (٢٤٥) من نظام المرافعات الشرعية ..

أحوال النزاع :يقصد المنظم بالنزاع النزاع الجدي إلا أنه لم يحدد حالاته ، بل تركها لتقدير القضاء ، يحكم فيها طبقاً لما يستخلصه من وقائع الدعوى .

فالنزاع المبرر للحراسة قد يتعلق بحق الملكية ، أو نوع منها ، أو بوضع اليد أو

بمجرد الحيازة ، أو الريع وطريقة تحصيله ، وتوزيعه ، أو بالإدارة ولقاضي الحراسة سلطة مطلقة في تقدير الظروف التي تبرر فرض الحراسة على الأموال المتنازع عليها.

وفي الفقه الإسلامي : نجد أنه لا يجوز التعرض للمال الذي ليس فيه نزاع فهو لمالكه ، والذي يعترض له يعتبر ظالماً؟ يستحق العقوبة في الدنيا والآخرة ،كما دلت على ذلك الأدلة الثابتة ومها :

١- قول الله تعالى : **{وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ}** سورة البقرة : الآية رقم (١٨٨).

٢- ويدل عليه أيضاً حديث أنس بن مالك ﷺ قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يا رسول الله سعر لنا – فقال : " إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني مظلمة في دم أو مال " أخرجه أبو داود ، حديث رقم ٢٩٩٤ ، وابن ماجة ،حديث رقم ٢١٩١ ، والترمذي حديث رقم (١٣١٤) قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح ..

وأما وضع الحراسة على المال المتنازع فيه إذا خيف الضرر لو لم نفعل ذلك فقد جاءت الشريعة بعمومات تدل على ذلك ومنها :

١- عن عبادة بن الصامت – ﷺ – أن النبي ﷺ : " قضى أن لا ضرر ولا ضرار " ..

٢- حديث كعب بن مالك أن النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله أخرجه الدار قطني برقم ٤٥٠٥ ، قال ابن حجر في التلخيص (٣٧/٣) : رواه أبو داود في المراسيل من حديث عبد الرزاق ، قال عبد الحق : المرسل أصح من المتصل ، وقال ابن الطلاع في الأحكام : هو حديث ثابت .

٣- إيجاب الشرع وضع قضاة لحل نزاعات الناس حتى في الأمور المالية ، وهذا لا يكون إلا بتدخل القاضي في المال المتنازع عليه.

ثانياً : أن يكون لرافع الدعوى مصلحة

يكفي في ذلك المصلحة المحتملة لدى مدعيها أسباب قوية قد يؤول بسببها إليه المال محل الحراسة ، فقد نصت المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية بقولها : (لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة مشروعة ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه) المادة (٤) من نظام المرافعات الشرعية ..

كما نص النظام السعودي على اشتراط المصلحة بقوله : (ترفع الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم بشأنه نزاع ويكون الحق فيه غير ثابت وللقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يده حائزه ويتكفل الحارس بحفظ المال ، وبإدارته ، ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه) نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٣٩) ..

فلا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة إلا أنه تكفي المصلحة المحتملة فلا يشترط أن تكون المصلحة محققة حيث إن الغرض من طلب الحراسة هو الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع المادة (٤) من نظام المرافعات الشرعية .؛فعلى هذا نجد أن

للمصلحة شروطاً يجب أن تتوافر في رافع الدعوى ومنها :

١- أن يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق .

٢- أن يكن رافع الدعوى قد وقع على حقه اعتداء ، أو حصلت منازعة بشأنه ، إلا أنه يستثنى من ذلك فتقبل الدعوى ولو لم تكن المصلحة قائمة في حالتين :

أ – أن يكون الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محدق .

ب– أن يكون الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع المادة (٤) من نظام المرافعات الشرعية ..

٣- "أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ،وأن يكون لرافع الدعوى ومن رفعت عليه صفة في رفعها ويستند إلى نظام .

وفي الفقه الإسلامي : اشترط الفقهاء توافر الصفة في المدعي ، فترفع الدعوى من قبل من له شأن فيها ويتحقق ذلك في حالات كثيرة منها :

١– إذا كان المدعي يطلب الحق لنفسه ، بأن يكون أصيلاً في الدعوى ، إذ لا يقبل من الإنسان تدخله فيما لا يعنيه من الحقوق والقضايا الخاصة بغيره وقد قال رسول الله ﷺ في حديث أبي هريرة : " ومن حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه " أخرجه الترمذي رقم (٢٣١٧) وقال : هذا حديث غريب لا نعرفه من أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ إلا من هذا الوجه . خرج هذا الحديث ابن حبان رقم الحديث (٢٢٩).

٢- أن يكون نائباً عن غيره كالولي والوصي والوكيل ، حيث إن جميع آثارها ترجع إلى الأصيل ، بإقرار الشارع الحكيم .

٣- الدائن الذي يرفع دعوى عن مدينه، يطالب فيها بحقوقه ، وذلك ليحصل على ثمارها.

واشترط الفقهاء أن يكون المدعي به مصلحة مشروعة ، والهدف من المطالبة به تحصيل مصلحة مشروعة.

ثالثاً : الخطر العاجل

هذا الخطر : هو ما يتوقع ممن يطلب الحراسة كإسراع حائز المال وتبديده والتلاعب فيه .

وقد نص عليه نظام المرافعات الشرعية بقوله : (ترفع الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم بشأنه نزاع ويكون الحق فيه غير ثابت وللقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عادلاً من بقاء المال تحت يد حائزه ويتكفل الحارس بحفظ المال وبإدارته ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه) نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٣٩) ..

وقوله في المادة الرابعة : (إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق) المادة (٤) من نظام المرافعات الشرعية ..

وفي الفقه الإسلامي : نجد أنه عالج ذلك من جانبين

الجانب الأول :نجد أن الشريعة أمرت بالحجر على السفيه والصغير والمجنون لتحريز أموالهم من الخطر المتوقع عليها ، لو تركت بأيديهم كقوله تعالى :**{وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً}** سورة النساء : الآية رقم (٥) ..

الجانب الثاني :لخطر العاجل ، وقد جاء الحديث الصحيح عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " مثلى ومثل ما بعثني الله ، كمثل رجل أتى قوماً فقال رأيت الجيش بعيني وإني أنا النذير العريان فالنجاء النجاء فأطاعته طائفة فأدلجوا على مهلهم فنجوا وكذبته طائفة فصبحهم الجيش فاجتاحهم " أخرجه البخاري حديث رقم (٦٤٨٢). وأخرجه مسلم, رقم الحديث (٢٢٨٣) . .

المطلب الرابع : شروط الحارس القضائي

يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعينه ، ويحدد الحكم الصادر بالحراسة ما على الحارس من التزام وما له من حقوق وسلطة ، وإذا سكت الحكم عن ذلك فتطبق الأحكام الواردة في هذا النظام المادة الأربعين بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية ..

بالنسبة لشروط الحارس القضائي لم يتعرض لها النظام صراحة سواء النظام السعودي أو المصري ، وإنما تعرض النظام إلى اختيار شخص الحارس

والتكييف النظامي لصفة الحارس القضائية ، فأما اختيار شخص الحارس فأمر تعيينه يترك إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه وإلا فتقوم به المحكمة المختصة.

أما إذا لم يتفقا على شخص الحارس فإن النص سالف الذكر قد ترك لأمر للقاضي يختاره مستهدياً في ذلك بوقائع الدعوى وظروفها على أن يختار الشخص المناسب في المكان المناسب .

الحراسة القضائية : وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : موعد بدأ التزامات الحارس القضائي

وتحته أربعة مطالب :

المطلب الأول : موعد التزامات تسلم المال في الفقه والنظام .

إن موعد استلام وتسليم الحراسة في الفقه الإسلامي هو مرتبط ارتباطاً وثيقاً بتوافر الشروط فالوكيل والوصي والأمين هم بمثابة النائب في الفقه وإن كانوا يختلفون في بعض الجوانب ، واستلام الحراسة مرتبط بالمحافظة عليها فعلى سبيل المثال وجه القرآن بالمحافظة على أموال اليتامى وحذر من أكلها بقوله : **{إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا}** سورة النساء : الآية رقم (١٠) . .

كذلك مما راعى فيه المشرع سبحانه جانب عدم الإضرار بالعبد وأنه كما أخبر الرسول ﷺ :" لا ضرر ولا ضرار" أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً ، وأخرجه الحاكم في المستدرك ، والبيهقي ، والدارقطني ، كما أخرجه ابن ماجة ، وهذا الحديث في مرتبة الحسن . انظر في هذا التخريج : الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/٢٨٢) ، و: نصب الراية (٤/٣٨٤) ..

أما في النظام فإذا صدر الحكم بالحراسة فيقوم الحارس بتسلم المال محل الحراسة وتوابعه من حائزه بعد جرده وإثباته في محضر الجرد ، فالنظام أوجب

عليه الالتزام بالمحافظة على المال وهذا لا يمكنه إلا بعد تسلمه المال.

والحراسة لا تنقل ملكية المال إلى الحارس ، بل يبقى ملكاً لصاحبه فإن هلك بعد التسليم يكون على المالك..

إن موعد التزامات تسلم المال يتم عبر حصول عدة إجراءات , إذن الموعد ليس موعداًنصيا, بل هو موعد يحصل عندما تتوافر هذه الإجراءات .

المطلب الثاني : موعد التزامات إدارة المال في الفقه والنظام

جرى في الفقه الإسلامي أن إدارة المال تعنى أموراً عدة فعلى سبيل المثال الوصي على أموال اليتامى من الإدارة لأموالهم أن لا يدخل فيها بمساهمة يرى أنها خاسرة ؛لابد أن يكون غرضه هو الانتفاع منها بمعنى أن يسعى سعي الرجل المعتاد ، وكذلك الأمر في جانب الوكيل والنائب والمودع إليه.

إذاً نصوص الشريعة الإسلامية جاءت حاثتاً على حسن الإدارة للأموال المضمونة في رقبة الضامن ويقاس على هذا الحارس القضائي فالحارس الذي عينه الخصوم أو عينه القاضي يكون مطالباً بحسن إدارة المال .

بعد هذا بين الفقهاء أهمية أن يكون الحارس الذي هو بمنزلة القائم على المال من وصي ووكيل ومودع إليه عند الفقهاء على حسن الإدارة للأموال التي أؤتمن عليها , والحارس نائب عن صاحب المال وسلطته هي سلطة الوكيل في إدارة الأموال .

وفي النظام نص نظام المرافعات الشرعية بقوله : (ترفع الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم بشأنه نزاع ويكون الحق فيه غير ثابت وللقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة ويتكفل الحارس بحفظ المال وبإدارته ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه) نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٣٩) ..

(يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها وبإدارة ما يحتاج إلى إدارة من هذه الأموال ويبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل محله في أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوي الشأن دون رضى الآخرين) نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٣٩) والمادة (٢٤١) ..

وللحارس سلطة واسعة في الإدارة ، غير أنه لا يجوز له أن ينزل عن سلطته لأحد أصحاب ذوي الشأن إلا برضاء الآخرين ولا لأجنبي إلا عند الضرورة الملحة المادة (٢٤١) من نظام المرافعات الشرعية ..

والأصل أن الحارس ممنوع من القيام بأعمال التصرف أو أعمال التبرع أو أي عمل من الأعمال التي لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة ، إلا أنه يجوز للحارس استثناء من هذا الأصل القيام ببعض أعمال التصرف بترخيص من

ذوي الشأن جميعاً ، أو بإذن القضاء ، إلا أن القضاء المستعجل ليس مطلق اليد في الإذن بذلك حيث إنه مقيد بقيدين :

لقيد الأول : ألا يكون العمل الذي أذن للحارس به مساساً بأصل الحق.

القيد الثاني : أن يكون العمل الذي أذن للحارس به منسجماً مع طبيعة الحراسة.

ينبغي التفرقة بين إحلال ذوي الشأن أو الغير محل الحارس في حفظ المال وإدارته وبين استعانة الحارس بالغير من موظفين وفنيين في حفظ المال وإدارته.

وأما الاستعانة بالغير وبأهل الاختصاص في إدارة المال والمحافظة عليه فلا تترتب عليه في ذلك لأنه في هذه الحالة لم يتخل عن الحراسة وإنما استعان بآخرين في حفظ المال وإدارته تحت إشرافه ورقابته وتوجيهه ويعتبرون تابعين له ويكون مسئولاً عن أعمالهم مسئولية المتبوع عن عمل تابعه.

المطلب الثالث : موعد التزامات أعمال التصرف في الفقه والنظام

في الفقه الإسلامي يستنتج من نصوص الفقهاء السالفة أن الوكيل لا يتصرف في مال موكله أو في إدارته إلا بما فيه مصلحة الموكل ،وبما أن الحارس القضائي شبيه بالوكيل حيث إنه نائب عن أطراف النزاع فتجري عليه أحكام الوكيل فلا ينفذ تصرفه إن أضر بأطراف النزاع ، وإن نفذ تصرفه فيضمن ما لحق أطراف النزاع من ضرر إن تصرف خارج حدود ولايته ، ولا يضمن إن

كان تصرفه بحدود ولايته حيث إنه نائب عن المالك في اليد والتصرف فكان ما لحق أطراف النزاع من ضرر بلا تعد أو تفريط منه فهذا الهلاك أو الضرر كالهلاك أو الضرر في يد موكله أو صاحب المال محل النزاع.

والأصل أن الحارس يتصرف في حدود نيابته ما لم يثبت صاحب المال عكس ذلك حيث إنه أمين يصدق بيمينه في عدم التعدي .

وينبغي على الحارس أن يراعي الأصلح لمالك المال محل الحراسة ولقد تكلم الفقهاء عن ناظر الوقف وقالوا بأنه يجتهد في مصرفه فيقدم الأحق فالأحق.

ولذا فعلى الحارس أن يجتهد في مصروفات محل الحراسة وأن لا يبذر فيها أو يصرف ما لا فائدة منه .

وفي النظام : نص النظام السعودي على ذلك فقال : (لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضا ذوي الشأن جميعاً أو بترخيص من القاضي) المادة الثانية والأربعون بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية . المادة الثانية والأربعون بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية .

وغالباً ما تتحدد التزامات الحارس بالطبيعة التحفظية والوقتية لإجراء الحراسة القضائية.

-لا يدخل في أعمال التصرف التي تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة فلا تقتضي في مباشرة الحارس لها موافقة ذوي الشأن أو إذن القضاء.

"يجوز للقاضي أن يأذن للحارس في إجراء عمل من أعمال التصرف إذا توافر

شرطي اختصاصه ، وهما :

١-الاستعجال .

٢-عدم المساس بأصل الحق ، وذلك باعتبار أن ذلك إجراء وقتي تحفظي الهدف منه مراعاة مصالح ذوي الشأن ".

كذلك "لا يحوز للحارس التصرف إلا برضاء ذوي الشأن أو بترخيص من الحاكم.

المطلب الرابع :موعد التزامات رد المال في الفقه والنظام

في الفقه الإسلامي : إذا انتهت الحراسة أو مهمة الحارس أو وجد سبب لرد المال محل الحراسة وجب على الحارس رد ما بيده إلى من يثبت له الحق أو إلى القاضي المختص حيث إن هذا يعتبر من الوفاء بالعقود ورد الأمانات إلى أهلها الذي جاءت به الشريعة والأدلة على ذلك :

أولاً : القرآن الكريم :قال تعالى : **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ}** سورة المائدة : الآية رقم (١) ..

ثانياً : من السنة الشريفة :وردت عدة أحاديث نبوية نصت على الالتزام بأداء ما يأخذه الإنسان من غيره وشغل ذمته به حتى يتم رده إليه وضمان الشيء إذا هلك أو أصابه تلف ، إلا إذا كان ذلك بسبب لا يرجع إليه ومن ذلك :

عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال : (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) أخرجه أبو داود رقم (٣٠٩١) ، والترمذي رقم (١٢٦٦) قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح

وإن أخر رد المال بعد وجود سبب رده بلا عذر وهلك ضمن حيث قال الفقهاء في الوديعة :" فإن أخر الرد بعد طلبها بلا عذر في تأخيره ضمن إن تلفت أو نقصت "، وإن كان التأخير بعذر فلا يضمن .

وفي النظام : بما أن الحراسة القضائية إجراء تحفظي مؤقت ، تنتهي بانتهاء الأسباب الداعية لفرضها مسبقاً ، وعند انتهاء الحراسة يجب عليه المبادرة برد المال إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يختاره القاضي ، وعلى ذلك نص النظام السعودي في المرافعات الشرعية فقال : (تنتهي الحراسة باتفاق ذوي الشأن جميعاً أو بحكم القاضي وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي) نظام المرافعات الشرعية المادة (٢٤٥) ..

يكون رد المال في أحد الحالات التالية :

الحالة الأولى :عند انتهاء الحراسة.

الحالة الثانية :عند انتهاء مهمة الحارس إما بعزله أو تنحيته أو استقالته أو بموته أو بالحجر عليه فيحل حارس آخر محله.

ويكون الرد إلى من يختاره ذوو الشأن في الحراسة الاتفاقية أو إلى من يثبت له

الحق في الشيء أو لمن يعينه القاضي في الحراسة القضائية :

والرد يجب أن يكن عيناً ، وهذا صحيح إذا كان الشيء مثلياً وكان يهلك بالاستعمال ، غير أنه إذا كان قد هلك أو تعيب لم يتخلص الحارس من المسئولية عن ذلك إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه ، أو أثبت أن الهلاك أو التعيب كان لسبب أجنبي والرد قد يكون بمقابل .

إذا تعذر على الحارس رد الشيء عيناً . قد يحل محل الشيء مقابل له ، وعندئذ يتعين على الحارس أن يرد هذا المقابل" .

المبحث الثاني

ميعاد تقديم الحارس لدفاتر الحساب

"ويلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة ، وعلى القاضي إلزامه باتخاذ دفاتر عليها ختم المحكمة عند الاقتضاء أو يلتزم أن يقدم في الفترات التي يحددها القاضي أو في كل سنة على الأكثر لذوي الشأن حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بما يثبت ذلك من مستندات ، وإذا كان الحارس معيناً من قبل المحكمة وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب بمكتب إدارتها " المادة الرابعة والأربعون بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية ..

وقد عرف النظام السعودي الدفاتر الحسابية في المحاكم ، ومن ذلك :

١- دفتر حساب الصندوق :وهذا يكون لدى رئيس المحكمة ، ويسجل في الصفحة اليمنى "جانب مدين ، ويسجل في اليسرى المبالغ النقدية المنصرفة من بيت المال ، بموجب سندات صرف ، ويتم في نهاية الشهر مطابقة هذا الدفتر ، مع دفتر يومية الصندوق الموجودة لدى بيت المال .

٢- دفتر يومية الصندوق :وهذا يكون لدى بيت المال ويسجل في الصفحة اليمنى " جانب مدين ، ويسجل في اليسرى " جانب دائن " المبالغ التي تسلم لأصحابها ، بموجب الشيكات ، وسندات الصرف الأنظمة واللوائح لوزارة العدل ص (٢٦٥) ..

المبحث الثالث

ميعاد انتهاء الحراسة القضائية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول انتهاء المأمورية دون انتهاء الحراسة في الفقه والنظام .

في الفقه الإسلامي نجد أن الحارس نائباً عن طرفي النزاع فهو وكيل عنهما لذا فمأموريته تنتهي بانتهاء مأمورية الوكيل وعقد الوكالة عقد جائز من الطرفين فلكل منهما فسخه .

إلا في حالات معينة ، ومنها : قال الشافعية :

أ – "يلزم الوكيل البقاء على الوكالة إلى حضور موكله إن كان غائباً أو أمنه على المال"

ب- إن تعلق به حق لأحد (المالكية).

ج-" إن كان عقد الوكالة باستئجار".

وفي النظام "قد تنتهي مأمورية الحارس دون أن تنتهي الحراسة ذاتها ويكون ذلك بتنحية الحارس عن الحراسة لعذر مقبول أو بعزله عن الحراسة بسبب يستوجب ذلك أو بموته أو بالحجر عليه.

"وإذا تم تعيين أكثر من حارس فإن وفاة أحد الحراس لا تحول دون قيام الباقين بكافة الأعمال اللازمة لإدارة الأموال محل الحراسة دون انتظار لتعيين

حارس آخر بدلاً من المتوفى".

المطلب الثاني :انتهاء الحراسة القضائية في الفقه والنظام

في الفقه الإسلامي بما أن الحراسة كالوكالة ففيها التفصيل الآتي :

الحراسة القضائية قد تكون محددة بأجل فتنتهي بانتهاء الأجل المحدد كالوكالة ، وهذا جائز شرعاً.

وقد تكون محددة بإنهاء الغرض فتنتهي بانتهاء الغرض الذي كان سبباً لوضع الحراسة ، إما بثبوت الحق لأحد الخصوم أو لأمر قضائي لتفسير الظروف كالوكالة فهي تنتهي بانتهاء الشيء الموكل فيه.

وفي نظام المرافعات " تنتهي الحراسة باتفاق ذوي الشأن جميعاً أو بحكم القاضي ، وعلى الحارس حينئذ أن يبادر على رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي المادة الخامسة والأربعون بعد المائتين في نظام المرافعات الشرعية ..

تتناول هذه المادة أحكام انتهاء الحراسة وهناك فروض ثلاثة لانتهاء الحراسة وهي كما يلي :

أولاً :"باتفاق ذوي الشأن جميعاً على انتهائها ، فإذا اتفق الخصوم جميعاً على انتهائها انتهت ، ووجب على الحارس تسليم المال على من يتفق الخصوم على تسليمه إياه ، دون حاجة إلى حكم بذلك .

ثانياً :بحسم النزاع الموضوعي وثبوت الحق لأحد الطرفين ، فإن صدور حكم

نهائي في موضوع النزاع يبت في أي من الطرفين هو المالك ينهي الحراسة لنفاذ غرضها .

ثالثاً :بحكم القضاء ولو قبل حسم النزاع الموضوعي ويكون ذلك إذا تغيرت الظروف التي استدعت فرض الحراسة ، بحيث لا يعود لها مقتض ، فتنتهي الحراسة إذ لم يبقى لها مبرر بعد أن أمكن أن يضع كل شريك يده على حصة مفرزة مؤقتاً حتى يبت في النزاع الموضوعي ، ومثل ذلك أن توضع أعيان الوقف تحت الحراسة ، ثم يعين ناظر مؤقت لها ، فتنتهي الحراسة ويسلم الحارس الأعيان الموقوفة إلى الحارس المؤقت " .

الفصل الثالث

حجة الاستحكام

وفيها ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ميعاد تقديم المعارضة على حجة الاستحكام

"بعد أن يثبت لدى المحكمة المختصة استلام الجهات المذكورة في المادة الرابعة والخمسون بعد المائتين لإخطارها ، ومرور ثلاثين يوماً على تسليم الجهات المذكورة للإخطار ، تعلن المحكمة عن طلب حجة استحكام في خلال ثلاث أماكن يكثر ارتياد جمهور البلدة أو القرية لها ، وفي الجريدة الرسمية لتقدم من له اعتراض على إصدار حجة الاستحكام المطلوبة على المحكمة باعتراضه ، ولا تبت المحكمة في طلب إصدار حجة الاستحكام إلا بعد مرور فترة ثلاثين يوماً على الإعلان المشار إليه ، وبعد وصول إجابة الجهات المذكورة بعدم وجود معارضتها" التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل, برقم ١٣/ت/ ١٥٢١ , وتاريخ ١٤٢١/٢/٢ .

إذن " إذا أجابت إحدى الجهات المعينة بالمعارضة على الحجة فعلى

القاضي أن يحدد موعداً لسماع المعارضة لمدة لا تقل عن شهر ، وتبلغ الجهة بخطاب رسمي على أن لا تسمع المعارضة إلا بعد مضي المدة المقررة في المادة (٢٥٦) " الفقرة السادسة من المادة الرابعة والخمسون بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية ..

المبحث الثاني : ميعاد استكمال إجراءات حجة الاستحكام

" إذا مضى ستون يوماً على آخر الإجراءين من إبلاغ الجهات الرسمية المختصة أو النشر بما نصت عليه المادتان السابقتان دون معارضة فيجب إكمال إجراء الاستحكام إذا لم يكن ثم مانع شرعي أو نظامي" المادة السادسة والخمسون بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية . .

وقد ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة "أنه إذا لم تجب الجهات بالمعارضة أو عدمها في المدة المحددة في هذه المادة مع التحقق من تبلغها ، فعلي القاضي إكمال إجراء الاستحكام ورفع ما يقرره إلى محكمة التمييز" الفقرة الأولى من المادة السادسة والخمسون في نظام المرافعات الشرعية .

كذلك ورد في الفقرة الثانية أن على القاضي عدم تدوين الإنهاء أو الشروع في إجراءات الإثبات على الأرض الفضاء ، حتى ورود التوجيه من المقام السامي الفقرة الثانية من المادة السابقة . .

أيضاً ورد في الفقرة الثالثة "أنه إذا تقدم أحد بالمعارضة من الجهات أو الأفراد إثناء نظر حجة الاستحكام وقبل اكتسابها القطعية فتسمح المعارضة في

ضبط الإنهاء ضمن إجراءات الحجة " الفقرة الثالثة من المادة السابقة ..

المبحث الثالث : موقف الفقه الإسلامي من حجة الاستحكام

"الملك يتحقق في العقار بأحد أسباب ثمانية هي : الميراث ، والمعاوضات, والهبات, الوصايا ,والإقطاع ، والغنيمة ، والإحياء للموات ، والصدقات.

ويهمنا هنا في هذا المبحث أحد هذه الأسباب ، وهو إحياء الموات لأنه هو الذي يتوقف إثباته على نظر القاضي وحكمه بالإحياء ، فلا بد من تحقق شروط الإحياء وانتفاء موانعه ، وتحقق حكمه الشرعي ، أما باقي أسباب التملك ، فإنها لا تفتقر إلى ذلك ولا تتوقف عليه " الانهاءات الثبوتية في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية ص (٥٩١)

إحياء الموات المادة الأولى من نظام توزيع الأراضي البور الصادر برقم م/٢٦ في ١٣٨٨/٧/٦هت ونصها : " يقصد بالأراضي البور ..... أن تكون منفكة عن حقوق الملكية أو الاختصاص .أفرد له أهل العلم أبواباً مستقلة في كتبهم ، أوضحوا فيها أحكام الإحياء للموات وأن المرجع في حد الإحياء وكيفيته هو العرف ، فما تعارفه الناس إحياء فهو إحياء وذلك بأن يفعل في الأرض ما تقتضي المادة بكونه إحياء لمثلها.

وذلك لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ، ولم يُبينه ، ولا ذكر كيفيته ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف.

وأما التحجير ، وهو الشروع في الإحياء دون إتمامه ، ومثاله لو أدار حول الأرض تراباً ، أو أحجاراً ، أو أحاطها بحائط صغير ، لم يملكها بذلك ، لأن الملك لا يكون إلا بالإحياء ، وهذا ليس بإحياء ، لكن يصبح أحق الناس به . فالتحجير يفيد الاختصاص ، ولا يفيد الملك .

وعند الشافعية رواية عن الإمام أحمد أن التحجير يملك به ، وهو قول شاذ ضعيف.

ويترتب على الإحياء التام للأرض الموات ؛ ملك هذه الأرض ، وما أقام عليها ، وهذا هو قول أهل العلم استناداً لقول النبي ﷺ : " من أحيا أرضاً ميتة فهي له " رواه الترمذي وقال :حسن صحيح سنن الترمذي ٦٦٤/٣ ، صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ١٨/٥ ، والإمام أحمد في المسند ٣٣٨/٣ – ٣٨١ ، قال الألباني وهو على شرط الشيخين . إرواء الغليل ٤/٦ ، وانظر : نصب الراية ٢٨٨/٤ . . ، وهذا هو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

وقال بعض الحنفية : "إن إحياء الموات إنما يثبت ملك الاستغلال ، ولا يثبت ملك الرقبة ، قياساً على من جلس في موضع مباح ، فإن له الانتفاع به ، فإذا قام عنه ، وأعرض ، بطل حقه " .

و يظهر رجحان قول عامة أهل العلم المذكور أولاً " الانهاءات الثبوتية في المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية ص (٥٩٣_ ٥٩٤)

"وفي الوقت الحاضر اشترط ولي الأمر لصحة الإحياء بعد تأريخ ١٣٨٧/١١/٩هـ إذنه وذلك لما حَفَتْ به القرائن الدالة على وجود النزاع والشقاق بالإحياء ، ولما ترتب عن ذلك من عشوائية الإحياءات ، فإذا وجد الداعي لمنع الإحياء إلا بإذن الإمام ، فإن لولي الأمر اشتراط إذنه ، وذلك لكف النزاع، والإمام له نظر مصلحي ، والواقع يشهد بذلك.

وإذا وجد من يحيي هذه الأراضي الممنوع إحياؤها من قبل ولي الأمر ، ثم يتقدم لإثبات تملكه إياها بالإحياء ، فإن إحياءه غير صحيح.

هذا إذا أمر الإمام بأن لا يُحيي أحد إلا بإذنه , ونص على ذلك كما هو الحال والعمل هنا في المملكة العربية السعودية إذ صدر الأمر السامي رقم ٢١٦٧٩ في ١٣٨٧/١١/٩هـ ونص على أن كل من يدعي وضع اليد لا يلتفت لدعواه من الآن فصاعداً ، وقد صدر من الهيئة القضائية العليا القرار رقم ١٨٦ في ١٣٩٥/٤/٢٢هـ المتعلق بأمر الإحياء وأشارت فيه إلى أمر المقام السامي بمنع وضع اليد ، ودعوى الإحياء بعد التأريخ المذكور ، وجاء في قرارها بأن هذا أمر صريح ، ومن المعلوم أن الشريعة جاءت بوجوب طاعة ولاة الأمر ما لم يأمروا بمعصية الله ، وليس هذا أمراً بمعصية ، بل يقصد منه ولاة الأمر تنظيم وتخطيط البلد على أصول يرونها أضمن للمصلحة ، وهم الذين إليهم التنظيم ، ويتعين على الناس طاعتهم .

الفصل الرابع

تنحي القضاة وردهم عن الحكم

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : مواعيد تنحي القضاة وردهم عن الحكم

وفيه أربعة مطالب

لمطلب الأول : ميعاد قيام الخصومة .

" إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد تمام الدعوى المنظورة أمام القاضي ، ما لم تكون هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه " الفقرة (ب) من المادة الثانية والتسعون من نظام المرافعات الشرعية ..

إذن يكون ميعاد قيام الخصومة بين القاضي أو زوجته وبين أحد الخصوم هو بعد رفع الدعوى واشترط المنظم أن لا يكون قصد رافع الدعوى هو الإضرار بالقاضي وبقصد رده فهنا يعامل الخصم بنقيض قصده على القاعدة الفقهية" .

المطلب الثاني : ميعاد قبول طلب رد الخصومة

" إذا قام بالقاضي سبب للرد ولم يتنح جاز للخصم طلب رده ،فإن لم يكن

سبب الرد من الأسباب المنصوص عليها في المادة الثانية والتسعون وجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع في القضية وإلا سقط الحق فيه ، ومع ذلك يجوز طلب الرد إذا حدثت أسبابه بعد ذلك ، أو إذا أثبت طالب الرد أنه لا يعلم بها " المادة الرابعة والتسعون من نظام المرافعات الشرعية . .

وقد حددت هذه المادة الوقت الذي يجوز فيه هذا الطلب بأن فرقت بين أسباب الرد المنصوص عليها في المادة (٩٢) مرافعات شرعية والأسباب الأخرى غير المنصوص عليها . فأما الأسباب المنصوص عليها فيجوز تقديم طلب الرد بناء عليها في أي وقت ، وأياً كان المرحلة التي وصلت إليها الدعوى ، والمقصود بالأسباب غير المنصوص عليها في المادة (٩٢) ما أغفله المنظم مما قد يكون سبباً للرد باعتبار هذه الأسباب المنصوص عليها إنما جاءت على سبيل المثال ، وليس على سبيل الحصر ، فإذا لم يكن السبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة (٩٢) فإنه يجب تقديم الطلب بشأنه قبل أي دفع أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه ، أي قبل التعرض لموضوع الدعوى .

المطلب الثالث : شروط قبول طلب رد الخصومة

" يحصل الرد بتقرير في إدارة المحكمة يوقعه طالب الرد نفسه ، أو وكيله

المفوض فيه بتوكيل خاص ويرفق التوكيل بالتقرير ، ويجب أن يشتمل تقرير الرد على أسبابه وأن يرفق به ما يوجد من الأوراق المؤيدة له ، وعلى طالب الرد أن يودع عند التقرير ألف ريال تؤول للخزينة العامة إذا رفض طلب الرد " المادة الخامسة والتسعون من نظام المرافعات الشرعية ..

نخلص من هذا أن شروط قبول طلب رد الخصومة هي كما يلي :

١- لا بد من كتابة تقرير عن الطلب يعطي إلى إدارة المحكمة .

٢- إذا كان رافع التقرير الوكيل فلا بد من إرفاق التوكيل مع التقرير.

٣- ذكر أسباب الرد ضمن التقرير .

٤- إرفاق أوراق تؤيد هذا لطلب زيادة في الاحتياط .

٥- إيداع ألف ريال ترجع عند تنفيذ الطلب وتؤول إلى الخزانة العامة عند رفض الطلب .

المطلب الرابع : ميعاد جواب القاضي عن طلب الرد

" يجب على إدارة المحكمة أن تطلع القاضي على تقرير طب الرد ، وعلى القاضي خلال الأيام الأربعة التالية لإطلاعه أن يكتب لرئيس المحكمة أو رئيس محاكم المنطقة حسب الأحوال عن وقائع الرد وأسبابه ، فإذا لم يكتب عن ذلك في الموعد المحدد ، أو يكتب نافياً لها وثبتت في حقه فعلى رئيس المحكمة أو رئيس محاكم المنطقة أن يصدر أمراً بتنحيته عن نظر الدعوى" المادة السادسة والتسعون من نظام المرافعات الشرعية . .

"إن هذه المادة قد وضعت نظاماً إجرائياً يسراً للنظر في طلب الرد أكثر ببساطة مما هو عليه الحال في النظام المقارن ، حيث أوجبت على إدارة المحكمة اطلاع القاضي فوراً على تقرير طلب الرد ، ومنحته مهلة أربعة أيام من تاريخ اطلاعه أن يرد على طلب الرد.

المبحث الثاني

موقف الفقه الإسلامي من التنحي والرد

وتحته ثلاث مطالب :

المطلب الأول : منع القاضي من القضاء وحده لوجود التهمة

الأصل في منع القاضي من القضاء لوحده هو فعل النبي ﷺ وعمله حيث إن الناظر في أقضية الرسول ﷺ يجد أنها تتم في المسجد على مرءا ومسمع من الداخل والخارج إلى المسجد ، وكذلك خلفائه وهذا ينافي كون القاضي يقضي لوحده لأنه موطن التهمة .

كما استحب الفقهاءأن يجعل القاضي مكانه ومجلسه في وسط البلد ومكان بارز وهذا ينافي ويخالف أن يقضي القاضي لوحده لأنه موطن للتهمة ، ولما ورد عن علي رضي الله عنه أنه كان يقضي في السوق فتح الباري (١٣/١٤١). .

كذلك مما ينافي أن يقضي القاضي لوحده كراهة اتخاذ القاضي داره مجلساً للقضاء وذلك بسبب الاحتجاب عن الناس واحتمال التهمة .

وقد ورد أن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بتحريق قصر سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لما بلغه أنه احتجب عن إلى الحكم بين الخروج الناس صار يحكم في داره .

أيضاً مما ينافي أن يقضي القاضي لوحده ما حث عليه الفقهاء رحمهم الله من استحباب إحضار الفقهاء والعلماء إلى مكان الحكم ومجلس القضاء وهذا

بالطبع ينافي ويخالف أن يكون القاضي لوحده لأن حضورهم يتيح لهم مراقبته ومحاسبته .

المطلب الثاني : منع القاضي من القضاء لنفسه لوجود التهمة

في أكثر كلام الفقهاء – رحمهم الله – حول قضاء القاضي لنفسه بأن هذا القضاء لا يصح ولو وقع فإنه لا ينفذ .

"ولا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه ، كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن اتفق بينه وبين غيره خصومة .. تحاكما إلى الإمام أو إلى بعض القضاة الذين ولاهم الإمام ، فإن تحاكما إلى خليفة القاضي المخاصم صح هذا "

ومما يؤيد أن الحاكم أو القاضي لا يجوز أن يقضي لنفسه بعض الوقائع الواردة عن الصحابة من ذلك " أن عمر ﷺ تحاكم مع أبي بن كعب رضي الله عنه إلى زيد بن ثابت ﷺ " أخرجه وكيع في أخبار القضاة (١٠٨/١) ، وابن حزم في المحلى (١٣٦/١٠) ، وذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٢٠٤/٤) ..

مع العلم أن هذا كان في زمن خلافة عمر ﷺ .

"تحاكم عثمان مع طلحة إلى جبير بن مطعم ﷺ أجمعين" أخرجه البيهقي في السنن (١٧٧/١٠). "وتحاكم علي ﷺ مع يهودي في درع إلى شريح أخرجه البيهقي في السنن (١٣٦/١٠) ، وكنز العمال (١٧٧٨٩) ، وأورده الحافظ في التلخيص (٢١٢/٤) .في خلافة علي .

اذن منع القاضي من القضاء لنفسه يستند فقهائنا على محورين :

المحور الأول : هو قياس الحكم لنفسه على الشهادة لنفسه فكما أنه من الممنوع وغير الجائز أن يشهد القاضي لنفسه فمن باب أولى أن يحكم لنفسه هذا ما قرره جمع من الفقهاء

المحور الآخر : هو وجود التهمة قال النووي.

المطلب الثالث : منع القاضي من القضاء لأصله وفرعه لوجود التهمة

في هذا المطلب قولان لأهل العلم :

القول الأول : لا يجوز أن يحكم لأصلة وفرعه وإن حكم لم ينفذ حكمه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي " ولا يجوز له أن يحكم لوالده إن علا ولا لولده ، وإن سفل " ، وما ذاك إلا لوجود التهمة التي تلحق القاضي في حكمه لأحد هؤلاء .

القول الثاني : ينفذ حكمه اختاره أبو ثور ، و أبو يوسف لأن حكمه لغيره أشبه الأجانب

وعلى هذا يجب على القاضي الامتناع والتنحي عن القضاة لنفسه أو لأحد أبويه أو لزوجته أو لأولاده أو لكل من تكون شهادتهم لهم سبب للتهمة وهو رأي أكثر الفقهاء .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

أحكام الشركات المهنية

- دراسة مقارنة -

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

منصور بن تركي المطيري

إشراف

د. يوسف الخضير

العام الجامعي: ١٤٢٣ هـ

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس٢٣٣

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس١٩٨

عدد صفحات البحث بعد التلخيص٤٩

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث

تقسيمات البحث:

وتتضمن : المقدمة، والتمهيد، وثلاثة فصول، والخاتمة، والفهارس.

المقدمة: وتتضمن أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث وتقسيماته.

التمهيد: ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الشركة وأنواعها، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الشركة، ويتضمن ثلاثة أفرع:

الفرع الأول: تعريف الشركة لغة.

الفرع الثاني: تعريف الشركة فقهاً.

الفرع الثالث: تعريف الشركة نظاماً.

المطلب الثاني: أنواع الشركات، ويتضمن فرعين:

الفرع الأول: أنواع الشركات في الفقه.

الفرع الثاني: أنواع الشركات في النظام.

المبحث الثاني: تعريف الشركة المهنية وأسباب تنظيمها وأنواعها وخصائصها، ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشركة المهنية، ويتضمن فرعين:

الفرع الأول: تعريف الشركة المهنية لغة.

الفرع الثاني: تعريف الشركة المهنية اصطلاحاً.

المطلب الثاني: أسباب تنظيم الشركات المهنية.

المطلب الثالث: أنواع الشركات المهنية.

المطلب الرابع: خصائص الشركات المهنية.

الفصل الأول: تكوين الشركات المهنية وتكييفها فقهاً ونظاماً، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: تكوين الشركات المهنية، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للشركات المهنية، ويتضمن فرعين :

الفرع الأول : الشروط الموضوعية العامة للشركات .

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة للشركات المهنية.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية للشركات المهنية.

المبحث الثاني: تكييف الشركات المهنية، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: التكييف الفقهي للشركات المهنية.

المطلب الثاني: التكييف النظامي للشركات المهنية.

الفصل الثاني : عقد الشركات المهنية وإدارتها فقهاً ونظاماً، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: عقد الشركات المهنية فقهاً ونظاماً ، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : إثبات عقد الشركة المهنية.

المطلب الثاني: الأمور الواجب تضمينها عقد الشركة المهنية.

المطلب الثالث: تعديل عقد الشركة المهنية.

المبحث الثاني : إدارة الشركة المهنية فقهاً ونظاماً، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مدير الشركة المهنية، ويتضمن ثلاثة أفرع:

الفرع الأول: تعيينه وعزله.

الفرع الثاني: حدود سلطاته.

الفرع الثالث: مسئوليته .

المطلب الثاني: سلطات الشركاء في الشركة المهنية.

الفصل الثالث: آثار الشركات المهنية وأسباب انقضائها فقهاً ونظاماً ، ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: آثار الشركات المهنية فقهاً ونظاماً، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: آثار الشركات المهنية بالنسبة للشركاء فقهاً ونظاماً.

المطلب الثاني: آثار الشركات المهنية بالنسبة للغير فقهاً ونظاماً.

المطلب الثالث: كيفية توزيع الأرباح والخسائر.

المبحث الثاني: أسباب انقضاء الشركات المهنية فقهاً ونظاماً، ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أسباب انقضاء الشركات في الفقه .

المطلب الثاني: أسباب انقضاء الشركات المهنية في النظام، ويتضمن فرعين:

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الشركات.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الشركات المهنية.

الخاتمة.

الفهارس العامة :

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث والآثار.

٣- فهرس الأعلام.

٤- فهرس المصادر المراجع .

٥- فهرس الموضوعات.

التمهيـد

وفيه مبحثان

المبحث الأول: تعريف الشركة وأنواعها .

وفيه مطلبان

المطلب الأول: تعريف الشركة

الفرع الأول

تعريف الشركة لغة

الشركة: بفتح الشين وكسر الراء، وبكسر الشين وإسكان الراء سواء، وهي مخالطة الشريكين،والشريك هو المشارك وهو الداخل مع غيره في عمل أو أي أمر كان، ويجمع شريك على أشراك وشركاء.

الفرع الثاني

تعريف الشركة فقهاً

أرجح هذه التعريفات تعريف الحنابلة بأن الشركة : "اجتماع في استحقاق أو تصرف" .

الفرع الثالث

تعريف الشركة نظاماً

عرف نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم المالكي رقم (٦) وتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٢هـ الشركة بأنها : "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال

أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة" نظام الشركات ، مادة رقم (١) ، (ص٣٠)، مطابع الحكومة ١٤٠٣هـ..

المطلب الثاني

أنواع الشركات

وفيه فرعان

الفرع الأول: أنواع الشركات في الفقه.

يقسم جمهور العلماء الشركة إلى قسمين : شركة أملاك وشركة عقود، وأضاف بعضهم: شركة الإباحة لحديث: (المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلأ، والنار) أخرجه أحمد في مسنده (٥/٣٦٤)، وأبو داود في سننه رقم (٣٤٧٧) وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم (١٥٥٢). والصواب عدم دخول شركة الإباحة في المفهوم الاصطلاحي الفقهي ، بل تدخل في المفهوم اللغوي.

١- شركة الأملاك :هي أن يملك اثنان أو أكثر عيناً كان أو ديناً بسبب من أسباب الملك وذلك كالشراء والهبة وقبول الوصية".

أنواع شركة الأملاك:

تنوع تقسيم المذاهب الفقهية لشركة الأملاك باعتبارات مختلفة، كالتالي:

أ – الحنفية: يقسمون شركة الأملاك

١- **شركة الاختيار**

٢- شركة الجبر

ب – المالكية: يقسمون شركة الأملاك

١- شركة **الإرث.**

٢- شركة الغنيمة.

٣- **شركة المبتاعين.**

ج- **الشافعية والحنابلة** : تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- **شركة في المنافع والأعيان.**

٢- **شركة الأعيان دون المنافع.**

٣- **شركة في المنافع دون الأعيان.**

وأضاف الشافعية ثلاثة أقسام:

٤- **شركة في المنافع المباحة.**

٥- **شركة في حقوق الأبدان.**

٦- **شركة في حقوق الأموال.**

٢- شركة العقود:: "عبارة عن تعاقد بين اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة ليكون الغنم والغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع"

وهذا التعريف هو من أفضل التعريفات الجامعة، لذا يُعد أرجح التعريفات عندي لأنه اشتمل على أركان وشروط عقد الشركة من وجود المتقاعدين

والصيغة ونية المشاركة، والهدف من المشاركة، وتقديم الحصص وكيفية توزيع الأرباح والخسائر.

أنواع شركات العقود في الفقه:

١– الحنفية: أن أقسام شركة العقود ثلاثة:

١- **شركة أموال:.**

٢- **شركة أعمال.**

٣- **شركة وجوه.**

وهذه الأقسام الثلاثة ينقسم كل منها إلى قسمين:

١) **شركة مفاوضة.**

٢) **شركة عنان.**

٢- **المالكية** : يقسم المالكية شركة العقود إلى ستة أقسام :

١- **شركة المفاوضة**

٢- **شركة العنان.**

٣- **شركة الجبر.**

٤- **شركة العمل أو (الأعمال) وتسمى (الأبدان)**

٥- **شركة الذمم.**

٦- **شركة المضاربة.**

٣- **الشافعية:** يقسم الشافعية الشركة إلى أربعة أقسام، وهي كالتالي:

١- **شركة أبدان:.**

٢- **شركة المفاوضة.**

٣- **شركة الوجوه.**

والأنواع الثلاثة ممنوعة عند الشافعية لما فيه من أنواع الجهالة والغرر.

٤- **الحنابلة** : يقسم الحنابلة الشركة إلى خمسة أقسام:

١- **شركة العنان.**

٢- **شركة المضاربة.**

٣- **شركة الوجوه.**

٤- **شركة الأبدان.**

٥- **شركة المفاوضة:** وهي على نوعين عند الحنابلة:

النوع الأول: "أن يفوض كل واحد منهما صاحبه.

النوع الثاني: "هي أن يدخلا في الشركة الأكساب النادرة.

الفرع الثاني

أنواع الشركات في النظام

تنقسم الشركات في النظام إلى عدة أقسام حسب اعتبار التقسيم، وهي كالتالي:

١- تنقسم الشركات باعتبار طبيعة العمل الذي تقوم به إلى قسمين:

أ) شركات مدنية.

ب) شركات تجارية.

٢- وتنقسم الشركات من حيث قيامها على الاعتبار الشخصي أو المالي إلى :

(أ) شركات أشخاص .

(ب) شركات أموال.

(ج) شركات مختلطة .

التقسيم الأول: باعتبار طبيعة العمل الذي تقوم به عُرفت كالتالي:

أ) الشركات المدنية: وهي الشركات التي يكون موضوعها وطبيعة عملها مدنياً ، ولو كان الشركاء فيها متصفين بصفة التجار.

ب) الشركات التجارية :هي الشركات التي يكون موضوعها وطبيعة عملها تجارياً.

التقسيم الثاني: وهو من حيث قيامها على الاعتبار الشخصي أو المالي، عرفت أنواعها كالتالي:

أ) شركات الأشخاص :هي الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وتتكون أساساً من عدد قليل من الأشخاص تربطهم في الغالب صلة معينة.

وتشمل شركات الأشخاص في النظام السعودي، كلاً من:

١- **شركة التضامن** : "وهي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسئولين بالتضامن في جميع أموالهم عن ديون الشركة" نظام الشركات السعودي مادة رقم (١٦). .

٢- **شركة التوصية البسيطة:** "وهي الشركة التي تتكون من فريقين من الشركاء فريق يضم على الأقل شريكاً متضامناً مسئولاً في جميع أمواله عن ديون الشركة، وفريق آخر يضم على الأقل شريكاً موصياً مسئولاً عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس المال" نظام الشركات السعودي مادة رقم (٣٦) ..

٣- **شركة المحاصة :** "هي شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ، ولا وجود لها بالنسبة إلى الغير وتقتصر آثارها على الشركاء فيها"

ب) شركة الأموال:وهي الشركات التي تقوم أساساً على الاعتبار المالي ولا يكون لشخصية الشريك أثر فيها،ولا تشمل شركات الأموال حسب النظام السعودي سوى **شركة المساهمة** وتعريفها كالتالي:"هي الشركات التي يقسم رأس المال فيها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية ، ويسمى الشركاء في هذه الشركات بالمساهمين وهم ليسو تجاراً ولا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود قيمة الأسهم التي يمتلكونها في الشركة".

ج) الشركات المختلطة: وهي الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي والاعتبار المالي.

وتشمل الشركات المختلطة في النظام السعودي كلاً من:

١- **شركة التوصية بالأسهم:** "وهي الشركة التي تتكون من

فريقين : فريق يضم على الأقل شريكاً متضامناً مسئولاً في جميع أمواله عن ديون الشركة، وفريق آخر يضم شركاء مساهمين لا يقل عددهم عن أربعة ولا يسألون عن ديون الشركة إلا بقدر حصصهم في رأس المال" نظام الشركات السعودي مادة رقم (١٤٩)..

٢- **الشركة ذات المسئولية المحدودة:** "وهي الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسئولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في رأس المال ولا يزيد عدد الشركاء في هذه الشركة عن خمسين" نفس النظام ، مادة رقم (١٥٧)..

وهناك أحكام تلحق هذه الأنواع أضافها المنظم السعودي وهي:

١- **الشركة ذات رأس المال القابل للتغير:** وهي عبارة عن مادة تدخل أي نوع من أنواع الشركات المذكورة سابقاً تنص في العقد أو في نظام الشركة على أن رأس المال قابل للزيادة أو الخفض نظام الشركات السعودي مادة رقم (١٨١). .

٢- **الشركة التعاونية:** وهي الشركة التي تهدف إلى :

١) تخفيض ثمن تكلفة أو ثمن شراء.

٢) تحسين صنف المنتجات أو مستوى الخدمات نفس النظام مادة رقم (١٨٩).

المبحث الثاني

تعريف الشركة المهنية وأسباب تنظيمها وأنواعها وخصائصها

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

تعريف الشركة المهنية

وفيه فرعان

الفرع الأول: تعريف الشركة المهنية لغة.

المهنية: أصلها من المهنة وهي الحذاقة بالخدمة أو العمل، والماهن العبد أو الخادم.

الفرع الثاني

تعريف الشركة المهنية اصطلاحاً

هي "عبارة عن شخص معنوي ينشأ بالاتفاق بين عدة أشخاص هم بحسب الأصل أشخاص طبيعيون يمارسون المهن الحرة في ظل حماية نظامية" المذكرة الإيضاحية لنظام الشركات المهنية، في الموسوعة الحديثة للأنظمة السعودية للشايقي، (٢٣٦/٥). .

المطلب الثاني

أسباب تنظيم الشركات المهنية

تعود أسباب تنظيم الشركات المهنية بنظام خاص إلى أهمية هذا النوع

من الشركات المدنية بصفة عامة، وذلك لأمور أهمها:

١- أن الظروف التي تحيط بأرباب المهن الحرة تنطوي على صعوبات في الممارسة الفردية لتلك المهن.

٢- أن الشخص الذي يتعامل مع الشركة المهنية سيجد نفسه أمام فريق من المختصين على مستوى من القدرة في إنجاز غير ضئيل ، وعلى مستوى من الكفاءة.

٣- أن المستعين بخدمات هذه الشركات يستطيع أن يقاضي الشركات المهنية وصولاً إلى نوع من المسئولية على كل الشركاء بدلاً من المسئولية الفردية.

٤- تبدو أهمية الشركات المهنية أيضاً ، فيما توفره من مميزات لأعضائها الذين قد لا تكون لديهم وهم منفردون.

هذه هي أهم منطلقات ومسببات تنظيم الشركات المهنية المذكرة الإيضاحية لنظام الشركات المهنية في الموسوعة الحديثة في الأنظمة السعودية ، للشايقي (٢٣٥/٥) ..

المطلب الثالث

أنواع الشركات المهنية

تتنوع الشركات المهنية باعتبارين:

الأول: باعتبار نوع النشاط التي تمارسه الشركة المهنية، وهي على هذا الأساس تكون أنواع كثيرة وقابلة للتجدد.

الثاني: باعتبار جنسية الشركاء فيها :

وهي تنقسم إلى قسمين:

١- شركات مهنية عادية : أي يديرها شركاء سعوديون مرخص لهم وفقاً للنظام

٢- شركات مهنية مختلطة: وهي التي تتم بين المهنيين السعوديين المرخص لهم والشركات المهنية المتخصصة غير السعودية، ويكون الترخيص لهذه الشركات المختلطة بقرار من وزير التجارة بالشروط الآتية:

١) أن تكون الشركة الأجنبية ذات سمعة متميزة في مجال المهنة .

٢) أن يكون قد مضى على تأسيس الشركة الأجنبية مدة عشر سنوات مارست خلالها أعمالها بدون انقطاع.

٣) أن تسهم الشركة في نقل الخبرة والتقنية الفنية وتدريب السعوديين.

٤) أن يكون للشركة ممثل دائم على الأقل بالمملكة لا تقل مدة إقامته عن تسعة أشهر في السنة.

٥) أن تتقدم بنسخة من عقد تأسيسها في الخارج مصدقة ومترجمة إلى اللغة العربية .

٦) ألا يترتب على نقل حصة شريك سعودي إلى غير سعودي

نقص حصص الشركاء السعوديين عن ٢٥% من رأس المال

اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية، مادة رقم (٢) . .

الجانب الفقهي لأحكام أنواع الشركات المهنية:

الشركات المهنية في صورتها الظاهرة تتخذ أشكالاً ومهناً عديدة كلها لا تتجاوز دائرة المباح،.

وأما من ناحية الشركاء المتعاقدين، فالشركات العادية وهي التي تضم شركاء سعوديين لا خلاف في جوازها، لعدم وجود إشكالية اختلاف الدين .

أما الشركات المهنية المختلطة، وهي التي تضم شركاء أجانب غير سعوديين.

ففي حالة كون الشركاء الأجانب غير المسلمين يظهر إشكال يجدر بنا بحثه وفحصه، ومن ثم بيان الحكم الشرعي لهذه الحالة .

حكم مشاركة غير المسلم:

١- الحنفية: ذهب أبو حنيفة ومُحَمَّد بن الحسن إلى جواز مشاركة غير المسلم في العنان، وعدم جواز مشاركته في المفاوضة ،وأما أبو يوسف فيذهب إلى جواز مشاركته مطلقاً.

وعلل الأولون: لعدم تحقق معنا المفاوضة التي هي المساواة .

أما أبو يوسف يجوِّز ذلك لاستواء الشركاء في أهلية الوكالة والكفالة.

٢- المالكية: مشاركة العدو غير جائزة عند بعض المالكية، وفي الظاهر من

الكلام في المدونة أنها صحيحة، وأما مشاركة الذمي فهي غير صحيحة ابتداءً ، أي قبل انعقادها، وبعد وقوعها تصح بشرط ألا يغيب الذمي على بيع ولا شراء ولا قضاء ولا اقتصاء إلا بحضرة المسلم،وفي حالة انفراد الذمي بالعمل في غياب المسلم فالشركة حينئذٍ غير جائزة، وذهب بعض المالكية إلى الكراهة.

٣– الشافعية: يذهب الشافعية على كراهة مشاركة المسلم الكافر مطلقاً.

٤– الحنابلة: "يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه، ويكون هو الذي يليه، والمذهب على كراهة المشاركة ما لم يلي المسلم التصرف .

وأما غير الكتابي مثل الوثني والمجوسي ومن في معناهم، فعلى وجهين : أحدهما: الكراهة مطلقاً، والثاني: أو الكراهة ما لم يلي المسلم التصرف.

٥– الظاهرية:: "ومشاركة المسلم للذمي جائزة، ولا يحل للذمي من البيع والتصرف إلا ما يحل للمسلم..

القول الراجح: الراجح في هذه المسألة هو جواز المشاركة مطلقاً، وذلك لأن الأصل في مجال المعاملات الإباحة، والإباحة لا حصر لها،وأما في حالة العلم بالوقوع في المتاجرة بالمحرم في شركة المسلم مع غير المسلم فإنه لا تجوز المشاركة بلا خلاف ، ومعاملة غير المسلم جائزة بالإجماع في جميع المعاملات.

والأنظمة الحديثة حدَّدت أنواع الشركات وطبيعة عملها قبل الدخول في المشاركة وعليه فإن الشركات المهنية المختلطة التي تقوم مع شركاء أجانب

غير مسلمين جائزة، ما دامت المهنة التي تقوم بها هذه الشركة مهنة مباحة .

المطلب الرابع

خصائص الشركات المهنية

١- الشخصية المعنوية للشركة المهنية: يعرف الشخص الاعتباري بأنه "مجموعة من الأشخاص أو الأموال يهدف إلى تحقيق غرض معين، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض".

والشركات هي إحدى الوحدات الاجتماعية التي تتمتع بهذه الشخصية المعنوية، كما في نظام الشركات السعودي الذي اعترف بها لجميع أنواع الشركات التي نظمها – ومنها الشركات المهنية نظام الشركات المهنية المادة رقم (١) .- ، باستثناء شركة المحاصة ، وذلك نظراً لكونها شركة مستترة لا وجود لها أمام الغير نظام الشركات السعودي المادة رقم (١٣) ..

وتكتسب الشركة هذه الشخصية المعنوية –كقاعدة عامة – بمجرد تكوينها، وقد نصت المادة الثالثة عشرة من نظام الشركات السعودي على ذلك صراحة ، حيث تقول : "فيما عدا شركة المحاصة تعتبر الشركة من وقت تأسيسها شخصاً اعتبارياً ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية في مواجهة الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر" المرجع السابق ..

كما نصت المادة (٢٤) من نظام الشركات المهنية بقولها: "تسري على الشركات المهنية أحكام نظام الشركات فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا النظام ، وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة هذه الشركات" نظام

الشركات المهنية مادة رقم (٢٤) ..

الآثار الناتجة عن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية تخص جميع أنواع الشركات الأخرى ، وليست خاصة فقط بالشركة المهنية، وسألخصها في التالي:

أولاً: ذمة الشركة:للشركة باعتبارها شخصاً معنوياً ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء،وينتج عن استقلال الذمة المالية للشركة الآثار التالية:

١- انتقال ملكية الحصص إلى الشركة ، حيث تخرج الحصص المقدمة على سبيل التمليك من ذمم الشركاء وتنتقل إلى ذمة الشركة.

٢- عدم جواز إجراء المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء.

٣- ذمة الشركة تشكل الضمان العام لدائني الشركة وحدهم دون دائني الشركاء الشخصيين.

٤- تعدد واستقلال التفليسات.

بالنسبة للشركة المهنية لا تدخل ضمن تعدد أو استقلال التفليسات وذلك لأن الشركة المهنية شركة مدنية ، وليست شركة تجارية.

ثانياً: أهلية الشركة : للشركة أهلية قانونية كاملة بالنسبة إلى الحقوق المالية، وذلك في الحدود التي يعيّنها عقد إنشائها أو التي يقررها النظام.

ثالثاً: اسم الشركة وموطنها : لكل شركة تتمتع بهذه الشخصية اسم خاص بها، يتم التوقيع به على سائر معاملاتها والتزاماتها ،ولكل شركة أيضاً

موطن خاص بها، ويقصد بموطن الشركة المتمتعة بالشخصية المعنوية هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشركة الرئيس.

رابعاً: جنسية الشركة: الأصل أن الشركة تكتسب الجنسية في المكان الذي تأسست فيه، وهو المعيار المعمول به في نظام الشركات السعودي.

الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي: لم يستعمل عند فقهاء المسلمين القدماء تعبير "الشخصية المعنوية" أو "الاعتبارية" ، وإن كانوا عرفوا معناها وكثيراً من أحكامها، حيث يرى كثير من الباحثين المحدثين قربها من موضوع "الذمة" التي توصف بها بعض الجهات التي لا تعقل، مثل: بيت المال، والوقف،.

هذا بالنسبة لإثبات الذمة لمن يعقل وهو الإنسان ، أما بالنسبة لإثبات الذمة لما لا يعقل فقد جاء في الفقه الإسلامي إثبات ذلك لجهات عدة، كبيت المال، والوقف ، والمسجد.

فبيت المال اعتبره الشرع جهة ذات قوام حقوقي مستقل، يمثل مصالح الأمة فهو يملك ، ويملك منه ، ومن ذلك أنهم قد أوجبوا فيه النفقة للفقراء الذين ليس لهم من تجب عليه نفقتهم ،وأوجب العلماء فيه أجور العمال الذين يقومون بجباية أموال الصدقة.

كما أجازوا للإمام أن يستقرض له عند الحاجة، ويعتبر بيت المال هو المدين بالقرض.

والوقف أيضاً ذكر له الفقهاء أحكاماً عديدة ، تقضي بأن له حقوق

وعليه واجبات، فقد أجازوا لناظر الوقف أن يستدين له، وأن يستأجر له من يقوم له بأعمال تتعلق باستغلاله ، أو بعمارته ، وأن يشتري له بالنسيئة ما يحتاج إليه.

بل ذهب الفقهاء – رحمهم الله – إلى توسيع دائرة هذه الذمة إلى درجة تجريد الواقف للوقف عن القيام بنظارته إذا أخل بمصلحة الوقف أو أساء فيه التصرف.

وأما الأحكام التي ترتبط بذمة المسجد فهي نفسها الأحكام التي ترتبط بالوقف.

إذا كانت الذمة وصفاً قائماً في الإنسان كما قاله فقهاؤنا –رحمهم الله– ، فلا مانع من أن ينتقل هذا الوصف لغير الإنسان إذا كان صالحاً للإلزام والالتزام المالي،وما دامت هذه الجهات تحت حماية النظام الذي يضعه الإمام ، فهذا لا ريب أنه من قبيل السياسة الشرعية القائمة على مراعاة مصالح الناس.

٢– الطبيعة المدنية للشركة المهنية: طبيعة الشركات المهنية هي طبيعة مدنية، كما هو نص النظام، إلا أن السؤال هنا: ما الأثر المترتب على وصف الشركات المهنية بأنها مدنية؟ .

نجد أن المنظم جعل المادة (٢٤) من نظام الشركات المهنية قاعدةً يحيل بها المسكوت عنه في هذا النظام إلى نظام الشركات السعودي، إذ تقول المادة: "تسري على الشركات المهنية أحكام نظام الشركات فيما لم يرد بشأنه نص

خاص في هذا النظام ، وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة هذه الشركات" نظام الشركات المهنية مادة رقم (٢٤)..

الشركات المهنية مدنية من حيث الأصل والطبيعة ، لكن تقترب من الشركات التجارية من حيث الاختصاص القضائي والقيد في السجل الخاص بها بالوزارة، وأيضاً القيد في السجل التجاري.

وعند النظر في نظام الشركات نجد أن المادة (٢٣٢) تنص على أن هيئة حسم منازعات الشركات التجارية في وزارة التجارة هي المخولة بحسم المنازعات المتفرعة عن تطبيق نظام الشركات كما في المادة (٢٣٢) من نظام الشركات السعودي. ، فيدخل من ضمن اختصاصاتها ما يتعلق بنظام الشركات المهنية من منازعات.

وقد أحيلت اختصاصات هذه الهيئة إلى ديوان المظالم بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم (٢٤١) وتاريخ ١٤٠٧/١٠/٢٦هـ، واختصت به الدوائر التجارية في الديوان .

٣- المسئولية التضامنية للشركاء في الشركة المهنية :من الأمور الأساسية المميزة للشركة المهنية، هو كون مسئولية الشركاء فيها مسئولية تضامنية كما نصت المادة الثانية والعشرون على ذلك بقولها: "يسأل الشركاء مسئولية شخصية وعلى وجه التضامن في مواجهة الغير عن ديون الشركة" نظام الشركات المهنية مادة رقم (٢) ..

ونصت المادة (٢٢) على تقييد حق الدائن في الرجوع على أحد الشركاء ،

إلى أن يتم إعذار الشركة وإعطاؤها مهلة كافية للوفاء ونظام الشركات المهنية مادة رقم (٢٢)..

و نص النظام هناك – أي في شركة التضامن – على أنه "إذا انضم شريك إلى الشركة كان مسئولاً بالتضامن مع باقي الشركاء في جميع أمواله عن ديون الشركة السابقة واللاحقة لانضمامه، وكل اتفاق على غير ذلك بين الشركاء لا ينفذ في مواجهة الغير" نظام الشركات المادة رقم (١٩)..

ومن المسائل أيضاً وجوب أن يكون الشريك المتضامن شخصاً طبيعياً كما جاء في قرار مجلس الوزراء رقم (١٧) وتاريخ ١٤٠٢/١/٢٠هـ ، إلا أن النظام الجديد للشركات المهنية الجديد أجاز أن يكون الشريك شخصاً معنوياً ، إذا كانت شركة مهنية مختلطة ، وكان هذا الشريك أجنبياً نظام الشركات (ص٢٥) مطابع الحكومة الأمنية – الرياض ١٤٠٢هـ، واللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية مادة رقم (٢) ..

وأما في الفقه الإسلامي فإن المسئولية الشخصية والتضامنية هي المسئولية التي يضمنها الفقهاء شركة المفاوضة من أن كل شريك وكيل وكفيل لسائر الشركاء، كما سيأتي في التكييف الفقهي .

لكن ما يتعلق بمسئولية الشريك الجديد بالديون السابقة على انضمامه ، فالصحيح جواز ذلك لكن هل يشترط أن تكون الديون معلومة لهذا الشريك أولاً؟ يعني هل يلزم إعلامه حتى يصح ضمانه ومن ثم شراكته؟

الواقع الفقهي يفيد أن هناك خلافاً في اشتراط العلم بالمضمون به،

فقد ذهب الجمهور – الحنفية والمالكية والحنابلة إلى عدم اشتراط العلم بالمضمون به، وذهب الشافعية إلى اشتراط ذلك.

والراجح هو رأي الجمهور لقوله تعالى: ﴿**وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾ سورة يوسف، آية رقم (٧٢).

ولعموم قوله ﷺ : "الزعيم غارم" أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٧/٥)، وأبو داود في سننه رقم الحديث (٣٥٦٥)، والترمذي رقم الحديث (١٢٦٥)، وابن ماجه في سننه ، رقم الحديث (٢٤٠٥)،وصحح الحديث الشيخ الألباني – رحمه الله – في إرواء الغليل رقم (١٤١٢).

٤– عدم جواز تعدد المهن في الشركة المهنية : تقول المادة (٢) من النظام : "تهدف الشركة المهنية إلى المزاولة المشتركة لمهنة حرة واحدة" نظام الشركات المهنية ، مادة رقم (٢) ..

٥– إمكانية اختلاط الشركة المهنية بشركاء أجانب:هذه الخصيصة مما تميزت به الشركات المهنية من بين سائر الشركات ، وذلك لما في ذلك من مصلحة الاستفادة من خبرات شركات أجنبية عريقة في هذا المجال، لذا اشترطت بعض الشروط في الشركة الأجنبية من إثبات وجود خبرة لا تقل عن عشر سنوات، وسمعة جيدة متميزة.

٦– عدم جواز تحوّل الشركة المهنية إلى نوع آخر من أنواع الشركات:

من الخصائص أيضاً للشركات المهنية هو ما نصت عليه المادة (٦) من نظام الشركات المهنية بقولها: "لا يجوز أن تتحول الشركة المهنية إلى نوع آخر من

أنواع الشركات" نظام الشركات المهنية المادة رقم (٦) .. .

نظام الشركات المهنية وإن كان يحظر أن تتحول الشركة المهنية إلى نوع آخر من أنواع الشركات ، فإنه لم يحظر أن يتحول نوع من أنواع الشركات إلى شركة مهنية ، خاصة إذا علمنا أن الأصل النظامي كما هو مرسوم في نظام الشركات السعودي يجيز التحول في أكثر أنواع الشركات، سوى ما استثناه النظام ، والنظام استثنى الشركة التعاونية ، فإنه لم يجز أن تتحول الشركة التعاونية إلى نوع آخر من أنواع الشركات، لكنه أجاز العكس وهو أن تتحول الشركات الأخرى إلى شركة تعاونية نظام الشركات ، مادة رقم (٢١٠) .

والأصل في الفقه جواز التحول من نوع من أنواع الشركات إلى نوع آخر، ما دامت الأنواع جائزة ، ووقع التراضي بين الشركاء على ذلك، فإذا رأى الإمام تقييد ذلك مراعاة للمصلحة فله ذلك .

الفصل الأول

تكوين الشركات المهنية وتكييفها فقهاً ونظاماً

وفيه مبحثان

المبحث الأول

تكوين الشركات المهنية

وفيه مطلبان

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للشركات المهنية .

وفيه فرعان

الفرع الأول : الشروط الموضوعية العامة للشركات.

وهذه الشروط هي:

١- الرضا، وفي التعبير الفقهي : الصيغة.

٢- الأهلية.

٣- المحل.

٤- السبب.

أولاً : الرضا : هو صيغة الإيجاب والقبول التي تحقق التراضي النابع من إرادة الطرفين.

ويجب أن يكون الرضا منصباً على جميع شروط عقد الشركة الموضوعية والشكلية.

ويكون التعبير عن الرضا بشكل عام باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

ويتفق القانون مع الشريعة الإسلامية في معنى الإيجاب والقبول وفي اتحاد مجلس العقد، وفي وجوب تطابق الإيجاب والقبول.

فالإيجاب والقبول عرفه الفقهاء على اتجاهين :

الاتجاه الأول: الحنفية"إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا والواقع أولاً سواء وقع من البائع أو من المشتري".

والقبول هو الصادر ثانياً من أحد الطرفين سواء كان البائع أو المشتري.

الاتجاه الثاني: الجمهور :الإيجاب عندهم هو ما صدر عن عاقد معين وهو البائع أو المملك.

والقبول هو ما صدر عن العاقد الآخر الذي هو المشتري أو المتملك.

ويجب في شرط الرضا أن يكون صحيحاً خالياً من العيوب وإلا كان العقد

قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب العيب رضاه .

وعيوب الرضا ، هي : الغلط، والإكراه ، والتدليس.

١- الغلط : هو الخطأ ويجب أن يكون جوهرياً، لا بسيطاً يمكن تداركه ، فإن كان كذلك فإنه لا يؤثر على صحة العقد.

وفي الفقه الإسلامي يعتبر الغلط نوعاً من الجهل أو الخطأ المؤثر في شرط "الإيجاب والقبول" أو "الرضا" ، فهو مخل لهذا الشرط .

٢- الإكراه : وهو نوع من الضغط يؤثر في إرادة المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد ، هذا كما عرفه بعض القانونيين ،وللإكراه عند القانونيين عنصران:

١- عنصر موضوعي : وهو استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق.

٢- عنصر نفسي : وهو رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد.

فمتى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه وفسدت الإرادة سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو الغير، أو من ظروف خارجية.

٣- **التدليس**: يعرفه بعض القانونيين بأنه: "استعمال الحيلة والخداع بقصد إيهام الشخص بغير الحقيقة وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد(. .

ويترتب على هذا التدليس جواز إبطال الشركة إذا كان هو الدافع إلى التعاقد ، كما أن التدليس يبطل العقد متى ما وقع على أحد

الشركاء من بقية الشركاء مجتمعين أو من نائبهم.

ثانياً: الأهلية: صلاحية الشخص لثبوت الحق له وعليه وصلاحيته لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها.

فلا يكون عقد الشركة صحيحاً إلا إذا كان الشركاء ذوي أهلية للتعاقد .

فلابد أن يكون الشريك متوفرة فيه الأهلية من العقل والبلوغ .

والشريعة جاءت باشتراط الأهلية في إبرام العقود، وفي الشركات بالخصوص اشترطوا أهلية عاقد الشركة بأن يملك أهلية التوكيل والتوكل.

وبالنسبة لشرط الأهلية في الشركات المهنية فإن الشريك لابد أن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً ، هذا من حيث الأصل في كل شريك، وتضاف إليها شروط خاصة بكل مهنة على حدة.

ثالثاً: المحل: محل عقد الشركة هو النشاط الاقتصادي، أو المشروع المالي أن يكون محل الشركة أو غرضها مشروعاً (شرعاً ونظاماً) وممكناً، وإلا كانت الشركة باطلة،.

كذلك يعتبر محل الشركة غير ممكن متى كان الغرض منها مباشرة نشاط جائز في الأصل، ولكن النظام يحظره على مثل نوعها من الشركات، وذلك مثل ما تنص عليه المادة الثانية من نظام الشركات المهنية من أن الشركة المهنية تهدف إلى مزاولة مشتركة لمهنة واحدة نظام الشركات المهنية مادة رقم (٢) . ، وعليه تعتبر الشركة باطلة متى ما كان القصد ممارسة أكثر من مهنة

واحدة.

رابعاً: السبب:الباعث الدافع للملتزم في أن يلتزم وهنا أمران ينبغي التمييز بينهما: وهما

١- سبب التزام الشريك .

٢- سبب عقد الشركة .

فسبب التزام الشريك طبقاً لنظرية السبب الحديثة : هو الباعث الذي دفعه لدخول الشركة.

أما سبب عقد الشركة فقد اختلف فيه الشراح، حيث انقسموا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن السبب في عقد الشركة يختلط بالمحل، إذ أن سبب عقد الشركة هو الرغبة في تحقيق الأرباح واقتسامها عن طريق القيام بمشروع اقتصادي معين .

والاتجاه الثاني: يرى أن السبب لا يختلط بالمحل، وأن السبب في عقد الشركة هو – دائماً – الرغبة في حصول الربح.

وعلى كل حال فإنه يشترط لصحة وسلامة عقد الشركة في الفقه الإسلامي أن يكون سببها وغرضها الباعث عليها مشروعاً لا محرماً ، فمتى كان الغرض محرماً وقع العقد باطلاً، لقوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**﴾ سورة المائدة ، آية رقم (٢) . ، ولقوله ﷺ : "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى" أخرجه

البخاري رقم (١) ، وأخرجه مسلم رقم (١٥٥).

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية الخاصة للشركات المهنية

أولاً: تعدد الشركاء:بما أن نظام الشركة المهنية نص على سريان أحكام نظام الشركات على الشركات المهنية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في نظام الشركات المهنية المادة رقم (٢٤) . فإن نظام الشركات ينص على أن "الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح" نظام الشركات المادة رقم (١) ..

ثانياً: تقديم الحصص: " الحصة في الشركة المهنية إما أن تكون مالية أو عملية، والحصة المالية إما أن تكون نقدية أو عينية .

إذن الحصص ثلاثة أنواع : حصة نقدية، وحصة عينية، وحصة بالعمل نظام الشركات المهنية ، مادة رقم (١٢) . .

١- الحصة النقدية: نظام الشركات السعودي قرر قاعدة لمصلحة الشركة وهي مسئولية هذا الشريك في مواجهة الشركة عن تعويض الضرر الذي يلحق الشركة من هذا التأخير، ونص المادة تقول: "يعتبر كل شريك مديناً للشركة بالحصة التي تعهد بها، فإن تأخر في تقديمها عن الأجل المحدد لذلك كان مسئولاً في مواجهة الشركة عن تعويض الضرر الذي يترتب على هذا التأخير" نظام الشركات مادة رقم (٥)..

٢- الحصة العينية : وقد تكون الحصة التي يقدمها الشريك عيناً، أي مالاً آخر غير النقد عقاراً كان أو منقولاً.

٣- ومتى كانت حصة الشريك العينية عبارة عن ديون له في ذمة الغير ، فإن التزامه قِبَل الشركة لا ينقضي إلا إذا استوفيت هذه الديون، وقد نصت على ذلك صراحة المادة الرابعة من نظام الشركات بقولها: "إذا كانت حصة الشريك حقوقاً له لدى الغير فلا تبرأ ذمته قِبَل الشركة إلا بعد تحصيلها هذه الحقوق" نظام الشركات مادة رقم (٤) ..

٤- الحصة بالعمل : يقصد بالعمل هنا "العمل الفني الجاد الذي يسهم في نجاح الشركة،

نصت المادة الثالثة من نظام الشركات على تأكيد هذا فقضت بأنه "لا يجوز أن تكون حصة الشريك ماله من سمعة أو نفوذ" نظام الشركات مادة رقم (٣)..

وتقسم الحصص بشكل متساو ، وجاء النص واضعاً في نظام الشركات المهنية حيث يقول : "يقسم رأس مال الشركة إلى حصص متساوية ، ويجوز أن تكون حصة الشريك نقدية أو عينية، أو حصة بالعمل، ولا تدخل الحصة بالعمل في تكوين رأس المال" نظام الشركات المهنية مادة رقم (١٢)..

وحصص الشركاء في الشركة المهنية غير قابلة للتداول، كما جاء ذلك مؤكداً عليه في المادة الثانية عشرة من نظام الشركات المهنية بقوله "ولا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في صكوك قابلة للتداول" نظام الشركات

المهنية مادة رقم (١٢)..

ثالثاً: نية المشاركة : أنها انصراف إرادة المتشاركين إلى التعاون والمساهمة فيما بينهم ؛ لأجل تحقيق أهداف الشركة ، ومحمل المخاطر الناتجة عن ذلك.

والفقه الإسلامي لا يقيم وزناً لعمل بدون نية، وقد قال ﷺ : "إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى ..." سبق تخريجه

رابعاً: اقتسام الأرباح والخسائر:جاء في المادة الأولى من نظام الشركات على أن الشركة تقوم على "مشروع يستهدف الربح" ظام الشركات المادة رقم (١)..

وقد نصت المادة الأولى من نظام الشركات عند تعريف عقد الشركة، أن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه الشركاء بالمساهمة في مشروع يستهدف الربح، وأوضحت أن الهدف النهائي من ذلك هو اقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة نظام الشركات ، المادة رقم (١) ..

المطلب الثاني

الشروط الشكلية للشركات المهنية

أولاً: كتابة عقد الشركة المهنية:

اشترط نظام الشركات عموماً كتابة عقد الشركة للاحتجاج بها على الغير، كما تقول المادة العاشرة منه: "باستثناء شركة المحاصة يثبت عقد الشركة، وكذلك ما يطرأ عليه من تعديل بالكتابة أمام كاتب عدل وإلا كان العقد أو التعديل غير نافذ في مواجهة الغير، ولا يجوز للشركاء الاحتجاج على الغير بعدم نفاذ العقد أو التعديل الذي لم يثبت على النحو المتقدم، وإنما يجوز للغير أن يحتج به في مواجهتهم، ويسأل مديرو الشركة أو أعضاء مجلس إدارتها بالتضامن عن تعويض الضرر الذي يصيب الشركة أو الشركاء أو الغير بسبب عدم كتابة عقدها أو ما يطرأ عليه من تعديل" نظام الشركات المادة رقم (١٠) ..

وهذا ما جاء مؤكداً بخصوصه في اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية في المادة الخامسة: "يثبت عقد الشركة بالكتابة أمام كاتب عدل" اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية، مادة رقم (٥) .

.وأما بالنسبة لرأي الفقه في حكم الكتابة، نجد أن فقهاءنا – رحمهم الله – يرون استحباب كتابة عقد الشركة، وذلك لما فيها من التوثق ، قال الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمّىً فَاكْتُبُوهُ**﴾

سورة البقرة ، آية رقم (٢٨٢).

لكن اختلف الفقهاء في كتابة الديون المأمور بها في آية الدين ، هل الأمر فيها للوجوب أو للاستحباب؟ .

١- ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأمر بالكتابة للوجوب؛ لأن الأصل في الأمر الوجوب،

٢- وذهب الجمهور إلى أن الأمر بالكتابة للاستحباب،وصرف الأمر عن الوجوب لقوله تعالى بعد الأمر بالكتابة : ﴿**فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً**﴾ سورة البقرة، آية رقم (٢٨٣).

ثانياً: شهر عقد الشركة المهنية:الشهر يعني الظهور والإعلان ، ويعني هنا نشر ملخص عقد الشركة ورقم ترخيصها في جريدة يومية توزع في المركز الرئيسي للشركة ، كما يدخل في هذا المفهوم القيد في سجل الشركات المهنية، والقيد أيضاً في السجل التجاري المادة (٥) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية ..

والقاعدة في نظام الشركات السعودي هو أن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها ، غير أنه لا يحتج بوجودها على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها النظام –كما في المادة (١٣) – ، وكما في المادة (٥) من اللائحة التنفيذية من نظام الشركات المهنية، إذ تقول : "يثبت عقد بالكتابة أمام كاتب عدل، وعلى مديري الشركة – خلال ثلاثين يوماً من تأسيسها – أن ينشروا ملخص هذا العقد ، ورقم الترخيص في جريدة

يومية توزع في المركز الرئيسي للشركة ، وأن يطلبوا في الميعاد المذكور قيد الشركة في سجل الشركات المهنية والسجل التجاري" اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية، مادة رقم (٥)..

ولا يقتصر الشهر على مجرد عقد الشركة عند التأسيس بل يجب أن يشهر كذلك كل ما يطرأ عليه من تعديلات بعد ذلك حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير، كما في المادة السابقة الذكر "ويشهر بنفس الطريقة السابقة كل تعديل يطرأ على بيانات الملخص المشار إليه ، وكذلك انقضاء الشركة" اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية، مادة رقم (٥)...

المبحث الثاني

تكييف الشركات المهنية

وفيه مطلبان

المطلب الأول

التكييف الفقهي للشركات المهنية

بالنسبة لتكييف الشركة المهنية فإنه لا يوجد في شركات الفقه الإسلامي ما يطابقها تماماً، ولكن هناك ما يشبهها من بعض الوجوه المؤثرة في الحكم الشرعي ، وأقرب شيء إليها في الفقه الإسلامي شركة المفاوضة عند الحنفية إذ لو قارنا بين بعض الصفات لم نجد أقرب من شركة المفاوضة .

شركة المفاوضة :

في اللغة : هي مأخوذ من التفويض، و تعني المساواة لأن الشركاء يتساوون في التصرف.

معنى المفاوضة في الاصطلاح الفقهي:.

١– الحنفية : هي الشركة التي تتضمن وكالة وكفالة (أي ضمان) بين الشركاء ، مع تساويهم مالاً وتصرفاً ودیناً وربحاً.

٢– المالكية : هي أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات"

٣– الشافعية: "أن يعقد الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان

بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان".

٤- الحنابلة :هي على نوعين عند الحنابلة :

النوع الأول :"أن يفوض كل واحد منهما صاحبه شراءاً ، وبيعاً، ومضاربةً، وتوكيلاً، وابتياعاً في الذمة، ومسافرة بالمال، وارتهاناً ، وضمان ما يرى من الأعمال".

النوع الثاني:هي أن يدخلا في الشركة الأكساب النادرة ، كوجدان لقطة ، أو ركاز ،أو ما يحصل لهما من ميراث ، وما يلزم أحدهما من ضمان غصب، أو أرش جناية ونحو ذلك ، فهذه شركة فاسدة.

مقارنة بين التعريفات: أن المذهب الحنفي ضيق موضوع شركة المفاوضة في أمور التجارة المالية، أما المذهب الشافعي قام بتوسيع موضوع شركة المفاوضة حتى شملت جميع ما يكسبه المرء ببدنه أو ماله، وتحمل جميع ما يجب عليه من غصوب وغرامات، فهذا طرفان طرف وسع وطرف ضيَّق ،.

وتوسط المذهبان المالكي والحنبلي حيث قسموا المفاوضة إلى قسمين عامة وخاصة ، فأجاز النوعين المالكية، وأما الحنابلة فأجازوا المفاوضة الخاصة دون العامة.

فالحنفية يقصرون الضمان في أسباب التجارة الداخلة في الشركة ، وأما الشافعية عند تعريفهم يذهبون إلى توسيع دائرة الضمان في كل شيء .

حكم شركة المفاوضة: اختلف العلماء في حكم شركة المفاوضة على ثلاثة

أقوال:

القول الأول : جواز المفاوضة مطلقاً، وهو رأي المالكية.

القول الثاني: جواز المفاوضة الخاصة دون العامة، وهو رأي الحنفية والحنابلة، على اختلاف بينهم في موضوع الضمان (الكفالة) .

القول الثالث: عدم جواز المفاوضة مطلقاً، وهو رأي الشافعية.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١- يتوسع المالكية في المعاملات من جهة أن الأصل في المعاملات الإباحة، كما أنهم لا يشددون في مسائل الغرر، ويتوسعون في مجال الشركات، وهذا واضح في المذهب المالكي، فأول دليل لجواز شركة المفاوضة هو عدم الدليل.

الترجيح:الراجح هو رأي المالكية وذلك لأن الأصل في المعاملات والعقود الإباحة، ولا يوجد دليل على منع المفاوضة ، كما إن الغرر الموجود فيها على فرض تسليمه فهو محتمل لأن الغرر يحتمل في المشاركة أكثر من المعاوضة؛ لأن في المشاركة يكون الغنم والغرم على الطرفين.

أوجه المقارنة بين الشركة المهنية وشركة المفاوضة:

من أهم صفات الشركة المهنية أمور هي:

١- أنها شركة لابد أن تقوم على رأس مال.

٢- أنها لابد أن تكون من شريكين فأكثر.

٣- أنها شركة تضامنية بمعنى : أن الشريك فيها مسئول عن ديون الشركة .

٤- أنها محدودة المجال فهي تضامنية في مهنة واحدة .

وغيرها من الصفات التنظيمية الشكلية التي دعى إليها حاجة العصر الحديث.

وشركة المفاوضة ، من أهم صفاتها:

١- أنها شركة تتضمن الوكالة ، فالشريك بعد وكيلاً عن شريكه .

٢- أنها شركة تتضمن الكفالة (الضمان) ، فكل شريك يضمن شريكه في المجال المتفق عليه بينهما ضاق أو اتسع .

والشركة المهنية هي في الحقيقة شركة تضامنية مدنية ، يسأل فيها الشريك عن ديون الشركة، لذا كان أقرب أنواع الشركات إليها في الفقه الإسلامي هو شركة المفاوضة.

المطلب الثاني

التكييف النظامي للشركات المهنية

الشركة المهنية مدنية باعتبار طبيعة عملها، وتضامنية باعتبار طبيعة شكلها وأحكامها من حيث مسئولية الشركاء.

فأما كونها مدنية فقد سبق الكلام على هذا في خصائص الشركة المهنية، وأن نظام الشركات المهنية نص على مدنيتها في المادة الأولى منه.

وأما كونها تضامنية ، فلعدة أمور:

كانت تسمى الشركات المهنية كما في قرار مجلس الوزراء رقم (١٧) بتاريخ ١٤٠٢/١/٢٠هـ، في البند الرابع الفقرة الرابعة "شركات التضامن المهنية" ، ونص القرار: "للمهنيين الذين تتوافر لديهم الشروط المقررة لمزاولة المهنة بعد حصول كل منهم على الترخيص اللازم لمزاولتها أن يكوّنوا شركات تضامن مهنية وفقاً لأحكام نظام الشركات" نظام الشركات، مطابع الحكومة الأمنية، الرياض، ١٤٠٣هـ، (ص٢٥)..

ما نص عليه نظام الشركات المهنية من أن مسئولية الشركاء مسئولية تضامنية، كما في المادة الثانية والعشرون منه حيث تقول: "يسأل الشركاء مسئولية شخصية وعلى وجه التضامن في مواجهة الغير عن ديون الشركة" نظام الشركات المهنية مادة رقم (٢٢)..

أن جملة أحكام نظام الشركات المهنية تتفق مع جملة أحكام شركات

التضامن.

ما نصت عليه المادة الثامنة من نظام الشركات المهنية من أن الرسوم التي تستوفى من الشركة المهنية هي نفس الرسوم المقررة على شركات التضامن، حيث قالت المادة: "وتستوفي من هذه الشركات الرسوم المقررة على شركات التضامن، وفقاً لنظام السجل التجاري" نظام الشركات المهنية مادة رقم (٨)..

الفصل الثاني

عقد الشركات المهنية وإدارتها فقهاً ونظاماً

وفيه مبحثان

المبحث الأول

عقد الشركات المهنية

فقهاً ونظاماً.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إثبات عقد الشركات المهنية.

١– كتابة عقد الشركة : نصت المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية على ذلك : "يثبت عقد الشركة بالكتابة أمام كاتب عدل" اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية مادة رقم (٥) ..

٢– شهر ملخص عقد الشركة ، وقيده بسجلات وزارة التجارة:

يتضح من خلال قراءة المواد من (٥) حتى (١٠) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية أن إجراءات الشهر للشركة المهنية يشمل ثلاثة أمور:

الأول: نشر ملخص عقد الشركة ورقم الترخيص في جريدة يومية توزع في المركز الرئيسي للشركة خلال الثلاثين يوماً من تاريخ تأسيس الشركة المادة رقم (٥) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية ..

ويشتمل ملخص عقد الشركة بصفة خاصة –كما هو نص المادة (٦) من اللائحة التنفيذية– على البيانات التالية :

١- اسم وغرض الشركة .

٢- أسماء الشركاء ومحال إقامتهم، وكذلك جنسياتهم إذا كانت الشركة مختلطة .

٣- مدة ومركز الشركة .

٤- اسم وموطن كل شريك .

٥- رأس المال وكيفية توزيعه.

٦- أسماء المديرين ومن لهم حق التوقيع نيابة عن الشركة المادة رقم (٥) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية ..

الثاني : قيد الشركة المهنية في سجل خاص يسمى (سجل الشركات المهنية) بالإدارة العامة للشركات بوزارة التجارة في المملكة العربية السعودية.

تقيد فيه الشركات المهنية حسب نوع المهنة التي تزاولها وترقم الصفحات بأرقام مسلسلة، كما إنه يقوم الموظفون في قيد السجل بختم كل صفحة في هذا السجل بختم الإدارة مادة رقم (٧) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية ..

ويجب أن يتضمن هذا السجل البيانات التالية –كما هو نص المادة الثامنة – :

١- اسم وغرض الشركة .

٢- أسماء الشركاء ومحال إقامتهم وكذلك جنسياتهم إذا كانت الشركة مختلطة .

٣- مركز الشركة .

٤- رأس المال وكيفية توزيعه.

٥- أسماء المديرين ومن لهم حق التوقيع نيابة عن الشركة مادة رقم (٨) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية ..

ويجب أن يكون مقدم الطلب للقيد في سجل الشركات المهنية من أحد الشركاء أو وكيل شرعي عنهم، على أن يرفق في طلبه:

١- صورة من عقد الشركة.

٢- صورة من القرار الوزاري المرخص بتأسيس الشركة بالنسبة للشركات المهنية المختلطة .

٣- ما يفيد سداد رسوم التسجيل، وهي نفسها المقررة على شركات التضامن مادة رقم (٩) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية ..

وبعد الإجراءات السابقة تمنح الإدارة العامة للشركات طالب الترخيص شهادة قيد تتضمن اسم الشركة ، ونوعية المهنة التي تزاولها ، وأسماء

الشركاء فيها ورقم القيد، كما تقوم بدورها هذه الإدارة التي منحت شهادة القيد بإخطار إدارة المهن الحرة بصورة من شهادة القيد مادة رقم (٩) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية ..

الثالث: قيد الشركة المهنية في السجل التجاري وفقاً لأحكام نظام السجل التجاري.

وقد نصت المادة (٥) على هذا بقولها : "وأن يطلبوا في الميعاد المذكور قيد الشركة في سجل الشركات المهنية، والسجل التجاري" اللائحة التفنيذية لنظام الشركات المهنية المادة رقم (٥)..

ويجب أن يتم كل إجراءات الشهر السابقة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التأسيس ، ويقع هذا الالتزام على مديري الشركة .

كذلك يجب أن يشهر بنفس الطرق السابقة وخلال نفس الميعاد كل تعديل يطرأ على البيانات الواردة في ملخص عقد الشركة.

ونص المادة (٥) تقول في شأن كل ما سبق: "يثبت عقد الشركة بالكتابة أمام كاتب عدل، وعلى مديري الشركة – خلال ثلاثين يوماً من تأسيسها – أن ينشروا ملخص هذا العقد، ورقم الترخيص في جريدة يومية توزع في المركز الرئيسي للشركة، وأن يطلبوا في الميعاد المذكور قيد الشركة في سجل الشركات المهنية، والسجل التجاري، ويشهر بنفس الطريقة السابقة كل تعديل يطرأ على بيانات الملخص المشار إليه، وكذلك انقضاء الشركة" اللائحة التفنيذية لنظام الشركات المهنية المادة رقم (٥)...

والفقه الإسلامي لا يمنع من مثل هذه الإجراءات التوثيقية والاحترازية لضمان أموال الناس عبر توثيق العقود وإعلانها، بل يؤكد الفقه الإسلامي الصلاحية التامة للإمام لتدبير أحوال الناس وذلك من قبيل السياسة الشرعية .

المطلب الثاني

الأمور الواجب تضمينها عقد الشركة المهنية

لا يخلو العقد بصفة خاصة عن البيانات الآتية نظام الشركات المهنية مادة رقم (١٠):

١– اسم وغرض الشركة :

اسم الشركة يتكون من اسم شريك واحد أو أكثر مقروناً بما ينبئ عن وجود الشركة والمهنة التي تمارسها نظام الشركات المهنية مادة رقم (١١)..

وأما غرض الشركة فيجب أن تهدف الشركة المهنية إلى مزاولة مشتركة لمهنة حرة واحدة نظام الشركات المهنية مادة رقم (١١)..

٢– مركز الشركة : ويقصد به المقر الرئيسي للشركة.

٣– مدة الشركة:ويقصد به عمر هذه الشركة إن كانت محددة المدة، وإلا فلا.

٤– اسم وموطن كل شريك:ينبغي أن يكون اسم الشريك ثلاثياً متضمناً اسم العائلة ، ويجب أن يتضمن العقد بيان بموطن كل شريك

وعنوانه وهواتفه.

٥- رأس المال وكيفية توزيعه: يجب أن يتضمن العقد بياناً برأس مال الشركة.

٦- بدء السنة المالية وانتهاؤها: حيث يجب أن يتضمن العقد بداية السنة المالية وانتهاؤها ، وهذه السنة المالية سواء كانت هجرية (قمرية) أو ميلادية (شمسية).

٧- كيفية إدارة الشركة: لبيان حدود مسئولية المدير أو المدراء، وكذلك الشركاء.

٨- طريقة توزيع صافي الإيرادات والخسائر:

و هذه البيانات الواجب تضمينها عقد الشركة على سبيل التمثيل بالأغلب ، ودليل ذلك عبارة "بصفة خاصة" الواردة في نص المادة العاشرة من نظام الشركات المهنية.

المطلب الثالث

تعديل عقد الشركة المهنيَّة

إن أي تعديل لعقد الشركة يجب أن يخضع لطريقة إثبات العقد نفسه، وذلك عن طريق خطوتين:

١- كتابة التعديل لدى كتابة العدل .

٢- شهر التعديل مع كامل العقد وقيده في سجلات الوزارة.

فشهر التعديل يجب أن يمر بثلاثة أمور، وذلك خلال ثلاثين يوماً من

تسجيل التعديل:

١- نشر ملخص عقد الشركة متضمنة التعديل، ورقم الترخيص في جريدة يومية توزع في المركز الرئيسي للشركة، خلال الثلاثين يوماً من تاريخ تقييد التعديل.

٢- قيد عقد الشركة متضمنة التعديل في سجل الشركات المهنية بالإدارة العامة للشركات.

٣- قيد عقد الشركة متضمنة التعديل الجديد في السجل التجاري وفقاً لأحكامه المعروفة .

وعليه فإن عدم القيام بإجراءات الشهر السابقة يجعل التعديل غير نافذ في مواجهة الغير، فضلاً عن مسئولية مديري الشركة عن تعويض الضرر الناشيء عن ذلك .

فالشهر متعلق بمصلحة الغير فيجوز للغير التمسك بعدمه في حالة ما إذا كان ذلك في صالحه، لكن لا يجوز للشركاء أن يتمسكوا بذلك فيما بينهم.

المبحث الثاني

إدارة الشركة المهنية فقهاً ونظاماً

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: مدير الشركة المهنية.

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: تعيينه وعزله

١- تعيين المدير : نص نظام الشركات المهنية على أنه يتم تحديد من تناط بهم إدارة الشركة من الشركاء لا من الغير، سواء كانت الإدارة مناطة بواحد أو أكثر.

ويتم تحديد المدير وتعيينه عبر أسلوبين :

الأسلوب الأول: بنص خاص في عقد الشركة يعين المدير، فيسمى عندئذٍ بالمدير النظامي أو الاتفاقي.

الأسلوب الثاني: هو أن يتم تعيين المدير في عقد مستقل عن عقد الشركة، فيسمى عندئذٍ بالمدير غير الاتفاقي.

وجاء هذا مؤكداً عليه في المادة الثالثة عشر: "يحدد عقد الشركة الشريك أو الشركاء المنوط بهم إدارتها، كما يحدد الشريك الذي يمثلها أمام الغير، ويجوز أن يتم ذلك في اتفاقٍ مستقل، ويبين عقد الشركة شروط تعيين المديرين ، وسلطاتهم، ومكافآتهم ، ومدة إدارتهم للشركة وطريقة عزلهم" نظام الشركات المهنية، المادة رقم (١٣) ..

وهذا كله لا يمنع منه الفقه الإسلامي بل هو من باب الوفاء بالعقود والشروط، يقول سبحانه: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ سورة المائدة ، آية رقم (١). ويقول ﷺ : "المسلمون على شروطهم" أخرجه أبو داود ، رقم (٣٥٩٤)، والمنتقى لابن الجارود رقم (٦٣٧)، وصححه الألباني في إرواء الغليلرقم (١٣٠٣) ..

٢– عزل المدير:

١) فإذا كان المدير نظامياً أو اتفاقياً،فإنه يكون غير قابل للعزل إلا بإجماع الشركاء ولا يجوز تعديله إلا برضا جميع الشركاء نظام الشركات المهنية مادة رقم (١٦) .

ونص المادة هو : "إذا كان المدير شريكاً معيناً في عقد الشركة فلا يجوز عزله إلا بقرار يصدر من هيئة حسم منازعات الشركات التجارية بناء على طلب أغلبية الشركاء ، وبشرط وجود مسوغ شرعي" نظام الشركات ، مادة رقم (٣٣).

ويترتب على عزل المدير الاتفاقي حل الشركة ما لم يتم النص في عقد الشركة على استمرار الشركة في حال عزل المدير الاتفاقي ، وهذا هو نص المادة (٣٣) من نظام الشركات السعودي.

٢– وأما إذا كان المدير غير اتفاقي ، أي عين باتفاق مستقل عن عقد الشركة ، فإنه يتم عزله حسب نص الشركاء في طريقة عزل المدير.

الفرع الثاني

حدود سلطاته

ينص عادة عقد الشركة المهنية على حدود سلطة المدير أو المدراء .

وأما إذا لم يحدد عقد الشركة سلطة المدير ولم يتم ذلك في اتفاق لاحق، كان للمدير أن يباشر جميع أعمال الإدارة العادية التي تدخل في غرض الشركة .

وبالرغم من اقتصار النص على ذكر أعمال الإدارة العادية ، فإن الرأي مستقر على أن للمدير أن يقوم بكافة الأعمال التي يقتضيها تحقيق غرض الشركة نظام الشركات المهنية المادة رقم (١٣) و(١٤)،.

غير أنه لا يجوز للمدير أن يتجاوز أعمال الإدارة العادية إلا بموافقة الشركاء أو بنص صريح في عقد الشركة، وقد بينت المادة (٦) آلية موافقة الشركاء في مثل هذه الحال حيث قالت: "تصدر القرارات المتعلقة بالشركة التي تجاوز سلطات المديرين في اجتماع يدعى إليه جميع الشركاء، ولا يكون الاجتماع صحيحاً إلا بحضور نصف عدد الشركاء على الأقل، وتصدر القرارات بأغلبية أصوات الحاضرين ما لم ينص عقد الشركة على نسبة أعلى ، ويكون لكل شريك صوت واحد مهما تعددت الحصص التي يملكها ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك" نظام الشركات المهنية مادة رقم (٦) .

الفرع الثالث

مسئوليته

جاء صريحاً في المادة (١٥) بأنه "يسأل المدير أو المديرون، بصفة شخصية أو بالتضامن ، بحسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير عن مخالفة الأنظمة ، أو اللوائح ، أو عقد الشركة ، أو عن الخطأ في الإدارة ، وتحدد الجهة القضائية المختصة في حالة الحكم بالتعويض مع تعدد المديرين مقدار التعويض الذي يتحمله كل منهم" لشركات المهنية مادة رقم (١٥)..

ويسألون عن أخطائهم ومخالفاتهم أمام الشركة، أو أمام الغير، ولا تتحمل الشركة في هذه الحالة مسئوليتهم إلا في حال توفر شرطين:

الأول: أن يتعاقد المدير باسم الشركة ولحسابها.

الثاني : أن يتعاقد المدير في حدود سلطته المعترف له بها طبقاً لنظام الشركات المهنية وعقد الشركة.

وهذه المسئولية التي تلحق المدير أو المديرين هي مسئولية تعاقدية ، وعليه فإن الفقه الإسلامي لا يمانع التزام الشخص بمسئوليات تعاقدية ؛ لأن الأصل الإباحة في العقود، والوفاء بها واجب،.

المطلب الثاني

سلطات الشركاء في الشركات المهنية

الأصل أن عقد الشركة المهنية يبين حدود اختصاصات ، وسلطات كل شريك، فيما يتعلق بمزاولة المهنة، وفقاً للمادة الخامسة نظام الشركات المهنية ، مادة رقم (٥)..

ومع ذلك أجاز النظام الاستعانة بمعاونين من المرخص لهم بمزاولة المهنة يعملون تحت إشراف الشركة ومسئوليتها، وفقاً للمادة الرابعة ظام الشركات المهنية ، مادة رقم (٤).

وأما سلطات الشركاء في إدارة الشركة ، فإنه في حالة عدم تعيين مدير للشركة، يكون لكل شريك أن ينفرد بإدارة الشركة ويباشر جميع الأعمال التي يقتضيها تحقيق غرض الشركة دون الرجوع إلى غيره من الشركاء ، على أن يكون لباقي الشركاء أو لأي منهم حق الاعتراض على أي عمل قبل إتمامه، ولأغلبية الشركاء الحق في رفض هذا الاعتراض، أو تأييده: نظام الشركات ، مادة رقم (٢٨)..

وأما في حالة وجود مدير أو أكثر تم تعيينه، فإن دورَ الشركاء من غير المسئولين على الإدارة القيامً بما نيطت عليهم من أعمال المهنة حسب ما عليه عقد الشركة، على أنه لا يجوز للمدير أن يخضع هؤلاء الشركاء في ممارستهم للمهنة وفقاً للمادة (١٤) نظام الشركات المهنية، مادة رقم (١٤).

كما أن لباقي الشركاء من غير المدير أو المديرين حق الرقابة على هذه الإدارة، فيكون لكل شريك أن يطلع بنفسه في مركز الشركة على سير أعمالها، وأن يفحص حساباتها ، ويطلع على وثائقها ومستنداتها، وهذا ما أكدته المادة (١٧) "يكون لكافة الشركاء الحق في الاطلاع على حسابات ، ووثائق الشركة ، وفقاً للإجراءات والمواعيد التي يبينها عقدها" نظام الشركات المهنية المادة رقم (١٧).

الفصل الثالث

آثار الشركات المهنية وأسباب انقضائها فقهاً ونظاماً

وفيه مبحثان

المبحث الأول

آثار الشركات المهنية فقهاً ونظاماً

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: آثار الشركات المهنية بالنسبة للشركاء فقهاً ونظاماً.

١- عدم اكتساب الشريك في الشركة المهنية وصف التاجر:

عادةً ما يَكتسب الشريك في شركة التضامن وصف التاجر، وذلك لأن الأصل في شركات التضامن ممارستها للأعمال التجارية ، مع أن هذا لا يصدق على الشركاء في الشركات الأخرى ، وذلك أن الشريك المتضامن يختلف عنهم من ناحيتين :

الأولى : أن الشريك المتضامن يسأل عن التزامات الشركة مسئولية شخصية.

الثانية : أن الشريك المتضامن ، خلافاً لغيره من الشركاء الآخرين، يدخل اسمه في عنوان الشركة.

وهذا كله يعود لممارسة شركة التضامن الأعمال التجارية ، وفي حالة عدم ممارستها للأعمال التجارية فإن صفة التاجر تزول عن الشريك، وتكون الشركة مدنية، وهذا هو واقع الشركات المهنية هي شركة تضامنية من أكثر من وجه إلا أنها شركة مدنية ، لذا لم يكن الشريك فيها مكتسباً لوصف التاجر .

والفقه الإسلامي لم يعرف التمييز الحاصل في النظام بين التاجر وغير التاجر، بل جرى في الفقه على أن الأحكام في المعاملات لا تفرق بينهما، إلا ما يخص ما يفرضه ولي الأمر على التجار من التزامات بمسك الدفاتر والقيد في السجل التجاري وغير ذلك فإن هذا يعود إلى السياسة الشرعية المرتبطة بمصالح الناس .

٢– تضامن الشريك في الشركة المهنية مع سائر الشركاء:

نص نظام الشركة المهنية في المادة (٢٢) على أنه "يسأل الشركاء مسئولية شخصية وعلى وجه التضامن في مواجهة الغير عن ديون الشركة" نظام الشركات المهنية ، مادة رقم (٢٢)..

غير أنه حماً ية للشريك المتضامن من تعسف بعض دائني الشركة الذين يعمدون بقصد الكيد والتشهير إلى مطالبة الشريك رغم كفاية أموال الشركة نصت المادة (٢٢) على أنه "لا تجوز مطالبة الشركاء بديون الشركة

قبل إعذارها وإعطائها مهلة كافية للوفاء" نظام الشركات المهنية ، مادة رقم (٢٢). .

وأما من الناحية الفقهية فقد سبق الكلام على التضامن وحكمه في الفقه الإسلامي في الكلام على خصائص الشركات المهنية.

٣- جواز انسحاب الشريك من الشركة المهنية: من آثار عقد الشركة المهنية هو جواز انسحاب الشريك من الشركة عن طريق التنازل عن حصصه بعوض أو بدون عوض للشركة أو للشركاء أو للغير من المرخص لهم بمزاولة المهنة ، وفقاً للشروط التي ينص عليها عقد الشركة نظام الشركات المهنية ، مادة رقم (١٩)..

ويكون للشركة بعد موافقة باقي الشركاء الأولوية في استرداد الحصص المتنازل عنها بثمنها الحقيقي ، على أن يخفض رأسمال الشركة بمقدار القيمة الاسمية لتلك الحصص نظام الشركات المهنية ، مادة رقم (١٩)..

وإذا لم تسترد الشركة الحصص المتنازل عنها للغير ، جاز لكل شريك أن يطلب استرداد هذه الحصص ، فإذا استعمل حق الاسترداد أكثر من شريك قسمت هذه الحصص بينهم بنسبة مشاركة كل منهم في رأس المال نظام الشركات المهنية ، مادة رقم (١٩) ..

وأما وجهة نظر الفقه الإسلامي في جواز التنازل ظاهرة جداً ، وذلك لأن جمهور الفقهاء على أن عقد الشركة عقد جائز وهذا يقتضي جواز انسحاب الشريك عن الشراكة بتنازله لآخر .

وأما استحقاق الشركاء في استرداد حصة الشريك الذي تنازل بها للغير فينبني على القياس بالشفعة في العقار والأرضين،، والمقصود من تقرير حق الشفعة للشريك في هذه الأمور هو رفع الضرر الذي يلحق الشريك من دخول شخص غريب آخر مما تسبب في وقوع سوء تفاهم ونزاع بين الشركاء.

٤- اقتصار أداء أعمال المهنة على الشركاء إلا في حدود معينة حددها النظام:

من هذا المنطلق فإن الشريك ملتزم في نقد الشركة بممارسة المهنة مع باقي شركائه ، لذا حظرت المادة الرابعة على الشركة القيام بأعمال المهنة إلا من خلال الشركاء ، هذا في الأصل.

لكن مع ذلك سمحت نفس المادة للشركة بالاستعانة بمتعاونين من أعضاء هيئة التدريس في الجامعات من السعوديين اللائحة التنفيذية لنظام الشركات المهنية المادة رقم (٣) ، وهو ما سمح به قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٣) وتاريخ (١٤١٢/٩/١٢هـ) وذلك بأن يكونوا مستشارين غير متفرغين يتمتعون بالاستقلال المهني في مباشرتهم لعملهم ..

كما حظرت المادة الثالثة على الشخص الواحد أن يشترك في أكثر من شركة تمارس ذات المهنة ، بل حظرت مزاولة المهنة عن غير طريق الشركة إلا بموافقة جميع الشركاء ، وإذا أخل أحد الشركاء بهذا الالتزام كانت الأتعاب التي حصل عليها من حق الشركة ظام الشركات المهنية المادة رقم (٣) . .

وما سبق ليس فيه ما يخالف أحكام الفقه الإسلامي ، وذلك لأن الأصل أن كل شريك يقوم بالعمل الذي التزم به مع باقي الشركاء ، لا يجوز له أن يؤدي ذلك العمل لشركة أخرى إذا كان في ذلك إضرار للشركة الأولى.

المطلب الثاني

آثار الشركات المهنية بالنسبة للغير فقهاً ونظاماً

الشريك يلتزم بديون الشركة كما يلتزم كل مدين بديونه الشخصية،وهذه المسئولية قد تقررت في الواقع بنص قانوني في نظام الشركات المهنية المادة (٢٢) حيث نصت على أنه "يسأل الشركاء مسئولية شخصية وعلى وجه التضامن في مواجهة الغير عن ديون الشركة، ولا تجوز مطالبة الشركاء بديون الشركة قبل إعذارها مهلة كافية للوفاء" نظام الشركات المهنية المادة رقم (٢٢). .

وبالإضافة إلى ذلك فإن النظام أجاز أن ينص عقد الشركة في العلاقة بين الشركاء على النسبة التي يتحملها كل شريك من ديون الشركة نظام الشركات المهنية المادة رقم (٢٢). .

وفي الفقه الإسلامي نجد أن شركة المفاوضة كما هي عند الحنفية والحنابلة تنص على أن الشريك كفيل أو ضامن ، لذا فإن الشريك في الشركة المهنية مثل الشريك في شركة المفاوضة فهو كفيل أو ضامن، وكلاهما بمعنى واحد.

المطلب الثالث

كيفية توزيع الأرباح والخسائر

١- كيفية توزيع أرباح وخسائر الشركة المهنية في النظام:

ويخضع توزيع الأرباح والخسائر في الأصل للشروط الواردة في عقد الشركة، كما في المادة (١٨) من نظام الشركات المهنية حيث قالت: "ويبين عقد الشركة كيفية توزيع صافي الإيراد على الشركاء" كما بينت نفس المادة أنه في حالة عدم ورود نص في العقد يحدد حصة كل شريك في صافي الإيرادات، توزع بالتساوي بين الشركاء بغض النظر عن نسبة المشاركة في رأس المال نظام الشركات المهنية مادة رقم (١٨)، .

نص نظام الشركات على بطلان أي شرط في العقد يقضي بحرمان أحد الشركاء من الربح أو على إعفائه من الخسارة، ومع ذلك أجازت الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسارة بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر عن عمله نظام الشركات، المادة رقم (٧) . .

وقد جرى العمل على توزيع الأرباح في نهاية كل سنة مالية ، والأرباح التي توزع على الشركاء ليست هي الأرباح الإجمالية، – والتي تنتج من طرح الرصيد المدين من الرصيد الدائن – بل الأرباح الصافية.

٢ – كيفية توزيع الأرباح والخسائر في الفقه الإسلامي:

١ – توزيع الأرباح طبقاً لاتفاق الشركاء في عقد الشركة:

وآراء الفقهاء في هذه المسألة تتلخص كالتالي:

أ – إن كانت الشركة مال من جهة وعمل من جهة وهي المضاربة، فقد اتفق الفقهاء على أن الربح يقتسم حسب اتفاق الشريكين..

ب – وإن كانت الشركة مال وعمل من الجانبين وهي العنان، فقد اختلف الفقهاء على قولين: ذهبت المالكية ، والشافعية ، إلى أنه لا يجوز اقتسام الربح وفقاً لهذا الاتفاق، بل بحسب رؤوس الأموال.

وذهبت الحنفية ، والحنابلة ، إلى جواز اقتسام الربح وفقاً لاتفاق الشركاء .

والراجح هو القول الثاني وذلك لأن التعاقد قائم على التراضي، وليس فيه حرمان لأحدهم من الربح، بل بجزء يسير ، ربما يعود لسبب قيمي أو معنوي يخضع لتقويمه الشركاء ، وهو الموافق للمعمول به في النظام

٢ – وأما إعفاء أحد الشركاء من الخسارة ، فقد أجمع الفقهاء على بطلانه كما ذكره غير واحد

٣ – إعفاء المقدم حصته من العمل من الخسارة أجازها العلماء بلا خلاف.

٤ – في حالة عدم الاتفاق على تقسيم الأرباح فإنه يصار إلى نصيب كل شريك في رأس المال ، وأما الأخذ بالتساوي في حالة الإطلاق مع تفاضل المالين لم يجزه أكثر الفقهاء، لذا كان من المفترض أن يكون حكم التوزيع في حالة الإطلاق في عقد الشركة المهنية ، موافقاً للأحكام العامة في نظام الشركات إذ يصار هناك إلى قدر نصيب كل شريك من رأس المال نظام الشركات، المادة رقم (٩) .

المبحث الثاني

أسباب انقضاء الشركات المهنية

فقهاً ونظاماً

وفيه مطلبان

المطلب الأول: أسباب انقضاء الشركات في الفقه.

١ – انقضاء الشركة المحددة المدة بانتهاء المدة :

اختلف الفقهاء في انقضاء الشركة بهذا السبب، وذلك تبعاً لاختلافهم في مسألة جواز توقيت الشركة، حيث ذهبوا إلى قولين :

القول الأول: يرى الحنابلة ورواية عند الحنفية بجواز توقيت الشركة . وعللوا ذلك : بأن الشركة توكيل، والوكالة يجوز توقيتها.

القول الثاني:وهو قول المالكية ، والشافعية ، ورواية عند الحنفية يذهبون إلى عدم جواز توقيت الشركة .

والراجح هو القول الأول لأن الشركة متضمنة للوكالة باتفاق، وتوقيت الوكالة جائز ، كما أن التوقيت لا يخل بالمقصود على كل حال؛ لأن الذي يراعى ذلك هما الشريكان وهما راضيان ، بل أحياناً عدم التوقيت يخل بالمقصود؛ لأنه قد يتراخى الشريك في السعي في تحريك التجارة.

٢- انقضاء الشركة بإرادة أحد الشريكين:

أ – أن يفسخ أحد الشريكين عقد الشركة .

ب – أن يعزل أحد الشريكين الآخر.وكلا السببين يقوم على مسألة واحدة وهي هل عقد الشركة لازم أو جائز؟ :

الجمهور على أن الشركة عقد جائز أما المالكية فذهبوا إلى أن عقد الشركة لازم .

أ – أن يفسخ أحد الشريكين عقد الشركة:لما كانت الشركة عقداً جائزاً كان لكل من الشركاء أن ينسحب منها شريطة ألا يكون في ذلك إضرار بأحد، وألا تكون مؤقتة بوقت عند من يرى جواز التوقيت من الفقهاء .

وشرط الفسخ عند الحنفية أمران:

١- أن يعلم الشريك الآخر بالفسخ .

٢- أن يكون مال الشركة نقوداً وقت فسخ عقد الشركة، وأجاز بعضهم ذلك في العروض..

ب – أن يعزل أحد الشريكين الآخر:

قد يرى أحد الشريكين أن شريكه الآخر لا يستحق البقاء معه نتيجة لإساءته التصرف أو تقصيره في حق الشركة ، فيرى أن يعزله عن التصرف، فحينئذٍ تبطل الشركة..

٣ – انقضاء الشركة بدون تدخل إرادة الشريكين:

١) هـلاك مـال الشـركة: **ممـا تبطـل بـه الشـركة هـلاك مالهـا، وقـد فـرق الحنفيـة بالهـلاك قبـل الشـراء (التصـرف) أو بعـد، لكـن الشافعية يرونه مطلقاً.**

٢) مـوت أحـد الشـركاء:**تنتهـي الشـركة بمـوت أحـد الشـركاء؛ لأن حصته تنتقل بالوراثة إلى وارثة .**

٣) جنون أحد الشركاء أو إغمائه أو الحجر عليه لسفه:

٤) ارتداد أحد الشريكين عن الإسلام:

ومـن أسـباب انقضـاء الشـركة في الفقـه الإسـلامي، مـا يـذكر الحنفيـة في شـركة المفاوضـة أنـه عنـدما يفـوت شـرط المسـاواة بـين رأسـي المـال فـإن الشـركة تبطـل ، وذكـرنا أن الـراجح عـدم اشـتراط هـذا الشـرط، وبناءً عليه ففوات شرط المساواة في شركة المفاوضة لا يبطلها .

المطلب الثاني

أسباب انقضاء الشركات المهنية في النظام

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الشركات

تقضي المادة الخامسة عشرة من نظام الشركات بأنه "مع مراعاة أسباب الانقضاء الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات ، تنقضي كل شركة بأحد الأسباب الآتية:

١- انقضاء المدة المحدودة للشركة.

٢- تحقق الغرض الذي أسست من أجله الشركة، أو استحالة الغرض المذكور.

٣- انتقال جميع الحصص أو جميع الأسهم إلى شريك واحد.

٤- هلاك جميع مال الشركة أو معظمه بحيث يتعذر استثمار الباقي استثماراً مجدياً.

٥- اتفاق الشركاء على حل الشركة قبل انقضاء مدتها ، ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك.

٦- اندماج الشركة في شركة أخرى.

٧- صدور قرار بحل الشركة من هيئة حسم منازعات الشركات التجارية، بناءً على طلب أحد ذوي الشأن، وبشرط وجود أسباب خطيرة تبرر ذلك" نظام الشركات المادة رقم (١٥) .

أولاً: أسباب الانقضاء التلقائية بقوة القانون:

١- انقضاء المدة المحددة للشركة:

الأصل أنه متى كانت الشركة محددة المدة ؛ فإن الشركة تنحل بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة، ، ومع ذلك إذا تبين من الظروف أن تحديد هذه المدة كان على وجه التقريب ، فإن الشركة تستمر وتظل محتفظة بشخصيتها المعنويةالقانون التجاري السعودي (ص١٨٢) ..

٢- تحقق الغرض الذي تأسست الشركة من أجله أو استحالة تحقيقه.

٣- اجتماع الحصص أو الأسهم في يد شخص واحد : لأنه يخالف ركناً جوهرياً في الشركات وهو تعدد الشركاء .

٤-هلاك مال الشركة:هلاك مال الشركة قد يكون مادياً،وقد يكون معنوياً.

وفي حالة اختلاف الشركاء حول أهمية الجزء الهالك وأثره في استمرار الشركة فإن القضاء يحسم في مثل هذا النزاع القانون التجاري السعودي ص٨٤ . .

ثانياً: الأسباب الإرادية لانقضاء الشركات:

١- اتفاق الشركاء على حل الشركة:للشركاء الاتفاق على حل الشركة قبل انتهاء المدة المحددة لانقضائها، ويشترط في جميع الأحوال لصحة

حل الشركة باتفاق الشركاء أن تكون الشركة موسرة قادرة على الوفاء بالتزاماتها.

٢–اندماج الشركة في شركة أخرى:الاندماج هو تلاحم شركتين قائمتين تلاحماً يقتضي بالضرورة فناء كل منهما أو إحداهما ليكوّنا معاً شركة واحدة والقانون التجاري السعودي ، ص١٨٥ ..

ثالثاً: حل الشركة بقرار من هيئة حسم المنازعات التجارية (وهي الآن اختصاصاتها ضمن الدوائر التجارية في ديوان المظالم) :

ومن هذه الاختصاصات ما نص عليه نظام الشركات في المادة (١٥) من أنه يجوز لهيئة حسم المنازعات أن تقضي بحل الشركة بناءً على طلب أحد ذوي الشأن متى وجدت أسباب خطيرة تبرر ذلك نظام الشركات السعودي ، مادة رقم (١٥) ..

وللدائرة التجارية التي تحكم في موضوع الطلب بالحل كامل الحرية في تقدير وجاهة أسباب الحل التي قدمها الشركاء: القانون التجاري السعودي ، ص١٨٧.

الفرع الثاني

الأسباب الخاصة لانقضاء الشركات المهنية

الأسباب الخاصة لانقضاء شركات الأشخاص :

الأسباب الخاصة لانقضاء شركات الأشخاص طبقاً لنظام الشركات ثلاثة نظام الشركات ، المادة رقم (٣٥).، هي كالتالي:

١- وفاة أحد الشركاء:حيث يترتب على وفاة أحد الشركاء انقضاء الشركة سواء كان مدتها معينة أو غير معينة.

هذا بالنسبة لشركات الأشخاص عموماً ، أما الشركة المهنية خصوصاً فقد استثنى هذا السبب من الأسباب الخاصة لانقضاء شركات الأشخاص، حيث تقول المادة (٢١): "لا يترتب على وفاة الشريك حل الشركة، ولا يكتسب ورثته صفة الشريك" نظام الشركات المهنية، المادة رقم (٢١) ..

٢- الحجر على أحد الشركاء أو إعساره أو إفلاسه:تنقضي الشركة بقوة القانون بالحجر على أحد الشركاء لسفه أوعته أو جنون أو إعسار أحد الشركاء أو إفلاسهم.

غير أن هذا السبب يجوز الاتفاق بين الشركاء على استمرارية الشركة في حالة وجود مثل ذلك.

وأما بالنسبة للشركة المهنية فالأمر مسكوت عليه، فهو حينئذٍ يتراوح

بين أمرين :

١) هناك فرق بين الشركة المهنية وشركات الأشخاص وخصوصاً "شركة التضامن التجارية" ، وعليه فهذا السبب لا يجري على الشركات المهنية.

كما إنه يضاف إلى ذلك أن المنظم لم يجعل وفاة أحد الشركاء سبباً لانقضاء الشركة ، فمن باب أولى أن لا يكون الحجر عليه أو إفلاسه أو إعساره سبباً كذلك.

٢) أن نجري المسكوت عليه بالمنطوق به في نظام الشركات الأم وحينئذٍ نجعل هذا السبب سبباً لانقضاء الشركات المهنية.

والذي أرجحه هو الأمر الأول من عدم اعتبار الحجر أو الإعسار أو الإفلاس لأحد الشركاء سبباً لانقضاء الشركة المهنية لوجاهة التعليلات التي أشرت إليها.

٣- انسحاب أحد الشركاء:تنقضي الشركة التضامنية وهي إحدى أهم شركات الأشخاص كما في نظام الشركات (نظام الشركات ، المادة رقم (٣٥) .، بانسحاب أحد الشركاء متى كانت مدتها غير معينة بشرط إعلان ذلك للشركاء قبل حصوله، وألا يكون سبب ذلك عن غش، أو في وقت غير لائق.

وأما بالنسبة للشركة المهنية فإن النظام أجاز انسحاب الشريك من الشركة المهنية دون أن يترتب على ذلك انقضاء الشركة ، وفقاً لأحكام

التنازل التي شرحناها في آثار الشركة المهنية بالنسبة للشركاء ظام الشركات المهنية، المادة رقم (١٩) ..

وأما الأسباب الخاصة لانقضاء الشركات المهنية فهي جميع الأسباب العامة لانقضاء الشركات – المذكورة آنفاً – وأخص ما كانت أحكامها تتواءم مع طبيعة الشركات المهنية ، أضف إلى ذلك سبباً أشار إليه النظام وهو في حالة انسحاب الشريك وتنازله للغير الذي لم يقبل به الشركاء ، فإنهم يمهلون – أي الشركة والشركاء – مدة ستة أشهر، فإذا انتهت ولم تقرر الشركة أو أي من الشركاء استرداد تلك الحصص على النحو المشار إليه في أحكام التنازل فإنه يترتب على ذلك انقضاء الشركة(نظام الشركات المهنية المادة رقم (٢٠) ..

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا مُحَمَّد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وختاما:

نسأل الله الكريم أن يكون هذا العمل قد تحقق فيه النفع المقصود منه , كما نسأله سبحانه أن يجزي القائمين – من فريق إعداد ومتابعة وطباعة وإشراف وتنسيق وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه – خيراً وأن يرزقهم سعادة الدنيا والآخرة وأن يجعلهم مباركين أينما كانوا.

(إن ربنا سميع قريب مجيب)

إخوانكم لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة:

- جوال

+٩٦٦٥٦٩٧٧٠٠٧٧

- البريد الإلكتروني:

Asag770077@gmail.com

الجمعية العلمية القضائية السعودية

0538999887
0538999886
qdha.ksa@gmail.com
@Qdha
facebook.com/qdha.ksa