



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم



جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
الجمعية العلمية القضائية السعودية

سلسلة

ملخص الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الحادي عشر

ويحتوي على (٤) ملخصات

صفر ١٤٣٧ هـ



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل



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 الحادي عشر

ويحتوي على (٤) ملخصات

صفر ١٤٣٧ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ملخصات الأبحاث القضائية
(العدد الحادى عشر)

محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة عدد (٤) من ملخصات الأبحاث وهي:

- فسخ العقد التجاري.....١٧.....
 - إعداد: فهد بن عبدالله بن عبدالعزيز العبيدي
 - إشراف: د. يوسف بن عبدالله الخضير
 - العام الجامعي: ١٤٢٣ - ١٤٢٤هـ
- تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة (الخصصة) ٩٧
 - إعداد: بندر بن سعد بن محمد العريفي
 - إشراف: د. سعود بن محمد البشر
 - العام الجامعي: ١٤٢٥-١٤٢٦هـ
- أحكام ملكية الوحدات العقارية ١٤٥.....
 - إعداد: ماجد بن عبد الله المشوح
 - إشراف: د. سعود بن محمد البشر
 - العام الجامعي: ١٤٢٤ / ١٤٢٥هـ
- الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له وتطبيقاتها القضائية .. ٢١٣
 - إعداد: أحمد بن عبدالعزيز بن سليمان بن شبيب
 - إشراف: الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن محمد آل الشيخ
 - العام الجامعي: ١٤٢٤-١٤٢٥هـ

كلمة رئيس مجلس الإدارة

الحمد لله الذي شرع العدل وأمر به، و صلاة وسلاما على من بُعث بالحق وقضى

به، أما بعد :

فإن من أهم أهداف الجمعية نشر العلوم القضائية، وتقديم الدراسات التي تجلي تميز القضاء الشرعي، ومن وسائل ذلك الأبحاث الأكاديمية المتخصصة المنتقاة من مكتبة المعهد العالي للقضاء والتي يسر الله إصدار عشرة أجزاء منها انتظمت سبعة وستين بحثا ملخصا بأسلوب ميسر وذلك لتسهيل الإفادة منها لسائر المهتمين بالشأن القضائي، وهما هو (الجزء الحادي عشر) مشتملا على أربعة أبحاث جديدة تتناول جوانب قضائية متنوعة، وقد تابعت هذه الأجزاء لما وجدناه من اهتمام كبير وتواصل مشجع من القراء. فنرجو أن يجدوا فيها بغيتهم، شاكرين كل من بذل جهده فيها، وعلى رأسهم عضو الجمعية الدكتور عبدالعزيز الغسلان عميد كلية الشريعة بجامعة حائل؛ المشرف على هذا المشروع العلمي المبارك، شكر الله له ونفع به وبجهود العاملين معه، ووفق الجميع لما يحب ويرضى.

رئيس مجلس الإدارة

د. عبدالله بن منصور الغفيلي

كلمة رئيس لجنة ملخصات
الأبحاث القضائية

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله

وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فهذا هو العدد الحادي عشر من سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية والتي لا زالت تتوالى بفضل الله تعالى ثم بجهود القائمين والعاملين في اللجنة، وقد بلغ عدد الأبحاث الملخصة (٧١) ملخصاً، حرصنا فيها على تسهيل الانتفاع بالبحوث التكميلية ورسائل الدكتوراه لقسمي (السياسة الشرعية، والفقہ المقارن) في مكتبة المعهد العالي للقضاء، وذلك بتلخيصها للانتفاع بها وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن.

وقد أخذت اللجنة في التلخيص منها متميزاً حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما يفيد المختص و الباحث والقارئ. كما حرصت اللجنة علي تنويع البحوث وانتقائها أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يعيننا على إنجاز هذا العمل بجميع مراحلہ على أكمل حال وأن يجعله خالصاً 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 وأوسعہ وأوفره. آمين آمين آمين. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان

١٥/١١/١٤٣٦هـ

قائمة بأسماء البحوث الملخصة في الأعداد السابقة

م	الملخص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
١	المحكمة العليا في نظام القضاء	الأول	عثمان بن صالح السبيعي	د. رضا متولي وهدان	١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ
٢	الاختصاص المكاني في رفع الدعوى	الأول	بندر بن عبد العزيز العرفج	د. ناصر بن محمد الجوفان	١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ
٣	حصانة القاضي	الأول	سلمان بن فوزان الفوزان	د. محمود حجازي	١٤٢٩هـ
٤	الصلح القضائي وتطبيقاته في المحاكم السعودية	الأول	عبد الله بن سعد القحطاني	د. يوسف بن عبد الله الشيلي	١٤٢٧هـ - ١٤٢٨هـ
٥	السوابق القضائية	الأول	شيخين بن محمد العبدلي	د. خالد الوديناني	١٤٢٦هـ - ١٤٢٧هـ
٦	إجراءات الإثبات بالشهادة في نظام الإجراءات الجزائية	الأول	منصور بن محمد الهنيدي	د. فيصل الرميان	١٤٢٤هـ - ١٤٢٥هـ
٧	الظعن بالإنكار في المحررات في نظام المرافعات	الأول	صالح بن عبد الله الحسين	د. عارف العلي	١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ
٨	أحكام غير المكلفين في نظام المرافعات الشرعية	الأول	عبد الله بن حمود الغفيص	د. ناصر بن محمد الجوفان	١٤٢٩هـ - ١٤٣٠هـ
٩	أحكام تشريح جثة الأدمي وتطبيقاته القضائية	الأول	نايف بن سعد الشنيقي	د. خالد العجلان	١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ
١٠	ولاية كاتب العدل في توثيق العقود	الأول	فيصل بن عبد الرحمن العصفور	د. عبد الكريم الصايغ	١٤٢٨هـ
١١	المنع من السفر	الأول	إسحاق بن إبراهيم الحصين	د. فيصل الرميان	١٤٢٨هـ - ١٤٢٩هـ
١٢	الحبس التعويضي	الأول	عبد السلام بن سليمان الصنع	د. يوسف الخضير	١٤٢٥هـ - ١٤٢٦هـ
١٣	جريمة تعاطي المخدرات وعقوبتها	الأول	لؤي بن عبد الله الخليوي	د. سعود بن محمد البشر	١٤٢٧هـ - ١٤٢٨هـ
١٤	إشراف الجهة القضائية على تنفيذ	الأول	إبراهيم بن يحيى	أ.د. عبد الله	--

	بن إبراهيم الطريقي	الجهيمي		العقوبات القضائية	
--	د. ناصر الجوفان	إبراهيم بن صالح الأطرم	الأول	المحكم في نظام التحكيم السعودي	١٥
--	د. ناصر الجوفان	محمد بن علي الدوسري	الثاني	الإدخال والتدخل في نظام المرافعات الشرعية	١٦
--	أ.د. عبدالله بن إبراهيم الطريقي	محمد بن رزق الله بن محمد السلمي	الثاني	أحكام جريمة المعاكسة في النظام السعودي	١٧
--	د. عارف بن صالح العلي	ضاحي بن علي بن سعود العثمان	الثاني	تعدد درجات التقاضي	١٨
--	د. حمزة بوستان حمزة	عبدالرحمن بن عبدالإله الدوسري	الثاني	الخبر ندبه ومسؤولياته وحقوقه في نظام المرافعات الشرعية	١٩
--	د. ناصر بن محمد الجوفان	عبدالرحيم بن إبراهيم المخيدف	الثاني	دعوى الإعسار في الفقه والنظام السعودي	٢٠
--	د. سعود بن محمد البشر	حسن بن هندي بن محمد الهندي العماري	الثاني	حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية	٢١
--	د. رضامتولي وهدان	حسن بن رجب بن حسن الزهراني	الثاني	إثبات جرائم تقنية المعلومات	٢٢
--	د. عبدالرحمن السند	عبدالله بن صالح اللحيدان	الثاني	الإثبات الرقمي	٢٣
--	د. رضامتولي وهدان	فارس بن لاحق بن مزيد السلمي	الثاني	أحكام التظهير التأميني	٢٤
--	د. رضامتولي وهدان	عبدالرحمن بن محيسن بن عبدالرحمن المحيسن	الثاني	أحكام رأس مال الشركة المساهمة	٢٥
--	د. يوسف الخصي	مهدي بن عماش سليمان الشمري	الثاني	الجريمة الصحفية وعقوبتها	٢٦
--	د. فيصل بن	عبدالرحمن بن حمد	الثاني	مواعيد إجراءات الإثبات في	٢٧

	زميان الرميان	بن إبراهيم الجنيدل		نظام المرافعات الشرعية	
٢٨	أ. د. مدني عبد الرحمن تاج الدين	مشعل بن زايد بن مفوز الشمري	الثالث	تحريك القضاء للدعوى الجنائية في الفقه والنظام	١٤٣١- ١٤٣٢هـ
٢٩	أ. د. خالد بن زيد الوذينياني	زياد بن عبدالمحسن بن محمد العجيان	الثالث	الأحكام الفقهية لخدمات المكاتب العقارية	١٤٢٨هـ
٣٠	أ. د. عبد الرحمن بن عبداهلل السند	عبدالله بن سعد الريك	الثالث	البريد الإلكتروني ضوابطه، وحجته	١٤٢٨- ١٤٢٩هـ
٣١	د. رضا الملاح	أشرف بن عبدالله الضحوي	الثالث	المساهمة في الجرائم المعلوماتية المتعلقة بالاعتداء الشخصي	١٤٢٨- ١٤٢٩هـ
٣٢	د. علي بن راشد الديبان	سليمان بن إبراهيم بن عبد الرحمن الفييم	الثالث	المسؤولية الجنائية في الجرائم العالمية تجاه القضاء	١٤٢٨- ١٤٢٩هـ
٣٣	د. عبد الكريم الصايغ	علي بن عبد العزيز بن علي الرومي	الرابع	الستر في الجرائم	١٤٢٨هـ
٣٤	د. فيصل الرميان	عبد الله بن عبد العزيز الشتوي	الرابع	ضمانات التحقيق الجنائي مع المرأة قضاء تنفيذ	١٤٢٧- ١٤٢٨هـ
٣٥	د. ناصر بن محمد الجوفان	يوسف بن عبد الرحمن البيديوي	الرابع	قضاء التنفيذ	١٤٢٨- ١٤٢٩هـ
٣٦	د. صالح اللحيدان	عبد العزيز بن عبد الله المقبل	الرابع	الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية	١٤٢٤هـ
٣٧	د. سعود البشر	ماجد بن أحمد أبو زهير	الرابع	سلطة الدولة في إبعاد الأجانب	١٤٣٢- ١٤٣٣هـ
٣٨	د. عبدالله بن منصور الغفيل	خالد بن عبدالعزيز السعيد	الخامس	أحكام بيع المزايدة في الفقه الإسلامي	
٣٩	د. فيصل بن رميان الرميان	مساعد بن محمد بن مبارك الجوفان	الخامس	أحكام إصدار الأوامر القضائية	
٤٠	د. هاني	نواف بن عبدالرحمن	الخامس	الاستيقاف	

	الطهراوي	السوليمي العتري			
٤١	تصرفات القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية	الخامس	إبراهيم بن محمد بن عبد الله الفالح	أ.د. / عبد الرحمن بن سلامة المزيني	
٤٢	خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري	الخامس	أحمد بن محمد الجوير	د. خالد بن خليل الظاهر	
٤٣	نظام الأئمة والمؤذنين	السادس	عبد العزيز بن حمود الفوزان	د. فيصل الرميان	١٤٢٧هـ
٤٤	أحكام التظلم الإداري	السادس	فارس بن أحمد الشهري	د. فيصل الرميان	١٤٢٦هـ
٤٥	أحكام الخاصة	السادس	سامي بن مسعد المطيري	د. سعد بن عمر الخراشي	١٤٢٣- ١٤٢٤هـ
٤٦	اختصاص الغير في نظام المرافعات الشرعية	السادس	عبد العزيز بن سليمان العيد	د. ناصر الجوفان	١٤٢٢هـ
٤٧	القواعد الفقهية في صيغ العقود وتطبيقاتها	السادس	عبد العزيز بن محمد عبد الباقي	د. يوسف الشيبلي	١٤٢٦- ١٤٢٧هـ
٤٨	السببية الجنائية	السابع	عبد الله بن محمد عبد الله الرشود	د. رضا بن متولي وهدان	١٤٢٥- ١٤٢٦هـ
٤٩	آثار القدرة على دفع الجناية وتطبيقاتها القضائية	السابع	عبد الله بن سعد الدوسري	د. يوسف بن عبد الله الشيبلي	١٤٢٦- ١٤٢٧هـ
٥٠	العاهات النفسية وأثرها في المسؤولية الجنائية	السابع	خالد بن سليمان الحمد الحويش	أ.د. سعود بن محمد البشر	١٤٢٥هـ
٥١	أحكام جريمة الاتفاق الجنائي	السابع	عثمان بن سعدي بن خليف الشمري	د. رضا متولي وهدان	١٤٢٤هـ
٥٢	أحكام جريمة الكسب غير المشروع	السابع	ماجد بن محمد القشيري الشهري	د. يوسف الخضير	١٤٢٣هـ

١٤٢٥ —١٤٢٦هـ	أ.د. محمد الحسيني	عبدالله بن عبدالعزيز بن فهد العجلان	الثامن	التحقيق الإداري	٥٣
—١٤٢٣هـ	د. محمد مصيلحي	عبدالله بن علي عبدالرحمن العليان	الثامن	الدفع الإداري وتطبيقاتها القضائية من محاكم ديوان المظالم	٥٤
—١٤٢٨ —١٤٢٧هـ	د. خالد بن خليل الظاهر	يحيى بن أحمد بن محمد عبيد	الثامن	القيود على جهة الإدارة في العقود الإدارية	٥٥
—١٤٢٥هـ	د.عبد الكريم الصايغ	عبد اللطيف بن عوض محمد القرني	الثامن	العرف الإداري وتطبيقاته في النظام الإداري السعودي	٥٦
—١٤٢٤ —١٤٢٥هـ	د. ناصر بن محمد الجوفان	فهد بن عبد العزيز اليحيى	التاسع	الدفع في نظام المرافعات الشرعية	٥٧
—١٤٢٤هـ	د. ناصر بن محمد الجوفان	داود بن محمد بن عبد الله بن دواد	التاسع	العرف التجاري وأثره في المعاملات التجارية السعودية	٥٨
—١٤٢٥هـ	د. عبد الكريم الصايغ	عبد الرحمن بن عبد الله الرومي	التاسع	البيانات الشكلية وغيوبها في السند الأمري	٥٩
١٤٢٧-١٤٢٦	د.عبد الكريم الصايغ	عبد اللطيف بن عوض محمد القرني		القروض المصرفية المتبادلة وتطبيقاتها المعاصرة	٦٠
١٤٢٣-١٤٢٤ —هـ	د. عبد الله السلمي	محمد بن سالم المري	التاسع	القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان وعوارضه وموانعه	٦١
—١٤٢٤ —١٤٢٥هـ	د. ناصر بن محمد الجوفان	محمد بن عبد العزيز الخصيري	التاسع	المواعيد الإجرائية في القضاء المستعجل والحراسة القضائية	٦٢

٦٣	أحكام الشركات المهنية	التاسع	منصور بن تركي المطيري	د. يوسف الحضير	١٤٢٣هـ
٦٤	التحريض على الجرائم التعزيرية المنظمة	العاشر	ماجد بن حسن بن سليمان المشيقح	د. عبد الكريم الصايغ	١٤٢٧هـ
٦٥	التحكيم بواسطة الإنترنت	العاشر	نايف بن إبراهيم بن حمد المسعد	د. وليد التويجري	١٤٣٠هـ
٦٦	القواعد الفقهية المتعلقة بتكوين الضمان	العاشر	يحيى بن حمد بن بطي النعيمي	د. خالد بن زيد الوديناني	١٤٢٤هـ
٦٧	حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات	العاشر	عبد الله بن عبد العزیز بن محمد الفحام	د. فيصل الرميان	

**ملخص بحث
فسخ العقد التجاري**

دراسة مقارنة

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

فهد بن عبدالله بن عبدالعزيز العبيدي

إشراف

د. يوسف بن عبدالله الخضير

١٤٢٣ - ١٤٢٤هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) ٣٢٣

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) ٢٧١

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) ٦٧

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

تقسيمات البحث

قسمت هذا البحث إلى تمهيد وثلاثة فصول . وتفصيلها كالتالي:

التمهيد ويتضمن التعريف بمفردات العنوان، وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الفسخ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الفسخ في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف الفسخ في الفقه .

المطلب الثالث : تعريف الفسخ في النظام .

المبحث الثاني : تعريف العقد ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف العقد في الفقه .

المطلب الثالث : تعريف العقد في النظام .

المبحث الثالث : تعريف التجارة ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف التجارة في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف التجارة في الفقه .

المطلب الثالث : تعريف التجارة في النظام .

المبحث الرابع: تعريف فسخ العقد التجاري مركباً، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف فسخ العقد التجاري في الفقه.

المطلب الثاني : تعريف فسخ العقد التجاري في النظام .

الفصل الأول: الفرق بين الفسخ وما يشته به من أسباب انتهاء العقد التجاري ، وفيه مبحثان:

المبحث الأول : الفسخ وأسباب الانتهاء العامة في الفقه والنظام، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول : الفسخ وبطلان العقد التجاري .

المطلب الثاني : الفسخ والإقالة في العقد التجاري .

المطلب الثالث : الفسخ والانفساخ في العقد التجاري .

المطلب الرابع : الفسخ والتفاسخ في العقد التجاري .

المطلب الخامس: الفسخ والوقف في العقد التجاري .

المطلب السادس : الفسخ والفساد في العقد التجاري .

المبحث الثاني : الفسخ وأسباب الانتهاء الخاصة في الفقه والنظام وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول : الفسخ ومهلة الوفاء في العقد التجاري .

المطلب الثاني : الفسخ وإلغاء العقد في العقد التجاري .

المطلب الثالث: الفسخ والتعديل الاتفاقي في العقد التجاري.

المطلب الرابع: الفسخ واسترداد البضاعة في العقد التجاري.

المطلب الخامس: الفسخ واستبدال محل العقد في العقد التجاري .

المطلب السادس : الفسخ والإبطال في العقد التجاري .

الفصل الثاني: أسباب الفسخ في العقود التجارية، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : الأسباب المتعلقة بإرادة طرفي العقد في الفقه والنظام، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : التعريف بالإرادة .

المطلب الثاني : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول .

المطلب الثالث: الفسخ المتعلق بالأهلية التجارية.

المطلب الرابع: الفسخ المتعلق بعيوب الإرادة .

المبحث الثاني : الأسباب المتعلقة بمحل العقد التجاري في الفقه والنظام ، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : التعريف بمحل العقد التجاري.

المطلب الثاني : الفسخ لعدم وجود أو إمكانية المحل.

المطلب الثالث : الفسخ لعدم تعيين المحل.

المطلب الرابع: الفسخ لعدم مشروعية المحل.

المبحث الثالث: الأسباب المتعلقة بسبب العقد التجاري في الفقه والنظام ، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : التعريف بالسبب في العقود التجارية .

المطلب الثاني : الفسخ لانعدام السبب .

المطلب الثالث : الفسخ لعدم صحة السبب .

المطلب الرابع : الفسخ لعدم مشروعية السبب .

الفصل الثالث: وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : آثار الفسخ على التزامات الطرفين في الفقه والنظام ،

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : أثر الفسخ على الالتزام بالتسليم .

المطلب الثاني : أثر الفسخ على الالتزام بالقبض .

المطلب الثالث : أثر الفسخ على الالتزام بالضمان .

المطلب الرابع: أثر الفسخ على إفلاس أحد الطرفين .

المبحث الثاني : وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول : أثر الفسخ على الائتمان التجاري .

المطلب الثاني : أثر الفسخ على التضامن .

المطلب الثالث : أثر الفسخ على نظرة الميسرة .

المطلب الرابع: أثر الفسخ على الإعذار في الديون التجارية .

المطلب الخامس: أثر الفسخ على مرور الزمن .

المبحث الثالث: الأثر الرجعي للفسخ في العقود التجارية .

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج وبعض التوصيات.
الفهارس العامة .

التمهيد التعريف بمفردات العنوان

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الفسخ . وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تعريف الفسخ في اللغة. الفاء والسين والحاء
كلمة تدل على نقض الشيء، يقال : تفسَّخَ الشيءُ: انقضَى
، وفسَّخَ الشيءَ فسْخاً فانفسَّخَ: نقضه فانقض.

المطلب الثاني : تعريف الفسخ في الفقه: (رفعه من الأصل وجعله كأن لم
يكن)

الترجيح: لعل التعريف الأخير هو التعريف الراجح - والله أعلم - لكونه
جامعاً مانعاً ، ولسلامته من العارض، ولأن فيه زيادة بيان عن التعريف
الثالث .

المطلب الثالث : تعريف الفسخ في النظام

عرّف شراح الأنظمة الفسخ في الاصطلاح النظامي بأنه: "حل الرابطة
العقدية، بناءً على طلب أحد طرفي العقد، متى لم يقيم الطرف الآخر بتنفيذ
الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته".

المبحث الثاني تعريف العقد وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة العين والقاف والبدال أصل واحد يدل على شدٌ وشِدَّةٍ وُثُوقٌ . وعاقدته مثل عاهدته، وهو العقد، والجمع عقود.

المطلب الثاني تعريف العقد في الفقه يطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معينين، هما: ١ - **المعنى الخاص** : وهو : ارتباط إيجاب بقبول، أو ما يقوم مقامهما، على وجه مشروع، يظهر أثره في المحل ، واختلف العلماء - رحمهم الله - في تحديد الإيجاب والقبول.

القول الأول: وبه قال الحنفية أن الإيجاب: هو ما يصدر أولاً من أحد العاقدين معبراً عن إرادته في إنشاء العقد .
والقبول : هو ما يصدر ثانياً بعد الإيجاب - غالباً - معبراً عن موافقته عليه .

القول الثاني: وهو قول الجمهور أن الإيجاب : هو الكلام الصادر ممن بيده التملك - أي البائع - .

والقبول : هو الكلام الصادر من المملك - أي المشتري - ولو صدر أولاً .

المعنى العام: هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء كان صادراً من طرف واحد، كالنذر والصدقة، أم صادراً من طرفين متقابلين، كالبيع والإجارة .

الترجيح: يظهر لي - والله أعلم - أن المعنى الراجح لإطلاق العقد هو المعنى الأول - وهو المعنى الخاص -، إذ إنه تعريف جامع مانع؛ لأن العقد في أصله هو الشدُّ والربط، والربط لا يكون إلا بين طرفين، وكذلك هو في الاصطلاح لا بد أن يكون بين طرفين لتحصل به المفاعلة والمعاقدة، وأما ما يصدر من طرف واحد فهو التزامٌ، أو إلزام من الشخص لنفسه بشيء لغيره، كالنذر والعناق .

المطلب الثالث : تعريف العقد في النظام

عرف شراح الأنظمة العقد بأنه :

"تلاقي إرادتين أو أكثر، على ترتيب آثار قانونية، سواءً كانت هذه الآثار هي إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه .

المبحث الثالث تعريف التجارة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التجارة في اللغة.

تَجَرَ تَجْرًا مِنْ بَابِ قَتَلَ وَتَجَرَ ، وَالْأَسْمُ التَّجَارَةُ وَهِيَ

تقليب المال، أي بالبيع والشراء لغرض الربح."

المطلب الثاني: تعريف التجارة في الفقه"تقليب المال بالمعاوضة لغرض

الربح".

ولعل هذا التعريف هو الراجح؛ لأنه جامع مانع من دخول البيع في التعريف، ولأن عبارته أوجز من غيره.

المطلب الثالث: تعريف التجارة في النظام مدلول التجارة في المفهوم

الاقتصادي فهو: عملية الوساطة بين المنتج من جهة، والمستهلك من جهة

أخرى.

وأما في القانون التجاري: فإن التجارة لا تقتصر على ما سبق فحسب، بل تشمل أيضاً تحويل المنتجات من حال إلى حال، بقصد بيعها بعد إعادة صنعها.

كما تشمل التجارة النشاطات العائدة للصناعة والنقل البحري والبري
والجوي والبنوك، وما يلحق بها من حرف تجارية ثانوية أو مساعدة،
كالسمسة والوكالة بالعمولة وما إليها .

المبحث الرابع: تعريف فسخ العقد التجاري مركباً

وفيه مطلبان:

□ المطلب الأول: تعريف فسخ العقد التجاري في الفقه.

إن تعريف فسخ العقد التجاري في الفقه لا يخرج عن تعريف فسخ

العقد بالمعنى العام وهو :

رفع العقد بإرادة من له حق الرفع وإزالة جميع آثاره.

المطلب الثاني: تعريف فسخ العقد التجاري في النظام

فسخ العقد التجاري بأنه: حل رابطة العقد الذي ينشئ في ذمة

أحد طرفية التزاماً تجارياً . فيحق للطرف المتضرر في العقد التجاري، أن

يطلب فسخ العقد، في حالة عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه الناشئ

عن هذا العقد .

الفصل الأول

الفرق بين الفسخ وما يشته به من أسباب انتهاء العقد التجاري

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الفسخ وأسباب الانتهاء العامة في الفقه والنظام .

وفيه مطالب:

□ المطلب الأول: الفسخ وبطلان العقد التجاري. وفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفقه:

يمكن الآن أن نلخص الفرق بين الفسخ والبطلان بما يلي:

أولاً: الفسخ يرد على عقد صحيح بسبب وجود سبب من أسبابه، وأما البطلان فإن العقد يكون باطلاً في أصله، أي أنه يكون مخالفاً لأحكام الشرع في ناحية أساسية فيه .

ثانياً: في البطلان لا يترتب على العقد آثاره الشرعية.

أما الفسخ فتترتب عليه بعض الآثار، وهي الآثار التي حصلت منذ نشوء العقد، أي بأثر رجعي، وقد تكون منذ وقوع الفسخ.

الفرع الثاني: في النظام: البطلان هو "انعدام العقد لغياب عنصر أو أكثر

من عناصره الجوهرية، أو اختلال شرط من شروط هذه العناصر. فهو جزء قانوني ينصب على العقد خلال مرحلة الانعقاد ، فيمتنع انعقاده".
وللبطلان نوعان: النوع الأول: البطلان النسبي هو العقد القابل للإبطال
النوع الثاني: البطلان المطلق: هو الجزء على تخلف ركن من أركان العقد، كركن الرضا، أو المحل، أو السبب، أو تخلف الرسمية في العقد الشكلي.

"ويتفق الفسخ والبطلان في أن كلاً منهما يؤدي إلى اعتبار العقد كأن لم يكن ، وبالتالي إلى إزالة الآثار التي يكون قد رتبها" ، غير أن البطلان يؤدي إلى زوال العقد بآثر رجعي يعود إلى يوم إنشائه.

أما الفسخ فلا ينتج أثره إلا من تاريخ فسخ العقد، ولا يشمل ما قبله، أي لا ينتهي العقد إلا من يوم الحل ودون رجعية.

المطلب الثاني : لفسخ والإقالة في العقد التجاري وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الإقالة في اللغة: الرفع والفسخ، يقال: أقال الله عشرته: إذا رفعه من سقوطه ، وأقلته البيع: إذا فسخته. واستقاله البيع : أي طلب أن يقيله فأقاله.

الفرع الثاني: الإقالة في الفقه: يمكن أن تعرف الإقالة بأنها: اتفاق العاقدان على رفع العقد اللازم بالتراضي .

وانفسخ عقد البيع بالإجماع ، نقل الإجماع على ذلك ابن حزم وغيره.

ومع وجود الإجماع على مشروعية الإقالة، إلا أنهم اختلفوا في حقيقتها، هل هي فسخ أم بيع؟

القول الأول: ذهب بعض الحنفية، والشافعية، والحنابلة في الراجح من مذهبهم، إلى أن الإقالة فسخ في حق العاقدين وغيرهم. ووجه هذا القول: "أن الإقالة عبارة عن الرفع، والأصل أن معنى التصرف شرعاً ما يُبنى عنه اللفظ لغة، ورفع العقد فسخه. ولأن البيع والإقالة اختلفا اسماً، فيختلفان حكماً، فإذا كانت رفعاً لا تكون بيعاً؛ لأن البيع إثبات والرفع نفي، وهما متنافيان، فكانت الإقالة فسخاً.

القول الثاني: ذهب المالكية، والحنابلة في قول، إلى أن الإقالة بيع. **الترجيح:** الراجح هو القول بأن الإقالة فسخ؛ لأن القول بأنها بيع فيه تجريد للنص من فائدة التخصيص بالاسم والحضّ عليها، ولا يمكن أن تخلو هذه التسمية من فائدة، وإلا لزم إخلاء النص من الفائدة، وهذا باطل. وأما توجيه القول الثاني بأن معنى البيع موجود فيها، فتأخذ أحكام البيع، فغير مسلّم؛ لأنها لا تأخذ أحكام البيع، بل تأخذ أحكام الفسخ.

يجب علينا أن نعرف أن بينها وبين الفسخ فروق، وهي كالتالي: **أولاً:** من حيث حقيقة كل منهما: إذ إنه وقع الخلاف بين الفقهاء في حقيقة الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟. بخلاف الفسخ فإن الفقهاء لا يختلفون في حقيقته، فهم مجمعون على أن حقيقته الشرعية لا تخرج عن معناه اللغوي.

ثانياً: من حيث الإقدام عليهما: وذلك أن الإقالة يكون الإقدام عليها - غالباً - من باب الإرفاق، ولذلك ندب الشارع إليها . وهذا بخلاف الفسخ.

ثالثاً: من حيث مجال عملهما : حيث إن الإقالة تختص برفع العقود اللازمة في حق المتعاقدين؛ لأنه رفع هذه العقود يتطلب رضی المتعاقدين أو المقبل منهما .

وأما الفسخ فإنه يتطرق إلى العقود اللازمة وغير اللازمة.

الفرع الثالث: في النظام : اعتبرت جميع أنظمة وقوانين الشركات في دول مجلس التعاون وغيرها، بما في ذلك نظام الشركات السعودي نظام الشركات ، المادة ٥/١٥ ..

وإذا عرفنا الإقالة في النظام، فإنه يمكن أن نميز بينها وبين الفسخ، وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: أن الإقالة لا تكون إلا باتفاق الطرفين على حل العقد . أما الفسخ، وخاصة الفسخ القضائي، فلا بد له من صدور حكم قضائي به، وإلا بقي العقد قائماً ومنتجاً لآثاره

ثانياً: من حيث الأثر الرجعي: إذا انحل العقد نتيجة للإقالة، فإنه يعتبر وُضِع حد للعقد بالنسبة للمستقبل، وتبقى الالتزامات التي ترتبت عن العقد قبل ذلك ملزمة للجانيين .

أما الفسخ فإنه يأتي على كل الالتزامات العقدية، تطبيقاً لقاعدة الأثر

الرجعي للفسخ.

المطلب الثالث: الفسخ والانفساخ في العقد التجاري

وفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفقه: من خلال التأمل في حقيقة الفسخ والانفساخ، يتضح أن بينهما تشابه من حيث المبنى والمعنى، فيتشابهان من حيث المبنى، في أن كلاً منهما مبني على عقد سابق لهما، فلا يمكن نشوءهما دون سابق انعقاد، وأما تشابههما من حيث المعنى، فهو أنهما يوجبان انحلال العقد، وهذا التشابه الكبير يوجب الخلط بينهما.

فالفسخ إذاً: هو حلُّ ارتباط العقد. "والانفساخ: هو انحلال ارتباط العقد. إلا أن الفسخ يكون بإرادة أحد العاقدين، أو كليهما، أو بحكم القاضي، أما الانفساخ فهو أثر للفسخ، أو نتيجة لعوامل غير اختيارية".

وفيما يلي نذكر الفروق بين الفسخ والانفساخ:

أولاً: أن الفسخ فعل العاقدين أو غيرهما ممن يملكه. الفسخ لا يتحقق إلا بإرادة ومباشرة ممن له الحق في ذلك، بل يشترط أن يكون ذلك المريد صاحب أهلية كاملة.

أما الانفساخ فهو صفة لذات العوضين.

ثانياً: أن الفسخ من الأسباب الشرعية. أي إنه لا يظهر إلا بسبب هو المقتضي لوجوده،

أما الانفساخ فهو حكم شرعي يحكم به عند ظهور موجبته، كما إذا

هلك المبيع هلاكاً كلياً، فإننا نحكم بانفساخ العقد وقت وقوع الهلاك.

الفرع الثاني: في النظام: "يقصد بانفساخ العقد: انحلاله بقوة القانون، مما يجعل الالتزامات التي كانت نشأت عنه قبل ذلك تزول وتنقضي رغم إرادة المتعاقدين، ورغم إرادة القاضي أيضاً إذا عرض عليه النزاع".

ويقصد بالاستحالة التي تؤدي إلى انحلال العقد هنا، الاستحالة التي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها، كالقوة القاهرة وما في حكمها، وأما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى فعل المدين، فإن العقد لا يفسخ، إلا أنه يكون قابلاً للفسخ، ويلتزم المدين في هذه الحالة بالتعويض.

ومع تقارب الفسخ والانفساخ في اللفظ والمعنى، إلا أنهما يفترقان في بعض الجوانب وهي:

أولاً: من حيث الحكم القضائي: نص نظام الشركات السعودي في المادة ٤/١٥ على أنها تنقضي الشركة بهلاك جميع مالها أو معظمه، بحيث يتعذر استثمار الباقي استثماراً مجدداً.

وهذا بخلاف الفسخ، فإنه يلزم لتقريره صدور حكم قضائي بذلك.

ثانياً: من حيث الإعدار: في حالة انفساخ العقد، فإنه لا محل لإعذار المدين، وهذا بخلاف الفسخ الذي يتطلب لإيقاعه إعذار المدين بذلك.

ثالثاً: من حيث التعويض: قد يتضرر الدائن في حالة انفساخ العقد، ومع ذلك فليس له الحق في المطالبة بالتعويض في حين أنه يجوز للدائن الرجوع بالتعويض - إذا اقتضى الأمر ذلك - في حالة فسخ العقد قضائياً أو

اتفاقياً.

المطلب الرابع : الفسخ والتفاسخ في العقد التجاري

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التفاسخ في اللغة: تفاسخ القوم العقد: أي توافقوا على فسخه.

الفرع الثاني: التفاسخ في الفقه: التفاسخ لا يخرج عن كونه إما إقالة - وقد سبق الكلام عن الفرق بينها وبين الفسخ - ، أو كونه فسخاً .

الفرع الثالث: في النظام: لقد اختلف الشراح في تحديد مفهوم التفاسخ إلى رأيين:

الرأي الأول: أن التفاسخ هو التقايل، ويطلق عليه الإقالة.

الرأي الثاني: وهو رأي يأخذ بالترفة بين التقايل والتفاسخ، في حين أن الفقه لا يفرق بينهما، ويقصد بهما : اتفاق المتعاقدان على اعتبار العقد الذي بينهما كأن لم يكن، من غير تفريق بين أسباب ذلك .

الترجيح: بناء على ما سبق من الخلاف في مفهوم التفاسخ فإننا نذكر الفرق بينه وبين الفسخ : فعلى الرأي الأول القائل بأنه لا فرق بين التفاسخ والإقالة فإن ما يقال في الفرق بين التفاسخ والفسخ هو ما قيل في الفرق بين الإقالة والفسخ فيما سبق.

وعلى الرأي الثاني الذي يجعل التفاسخ بمعنى الفسخ فإنه لا فرق بينهما

بوجه من الوجوه .

المطلب الخامس : الفسخ والوقف في العقد التجاري وفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفسخ: ينقسم العقد الصحيح إلى عقد نافذ وعقد موقوف .

فالعقد النافذ هو: ما صدر ممن له الأهلية والولاية.

وأما العقد الموقوف فهو: ما أفاد الحكم عند الإجازة.

وهو عقد صحيح منعقد ذاتاً ووصفاً، إلا أنه يفيد الملك على سبيل التوقف لا النفاذ ، فإن أجازته المالك أو الولي وتحققت فيه شروط الإجازة، فإنه ينفذ، وإلا فإنه يُعدُّ باطلاً .

وأما من حيث الفرق بينهما فالوقف يختلف عن الفسخ في سببه وآثاره، ومن له الحق في ذلك . وهي كما يلي :

أولاً: من حيث سببه : فإن سبب وقف العقد هو صدور التصرف ممن ليس أهلاً لذلك، كالفضولي والصبي المميز، أما الفسخ، فله أسباب أخرى، كاستحالة التنفيذ ونحوها . مما سيأتي إن شاء الله.

ثانياً: من حيث آثاره: وذلك أن العقد الموقوف في حالة إبطاله، لا تترتب عليه آثاره الشرعية، وأما الفسخ، فتترتب عليه بعض الآثار، وهذه الآثار تبدأ منذ نشوء العقد، أي بأثر رجعي، وقد تكون منذ نشوء الفسخ .

ثالثاً: من حيث صاحب الحق : يختلف الفسخ عن إبطال العقد الموقوف،

فيمن له الحق في تقريره. فالعقد الموقوف يكون الحق فيه للمالك أو الولي في إجازة العقد أو إبطاله، بينما فسخ العقد لا يكون إلا للدائن أو القاضي .

الفرع الثاني: في النظام:العقد الموقوف هو عقد صحيح منعقد لتوافر أركانه وشروط انعقاده وصحته، ، فتعلق نفاذ آثاره على إجازة من له الإجازة، فإن إجازة نفذ، وإن لم يجزه اعتبر كأن لم يكن .

ويختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال ، في أن العقد القابل للإبطال تترتب عليه آثاره إلى أن يقضى ببطلانه ، وأما العقد الموقوف، فلا تترتب عليه آثار، وإن كان صحيحاً، إلى أن يجيزه من له الحق في ذلك.

وقد جعل نظام المحكمة التجارية السعودي تصرف ناقص الأهلية تصرفاً باطلاً لمصلحة القاصر ولا يرتب على تصرفه أي أثر نظام المحكمة التجارية المادة ٤ .

فعلى القول بأن عقد الفضولي والصبي المميز عقد موقوف، فإن الفرق بينه وبين الفسخ مماثل لما سبق في الفرق بينهما في الفقه.

وعلى القول بأنه عقد باطل، فإنه يماثل - أيضاً - ما سبق ذكره من الفرق بين الفسخ والبطلان في النظام.

المطلب السادس : الفسخ والفساد في العقد التجاري وفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفقه:

الفساد في اللغة: ضد الصلاح:

والعقد الفاسد عند الفقهاء قد عرفه الأحناف بأنه : "ما شرع بأصله دون وصفه".

والفساد مرادف للبطلان عند الشافعية ، والحنابلة. وهذا بخلاف الحنفية ، والمالكية ، حيث ذهبوا إلى انعقاد العقد الفاسد بالتقابض بين العاقدين، وترتب أثره عليه في هذه الحالة، إلا أنهم قالوا: بوجود فسخه، لكونه فاسداً، فوجب التوبة منه بفسخه .

فعلى هذا، لا يقال في الفرق بين العقد الفاسد عند الجمهور والفسخ إلا ما قيل في الفرق بينه وبين العقد الباطل في السابق.

وأما العقد الفاسد عند الأحناف، فإنه يعتبر سبباً من الأسباب الموجبة للفسخ . فمتى وجد عقد فاسد، فإنه يجب فسخه توبة إلى الله منه. غير أن الفسخ بسبب الفساد لا يحتاج إلى حكم حاكم.

الفرع الثاني: في النظام: يتميز الفقه الحنفي عن غيره بمرتبة العقد الفاسد بين مراتب العقد عامة، في حين أن العقد الفاسد والباطل سواء في غير هذا المذهب .

ولم تعرف القوانين العقد الفاسد كما أنها لم تعرف العقد الموقوف - كما تبين ذلك في السابق، غير أن بعض التقنينات العربية كالقانون الأردني والإماراتي قد اتبعت الفقه الحنفي في هذا التقسيم.

المبحث الثاني الفسخ وأسباب الانتهاء الخاصة في الفقه والنظام

وفيه ستة مطالب:

□ المطلب الأول: الفسخ ومهلة الوفاء في العقد التجاري.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول : في اللغة : المهلة: من أمهل يمهل إمهالاً، وإمهالاً: الإنظار، وتأخير الطلب.

الفرع الثاني: في الفقه : يمكن أن نعرف مهلة الوفاء بأنها : إنظار المدين مدة من الزمن لوفاء دينه.

الفرع الثالث: في النظام :مهلة الوفاء إذاً هي: منح المدين المتأخر في تنفيذ التزامه أجلاً لسداد دينه .

وبعد معرفة المراد بمهلة الوفاء ، فإنه يتضح بأنها ليست فسخاً، ولا من قبيل إنهاء العقود ، وغاية الأمر فيها، أنها تيسير على المدين، وإمهال له، حتى يوفي دينه.

المطلب الثاني : الفسخ وإلغاء العقد في العقد التجاري وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في اللغة: الإلغاء في اللغة: مصدر الغيت الشيء: أبطلته .

الفرع الثاني : في الفقه: يأتي الإلغاء عند الفقهاء بمعنى الإبطال والإسقاط والفسخ .

وقد سبق أن الفسخ يطلق في الاصطلاح على: حل ارتباط العقد

والتصرف، وقلب كل واحد من العوضين لصاحبه. فهو بهذا يكون في معنى الإلغاء.

ويلزم في تحقق الإلغاء من قيام الحق أو الملك الذي يراد إلغاءه.

الفرع الثالث: في النظام: إلغاء العقد : هو تعبير عن الإرادة بجل رباط التعاقد بالنسبة للمستقبل، دون أن ينسحب أثر ذلك إلى الماضي . ويفترض في الإلغاء قيام عقد صحيح توافرت فيه الأركان والشروط اللازمة لصحته.

وقد حاول بعض شراح الأنظمة أن يفرق بين الإلغاء والفسخ، فجعل الفسخ ينهي العقد بأثر رجعي ، أما الإلغاء فإنه ينهي العقد بالنسبة للمستقبل فقط، دون تأثير على الماضي، كما أنه لا يكون إلا في العقود المستمرة، كعقد الإيجار، أما العقود الفورية فلا تنحل قوتها الملزمة إلا بفسخها.

المطلب الثالث : الفسخ والتعديل الاتفاقي في العقد التجاري وفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفقه:

التعديل الاتفاقي هو : اتفاق العاقدان على تعديل العقد، سواء بزيادة الثمن، أو خفضه، أو تغيير جنسه، أو غير ذلك ..

وهذا ما ذهب إليه الحنفية ، والمالكية في قول ، وذهب إليه

الشافعية ، والحنابلة ، - أيضاً - ولكنهم اشترطوا كون ذلك في زمن الخيار ، وأما إذا كان بعد زمن الخيار فقالوا - أي الشافعية والحنابلة - إنه يكون من قبيل التبرع والهبة ، فلا يعتبر في هذه الحالة فسخاً .

الفرع الثاني: في النظام: العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما معاً .

وهذا التعديل قد يطرأ على عقد الشركة، ويلزم من هذا التعديل كونه باتفاق الطرفين أو الأطراف في العقد، وهذا معنى كونه تعديلاً اتفاقياً -، سواء تمَّ هذا الاتفاق عند إبرام العقد، بأن حوّل هذا الاتفاق - لأحد المتعاقدين ، أو كلاهما - تعديل العقد المادة ١٨١ من نظام الشركات السعودي ..

وهذا التعديل لا يعتبر فسخاً للعقد ، ولهذا ينبغي عدم الخلط بين فسخ العقد، والتعديل الذي يرد عليه، فإذا كان اتفاق الطرفان يتجه نحو إزالة العنصر الأول، فإننا نكون بصدد فسخ للعقد، وأما إذا لم يكن من شأن الاتفاق اللاحق، أن يزيل العقد الأول كلية، فنكون بصدد تعديل للعقد فقط، وبهذا يتضح الفرق بين فسخ العقد، واتفاق الطرفان على تعديله

المطلب الرابع الفسخ واسترداد البضاعة في العقد التجاري

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في اللغة: الاسترداد في اللغة : طلب الرّدّ. يقال: استردّ الشيء وارتدّه : طلب ردهً عليه.

الفرع الثاني: في الفقه: "والاسترداد هو أحد الآثار التي تترتب على فسخ العقد، فإذا فسخ البيع فقد ثبت للمشتري - في الجملة - حق استرداد الثمن".

الفرع الثالث: في النظام: استرداد البضاعة: هو حق أحد المتعاقدين في استعادة الشيء المبيع، متى قام، موجب يستدعي فسخ ذلك العقد . وإذا استحال على المشتري رد البضاعة ، كما لو أعاد بيعها أو استهلكها أو هلكت، فإن المشتري يفقد حقه في أن يعلن فسخ العقد، أو أن يطلب من البائع تسليم بضاعة بديلة.

فالعلاقة إذاً بين الفسخ والاسترداد هي أن الاسترداد نتيجة منطقية للفسخ، إذ متى انهار العقد بالفسخ، وجب إعادة المتعاقدين إلى مركزهما قبل إبرامه.

المطلب الخامس: الفسخ واستبدال محل العقد التجاري

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في اللغة:

الاستبدال في اللغة: من بَدَّلَ الشيء ، إذا غَيَّرَهُ، واستبدال الشيء بغيره:

أي جعل شيئاً مكان شيء آخر .

الفرع الثاني: في الفقه:

استبدال محل العقد في الاصطلاح الفقهي هو: تغيير أحد العوضين في

العقد بشيء آخر.

الفرع الثالث: في النظام: استبدال محل العقد هو : اتفاق بين طرفي العقد ، يتم بموجبه إحلال محل جديد ، مكان محل قديم .

المطلب السادس الفسخ والإبطال في العقد التجاري
وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في اللغة : الإبطال في اللغة هو : إفساد الشيء وإزالته ، حقاً كان ذلك الشيء أم باطلاً..

الفرع الثاني : في الفقه : الإبطال هو : الحكم بكون العقد باطلاً ، لاختلال ركنه أو محله ، سوءاً وجد صحيحاً ثم طرأ عليه سبب البطلان ، أو وجد وجوداً حسيماً لا شرعياً .

ويأتي الإبطال على ألسنة الفقهاء بمعنى الفسخ والإفساد والإزالة والنقض والإسقاط ، لكنه يختلف عن هذه الألفاظ من بعض الوجوه .

والأصل في الإبطال أن يكون من الشارع ، كما يحدث الإبطال ممن قام بالفعل أو التصرف ، وقد يقع من الحاكم في الأمور التي سلطه عليها الشارع .

وأما من حيث الفرق بين الفسخ والإبطال : فإن الفقهاء يعبرون أحياناً في المسألة الواحدة تارة بالإبطال وتارة بالفسخ ، غير أن الإبطال يحدث أثناء قيام التصرف أو بعده ، وكما يحصل في العقود والتصرفات يحدث في

العبادات، أما الفسخ فإنه يكون غالباً في العقود والتصرفات ويقلُّ في العبادات.

ويختلف الإبطال عن الإلغاء، في أن الإبطال قد يقع قبل وجود الشيء، بينما الإلغاء لا يمكن أن يقع إلا بعد وجود الشيء أو فعله .

الفرع الثالث : في النظام : إبطال العقد أو قابلية العقد للإبطال : هو جزاء قانوني يصيب العقد في مرحلة انعقاده عندما يختل شرط من الشروط الواجب توافرها في أركان العقد .

والعقد القابل للإبطال عقد صحيح منتج لآثاره، غير أنه يكون قابلاً للإبطال، وذلك في حالة تعيب إرادة أحد الطرفين.

ولا يجوز لأحد غير المحكمة أن يحكم بالإبطال، والعقد يبقى مستمراً قائماً ما دام الإبطال لم يعلن قضائياً، فإذا تم إبطاله زال بأثر رجعي، واعتبر كأن لم يكن. ويختلف الفسخ عن الإبطال، بأن سبب الفسخ راجع إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بينما يرجع سبب الإبطال - بوجه عام - إلى نقص الأهلية، أو عيب الإرادة.

كما يختلفان أيضاً، بأن الفسخ موكول إلى تقدير القاضي ، وأما الإبطال فمتى توافر سببه لدى القاضي، فليس له في ذلك سلطة تقديره، ولا يملك حينئذ سوى الإبطال .

أما البطلان فمتى توافر سببه لدى القاضي لم يكن له أي سلطة تقديرية بذلك، ولا يملك حينئذ سوى الإبطال.

الفصل الثاني

أسباب الفسخ في العقود التجارية

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الأسباب المتعلقة بإرادة طرفي العقد التجاري في الفقه والنظام . وفيه أربعة مطالب :

□ المطلب الأول: التعريف بالإرادة. وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : لإرادة الباطنة : هي قصدُ العقدِ والرغبةُ في إنشائه، مع الرضا بما يترتب عليه من آثار، ومحلها القلب .
الإرادة الظاهرة : وهي ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، إظهاراً لقصده ونيته في إنشاء العقد، ودليلاً على رغبته ورضاه بما يترتب عليه من آثار.

و متى وجدت الإرادتان - الظاهرة والباطنة - متطابقتان، بحيث يتساوى تعبير العاقد مع قصده، فإن العقد ينعقد حينئذ، وتترتب عليه آثاره، وأما مجرد الإرادة الباطنة، فلا ينعقد بها عقد، ولا ينشأ بها وحدها التزام.

الفرع الثاني : في النظام : الإرادة هي : عمل نفسي ينعقد به العزم على أمر معين ويرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة، بأنها تمر بأربعة مراحل.

- الأولى منها هي : مرحلة التَّصوُّر.
- والثانية : مرحلة التَّديِير.
- والثالثة : مرحلة التَّصمِيم.
- والمرحلة الرابعة : مرحلة التَّنفيذ.

المطلب الثاني الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول وفيه فرعان:

الفرع الأول : في الفقه : إذا حصل الاتفاق، ووقع الإيجاب والقبول وتم العقد، فإنه قد يفسخ هذا العقد بعد إبرامه أو يكون قابلاً للفسخ، وذلك في حالات متعلقة بالإيجاب والقبول من وجوه وحشيات متعددة وهي كما يلي :

أولاً : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول من حيث العاقد : وذلك أن الإيجاب أو القبول قد يصدر من شخص، ولكنه غير أهل للتعاقد، فلا يعتبر شرعاً، ولا يكون لتعبيره قيمة، فلا تترتب عليه آثاره .

ثانياً : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول من حيث الإرادة : فقد يتم إيجاب أحد المتعاقدين أو قبوله للتعاقد، مع كونه أهلاً للتعاقد، غير أن إرادته لم تكن متمحّضة لإبرام هذا العقد، فقد يشوبها عيب من عيوب الإرادة .

ثالثاً : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول من حيث المكان : وذلك أن الإيجاب والقبول لابد وأن يتم في مكان معين، وهو مجلس العقد، فإذا تم الإيجاب والقبول بين المتعاقدين في ذلك المجلس، فإن لكل من المتعاقدين، أو أحدهما، فسخ هذا العقد بعد الإيجاب والقبول، ما دام في مجلس العقد ولم يتفرقا، وهذا هو خيار المجلس، وهذا الحق موضع خلاف بين الأئمة في ثبوته .

فالقول الأول : وهو قول جمهور العلماء، فقد ذهب إليه بعض المالكية ،
وبه قال الشافعية ، والحنابلة وهو ثبوت حق الفسخ للعاقدين أو أحدهما
بختيار المجلس، وذلك ما دام فيه، ولم يتفرقا عنه .

واحتجوا على ذلك بقوله ﷺ : "إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم
يتفرقا، أو يكون البيع خياراً" فتح الباري مع صحيح البخاري، حديث ٢١٠٧،
صحيح مسلم، بشرح النووي حديث رقم ١٥٣١ ..

والقول الثاني : قول الحنفية ، وجمهور المالكية ، وهو على خلاف
القول الأول فلم يقولوا بختيار المجلس، فعلى هذا لا يثبت للعاقدين عندهم
حق فسخ العقد بهذا الخيار .

والذي يظهر - والله أعلم - هو رجحان القول بهذا الخيار، نظراً لقوة
دليله .

رابعاً : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول من حيث اللفظ : اتفق الفقهاء
على القول بختيار الشرط، فبذلك يكون لمن اشترط الخيار، الحق في فسخ
العقد بعد إبرامه، سواء كان ذلك الشرط من العاقدين، أو أحدهما.
واحتجوا على ذلك :

١- بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ سورة المائدة من آية
.. (١)

٢- ومن السنة قوله ﷺ لرجل، وكان يخدع في البيوع : "إذا بايعت فقل
لا خلافة" أخرجه البخاري مع فتح الباري، ، حديث رقم ٢١١٧، مسلم بشرح

النووي حديث رقم ١٥٣٣ . .

فعلى هذا فإنه يثبت حق الفسخ بخيار الشرط لمن اشترطه من المتعاقدين، إلا أن الفقهاء اختلفوا في تقدير مدة الفسخ به. فذهب جمهور الأحناف، والشافعية إلى أن مدته ثلاثة أيام، ولم يجيزوا الزيادة على ذلك .

وذهب المالكية ، إلى أن المدة تقدر بحسب الحاجة، ولو زادت عن ثلاثة أيام، على الا تزيد على الشهر أو الشهرين . وأما الحنابلة ، فذهبوا إلى عدم تحديد المدة، فمتى اشترط العاقدان و أحدهما مدة معلومة، ثبت فيها حق الفسخ بهذا الشرط مهما طالت المدة. وهذا هو الراجح - والله أعلم - لأنه الأرفق بالناس ، والأسهل لهم في معاملاتهم.

الفرع الثاني : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول في النظام :

الأصل في بعض الأنظمة أن الإيجاب غير ملزم في المسائل المدنية طالما لم يصادفه قبول - إلا في حالات استثنائية -، فإن الوضع على خلاف ذلك في المواد التجارية، حيث يظل الإيجاب فيها ملزماً طيلة الفترة المعينة من الموجب، أو المحددة في العرف التجاري أو القانون كما أنه كثيراً ما يكون الإيجاب في العقود التجارية موجهاً إلى أشخاص غير معينين، ففي جميع هذه الأحوال، يلتزم صاحب الإيجاب بإيجابه العام، وينعقد العقد.

وإذا كانت القاعدة أن السكوت لا يعد قبولاً، فإن السكوت قد يعتبر بمثابة القبول في بعض العقود التجارية، وذلك متى وجدت بين المتعاقدين علاقة سابقة تسمح بهذا الاستنتاج.

فإذا أبرم هذا العقد بإيجاب وقبول من الطرفين، فإنه قد يقع عليه الفسخ متعلقاً بالإيجاب والقبول من جوانب وحيثيات متعددة وهي :

أولاً : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول من حيث المتعاقد : فإن العقد قد يتم بإيجاب وقبول من الطرفين، ولكن ربما يكون أحد طرفيه ليس أهلاً للتعاقد مما يجعل العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال..

ثانياً : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول من حيث الإرادة : وذلك أن العقد ربما وقع بين الطرفين بإيجاب وقبول منهما، ولكن إرادة أحد الطرفين قد تكون معيبة، مما يجعل العقد قابلاً للفسخ..

ثالثاً : الفسخ المتعلق بالإيجاب والقبول من حيث الشكل : كثيراً ما يجد المنظم في العقود المدنية مصلحة في اشتراط شكل خاص لصحة انعقاد العقد، أو تطلب شروط معينة بالنسبة لأطراف العقد، أو فرض نظام خاص يجب اتباعه عند إجراء بعض العقود.

أما في مجال العقود التجارية، فإن مثل هذه الاشتراطات الشكلية تكاد تنعدم.

ومع ذلك، فإنه في حقيقة الأمر هناك عدد من العقود التجارية يشترط لها شكل معين، كما في عقد الشركة أيضاً، إذ اتفقت القوانين والأنظمة على

ضرورة كتابة عقد الشركة، إما كتابة رسمية، أو كتابة عرفية مصدق عليها المادة ١٠ من نظام الشركات السعودي ..
وإذا أخلت الشركة بكتابة العقد، أو التعديلات الطارئة عليه، فإنه يترتب على ذلك عدم جواز الاحتجاج على الغير بالشركة، أو بالتعديلات التي طرأت عليها من الشركاء .

المطلب الثالث : الفسخ المتعلق بالأهلية التجارية وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : إيراد ما يخص البحث من هذا الموضوع، فإنه يلزم ذكر تعريف الأهلية وأقسامها، وهي كما يلي :
الأهلية في الشريعة : هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام .
وتنقسم هذه الأهلية إلى قسمين :

القسم الأول : أهلية الوجوب : وهي : صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة. فيكون الشخص بموجبها أهلاً لأن تثبت له وعليه الحقوق المشروعة .

القسم الثاني : أهلية الأداء : وهي : صلاحية الشخص لصدور الفعل عنه، على وجه يعتدُّ به شرعاً .

والأهلية تكون كاملة وتكون ناقصة تبعاً لما عليه الإنسان في أطوار حياته ، والإنسان يمر بثلاثة أطوار : أولاً : طوراً قبل سنّ التمييز : والطفل في هذا الطور منذ ولادته تثبت له أهلية الوجوب دون الأداء.

ثانياً : طور التمييز : وهذا إذا شبَّ الطفل وصار صبيّاً، وبلغ سن التمييز .

ثالثاً : طور البلوغ : وهو أن يصل الإنسان إلى السنّ التي اعتبرت - شرعاً وعادة - أمانة على بلوغ الرشد، أو ظهرت عليه أمارته، فتكون له أهلية أداء كاملة .

فمدار أهلية الأداء إذاً، هو على التمييز والعقل، فإذا تصرف من به خلل أو نقص في عقله، ممن له أهلية ناقصة، كالمعتوه المميز، أو تصرف كذلك الصبي المميّز، ومثله السّفِيه، فما حكم عقده؟

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في ذلك على قولين :

القول الأول : وهو قول الحنفية ، والمالكية ، وهو أن العقد صحيح ومنعقد، إلا أن لوليها حق الفسخ، إذا رأى المصلحة في ذلك.

القول الثاني : وبه قال الشافعية ، والحنابلة ، حيث يعتبرون البلوغ شروط من شروط صحة العقد، فلا يصح العقد إلا بتحقيق بلوغ كل من العاقدين.

واحتجوا على ذلك بقوله ﷺ : " رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصغير حتى يكبر " أبو داود واللفظ له، حديث رقم ٤٣٩٨، ابن ماجه حديث رقم ٢٠٤١ .

والذي يظهر - والله أعلم - أن الراجح هو ما ذهب إليه الشافعية،

والحنابلة، من إسقاط أقوال الصبي وأفعاله، وعدم اعتبارها، وإن كان مميزاً، وذلك لما يعضده من الدليل، ولما فيه من حفظ للأموال واستمرار للتعامل بين الناس .

الفرع الثاني : الفسخ المتعلق بالأهلية التجارية في النظام :

نص نظام المحكمة التجارية في المادة (٤) من نظام المحكمة التجارية . على أن "كل من كان رشيداً أو بلغ سن الرشد، فله الحق في أن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها".

ويقصد بالرشيد هنا هو : من اكتملت أهليته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد تحدد سن الرشد في المملكة العربية السعودية بموجب قرار مجلس الشورى رقم ١١٤ وتاريخ ١١/٥/١٣٧٤هـ - ثمان عشرة سنة هجرية، وهذه السن هي سن الرشد المدني والتجاري على حد سواء.

كما أن النظام السعودي لا يفرق فيما يتعلق بأهلية الاتجار بين الرجل والمرأة.

ثم إنه طبقاً لما نصت عليه المادة الرابعة من نظام المحكمة التجارية، فإنه لا يجوز لمن هو دون الثامنة عشرة أن يزاول التجارة في المملكة، وهذا الحكم ينطبق على السعوديين والأجانب على حد سواء .

ويكتسب القاصر حينئذ صفة التاجر، ويطبق عليه ما يطبق على

التجار، ويلتزم بما يلتزمون به، ويجوز أن يشهر إفلاسه، ولكن مسئوليته عن الديون التجارية تكون محصورة في الأموال التي أذن له فيها بالتجار .

المطلب الرابع : الفسخ المتعلق بعيوب الإرادة وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : أولاً : الإكراه هو : دعوة الإنسان غيره إلى فعل أو قول بالإبعاد والتهديد، وإنزال الأذى الشديد إن لم يجب داعيه. ولا يتحقق الإكراه إلا إذا كان المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به، وأن يغلب على الظن تنفيذ ذلك، ولا قدرة للمكره على دفعه .
والإكراه نوعان :

النوع الأول : الإكراه التام الملجئ :

النوع الثاني : الإكراه الناقص غير الملجئ:

والإكراه بنوعيه لا يزيل أهلية من وقع عليه، إلا أنه يزيل رضاه، إذ الرضا والإكراه متنافيان، فلا يوجد أحدهما مع الآخر .
وإذا أكره أحد على إبرام عقد، ففي حكم هذا العقد خلاف بين الفقهاء .
القول الأول : قول الحنفية والمالكية ، وهو أن العقد منعقد حتى مع انتفاء الرضا عند العقد، إلا أنهم جعلوه عقداً فاسداً مستوجباً للفسخ، ولكن إذا حصل الرضا به بعد زوال الإكراه، فإنه يصير صحيحاً .

القول الثاني : وهو قول الشافعية، والحنابلة، حيث اعتبروا عقد المكره عقداً باطلاً، وبذلك لم يرتبوا عليه أي أثر من الآثار، لأن الرضا عندهم

شرط لانعقاد العقد، فإذا تخلف بطل العقد بذلك .
 واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا
 أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ سورة النساء ، من آية (٢٩) .
 ولعل القول الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني، وذلك لقوة
 استدلالهم، ولأنه يتفق مع مقاصد الشريعة، التي حرّمت الاعتداء على
 الأموال، وقرنته بالاعتداء على الأنفس والأعراض .
 ثانياً : **الغلط** : هو : أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف، ثم يتبين
 أن هذا الوصف غير متحقق فيه .

والغلط في العقد ينقسم إلى قسمين :

القسم الأول : الغلط في جنس المعقود عليه .

القسم الثاني : الغلط في وصف المعقود عليه .

يثبت الخيار لمن وقع عليه الغلط في وصف المعقود عليه بشرطين :

١- أن يكون الوصف مما لا يدرك بالمعاينة الظاهرية.

٢- ألا يكون بفوات الوصف المشروط حصول ما هو أحسن منه،

إن حصل ذلك، فليس له خيار.

ثالثاً : التبدليس : هو أن يقوم أحد العاقدين بإظهار المعقود عليه بخلاف ما

هو عليه في الحقيقة، ليوهم العاقد الآخر، فيدفعه إلى العقد .

ويسمى بالتغوير، إلا أنه اشتهر عند الحنابلة تسميته بالتبدليس .

فالتبدليس بهذا المعنى يوجب الخيار للمدلس عليه، سواء كان البائع أو

المشتري، فإن شاء أمضى العقد، وإن شاء فسخه، وهذا قول جمهور العلماء.

واستدلوا على ذلك بحديث المصراة، وهو قوله ﷺ: "لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد، فهو بخير النظرين - بعد أن يحلبها- إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر" أخرجه البخاري، حديث رقم ٢١٤٨، مسلم بشرح النووي، حديث رقم ١٥١٥ ..

والقول الثاني: قول بعض الحنفية، وهو أنه لا خيار للمشتري، وليس له فسخ العقد، إذا علم بالتدليس، بل العقد لازم، لكن له الرجوع على البائع بنقصان المبيع .

والراجح - والله أعلم - هو قول الجمهور، وذلك لقوة دليل القول من جهة، ولأنه لا اجتهاد في مقابل النص، فالحديث نص في المسألة، فلا يعارضه تعليل القول الثاني .

رابعاً: الغبن: وهو: أن يكون أحد العوضين مقابلاً بأقل مما يساويه في السوق ..

والغبن يكون يسيراً ويكون فاحشاً. فإن كان يسيراً فلا تأثير له على صحة العقد.

وأما إن كان الغبن فاحشاً، فإنه يؤثر في رضا العاقد فيعدمه.

فعلى هذا فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى إثبات حق الفسخ لمن وقع عليه الغبن، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في حد الغبن الذي يثبت به حق الفسخ:

فذهب الحنفية، إلى أن الفسخ لا يثبت بالغبن الفاحش، إلا إذا كان معه تغير للعقد، سواء كان التغير من أحد العاقدين، أو من غيرهما. وجعلوا حدّ الفاحش هو ما لم يدخل تحت تقويم المقومين.

وذهب الحنابلة، والمالكية في قول عندهم، إلى ثبوت حق الفسخ بالغبن، إذا خرج عن حد العرف والعادة، وكان بما لا يُتغابن بمثله عادةً.

وقد حددوا ذلك بالثلث، لقوله ﷺ: "الثلث، والثلث كثير" أخرجه البخاري مع الفتح واللفظ له حديث رقم ٢٧٤٣، مسلم بشرح النووي، حديث رقم ١٦٢٨.

والقول الثاني: في ثبوت حق الفسخ بالغبن: قول الشافعية، وهو أن الغبن الفاحش لا أثر له في العقود، سواء رافقه تغير أم لا، لأن الغبن وقع بتقصير من المغبون، فعليه أن يتحمّل نتيجةً تقصيره.

ولعل الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو رأي الحنابلة، لأن الغبن يختلف ويتغير تبعاً لتغيّر أحوال الناس، واختلاف أزمنتهم، وأمكنتهم.

الفرع الثاني : الفسخ المتعلق بعيوب الإرادة في النظام : عيوب الإرادة

التي نصت عليها الأنظمة هي : الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال.

وسوف أعرض - إن شاء الله - تعريف كل منها:

أولاً : الإكراه : وهو : ضغط حسيّ أو نفسيّ يقعُ على الشخص، فيولدُ

لديه رهبةً أو خوفاً يحمّله على التعاقد.

ويكون الإكراه حسيّاً، إذا انصبَّ على جسم المكره، ويكون نفسياً، إذا

أخذ شكل التهديد، بإلحاق الأذى بالمكره أو غيره، سواءً في نفسه، أو

ماله، أو شرفه.

ثانياً : الغلط : وهو : وهم يقوم في ذهن الشخص، يجعله يتصور الأمر

على غير حقيقته، فيرى في الأمر شيئاً غير موجود فيه في الواقع، أو يعتقد

أنه خالياً من صفة معينة، وهي متوفرة فيه في الحقيقة.

ثالثاً : التدليس : وهو : استعمال الحيلة والخداع، بقصد إيهام الشخص

بغير الحقيقة، وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد .

رابعاً : الاستغلال : وهو : أن يقدم شخص على استغلال ما في التعاقد

الآخر من طَيْشٍ بَيْنٍ، أو هَوَى جامحٍ، لدفعه إلى إبرامِ تصرُّفٍ ينطوي على

غَبْنٍ فادحٍ لهذا التعاقد .

فهذه هي عيوب الرضا، التي ربما تشوب إرادة المتعاقد في عقده، فإذا

حصل شيء من ذلك على أحد طرفي العقد، فإن العقد يعتبر قابلاً للإبطال

، يجوز - لمن صدر رضاه معيباً - أن يُجيز هذا العقد إجازة صريحة أو

ضمنية، ويسقط حينئذ حقه في إبطال العقد .

المبحث الثاني الأسباب المتعلقة بمحل العقد التجاري في الفقه والنظام وفيه

أربعة مطالب:

المطلب الأول التعريف بمحل العقد التجاري وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول : تعريف المحل في اللغة : المحل في اللغة مأخوذ من (حَلَّ) أو (حَلَّلَ) والمحل : المكان الذي يُحَلُّ به أو فيه.

الفرع الثاني: تعريف محل العقد في الفقه : ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه.

أما الثمن أو العوض فهل يكون داخلاً في محل العقد ؟

يرى بعض الفقهاء أن الثمن يدخل في مسمى المعقود عليه.

وهذا الرأي هو الأظهر - والله أعلم - وهو أن الثمن داخل تحت مسمى المعقود علي.

الفرع الثالث: تعريف محل العقد في النظام :محل الالتزام : هو الشيء الذي يلتزم المدينُ القيامَ به .

ومحل الالتزام قد يكون إعطاء شيء، كنقل ملكية شيء، أو ترتيب حق عيني على شيء، كالرهن، أو القيام بعمل معين.

المطلب الثاني: الفسخ لعدم وجود أو إمكانية المحل وفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفقه: وتحتته مسألتان:

المسألة الأولى: عدم وجود المحل: قبل أن نتكلم عن عدم وجود المحل، يمكن

أن نقسمه إلى قسمين ، أصلي وطارئ :

القسم الأول: عدم الوجود الأصلي: وهو كون المعقود عليه غير موجود

أصلاً أثناء التعاقد، وهو المعدوم، فلا يجوز بيعه لقوله ﷺ: " لا تبع ما ليس

عندك" أخرجه أبو داود، واللفظ له، حديث رقم ٣٥٠٠ . النسائي ٢٥٤/٧،

الترمذي حديث رقم ١٢٣٢، ابن ماجه حديث رقم ٢١٨٧ . وانظر: إرواء الغليل

١٣٢/٥، حيث ورد فيه أنه حديث صحيح .

وقد استثنى الفقهاء من بيع المعدوم عقد السلم ، لورود النص في ذلك،

وهو قوله ﷺ: " من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى

أجل معلوم" صحيح البخاري رقم ٢٢٤٠ . مسلم بشرح النووي رقم ١٦٠٤ ..

وقد أجاز المالكية - في عقود التبرعات دون المعاوضات - كون المعقود

عليه غير موجود ، لجواز الغرر فيها - عندهم وهذا كله فيما إذا كان

المعقود عليه عيناً .

أما إذا كان المعقود عليه عملاً من الأعمال، ، فقد اتفق الفقهاء على

جوازه، وإن كان العمل معدوماً عند التعاقد، وذلك لحاجة الناس إلى ذلك

وإذا كان منفعة - كما في عقد الإجارة - فقد ذهب الفقهاء إلى جواز

التعاقد عليها وهي معدومة عند التعاقد ، إذ لا يشترط وجودها عند التعاقد ، وإنما يشترط إمكانية وجودها في المستقبل، وهذا هو المتفق مع طبيعة المنافع .

القسم الثاني : عدم الوجود الطارئ: ويقصد به: أن المعقود عليه ليس معدوماً في الأصل، بل هو موجود أثناء التعاقد، ولكنه طرأ عليه شيءٌ فهلك .

فإذا هلكت العين في عقد مستمر ، فإن العقد يفسخ بالاتفاق لتعذر استمرار العقد.

أما إذا كان الهلاك في عقد يظهر أثره فوراً، فإن الهلاك لا يؤثر في العقد، إذا كان بعد قبض العوضين .

وأما إذا كان الهلاك قبل قبض المبيع، فإن ذلك يختلف باختلاف المتلّف ، وتفصيله كما يلي:

١ - إذا كان هلاك المعقود عليه بسبب المشتري، فإن عليه ثمن المبيع وضمّانه بالاتفاق.

٢ - وإذا كان الهلاك بآفة سماوية، فإذا أدّت الآفة إلى هلاك المعقود عليه، فقد اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على انفساخ العقد..

٣ - وإذا كان الهلاك بفعل أجنبي، ففي حكم هذه الحالة رأيان:

الرأي الأول: رأي جمهور الفقهاء من الحنفية ، وبعض المالكية، والشافعية ، والحنابلة. وهو أن العقد لا يفسخ، وللمشتري الخيار بين الفسخ

والإمضاء. ويكون ضمان التلف على الأجنبي.
الرأي الثاني: رأي فقهاء المالكية وهو عدم انفساخ العقد، بل هو لازم للمشتري، ولا يملك الرجوع عنه.
الترجيح : الرأي الراجح - والله أعلم - هو رأي الجمهور، لوجاهة تعليلهم من جهة، ولأن المشتري قد قصد ذات المعقود عليه - الهالك - ، فإذا هلك تغير مقصوده، فوجب إثبات الخيار له، حتى يتمكن من رفع الضرر عن نفسه .

٤ - وإذا كان هلاك المعقود عليه بفعل البائع، ففي حكم العقد رأيان:
الرأي الأول: وهو رأي الحنفية ، وجمهور الشافعية ، وهو أن العقد هنا ينفسخ، ويسقط الثمن عن المشتري
الرأي الثاني: وهو مذهب المالكية ، أن العقد لا ينفسخ، ولا يملك المشتري الخيار، وله الرجوع على البائع بضمان التلف.
الرأي الثالث: وهو قول عند الشافعية ، ومذهب الحنابلة ، وهو أن العقد لا ينفسخ، وللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء مع الرجوع على البائع بالضمان .

ووجهه : أن المبيع له بدل، فبإمكان المشتري الرجوع إليه، كما لو تعيب المبيع لدى البائع، فلا يوجب الفسخ .
الترجيح : يظهر ان القول الراجح هو الرأي الثالث، وذلك لوجاهة أدلته، ولأن الأصل في العقد الصحة، إلا أنه تضرر بحدوث التلف، فيجعل له

الخيار دفعاً لضرر .

المسألة الثانية : عدم إمكانية المحل:تختلف عدم إمكانية المحل عن عدم وجوده، في أن غير الموجود معدوماً حال التعاقد، أو حين القبض، بخلاف عدم الإمكانية، فإنه موجود، غير أنه لا يمكن الانتفاع به ..

وقد يكون العجز عن تسليم المبيع في أحد حالتين:

الحالة الأولى: حين العقد. فإذا كان البائع غير قادر على تسليم المبيع عند العقد، فإن العقد لا يجوز ولا ينعقد ، وهذا محل اتفاق بين العلماء في عقود المعاوضات - في الجملة.

الحالة الثانية: بعد العقد . قد يقع العجز من البائع عن تسليم المبيع للمشتري بأكمله، أو يعجز عن تسليم بعض المبيع، أو يسلمه معيباً لا يمكن الانتفاع به من قبل المشتري . فهذه ثلاثة أنواع : **النوع الأول:** **العجز عن تسليم كل المبيع:** في حالة عجز البائع عن تسليم المبيع بأكمله فإنه يثبت للمشتري حق الفسخ .

النوع الثاني: العجز عن تسليم بعض المبيع : إذا سلم البائع بعض أجزاء المبيع للمشتري، ثم عجز عن تسليم الباقي ، فإنه يثبت للمشتري حق فسخ العقد، وهذا ما ذهب إليه الحنفية ، والحنابلة وكذا المالكية ، والشافعية في قول إذا كان تفريق المبيع بقدر الثلث فأكثر .

النوع الثالث: تعيب بعض أجزاء المبيع:إذا تعيبت بعض أجزاء المبيع - في حالة كون المبيع من ضمان البائع -، بحيث يفوت على المشتري الانتفاع

بالعين على الوجه المطلوب، فإنه يثبت للمشتري حق الفسخ. وهو ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية، والحنابلة في أحد القولين عندهم، وأخذ به المالكية، وقيدوه بكون المعيب بقدر الثلث فأكثر.

الفرع الثاني: الفسخ لعدم وجود أو إمكانية الحل في النظام.

يتضمن هذا الفرع مسألتان:

المسألة الأولى: عدم وجود الحل. يمكن أن يكون عدم وجود محل العقد - المسبب لفسخ العقد - في حالتين:

الحالة الأولى: عدم الوجود حين العقد: إن كان محل العقد التجاري إعطاء شيء، أو نقل حق عيني، فليزِم أن يكون ذلك الشيء موجوداً وقت إنشاء العقد، أو محتمل الوجود.

وإذا قصد المتعاقدان التعامل في شيء موجود فعلاً وقت العقد، ثم ظهر أنه غير موجود، كما لو باع التاجر البضاعة الذي في مخزنه، ثم اتضح أن المخزن لا يوجد فيه بضاعة، فإن الالتزام لا يقوم، لعدم وجود الحل.

الحالة الثانية: عدم الوجود بعد العقد: إن كان سبب الهلاك راجعاً إلى قوة قاهرة فإنه في هذه الحالة يفسخ العقد بقوة القانون، لاستحالة التنفيذ العيني.

كما أنه لا محل للأعذار هنا، لأن الأعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ ممكناً، وكذلك فإنه لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ، فالعقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون.

وقد اتفقت كل قوانين الشركات العربية والعالمية بما في ذلك نظام الشركات السعودية. على أن هلاك رأس مال الشركة، سبب من أسباب انقضائها المادة ٤/١٥ من نظام الشركات وأما إذا كان هلاك المحل راجع إلى فعل المدين، سواء كان ذلك بسبب خطأه، أو تقصيره، فإنه يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد، أو أن يطلب التعويض عن الضرر .

وفي حالة طلب الدائن فسخ العقد التجاري من القاضي؛ فإنه لا يسع القاضي إلا أن يجيبه إلى طلبه ، فيحكم بفسخ العقد، ويكون الحكم منشأً للفسخ، لا مقررأً له، بخلاف ما إذا كان الهلاك بسبب قوة قاهرة. المسألة الثانية: عدم إمكانية المحل. وعدم الامكانية قد تكون حسية، وقد تكون قانونية، وتفصيلها كما يلي :

أولاً: الحسية: ويقصد بعدم إمكانية المحل الحسية: أي أن محل العقد موجود في أصله، ولكن قد يكون هلك بعضه أو تعيب، وقد نص نظام الشركات السعودي على أن الشركة تنقضي بهلاك معظم مالها، بحيث يتعذر استعمال الباقي استعمالاً مجدياً نظام الشركات ٤/١٥، ويوافق النظام السعودي في ذلك جميع أنظمة الشركات العربية والعالمية. .

ثانياً : القانونية : كذلك يعتبر محل الشركة غير ممكن، متى كان الغرض منها مباشرة نشاط جائز في الأصل، ولكن النظام يحظره على مثل نوعها من الشركات، ومثال ذلك: ما تنص عليه المادة ١٥٩، من نظام

الشركات السعودية من حظر القيام بأعمال التأمين، أو الادخار، أو البنوك، على الشركات ذات المسؤولية المحدودة .

المطلب الثالث الفسخ لعدم تعيين المحل وفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفقه: فإن كان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى النزاع، فإن البيع يعتبر فاسداً مستوجباً للفسخ.

وإذا وقع البيع على مثل ذلك، فإن العقد باطل عند الشافعية ، والحنابلة ؛ لأن هذه المبيعات من الأموال القيمة التي تختلف فيها قيمة آحادها اختلافاً يَضُرُّ الصفقة، ولأنه يؤدي إلى النزاع، وفيه غرر، وهو منهي عنه.

القول الثاني - في هذه المسألة - قول الأحناف ، وهو جواز بيع أحد عبدین، أو أحد شاتين ، أو أحد ثوبين، أو شاة من قطع، أو شجرة من بستان، لكن بشرط الخيار للمشتري ثلاثة أيام.

وإذا اشترى أحدٌ عيناً ولم يرها وقت التعاقد ولا قبله، ثم رآها بعد ذلك، فله الخيار بين الفسخ والإمضاء، ولو لم يشترط الخيار عند العقد . وهو قول الحنفية، وقول عند الشافعية ، والحنابلة.

كما أنه إذا وُصف له المبيع، فاشتراه بناء على هذا الوصف، فرآه بعد ذلك على غير ما وصف له، فله في ذلك الخيار بين الرضا به أو الفسخ بالاتفاق.

وتختلف الجهالة في المبيع ، فقد تكون يسيرة وقد تكون فاحشة. فإن كانت جهالة المبيع فاحشة فإنها تمنع من كونه محلاً للعقد، وإن كانت

يسيرة فهي لا تمنع من ذلك، والعرف هو الحكم في تمييز الجهالتين. وإذا عرفنا ما سبق من اشتراط العلم بالمبيع وتعيينه، فإن المالكية يتوسعون في ذلك، فيجيزون العقد على المجهول والمشاع في عقود التبرعات

الفرع الثاني: في النظام : إذا وقع العقد على شيء غير معين بذاته حين العقد، فيجب أن يعين بجنسه، ونوعه، ومقداره. فإذا لم يتعين بذاته ولا بنوعه ومقداره، فإن العقد يعتبر باطلاً .

وبهذا نجد أن النظام يتفق مع الفقه الإسلامي من حيث المبدأ في وجوب تعيين المحل، إلا أن الفقه الإسلامي يتطلب قدرًا أكبر من التعيين، ويرجع ذلك إلى أن الفقه الإسلامي يتجنب دائماً مظنة الغرر.

المطلب الرابع: الفسخ لعدم مشروعية المخلوفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفقه: تتحقق مشروعيته بكونه مالاً، طاهراً، منتفعاً به انتفاعاً مباحاً.

فكل ما ليس بمال في نظر المتعاقدين، فلا يصح كونه محلاً للعقد. وأما كون المحل طاهراً، فإنه يُخرج التعاقد على الأعيان النجسة كما يشترط في محل العقد كونه منتفعاً به شرعاً، فإذا لم يكن كذلك، فهذه كلها لا يجوز بيعها ؛ لأنه لا نفع فيها، فأخذ ثمنها أكل للمال بالباطل، فإذا بيع شيء مما سبق وأمثاله، فإن العقد باطل بالاتفاق.

الفرع الثاني : في النظام : لا ينشأ العقد إلا إذا كان محله مشروعاً،

ويكون المحل مشروعاً إذا لم يكن مخالفاً للنظام ، والآداب العامة ، فإذا أبرم عقد يخالف النظام العام، أو الآداب العامة، فهو عقد باطل. والأشياء التي لا يجوز أن تكون محلاً للعقد، إما أن تكون خارجة عن نطاق التعامل فيها لطبيعتها، وإما أن تكون خارجة عن التعامل بها بحكم النظام، وهي الأشياء التي تقبل أن تكون محلاً للعقد بطبيعتها، ولكن منع منها المنظم، مراعاة لمصالح الناس .

"فإذا كان الغرض من الشركة التعامل بالربا، أو الاتجار في المواد المحرمة شرعاً، فإن الشركة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً في المملكة، لعدم شروعية محلها".

"كذلك يعتبر المحل غير مشروع إذا تكونت شركة بقصد الاشتغال بعمليات مشروعة قانوناً، لكنها غير جائز على مثل نوعها من الشركات، ومثال ذلك، ما تنص عليه المادة ١٥٩ من نظام الشركات السعودي، من عدم جواز أن تكون شركة ذات مسؤولية محدودة، للقيام بأعمال التأمين، أو الادخار، أو البنوك".

المبحث الثالث : الأسباب المتعلقة بسبب العقد التجاري في الفقه والنظام

وفيه أربعة مطالب:

□ المطلب الأول: التعريف بالسبب في العقود التجارية. وفيه ثلاثة

فروع:

الفرع الأول : السبب في اللغة : هو الحبل، وكل شيء يتوصل به إلى غيره .

الفرع الثاني : في الفقه : "الغرض المباشر المقصود في العقد".

الفرع الثالث : في النظام : نشأ نظريتان للسبب.

فالأولى : النظرية التقليدية : والسبب في ظل هذه النظرية هو : الغرض المباشر الذي يريد المدين أن يصل إليه من وراء التزامه .

والثانية : النظرية الحديثة : وهو الرأي الذي لا يقف عند السبب المباشر أو القريب، ولكنه ينظر إلى السبب غير المباشر والبعيد.

فيمكن أن نعرف السبب بناءً على هذه النظرية بأنه : الباعث أو الدافع الشخصي الذي يحمل المتعاقد على إنشاء العقد.

المطلب الثاني الفسخ لانعدام السبب وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : يشترط في السبب أن يكون موجود حقيقة حين التعاقد.

ولا يشترط وجود السبب فحسب، بل يجب دوامه أثناء العقد، وعليه فإن العقد يقتضي الفسخ إذا زال سببه، لأنه يصبح بلا أساس .

الفرع الثاني : في النظام : يشترط في العقد التجاري عند الأخذ بالنظرية التقليدية، أن يكون له سبب، فإن لم يكن له سبب، فإنه لا يقوم، وتبعاً لذلك، فإن العقد يكون باطلاً. على أن عدم وجود السبب يختلف باختلاف العقد .

فقد لا يكون للالتزام سبب ، وبالتالي يعدّ التزام المشتري بدفع الثمن مجرداً عن السبب، كذلك يعتبر السبب معدوماً في حالة استحالة العمل الذي هو محل الالتزام، ويكون العقد حينئذ باطلاً.

أما إذا حصل الهلاك، أو تخلف سبب التزام أحد المتعاقدين بعد قيام العقد، فلا يكون لذلك أثر على الانعقاد، إذا كان العقد قد قام صحيحاً، وبالتالي فلا يكون الجزاء على تخلف السبب هو البطلان.

وأما في حالة الأخذ بالنظرية الحديثة، فإن العقد التجاري يستلزم وجود سبب له، إذ أن عدم وجود الباعث الدافع إلى إبرام العقد لا يتصور، إلا إذا كان العاقد فقد التمييز .

المطلب الثالث الفسخ لعدم صحة السبب وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : يشترط العلماء وجود سبب للعقد، فإنهم يشترطون كون هذا السبب صحيحاً، فلا يكفي كون السبب غلطاً، أو صورياً .

الفرع الثاني : في النظام : الكلام عن السبب غير الصحيح، يوجب أن نعرض لصورتين للسبب غير الصحيح، وهما : السبب المغلوط، والسبب الصوري .

ففي الحالة الأولى: يعتقد المدين أن لالتزامه سبباً، بينما لا يوجد هذا السبب من حيث الواقع، لأن الالتزام الذي يقوم على سبب مغلوط، هو التزام بدون سبب، ففي هذه الحالة يقع التعهد باطلاً. وفي الحالة الثانية: وهي حالة السبب الصوري، فإن الصورية في ذاتها، ليست سبباً للبطلان.

فإذا كان السبب الحقيقي مشروعاً، فإن العقد لا يبطل، أما إذا كان السبب الحقيقي غير مشروع، فإن العقد يكون باطلاً.

المطلب الرابع :الفسخ لعدم مشروعية السبب وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : لا يكفي أن يكون سبب العقد موجوداً، بل يجب كونه مشروعاً ليصح العقد. واشتراط مشروعية السبب، يقتضي أنه إذا لم يكن كذلك، فإن العقد لا يصح.

الفرع الثاني : في النظام : إن من أهم الشروط التي تشترط في سبب العقد التجاري، هو أن يكون هذا السبب مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب، فإذا خالفها، فإنه يعد عقداً باطلاً .

الفصل الثالث

آثار فسخ العقد التجاري

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : آثار الفسخ على التزامات الطرفين في الفقه والنظام
وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: أثر الفسخ على الالتزام بالتسليم. وفيه فرعان :
الفرع الأول : في الفقه : إذا تم فسخ العقد بعد إبرامه، وانحلت الرابطة العقدية بين الطرفين، فإنه يجب على المشتري - كأثر من آثار الفسخ - رد المبيع على البائع .

ولكن المبيع قد يتغير في الفترة التي بين إبرام العقد وفسخه، سواء بهلاك المبيع، أو بزيادته . فهاتان حالتان: وتفصيلهما كالتالي:

الحالة الأولى: هلاك المبيع: إذا تلف المبيع أو هلك في يد المشتري زمن الخيار، ففي ذلك خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: قول الحنفية، وقول للشافعية، وأرجح الروايتين عند الحنابلة، وهو أن تلف المبيع أو هلاكه بعد قبضه يعتبر مانعاً من حق الفسخ .

القول الثاني: قول المالكية ، وقول للشافعية ، ورواية عند الحنابلة ، وهو أن تلف المبيع أو هلاكه في يد المشتري لا يعتبر مانعاً من حق الفسخ،

ويكون المشتري ضامناً للبائع بقيمة المبيع أو بمثله .
والذي يظهر أن سبب خلافهم في هذه المسألة ، هو اختلافهم في ملكية
المبيع في زمن الخيار. فقد اختلفوا في ذلك على أقوال:
القول الأول: قول الحنفية ، وقول للشافعية. وهو أن العقد موقوف في
هذه الفترة.

القول الثاني: قول المالكية ، وقول للشافعية ، ورواية عند الحنابلة ،
وهو أن ملكية المبيع تكون للبائع في زمن الخيار، إلا أنهم قالوا: بأن العقد
منحلّ في هذه الفترة، فيكون إمضاء العقد نقل للملك، وليس تقريراً له.
القول الثالث: قول الحنابلة ، وقول عند الشافعية، وهو انتقال ملكية المبيع
للمشتري في فترة الخيار.

وقد احتج الحنابلة على ما ذهبوا إليه بقوله ﷺ: "من باع نخلاً قد أبرت،
فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع" أخرجه البخاري حديث رقم
٢٧١٦ ، مسلم الصحيح بشرح النووي كتاب البيوع ، حديث رقم ١٥٤٣ ..
والذي يظهر هو رجحان هذا القول على غيره، وذلك لما يعضده من
الأدلة، كما أنه يوافق طبيعة العقد التي تقضي بانتقال الملك بمجرد حصول
العقد بين العاقدین على وجه مشروع

الحالة الثانية: زيادة المبيع: فإذا زاد المبيع في يد المشتري زمن الخيار،
فالزيادة هذه إما أن تكون متصلة، أو منفصلة . وحكمها كما يلي:
أولاً : الزوائد المتصلة: فهذه الزوائد تعتبر مانعة للفسخ عند الحنفية.

وأما عند الجمهور فهي تابعة للمبيع ؛ لأنها في حكمه.

ثانياً: الزوائد المنفصلة.. فهذه الزوائد محل خلاف بين الفقهاء .

القول الأول: قول أبي حنيفة، والمالكية ، ووجه عند الشافعية ، ورواية

للحنابلة وهو أن زيادة المبيع المنفصلة ترد للبائع مع الأصل.

القول الثاني: قول لبعض الحنفية، وأصح القولين عند الشافعية، وأظهر

الروايتين عند الحنابلة .

لأن المبيع خرج من ملك البائع، ودخل في ملك المشتري بموجب العقد،

فعلى هذا، فإن ما يحدث في المبيع من نماء يكون له .

كما أن المبيع يكون من ضمان المشتري بعد قبضه، فيكون له خراجه

مقابل ذلك الضمان، لقوله ﷺ : "الخراج بالضمان" أخرجه أبو داود ، رقم

٣٥٠٨ ، الترمذي ، رقم ١٢٨٥ ، النسائي ، رقم ٤٤٨٧ ، ابن ماجه ، ، رقم

٢٢٤٣ ، وقال عنه الترمذي : حديث حسن صحيح . .

وهذا القول هو القول الراجح - والله أعلم - لقوة دليله .

الفرع الثاني : في النظام : إذا تم إبرام العقد التجاري بين الطرفين، فإنه

يجب على البائع تسليم المبيع إلى المشتري نتيجة للتعاقد الذي بينهما .

ولا يكاد يختلف مضمون هذا الالتزام في النظام عنه في الشريعة الإسلامية،

حيث يكون معنى التسليم هو: وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري،

بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق.

فإذا فسخ هذا العقد ، فإنه يجب على المشتري رد هذا المبيع إلى البائع ،

كنتيجة منطقية للفسخ، إذ متى إنهار العقد بالفسخ، فقد وجب إعادة المتعاقدين إلى مركزها قبل إبرامه .

ونجد - ربما - أنه في أثناء الفترة التي تلي العقد، وتسبق الفسخ، أن المعقود عليه ربما تغير بنقص أو زيادة . وهاتان حالتان تحتاجان إلى مزيد إيضاح، وهو كالتالي:

الحالة الأولى: زيادة المبيع. في هذه الحالة - أن يرد المبيع إلى البائع، دون أن يكون له حق المطالبة بالتعويض عن الزيادة الحاصلة في المبيع.

الحالة الثانية: هلاك المبيع: إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المشتري، فإن عليه أن يلتزم بدفع تعويض معادل لقيمة المبيع وقت هلاكه، وذلك بمقتضى حكم من المحكمة .

أما إذا كان الهلاك راجعاً إلى قوة قاهرة، فلا يلتزم المشتري برد قيمة المبيع الهالك، إلا بقدر المنفعة التي حصلت له بسبب هذا الهلاك .

المطلب الثاني: أثر الفسخ على الالتزام بالقبض وفيه فرعان:

الفرع الأول: في الفقه: إذا فسخ العقد بسبب الخيار - مثلاً -، فإنه يجب على البائع رد الثمن إلى المشتري - إن كان قد قبضه منه قبل ذلك - سواء كان ذلك الثمن مثلياً، أم كان قيمياً، وتفصيلها كالتالي:

أولاً: أن يكون الثمن مثلياً: إذا كان الثمن مثلياً، فإن على البائع أن يرد الثمن إلى المشتري، سواء أكان الثمن نقداً أم غيره، مما يكال، أو يعدّ، أو

يوزن. ولا يلزمه أن يرد عين الثمن، حتى مع وجوده. .

ثانياً: أن يكون الثمن قيمياً: إذا كان الثمن قيمياً، فإنه يجب على البائع رد ذلك الثمن بعينه، إن كان موجوداً؛ لأن رد غيره لا يقوم مقامه، إلا أن الفقهاء اختلفوا في تقدير تلك القيمة ، إلى أقوال:

القول الأول: قول الحنفية، والمالكية ، وهو أن القيمة تقدر اعتباراً بيوم القبض، لأنه الموجب للضمان .

القول الثاني: قول الشافعية وهو أنها تقدر بأقل القيمتين بين العقد والقبض.

القول الثالث: قول الحنابلة ، وهو أن القيمة تقدر اعتباراً بيوم العقد. والذي يظهر - والله أعلم - أن القول الأول هو الأرجح، وذلك لقوة تعليقه .

الفرع الثاني : في النظام : إذا كان كل من الطرفين قد نفذ جانباً من التزامه ، ثم أعلن أحدهما الفسخ، فليس للمشتري إلا أن يسترد ما دفعه من الثمن فقط.

ولكن نجد أنه قد يحدث في الحياة العملية أن يتم فسخ العقد التجاري، ويسترد البائع ما كان قد دفعه للمشتري، ومع ذلك فإننا نجد أن البائع قد يلحقه ضرر من جراء هذا الفسخ، وفي هذه الحالة فإنه يحق للبائع وحده أن يطالب إلى جانب الفسخ بتعويض إضافي.

المطلب الثالث : أثر الفسخ على الالتزام بالضمان وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : نجد أن الفقهاء يتفقون في هذه الحالة على عدم فسخ العقد، ولكنهم يختلفون في سبب ذلك . إلى قولين:

القول الأول: قول الجمهور من المالكية، والشافعية ، والحنبلة ، وهو أن المشتري إذا أفلس بالثمن ، وتعلق بالمبيع حق لغير العاقدين - وهو المرتهن في هذه المسألة - ، فإنه لا يحق للبائع فسخ هذا العقد، بل يصبح أسوة الغرماء، وذلك لتعلق حق الغير بالمبيع .

واستدلوا على ذلك بما يأتي: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من أدرك ماله بعينه عن رجل أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره " رواه البخاري واللفظ له،، حديث رقم ٢٤٠٢ مسلم شرح النووي حديث رقم ١٥٥٩، أبو داود حديث رقم ٣٥/٩، النسائي ٢٧٤/٧، الترمذي حديث رقم

١٢٦٢، ابن ماجه حديث رقم ٢٣٥٨ ..

٢ - أن المبيع تعلق به حق غير البائع، فرجوع البائع فيه إضرار بالمرتهن.

القول الثاني: قول الحنفية ، وهو أنه ليس للبائع فسخ العقد إذا أفلس

المشتري ، وتعلق بالمبيع حق للغير

والراجع في هذه المسألة - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الجمهور، وذلك

لقوة أدلتهم، ولضعف استدلال القول الثاني.

الفرع الثاني : في النظام : إذا تم فسخ العقد من قبل الطرفين، فالأصل أن

كل واحد منهما يجب عليه رد ما استلمه من الطرف الآخر ، وهنا لا

إشكال فيه، وقد سبق الكلام حوله.

إذا كان المشتري قد تصرف في المبيع للغير، أو رتب عليه حقاً ، وفسخ

عقد البيع ، فإنه يجب عليه إعادة المبيع إلى البائع خالياً من جميع الحقوق

التي رتبها المشتري عليه.

فإذا كان المشتري قد رتب رهناً على المحل التجاري الذي اشتراه - مثلاً

- ، فإن حق البائع لا يتأثر في استرداد هذا المحل، إذا فسخ البيع.

وهذا الحكم يسري على الرهن الحيازي العقاري ، بخلاف الرهن الرسمي ،

فإنه لا يكون لفسخ العقد التجاري أثر عليه، بل يبقى قائماً ولو زال العقد

بأي سبب من أسباب الزوال، ومنها الفسخ - ، ما دام الدائن المرتهن

حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، وقيده قبل رفع دعوى الفسخ .

المطلب الرابع أثر الفسخ على إفلاس أحد الطرفين وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : إذا أبرم العاقدان عقداً بينهما، ودفع المشتري الثمن وقبض المبيع، فقد تم العقد، وانتهى الغرض ، فلا يتأثر بإفلاس أحد الطرفين بعد ذلك.

وأما إذا قبض المشتري المبيع ولم يدفع الثمن حتى أفلس، فقد اختلف الفقهاء في أثر ذلك، فهل يكون للبائع فسخ العقد، واسترداد المبيع ، أم يكون أسوة الغرماء ؟ على قولين:

القول الأول: قول جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة . وهو أنه إذا أفلس المشتري بالثمن بعد قبض المبيع ، فللبائع فسخ العقد، واسترداد المبيع ، ما دام قائماً بعينه .

واستدلوا بما يلي:— ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال : "من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفس، فهو أحق به من غيره" سبق تخريجه.

— قياس صحة فسخ العقد واسترداد الثمن إذا أفلس المشتري ، على فسخ السلم عند تعذره، بجامع صحة الإقالة فيهما ، فعقد المفلس يصح فسخه بالإقالة ، فيصح فسخه عند تعذر الثمن، كالمسلم فيه إذا تعذر.

القول الثاني: قول الحنفية ، وهو أن المشتري إذا قبض المبيع ، ثم أفلس، قبل نقد الثمن، فليس للبائع فسخ العقد، وإنما يكون أسوة الغرماء.

والراجع في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول الأول، وذلك لما استدلوا به، خصوصاً الحديث، حيث أنه نص في الموضوع، وهو حديث صحيح لم يعارضه دليل آخر.

ومع الأخذ بالقول الأول والذي يظهر رجحانه في هذه المسألة ، فإن الفقهاء الذين قالوا به، لم يأخذوا به على إطلاقه، بل وضعوا بعض الشروط على اختلاف بينهم في مدى الأخذ بها ، ومن ذلك ما يلي:

١ - أن لا يكون البائع قد قبض من الثمن شيئاً : فإن كان قد قبض من الثمن شيئاً، فإن حق الفسخ لا يثبت له، ويصير أسوة الغرماء . وهذا ما ذهب إليه الشافعية، والحنابلة ، مستدلين بقوله ﷺ : "أبما رجل باع سلعة، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً، فهي له، فإن كان قضاها من ثمنها شيئاً ، فما بقي فهو أسوة الغرماء" أبو داود، حديث رقم ٣٥٢١، والبيهقي ، واللفظ له ، في السنن الكبرى ٤٧/٦، مالك في الموطأ ٣٨٨/٢، والحديث مختلف في صحته، والراجع أنه صحيح - إن شاء الله

وأما المالكية ، فلم يشترطوا هذا الشرط، حيث ذهبوا إلى إثبات حق الفسخ للبائع، سواء قبض من الثمن شيئاً، أم لم يقبض . والذي يظهر - والله أعلم - هو رجحان ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وذلك لما يعضده من الدليل .

٢ - أن يكون المبيع في يد المفلس . فإن خرج منه بتلف أو تصرف ،

فإن حق الفسخ لا يثبت للبائع ، لقوله ﷺ : " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس ، فهو أحق به من غيره " سبق تخريجه .

٣ - أن يكون المفلس حياً . وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين :

القول الأول: قول المالكية والحنابلة ، وهو أنه يشترط كون المفلس حياً وقت ثبوت حق الاسترداد ، فإذا مات المفلس لم يكن للبائع حق الفسخ . واحتجوا على ذلك : بقوله ﷺ : "أبما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه، ولم يقبض الذي باعه منه شيئاً، فوجده بعينه، فهو أحق به . وإن مات الذي ابتاعه ، فصاحب المتاع أسوة الغرماء" أبو داود حديث رقم ٣٥٢٠ . والحديث صحيح - إن شاء الله - انظر: إرواء الغليل للألباني ٥/٢٦٩ ، صحيح سنن أبي داود ، الألباني ٢/٣٧٧ .

أن المبيع تعلق به حق الورثة ، فأشبهه المرهون في تعلق حق المرتهن به .
القول الثاني: وهو قول الشافعية ، أنه لا يشترط كون المفلس حياً، بل لو كان ميتاً حال الاسترداد ، لكان للبائع فسخ العقد .

ومما سبق يتبين أن القول الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وذلك لما يعضده من الدليل . وأما الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني فهو حديث مطلق، يقيدته الحديث الذي ذكره أصحاب القول الأول .

الفرع الثاني : في النظام : إذا تم إبرام عقد تجاري من قبل المفلس بعد شهر إفلاسه، فإن هذا العقد يعتبر غير نافذ ، ولا يحتج به في وجه جماعة

الدائنين ، بسبب رفع يد الشخص في حالة إفلاسه.
فإذا كان محل الالتزام تسليم عين معينة بالذات ، وكانت ملكية هذه العين
قد انتقلت إلى المتعاقد قبل الإفلاس، فيكون للمتعاقد حق استردادها من
التفليسة.

وأما إذا كان محل الالتزام هو أداء مبلغ من النقود، فيعتبر المتعاقد دائناً بهذا
المبلغ، ويتعين عليه الدخول به في التفليسة، والخضوع لقسمة الغرماء.

المبحث الثاني أثر الفسخ على تنفيذ العقد التجاري وفيه خمسة مطالب
المطلب الأول أثر الفسخ على الائتمان التجاري وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه :

الدين والائتمان جائز شرعاً، ودلّ على مشروعيته الكتاب والسنة
وإجماع الأمة .

فأما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى
أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ سورة البقرة ، الآية (٢٨٢) ..

وأما السنة : فإن رسول الله ﷺ استسلف من رجلاً بكَراً، وأوفاه خيراً
منه، وقال ﷺ لأبي رافع: "أعطه، فإن خير الناس أحسنهم قضاء" مسلم
بشرح النووي، حديث رقم ١٦٠٠ ..

وأما الإجماع، فقد أجمع المسلمون على جواز الدين، وكان الناس وما زالوا
يتعاملون بالدين ويأتمن بعضهم بعضاً على مر العصور.

والائتمان ينشأ بين الطرفين بنشوء العقد، ويبقى قائماً بينهما، فإذا

فسخ العقد، أو تقابض الطرفان العوضين، فعند ذلك ينتهي الائتمان.

الفرع الثاني : في النظام : حرص النظام التجاري على دعم الائتمان
التجاري بكثير من القواعد، التي تكفل مصلحة قيام الائتمان التجاري
بدوره الهام المتبادل بين الدائن والمدين .

ولعل من أهم هذه القواعد هو نظام الإفلاس، وافترض التضامن بين

المدينين بدين تجاري، ومنع نظرة الميسرة، أو المهلة القضائية، ومنها تحقق إعدار المدين بالدين التجاري بكافة الوسائل الممكنة لإعذاره، وكذا خضوع الالتزامات الناشئة عن العقود التجارية لتقادم قصير .

وقد وضع المنظم هذه القواعد، وفرضها على التجار، دعماً للائتمان. والائتمان ينشأ مع العقد، ويبقى ما بقي أحد الطرفين لم يسلم ما وجب عليه بالعقد، فإذا سلّمه، أو تم فسخ العقد، فقد انتهى هذا الائتمان بينهما .

المطلب الثاني أثر الفسخ على التضامن وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : التضامن بين المدينين جائز بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ سورة يوسف، من الآية رقم (٧٢) ..

ومن السنة ما روي أنه ﷺ أتى بجزاة ليصلي عليها، فقال: "هل عليه من دين" قالوا: لا . فصلى عليه. ثم أتى بجزاة أخرى . فقال : "هل عليه من دين؟" قالوا: نعم. قال: "فصلوا على صاحبكم" . قال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله ، فصلى عليه صحيح البخاري مع الفتح حديث رقم ٢٢٩٥ . .

وقد أجمع علماء الأمة على مشروعية التضامن.

وأما دليل العقل : فإن حاجة الأمة داعية إلى التضامن والتضامن بين

المدينين.

وعلى هذا فالفقهاء يتفقون على أنه بالتضامن يحصل ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بالحق، ويكون الضامن ملتزماً بعين ما التزم به المضمون عنه، ولم يخالف في ذلك إلا بعض الحنفية ، حيث قالوا : بأن الضم يكون في المطالبة فقط، لا في الدين .

فإذا تم فسخ العقد، أو انتهى الدين الذي من أجله حصل التضامن، فإنه عندئذ ينقضي التضامن.

الفرع الثاني : في النظام : تقضي القواعد العامة بأن التضامن لا يتقرر في المسائل المدنية، إلا بنص القانون، أو باتفاق العاقدين، ومعنى ذلك أن التضامن لا يفترض ولا يجوز افتراضه بين المدينين بدين مدني، ما لم ينص عليه القانون، أو يحصل الاتفاق عليه بشكل لا غموض فيه .

وأما في المسائل التجارية، فقد جرى العرف التجاري بخلاف ذلك، أي أن التضامن بين المدينين يفترض في حالة تعددهم، وعليه فلا بد من الاتفاق الصريح، أو النص القانوني لنفي التضامن.

فإذا أفلس أو أعسر أحد المدينين، فإنه يستطيع أن يحصل على كل الدين من المدين الآخر

المطلب الثالث أثر الفسخ على نظرة الميسرة وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في اللغة : يقصد بنظرة الميسرة أي : الإِنظار إلى الميسرة ، والإِنظار: هو الإمهال وتأخير الطلب والمُهلة هي: التؤدة والتأخير .

الفرع الثاني : في الفقه : اتفق الفقهاء رحمهم الله - على وجوب إنظار من ثبت إعساره، إلى وقت اليسار والغنى، ولا يجبس على ذلك .
 واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ سورة البقرة، الآية ١٨٠ . .

الفرع الثالث : في النظام : إذا قام الدائن برفع دعوى الفسخ، فإن القاضي ليس ملزماً أن يجيب طالب الفسخ إلى طلبه، فهو يتمتع بسلطة تقديرية في هذا الصدد.

فإذا رأى القاضي أن المدين قد تعمد عدم التنفيذ، أو أهمل فيه إهمالاً جسيماً، برغم قيام الدائن بإعذاره، فلا يجد غضاضة في القضاء بالفسخ .
 وقد يرى القاضي من ظروف الدعوى أن للمدين عذراً في التأخر، أو في عدم التنفيذ، فيمنحه أجلاً للتنفيذ، وهذا هو ما يسمى بالأجل القضائي، أو نظرة الميسرة .

ويلحظ مما سبق تساهل النظم والقوانين، في منح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام، وهذا الحكم يسري في المسائل المدنية، بينما الأمر على خلاف ذلك في المسائل التجارية، إذ يعمد المنظم التجاري إلى اتخاذ إجراءات مشددة قبّل المدينين بديون ناشئة عن عقود تجارية،.

ومن ذلك ما نص عليه نظام الأوراق التجارية، من أنه "لا يجوز منح مهل للوفاء بقيمة الكمبيالات" المادة ٦٣ من نظام الأوراق التجارية السعودي .
 نظام المحكمة التجارية يعترف للقاضي صراحة بحق منح المدين مهلة، متى

ثبت أنه "قد لحقه ضرر في أشغاله التجارية، وأنه في الحقيقة بحالة المضايقة"
المادة ٥١٧ من نظام المحكمة التجارية
فإذا منح المدينُ مهلةً سواء في الدين الناشئ عن التعاملات المدنية، أو
التجارية، ثم فسخ العقد المسبب للدين في أثناء هذه المهلة، فإن المهلة
تنقطع بفسخ العقد، ويسقط عنه الدين الناشئ بسبب العقد، ويكون عليه
رد المقابل الذي تم استلامه من الطرف الآخر .

المطلب الرابع: أثر الفسخ على الإعذار في الديون التجارية وفيه ثلاثة

فروع:

الفرع الأول : في اللغة : الإعذار: من العُدْر، وهو الحجة التي يحتج بها،
والجمع أعذار.

الفرع الثاني : في الفقه : إطلاق الفقهاء لفظ الإعذار لا يكاد يخرج عن
المعاني اللغوية السابقة له، فيأتي بمعنى تقديم العذر، وبمعنى ثبوت العذر .

والإعذار مطلوب - في الجملة -، ويدل على مشروعيته قوله تعالى:

﴿رُسُلًا مَبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِّئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾

سورة النساء، آية (١٦٥) ..

والإعذار فيما يتحاكم فيه الناس مستحسن عند الأئمة.

ويتفق الفقهاء على أن الإعذار إلى الخصم هو حق القاضي، وليس للخصم

إعذار خصمه، لكنهم قالوا : بأن الخصم إذا طلب من القاضي إحضار

المدعى عليه، فإن القاضي يجيبه إلى ذلك .

ويقصد القاضي بإعذار المدعى عليه، قطع عذره، لئلا يقول بعد الحكم عليه : إنه لم يكن يعلم بأن الأمر سيؤدي إلى ما أدى إليه، من إلزامه بما ادعى عليه من دين أو نحو ذلك . الفرع الثالث : في النظام : إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، فلا يجوز للدائن أن يقوم بطلب فسخ العقد، لمجرد تأخر المدين - رغم استحقاقه لذلك -، بل يجب عليه أن يقوم بإعذار المدين، طالباً منه تنفيذ الالتزام .

ويعتبر الإعذار أمراً ضرورياً لإثبات تأخر المدين عن التنفيذ.

فإذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه التعاقدى، الذي حلّ أجله، فعليه أن ينذره بالطرق النظامية .

ويتم الإعذار في المسائل المدنية عن طريق إنذار المدين بواسطة ورقة رسمية، على يد أحد رجال السلطة العامة. بينما يختلف الأمر في الأمور التجارية، نظراً لما تستلزمه المعاملات التجارية من سرعة، فيجوز أن يتم الإعذار بكافة الوسائل الممكنة .

فإعذار المدين إذاً في المواد التجارية يمكن أن يتم في أحد الأشكال التالية :

- ١- بإنذار رسمي .
- ٢- أو خطاب مسجّل، بشرط الوصول .
- ٣- أو برقية، أو تليكس، أو فاكس عند الاستعجال .
- ٤- وعند الاستعجال أيضاً، يمكن استخدام أية وسيلة أخرى

من وسائل الاتصال السريعة .

وتظهر أهمية إعدار المدين من قبل الدائن في أمرين :

١- أنه يجعل القاضي أكثر استجابة لطلب الفسخ، إذ إنه يضع المدين في صورة الممتنع عن التنفيذ .

٢- يجعل الدائن أقرب إلى الحكم على المدين بالتعويض فوق الحكم عليه بالفسخ .

ومع ظهور أهمية الأعدار، إلا أنه لا يعد أمراً ضرورياً في بعض

الحالات وهي :

١- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين .

٢- إذا كان محل الالتزام تعويضاً على عمل غير مشروع .

٣- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

٤- في حالة الإعفاء الاتفاقي من الإعدار .

المطلب الخامس : أثر الفسخ على مرور الزمن وفيه فرعان :

الفرع الأول : في الفقه : إذا عقد العاقدان عقداً بينهما بشرط الخيار

لهما، أو لأحدهما، مدة محددة، فانتهى زمن الخيار دون أن يختار من له حق

الخيار فسخ العقد أو إمضائه، فهل مضي هذا الزمن يسقط الفسخ بهذا

الخيار، أم لا ؟

لقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : وهو قول الجمهور من الحنفية ، والشافعية ، ومذهب الحنابلة ، وهو أن الخيار لصاحب الخيار ينتهي بمضي زمن الخيار، ويلزمه العقد، فلا يملك الرجوع عنه بعد ذلك بموجب هذا الخيار .
واستدلوا على ذلك بما يلي : أن الخيار مؤقت بوقت محدد، والمؤقت ينتهي بانتهاء وقته.

القول الثاني : قول المالكية ، والقاضي أبي يعلى من الحنابلة ، وهو أن الحق في الفسخ لا يسقط بانتهاء الزمن المحدد للخيار، وإنما ينتهي بانتهاء المدة الاحتياطية الملحقة به، ويحددها المالكية بيوم أو يومين، هذا إذا كان زمن الخيار محددًا، أما إذا كان مطلقاً غير محدد، فإن الفسخ ينتهي بانتهاء الزمن المعتبر عرفاً للخيار، وذلك بحسب نوع المبيع، وهو شهر في الدور، وثلاثة أيام في الثياب، ويوم في الدابة، لاختبار ركوبها، وثلاثة أيام، لاختبار علفها .

والراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الجمهور، من أن الخيار ينتهي بانتهاء زمنه، لأنه لا معنى لتوقيت الخيار إلا انتهائه بانتهاء الوقت، وإلا لم يكن للتوقيت فائدة .

الفرع الثاني : في النظام : إذا كان فسخ العقد بسبب عيب من عيوب الرضا - مثلاً - فإن مدة التقادم هي ثلاث سنوات، تبدأ بالنسبة للغلط، أو الإكراه، أو التدليس من يوم انقطاع الإكراه، أو من يوم انكشاف الغلط والتدليس، وعلى أية حال فإن هذه الدعوى تسقط في جميع الأحوال

بمضي خمسة عشر سنة من تمام العقد .

وأما في حالة الاستغلال فإن الحق في الدعوى يسقط بمضي سنة واحدة تبدأ من تاريخ إبرام العقد .

وأما بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقود التجارية، فإنها تخضع لتقادم قصير في بعض الأحيان.

ف نجد أن نظام الأوراق التجارية قد نص على أنها "لا تسمع الدعوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابليها، بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق، ولا تسمع دعوى الحامل تجاه الساحب أو المظهر بعد مضي سنة من تاريخ الاحتجاج... ولا تسمع دعاوى المظهرين بعضهم تجاه بعض، أو تجاه الساحب بعد مضي ستة شهور من اليوم الذي وفي فيه المظهر الكمبيالة.." المادة ٨٤ من نظام الأوراق التجارية ..

أما في الالتزام الناشئ عن الشركة، فقد نص نظام الشركات على أنها "لا تسمع الدعوى ضد الشركاء بسبب أعمال الشركة، أو ضد المديرين، أو ضد مجلس الإدارة، أو مراقبي الحسابات، بسبب أعمال وظائفهم، بعد انقضاء ثلاث سنوات على إشهار انتهاء التصفية المادة ٢٢٦ من نظام الشركات السعودي . .

وأما في مجال النقل فقد حدد المنظم مدة التقادم لدعوى المسؤولية على الناقل، بثلاثة أشهر للنقل الداخلي، وأما بالنسبة للنقل الخارجي، فقد جعل مدة التقادم فيه سنة قمرية، وبعد تلك المدد لا تسمع الدعوى المادة ٢٧ من

نظام المحكمة التجارية ..

ويترتب على سقوط الحق في الدعوى، أن يستقر العقد بعد أن كان مهدداً بالزوال، وما دام العقد قد أصبح صحيحاً بمضي المدة المنصوص عليها في النظام، فلا يجوز بعد ذلك المطالبة بالفسخ .

المبحث الثالث: الأثر الرجعي للفسخ في العقود التجارية فيه مطلبان:

المطلب الأول : الأثر الرجعي للفسخ في العقود التجارية في الفقه

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول: مذهب الحنفية ، ووجه عند الشافعية، وقول عند الحنابلة، وهو أن الفسخ رفع للعقد من أصله لا من حينه، فيكون الفسخ على هذا مستنداً إلى الماضي، ويطل معه كل أثر للعقد بعد إبرامه، وقبل الفسخ .

القول الثاني: وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله.

ولعل القول الثاني هو الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - ؛ لأن العقد نشأ صحيحاً، فيجب أن تترتب عليه آثاره ؛ لأنها مترتبة عن عقد صحيح ، ولأن في هذا استقراراً للمعاملات الناشئة عن العقود قبل فسخها. هذا ولقد طبق بعض المتأخرين فكرة الاستناد والاقتصار على نوع العقد، من حيث كونه فورياً، أو مستمراً . فقسم العقود على هذا الأساس إلى قسمين:

القسم الأول: العقود الفورية، وهي التي تتم بانتهاء العقد، فيشترط فيها قيام محل العقد ، - إذا كان عيناً - ليتمكن فسخه، فإذا كان المحل هالكاً، أو مستهلكاً بعد التنفيذ فلا يمكن فسخ البيع.

القسم الثاني: العقود الزمنية المستمرة ، فهذه على نوعين :

- ١ - أن يتم تنفيذها تماماً ، فلا يمكن فسخها.
- ٢ - ألا يتم تنفيذها تماماً ، فإنها تقبل الفسخ بالنسبة إلى ما بقي من مدتها دون ما مضى.

وبعد معرفة حكم الفسخ من حيث رجعية أثره ، أو عدم رجعيته، فما ثمرة ذلك؟

لا شك أن هناك أحكاماً هامة تبني على قضية الاستناد والاقتصار، أهمها:

نماء المبيع قبل الفسخ وبعد العقد، هل هو للبائع أو للمشتري؟

فمن قال - من الفقهاء - : إن الفسخ يرفع العقد من أصله، قال: إن النماء للبائع .

ومن قال: إن الفسخ يرفع العقد من حين الفسخ، قال: إن النماء للمشتري.

المطلب الثاني : الأثر الرجعي للفسخ في العقود التجارية في النظام

بالنسبة لترتب أثر الفسخ على الماضي، فإن العقود التجارية تنقسم بالنسبة لهذه الناحية إلى قسمين:

القسم الأول:العقود الفورية ، فهذه إذا وقع الفسخ عليها بحكم القاضي ، أو بقوة القانون، فإنها تنحلّ الرابطة العقدية وتزول، ليس بالنسبة للمستقبل فقط ، بل حتى للماضي أيضاً.

القسم الثاني:العقود الزمنية. وهي العقود التي يحتاج تنفيذها مدة من الزمن .

ومن أبرز هذه العقود: أولاً عقد الإجارة. فإذا وقع الفسخ على عقد إجارة ، فإنه يقتصر أثر الفسخ بشأنها على المستقبل دون الماضي، هذا إذا كان الفسخ لغير فساد العقد .

أما إذا كان الفسخ بسبب بطلان عقد الإجارة فإن المستأجر يلتزم بدفع تعويض عن هذه المنفعة.

ثانياً: عقد الشركة : استقر القضاء على أنه إذا حكم ببطلان الشركة، وجب أن تتعطل جميع آثارها بالنسبة للمستقبل فقط، إنما لا ينسحب أثر البطلان إلى الماضي، بل تعتبر الشركة إنما وجدت واستمرت حتى قضي ببطلانها ، مما يتطلب الاعتداد بنشاطها السابق، ووجوب تصفيتها بغرض تحديد نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة
(الخصخصة)

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير
إعداد الطالب

بندر بن سعد بن محمد العريفي
إشراف فضيلة الدكتور
سعود بن محمد البشر

١٤٢٥-١٤٢٦هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) ١٩٤
البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) ١٥٦
البحث بعد التلخيص بحجم (A4) ٣٥

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث:

المقدمة : وتشتمل على أسباب اختيار الموضوع، والدراسات السابقة، والصعوبات التي واجهت الباحث في بحثه ، ومنهج البحث، وخطة البحث.

التمهيد: التعريفات ، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الملكية العامة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الملكية العامة في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الملكية العامة في الفقه.

المطلب الثالث: تعريف الملكية العامة في النظام.

المبحث الثاني: تعريف الملكية الخاصة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الملكية الخاصة في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الملكية الخاصة في الفقه.

المطلب الثالث: تعريف الملكية الخاصة في النظام.

الفصل الأول: نطاق الملكية العامة والملكية الخاصة، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حفظ الملكية العامة والملكية الخاصة، وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: الرقابة الذاتية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الرقابة الذاتية في الملكية العامة.

الفرع الثاني: الرقابة الذاتية في الملكية الخاصة.

المطلب الثاني: رقابة السلطة التنفيذية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: رقابة السلطة التنفيذية على الملكية العامة.

الفرع الثاني: رقابة السلطة التنفيذية على الملكية الخاصة.

المطلب الثالث: الرقابة الشعبية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الرقابة الشعبية على الملكية العامة.

الفرع الثاني: الرقابة الشعبية على الملكية الخاصة.

المطلب الرابع: موقف الإسلام من حفظ الملكية العامة

والملكية الخاصة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: موقف الإسلام من حفظ الملكية العامة.

الفرع الثاني: موقف الإسلام من حفظ الملكية الخاصة.

المبحث الثاني: إدارة الملكية العامة والملكية الخاصة، وفيه أربعة

مطالب:

المطلب الأول: الحاجة الضرورية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الحاجة الضرورية في إدارة الملكية العامة.

الفرع الثاني: الحاجة الضرورية في إدارة الملكية الخاصة.

المطلب الثاني: الثروة الطبيعية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الثروة الطبيعية في إدارة الملكية العامة.

الفرع الثاني: الثروة الطبيعية في إدارة الملكية الخاصة.

المطلب الثالث: التنمية الاقتصادية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: التنمية الاقتصادية في إدارة الملكية العامة.

الفرع الثاني: التنمية الاقتصادية في إدارة الملكية الخاصة.

المطلب الرابع: موقف الإسلام من إدارة الملكية العامة والملكية

الخاصة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: موقف الإسلام من إدارة الملكية العامة.

الفرع الثاني: موقف الإسلام من إدارة الملكية الخاصة.

المبحث الثالث: أهداف الملكية العامة والملكية الخاصة، وفيه أربعة

مطالب:

المطلب الأول: الأهداف التوزيعية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الأهداف التوزيعية في الملكية العامة.

الفرع الثاني: الأهداف التوزيعية في الملكية الخاصة.

المطلب الثاني: الأهداف الاجتماعية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الأهداف الاجتماعية في الملكية العامة.

الفرع الثاني: الأهداف الاجتماعية في الملكية الخاصة.

المطلب الثالث: الأهداف الأخلاقية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الأهداف الأخلاقية في الملكية العامة.

الفرع الثاني: الأهداف الأخلاقية في الملكية الخاصة.

المطلب الرابع: موقف الإسلام من أهداف الملكية العامة

والملكية الخاصة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: موقف الإسلام من أهداف الملكية العامة.

الفرع الثاني: موقف الإسلام من أهداف الملكية

الخاصة.

الفصل الثاني: مسوغات تحويل الملكية العامة إلى الملكية

الخاصة، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: دواعي التحويل وإيجابياته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دواعي التحويل، وفيه فرعان:

الفرع الأول: دواعي التحويل الخارجية.

الفرع الثاني: دواعي التحويل الداخلية.

المطلب الثاني: إيجابيات التحويل، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: رفع الكفاءة الإنتاجية وفعالية التشغيل

والإدارة.

الفرع الثاني: تخفيف الأعباء المالية عن الدولة وتخفيض

العجز في ميزانيتها العامة.

الفرع الثالث: تشجيع عودة رؤوس الأموال الهاربة

واجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية.

الفرع الرابع: إذكاء روح المنافسة في الاقتصادي

الوطني.

المبحث الثاني: المملكة العربية السعودية وعملية تحويل الملكية العامة

إلى الملكية الخاصة، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الوضع الاقتصادي في المملكة.

المطلب الثاني: دوافع تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة.

المطلب الثالث: أهداف تحويل الملكية العامة إلى الملكية

الخاصة.

المطلب الرابع: أساليب تحويل الملكية العامة إلى الملكية

الخاصة.

المطلب الخامس: إدارة تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة.

المبحث الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من عملية تحويل الملكية

العامة إلى الملكية الخاصة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: مشروعية تحويل الملكية العامة إلى الملكية

الخاصة في الشريعة الإسلامية.

الفصل الثالث: آثار تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة، وفيه ثلاثة

مباحث:

المبحث الأول: الآثار الاقتصادية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعدد الأساليب الاقتصادية.

المطلب الثاني: التنفيذ العملي لخطط التنمية.

المبحث الثاني: الآثار المالية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: النمو المالي للمنشآت الاقتصادية.

المطلب الثاني: المساهمة في الدخل الوطني.

المبحث الثالث: الآثار الإدارية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مجالات تدخل الدولة.

المطلب الثاني: حدود الاستقلال الإداري.

الخاتمة.

الفهارس

التمهيد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف الملكية العامة

وفيه ثلاثة مطالب:المطلب الأول: تعريف الملكية العامة في اللغة .

تعريف الملكية العامة في اللغة:

الملكية : ملكه يملكه تملكاً استبد به . والملكية مصدر صناعي صيغ من المادة منسوباً إلى الملك، ويدل على الاستئثار والاستبداد بما يتعلق به من الأشياء .

العامة : العام في اللغة : الأمر الشامل المتعدد ، سواء كان الأمر لفظاً أم غير لفظ؛ والعامة خلاف الخاصة .

المطلب الثاني : تعريف الملكية العامة في الفقه

أوجز التعريفات وأجمعها ما استخلصه الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه المدخل في الفقه العام ، (أن الملك هو : اختصاص حاجز شرعاً يمنح صاحبه التصرف إلا لمانع) .

المطلب الثالث : تعريف الملكية العامة في النظام

يوجد لبعض شراح النظام عدة تعريفات للملكية ، لا يختلف معنى الملك فيها كثيراً عن بعض المعاني اللغوية السابقة.

وأهم هذه التعريفات ما يلي:

- ١- الملك هو: "سلطة تمكن صاحبها من استعمال الشيء والإفادة منه بجميع الفوائد التي يمكن الحصول عليها على نحو مؤبد وقاصر على المالك".

المبحث الثاني

تعريف الملكية الخاصة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الملكية الخاصة في اللغة .

الخاصة : خصّه بالشيء يخصه خصاً وخصُوصاً وخصُوصية وخصُوصية والفتح أفصح أفرده به دون غيره. ويقال: اختص فلان بالأمر إذا انفرد . والخاصّة خلاف العامّة .

المطلب الثاني: تعريف الملكية الخاصة في الفقه

الملكية الخاصة : هي كل ملكية للمال تعود إلى فرد أو مصلحة خاصة أو مجموعة من الأفراد على سبيل الاشتراك ويصبح المالك بموجبها غير مسئول عن دفع تعويض إلى الأمة أو الدولة في مقابل منفعة ذلك المال.

المطلب الثالث : تعريف الملكية الخاصة في النظام

لا يختلف معنى الملكية الخاصة في النظام عن معنى الملكية العامة في النظام ، فالملكية واحدة إلا أنها تنقسم إلى قسمين باعتبار من أضيفت إليه فإذا أضيفت الملكية إلى فرد أو مجموعة من الأفراد على سبيل الاشتراك فهي ملكية خاصة ، أما إذا أطلقت ولم تضاف لأحد فهي ملكية عامة وذلك كحديث النبي ﷺ "الناس شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار" رواه: أبو

ادود. سنن أبي داود. حديث رقم (٣٤١٧). وأحمد. المسند ٣٦٤/٥، ..

الفصل الأول

نطاق الملكية العامة والملكية الخاصة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حفظ الملكية العامة والملكية الخاصة .

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الرقابة الذاتية .

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الرقابة الذاتية في الملكية العامة.

تعتبر الرقابة الذاتية القائمة على الإيمان بالله خط الدفاع الأول الذي يحمي الأموال العامة ، وفي ذلك يقول تبارك وتعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

فمراقبة المسلم لجانب مولاه في الإسلام هي أدق طرق الرقابة عامة وأكثر إحكاماً على الأموال العامة .

الفرع الثاني : الرقابة الذاتية في الملكية الخاصة

وهي تلك الرقابة التي تنبعث من ضمير الإنسان وتعكس إيمانه بأن الله مطلع على أعماله ومطلع على ما يملكه من أموال خاصة وسيحاسب عليها ، فيفعل ما أمر الله به ويجتنب ما نهى عنه.

فالواجب على المسلم أن يراقب ذاته في أمواله الخاصة من أين أخذها وفيما أنفقها مطبقاً في ذلك حديث النبي ﷺ : " لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن: عن عمره فيما أفناه وعن شبابه فيما أبلاه، وعن علمه ماذا عمل به، وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفقه " رواه: الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، ، حديث رقم (٢٤١٧) . .

المطلب الثاني : رقابة السلطة التنفيذية

وفيه فرعان:

الفرع الأول: رقابة السلطة التنفيذية على الملكية العامة.

تعتبر السلطة التنفيذية في الدولة الإسلامية من الجهات التي تتولى القيام بمراقبة الأموال والممتلكات العامة للأمة.

وكانت رقابة السلطة التنفيذية تنحصر فيما يلي:

أولاً: نظام الرقابة والضبط الداخلي في دواوين الأموال.

ثانياً: رقابة ديوان المكاتبات والمراجعات.

ثالثاً: رقابة ديوان الزمام أو الأزمة.

رابعاً : رقابة الوزير نفسه، الذي كان يشرف على مالية الدولة وينوب عن الخليفة أو الإمام فيها ويشارك في وضع السياسة المالية للدولة.

الفرع الثاني : رقابة السلطة التنفيذية على الملكية الخاصة

وهي الرقابة التي تقوم بها أجهزة حكومية أيّاً كان نوعها بغرض التأكد من حسن استخدام المال الخاص. ومثال ذلك:

١ - منع الاحتكار: . وقد اتفق علماء المسلمين على أن الاحتكار حرام والكسب به خبيث لا يحل لصاحبه ، وقد وردت آثار صحيحة عن النبي ﷺ بإثم الاحتكار، فقد روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: "الجالب مرزوق، والمحتكر محروم، ومن احتكر على المسلمين طعاماً ضربه الله بالإفلاس والجذام" (١) رواه: ابن ماجه، حديث رقم (٢١٥٥).

وقد اشترط كثير من الفقهاء لتحقيق الاحتكار الآثم ثلاثة شروط :

أ - أن يكون الشيء المحتكر فاضلاً عن كفايته وكفاية من يعولهم سنة كاملة.

ب - أن يكون قد تربص الغلاء ليبيع بأثمان فاحشة الغلاء لشدة حاجة الناس.

ج - أن يكون الاحتكار في وقت احتياج الناس إلى الشيء المحتكر . فيجب على السلطة التنفيذية في حالة الاحتكار الآثم أن تتدخل لمنع الاحتكار بإجبار المحتكر على أن يبيع بكسب معقول لا استغلال فيه لحاجة الناس..

٢ - التسعير : وهو أن تتدخل الدولة أو السلطة التنفيذية في فرض أسعار فيها كسب محدود، والأصل في المعاملات في التشريع الإسلامي عدم تدخل السلطة التنفيذية ودليل ذلك ما رواه أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يا رسول الله: لو سعرت لنا فقال: "إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر، وإني لأرجو أن

ألقى الله عز وجل ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال" أخرجه: أبو داود.. حديث رقم (٣٤٥١). الترمذي. حديث رقم (١٣١٤). ابن ماجه. أحمد. المسند ١٥٦/٣ ..

فقد أجاز كثير من الفقهاء التسعير لأنه يدفع الأذى عن الناس ويمنع الاحتكار أو يخففه ويسهل العيش ، ويجعل المستهلك يحصل على السلع بأثمان معتدلة ولا سبيل لذلك إلا بالتسعير .

فيتين مما سبق أنه من اختصاصات السلطة التنفيذية الرقابة على الأموال والممتلكات الخاصة وجواز التدخل لمنع الاحتكار وبيع الأموال المحتكرة بثمن المثل رغماً عن صاحبها ، وتقوم السلطة التنفيذية بتحديد الأسعار دفعاً للضرر العام من ترك الأسعار مطلقة دون تحديد .

المطلب الثالث : الرقابة الشعبية

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الرقابة الشعبية على الملكية العامة.

أن كل فرد في هذه الأمة كان يباشر رقابة حقيقية على العمال والولادة الذين يعينون من قبل الخليفة ، وذلك انطلاقاً من قاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، كما في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤] وفي ذلك أيضاً يقول رسول الله ﷺ كقاعدة عامة للمسلمين: "الدين النصيحة: لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين

وعامتهم" رواه: مسلم، حديث رقم (١٩٦) . .

ولتولي الرقابة الشعبية على الملكية العامة وغيرها من المجالات ، قد أقر الفكر الإسلامي السياسي وجود عدة هيئات وهي:
أولاً: مجلس يضم فقهاء الشريعة الذين وصلوا مرتبة معينة من العلم تؤهلهم للاجتهاد.

ثانياً: مجلس يضم من يعرفهم الفكر الإسلامي السياسي باسم أهل الحل والعقد.

ثالثاً: جماعة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تطبيقاً لأمر القرآن الكريم
﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤]

كما قال الرسول ﷺ : "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان" رواه مسلم، حديث رقم (٤٩)

الفرع الثاني : الرقابة الشعبية على الملكية الخاصة

من المسائل الجوهرية التي يجب أن تتناولها الرقابة الشعبية على الملكية الخاصة هو التأكد من أن يكون مصدر هذه الملكية مصدراً مشروعاً، ويقتضي ذلك إعادة النظر في مصادر وطرق اكتساب الملكية الخاصة في جميع المجالات للقضاء على جميع مصادر وأسباب كسب الملكية التي تقوم أساساً على فكرة الغصب أو التعدي على ملك الغير أو استغلاله .

المطلب الرابع : موقف الإسلام من حفظ الملكية العامة والملكية الخاصة

وفيه فرعان: الفرع الأول: موقف الإسلام من حفظ الملكية العامة.

اعتبر الإسلام أن الاستيلاء على الأموال العامة هو نوع من السرقة أطلق عليها اسم الغلول بمعنى سرقة الأموال العامة . يقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ [آل عمران: ١٦١].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم فذكر الغلول فعظمه وعظم أمره، ثم قال: "لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته بعير له رغاء يقول يا رسول الله أغثنى، فأقول: لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك. لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته فرس له حمحمة فيقول يا رسول الله أغثنى، فأقول: لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك. لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته شاة لها ثغاء يقول يا رسول الله أغثنى، فأقول لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك. لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته نفس لها صياح فيقول يا رسول الله أغثنى، فأقول لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك . لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته رقاع تحفق ، فيقول يا رسول الله أغثنى، فأقول لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك. لا ألفين أحدكم يجيء يوم القيامة على رقبته صامت ، فيقول يا رسول الله أغثنى، فأقول لا أملك لك شيئاً قد أبلغتك" رواه: البخاري. حديث رقم (٣٠٧٣)، ومسلم. حديث رقم (١٨٣١) .

وقد منع الفقهاء الغلول واعتبروه سرقة، ونصوا على أن يغرم فاعله قيمة الشيء المسروق إن هلك قبل أن يؤديه ، أو يؤدي عين ما أخذ ، ويعاقب إن عاد إلى ذلك ثانية .

الفرع الثاني : موقف الإسلام من حفظ الملكية الخاصة

من أهم الأحكام التي شرعتها الشريعة الإسلامية وأكدت عليها من أجل حفظ الملكية الخاصة وصيانتها من العبث والضياع :

١ - توثيق الدين : وذلك في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بَيِّنْسُ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

٢ - النهي عن التعدي على أموال الغير : لم تكثف الشريعة الإسلامية بتوثيق الديون ، حفاظاً على الأموال، وإنما توعدت من يعتدي عليها بالوعيد الشديد ، ووضعت الحدود والعقوبات الرادعة لمن تسول له

نفسه الاعتداء على مال الغير ظلماً وعدواناً. يقول الله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْءُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨] ..

كما أن الرسول ﷺ قال: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا" رواه: البخاري.

حديث رقم (٦٧). ومسلم. ، حديث رقم (٤٣٨٤) . .

المبحث الثاني

إدارة الملكية العامة والملكية الخاصة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الحاجة الضرورية .

وفيه فرعان: الفرع الأول: الحاجة الضرورية في إدارة الملكية العامة.

تتطلب الحاجة الضرورية للملكية العامة تكوين ملكيات عامة يشترك في نفعها عامة المسلمين ، وما يدل على ذلك ما ثبت أن النبي ﷺ قال: "الناس شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار" أخرجه: أبو داود. حديث رقم (٣٤٧٧)، أحمد. المسند. (٣٦٤/٥)..

وهذه الأموال في الأصل قابلة للتملك الفردي لكن وقوعها تحت الملك الفردي يبطل الانتفاع بما هي مهياً له ، لذلك منعت الشريعة تملكها تملكاً فردياً..

وعلى هذا الأساس ، إذا زال تعلق حاجة الجماعة بهذه الأشياء، فيجوز للدولة عن طريق رقابتها الفعالة لمنع الاحتكار ومنع الاستغلال أن تتصرف فيها وفق مصلحة الجماعة .

الفرع الثاني : الحاجة الضرورية في إدارة الملكية الخاصة

إقرار الشريعة للملكية الفردية كحقيقة ثابتة ومعلومة في الدين بالضرورة، وكقاعدة أساسية في النظام الاقتصادي الإسلامي، وفي ذلك مسأيرة الفطرة الإنسانية ، وأنه وسيلة لإذكاء الحافز الذاتي للفرد وتنشيط مواهبه

وملكاته للعمل لصالحه وصالح مجتمعه.

والملكية الخاصة التي يمنحها الإسلام للأفراد يجب أن تكون في إطارها المشروع وفق الضوابط المفروضة عليها ، ومن أهم الضوابط :

١ - حصر طرق اكتساب الملكية بالطرق المشروعة والوسائل المباحة شرعاً، (قيود حرية التملك) .

٢ - وضع الضوابط والأطر لطرق التصرف في المال(قيود حرية التصرف).

المطلب الثاني : الثروة الطبيعية

وفيه فرعان: الفرع الأول: الثروة الطبيعية في إدارة الملكية العامة.

وهي تتمثل في الأشياء التي لا دخل للعمل في إيجادها ويؤدي الاستئثار بها إلى سوء توزيع الدخل والثروة بين أفراد المجتمع وأهم ما يقع تحت نطاق الملكية العامة من حيث الموارد الطبيعية ما يلي:

١ - المياه الطبيعية.

٢ - القوى الطبيعية.

٣ - الكلاً.

٤ - خيرات الطبيعة الأخرى ، فإنها كلها ملكية عامة يباح للأفراد الانتفاع بها وتملك ما يقدرون عليه منها ويقدر كفايتهم وبدون ضرر للآخرين.

الفرع الثاني : الثروة الطبيعية في إدارة الملكية الخاصة

الإسلام سمح بالملكية الخاصة لرقبة المال في بعض مصادر الثروة الطبيعية

القائمة على العمل كإحياء وغيره من الأسباب الشرعية الجائزة للتملك ،
وإذا عاد المصدر الطبيعي إلى سابق حالته قبل الإحياء كأن أهمل أو تلاشت
قيمة العمل التي أحيته أو لم يستطع الفرد أن يحييه أو يستخدمه كلياً، فإن
من حق الإمام أو الحاكم أن يعطيه لفرد آخر بغرض استثماره .

المطلب الثالث : التنمية الاقتصادية

وفيه فرعان: الفرع الأول: التنمية الاقتصادية في إدارة الملكية العامة.

لقد اعتبر الإسلام الملكية العامة إحدى ركائز التنمية الاقتصادية ، وفي
استخدام الملكية العامة في عمليات التنمية ، يجب مراعاة تقديم الضروريات
على الحاجيات ، وتقديم الحاجيات على التحسينات ، أي ما يسمى اليوم
بأولويات التنمية ، فلا تترك المرافق الأساسية العامة الضرورية لكافة أفراد
المجتمع ، والتي تعتبر ملكاً جماعياً له حق الانتفاع بها في نفس الوقت
الذي تنصرف فيه الاهتمامات إلى ما هو تحسيني أو كمال لا ضرورة فيه
ولا حاجة .

الفرع الثاني : التنمية الاقتصادية في إدارة الملكية الخاصة

أباح الإسلام للأفراد أن يعملوا وأن يمتلكوا نتيجة عملهم ، وأن يمتلكوا
رأس المال ملكية خاصة وأن يمتلكوا الأرض أيضاً . فإذا ما تضافت
الملكية الخاصة مع العمل الجاد المثمر فإنها ستؤدي إلى تحقيق التنمية المطلوبة
، وفي حديث رسول الله ﷺ ما يدل على ضرورة العمل من أجل
العمارة، وذلك في قوله : " ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فياً كل

منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة" رواه البخاري ، رقم (٢٣٢٠) ورواه مسلم ، حديث رقم (٣٩٦٨) .

وعلى ذلك فإن الملكية الخاصة من حيث النطاق الذي تتوزع فيه وكيفية إنفاق ثمراتها يجب أن تكون أداة إنمائية بحيث ترتبط دائماً بتحقيق تقدم إنمائي أو بذل جهد إنمائي يحقق التقدم والتنمية الاقتصادية والحفاظة على استمرارها .

المطلب الرابع : موقف الإسلام من إدارة الملكية العامة والملكية

الخاصة

وفيه فرعان: الفرع الأول: موقف الإسلام من إدارة الملكية العامة.

إن الإسلام أوكل إلى الدولة إدارة ما تحت يدها من الملكية العامة باعتبارها نائبة في أموال الجماعة ، تديرها نيابة عنهم، لا يجوز التفريط بأي جزء من منافعهم المادية في ذلك. والتفريط في المال العام أكثر بشاعة وأشد جرمًا وحرمة من التفريط في المال الخاص؛ لأنه يجعل جميع المسلمين غرماء المفرط يوم القيامة ، وهو نوع من الغلول الذي ورد التحذير الشديد منه في القرآن الكريم. يقول تبارك وتعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُغْلَ وَمَنْ يَغْلُ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ [آل عمران: ١٦١].

ولما كانت الدولة هي التي تقوم على إدارة الملكية العامة وحمايتها باسم الجماعة ، فإنها مسؤولة عن تنمية المال العام ، ويلقى على عاتقها عبء استثماره واستغلاله والوصول من خلاله إلى تحقيق رفاهية المجتمع

ورضائه..

الفرع الثاني : موقف الإسلام من إدارة الملكية الخاصة

يعترف الإسلام بالملكية الفردية (الخاصة) ويسمح بقيام الملكيات الكبيرة، ولا يرفض امتلاك المال الكثير، بدليل قيام ذلك في المجتمع الإسلامي الأول.

ولقد نظم الإسلام كل ما يتعلق بالملكية بشكل يضمن إذا قامت ملكية كبيرة أن تتمخض لخير أصحابها وأقربائهم وباقي أفراد المجتمع، ومن أهم التدابير الوقائية التي تمنع قيام الملكيات الظالمة المستغلة ما يلي:

- ١- وضع الإسلام القواعد التي تضمن عدم قيام الملكيات المستغلة عن طريق تحديده لأسباب الملك المباحة.
- ٢- وضع الإسلام القواعد التي تضمن حسن الاستعمال والاستغلال للأموال.
- ٣- قرر الإسلام طرق انتقال الملك من المالك حال حياته ، وفق قواعد أساسها الرغبة في تحقيق العدل.
- ٤- فرض الإسلام حقوقاً ثابتةً في الأموال والممتلكات الخاصة من أجل تحقيق المصلحة العامة كالزكاة.
- ٥- أعطى الإسلام الحاكم المسلم سلطة واسعة في مراقبة الملكية، وحمايتها من أن تنقلب وسيلة للظلم وأداة للاستغلال .

المبحث الثالث

أهداف الملكية العامة والملكية الخاصة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الأهداف التوزيعية .

وفيه فرعان: الفرع الأول: الأهداف التوزيعية في إدارة الملكية العامة.

١- تغطية الحاجات الاقتصادية الأساسية للناس والعمل على تحقيق الكفاية الاقتصادية للمجتمع.

٢- المحافظة على التوازن الاقتصادي والاجتماعي والعمل في اتجاه تحقيق العدالة في المجتمع ، وذلك من خلال حصول أصحاب عوامل الإنتاج على قيمة إسهامهم في العملية الإنتاجية .

الفرع الثاني : الأهداف التوزيعية في إدارة الملكية الخاصة

١- تغطية الحاجات الاقتصادية الأساسية للفرد والعمل على تحقيق الكفاية الاقتصادية وتحسين نوعية الحياة الاقتصادية للفرد .

٢- توزيع الملكية الخاصة بين الأفراد يؤدي إلى الكفاية الذاتية لملاكها

٣- المالك في الملكية الخاصة يكفي مؤنة التابعين له من أبناء أسرته وقبيلته ومن يلزمه النفقة تجاههم .

٤- العمل من أجل التملك وبذل الفرد وسعه وجهده ليتملك ، يعتبر من أهم الأهداف التوزيعية للملكية الخاصة ؛ لأن العمل من مقومات التوزيع .

٥- شيوع الملكية الخاصة بين أفراد المجتمع، واختلاف المالكين فيما يملكونه من الأهداف التوزيعية ، قال تعالى: ﴿وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ﴾ [الأنعام: ١٦٥] .

المطلب الثاني : الأهداف الاجتماعية

وفيه فرعان: الفرع الأول: الأهداف الاجتماعية في إدارة الملكية العامة.

- ١- تغطية وتمويل النفقات العامة.
- ٢- إشراك الناس في مقومات الحياة الأساسية ..
- ٣- تقريب الفوارق بين الدخول والثروات.
- ٤- خلق فرص للعمل والتدريب .

الفرع الثاني : الأهداف الاجتماعية في إدارة الملكية الخاصة

- ١- تغطية وتمويل النفقات الخاصة.
- ٢- مبدأ التكافل الاجتماعي لأفراد المجتمع.
- ٣- مبدأ التوازن الاجتماعي أو ما يسمى بالتوزيع الطبقي تبعاً للطبقات الاجتماعية.

المطلب الثالث : الأهداف الأخلاقية

وفيه فرعان: الفرع الأول: الأهداف الأخلاقية في إدارة الملكية العامة.

- ١- ترغيب الناس على القيام بالأعمال الخيرية.
- ٢- التسوية بين الناس في حقوق الملكية العامة.

الفرع الثاني : الأهداف الأخلاقية في إدارة الملكية الخاصة

١ - ترغيب الشخص على القيام بالأعمال الخيرية وتشجيعه على بذل الخير.

٢ - التراحم والإنفاق في سبيل الله وإقامة المشاريع الخيرية ككفالة اليتيم وإقراض المحتاجين.

المطلب الرابع : موقف الإسلام من أهداف الملكية العامة والملكية الخاصة

وفيه فرعان: الفرع الأول: موقف الإسلام من أهداف الملكية العامة. الشريعة الإسلامية أمرت بتحقيق أكبر قدر من المصالح لعامة المسلمين في الملكيات العامة ونهت أن تستغل هذه الملكيات في غير المصلحة العامة، فالشريعة الإسلامية لم تترك للإنسان حرية التملك لكل الأشياء التي تقع حوله، وإنما أباحت له أشياء، ومنعته من أشياء أخرى، وقيدت حقه في تملك غيرها. وراعت في ذلك مصلحة المجتمع..

الفرع الثاني : موقف الإسلام من أهداف الملكية الخاصة

المال يعتبر في نظر الإسلام ضروري للحياة البشرية ودعمه وجود المجتمع، وبه قيامه، وبه حياة الإنسان وبقاؤه، وأن سعي الإنسان إلى تحصيله واقتنائه إنما هو بحكم فطرته وغريزته لأن فيه رزقه وسد حاجته وتحقيق مصالحه، والحصول عليه واجب تجنباً للهلكة وبعداً عن الفناء.

الفصل الثاني

مسوغات تحويل

الملكية العامة إلى الملكية الخاصة

وفيه ثلاثة مباحث: المبحث الأول دواعي التحويل وإيجابياته

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دواعي التحويل .

وفيه فرعان:

الفرع الأول: دواعي التحويل الخارجية.

ترجع هذه الدواعي أساساً إلى السياسات الجديدة التي تبنتها المؤسسات المالية الدولية ، وعلى الأخص، البنك الدولي وصندوق النقد الدولي منذ أوائل الثمانينات بهدف تشجيع وتحفيز حكومات الدول النامية إلى التوجه الجديد للدول المتقدمة وهو الشروع في سياسات واسعة لخصخصة المشروعات العامة أي تحويل المشاريع العامة إلى مشاريع خاصة. وقد شاركت في الاتجاه ذاته بحماس هيئات المعونة الأجنبية الغربية.. وتشارك المؤسسات المالية الدولية - وهي مؤسسات تابعة للبنك - مشاركة نشطة في عمليات الخصخصة في العالم الثالث بما فيها شراء أسهم بعض المنشآت المعروضة للبيع ..

كما أن البنوك التجارية الدولية لها مصلحة مالية واضحة في تشجيع أنواع مالية معينة من مشروعات الخصخصة ، وتتوافر المصلحة نفسها بالنسبة لكثير من الشركات الاستشارية الدولية في مجالات الإدارة والإدارة المالية؛ لأنه ليس بإمكان حكومات العالم الثالث أن تستغني عن خدماتها في تنفيذ برامجها للخصخصة ..

الفرع الثاني

دواعي التحويل الداخلية

يرى عدد كبير من الاقتصاديين أن الخصخصة (تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة) . تشكل حلاً مناسباً لمشكلة عجز الميزانية ونقص السيولة النقدية في عدد كبير من الدول ..

وبالإضافة إلى الأسباب السابقة توجد عوامل داخلية أخرى تدفع نحو الخصخصة (تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة). ومن بين هذه العوامل انتشار التقنيات الحديثة ..

ويضيف بعض الاقتصاديين للدواعي السابقة للخصخصة (تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة) محاولة بعض دول العالم الثالث إعادة الرقابة على الاقتصاد الوطني الذي كان قد أخذ تدريجياً يستعصي على رقابة الحكومة بسبب التوسع المبالغ فيه في مجالات التدخل الحكومي وما أدى إليه من نمو متواصل التحتي في صورته المشروعة وغير المشروعة..

المطلب الثاني : إيجابيات التحويل

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: رفع الكفاءة الإنتاجية وفعالية التشغيل والإدارة.

ينظر الكثير من المراقبين إلى رفع الكفاءة الإنتاجية وفعالية التشغيل والإدارة باعتباره المعيار الرئيسي الذي يقاس به مدى الحاجة إلى التخصيص ويقوم به مستوى نجاحه، والواقع أن كثيراً من الدراسات التي أجريت في هذا المجال قد انتهت بمؤشرات واضحة إلى أن التخصيص قد أدى في معظم الحالات إلى رفع الكفاءة الإنتاجية وزيادة فعالية التشغيل

الفرع الثاني : تخفيف الأعباء المالية عن الدولة وتخفيض العجز في

ميزانيتها العامة : تأتي هذه النتيجة في بعض الأحيان بشكل مباشر كنتيجة للدخل الفوري الذي تحصل عليه الدولة نتيجة بيع ممتلكاتها إلى القطاع الخاص.

وفي أحيان أخرى ، فإن قيام الدولة بطرح ما تحتاج إليه من خدمات وأعمال في مناقصات للقطاع الخاص ، لا يؤدي إلى تحقيق دخل مباشر وإنما يعمل على تخفيض النفقات الجارية وتكاليف التشغيل السنوية.

الفرع الثالث : تشجيع عودة رؤوس الأموال الهاربة واجتذاب رؤوس

الأموال الأجنبية

يعد تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص أداة مهمة لتشجيع رؤوس الأموال الهاربة باجتذاب ثقة المستثمرين الوطنيين المقيمين في الخارج

وتعزيز رغبتهم في الاستثمار داخل بلادهم، كما أنه يشكل حافزاً رئيسياً وعاملاً مطمئناً للشركات الأجنبية يدفعها إلى الإقدام على استثمار رؤوس أموالها في البلدان المضيفة ..

الفرع الرابع: إذكاء روح المنافسة في الاقتصاد الوطني

إن روح المنافسة الشريفة هي إحدى أهم الوسائل الكفيلة برفع الكفاءة الإنتاجية في إنجاز الأعمال ، ولا تقتصر المنافسة على تقديم أفضل الخدمات بأقل الأسعار الممكنة فحسب، إذ أنها تشمل على المنافسة المالية المتمثلة في رفع قيمة السهم بشكل يعود بالنفع على المستثمرين ويساعد على تجميع رأس المال الإضافي في حالة احتياج الشركات إلى ذلك لتنفيذ أعمال التوسعة والاتجاه نحو أنشطة أخرى .

المبحث الثاني

المملكة العربية السعودية

وعمليّة تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الوضع الاقتصادي في المملكة .

يوصف الاقتصاد السعودي بأنه في التصنيف الاقتصادي الدولي ، ضمن اقتصادات الدول النامية لاعتبارات اقتصادية واجتماعية، ومعايير ومؤشرات تحدد درجة هذا الاقتصاد من الناحية التطويرية في السلم الاقتصادي العالمي.

لكن الاقتصاد السعودي يقع من حيث المعطيات والمؤشرات في سلم أرقى من كثير من الاقتصادات في الدول النامية ، ومن هذه المؤشرات مؤشرات الناتج المحلي ومؤشرات الدخل الفردي ومؤشرات المستويات المعاشية للسكان وغيرها.

وقياساً على هذه المؤشرات ، فإن الاقتصاد السعودي يقع مباشرة بعد اقتصاد الدول المتقدمة، وقد استمرت جهود الدولة الهادفة لرفع كفاءة أداء الاقتصاد السعودي والاستخدام الأمثل للموارد من خلال اعتماد برامج التخصيص للعديد من الأنشطة الاقتصادية ، وقد اتخذت الحكومة في عام ٢٠٠٣م ومطلع عام ٢٠٠٤م العديد من الإجراءات التنظيمية الداعمة لهذا التوجه ومنها :

إقرار أنظمة كل من المؤسسات الصحية الخاصة، ومراقبة شركات التأمين التعاوني ، وإمدادات الغاز وتسعيه، وتبادل المنافع بين نظامي التقاعد المدني والعسكري ونظام التأمينات الاجتماعية ، والرهن التجاري. كما اتخذ المجلس الاقتصادي الأعلى عدداً من القرارات الهادفة لرفع الأداء الاقتصادي.

أما عن تكلفة المعيشة ، فتشير جميع المؤشرات المتعلقة بالأسعار في المملكة إلى الانخفاض للعام الرابع على التوالي مؤسسة النقد العربي السعودي، التقرير السنوي الأربعون ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م ، الإدارة العامة للأبحاث الاقتصادية والإحصاء ، ص٣٨-٤٤ .

المطلب الثاني: دوافع تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة

١ - تحسين أداء الاقتصاد الوطني:

انتهاج الحكومة لسياسة الخصخصة ، يعمل على تخليصها من كثير من المهام والواجبات التي يفترض أن يقوم بها القطاع الخاص، مما يجعلها قادرة على تولي مزيداً من العناية والاهتمام لمؤسساتها ، لتحقيق أداء أفضل في نواحي متعددة كالأمور المالية أو الإدارية، و زيادة تفعيل دورها في الرقابة والمساءلة ، مما يؤدي بالتالي إلى تحسن أداء الاقتصاد الوطني بشكل عام .

٢ - تشجيع الاستثمار ودفع مسيرة النمو الاقتصادي :

تعمل الخصخصة (تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة) على :

- حماية رؤوس الأموال الوطنية الخاصة، خاصة الموجودة في الخارج.

- استقطاب المدخرات المحلية والأجنبية لمزاولة كثير من النشاطات الاقتصادية.
- إعطاء الاستثمارات المحلية والأجنبية فرصة أكبر في إدارة وتشغيل وصيانة وترميم بعض المرافق التي تديرها الدولة.
- استخدام آليات السوق وأساليبه عند التسعير.
- إعطاء الفرصة للاستثمارات الخاصة للاشتراك في تملك وإدارة الصناعات الأساسية.
- تتاح فرصة أكبر للدولة للتركيز على القطاعات الاستراتيجية والأمنية.

٣ - تخفيف الأعباء المالية عن كاهل الدولة:

- يتوقع عند الأخذ ببرنامج الخصخصة أن ينتج ما يلي:
- تخفيف العبء المالي عن كاهل الدولة ، عن طريق نقل المشاريع العامة إلى القطاع الخاص بأسلوب البيع الجزئي أو الكامل، أو الحصول على إيرادات متتابة إذا اتبعت الدولة أسلوب عقود الإدارة أو التأجير .
 - بما أن الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام تتمتع بامتياز الإعفاء الضريبي أكثر من القطاع الخاص.
 - يمكن للدولة أيضاً أن تخفف من أعباء الإنفاق الحكومي الجاري والرأسمالي ، نتيجة لانخفاض حجم العمالة عند التحويل.

- يمكن للدولة أن تستخدم جزء من الإيرادات الناجمة عن الخصخصة لسداد ديونها الداخلية المستحقة للبنوك أو القطاع الخاص.

٤ - تحسين وضع ميزان المدفوعات :

يتم ذلك عن طريق :

- تشجيع الاستثمارات الخاصة، التي بدورها تعمل على زيادة الإنتاج المحلي.

- تؤدي الخصخصة (تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة) إلى خلق فرص استثمارية جديدة تعمل على تشجيع الاستثمار الأجنبي الخاص الذي يحسن وضع ميزان المدفوعات .

المطلب الثالث: أهداف تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة

يمكن ومن خلال التتبع والمراجعة للبيانات الصادرة عن المسؤولين حيالها إجمالها في ما يلي:

- تخفيف العبء عن كاهل الدولة: يعتقد أنه بالتخصيص ستتمكن الدولة من تخفيف تلك الأعباء مما سيسهم في توجه نشاطها نحو المهام الأساسية المناطة بها وهذا سيزيد بالتالي من فعاليتها وكفاءتها في أداء تلك المهام.
- زيادة موارد الدولة المالية: ستؤدي عملية التخصيص إلى توفر إيرادات إضافية لخزينة الدولة ، وهذا بدوره سيتيح لميزانيات

الدول وخاصة التي تعاني من عجوزات في ميزانياتها تحسين وضعها المالي.

- إعطاء القطاع الخاص دوراً أكبر في النشاط الاقتصادي: إنه من المتوقع أن تؤدي عملية التخصيص إلى توسيع قاعدة المستثمرين وتطوير عائدات الادخار والاستثمار لدى الأفراد مما سيسهم في تعزيز فرص التنمية الاقتصادية وكفاءة استخدام الموارد الاقتصادية
- زيادة معدلات النمو الاقتصادي: وهو نتاج طبيعي لما ستسفر عنه عملية التخصيص من إعادة تخصيص الموارد الاقتصادية وتحفيز الوحدات الاقتصادية وبالتالي رفع معدلات كفاءة الأداء في الاقتصاد وزيادة إنتاج السلع والخدمات.
- تحسين معدلات التبادل التجاري: يتوقع أن يؤدي التخصيص إلى إعادة تنظيم النشاط الاقتصادي وتوجيه لاستغلال الموارد الاقتصادية المتاحة في سوق تنافسي يسهم في تحفيزهم على تطوير منتجاتهم والرقي بها لمستوى المنافسة مع السلع المستوردة بل والتصدير.
- تحسين مستوى الرفاه الاقتصادي: إذ سيسهم التخصيص ومن خلال إعادة توزيع المهام بين القطاعين العام والخاص، ومن خلال توسع الاستثمار ومن ثم إيجاد فرص عمل جديدة، ومن خلال ما ستؤدي إليه المنافسة السائدة في السوق من زيادة في الإنتاج.

من أهداف التخصيص كذلك السعي للتغلب على الزيادة المطردة في حجم الدين العام..

إضافة إلى ذلك فإن تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي خلال السنين الماضية كان مبرراً ولو جزئياً بالأوضاع الاستثنائية التي مرت بها تلك الدول.

كما أن إتاحة الفرصة للقطاع الخاص بمباشرة دور أكبر في الاقتصاد المحلي يؤدي إلى تعزيز المنافسة وإدارة النشاط الاقتصادي بكفاءة أكبر.

المطلب الرابع : أساليب تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة

١ - تخصيص الملكية: يتم النقل الكلي أو النقل الجزئي للملكية المشروع العام عن طريق بيعه بأشكال متعددة منها:

- عرض أسهم المشروع في سوق الأوراق المالية للجميع، أو لعامة الناس ومن ثم تحويله إلى شركة مساهمة مملوكة بالكامل للجمهور.
- عرض نسبة من أسهم المشروع لعامة الناس ومن ثم تحويله إلى شركة مساهمة مملوكة للدولة والجمهور.
- بيع جزء من المشروع لمؤسسات القطاع الخاص وتكوين شركات مشتركة بين القطاعين.
- بيع المشروع لمشتري واحد أو عدد محدد من المشتريين أو شركات خاصة.

- بيع المشروع للعاملين فيه كلياً أو جزئياً.
- بيع المشروع العام للمستفيدين منه أو العملاء، وخاصة إذا كانوا شريحة محددة.
- بيع المشروع لشركات أجنبية، وهو رغم ندرته إلا أنه مفيد في جذب الخبرات الإدارية والتقنية المتطورة.
- تصفية المشروع بالكامل وبيع موجوداته بالكامل في السوق.

٢ - تخصيص الإدارة: يتم إدارة و تشغيل تلك المشاريع عن طريق القطاع الخاص بأحد ثلاثة أساليب:

- أسلوب التعاقد مع مؤسسات القطاع الخاص مقابل قيام الدولة بدفع مقابل مادي نظير هذا العمل، وتتميز هذه الطريقة بخفض التكاليف وترشيد الإنفاق.
- أسلوب عقد التأجير، والذي يتضمن إتاحة الفرصة للقطاع الخاص لتولي إدارة وتشغيل المشروع العام وفق أسس تجارية وبحرية ومرونة كاملة تتفق وشروط العقد، مقابل أن يدفع القطاع الخاص للدولة أجرة معلومة نظير استفادته من عوائد إدارته للمشروع العام..
- أسلوب عقد الامتياز والذي يمكن القطاع الخاص من الحصول على امتيازات محددة تمكنه من استثمار بعض الممتلكات الحكومية وفق جدول زمني محدد وتعطيه الحق في بيع منتجات تلك الممتلكات والحصول على عوائد مالية منها إما مقابل رسوم محددة يدفعها

للدولة، أو تملك الدولة للمشروع بعد انتهاء عقد الامتياز..
ويعمّر هذا الأسلوب إتاحتها الفرصة لقيام مشاريع ذات مردود
اقتصادي دون أن تتحمل ميزانية الدولة أية أعباء،.

٣ - إلغاء أو تقليص الاحتكار الذي يمارسه القطاع العام في إنتاج
السلع والخدمات لصالح مشاركة القطاع الخاص في ذلك ويكون
بأحد الأساليب التالية:

- انسحاب القطاع العام من إنتاج سلعة ما أو خدمة وإيكال أمر
إنتاجها للقطاع الخاص.
- مشاركة القطاع الخاص القطاع العام في إنتاج السلع والخدمات أو
سلع وخدمات محددة عن طريق إنشاء شركات مختلطة بينهما .
- استمرار شركات القطاع العام في إنتاج السلع والخدمات وإتاحة
الفرصة لقيام شركات خاصة مماثلة تنافسها في إنتاج السلع
والخدمات.
- إتاحة الفرصة لمستثمري القطاع الخاص لتمويل مشاريع القطاع
العام وحصولهم على العوائد المترتبة على ذلك .

المطلب الخامس : إدارة تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة

تم إعداد خطة استراتيجية للتخصيص تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء رقم (٦٠)
الصادر عام ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، والذي حدد الإطار العام لعملية
التخصيص. وتستهدف استراتيجية التخصيص بالمملكة العربية السعودية

تحسين الكفاءة الاقتصادية، وزيادة الفرص الاستثمارية للقطاع الخاص. تجدر الإشارة إلى أن الخطوات التنفيذية الآتية تم استكمالها لإدارة عملية تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة خلال خطة التنمية السادسة:

- إسناد جميع أعمال إدارة أرصفة الموانئ وتشغيلها وصيانتها وتوفير معادتها إلى القطاع الخاص، وذلك تنفيذاً للموافقة السامية الصادرة في عام ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م. والتي تم تعزيزها بقرار من مجلس الوزراء في عام ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م بإعطاء القطاع الخاص دوراً أكبر في إدارة الموانئ وتشغيلها، إضافة إلى مراجعة الهياكل التنظيمية والإجراءات ذات العلاقة.
- وقد تم في قطاع التعليم تطبيق نظام تمويل بناء المدارس وإنشائها من قبل القطاع الخاص.
- كما أن صدور قرار مجلس الوزراء رقم (١٦٩) بتاريخ ١١/٨/١٤١٩هـ بالموافقة على إعادة هيكلة قطاع الكهرباء، الذي سيتمخض عنه دمج جميع الشركات العاملة في مجال الخدمة الكهربائية.
- وقد تم أيضاً إنشاء شركة مساهمة سعودية للخدمات في مدينتي الجبيل وينبع الصناعيتين للقيام بأعمال التشغيل والصيانة والإدارة.
- إنشاء شركة الاتصالات السعودية، تم خلال خطة التنمية السادسة تحويل قطاع البرق والهاتف بمختلف مكوناته إلى شركة مساهمة

تدار على أسس تجارية.

وهناك توجه بأن تشمل برامج التخصيص مستقبلاً المؤسسة العامة للخطوط الحديدية ووزارة التخطيط بالمملكة العربية السعودية: خطة التنمية السابعة (١٤٢٥-١٤٢٥هـ) (٢٠٠٤-٢٠٠٤م). ص ١٩٦-١٩٨

المبحث الثالث : موقف الشريعة الإسلامية من عملية تحويل الملكة العامة إلى الملكية الخاصة

وفيه مطلبان: المطلب الأول: الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية. إن الشريعة الإسلامية لم تكتف بإقرار الملكية الخاصة فحسب، بل نراها شجعت عليها تشجيعاً يتصف بالاعتدال وإقامة التوازن. وسنورد بعض النصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية الواضحة الدلالة على إقرارها بالملكية الخاصة: أولاً: نصوص القرآن الكريم :

١- قال الله - تبارك وتعالى - : ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنبُلَةٍ مِائَةٌ حَبَّةٌ﴾ [البقرة: ٢٦١].

ثانياً: نصوص الحديث الشريف:

من السنة المطهرة التي تدل على ما ذكرناه، هي:

١- قال النبي ﷺ في خطبة حجة الوداع: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا ، في شهركم هذا،

في بلدكم هذا.. " سبق تخريجه.

والواقع أن إقرار الشريعة الإسلامية لحق الملكية الخاصة أو الملكية الفردية أمر معروف من الدين بالضرورة ، إذ لولا هذا الإقرار لما كان هناك معنى لما شرعه الإسلام من أنظمة الزكاة والنفقات وعقود المعاوضات والتمليكات وغيرها من الأنظمة والعقود المتعلقة بالمال.

المطلب الثاني : مشروعية تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة في

الشريعة الإسلامية

أساس السماح لهذه العملية هو :

أولاً: القرآن الكريم :

١- قال تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ [البقرة: ٣٠] .

٢- قال تعالى : ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ﴾ [الأعراف: ١٠] .

ثانياً: الأحاديث النبوية :

١ - عن ابن عمر - رضي الله عنهما - : "أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز، وأن رسول الله ﷺ لما ظهر على خيرير أراد إخراج اليهود منها . وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ولرسوله وللمسلمين، فأراد إخراج اليهود منها، فسألت اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم بها ، على أن يكفوا عملها، ولهم نصف الثمر. فقال لهم

رسول الله ﷺ نفركم بما على ذلك ما شئنا، ففروا بما حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء" رواه: مسلم، ، حديث رقم (١٥٥١) .

ظهر لنا من التطبيق الإسلامي تجاه أرض خيبر (كما في الحديث السابق) ما يلي:

أ - أن الإسلام لا يمنع من أن يمنح للأجانب حق استغلال مورد وطني نظير جزء معين من الناتج.

ب - إذا توفرت الإمكانيات فمن الواجب أن يباشر المسلمون بأنفسهم في استغلال كل مورد وطني يزيد في تقدم الأمة ورفيها .

يعتبر جواز تملك الثروات الطبيعية للمحرزين لها من تخصيص النص العام (الذي جاء على منعه لتعلق المصلحة العامة بها) بالعرف العام

والأصل في العقود الإباحة ما لم تخالف نصاً شرعياً. ومعنى ذلك أن العقود والاتفاقات لا تنحصر فيما كان سائداً في عهد الرسول ﷺ ، إنما تمتد

لتشمل كافة الصيغ والأساليب الحديثة التي تتفق مع مقاصد الشريعة في تحقيق المصالح ودرء المفاسد.

بإمعان النظر ، نجد أن الإسلام لا يمنعنا من قبول سياسة تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة إذا توفرت فيها الشروط بصحة العقود ، ما

دامت داخل إطار تحقيق المصلحة العامة وعدم الإضرار بالآخرين

الفصل الثالث

آثار تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : الآثار الاقتصادية .

المطلب الأول: تعدد الأساليب الاقتصادية .

عند عملية تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة سيصبح عندنا

أكثر من أسلوب اقتصادي على النحو الآتي :

أولاً : أسلوب الإدارة العامة فيما لم يخصص من مشاريع فإن هذا سيجتنب

للدولة مجال أفضل في إدارة هذه المشاريع المسؤولة .

ثانياً: أسلوب الإدارة الخاصة ، والذي يتم عن طريق رجال الأعمال

الطامحين في الحصول على الربح وبالتالي فإنهم يحرصون على اتباع أفضل

السبل الإدارية التي يمكن أن تحقق لهم جودة في الإنتاج وخفضاً في

التكاليف ومن ثم زيادة في الأرباح..

المطلب الثاني : التنفيذ العملي لخطط التنمية

إن تحويل ملكية المشاريع العامة للقطاع الخاص سيسهم بشكل كبير في

تحقيق الأهداف التي تسعى خطط التنمية وتشمل هذه الأهداف :

١- الحفاظ على القيم الإسلامية وتطبيق الشريعة وترسيخها

ونشرها .

- ٢- بناء وتحسين البنية الأساسية في المملكة.
 - ٣- تحسين مستوى المعيشة ونوعية الحياة .
 - ٤- تعزيز النمو الاقتصادي من خلال الأنشطة الاقتصادية للقطاعات العام والخاص ..
 - ٥- التأكيد على أهمية القطاع الخاص ودوره في تحقيق التنمية.
 - ٦- تنويع القاعدة الاقتصادية وتقليل الاعتماد على النفط كمصدر رئيس للدخل.
 - ٧- تنمية الموارد البشرية وتعزيز وتوسيع الخدمات الاجتماعية.
- وتشير خطط التنمية الخمسية التي نفذتها المملكة العربية السعودية إلى تعاظم دور القطاع الخاص من بداية التخطيط الشامل الذي بدأ في عام ١٩٧٠م حتى نهاية الخطة الخمسية السادسة في عام ٢٠٠٠م . وتشير الخطة الخمسية السابعة إلى استمرارية دعم نمو القطاع الخاص والاعتماد عليه بشكل أكبر.
- إن تجربة المملكة العربية السعودية في دعم القطاع الخاص خلال الخمس والثلاثين سنة الماضية تعتبر فريدة من نوعها، وذلك حسب الظروف المحلية التي مرت بها، ولقد تزامنت قوة القطاع الخاص مع بداية الخطة الخمسية السادسة (١٤١٥-١٤٢٠هـ). وإعلان المملكة العربية السعودية نيتها بتحويل ملكية بعض النشاطات التي تقوم بها الدولة إلى القطاع الخاص، ولم تحدد المملكة كيف ومتى سوف يتم هذا التحويل، وما هي

محدداته ومقوماته ؟

وتوجه المملكة العربية السعودية نحو التحويل إلى القطاع الخاص ليس صادراً عن تحول سياسي أو اقتصادي أو توصية من قبل إحدى المؤسسات الدولية، وإنما هو تأكيد مساهمة القطاع الخاص الفعّالة والفاعلة في البناء والتمويل والإنتاج حسب ما رسم له في الخطط الخمسية التنموية.

المبحث الثاني : الآثار المالية

وفيه مطلبان:المطلب الأول: النمو المالي للمنشآت الاقتصادية .

يمكن تحديد عدد من العوامل التي تؤدي إلى النمو المالي للمنشآت

الاقتصادية:

أ - قوة أداء الإدارة داخل المنشأة الاقتصادية حيث تعمل على

إعادة تنظيم عمليات المنشأة العامة بغرض رفع مستوى الإنتاجية .

ب - عدم التدخل الخارجي في الشؤون الداخلية للمنشأة

الاقتصادية وعملياتها.

ج - أن المنشأة العامة تفتقر إلى الميزة النسبية بحيث لا تكون

عملياتها مربحة لو تعرضت لاختبار حقيقي في السوق ، بعكس المنشآت

الاقتصادية فهدفها هو الربحية .

والمنشآت العامة في المملكة العربية السعودية التي من الممكن أن

تنفق عليها الحكومة من الموارد المالية للمنشآت الخاصة ، تأخذ بعض

الأشكال تتلخص في الآتي:

١- المصالح الحكومية

٢- المؤسسات العامة.

٣- الشركات الحكومية.

فالنمو المالي للمنشآت الاقتصادية وزيادة إيراداتها الأمر الذي يعود

إيجابياً في رفع ميزانية الدولة، من الممكن أن تنفق الدولة وتستفيد من هذا

النمو في تغطية نفقات منشأتها العامة الآنفه الذكر .

المطلب الثاني : المساهمة في الدخل الوطني

المتوقع من تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة هو تحقيق الكفاءة الإنتاجية للمشروعات المحولة إلى القطاع الخاص، كما أنه يتوقع أن يكون هناك تحسن في مستوى الدخل من جراء انخفاض التكاليف وزيادة العرض ومن ثم انخفاض الأسعار ، إضافة إلى تحسن جودة الإنتاج. إضافة إلى ذلك فإنه من الممكن جعل جزء من إنتاج المشاريع المخصصة موجه للتصدير الخارجي، وهذا بدوره يؤدي إلى زيادة الدخل الوطني من خلال مشتريات المستهلكين الأجانب لهذا الإنتاج .

المبحث الثالث : الآثار الإدارية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مجالات تدخل الدولة .

المصلحة العامة قد تقتضي من ولي الأمر التدخل في أنشطة القطاع الخاص في كل مجال يغلب على الظن فوات تلك المصلحة بعدم التدخل وعلى سبيل المثال ما يلي: ١ - منع الأنشطة المحرمة شرعاً:

أ - منع بيع ما يضر بالصحة العامة.

ب - منع العبث بمصالح وأموال الناس العامة

ج - منع العمل في المجالات المحرمة.

د - منع الطرق غير المشروعة في الكسب.

هـ - منع التصرفات الضارة بالغير.

٢ - مراقبة الأنشطة الجائزة شرعاً :

وذلك ليكون القيام بها على وجه صحيح لا تقصير فيه ولا غش ،

وبشروط توصل إلى الغاية المقصود منها، وعلى سبيل المثال ما يلي:

أ - تحديد الأجور والأسعار.

ب - الإجبار على البيع أو التأجير، قد تقتضي المصلحة المحققة بل

الضرورة أحياناً إزالة ملكية الإنسان الخاصة في مقابل ثمنها العادل.

المطلب الثاني : حدود الاستقلال الإداري

فالإدارة الخاصة تتمتع بالمرونة الكافية في اتخاذ إجراءات وقرارات إدارية التي

تكون سبباً في نجاح أعمالها وتحقيق هدفها المنشود دون قيود حكومية ولا

موافقات مشروطة أو غير مشروطة من مجالس عليا قد تطول إجراءاتها أو

تقصر مما يفوت فرص المبادرة والكسب ، فالإدارة في القطاع الخاص لها

استقلالية تمكنها من إدارة مشروعاتها بكفاءة أعلى وإبداع أكبر.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث
أحكام ملكية الوحدات العقارية
بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب
ماجد بن عبد الله المشوح
إشراف
د. سعود بن محمد البشر

١٤٢٤ / ٥٦٣١ هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) ١٤٣
البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) ١٠٤
البحث بعد التلخيص بحجم (A4) ٤٠

إعداد
لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

تقسيم البحث

المقدمة : وتشتمل على أهمية الموضوع ، وسبب اختياره ،
والدراسات السابقة في الموضوع ، ومنهج الباحث ، وخطة البحث.

الفصل التمهيدي: وفيه

المبحث الأول : تعريف ملكية الوحدات العقارية.

المطلب الأول: التعريف اللغوي.

المطلب الثاني: التعريف الفقهي.

المطلب الثالث: التعريف النظامي.

المبحث الثاني: التطور التاريخي لملكية الوحدات العقارية.

المبحث الثالث : أهمية تملك الوحدات العقارية .

المطلب الأول: مزايا تملك الوحدات العقارية.

المطلب الثاني: عيوب تملك الوحدات العقارية.

الفصل الأول: تكييف تملك الوحدات العقارية:

المبحث الأول: التكييف الفقهي.

المطلب الأول: مفهوم ملكية السفل والعلو.

المطلب الثاني: نطاق الملكية في السفل والعلو

المبحث الثاني: التكييف النظامي.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الملكية المفترزة والشيوع الإجباري.

المطلب الثاني : نطاق الملكية المفترزة والشيوع الإجباري.

الفصل الثاني : أحكام تملك الوحدات العقارية.

المبحث الأول : الأحكام المتعلقة بالوحدة العقارية .

المطلب الأول: حق المالك في الوحدة العقارية في الفقه والنظام .

الفرع الأول: حق التصرف في الوحدة العقارية.

الفرع الثاني: حق الاستعمال.

الفرع الثالث: حق الاستغلال.

الفرع الرابع: حق البناء.

الفرع الخامس: حق الحصول على صك ملكية.

الفرع السادس: حق استعمال وحدة الغير للقيام بالأعمال الضرورية.

الفرع السابع: حق التعويض.

الفرع الثامن: حق تغيير استخدام ملكه.

الفرع التاسع: حق الشفعة.

المطلب الثاني: التزامات المالك في الوحدة العقارية في الفقه والنظام.

الفرع الأول : عدم التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني : الصيانة والترميم .

الفرع الثالث : إزالة الضرر غير المألوف.

الفرع الرابع: تسديد رسوم الخدمات التي عليه.

المبحث الثاني :الأحكام المتعلقة في الأجزاء المشتركة

المطلب الأول : التعريف بالأجزاء المشتركة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي.

الفرع الثالث: التعريف النظامي.

المطلب الثاني : حق المالك في الأجزاء المشتركة الفقه والنظام .

الفرع الأول: حق التصرف في الأجزاء المشتركة مع الأجزاء المفروزة.

الفرع الثاني: حق استعمال الأجزاء المشتركة والانتفاع بها.

الفرع الثالث: حق إدارة الأجزاء المشتركة.

الفرع الرابع: حق التعويض.

الفرع الخامس: حق تحسين الانتفاع بالأجزاء المشتركة دون أن يغير

من تخصيصها.

المطلب الثالث:التزامات المالك في الأجزاء المشتركة في الفقه والنظام.

الفرع الأول: عدم التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني:الصيانة والترميم.

الفرع الثالث: عدم التخلي عن الحصة في الأجزاء المشتركة.

الفرع الرابع: منع المالك في أن يتصرف في الأجزاء المشتركة بمعزل عن الطبقة أم الشقة.

الفصل الثالث: الشركة في ملكية الوحدات العقارية

المبحث الأول: التكييف الفقهي والنظامي.

المبحث الثاني: تقدير حصص الشركاء.

المبحث الثالث: قسمة الحصص الشائعة في البناء المشترك.

الفصل الرابع : جمعية الملاك

المبحث التمهيدي : التعريف بجمعية الملاك

المطلب الأول: التعريف في اللغة.

المطلب الثاني: التعريف في النظام

المبحث الأول: تكييفها الشرعي

المبحث الثاني: الصفة النظامية لجمعية الملاك

المبحث الثالث: طبيعة قراراتها الصادرة.

المبحث الرابع : تكوين جمعية الملاك .

المطلب الأول: طريقة تكوينها.

المطلب الثاني: أعضاء جمعية الملاك.

المطلب الثالث: جلسات جمعية الملاك.

المبحث الخامس: موارد جمعية الملاك.

المبحث السادس: اختصاصات جمعية الملاك.

المطلب الأول: حقوق عامة

المطلب الثاني: ما يجب فيه الإجماع من جميع الأصوات.

المطلب الثالث: ما يجب فيه ثلاثة أرباع أصوات الملاك.

المطلب الرابع: ما يجب فيه أغلبية الأصوات.

المبحث السابع: مدير جمعية الملاك .

المطلب الأول: طريقة تعيين مدير جمعية الملاك.

المطلب الثاني: حقوق مدير جمعية الملاك.

الفرع الأول: المكافأة الخاصة به.

الفرع الثاني: مطالبة أحد الأعضاء بتنفيذ بعض الأعمال.

المطلب الثالث: التزامات مدير جمعية الملاك.

الفرع الأول: رئاسة اجتماعات الجمعية.

الفرع الثاني: متابعة قرارات الجمعية.

الفرع الثالث: تنفيذ قرارات الجمعية.

الفرع الرابع: حفظ جميع الأجزاء وحراستها وصيانتها.

الفرع الخامس: تمثيل الجمعية أمام القضاء والجهات الأخرى.

المطلب الرابع: عزل مدير الجمعية

المبحث الثامن: انقضاء جمعية الملاك.

الخاتمة.

الفهارس

الفصل التمهيدي: وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: تعريف ملكية الوحدات العقارية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف اللغوي

أحكام ملكية الوحدات العقارية:

أولاً: أحكام: أحكام جمع حكم وهو مصدر حَكَمَ يَحْكُمُ، والحكم

يأتي على معان مختلفة، منها: القضاء. و العلم، والفقهاء.

ثانياً: ملكية: الملك في اللغة: من ملك (ملكه يملكه ملكاً مثله، وملكه

محرّكة، ومملوكة بضم اللام أو بثلاث احتواه قادراً على الاستبداد به).

وعليه فإن الملك في اللغة: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به.

ثالثاً: الوَحَدَات: جمع وحدة وهي نفس العدد واحد .

رابعاً: العَقَّارِيَّة: العقارية من العقار بالفتح مخففاً، وهي الأرض والضياع

والنخل.

المطلب الثاني: الملك في الاصطلاح الفقهي:

عرفه ابن تيمية رحمه الله الملك فقال: (هو القدرة الشرعية على

التصرف في الرقبة).

ولعل ما ذهب إليه ابن تيمية رحمه الله، أقرب لأمر: لأنه أجمع وأمنع فهو جامع لما فيه الملكية من حيث الابتداء في الحيازة والاحتواء، لأن القدرة الشرعية جامعة للتصرفات الشرعية، وفيها عدم المانع لأن فاقد الأهلية لا يعد منه التصرف ولا يثبت له حق الملكية، والرقة شاملة للعين والمنفعة، لأن تلازم المالية حاصل فيهما.

المطلب الثالث: التعريف النظامي:

عرفت (م ١١) من قانون الملكية العقارية (الملكية العقارية بأنها حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن القوانين والقرارات والأنظمة، ولا يجري هذا الحق إلا على العقارات الملك).
على أن التعريف الصحيح بنظره لحق الملكية العقارية على الوجه الآتي: (أنه الحق الذي بمقتضاه يوضع شيء تحت إدارة شخص وتصرفه بوجه دائم وبصورة مقتصرة عليه دون سواه)

والملك يأتي على تقاسيم عدة نجملها في المفردات التالية:

التقسيم الأول: من حيث الشئوع وعدمه: ملكية مفرزة.

وملكية شائعة.

ثم إن الملكية الشائعة تنقسم إلى قسمين:

ملكية شائعة اختيارية.

وملكية شائعة إجبارية.

التقسيم الثاني: من حيث كونه تام أم غير تام:

والمالك التام، وهو ما يرد على رغبة الشيء ومنفعته معا.
وملك ناقص، وهو ما يرد على رغبة الشيء أو على منفعته.
تعريف العقار في النظام: (م ١٢٩): الأموال الثابتة التي لا يمكن نقلها من
محل إلى آخر كالدور والأراضي.

الخلاصة:

التعريف العام للملكية الوحدات العقارية: عبارة عن مجموعة من
الأشخاص يملكون عقارات مقسمة إلى وحدات، لكل منهم
نصيب يتمثل في جزء مفرز هي الوحدة، وحصّة في الأجزاء
المشتركة.

والمراد بالوحدات: عرف المنظم السعودي (م ٢/١) الوحدة العقارية: هي الدار
أو الطبقة أو الشقة أو المرآب (الكراج أو الدكان) أو أي جزء من البناء
النظامي يمكن فرزه، وإجراء حقوق الملكية عليه، والتصرف به مستقبلا
عن أجزاء البناء الأخرى نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها الصادر بقرار من مجلس
الوزراء رقم ٤٠ وتاريخ ١٤٢٣/٢/٩هـ المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم م/ وتاريخ
١٤٢٣/٢/١١هـ. (مجموعة الأنظمة السعودية، إعداد: هيئة الخبراء بمجلس الوزراء، الطبعة:
بدون، ١٤٢٣هـ، الرياض) ..

أما المراد بالأجزاء المشتركة فقد جاء تعريفها في (م ١ / ٥): هي
الأرض المشيد عليها البناء، والحدائق، والارتدادات نظام ملكية الوحدات
العقارية (م ١ / ٥) ..

المبحث الثاني: التطور التاريخي لملكية الوحدات العقارية:

المرحلة الأولى: في بداية العهد السعودي: لم تكن الدولة السعودية تعرف هذا الأسلوب في المساكن سوى مكة والمدينة.

المرحلة الثانية: مرحلة بدايات النظام:

أصدرت الهيئة القضائية العليا القرار برقم ٣٤٢ في ٢٦/١١/١٣٩٣ هـ وجاء فيه أنها (لا ترى ما يمنع من بيع كل شقة أو أكثر على حدة من عمارة تحتوي على شقق كثيرة). إلا أن مجلس القضاء المنعقد بهيئة دائمة، رأى وجوب تعميم هذا القرار إلى كتاب العدل لإزالة كل لبس حول جوازه، فصدر تعميم وزير العدل رقم ١١٥ / ١٣ ت : في ١٧/٧/١٣٩٩ هـ بشأن توثيق بيع الدكاكين والشقق الواقعة في عمائر ذات أدوار متعددة، وورد فيه مجموعة من الأحكام والقرارات المنظمة للعقار المشترك.

المرحلة الثالثة: مرحلة صدور النظام:

وبعد انتشار مثل هذه العقارات والوحدات المفرزة وإقبال الناس عليها صدرت موافقة مجلس الوزراء على نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها برقم ٤٠ وتاريخ / ٢/١٤٢٣ هـ المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم ١١/١٢/١٤٢٣ هـ ومن ثم أصدرت وزارة الشؤون البلدية والقروية اللائحة التنفيذية للنظام وهذا النظام ولائحته هو ما سنتعرض له بالتفصيل في دراستنا هذه إن شاء الله.

المبحث الثالث

أهمية تملك الوحدات العقارية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مزايا تملك الوحدات العقارية:

١- التسهيل على الشباب المقبل على صعوبة الحياة:

إن من أهم ما يميز أسلوب تملك الوحدات العقارية هي التخفيف على الشباب المقبل على الحياة مما تسهل له القدرة على تملك بيت يستقر فيه.

٢- من الناحية العمرانية: هذه الطريقة تحافظ على عدم التوسع في البلد بصورة عشوائية.

٣- أما من الناحية الاقتصادية: فإن في تملك الوحدات العقارية تقليل الاستهلاك المادي، وهي فرصة أيضا للتجار بأن يستثمروا أموالهم في مشاريع تعود بالصالح عليهم وعلى وطنهم.

٤- إمكانية الحصول على منزل في المدن المزدهمة سكانيا.

٥- من الناحية النفسية: من طبيعة النفس البشرية الجنوح نحو الرغبة في التملك، وهذا الأسلوب يحقق هذه الرغبة الإنسانية بأقل التكاليف.

المطلب الثاني: عيوب تملك الوحدات العقارية

١- صعوبة الحياة مع الآخرين، خاصة إذا لم تتوافق الاتجاهات والأفكار: فإن هذا المالك سوف يعيش مع ملاك الوحدات المجاورين له كما لو عاش معهم في منزل واحد بأجنحة مستقلة مما يعكس المزيد من القلق.

٢- صعوبة تربية الأولاد: وذلك يكون في الوقت الذي يجاوره فيه أبناء ذوو أخلاق رديئة، مما يعني تضاعف المسؤولية والجهد المبذول في تربية الأولاد.

٣- عدم الاستقلال عن الآخرين: إن الإنسان بطبعه يحب التفرد والاستقلال، إلا أن الوحدات العقارية لا توفر ذلك له بشكل كامل.

٤- الشروط والالتزامات العالقة على أصحاب الوحدات مع الآخرين:

فلا بد من حدوث مشاكل بين الملاك وهناك رسوم ونفقات وصيانة، ومراعاة حقوق الجيران سواء كان ذلك بنشر الهدوء وعدم الإزعاج أو غير ذلك.

٥- أنها عرضة للكوارث أكثر من غيرها، كالحرائق وغيرها، لا سيما في المباني والمشاريع الضخمة التي تنشئها الدولة.

الفصل الأول

تكييف تملك الوحدات العقارية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التكييف الفقهي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم ملكية السفل والعلو

السفل والعلو كلمتان متباينتان، أحدهما يعرف الآخر، فالسفل هو عكس العلو، كما أن العلو هو عكس السفل، كما أن العلو يطلق على ارتفاع البناء.

يمكن القول بأن تكييف هذا الأسلوب من التملك بأنه عبارة عن ملكية عادية (مفرزة) مصحوبة بحق ارتفاع.

المطلب الثاني: نطاق الملكية في السفل والعلو:

كلا من صاحب العلو وصاحب السفل يملك طبقته ملكية تامة وعلى وجه الاستقلال. ويتمتع كل منهما بحقوق المالك المتمثلة في الاستعمال والاستغلال والتصرف. كما ويتحمل كل منهما ما يقتضيه ملكه من نفقات.

المبحث الثاني: التكيف النظامي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم نظرية الملكية المفرزة والشيوع الإجباري مفهوم نظرية الملكية المفرزة والشيوع الإجباري أن ترد الملكية على جزء مفرز، يتمثل في ملكية الشقة أو الطبقة، كما ترد أيضا على حصة شائعة في الأجزاء المشتركة. وحتى تسري أحكام ملكية الشقق والطبقات لابد من أن تتوافر الشروط التالية:

- ١- ضرورة أن يكون هناك مبنى مكون من شقق وطبقات.
- ٢- أن يكون هناك أكثر من مالك للمبنى، ولا يشترط أن يكون جميع الملاك من الأشخاص الطبيعيين، فقد ينشأ من هذا النوع من الملكية بين الأشخاص اعتباريين.
- ٣- ضرورة أن يكون لكل شقة أو طبقة ملكا خاصا مفرزا لملكها وأن يكون هناك أجزاء مشتركة. لا يشترط لتطبيق هذا النظام تعدد الطوابق. كما لا يشترط لتطبيق النظام محل البحث، أن تكون الأرض مملوكة للملكي الشقق، إذ لا مانع من أن يكون المبنى مشيدا على أرض مملوكة للغير، استنادا إلى حق الحكر أو إلى مجرد حق شخصي، كالإيجار مع الترخيص في البناء.

وإذا تعدد ملاك البناء الواحد على النحو السابق. فإننا نكون بصدد شيوع إجباري.

ويكون بقوة النظام تطبيق نظام ملكية الوحدات العقارية الذي نحن بصدد الحديث عنه، ما لم يتفق على خلاف ذلك.

النظام الواجب الإلتباع : تتفق القوانين العربية في غالبيتها على إعطاء ذوي الشأن الخيار بين نظامي السفلى والعلو والنظام القانوني في ملكية الشقق والطبقات، وأن هذا الأخير يمثل الأصل والقاعدة العامة واجبة الإلتباع ما لم يتفق على خلاف ذلك.

القاعدة العامة في هذا المجال، إلا أنه لا يمكن تطبيق النظامين معا على بناء واحد إذ أن ذلك يمثل خلطا ينبغي تلافيه.

وتأخذ بهذه الازدواجية العديد من القوانين العربية، وقد سائر النظام السعودي غيره من الأنظمة العربية التي أخذت بازدواجية النظامين معا إلا أن الأصل والقاعدة هو تطبيق نظام ملكية الوحدات العقارية ما لم يتفق على خلاف لك.

الطبيعة القانونية لملكية الوحدات العقارية: حق الملكية على الأجزاء المفروزة لا يختلف في جوهره عن الحق الذي يرد عن الأجزاء المشتركة. وأن شيوع الشقق والطبقات لا يختلف في نهاية الأمر عن الشيوع العادي.

في حين يقصد بالمفهوم المزدوج أن الوحدات المفترزة في العقار تكون محلاً لحق ملكية استثنائي ما نع وليس مجرد حق انتفاع. أما الأجزاء المشتركة للعقار فإنها تكون مملوكة على الشيوع على النحو المعروف في الشيوع العادي، وقد أخذ بهذا المفهوم المزدوج المنظم السعودي في (م ١/٤) وفي اللائحة من (م ٢) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها..

طرق تملك الوحدات العقارية:

هذا وإن إنشاء تملك الوحدات العقارية تحصل بطرق كثيرة منها:

- ١- البيع: سواء كان البيع قبل البناء أو بعده.
 - ٢- الهبة والمنحة.
 - ٣- الوصية.
 - ٤- الإرث.
 - ٥- وقد يتفق مجموعة من الأشخاص على شراء قطعة أرض ثم يبنون عليها وحدات ويقتسمونها بينهم.
- وفي هذه الطريقة من التملك وفي حكم جوازها فقد أصدرت الهيئة القضائية العليا القرار برقم ٣٤٢ في ٢٦/١١/١٣٩٣هـ وجاء فيه أنها (لا ترى ما يمنع من بيع كل شقة أو أكثر على حده، من عمارة تحتوي على شقق كثيرة).

المطلب الثاني: نطاق الملكية المفروزة والشيوع الإجباري: القاعدة أن الملكية المفروزة ترتبط بها بالضرورة حصة شائعة هي مرافق العقار وأجزائه المشتركة، وتؤكد هذه القاعدة العديد من الأنظمة والقوانين.

ولذلك جاء في النظام السعودي (م ٤): (يكون مالكو الوحدات العقارية في بناء واحد شركاء في الأجزاء المشتركة ما لم يتفق على خلاف ذلك) نظام ملكية الوحدات العقارية م (٤)..

وجاء في لائحة النظام (م ٤): (للمالك أن يتصرف في الجزء المفروز له وأن يستعمله وأن يستغله بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه شريطة أن لا يقدم بعمل من شأن الإضرار بحقوق سائر المالكين) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية م (٤)..

ونطاق الملكية المفروزة كما عرفها المنظم السعودي (م ٢/١) الوحدة العقارية: هي الدار أو الطبقة أو الشقة أو المرآب (الكراج أو الدكان) أو أي جزء من البناء النظامي يمكن فرزه، وإجراء حقوق الملكية عليه، والتصرف به مستقبلا عن أجزاء البناء الأخرى نظام ملكية الوحدات العقارية م (٢/١)..

أما نطاق الأجزاء المشتركة كما جاء في النظام في (م ١ / ٥): الأجزاء المشتركة: هي الأرض المشيد عليها البناء، والحدائق، والارتدادات، وهيكل البناء، السطح، والمداخل، والسلم، وجميع

أجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك، ملتصقة أو منفصلة، كالمواقف، والممرات، والنوافير، والمصاعد، ما لم يتفق على خلاف ذلك نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٥/١).

الفرق بين حق الملكية الوارد على الأجزاء المفروزة وبين الملكية العادية:

الرأي الأول: أنه لا فرق.

الرأي الثاني: الفرق بين حق الملكية الوارد على الأجزاء المفروزة وبين الملكية العادية، وتظهر هذه الفوارق في مسألتين:

١/ وجود جماعة من الملاك التي تحد من إطلاق مرتين في استعمال ملكيه ولذلك مظاهر منها:

إذا رغب في توسيع نافذة أو تعديلها أو إجراء تعديلات في تمديدات المياه أو التركيبات الصحية، فعليه أن يتلمسا موافقة هذه الجماعة.

٢/ التزام مالك الشقة أو الطبقة بدفع مصاريف دورية تتزايد مع مرور الوقت للوفاء بنفقات إدارة العقار وصيانته. وهو ما يباعد بينه على الأقل من الناحية الواقعية، وبين الملكية العادية ويقر به من المستأجر.

الفصل الثاني

أحكام تملك الوحدات العقارية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بالوحدة العقارية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حق المالك في الوحدة العقارية في الفقه والنظام

تمهيد: تعريف الوحدة العقارية:

عرفنا فيما سبق الوحدة العقارية، وذكرنا أن الوحدة العقارية كما

عرفها المنظم السعودي (م ٢/١):

(الوحدة العقارية: هي الدار، أو الطبقة، أو الشقة، أو المرآب،

(القراج، أو الدكان) أو أي جزء من البناء النظامي يمكن فرزه

وإجراء حقوق الملكية عليه، والتصرف به مستقلا عن أجزاء البناء

الأخرى) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢/١)..

وهناك تعريف آخر جامعا لهذه الأشياء التي سماها النظام السعودي،

وهذا التعريف هو الذي يأخذ به شراح قانون إيجار الأماكن في

تعريف الوحدات السكنية:

(أنما كل حيز مغلق يشكل حرزا، على أن يضاف إلى ذلك تحديد هام وهو أن يتمتع هذا الحيز بالاستغلال عن غيره، وذلك بانفصاله ووجود مدخل مستقل له).

ولم يعرف المنظم الأجزاء المفرزة، واكتفى بتعريف الوحدة العقارية، وهما بمعنى واحد فالمفرز هو ما يقابل المشترك. ويستفاد من ذلك أن الاستعمال الإستثنائي المانع هو مناط التفرقة بين الأجزاء المفرزة والأجزاء المشتركة.

فإذا كان نص لائحة اتحاد الملاك أو سندات الملك صريحا وواضحا في هذا المعنى فإن مالك الشقة والطبقة، لن يكون بوسعه أن يطالب من اتحاد الملاك الاشتراك معه في نفقات إصلاح تآكل الهيكل الخرساني الذي تركز عليه شرفته. إذ يقع عليه وحده ذلك العبء. إلا أنه ينبغي أن نأخذ في الاعتبار أن هذه المادة لا تتعلق بالنظام العام. فنحن بصدد قاعدة مكملة لا تطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق على مخالفة حكمها. فإذا لم يوجد اتفاق حول تحديد الأجزاء المشتركة للعقار أو وجد وكان غامضا أو تعارضت سندات الملكية فإن يرجع إلى نص المادة النظامية في تحديد هذه الأجزاء.

أما المالك، فهو كما عرفه النظام أيضا: (م ٣/١): (المالك: هو الذي يملك وحدة عقارية مستقلة، سواء كان واحد أو أكثر) نظام ملكية

الوحدات العقارية (م ٣/١).

المطلب الأول: حق المالك في الوحدة العقارية في الفقه والنظام

وفيه تسعة فروع

الفرع الأول: حق التصرف في الوحدة العقارية

تمهيد: الحق في الفقه والنظام.

الحق في اللغة: هو ما يثبت للشخص ويجب له.

الحق في الفقه: هو (مصلحة ذات قيمة مالية، يحميها القانون).

وقد اختلف القانونيون والشراح في الحق، هل هو حق واحد أم هو

أكثر من نوع من الحقوق؟

القول الأول: أن الحق نوعان.

أما النوع الأول: وهو الحق العيني فتعريفه: سلطة مباشرة يقرها

القانون لشخص معين على شيء معين بالذات، ويمكن الاجتماع به

في مواجهة الكافة.

أما النوع الثاني: وهو الحق الشخصي، فتعريفه: رابطة قانونية بين

شخصين معينين بمقتضاها يحق لأحدهما أن يلزم الآخر بأن يؤدي له

عملا، أو أن يمتنع لصالحه عن أداء عمل.

وحاول آخرون هدم هذه التفرقة عن طريق تقريب الحق الشخصي

من الحق العيني.

محل الحقوق العينية: إن الحق العيني لا يقع إلا على شيء من الأشياء

بخلاف الحق الشخصي الذي يكون محله عملا من الأعمال.

و قد قسم الدكتور سوار الحقوق العينية إلى نوعين: أصلية: وهي التي تقوم بذاتها دون حاجة إلى غيرها.

أما النوع الثاني: وهي الحقوق العينية التبعية: فهي حقوق مقررة على أشياء معينة لضمان الوفاء بالتزام ما.

والحقوق العينية الأصلية: هي حق الملكية وحق التصرف وحق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى وحق السطحية وحق القرار والوقف وحقوق الإرتفاق والحكر والاجارتين وخلو الانتفاع.

أما الحقوق العينية التبعية: فهي الرهن بنوعيه الحيازي والتأميني، وحقوق الامتياز.

الفرع الأول: حق التصرف في الوحدة العقارية:

جاء في اللائحة التنفيذية (م ٤): (للمالك أن يتصرف في الجزء المفرز له وأن يستعمله ويستغله بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه شريطة ألا يقوم بعمل من شأنه الإضرار بحقوق سائر المالكين)
اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٤)

ويراد بالتصرف نوعان من الأعمال: التصرف المادي والتصرف القانوني، ويهدف التصرف المادي، إلى إجراء تغيير مادي في الشيء محل الملكية.

أما التصرف القانوني: فيقصد به ملكية الشيء أو تقرير حق عيني

عليه، سواء أكان هذا الحق من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية (كالانتفاع أو الإرتفاق)، أو من الحقوق العينية التبعية (كالرهن)، ويراعى أن سلطة التصرف القانوني ليست مقصورة على المالك، وإنما تثبت لكل صاحب حق عيني.

الفرع الثاني: حق الاستعمال:

جاء في (م ٤ من اللائحة): (للمالك أن يتصرف في الجزء المفرز له، وأن يستعمله ويستغله بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه شريطة ألا يقوم بعمل من شأنه الإضرار بحقوق سائر المالكين) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٤).

والمراد بالاستعمال: أن يقوم بأعمال مادية للحصول على منافع الشيء حسبما تسمح به طبيعته.

وعدم الاستعمال كالاستعمال حق للمالك، إن المالك ليس ملزماً في الأصل بممارسة سلطة الاستعمال، فهو حر في أن يستعمل ملكه أو لا يستعمله.

الفرع الثالث: حق الاستغلال: جاء في (م ٤ من اللائحة):

للمالك أن يتصرف في الجزء المفرز له، وأن يستعمله ويستغله بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه شريطة ألا يقوم بعمل من شأنه الإضرار بحقوق سائر المالكين) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٤).

حق الاستغلال: يقصد به الحصول على ثمار الشيء، الذي يكون قابلاً لإنتاجها عن طريق استغلاله بأحد الأعمال القانونية وهو قد يكون مباشراً، وقد يكون غير مباشر.

وقد **يختلط الاستعمال بالاستغلال أو التصرف**، وتتحقق الصورة الأولى عندما يقوم المالك بزراعة أرضه، إذ تؤدي هذه الزراعة، إلى الحصول على الثمرات، وهو استغلال لها، وتتحقق الصورة الثانية في الأشياء التي تستهلك بمجرد الاستعمال، وهي أشياء لا يمكن استعمالها بغير استهلاكها.

الفرع الرابع: حق البناء: جاء (م ٢) من النظام: (لكل مالك أن يبني على أرضه ضمن حدود الأنظمة والتعليمات، ويكون تصرفه في كل أو بعض هذه الوحدات باعتبار كل وحدة منها مستقلة عن الأخرى ظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢).

الفرع الخامس: حق الحصول على صك الملكية:

جاء في (م ٢) من اللائحة: (للمالك فرز وحدة عقارية أو أكثر من صك أرضه بصك مفرز يحدد فيه كافة المعلومات عن موقع الوحدة العقارية ومساحتها ورقمها التسلسلي في البناء والدور (سفلى أو علو) ونصابها من الأجزاء المشتركة التي لا تقبل القسمة في كامل البناء ونصابها من الأجزاء المشتركة التي تقبل القسمة وتقتصر منفعتها على وحدة سكنية أخرى أو أكثر وذلك بعد الحصول على

موافقة البلدية المختص) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢).
**الفرع السادس: حق استعمال وحدة الغير للقيام بالأعمال
 الضرورية**

جاء في (م ٦/٥) من النظام: (إذا دعت الضرورة إجراء بعض الأعمال حفظاً لسلامة البناء المشترك أو لحسن الانتفاع بالأجزاء المشتركة أو صيانتها وترميمها داخل أي وحدة من هذا البناء فليس للمالكها أو جمعية الملاك معارضة المتضرر في ذلك، على أن تعاد الحال في هذه الوحدة إلى ما كانت عليه على نفقه المباشر فور انتهاء الإصلاحات اللازمة) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢).

الفرع السابع: حق التعويض: جاء في (م ٨) من النظام: (١/ إذا اقتضت المصلحة العامة نزع ملكية البناء، فإن كان النزاع لكامل البناء أو بعضه، أو لما هو مشترك كالحديقة والارتداد فإن لكل مالك من التعويض بقدر نسبة قيمة ما يملكه من البناء ٢/ أما إن كان المتزوع جزءاً مفرزاً من البناء فإن التعويض لصاحب الجزء المتزوع) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٨).. وهذا التقسيم والتفصيل يتواءم مع الشريعة الإسلامية.

الفرع الثامن: حق تغيير استخدام ملكه: جاء في (م ٧) من اللائحة التنفيذية قولها: (يحق للمالك تغيير استخدام ملكه بعد الحصول على الموافقة الخطية لجمعية الملاك، وصدور الترخيص اللازم

بالموافقة على التعديل من البلدية المختصة) للائحة التنفيذية لنظام ملكية
الوحدات العقارية (م ٧) ..

الفرع التاسع: حق الشفع:

لم يتطرق المنظم السعودي إلى هذا الحق مع أهميته.

المسألة الأولى: معنى الشفعة:

في اللغة: مأخوذة من الشفع، والشُّفْعَةُ الزِّيَادَةُ هو أَنْ يُشْفَعَكَ فِيمَا
تَطْلُبُ حَتَّى تَضُمَّهُ إِلَيَّ مَا عِنْدَكَ فَتَزِيدَهُ وَتَشْفَعَهُ بِهَا أَيَّ أَنْ
تَزِيدَهُ بِهَا أَيَّ أَنَّهُ كَانَ وَتَرَأَّ وَاحِدًا فَضَمَّ إِلَيْهِ مَا زَادَهُ وَشْفَعَهُ بِهِ.

أما في الاصطلاح: بأنها استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه
المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه يمثل العوض المسمى.

المسألة الثانية: حكم الشفعة: أنها مشروعة بالسنة والإجماع، وأنها
حق اختياري، فله أن يطالب به أو لا يطالب، إلى هذا ذهب جمهور
الفقهاء من السلف والخلف، بل نقل ابن المنذر والنووي إجماع أهل
العلم على مشروعيتها.

فمن السنة:

١/ ما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: (قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة، أو
حائط، لا يجل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ، وإن شاء
ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به) (راواه مسلم، رقم الحديث ٣٠١٧).

٢/ الإجماع: حكى ابن المنذر إجماع أصل العلم على ثبوت الشفع للشريك الذي لم يقاسم، وحكى النووي إجماع المسلمين على ثبوت الشفعة للشريك في العقار ما لم يقسمه.

المسألة الثالثة: الحكمة من شرعها: دفع ما قد يتوقع من ضرر يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصا قد لا تؤمن عواقبه، أو من ضرر يصيب الجار، وهذا إلى ما يكسبه الشفيع بها من سعة في مسكنه أو في أرضه، كما أن للشفعة فوائدها الاقتصادية أيضا في حالة إذا ما أدت إلى جمع ما تفرق من حق الملكية.

المسألة الرابعة: الشفعة في الوحدات العقارية:

القاريء في كتب المذاهب الأربعة يجد أنهم يتقاربون إلى رأي واحد في جواز الشفعة في الوحدات العقارية إذ إن الوحدات العقارية لا تخلو من شراكة في أجزاء مختلفة من الدار وهذا ما عبر به فقهاء المذاهب وفيما يلي نصوص تظهر شيئا من ذلك:

فمن نصوص الحنفية ما جاء في بدائع الصنائع (فسبب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة: الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار).

أما المالكية قال صاحب شرح مختصر خليل: (صاحب العلو لا شفعة له على صاحب الأسفل ولا عكسه).

ومن نصوص الشافعية ما جاء في أسنى المطالب: (قوله ولا شفعة في علو بلا سفل)).

أما الحنابلة ففيه روايتان عن الإمام أحمد إلا أن الرواية الضعيفة ثبوتها.

وقد ذهب الأئمة الثلاثة إلا أن لا شفعة للجار بشيء من هذه المرافق، فإنه متى وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، ولو وجد شراكه في الانتفاع بشيء منها.

ودليلهم على هذا القول ما في البخاري: (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) رواه البخاري، رقم الحديث ٢٠٦٢.

وذهب الإمام أبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى ثبوت الشفعة بوجود شيء من هذه المرافق.

من المعقول: إن وجوب الشفعة لدفع ضرر الوكيل، وضرر الوكيل في العلو والسفل المتصرف فيه الأجنبي، ضرر يدوم ما بقي العلو أو السفل فتشرع الشفعة في السفل إذا تم تملكه لأجنبي، لأن هذا السفل عقار.

وقد أصدر مجلس هيئة كبار العلماء، قرار برقم (٤٤) في ١٣/٤/١٣٩٦ هـ جاء فيه ما نصه (وبعد الإطلاع قرر المجلس بالأكثرية أن الشفعة ثبتت للجار بالشركة في المرافق الخاصة كاليوت والطريق والمسيل ونحوها).

المطلب الثاني

التزامات المالك في الوحدة العقارية في الفقه والنظام

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: عدم التعسف في استعمال الحق

تعريف الالتزام: في اللغة: يقال لزم الشيء يلزم لزوماً أي: ثبت ودام، ولزمه المال وجب عليه.

الفرع الأول: عدم التعسف في استعمال الحق: جاء في (م ٦) في النظام (ألا يغلو في استعمال حقه إلى الحد الذي يفد بجاره) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٦) ، وهذا يشمل جميع الحقوق من شخصية ومعنوية.

الفرع الثاني: الصيانة والترميم: المقصود بالصيانة والترميم:

كما عرفها المنظم في (م ٤/١) بقوله: (الصيانة والترميم هي الأعمال اللازمة لحفظ العين أو حفظ المنفعة سواء كانت لوحدة مستقلة أو لما تشمله الملكية المشتركة، كالمصعد والسلم والحديقة) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٤/١).

ولذلك فقد جاء في (م ٣/٥) من النظام، قوله: (على مالك الوحدة صيانة حصته المستقلة وترميمها، ولو لم ينفع بها لدفع الضرر عن الآخرين أو عموم الأجزاء المشتركة) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٣/٥).

وجاء في (م ٥/٥) من النظام قوله: (على صاحب السفلى القيام بالأعمال والترميمات من العادية لمنع ضرر العلو وسقوطه، وعلى صاحب العلو ألا يحدث في بنائه ما يضر بالسفل وأن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع ضرر السفلى) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٥/٥).

الفرع الثالث: إزالة الضرر غير المؤلف:

التفرقة بين الضرر المؤلف والضرر غير المؤلف هي مسألة نسبية يرمى فيها العرف، وموقع العقارات والغرض الذي خصصت له هذه العقارات، وتحديد ذلك كله يرجع إلى تقرير قاضي الأساس. ولهذا جاء في (م ٦) من النظام قوله: (وليس للحار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المؤلف التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت المؤلف، على أن يراعى في ذلك الآداب الشرعية والعرف وطبيعة العقار، وموقع كل وحدة عقارية بالنسبة للأخرى، والغرض الذي خصصت له كل وحدة) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٦).

الفرع الرابع: تسديد رسوم الخدمات:

الخدمات العامة لها حالتان:

الحالة الأولى: أن تكون هذه الخدمة خاصة له، لا يشترك معه غيره. فقد جاء في (م ١٨) من اللائحة: (يراعى في المباني الجديدة تأمين

عداد لكل وحدة سكنية من مفرقي الكهرباء والماء، ويقوم مالك الوحدة بتسديد قيمة رسوم استهلاكه لخدمة وفقا لعداد وحدته، ويطبق البند السابق على المباني القائمة قبل صدور هذه اللائحة إذا توفر فيها عداد لكل وحدة) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٨).

الحالة الثانية: أن يشترك معه في الخدمة غيره (وذلك في حالة عدم تأمين عداد لكل وحدة في المباني القائمة صدور اللائحة يقوم كل مالك بسداد ما يخصه بنسبة استهلاكه من الخدمة وفقا لما تقرره جمعية الملاك، وتعامل المباني القائمة والمباني الجديدة بموجب البند السابق فيما يخص المرافق التي يتعذر تأمين عدادات مستقلة لجميع وحداتها) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٨)

(م ١٨) من اللائحة

وفي الحالة الأولى أرى أن مالك الوحدة غير ملزم بتسديد قيمة خدماته، إذ إن القاعدة مكملة وليست أمرة، وكذلك فإن الإنسان حر فيما يملك، ولا ضرر على غيره في ذلك، أما في الحالة الثانية فأرى أن المالك يلزم بتسديد ما عليه، لأنه يترتب على عدم سداده ضررا على غيره من الملاك، وقد يتسبب في قطع الخدمة عنهم وقد نهى الإسلام عن الضرر وأمر بإزالته ما أمكن.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة في الأجزاء المشتركة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالأجزاء المشتركة

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التعريف اللغوي

الأجزاء في اللغة: جمع جزء ، والجزء في كلام العرب: النصيب وجمعه أجزاء

المشتركة: لغة: قال في اللسان من شرك: الشَّرْكَةُ والشَّرْكَةُ سواء: مخالطة الشريكين.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي: الشركة عبارة عن اجتماع في استحقاق أو تصرف.

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، وشركة المال أو الملك هي المقصودة هنا.

وعرفتها مجلة الأحكام الشرعية: في (م ١٧٧٢):

(شركة المال: هي الاجتماع في استحقاق من المنافع دون العين)

الحصة الشائعة في (م ١٣٩) من مجلة الأحكام العدلية: هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال.

الفرع الثالث: التعريف النظامي: جاء في (م ١ / ٥) من النظام

قوله: (الأجزاء المشتركة: هي الأرض المشيد عليها البناء، والحدائق، والارتدادات، وهيكل البناء، والسطح، والمداخل، والسلم، وجميع أجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك، ملتصقة أو منفصلة، كالمواقف، والممرات، والنوافذ، والمصاعد، ما لم يتفق على خلاف ذلك) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٥/١).

المطلب الثاني: حق المالك في الأجزاء المشتركة في الفقه والنظام وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: حق التصرف في الأجزاء المشتركة مع الأجزاء المفروزة:
جاء في اللائحة التنفيذية (م ٣) ما يلي (الأجزاء المشتركة في العقار التي لا تقبل القسمة على الملاك لا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يمكن مفروزا، ويشمل التصرف في الجزء المفروز حصة المتصرف في الأجزاء المشتركة التي لا يمكن قسمتها) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٣).
ويفهم من ذلك أن التصرف في الجزء المفروز لازم في التصرف في المشترك ولا يمكن التصرف بالأخير دون الأول، وقد جاء المنع للمالك في التصرف بالمشترك مطلقا.
وفي الوقت الذي نجد أنه مُنَع مالك الوحدة بالتصرف في الأجزاء المشتركة إلا أنه أجاز لجمعية الملاك، وإن كان ذلك على نحو مقيد.

فقد جاء في (م ١٣): (لجمعية الملاك بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في (م ١٢) أن تأذن في إجراء أي أعمال أو تركيبات يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك على نقيض من يطلبه من الملاك، وبما تضعه الجمعية من شروط، وما تفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٣).

وقد ذهبت إلى ذلك أحكام الفقه الإسلامي في منع مالك الوحدة من التصرفات المادية في الأجزاء المشتركة إلا بإذن سائر الشركاء، وهو المسمى في النظام جمعية الملاك فقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية (م ١٦٦٦).

(لا يجوز التصرف في المشترك بغير إذن سائر الشركاء فليس لأحدهم فتح كوه أو طاقة أو باب في حائط مشترك ولا أن يبني عليه ولا لأن يحدث فوقه سترة ونحوها).

الفرع الثاني: حق استعمال الأجزاء المشتركة والانتفاع بها:

نصت (م ٥) من لائحة النظام السعودي على أن (لكل مالك أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما خصصت له الانتفاع بما يخصه منها، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٥).

ووفقاً لهذا النص مع غيره من النصوص ومنها ما جاء في النظام (م

٦): (على كل مالك وفقا لهذا النظام ألا يغلو في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر بجاره) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٦).

ومنها ما جاء في نص اللائحة في (م ٦): (لا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير في شكله أو مظهره الخارجي أو إساءة استخدامه) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٦).

وبناء على ما سبق من النصوص النظامية فإن للمالك أن يستعمل وينتفع بالأجزاء المشتركة فيما أعدت له وفي حدود الغرض منها، إلا أنه مقيد بحقوق الشركاء الآخرين فللمالك أن يستعمل المبنى للمرور أو الموقف لإيقاف سيارته مؤقتا، أو يصعد مصعدا، أو يرقى درجا، أو يتزّه في حديقة المبنى إلى غير ذلك، في حين أنه يراعى في ذلك ما يلي:

١/ لا يجوز للمالك استعمال هذه الأجزاء المشتركة على نحو يضر بالعقار أو ساكنيه.

٢/ لا يجوز أن يعطل من حقهم في الإفادة من هذه الأجزاء.

٣/ أن يستعمل هذه الأجزاء فيما خصصت له.

الفرع الثالث: حق إدارة الأجزاء المشتركة:

فيما أن المالك يعتبر شريكا في هذه الأجزاء المشتركة فإن من حقه أن يكون عضوا في إدارة هذه الأجزاء بقدر ما يملك من البناء، فقد نصت

(م ١/٥) من النظام: (يشترك كل مالك وحدة عقارية أو أكثر في تكاليف صيانة الأجزاء المشتركة المذكورة في (م ٤)، وإدارتها وترميمها، كل بقدر ما يملك من البناء) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١/٥).

الفرع الرابع: حق التعويض:

جاء في م (٨) من النظام: (١/ إذا اقتضت المصلحة العامة نزع ملكية البناء فإن كان الترع لكامل البناء أو بعضه، أو لما هو مشترك كالحديقة والارتداد، فإن لكل مالك من التعويض بقدر نسبة قيمة ما يملكه من البناء.

٢/ أما إن كان المتزوع جزءا مفرزا من البناء فإن التعويض لصاحب الجزء المتزوع). نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٨)

الفرع الخامس: حق تحسين الانتفاع بالأجزاء المشتركة دون أن يغير من تخصيصها:

جاء في (م ٢/٥) من النظام قوله: (لأي مالك بعد موافقة جمعية الملاك أن يحسن على نفقته الانتفاع بالأجزاء المشتركة أو جزء منها دون أن يغير من تخصيصها أو ما يلحق الضرر بالآخرين) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢/٥)، والموافقة المطلوبة هنا هي موافقة أغلبية الأصوات، فقد جاء في (م ٨/١٥) من اللائحة التنفيذية: (مع مراعاة ما ورد في (م ١٣) تصدر قرارات الجمعية بأغلبية أصوات الملاك

محسوبة على أساس قيمة الأرضية بشأن: إحداث تعديل أو تغيير أو إضافة في الأجزاء المشتركة إذا كان من شأن ذلك تحسين الانتفاع بها في حدود ما خصص له في العقار وعلى الجمعية في هذه الحالة أن تقرر بنفس الأغلبية توزيع ما قررته من الأعمال وكذلك نفقات وتشغيل وصيانة ما استحدث، ولا يجوز لأي مالك أن يمنع أو يعطل تنفيذ ما قررته الجمعية ولو اقتضى هذا التنفيذ القيام بأعمال داخل ملكه، ولمن يلحق ضرر بسبب تنفيذ الأعمال التي قررتها الجمعية الحق في مطالبة الجمعية بالتعويض (اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية م ١٥/٨)

المطلب الثالث: التزامات المالك في الأجزاء المشتركة في الفقه والنظام

وفيه أربعة فروع

الفرع الأول: عدم التعسف في استعمال الحق

إن استعمال الأجزاء المشتركة يتناولها ويتجاوزها أمران، حق، والتزام فمن حق المالك استعمال الأجزاء المشتركة وقد سبق الحديث عنها. ولكنه عليه أيضا التزام وهو ألا يتعسف في استعمال حقه.

والمراد بذلك كما نصت عليه (م ٦) من النظام: (على كل مالك وفقا لهذا النظام ألا يغلو في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر بجاره)

نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٦).

وجاء أيضا في اللائحة التنفيذية (م ١٩): (تحصيل الرسوم والنفقات: تقوم جمعية الملاك بتحصيل الرسوم والنفقات المترتبة على ملاك ومستثمري الشقق والمحلات التجارية ويلتزم الملاك والمستثمرون بدفع نصيبهم من الرسوم والنفقات ابتداء من تاريخ استلام الوحدة العقارية، وجمعية الملاك اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية وبشكل فوري لتحصيل أي رسم مستحق على أي مالك أو مستثمر وذلك بعد مرور ٣٠ يوما على تاريخ الاستحقاق) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٩) وقال في عجز (م ٢٠) من اللائحة: (ويحق لكل مالك شقة أو من يفوضه طلب فحص السجلات ودفاتر الحسابات الخاصة بتلك المبالغ (هي المستحقة على الملاك) في فترات معقولة خلال ساعات العمل العادية) لللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢٠).

الفرع الثاني: الصيانة والترميم:

لغة: الصيانة: من صان قال الرازي: ص و ن صَانَ الشيء من باب قال صَيَانًا و صَيَانَةً أيضا فهو مَصُونٌ.
الترميم: من رمم، قال الرازي: ر م م رَمَّ الشيء يرمه بضم الراء وكسرهما رَمًّا و مَرَمَةً أصلحه.

في النظام: عرف المنظم الصيانة والترميم بقوله: (هي الأعمال

اللازمة لحفظ العين أو حفظ المنفعة سواء كانت الوحدة مستقلة أو لما تشمله الملكية المشتركة كالمصعد والسلم والحديقة) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٤/١).

وإن عرفنا المراد بالصيانة والترميم هنا، فإن النظام قد جعل صيانة وترميم الأجزاء المشتركة من صميم التزامات المالك في الأجزاء المشتركة؛ ولذا فقد جاء في (م ١/٥) من النظام: (يشترك كل مالك وحدة عقارية أو أكثر في تكاليف صيانة الأجزاء المشتركة المذكورة في (م ٤)، وإدارتها وترميمها، كل بقدر ما يملك من البناء) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١/٥).

وقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية (م ١٦٦٧): (يجبر الشريك على العمارة مع شريكه في الأملاك والأوقاف المشتركة لا فرق في ذلك بين الحائط والسقف والدار والبئر والدولاب والنافورة والفناء المشتركة ونحوها إذا احتاجت إلى عمارة أو تنظيف أو سد شق أو إصلاح حائط ونحو ذلك مما يتضرر الشركاء بتركه).

وفي (م ١٣٠٨) الملك المشترك متى احتاج إلى التعمير والترميم يعمره أصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم.

وعلى ما سبق من نصوص فإن على كل مالك أن يشترك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها.

وهناك بعض الإشكالات ترد على هذا الفرع وهي:

١/ الأجزاء المشتركة التي لا يستفيد منها إلا بعض الملاك: مثال:
المصعد، والسلام، والسطح، فعلى من تكون الصيانة والترميم؟
٢/ ذكر المنظم أن الصيانة على الكل بقدر ما يملك من البناء،
والسؤال هل هو قدر ما يملك من البناء وقت إنشاء البناء وأن العبرة
بالقيمة هو وقت إنشاء البناء أم أن العبرة هي بقيمة الحصة وقت
التراع؟ هذا ما سنتحدث عنه في المسائل التالية:

المسألة الأولى: الأجزاء المشتركة التي لا يستفيد منها إلا بعض الملاك:
على من تكون الصيانة؟ هل العبرة بنسبة قيمة الجزء المملوك
له في العقار، أم العبرة بالانتفاع الفعلي؟

جاء في النظام السعودي (م ١/٥): (يشترك كل مالك وحدة
عقارية أو أكثر في تكاليف صيانة الأجزاء المشتركة المذكورة في
المادة الرابعة، وإدارتها وترميمها، كل بقدر ما يملك من البناء) نظام
ملكية الوحدات العقارية (م ١/٥).

وجاء في النظام السعودي في (م ٣/٤): (تكون الأجزاء المشتركة
التي تقتصر منفعتها على بعض المالكين ملكاً مشتركاً بينهم ما لم
يتفق على خلاف ذلك) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٣/٤).

وجاء في اللائحة في (م ٨): (يتحمل الملاك نفقات حفظ الأجزاء
المشتركة وصيانتها وإدارتها كل بنسبة حصة في تلك الأجزاء، أما
الأجزاء المشتركة التي تخص بعض الملاك فتوزع النفقات على

المتنفعين منهم بحسب نسبة انتفاعهم أو حسب نسبة المساحات المملوكة لهم وفقا لما تقرر جمعية الملاك) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٨).

تطبيقات على هذه المسألة:

١/ إن مالك الوحدة وهي محل تجاري، وكذلك ملاك العقار الآخرون الذين لا تدلي وحدتهم بأبواب على مدخل العقار، هل يلزمون بدفع رسوم قيمة صيانة وترميم مدخل العقار الرئيسي وإضاءته وغير ذلك.

ذلك أني شاهدت بعض مباني الوحدات العقارية المنشأة حديثا يكون لبعض الشقق بابا خاصا يطل على الشارع مباشرة، أو يكون في المبنى وحدات عبارة عن محلات تجارية، وليس بابا داخل العقار، بل يطل مباشرة على الشارع الرئيسي؟ هل يلتزم بالمساهمة في نفقات نظافة مدخل العقار وإضاءته والمصعد والسلالم لأنه غير منتفع منها من التزام بالمساهمة فيها إذ إنه يستخدم بابا على الشارع؟ والجواب على ذلك نجد أنه موجود في (م ٨) من اللائحة تجلية لهذه المسألة، إذ أن الأجزاء المشتركة التي تخص بعض الملاك توزع نفقات الصيانة والنظافة والترميم على المتنفعين منهم أو حسب نسبة المساحات المملوكة لهم وفقا لما تقرر جمعية الملاك اللائحة في (م ٨):.

٢/ طلاء واجهة العقار وأعمال النجارة الخارجية:

ومما يعد من قبيل النفقات المشتركة، تلك التي يستوجبها طلاء واجهة العقار وأعمال النجارة الخارجية، إلا أنه إذا كانت تلك الأعمال ليست مردها قدم الواجهة أو تلفها بل سببها ما قام به أحد الملاك، من تمديدات في العقار لغرض تصريف الأبخرة من محله الذي يستخدمه في تنظيف الملابس، فإن هذه التمديدات وما استتبعته من نفقات لطلاء وصيانة واجهة العقار، لا تدخل في إطار النفقات المشتركة، بل تتعلق بصيانة وحدة مفرزة يتحملها مالكيها بمفردة.

٣ / المصعد: المنظم السعودي فقد جعل تكاليف صيانة المصعد وترميمه من قبيل الاتفاقات المبرمة بين الملاك، ولم ينص على قاعدة أمره هنا، ولا حتى قاعدة مكمله ليتم الرجوع إليها إذا خلا السند من اتفاق.

٤ / مصاريف تحصيل الديون المتأخرة وما تقضيه ذلك من مطالبات قضائية، وهنا تطبق القواعد السابقة، أي أن هذه المصاريف توزع على جميع الملاك كل يجب حصته في الأجزاء المشتركة للعقار.

٥ / مصاريف ونفقات صيانة الأجزاء المشتركة، التي ينتفع بها أحد الشركاء انتفاعاً استثنائياً، كما هو الحال بالنسبة لسطح العقار إذا تقرر المالك الشقة الأخيرة (العلوية) الانفراد باستعماله ولانتفاع به، فتتجه أحكام القضاء الفرنسي إلى التفرقة بين صيانة الهيكل الخرساني

وما به من مواد عازلة، إذ يقع على مجموع الملاك نفقات تلك الصيانة.

المسألة الثانية: وهو هل العبرة بقيمة الجزء المفرز ومساحته وموقعه وقت إنشاء البناء، أم العبرة بقيمته وقت حصول النزاع؟ في ذلك رأيان، إلا أن الصحيح هو أن تحدد قيمة الجزء الذي للمالك في الدار على أساس مساحته وموقعه، دون أن يدخل عليه في الاعتبار ما يطرأ عليه من تحسينات.

الفرع الثالث: عدم التخلي عن الحصة في الأجزاء المشتركة:

فإنه لا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك والتكاليف المتقدمة الذكر، إنما يستطيع مالك الطبقة أو الشقة أن يتخلص من هذا الالتزام، إذا تخلى عن الجزء الذي يملكه ملكية مفرزة ونصيبه الشائع في آن واحد.

ولذلك جاء في النظام السعودي في (م ٤/٥): (ليس لأي مالك وحدة عقارية التخلي عن حصته في الأجزاء المشتركة بغية التخلص من الاشتراك في تكاليف حفظها أو صيانتها أو ترميمها) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٤/٥)

الفرع الرابع: منع المالك في أن يتصرف في الأجزاء المشتركة بمعزل عن الطبقة أم الشقة: لا يجوز لمالك الطبقة أو الشقة أن

يتصرف في نصيبه من الأجزاء المشتركة بمعزل عن الطبقة أو الشقة التي يملكها.

جاء في اللائحة (م ٣): (الأجزاء المشتركة في العقار التي لا تقبل القسمة على الملاك لا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا، ويشمل التصرف في الجزء المفرز حصة المتصرف في الأجزاء المشتركة التي لا يمكن قسمتها) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٣).

الفصل الثالث

الشركة في ملكية الوحدات العقارية

وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: التكيف الفقهي والنظام

تمهيد:

تعريف الشركة وأقسامها، وحكمها الشرعي.

الشركة بفتح الشين مع كسر الراء و سكونها وبكسر الشين مع
سكون الراء لغة الاختلاط.

وشرعا: ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوخ

حكمها: وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ سورة

النساء (مدنية) آية (١٢) رقم السورة (٤).

ومن السنة عن سليمان بن أبي مسلم قال سألت أبا المنهال عن

الصرف يدا بيد فقال اشترت أنا وشريك لي شيئا يدا بيد ونسيئة

فجاءنا البراء بن عازب فسألناه فقال فعلت أنا وشريكي زيد بن

أرقام وسألنا النبي ﷺ فقال: (ما كان يدا بيد فخذوه وما كان نسيئة فذروه) رواه البخاري، ، رقم الحديث، ٢٣١٧.

وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع المبحث الأول: التكيف الفقهي والنظامي:

الشركة على قسمين:

الأول: شركة أملاك، وهي قوله: (في استحقاق).

الثاني: شركة عقود، وهي قوله: (أو تصرف).

تعريف شركة الملك وتقسيمها: عرفت مجلة الأحكام العدلية في (م ١٠٦٠).

أقسام شركة الملك:

التقسيم الأول: باعتبار اختياره أو عدم اختياره:

النوع الأول: ما كان باختياره: الشركة الاختيارية هي الاشتراك الحاصل بفعل المشاركين.

النوع الثاني: ما كان جبريا: الاشتراك الحاصل بغير فعل المشاركين. والشيوخ الإجباري إما أصليا أو تبعا، والشيوخ الإجباري الأصلي هو الذي يكون محله مخصصا لمنفعة جماعة من الأشخاص كمدافن الأسرة وصورها.

أما الشيوخ الإجباري التبعية فهو الذي يكون محله عقارا مخصصا لاستعمال عقارات أخرى مملوكة ملكية مفرزة لعدة أشخاص

كالطرق والآبار والجسور المخصصة لخدمة عدة عقارات ومن تطبيقات الشيوع الإجباري ملكية الطبقات والشقق (ملكية الوحدات العقارية) وهي أحد أهم صور الشيوع الإجباري التبعية كما صرحت بذلك الأنظمة (م ١٠٦٠) أردني، و (م ٨٥٦) إلى (م ٨٦٩) مصري.

التقسيم الثاني: باعتبار كون الملك عين أو دين

شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود.
شركة الدين الاشتراك في مبلغ الدين.

التقسيم الثالث: باعتبار فعلهما من عدمه:

النوع الأول : ما كان بفعلهما : فنحو أن يشتريا شيئا أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا.

النوع الثاني: ما كان بغير فعلهما: فالميراث بأن ورثا شيئا فيكون

الموروث مشتركا بينهما شركة ملك، وقد تكون شركة
الوحدات العقارية بأحدهما.

التقسيم الرابع : وتحتة أربعة أنواع :

الأول: في المنافع والرقاب.

الثاني: في الرقاب.

الثالث: في المنافع.

الرابع: في حقوق الرقاب

المبحث الثاني: تقدير حصص الشركاء:

جاء في (م ٥/٤): (تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٥/٤).

هذا إذا كان البناء مقسم إلى وحدات عقارية بين الملاك.

أما إذا كان البناء عبارة عن اشتراك اثنين في تشييد بناء، فإن النظام نص في (م ١/٥/٢) (إذا اشترك شخصان فأكثر في تشييد بناء، اعتبروا جميعا شركاء في ملكيته أرضا وبناء ملكية شائعة في كل طبقاته، ووحدات العقارية، وملاحق، كل بنسبته مساهمته في رأس المال والمصروفات، ما لم يكن في العقد اتفاق بخلاف ذلك) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١/٥/٢).

وتبقى هنا مسألتان:

المسألة الأولى: في أنه إذا حدد سند ملكية الشريك نسبة أسمه في ملكية الأجزاء المشتركة ١ إلى ٢٤ مثلا: فإنه يؤخذ بهذا التحديد، ويقوم المالك في الغالب يمثل هذا التحديد

المسألة الثانية: أما إذا كانت ملكية الشقة مصدرها القسمة الاتفاقية أو القضائية فإن تقدير الحصص يتم بواسطة الورثة أو القاضي عند التنازع في ذلك.

وهنا يثور التساؤل حول العناصر التي يحدد على أساسها القاضي قيمة الجزء المفرز والتي يتحدد على أساسها نصيب الشريك في

الأجزاء المشتركة وفقا لما ورد في (م ٥/٤).

ولم يحدد النص المذكور كغيره من الأنظمة العربية، الوقت الذي يعتمد به في تحديد قيمة الشقة أو الطبقة أو الوحدة، وهل هو بحسب قيمتها عند إنشاء العقار أم عند حدوث النزاع، وقد ثار جدل في الفقه بشأن هذا التحديد.

إلا أن الرأي الراجح في الفقه هو الاعتداد بقيمة الطبقة أو الوحدة عند إنشاء البناء ولا يعتد بأي تغيير يطرأ عليها بعد ذلك ودون نظر إلى سبب تغير قيمة العقار.

أما العنصر الثاني فهو عنصر المساحة ونرى أن المساحة المقصودة هي إجمالي مساحة الشقة المحصورة بين الجدران الخارجية، بما فيها الجدران الداخلية..

أما العنصر الثالث، فهو المكونات ويقصد به الغرف ومستوى البناء ودرجة تجهيز الوحدة. والغرض المقرر لاستعمال الوحدة.

وإذا تم التحديد عن طريق تلك الملاك فيجب أن يصدر القرار بالإجماع ولا تكفي الأغلبية، أما إذا تم التقدير عن طريق عن طريق القاضي فإنه يلتزم بعناصر التقدير عن طريق القاضي ويجب أن يحتصم في الدعوى جميع الملاك.

المبحث الثالث: قسمة الحصص الشائعة في البناء المشترك: جاء في (م ٣) من النظام: (للشركاء أن يتقاسموا حصصهم الشائعة في البناء

المشترك ويختص كل منهم بوحدة عقارية أو أكثر، فإن لم يتفقوا على القسمة لطالبا للجوء إلى القضاء) نظام ملكية الوحدات العقارية (م)
٣.

الفصل الرابع جمعية الملاك

وفيه ثمانية مباحث:

المبحث التمهيدي: التعريف بجمعية الملاك

المبحث الأول: تكييفها الشرعي

المبحث التمهيدي: التعريف بجمعية الملاك:

المطلب الأول: التعريف في اللغة:

في اللغة: جمعية من جمع الشيء عن تفرقة بجمعه جمعاً وجمعاً وأجمعه، والملاك جمع مالك.

المطلب الثاني: التعريف في النظام:

لعل التعريف المناسب لجمعية الملاك القول بأنها: (عبارة عن مشاركة ملاك الوحدات بإدارة المبنى وحفظه عبر إدارة متفق عليها، ويكونون بينهم شخصية اعتبارية)

المبحث الأول: تكييفها الشرعي: تقتضي القواعد الفقهية بأن تكون إدارة هذه الأجزاء المشتركة منوطة بإدارة ملاكها شأن كل ملك مع مالكة: فإن شاءوا أداروها مجتمعين وإن شاءوا وكلوا عنهم من يديرونها منهم أو من غيرهم.

وهذا النظام يتفق مع ما تقتضي به الشريعة الإسلامية، إذ أن هذا الاتحاد إذا ما كان بموافقة جميع الملاك لا يعد وأن يكون وكيلا عنهم فيكون له من الحقوق ما لهم.

المبحث الثاني: الصفة النظامية لجمعية الملاك:

لا ريب أن النظام البس جمعية الملاك الشخصية المعنوية، وأن تكون لها ذمة مالية مستقلة، وتسجل في وزارة العمل.

فقد جاء في (م ٢/٩) من النظام (تتمتع جمعية الملاك بشخصية معنوية وتكون لها ذمة مالية مستقلة، وتسجل في وزارة العمل والشؤون الاجتماعية) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢/٩).
ويستفاد من هذا النص أمور:

- ١ / أنه يستفاد من تمتع اتحاد الملاك بالشخصية الاعتبارية من الاعتراف له بحق التقاضي ممثلاً بأمور الاتحاد.
- ٢ / (والذي يبدو لنا أن بدءها يكون من تاريخ إبداع نظام إدارة البناء في دائرة التسجيل ويشهد على ذلك أن ما يطرأ على النظام من تعديل يعد باطلاً حتى فيما بين أصحاب العلاقة).

المبحث الثالث: طبيعة قراراتها الصادرة:

جاء في (م ١٢): (إذا لم يوجد لائحة للإرادة أو نخلت من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق جمعية الملاك وقراراتها ذلك ملزمة بشرط أن يدعى جميع ذوي الشأن بخطاب مسجل إلى الاجتماع، وأن تصدر القرارات بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٢).
و عليه فحتى تكون قراراتها نافذة يشترط لذلك ثلاثة شروط:

١/ كما جاء ذلك في (م ٣/١٠) من اللائحة التنفيذية

(أن تكون القرارات بعد موافقة وزارة الشؤون الاجتماعية على تسجيل الجمعية شريطة أن تقدم جمعية الملاك مسوغات التسجيل ممثلة في (صك الملكية عدد الوحدات العقارية — عدد الملاك وأسمائهم — عدد الوحدات السكنية — عدد الوحدات التجارية بالإضافة إلى كافة البيانات المتعلقة بالموقع والمدينة والحي والشارع ورقم العقار ونوع المبنى وكافة ما تطلبه وزارة العمل والشؤون الاجتماعية حيال ذلك)) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٣/١٠).

٢/ أن يدعى جميع ذوي الشأن بخطاب مسجل إلى الاجتماع.

٣/ وأن تصدر القرارات بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة.

المبحث الرابع: تكوين جمعية الملاك

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: طريقة تكوين جمعية الملاك

جاء في (م ١/٩) من النظام (إذا وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى وحدات عقارية يزيد عددها على عشر، وجاوز عدد ملاكها خمسة، فعلى الملاك أن يكونوا جمعية فيما بينهم، لمصلحة العقار، ويجوز تكوين جمعية فيما بينهم إذا كان عدد هذه الوحدات عشرا فأقل، أو كان الملاك خمسة فأقل). ظام ملكية الوحدات العقارية (م ١/٩)

و عليه، فإن النظام قسم تكوين العقار إلى قسمين:

الأول: ما كان تكوينه واجبا إجباريا بقوة النظام لا خيار للملاك فيه.

الثاني: ما كان تكوينها جائزا لا إجباريا فيه، وذلك في حالتان:

الحالة الأولى: إذا كان عدد الوحدات عشرا فأقل:

الحالة الثانية: إذا كانت عدد الوحدات تزيد على عشر وحدات، لكن عدد ملاكها خمسة ملاك فأقل.

و بعد أن تكون جمعية الملاك ترفع لوزارة العمل أو الشؤون الاجتماعية لتسجيلها، فإن وافقت عليها وزارة العمل ووزارة العمل أو الشؤون الاجتماعية فإنها تكون عندئذ نافذة المفعول. أما (إذا لم يقيم الملاك بإتمام الإجراءات اللازمة لإنشاء جمعية الملاك

كان لإي منهم أن يطلب من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية إتمام هذه الإجراءات (اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية م) (٤/١٠). اللائحة (م ٤/١٠)

المطلب الثاني: أعضاء جمعية الملاك:

وفيه ست مسائل:

١/ يعتبر كل مالك وحدة عقارية عضواً في جمعية الملاك، وإن لم ينص النظام وحتى اللائحة بذلك لكنه ظاهر ويفهم من نص (م ٥/١٠) من اللائحة (إذا تعدد الأشخاص الذين يملكون معا طبقة أو شقة أو بناء في مجموع أبنية، فيعتبرون فيما يتعلق بعضوية الجمعية مالكا واحداً، وعليهم لأن يوكلوا من يمثلهم فيها) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٥/١٠).

٢/ (لكل ملك عدد من الأصوات في جمعية الملاك يتناسب مع حصته في العقار) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١/١٣). اللائحة (م ١/١٣).

٣/ (إذا كانت حصة أحد الملاك تزيد على النصف، انقص عدد ماله من أصوات إلى ما يساوي مجموع أصوات باقي الملاك) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢/١٣).

اللائحة (م ٢/١٣).

٤/ (لا يجوز لشخص واحد لأن يكون وكيلا عن أكثر من مالك كما لا يجوز لمن له عدد من الأصوات مساوية لأصوات باقي الأعضاء أن يكون وكيلا عن غيره) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١/١٤). اللائحة (م ١/١٤)

٥/ (لا يجوز لمدير الجمعية ولا لأحد معاونيه ولا أقربائهم من الدرجة الأولى أن يكونوا وكلاء عن الملاك) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢/١٤). اللائحة (م ٢/١٤)

٦/ (إذا تعدد الأشخاص الذين يملكون معا طبقة أو شق أو بناء في مجموع أمنية، فيعتبرون فيما يتعلق بعضوية الجمعية مالكا واحدا، وعليهم أن يوكلوا من يمثلهم فيها) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٥/١٠). (اللائحة ٥/١٠).

ويبقى السؤال: إذا لم يتفقوا على من يمثلهم؟
المنظم لم يتعرض لهذا التساؤل.

في حين أن القانون الكويتي (تركت الأمر للقضاء، عند اختلاف الشركاء كما جاء في (م ٢/٨٦٣):

المطلب الثالث: جلسات جمعية الملاك:

لم يتطرق المنظم إلى الحديث عن جلسات الجمعية، ومواعيدها وطريقة عقد الجلسات، والذي يظهر أن المنظم أراد أن يترك أمر الجلسات وترتيبها لإدارة الجمعية.

المبحث الخامس: موارد جمعية الملاك

تتمثل موارد الجمعية (م ٣/٩) من النظام فيما يلي:

(أولاً: اشتراكات الملاك.

ثانياً: المبالغ التي يتقرر تحصيلها من الملاك لمواجهة التزامات الجمعية.

ثالثاً: القروض.

رابعاً: التبرعات والهبات.

خامساً: عائد استثمار الأجزاء القابلة لذلك) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٣/٩).

(و تقوم جمعية الملاك بتحصيل الرسوم والنفقات المترتبة على ملاك ومستثمري الشقق والمحلات التجارية أو يلتزم الملاك والمستثمرون بدفع نصيبهم من الرسوم والنفقات ابتداء من تاريخ استلام الوحدة العقارية وجمعية الملاك اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية وبشكل فوري لتحصيل أي رسم مستحق على مالك أو مستثمر وذلك بعد مرور (٣٠) يوماً على تاريخ الاستحقاق) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٩). (م ١٩) من اللائحة التنفيذية.

المبحث السادس: اختصاصات جمعية الملاك

المطلب الأول: حقوق عامة:

١/ (لجمعية الملاك أن تؤمن مقرها لها حسب الحاجة إلى ذلك)

اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١١).

(م ١١) من اللائحة.

٢/ (تعتبر جمعية الملاك حارسا على الأجزاء المشتركة، ومسؤولة

عن الأضرار التي تلحق بالملاك أو الغير، ولها الحق في مراجعة

الجهات المختلفة و مطالبة المتسبب في الضرر وإزالته) اللائحة التنفيذية

لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٢). (م ١٢) من اللائحة التنفيذية.

٣/ (تقوم جمعية الملاك بتحصيل الرسوم والنفقات المترتبة على

ملاك ومستثمري الشقق والمحلات التجارية أو يلتزم الملاك

والمستثمرون بدفع نصيبهم من الرسوم والنفقات ابتداء من تاريخ

استلام الوحدة العقارية و لجمعية الملاك اتخاذ كافة الإجراءات

الضرورية وبشكل فوري لتحصيل أي رسم مستحق على مالك أو

مستثمر وذلك بعد مرور (٣٠) يوما على تاريخ الاستحقاق) اللائحة

التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٩). (م ١٩) من اللائحة

التنفيذية.

٤/ حفظ السجلات: (تحتفظ جمعية الملاك بسجلات تدون بها

محاضر اجتماعات الجمعية، كما تحتفظ بسجلات ودفاتر حسابات

منفصلة للمبالغ المستحق على الملاك، ويحق لكل مالك شقة أو من يفوض طلب فحص السجلات ودفاتر الجلسات الخاصة بتلك المبالغ في فترات معقولة خلا ساعات العمل العادية) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢٠). (م ٢٠) من اللائحة.

٥/ (الحسابات الختامية والموازنات التخطيطية:

تقوم جمعية الملاك بإعداد الحسابات الختامية واعتمادها من مكتب محاسب قانوني معتمد، وعليها تحديد بداية السنة المالية ونهايتها وتقديم موازنة مقترحة للعام المالي التالي). اللائحة (م ٢١)

٦/ (الإخطارات: جميع العناوين والمراسلات والإخطارات والماكينات والبيانات والتقارير التي توجهها جمعية الملاك تكون باللغة العربية وتعتبر قد سلمت حسب الأصول إذا ما تم إرسالها عن طريق البريد المسجل أو الفاكس المؤيد بعلم الوصول من المرسل إليه على العنوان المحدد بعقد البيع أو عن طريق التسليم باليد مقابل إيصال بالاستلام، وفي حالة تغيير عنوان المالك فيجب إخطار جمعية الملاك كتابيا بالعنوان الجديد) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢٢). (م ٢٢) من اللائحة.

٧/ (كما يحق لجمعية الملاك أن تؤمن مقر لها حسب الحاجة إلى ذلك) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١١). ما جاء في (م ١١) من اللائحة التنفيذية.

المطلب الثاني: ما يجب فيه الإجماع جميع الأصوات:

(تصدر قرارات الجمعية بإجماع أصوات الملاك في شأن:

١/ التصرفات في جزء من الأجزاء المشتركة إذا كان الاحتفاظ بهذا الجزء ضروريا للانتفاع بالعقار وفقا للتخصيص المتفق عليه، مثل رهن العقار.

٢/ إنشاء طبقات أو شقق جديدة بغرض تملكها ملكية مفرزة بعد موافقة الجهات المختصة على ذلك). اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٦)

المطلب الثالث: ما يجب فيه ثلاثة أرباع أصوات الملاك:

(لجمعية الملاك أن تضع بموافقة ثلاثة أرباع الملاك لائحة لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك، وحسن إدارته) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١١). (م ١١) من النظام

المطلب الرابع: ما يجب فيه أغلبية الأصوات (مع مراعاة ماورد في المادة (١٣) تصدر قرارات الجمعية بأغلبية أصوات الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة بشأن:

١/ التفويض في اتخاذ قرار من القرارات التي تكفي للموافقة عليها أغلبية أصوات الحاضرين.

٢/ انتخاب أو عزل مدير الجمعية أو أعضاء مجلس الإدارة مع مراعاة ماورد في (م ٢/١٥) من النظام نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢/١٥).

- ٣/ التصريح لأحد الملاك بإحداث تعديل في الأجزاء المشتركة.
- ٤/ عند تغيير أنصبة الملاك في العقار يتم تعديل نسب توزيع النفقات وفقاً لذلك.
- ٥/ تحديد الأسلوب المناسب لتنفيذ الأعمال التي تفرضها الأنظمة واللوائح.
- ٦/ تجديد البناء في حالة الهلاك كلياً أو جزئياً بعد إقراره من البلدية المختصة.
- ٧/ وضع لائحة لضمان حسن الانتفاع بالعقار وإدارته أو تعديله.
- ٨/ إحداث تعديل أو تغيير أو إضافة في الأجزاء المشتركة إذا كان من شأن ذلك تحسين الانتفاع بها في حدود ما خصص له العقار.
- ٩/ التصرفات العقارية التي من شأنها كسب أو نقل أو ترتيب حق من الحقوق العينية بالنسبة للأجزاء المشتركة.
- ١٠/ استثمار الأموال العائدة من التأجير وخلافه أو توزيعه بشكل سنوي أو حفظه أو جزء منه احتياطياً) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٥).
- ١١) جاء في (م ١٦/١) من النظام: (إذا تضرر البناء بسبب حريق أو غيره فعلى الشركاء أن يلتزموا بتحديدده بما تقررره جمعية الملاك بالأغلبية

المنصوص بها في المادة الثانية عشر ما لم يتفق على خلاف ذلك) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٦/١).

المبحث السابع: مدير جمعية الملاك:

المطلب الأول: طريقة تعيين مدير جمعية الملاك.

ينتخب مدير الجمعية أغلبية أصوات أعضاء الجمعية جاء في (م ١٠) من النظام قوله: (تنتخب جمعية الملاك رئيسا لها من بين أعضائها يتولى رئاسة اجتماعاتها ومتابعة قراراتها، ويتم انتخابه بالأغلبية المنصوص عليها في المادة الثانية عشرة، وتكون مدته ثلاث سنوات قابلة للتجديد) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٠).

وجاء أيضا في (م ١٤/١) (يكون لجمعية الملاك مدير يتولى تنفيذها قراراتها، ويعين بالأغلبية المشار إليها في (م ١٢)) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٤/١).

(وإذا تعذر انتخاب مدير للجمعية من بين الملاك فلوزارة العمل والشئون الاجتماعية اتخاذ ما تراه مناسبا حيال ذلك) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٧). (م ١٧) من اللائحة.

المطلب الثاني: حقوق مدير جمعية الملاك.

الفرع الأول: المكافأة الخاصة به: لا بد للمدير من أجره ومكافأة تقابل ما يقوم به من أعمال لإدارة العقار سواء كانت هذه المكافأة عينية أو مادية وتحفره على الاستمرار في العمل والإخلاص فيه الأمر الذي حدى بالمنظم لتنظيم هذه المهمة فقد جاء في (م ١٥/١) من

النظام: (يحدد أجر المدير بالقرار الصادر بتعيينه) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٥/١).

الفرع الثاني: مطالبة أحد الأعضاء بتنفيذ بعض الأعمال:

قد يحتاج المدير إلى من يوكله للقيام ببعض الأعمال، أو من يساعده بتنفيذ بعض المهام، وعليه فقد منح النظام مدير الجمعية حق مطالبة أحد الأعضاء بتنفيذ بعض الأعمال، جاء في عجز (م ١٤/١) من النظام قوله: (وله أن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ ذلك ما لم يوجد نص في لائحة الجمعية يخالفه) اللائحة التنفيذية لنظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٤/١).

المطلب الثالث: التزامات مدير جمعية الملاك.

الفرع الأول: رئاسة اجتماعات الجمعية.

ألزم النظام وجود رئيس للجمعية يتولى رئاسة اجتماعاتها، جاء في (م ١٠) من النظام: (تنتخب جمعية الملاك رئيسا لها من بين أعضائها يتولى رئاسة اجتماعاتها ومتابعة قراراتها) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٠)

الفرع الثاني: متابعة قرارات الجمعية.

ومن التزامات المدير أيضا متابعة ما يصدر عن الجمعية من قرارات، فقد جاء في (م ١٠) من النظام: (تنتخب جمعية الملاك رئيسا لها من بين أعضائها يتولى رئاسة اجتماعاتها ومتابعة قراراتها) نظام ملكية

الوحدات العقارية (م ١٠).

الفرع الثالث: تنفيذ قرارات الجمعية.

تضطلع الجمعية بمهام كبرى تتمثل في إدارة الأجزاء المشتركة وتحسين الانتفاع منها، ولذلك فإن على جمعية الملاك أن تصدر القرارات التي تحدم المصالح العامة لأعضاء الجمعية وهذه القرارات أحال المنظم مسؤولية تنفيذها لمدير الجمعية، جاء في (م ١٤) من النظام: (يكون لجمعية الملاك مدير يتولى تنفيذها قراراتها) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٤)..

الفرع الرابع: حفظ جميع الأجزاء وحراستها وصيانتها.

إن سلطة جمعية الملاك تقتصر على الأجزاء المشتركة ولا تصل إلى الأجزاء المفروزة إلا إذا كان في ذلك مصلحة تصل إلى الأجزاء المشتركة، وبالتالي فإن على مالك الوحدة أن يقوم بحفظ وحراسة وصيانة وحدته، أما الأجزاء المشتركة فإن على الجميع مسؤولية حفظها وحراستها وصيانتها وقد حمل وألزم النظام المدير بهذه المهمة أيضاً، جاء في (م ١٤) من النظام: (وعلى المدير إذا اقتضى الحال أن يقوم بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها) نظام

ملكية الوحدات العقارية (م ١٤)..

الفرع الخامس: تمثيل الجمعية أمام القضاء والجهات الأخرى.

بما أن جمعية الملاك منحها المنظم الشخصية المعنوية، وهذه الشخصية لها حقوقها والتزاماتها أما الجهات الأخرى، وما تحتاجه من إجراءات ولقاءات مع إدارات مختلفة، وعليه فقد ألزم المنظم مدير الجمعية بتمثيل الجمعية أمام القضاء والجهات الأخرى، فقد جاء في (م ١٤) من النظام: (يمثل المدير جمعية الملاك أمام القضاء والجهات الأخرى، وله مقاضاة الملاك) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ١٤)..

المطلب الرابع: عزل مدير الجمعية:

كما أن أعضاء الجمعية قد منحوا مدير الجمعية إدارة الجمعية، فإنه بالمقابل لهم أن يعزلوا مدير الجمعية إذا احتاجوا إلى ذلك جاء في النظام (م ٢/١٥): (يجوز عزل المدير بقرار تتوفر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة الثانية عشرة) نظام ملكية الوحدات العقارية (م ٢/١٥).

وفي (م ١٢) من النظام: (إذا لم يوجد لائحة للإدارة أو خلت من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق جمعية الملاك، وقراراتها في ذلك ملزمة بشرط أن يدعى جميع ذوي الشأن بخطاب مسجل إلى الاجتماع، وأن تصدر القرارات بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة) نظام ملكية الوحدات العقارية.

المبحث الثامن: انقضاء جمعية الملاك

تنقضي بأحد الأسباب التالية:

- (١) تلف العقار وزواله.
- (٢) أن يتفق الملاك على إلغاء الجمعية.
- (٣) بيع العقار بجملته إلى مالك آخر

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث
الشرط المتقدم على العقد
كالمقارن له وتطبيقاتها القضائية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

أحمد بن عبدالعزيز بن سليمان بن شبيب

إشراف سماحة الشيخ

عبدالعزیز بن عبداللہ بن محمد آل الشيخ

١٤٢٤-١٤٢٥هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم (A4) ٢٧٧

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم (A4) ٢٣٦

البحث بعد التلخيص بحجم (A4) ٤٥

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث :

- يشتمل البحث على مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة :
- المقدمة:** وفيها بيان أهمية الموضوع وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث .
- التمهيد:** ويشتمل على ثلاثة مباحث :
- المبحث الأول:** تعريف القاعدة الفقهية، والفرق بينها وبين ما يشابهها، وفيه ثلاثة مطالب
- المطلب الأول:** تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفيّاً، وفيه:
- الفرع الأول:** تعريف القاعدة لغة واصطلاحاً .
- الفرع الثاني:** تعريف الفقه لغة واصطلاحاً .
- لمطلب الثاني:** تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علماً ولقبا .
- المطلب الثالث:** الفروق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي والقاعدة الأصولية.
- المبحث الثاني :** أنواع القواعد الفقهية وحجيتها .
- المبحث الثالث :** التعريف بمفردات القاعدة، ويشتمل على مطلبين :

- المطلب الأول : تعريف الشرط لغة واصطلاحاً .
- المطلب الثاني : تعريف العقد لغة واصطلاحاً .
- الفصل الأول: أقسام الشروط والعقود والأصل فيها، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول : أقسام الشروط .
- المبحث الثاني : أقسام العقود .
- المبحث الثالث : الأصل في العقود والشروط .
- الفصل الثاني: الجانب التأصيلي لقاعدة (الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له)، ويشتمل على ستة مباحث :
- المبحث الأول : المعنى الإجمالي للقاعدة .
- المبحث الثاني : القاعدة التي تفرعت عنها هذه القاعدة .
- المبحث الثالث : أهمية هذه القاعدة .
- المبحث الرابع : ضوابط القاعدة .
- المبحث الخامس: خلاف العلماء في العمل بهذه القاعدة مع الأدلة والمناقشة والترجيح .
- المبحث السادس : مجالات تطبيق القاعدة .
- الفصل الثالث : الجانب التطبيقي للقاعدة، ويشتمل على مبحثين :
- المبحث الأول : التطبيقات الفقهية للقاعدة، وفيه تمهيد وأربعة مطالب :
- تمهيد: الضابط العام لدخول جميع التطبيقات الفقهية تحت هذه القاعدة.

- المطلب الأول : بيع العينة والوفاء، وفيه تمهيد وفرعان :
- تمهيد : تعريف البيع لغة واصطلاحا .
- الفرع الأول : بيع العينة، وفيه مسألتان :
- المسألة الأولى : تعريف بيع العينة لغة واصطلاحا .
- المسألة الثانية : أثر شرط كون البيع عينة إذا تقدم على العقد .
- الفرع الثاني : بيع الوفاء، وفيه مسألتان :
- المسألة الأولى : تعريف بيع الوفاء لغة واصطلاحا .
- المسألة الثانية : أثر شرط كون البيع وفاء إذا تقدم على العقد .
- المطلب الثاني : عقود التلجئة، وفيه ثلاثة فروع :
- الفرع الأول : تعريف عقود التلجئة لغة واصطلاحا .
- الفرع الثاني : أثر التلجئة في عقود المعاوضات .
- الفرع الثالث : أثر التلجئة في عقود الأنكحة .
- المطلب الثالث : اختلاف العوض في السر والعلن، وفيه فرعان:
- الفرع الأول : عوض المبيع في السر والعلن، وفيه ثلاث مسائل :
- المسألة الأولى : تعريف العوض لغة واصطلاحا .
- المسألة الثانية : المراد بعوض المبيع في السر والعلن .
- المسألة الثالثة: أثر وجود عوض مبيع في السر وآخر في العلقن .
- الفرع الثاني : مهر السر والعلن، وفيه ثلاث مسائل :

- المسألة الأولى : تعريف المهر لغة واصطلاحاً .
- المسألة الثانية : المراد بمهر السر والعلن .
- المسألة الثالثة : أثر وجود مهر في السر وآخر في العلقن .
- المطلب الرابع: نكاح التحليل والمتعة والشغار، وفيه تمهيد وثلاثة فروع:
- تمهيد : تعريف النكاح لغة واصطلاحاً .
- الفرع الأول : نكاح التحليل، وفيه مسألتان :
- المسألة الأولى : تعريف نكاح التحليل لغة واصطلاحاً .
- المسألة الثانية : أثر شرط التحليل المتقدم على عقد النكاح .
- الفرع الثاني : نكاح المتعة، وفيه مسألتان :
- المسألة الأولى : تعريف نكاح المتعة لغة واصطلاحاً .
- المسألة الثانية : أثر شرط المتعة المتقدم على عقد النكاح .
- الفرع الثالث : نكاح الشغار، وفيه مسألتان :
- المسألة الأولى : تعريف نكاح الشغار لغة واصطلاحاً .
- المسألة الثانية : أثر شرط الشغار المتقدم على عقد النكاح .
- المبحث الثاني: التطبيقات القضائية لقاعدة: الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له .
- الختاتمة : وتتضمن أهم النتائج والتوصيات .
- الفهارس العامة.

التمهيد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية، والفرق بينها وبين ما يشابهها
وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا،
وفيه فرعان:

الفرع الأول : تعريف القاعدة لغة واصطلاحا:

القاعدة لغة: مادة (قعد) تأتي لعدة معان كلها تدور حول معنى
الاستقرار والثبات .

القاعدة اصطلاحا : (القضايا الكلية).

الفرع الثاني : تعريف الفقه لغة واصطلاحا :

الفقه لغة: الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح، يدل على إدراك
الشيء والعلم به وكل علم بشيء فهو فقه ثم اختص
بذلك علم الشريعة .

الفقه اصطلاحا : (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها

(التفصيلية) .

المطلب الثاني تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علما ولقبا

سلك العلماء في تعريفهم للقواعد الفقهية مسلكين :

المسلك الأول : من يرى أن القاعدة الفقهية حكم كلي، أو قضية كلية.

المسلك الثاني : من يرى أن القاعدة الفقهية حكم أكثرى، أو قضية أكثرية.

ولعل الأقرب - والله أعلم - هو ما ذهب إليه أصحاب المسلك الأول من وصف القاعدة الفقهية بأنها كلية وذلك لعدة أمور منها :

١ - أن المستثنيات التي يوردها بعض الفقهاء على قاعدة من القواعد قد تكون داخلية تحت تلك القاعدة ولكن لم يتبين لهم وجه دخولها .

٢ - أن المستثنيات التي يوردها بعض الفقهاء على قاعدة من القواعد قد تكون غير داخلية تحت تلك القاعدة أصلا، وذلك إما لفقدها شرطا من شروط تلك القاعدة أو لقيام مانع من الموانع في تلك المستثنيات .

٣ - على التسليم بوجود وصحة تلك المستثنيات فإن وجودها لا يخرج القاعدة الفقهية عن كونها كلية، وذلك لما علم في الشريعة من أن الغالب الأكثرى معتبر اعتبار الكلي المطرد .

ثم إن أصحاب هذا المسلك اختلفوا في تعريف القواعد الفقهية ولعل الراجح - والله أعلم - هو تعريفها بأنها : (قضية كلية فقهية منطبقة على فروع من أبواب) .

المطلب الثالث الفروق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي والقاعدة الأصولية

أولاً : الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي :

تعريف الضابط الفقهي لغة واصطلاحاً :

الضابط لغة: الضابط مأخوذ من الضبط ومعناه لغة الحبس والحفظ .

أما تعريف الضابط الفقهي اصطلاحاً :اختلف العلماء في تحديده، والراجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه جمهور العلماء من أن الضابط الفقهي هو ما يجمع فروعاً من باب واحد، وعليه فيكون تعريف الضابط الفقهي بأنه : (قضية كلية فقهية منطبقة على فروع من باب).

أوجه الاتفاق والافتراق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي : هناك أوجه اتفاق وافتراق بينهما .

فيتفقان في أن كل واحد منهما : قضية كلية منطبقة على فروع . ويفترقان في أن القاعدة الفقهية تشمل فروعاً من أبواب متعددة، أما الضابط الفقهي فإنه يشمل فروعاً من باب واحد .

ثانياً : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية :

ليبان الفرق بينها وبين القاعدة الأصولية فلا بد أولاً من ذكر تعريف القاعدة الأصولية، ثم بيان أوجه الاتفاق والافتراق بينهما .

تعريف القاعدة الأصولية لغة واصطلاحاً :

تعريف الأصول لغة : جمع أصل : وهو (ما يتبنى عليه غيره ويتفرع عليه)

تعريف الأصول اصطلاحاً : يطلق الأصل في الاصطلاح على عدة معان منها :

١- الدليل .

٢- الراجح .

٣- القاعدة المستمرة .

٤- المقيس عليه .

٥- المستصحب .

وأما تعريف القاعدة الأصولية : عرف بعض العلماء أصول الفقه بأنها القواعد نفسها ، كما اختار هذا الرأي ابن الحاجب - رحمه الله - حيث عرف أصول الفقه بأنها : (العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية) .

أوجه الاتفاق والافتراق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية: هناك أوجه اتفاق وأوجه افتراق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية وهي

على النحو التالي :

أوجه الاتفاق: تتفق القاعدة الأصولية مع القاعدة الفقهية في أن كلاً منهما قضية كلية تدرج تحتها فروع فقهية.

أوجه الافتراق: من أوجه الافتراق بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية ما يلي:

١- القاعدة الأصولية ناشئة في أغلبها عن الألفاظ العربية ، أما القاعدة الفقهية فغالبيتها مأخوذ من تتبع النصوص وما تشتمل عليه من أحكام فقهية .

والقسم الثاني : قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه.

٢- القاعدة الأصولية موضوعها : الأدلة الشرعية، أما القاعدة الفقهية فموضوعها : فعل المكلف.

٢- القاعدة الأصولية متقدمة في الوجود الذهني والواقعي على الفروع الفقهية، أما القاعدة الفقهية فهي متأخرة في وجودها عن الفروع الفقهية.

٣- القاعدة الأصولية يستفيد منها المجتهد خاصة ، أما القاعدة الفقهية فيستفيد منها المجتهد والمقلد.

المبحث الثاني

أنواع القواعد الفقهية وحجيتها

أولاً : أنواع القواعد الفقهية : تنقسم القواعد الفقهية إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة هي كما يلي :

الاعتبار الأول : أنواع القواعد من حيث اتساعها وشمولها : هي تنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : القواعد الشاملة لجميع أبواب الفقه تقريبا، وهي القواعد الخمس الكبرى :

- ١ - قاعدة الأمور بمقاصدها.
- ٢ - قاعدة اليقين لا يزول بالشك .
- ٣ - قاعدة المشقة تجلب التيسير.
- ٤ - قاعدة الضرر يزال .
- ٥ - قاعدة العادة محكمة.

القسم الثاني : القواعد الشاملة لفروع كثيرة من أبواب متعددة، لكنها أقل شمولاً من القواعد الخمس الكبرى . مثل : قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام .

القسم الثالث : القواعد الشاملة لفروع قليلة من أبواب محدودة مقارنة بغيرها . مثل : قاعدة المشغول لا يشغل .

الاعتبار الثاني : أنواع القواعد من حيث الاتفاق عليها أو عدمه : وهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين :

القسم الأول : القواعد المتفق عليها، وهي نوعان :

النوع الأول : القواعد المتفق عليها بين جميع المذاهب ، وهي القواعد الخمس الكبرى .

النوع الثاني : القواعد المتفق عليها في المذهب الواحد . مثل : قاعدة الرخص لا تناط بالمعاصي ، فهذه القاعدة متفق عليها عند الشافعية .

القسم الثاني : القواعد المختلف فيها ، وهي نوعان :

النوع الأول : القواعد المختلف فيها بين أكثر من مذهب . مثل : قاعدة المضمونات تملك بالضمان .

النوع الثاني : القواعد المختلف فيها بين علماء المذهب الواحد، والغالب في قواعد هذا النوع أن ترد بصيغة الاستفهام . مثل : قاعدة العصيان هل ينافي الترخص أم لا ؟ فهي قاعدة خلافية عند المالكية .

الاعتبار الثالث : أنواع القواعد من حيث الاستقلال والتبعية : وهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين :

القسم الأول : القواعد المستقلة، وهي التي لم تكن متفرعة عن غيرها، ولم تكن قيда أو شرطا في قاعدة أخرى . مثل : القواعد الخمس الكبرى .

القسم الثاني : القواعد التابعة، وهي التي تكون خادمة لغيرها من القواعد، ويكون ذلك من أحد وجهين : الوجه الأول : أن تكون متفرعة من قاعدة أكبر منها . مثل : قاعدة الأصل براءة الذمة .

الوجه الثاني : أن تكون قيدا أو شرطا لقاعدة أخرى . مثل : قاعدة الضرر لا يزال بالضرر .

الاعتبار الرابع : أنواع القواعد من حيث مصادرها: وهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين

القسم الأول: القواعد المنصوصة، وهي القواعد التي ورد فيها نص شرعي. مثل

: قاعدة اليقين لا يزول بالشك، فمصدر هذه القاعدة ما رواه أبو سعيد

الخدري — رضي الله عنه — قال : قال رسول الله ﷺ : (إذا شك أحدكم

في صلاته فلم يدر كم صلى ؟ ثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشك وليبن على ما

استيقن (٠٠٠) الحديث رواه مسلم ، = حديث رقم : ٥٧١ .

القسم الثاني : القواعد المستنبطة، وهي القواعد التي خرجها العلماء من

استقراء الأحكام الجزئية. مثل : قاعدة الأصل — عند الحنفية — أن كل

ما كان مضموناً بالإتلاف جاز بيعه، وما لا يضمن بالإتلاف لا يجوز

بيعه .

ثانياً : حجية القواعد الفقهية : اختلف العلماء قديماً وحديثاً في حجية

القواعد الفقهية، ففريق يرى عدم الاحتجاج بها وعدم اعتبارها دليلاً

يستند إليه في استنباط الأحكام الشرعية وفريق آخر يرى الاحتجاج

بالقواعد الفقهية واعتبارها دليلاً

و لعل الراجح - والله أعلم - هو القول بحجية القواعد الفقهية في الجملة

والدليل على حجية القواعد الفقهية هو ما عليه عمل جمهور العلماء قديماً

وحديثاً من بناء كثير من الأحكام ولكن لا بد من توفر شرطين لصحة

الاحتجاج بالقاعدة الفقهية وهما :

الشرط الأول : القدرة العلمية لمن يتولى استخراج القاعدة الفقهية
والاستدلال بها .

الشرط الثاني : عدم وجود المعارض الراجح .

المبحث الثالث التعريف بمفردات القاعدة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً.

الشرط لغة: (شرط: الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة وما قارب ذلك من علم).

الشرط اصطلاحاً: عند الأصوليين فهو: (ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته).

و أما معاني الشرط عند الفقهاء فلهم فيه ثلاثة معان: المعنى الأول: ما يذكره الأصوليون، فيقصد به معنى الشرط عند الأصوليين.

المعنى الثاني: الشرط اللغوي، والمراد به: (صيغ التعليق بـ"إن" ونحوها وهذا هو معنى السبب عند الأصوليين).

المعنى الثالث: جعل الشيء قيداً في شيء، أو بعبارة أخرى: (إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة).

المطلب الثاني تعريف العقد لغة واصطلاحاً

العقد لغة: مادة (عقد) في اللغة لا تخرج عن معنى التقوية والتوثيق للشيء.

العقد اصطلاحاً: (هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول).

الفصل الأول

أقسام الشروط والعقود والأصل فيها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول أقسام الشروط

تنقسم الشروط إلى أقسام عديدة باعتبارات مختلفة منها:

الاعتبار الأول: أقسام الشرط بالنظر إلى إدراك العلاقة بين الشرط
والمشروط:

ينقسم الشرط بهذا الاعتبار إلى ما يلي :

١ - الشرط العقلي : والمراد به: هو ما أدرك العقل لزومه لمشروطه، وعدم
تصور انفكاكه عنه .

٢ - الشرط الشرعي : والمراد به هنا ما يذكره الأصوليون في كتبهم وهو
: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته .

٣ - الشرط اللغوي : والمراد به : (صيغ التعليق بـ"إن" ونحوها... حتى
يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته).

٤ - زاد بعض العلماء قسماً رابعاً : وهو الشرط العادي : والمراد به :
(ملا يمكن وجود الفعل بدونه عادة) .

الاعتبار الثاني : أقسام الشرط بالنظر إلى كونه حقيقة أو مجازاً : ينقسم

الشرط بهذا الاعتبار إلى قسمين :

القسم الأول : الشرط حقيقة .

القسم الثاني : الشرط مجازا .

القسم الأول : الشرط حقيقة، ويسمى (الشرط المحض) : وهو : (ما لا يلاحظ فيه صحة الإضافة أو الإفضاء، بل مجرد توقفه أو توقف انعقاده عليه). وينقسم هذا الشرط إلى :

أولاً : الشرط الشرعي، ويسمى (الحقيقي) : وهو : (ما يتوقف عليه وجود الشيء في الواقع، أو بحكم الشرع حتى لا يصح الحكم بدونه) .

أقسام الشرط الشرعي : وينقسم الشرط الشرعي إلى :

١- شرط الوجوب.

٢- شرط الصحة.

٣- شرط الوجوب والصحة.

ثانياً : الشرط الجعلي : هو : (ما يكون اشتراطه بتصرف الإنسان وإرادته، فيجعل بعض عقود أو التزاماته معلقة عليه أو مرتبطة به).

- الفرق بين الشرط الشرعي والشرط الجعلي : أنه إذا انتفى الشرط الشرعي انتفى المشروط معه مطلقاً، أما إذا انتفى الشرط الجعلي فإنه لا يلزم من انتفائه انتفاء المشروط فإن المشروط يمكن أن يوجد بدون وجود الشرط الجعلي .

أقسام الشرط الجعلي : ينقسم الشرط الجعلي إلى نوعين :

النوع الأول : الشرط التعليقي .

النوع الثاني : الشرط التقييدي .

النوع الأول : الشرط التعليقي : وهو : (ربط حصول مضمون جملة

بحصول مضمون أخرى) . فالشرط التعليقي والشرط اللغوي شيء واحد .

- ولصحة التعليق شروط هي :

١- أن يكون المعلق عليه أمرا معدوما على خطر الوجود

٢- أن يكون المعلق عليه أمرا مستقبلا

٣- أن يكون المعلق عليه أمرا يرجى الوقوف على وجوده .

٤- أن لا يوجد فاصل أجني بين الشرط والجزاء .

٥ - أن يوجد رابط بين الشرط والجزاء .

٦ - أن يكون الذي يصدر منه التعليق مالكا للتنجيز .

النوع الثاني : الشرط التقييدي : وهو : (التزام حكم التصرف القولي لا

يستلزمه ذلك التصرف في حال إطلاقه) .

خصائص الشرط التقييدي : الأول : أنه أمر زائد على أصل التصرف .

الثاني : أنه أمر مستقبل .

الفرق بين الشرط التعليقي والشرط التقييدي : ذكر الزركشي في بيان

الفرق بينهما : (أن التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته — كإن وإذا

— والشرط ما جزم فيه بالأصل وشرط فيه أمر آخر)

أقسام الشرط التقييدي : أولاً: أقسام الشرط التقييدي باعتبار مكانه من العقد :

ينقسم الشرط التقييدي باعتبار مكانه من العقد، وقد يقال باعتبار وقته — أي الوقت الذي يتم فيه الاشتراط — إلى ثلاثة أقسام :

الأول : الشرط المتقدم على العقد.

الثاني : الشرط المقارن للعقد : وهذا النوع من الشروط لا خلاف بين العلماء في تأثيره على العقود صحة وفسادا.

الثالث : الشرط المتأخر عن العقد : والمراد به : الشرط الذي يذكره العاقد بعد تمام العقد

- حكم هذا الشرط من حيث تأثيره على العقد وعدمه: اختلف العلماء في ذلك على أربعة أقوال :

القول الأول: أن الشرط المتأخر عن العقد يلتحق بالعقد ويكون مؤثراً فيه مطلقاً وإن كان الشرط فاسداً، وهذا هو قول أبي حنيفة، ورواية عند الحنابلة.

القول الثاني : أن الشرط المتأخر لا يؤثر إلا إذا كان صحيحاً ، وهذا هو قول أبي يوسف.

ومحمد بن الحسن من الحنفية.

القول الثالث : أن الشرط المتأخر لا يلتحق بالعقد ولا يؤثر فيه مطلقاً، وهذا هو مذهب المالكية ، ووجه عند الشافعية ، ومذهب الظاهرية.

القول الرابع: أن الشرط المتأخر يلتحق بالعقد ويؤثر فيه قبل لزوم العقد لا بعده، والمراد بما قبل لزوم العقد: أي ما كان في مدة الخيارين: خيار المجلس وخيار الشرط، وهذا هو الصحيح عند جمهور الشافعية والمذهب عند الحنابلة. **دليل القول الرابع:** أن العقد قبل لزومه يكون غير مستقر، وزيادة الشرط قد يحتاج إليها لتقرير العقد فتلحق بما كان مقترنا بالعقد، ولأن العقد قبل لزومه يكون جائزا أي لكل واحد من المتعاقدين فسخه من غير رضی الآخر فكان لكل واحد منهما أن يلحق به شرطا من باب أولى. **الترجيح:** الراجح — والله أعلم — هو القول الرابع وهو القول بتأثير الشرط المتأخر عن العقد قبل لزومه، وذلك لسلامة دليله من المناقشة وضعف أدلة الأقوال الأخرى بعد مناقشتها.

ثانيا: أقسام الشرط التقييدي باعتبار حكمه الوضعي:

الأول: شرط صحيح، يصح معه العقد ويكون ملزماً.

الثاني: شرط فاسد، وينقسم إلى:

١ - شرط فاسد يصح معه العقد.

٢ - شرط فاسد يبطل معه العقد.

و هذا التقسيم متفق عليه بين المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، بينما الظاهرية يقتصرون على تقسيم الشرط بهذا

الاعتبار إلى :

١ - شرط صحيح، يصح معه العقد ويكون ملزماً .

٢ - شرط فاسد، يبطل معه العقد .

الأول : الشرط الصحيح:

أ - اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن الشرط الذي يقتضيه العقد يعد شرطاً صحيحاً يصح معه العقد ويكون ملزماً.

ب - كما اتفقوا أيضاً على أن الشرط الملائم للعقد كما يسميه الحنفية، بينما عند المذاهب الثلاثة الأخرى يسمى بالشرط الذي فيه مصلحة للعقد وقد تتعلق به مصلحة العاقدين : هو شرط صحيحاً إلا أن هذا الشرط يصح عند الحنفية استثناء على سبيل الاستحسان بينما بقية المذاهب الثلاثة الأخرى ترى أن هذا الشرط شرط صحيح أصلاً لا استثناء.

ج - كما اتفقوا على صحة الشرط الذي ورد بجوازه نص شرعي ، وهذا الشرط قد صرح بصحته الحنفية ، والشافعية ، وهو مذهب المالكية ، والحنابلة بطريق الأولى ، ثم بعد ذلك نجد أن أصحاب المذاهب الأربعة يختلفون في تصحيح ما عدا هذه الشروط : فالشافعية يقتصرون في تصحيح الشروط على ما تقدم ذكره من الشروط المتفق على صحتها

أما الحنفية فيصحون زيادة على ما تقدم : الشرط الذي يجري به

التعامل، على أنهم يجيزونه استثناء على سبيل الاستحسان وإلا فإن قياس مذهبهم عدم صحة هذا النوع من الشروط.

أما المالكية فإنهم يصححون كل شرط لا ينافي مقتضى العقد ولم يخل بالثمن.

أما الحنابلة فإنهم يصححون كل شرط لا ينافي مقتضى العقد ولم يرد في النهي عنه نص خاص كاشتراط عقد في عقد.

الثاني : الشرط الفاسد :

اختلف أصحاب المذاهب الأربعة فيما بينهم في تحديد الشرط الفاسد : فالشافعية يرون أن الشرط الذي لا يتعلق به غرض يورث تنازعا هو شرط فاسد ولكنه لا يبطل العقد فهذا الشرط عندهم يلغى ويصح العقد أما الحنفية فإنهم يرون أن كل شرط لا يقتضيه العقد ولا هو يلائم مقتضى العقد ولم يرد بجوازه نص شرعي خاص ولم يجر به التعامل وهو مع ذلك لا منفعة فيه لأحد أنه شرط فاسد ولكنه لا يبطل العقد فيسقط الشرط ويبقى العقد صحيحا مطلقا ، أما إذا كان الشرط شرطا لا يقتضيه العقد ولا هو يلائم مقتضى العقد ولم يرد بجوازه نص شرعي خاص ولم يجر به التعامل وفيه منفعة سواء كانت لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه أو لأجنبي — غير المتعاقدين — .

أما المالكية : فإن الشرط لا يكون فاسدا عندهم إلا في موضعين :

١ — إذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد .

٢ — إذا كان الشرط مخلا بالثمن .

والشرط الفاسد يسقط في جميع الأحوال ولا يعمل به، أما بالنسبة لأثره على العقود فله ثلاث حالات :

أ — شرط فاسد يبطل العقد، وذلك إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد ويختل العقد بإعمال الشرط.

ب — شرط فاسد لا يبطل العقد، وذلك إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد ولكن العقد لا يختل بإعمال الشرط.

ج — شرط فاسد يبطل العقد إلا إذا تنازل المشتري عنه فيسقط الشرط ويبقى العقد صحيحا.

أما الحنابلة : فإن الشرط لا يكون فاسدا عندهم إلا في موضعين :

١ — إذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد، وذلك كشرط البائع أن لا يبيع المشتري المبيع

٢ — إذا ورد في النهي عن الشرط نص خاص، وذلك كشرط عقد في عقد والجمع بين شرطين في العقد، لقول النبي ﷺ : " لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع... " الحديث. قال الترمذي: حديث حسن

صحيح أخرجه الترمذي في جامعه رقم (١٢٣٤) ، و أبو داود في سننه
 حديث رقم (٣٥٠٤) و النسائي في سننه حديث رقم (٤٦١٥) و
 أحمد في مسنده رقم (٦٦٧١) — و غيرهم. قال عنه الألباني : حديث
 حسن إرواء الغليل — الألباني — حديث رقم (١٣٠٥).

و الشرط الفاسد يسقط ولا يعمل به، أما بالنسبة لأثره على العقد: فإن
 كان الشرط منافياً لمقتضى العقد ففيه روايتان :

الأولى : صحة العقد وهذه الرواية هي الصحيح من المذهب .

الثانية : بطلان العقد .

أما إذا كان الشرط ورد في النهي عنه نص خاص ففي بطلان العقد معه
 روايتان أيضا :

الأولى : بطلان العقد وهذه الرواية هي الصحيح من المذهب .

الثانية : صحة العقد .

القسم الثاني: الشرط مجازا: هذا القسم ينص عليه الحنفيون في كتبهم،
 والشرط المجازي هو كل ماعدا ما تقدم ذكره من الشروط في القسم
 الأول، ويمكن حصره في أربعة أنواع هي

١ - شرط هو في حكم العلل: وهو كل شرط لم تعارضه علة صالحة
 لإضافة الحكم إليها، فإنه في تلك الحالة يصلح ذلك الشرط أن يكون علة

يضاف إليه الحكم.

٢ - شرط له حكم الأسباب: وهو كل شرط حصل بعد حصوله
فعل فاعل مختار غير منسوب ذلك الفعل إلى الشرط .

٣ - شرط اسما لا حكما: وهو ما يفتقر الحكم إلى وجوده ولا يوجد
عند وجوده

٤ - شرط هو كالعلامة :

وهو ما يكون علما على وجود الحكم من غير أن يتعلق به وجوب ولا
وجود .

المبحث الثاني

أقسام العقود

الاعتبار الأول : تقسيم العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين :

الأول : عقود مسماة.

الثاني : عقود غير مسماة.

الاعتبار الثاني : تقسيم العقود بالنظر إلى الحكم الوضعي المتعلق بها :

الأول : العقد الصحيح : عرف الجمهور العقد الصحيح بأنه: ما ترتب

الأثر المطلوب منه عليه.

وأما الحنفية فقد عرفوه بأنه : ما ترتب الأثر المطلوب منه عليه مع عدم

طلب فسخه من الشارع، وقيل بأنه : ما كان مشروعاً بأصله ووصفه .

الثاني : العقد غير الصحيح : يرى الجمهور أن العقد غير الصحيح قسم

واحد يوصف بالفساد والبطلان على حد سواء، بخلاف الحنفية فإنهم

يقسمون العقد غير الصحيح إلى :

أ- عقد فاسد ب- عقد باطل

هذا وقد عرف الجمهور العقد غير الصحيح بأنه: ما لم يترتب أثره عليه.

أما الحنفية فقد ذكروا لكل من العقد الفاسد والعقد الباطل تعريفاً خاصاً

به، فقالوا في تعريف العقد الفاسد بأنه : ما ترتب الأثر المطلوب منه عليه

مع طلب فسخه من الشارع، وقيل : هو ما شرع بأصله دون وصفه.
 وحكم العقد الفاسد عند الحنفية : أنه يجب فسخه، ويفيد الملك بالقبض.
 أما تعريف العقد الباطل عند الحنفية فهو : ما لم يترتب أثره عليه، وقيل
 هو : ما لم يشرع بأصله ولا وصفه.
 وأما حكمه عندهم فواضح من التعريف وهو عدم ترتب أثره عليه مطلقاً،
 سواء حصل قبض أم لم يحصل .
 ثم إن العقد الصحيح ينقسم بالنظر إلى النفاذ من عدمه عند الحنفية
 والمالكية إلى قسمين:

الأول : العقد النافذ: وهو العقد الذي يصدر ممن له أهلية وولاية على
 إصداره، سواء أكانت هذه الولاية أصلية أم نيابية .
 وحكمه : أنه تترتب عليه آثاره فور صدوره دون توقف لأن يجيزه أحد .
الثاني : العقد الموقوف : وهو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التعاقد لكن
 ليس له ولاية على إصداره .
 وحكمه : أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازته من له حق الإجازة وهو
 الذي يملك حق إصداره على القول بصحة العقد الموقوف، فإن لم يجزه
 بطل العقد .

والعقد الموقوف عقد باطل على الصحيح عند الشافعية والحنابلة.
 ثم إن العقد النافذ ينقسم بالنظر إلى اللزوم وعدمه إلى ثلاثة أقسام:
الأول : عقد لازم من الطرفين: وهو كل عقد صحيح نافذ لا يقبل

الفسخ من أحد المتعاقدين أبداً، أو يقبله بشرط حصول الاتفاق عليه بينهما، وهو نوعان :

النوع الأول : عقد لازم لا يحتمل الفسخ أبداً، مثاله .

النوع الثاني : عقد لازم يقبل الفسخ بشرط حصول الاتفاق عليه بين المتعاقدين.

الثاني : عقد جائز من الطرفين : وهو كل عقد صحيح نافذ يقبل الفسخ من كلا المتعاقدين دون توقف على رضى الآخر.

الثالث : عقد لازم من أحد الطرفين جائز من الطرف الآخر : وهو كل عقد صحيح نافذ يملك فيه أحد المتعاقدين فقط فسخه دون رضى الآخر .

الفرق بين العقد اللازم والجائز : أن العقد اللازم لا يمكن فسخه إذا قبل الفسخ إلا برضى المتعاقدين، أما الجائز فإنه يصح فسخه بدون رضى الطرف الآخر، كما أن بدر الدين الزركشي - رحمه الله - ذكر فرقتين أخريين هما :

١- أنه لا بد أن يكون المعقود عليه في العقد اللازم معلوما مقدوراً

على تسليمه، بخلاف العقد الجائز فلا يشترط فيه ذلك .

٢- أن العقد اللازم لا يثبت فيه خيار مؤبد، بخلاف العقد الجائز

فيجوز فيه ذلك .

الاعتبار الثالث : تقسيم العقود بالنظر إلى اتصال آثارها بصيغتها :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

الأول : العقد المنجز : وهو ما كانت صيغته دالة على إنشائه من حين صدوره وخلا من التعليق والإضافة .

وحكمه : ترتب آثاره عليه في الحال ما دام مستوفيا لأركانه وشروطه المعتبرة فيه .

الثاني : العقد المضاف : وهو ما دلت صيغته على إنشائه من حين صدوره على أن لا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل معين .

وحكمه : أنه ينعقد في الحال، لكن آثاره لا توجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه .

الثالث : العقد المعلق : وهو الذي ربط وجوده على حصول أمر آخر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها .

وحكمه : أنه من وقت تحقق ووجود الشرط المعلق عليه ينعقد العقد المعلق وتترتب عليه آثاره .

والعقد المعلق يفارق العقد المضاف : في أن ظهور آثار العقد المعلق معلقة على زمن مجهول، أما العقد المضاف فظهور آثاره معلقة على زمن محدد معلوم .

الاعتبار الرابع : تقسيم العقود بالنظر إلى الغرض منها وآثارها :تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى سبع مجموعات :

المجموعة الأولى : عقود التمليكات : وهي نوعان :
 الأول : عقود معاوضات : وتسمى عقود (المبادلات)، وهي : ما قامت
 على أساس تبادل الالتزامات المتقابلة بين العاقدين، والمبادلة في عقود
 المعاوضات إما :

- أ - أن تكون مبادلة مال بمال، كالبيع .
- ب- أو تكون مبادلة مال بمنفعة، كالإجارة .
- ج - أو تكون مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة، كالنكاح .
- د - أو تكون مبادلة منفعة بمنفعة.

الثاني : عقود تبرعات : وهي ما قامت على أساس التمليك من أحد
 الطرفين دون مقابل من الطرف الآخر، كالعارية.

المجموعة الثانية : عقود الإسقاطات : وهي التي يكون الغرض منها إسقاط
 حق من الحقوق، وهي إما :

- أ - إسقاطات محضة : وهي التي يكون الإسقاط فيها بدون بدل من
 الطرف الآخر كالطلاق.
- ب- إسقاطات فيها معنى المعاوضة : وهي التي يكون الإسقاط فيها ببديل
 من الطرف الآخر.

المجموعة الثالثة : عقود الإطلاقات : وتسمى عقود (التفويضات)، وهي
 التي تتضمن تفويض الشخص لغيره وإطلاق يده في التصرف بعمل كان

ممنوعا عليه قبل هذا التفويض.

المجموعة الرابعة : عقود التقييدات : وهي التي تتضمن تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كان مباحاً له.

المجموعة الخامسة : عقود الشركات : وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في المال والربح.

المجموعة السادسة : عقود التوثيقات : وتسمى عقود (الضمانات) و(التأمينات)، وهي : التي يكون الغرض منها ضمان الحقوق (الديون) لأصحابها.

المجموعة السابعة : عقود الحفظ : وهي التي يكون الغرض منها حفظ المال.

المبحث الثالث : الأصل في العقود والشروط

المسألة الأولى : الأصل في العقود والشروط الجواز أم الحظر .

اختلف العلماء في حكم هذه المسألة، ويمكن حصر خلافهم فيها على قولين مشهورين:

القول الأول: أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها شيء إلا ما ورد الشرع بتحريمه وإبطاله، وهذا هو قول الجمهور من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم.

القول الثاني : أن الأصل في العقود والشروط الحظر والبطالان إلا ما ورد الدليل بصحته، وهذا القول هو مذهب الظاهرية.

من أدلة القول الأول :

من الكتاب آيات كثيرة منها : - الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعهود والمواثيق، ومدح الموفين بها، والتحذير من نقضها والخيانة فيها، من ذلك : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ سورة المائدة - آية (١) . .

ومن السنة أحاديث كثيرة منها : - ما ورد في السنة من الأمر بالوفاء

بالعهد والذم لمن أخل به، كحديث ابن عمرو - رضي الله عنهما -

: (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كذب قال : قال رسول الله

كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا
 أوْثمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر)
 متفق عليه. أخرجه البخاري — حديث رقم (٣٤) — ص ٣٠،
 وأخرجه مسلم في صحيحه — حديث رقم (٥٨) .

و أما الأدلة من المعقول فمنها :- (أن العقود والشروط من باب الأفعال
 العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل
 دليل على التحريم.

الترجيح: الراجح — والله أعلم — القول الأول قول الجمهور بأن الأصل
 في العقود والشروط الصحة والجواز ولا يحرم منها شيء إلا ما دل الدليل
 على تحريمه وبطلانه.

المسألة الثانية : الأصل في العقود والشروط اللزوم:

وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والأثر والمعقول : أما الأدلة من الكتاب
 والسنة فقد سبق بيان بعض منها عند ذكر أدلة القول الأول في المسألة
 السابقة.

أما دليل الأثر :فقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : (مقاطع الحقوق عند
 الشروط) أخرجه البخاري ص ١٠٢١ . .

أما دليل المعقول : (العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو
 المعقود عليه ودفع الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً

للمقصود) .

إلا أن العلماء اختلفوا في وقت لزوم العقد، وأساس الخلاف : هو اختلافهم في مشروعية خيار المجلس .

فذهب الحنفية والمالكية إلى أنه يلزم العقد بمجرد صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين، بينما ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنه يعتبر العقد لازماً إذا انتهى مجلس العقد أو خيّر أحد المتعاقدين الآخر في إسقاط خيار المجلس ولزوم العقد وحصل الاختيار من الآخر ، وهذا القول هو الراجح -والله أعلم- لظاهر حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ : (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع) متفق عليه. أخرجه البخاري حديث رقم (٢١١٢) — ، وأخرجه مسلم في صحيحه واللفظ له حديث رقم (١٥٣١) — .

الفصل الثاني

الجانب التأصيلي لقاعدة

(الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له)

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: المعنى الإجمالي للقاعدة .

المراد بهذه القاعدة: هو أن الشرط الذي يتقدم العقد، ويتفق عليه الطرفان، ثم يبرمان العقد من دون ذكره أثناء العقد، حكمه حكم الشرط الموجود في صلب العقد.

وهذا الحكم عام في جميع الشروط الصحيحة والفاصلة على السواء.

المبحث الثاني: القاعدة التي تفرعت عنها هذه القاعدة

هذه القاعدة تعتبر فرعاً لقاعدة: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) .

وذلك من جهة أن من يقول بقاعدة: الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له، نظر إلى المقصد من العقد فاعتبره فيه، وذلك على أن أساس الالتزام والعقد هو القصد والإرادة الباطنة، أما من لم يعمل بهذه القاعدة فإنه يقصر نظره على الصورة الخارجية للعقد دون النظر إلى المقصد منه فهو بذلك يرى أن المعتمد في العقود هو الإرادة الظاهرة .

كما أن قاعدة الشرط المتقدم، تعتبر فرعاً أيضاً لقاعدة: (سد الذرائع).

المبحث الثالث : أهمية هذه القاعدة

وإذا تأمل اللبيب هذه القاعدة وجدها ترفع التحريم أو الوجوب مع قيام المعنى المقتضي لهما حقيقة... ومعلوم أنه لا بد أن يكون بين الحلال والحرام فرق بين في الحقيقة، بحيث يظهر للعقول مضادة أحدهما للآخر، والفرق في الصورة غير معتبر ولا مؤثر، إذ الاعتبار بالمعاني والمقاصد في الأقوال والأفعال، ومن تأمل الشريعة حق التأمل علم صحة هذا بالاضطرار).

المبحث الرابع : ضوابط القاعدة

الضابط الأول : أن يتم الاتفاق بين المتعاقدين على الشرط.

الضابط الثاني : أن يتم الاتفاق بين المتعاقدين على الشرط قبل العقد.

الضابط الثالث : أن لا يصرح المتعاقدان أو أحدهما أثناء العقد بالشروط السابقة.

الضابط الرابع : أن لا يصرح المتعاقدان أو أحدهما أثناء العقد بنفي ما كان بينهما من شروط سابقة.

الضابط الخامس : أن لا يذكر في صلب العقد شرطاً مقصوداً - لا حيلة - يناقض وينافي الشرط المتقدم.

المبحث الخامس : خلاف العلماء في العمل بهذه القاعدة مع الأدلة

والمناقشة والترجيح

سبب النزاع في هذه القاعدة : سبب النزاع في هذه القاعدة يرجع

إلى النزاع في اعتبار القصد في العقود، فمن يعتبر القصد في العقود فإنه يعتبر الشروط السابقة للعقد ويعمل بها، ومن لا يعتبر القصد في العقود فإنه لا يعتبر الشروط السابقة للعقد ولا يعمل بها .

تحرير محل النزاع :

١- نص الفقهاء على أنه إذا اشترط المتعاقدان شروطاً قبل العقد ثم في أثناء العقد نصاً على تلك الشروط تأكيداً لها وهما قاصدين لمقتضاها أنها تكون شروطاً مؤثرة ومعتبرة في ذلك العقد.

٢- كما نص الفقهاء على أنه إذا اشترط المتعاقدان شروطاً قبل العقد ثم في أثناء العقد نصاً على عدم اعتبار تلك الشروط أنها حينئذ تكون شروطاً ملغاة لا يعمل بها، بينما الخلاف بين العلماء في هذه القاعدة حصل في موضعين :

الموضع الأول : فيما إذا اشترط المتعاقدان شروطاً قبل العقد وفي أثناء العقد لم يذكر تلك الشروط مطلقاً، فلم يصحح باعتبارها أو بعدم اعتبارها، فهل تعتبر تلك الشروط أم لا؟.

الموضع الثاني : فيما إذا اشترط المتعاقدان شروطاً قبل العقد وفي أثناء العقد ذكراً شروطاً تخالف تلك الشروط السابقة، ولكن الشروط التي ذكرها أثناء العقد ليسا قاصدين لمقتضاها، وإنما قصدتهما الشروط السابقة للعقد فهل العبرة بالشروط التي ذكرها قبل العقد، أم العبرة بالشروط التي ذكرها أثناء العقد؟.

أقوال العلماء في العمل بهذه القاعدة : اختلف العلماء في حكم العمل

بهذه القاعدة على قولين مشهورين:

القول الأول : أن الشرط المتقدم على العقد لا تأثير له فيه، بل هو كالوعد المطلق، إن شاء وفي به وإن شاء ترك الوفاء، ولكن يستحب الوفاء به، وهذا هو قول أبي حنيفة، والمذهب عند الشافعية ، ورواية عند الحنابلة، وقول الظاهرية.

القول الثاني : أن الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له فهو مؤثر فيه، وهذا القول رواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن وهو مذهب المالكية ووجه عند الشافعية والمذهب عند الحنابلة .

وهناك قول ثالث في هذه المسألة وهو : التفريق بين الشرط المتقدم على العقد الرافع لمقصوده وبين الشرط المقيد له فإن كان الشرط المتقدم رافعاً لمقصود العقد أثر فيه، وإن كان الشرط المتقدم مقيداً للعقد لم يؤثر فيه، وهذا هو قول طائفة من أصحاب الإمام أحمد.

أدلة القول الثاني : استدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة والمعقول :

فمن الكتاب : قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة - آية (١) ..

وأما الأدلة من السنة : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (الصلح جائز بين المسلمين.. إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً...)

المسلمون على شروطهم) تقدم تخريجه.

الأدلة من المعقول : قياس الشرط المتقدم على الشرط المقارن، بجامع أن كلا منهما شرط.

الترجيح : الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني القائل : بأن الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له، وذلك : لقوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول، وعدم وجود المعارض لها، وكذلك الإجابة عن ما ورد عليها من مناقشات، مع ضعف أدلة القول الأول بل وسقوطها من خلال المناقشة .

المبحث السادس : مجالات تطبيق القاعدة

بناءً على القول الراجح في هذه القاعدة، فإن هذه القاعدة يمكن تطبيقها على جميع العقود والتصرفات القولية.

الفصل الثالث

الجانب التطبيقي للقاعدة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : التطبيقات الفقهية للقاعدة.

وفيه تمهيد وأربعة مطالب :

المطلب الأول : بيع العينة والوفاء .

تمهيد الضابط العام لدخول جميع التطبيقات الفقهية تحت هذه القاعدة أن يتفق المتعاقدان على الشرط، وأن يكون هذا الاتفاق متقدماً على العقد ، وأن لا يذكر في صلب العقد شرطاً مقصوداً يناقض الشرط المتقدم، أما إن كان الشرط المذكور في صلب العقد ليس مقصوداً وإنما ذكر حيلة والمقصود من العقد هو الشرط المتقدم فإن هذا يكون داخلاً تحت هذه القاعدة ولذلك فقد أوردت بعض التطبيقات على ذلك .

المطلب الأول : بيع العينة والوفاء وفيه تمهيد وفرعان:

تمهيد : تعريف البيع لغة واصطلاحاً .

البيع لغة : عبارة عن الإيجاب والقبول إذا تناول عينين أو عيناً بشمن).

البيع اصطلاحاً : هو : (مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة -

كمر - بمثل أحدهما على التأيد غير رباً وقرض) .

الفرع الأول : بيع العينة وفيه مسألتان

المسألة الأولى : تعريف بيع العينة لغة واصطلاحاً .

العينة بالكسر: السلف، واعتان الرجل: إذا اشترى الشيء بنسيئة، وعينة المال أيضاً : خياره).

بيع العينة اصطلاحاً : هو: (أن يبيع سلعة بثمن مؤجل، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن حالاً).

المسألة الثانية أثر شرط كون البيع عينة إذا تقدم على العقد

الخلاف المشهور في حكم بيع العينة يجري على هذه المسألة، وعليه فنقول :
: اختلف العلماء في حكم هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن البيع بهذه الصورة محرم ولا يجوز ويعتبر بيعاً باطلاً، وهذا هو قول الجمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو اختيار شيخ الإسلام ، وابن القيم .

القول الثاني : أن البيع بهذه الصورة جائز وصحيح، وهذا هو قول أبي يوسف من الحنفية ، والشافعية، والظاهرية .

والقول الراجح - والله أعلم - هو القول الأول قول الجمهور وذلك لما ذكروه من أدلة حين كلامهم عن هذه المسألة، ولأن فيه أخذاً بقاعدة :
الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له .

الفرع الثاني : بيع الوفاء

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى : تعريف بيع الوفاء لغة واصطلاحاً.

الوفاء لغة : (وفى : الواو والفاء والحرف المعتل : كلمة تدل على إكمال وإتمام. منه الوفاء : إتمام العهد وإكمال الشرط).

بيع الوفاء اصطلاحاً : هو : (بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع

وهو معروف عند الحنفية بـ(بيع الوفاء) ، وعند المالكية بـ(بيع الثُّنيا) ، وعند الشافعية بـ(بيع العهدة) كما يذكرون أنه يسمى : بيع العِدَّة، وبيع الناس ، وعند الحنابلة بـ(بيع الأمانة).

المسألة الثانية أثر شرط كون البيع وفاء إذا تقدم على العقد

اختلف العلماء في حكم هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن هذا البيع يعتبر بيعاً صحيحاً، وهذا هو قول الحنفية، والشافعية .

القول الثاني : أن هذا البيع باطل، وهو قول للحنفية ، وقول المالكية، والحنابلة ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية ، وهو الراجح - والله أعلم - وذلك عملاً بالقاعدة ، إذ أن هذا الشرط لو فرض وجوده في صلب العقد لكان العقد حينئذ باطلاً على الصحيح فكذلك إذا

تقدمه.

المطلب الثاني : عقود التلجئة

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول : تعريف عقود التلجئة لغة واصطلاحاً .

التلجئة لغة : وألجأه : اضطره ... والتلجئة : الإكراه).

تعريف عقود التلجئة اصطلاحاً : هو أن يتواطأ اثنان على إظهار العقد صورة من غير أن يكون له حقيقة .

وهل التلجئة والهزل بمعنى واحد؟ خلاف .

قيل إن التلجئة هي : الهزل وهذا هو اختيار البزدوي ، وصاحب كشف الأسرار ، وابن عابدين .

وقيل : إن التلجئة أخص من الهزل.

والأول أقرب - والله أعلم - ، والخطب في هذا سير ، والشافعية يسمون هذا العقد أيضاً بعقد الأمانة.

الفرع الثاني : أثر التلجئة في عقود المعاوضات

اختلف العلماء في حكم هذه العقود على قولين :

القول الأول : أن البيع باطل ، وهذا القول هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، وهو قول صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، وهو قياس قول الإمام مالك كما ذكر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية ، وابن القيم ، وهو

قول الحنابلة ، واختيار ابن القيم.

القول الثاني : أن البيع صحيح، وهذا القول رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة ، وهو قول الشافعية.

والقول الأول هو الراجح - والله أعلم - عملاً بالقاعدة .

الفرع الثالث : أثر التلجئة في عقود الأنكحة

صرح علماء الحنفية ، والحنابلة ، بأن نكاح التلجئة نكاح صحيح بينما لم أقف على من نص على حكم هذا النكاح عند المالكية، والشافعية، ولكن يمكن القول بأنهم يرون صحة هذا النكاح، أما بالنسبة للمالكية فقياساً على نكاح الهازل بجامع أن العاقد غير قاصد للعقد في كل منهما ومع ذلك صح نكاح الهازل فكذلك يصح نكاح التلجئة، أما بالنسبة للشافعية فأولاً : لأنهم يرون أن الشرط المتقدم على العقد يعتبر لاغياً ولا يعمل به، ثم أيضاً : يصح نكاح التلجئة قياساً على نكاح الهازل ، ويدل لصحة ووقوع نكاح الهازل حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ (ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة)، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب أخرجه الترمذي في جامعه حديث رقم (١١٨٤)، ص ٢٨٨، حديث رقم (٢١٩٠) وابن ماجه في سننه حديث رقم (٢٠٣٩) وغيرهم. وحسنه الألباني. انظر : إرواء الغليل - (٢٢٤/٦-٢٢٨) ..

وقد ذكر شيخ الإسلام في هذه المسألة قولاً ثانياً حيث قال : (ويتخرج في نكاح التلجئة أنه باطل).

والراجح - والله أعلم - هو القول الأول، لأنه لو كانت التلجئة مقارنة للعقد لصح عقد النكاح حينئذ قياساً على صحة نكاح الهازل كما سبق، فكذلك إذا تقدمت التلجئة على عقد النكاح .

المطلب الثالث : اختلاف العوض في السر والعلن

وفيه فرعان:

الفرع الأول : عوض المبيع في السر والعلن.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى : تعريف العوض لغة واصطلاحاً.

العوض لغة : (العوض : البدل ... والجمع أعواض، عاضه منه وبه) .

العوض اصطلاحاً : هو : (ما يبذل في مقابلة غيره) .

المسألة الثانية : المراد بعوض المبيع في السر والعلن

المراد بهذه المسألة : أن يتفق ويتواضع المتعاقدان على أن يكون عوض المبيع في البيع الذي سيعقدانه وهذا الثمن يكون متفقاً عليه قبل العقد سراً بينما أثناء العقد وفي الظاهر يظهران العقد على أن العوض فيه ألفتان، ويستمران على هذا الاتفاق إلى حين الانتهاء من العقد دون تصريح بثمن السر في العقد، ودون أن يصدر من أحدهما إعراض عن الاتفاق السابق .

المسألة الثالثة : أثر وجود عوض مبيع في السر وآخر في العلن

اختلف العلماء في هذه المسألة : هل يؤخذ فيها بثمن السر أم بثمن

العلانية، على قولين :

القول الأول : أن العبرة بما اتفقا عليه في الباطن ، وهذا هو ظاهر قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف ومحمد ابن الحسن ، وهو مذهب المالكية قياساً على مهر السر والعلانية، وهو أظهر الروايتين عند الحنابلة .

القول الثاني : أن العبرة بما اتفقا عليه في الظاهر ، وهذا القول ذكره أبو يوسف رواية عن أبي حنيفة وهو مذهب الشافعية، ورواية عند الحنابلة. والقول الراجح - والله أعلم - هو القول الأول عملاً بالقاعدة .

الفرع الثاني : مهر السر والعلن

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى : تعريف المهر لغة واصطلاحاً .

المهر لغة : المهر : صداق المرأة، والجمع : مهوراً .

المهر اصطلاحاً : المهر : صداق المرأة، وهو : (العوض في النكاح ونحوه).

المسألة الثانية : المراد بمهر السر والعلن

أن لهذه المسألة معنيين وحالتين :

الحالة الأولى : أن يتفق طرفا العقد في السر بدون عقد ثم يعقدان العقد في العلانية على ، أو يكون الاتفاق بالعكس فيكون مهر العلانية أقل من مهر السر المتفق عليه قبل العقد.

ففي هذه الحالة أي المهرين يلزم الزوج بدفعه، هل هو مهر السر أم مهر

العلانية؟ خلاف .

الحالة الثانية : أن يعقد طرفا عقد النكاح العقد في السر على مهر ، ثم يتفقان على أن يعقدا العقد مرة أخرى في العلانية بمهر مغاير للذي في السر .

وقد اختلف العلماء أيضاً في هذه الحالة بأي المهرين يلزم الزوج ؟.

المسألة الثالثة : أثر وجود مهر في السر وآخر في العلن

سأقصر الكلام هنا على حكم الحالة الأولى، وذلك لأنها تعتبر مندرجة تحت التطبيقات الفقهية لقاعدة : الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له ، أما الحالة الثانية فلا تدخل تحت هذه القاعدة

حكم الحالة الأولى : اختلف العلماء في حكم هذه الحالة على قولين :

القول الأول : أن المهر هو مهر السر، وهذا القول هو رواية عن الإمام أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، وهو مذهب المالكية ، ورواية عند الحنابلة .

القول الثاني : أن المهر مهر العلانية، وهذا القول رواية عن أبي حنيفة، وهو مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة، لكن الحنابلة نصوا على : أنه يستحب للمرأة أن تفي بما وقع الشرط عليه قبل العقد وذلك لئلا

يحصل منها غرر، ولقوله ﷺ : "المسلمون على شروطهم تقدم تخريجه إلا أن أبا حفص البرمكي - رحمه الله - قال بوجوب الوفاء عليها، وقد صوبه المرادوي - رحمه الله - في ذلك .

والراجع - والله أعلم - هو القول الأول عملاً بالقاعدة .

المطلب الرابع : نكاح التحليل والمتعة والشغار

وفيه تمهيد وثلاثة فروع:

تمهيد : تعريف النكاح لغة واصطلاحاً

النكاح لغة : (النكاح : الوطاء، وقد يكون العقد. تقول : نكحتُها ونكحتُ هي، أي تزوجت) .

النكاح اصطلاحاً : عرف الحنابلة النكاح اصطلاحاً بأنه : (عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة .

الفرع الأول : نكاح التحليل وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : تعريف نكاح التحليل لغة واصطلاحاً .

التحليل لغة : جعل الشيء حلالاً أي ليس بمحرم .

نكاح التحليل اصطلاحاً : عقد على امرأة مطلقة ثلاثاً بشرط أو بقصد إحلالها لهذا المطلق .

المسألة الثانية : أثر شرط التحليل المتقدم على عقد النكاح

اختلف العلماء في حكم هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن النكاح حينها يعتبر نكاحاً صحيحاً تحل به المرأة لزوجها الأول، وهذا القول هو مذهب أبي حنيفة واختيار أبي يوسف

ومحمد ابن الحسن أيضاً، وهو مذهب الشافعية - ولكن يقولون: يصح مع الكراهة -، وهو رواية عند الحنابلة، وهو مذهب الظاهرية .
على أن أبا حنيفة ومحمد بن الحسن يريان صحة نكاح التحليل ولو كان شرط التحليل قد ذكر في صلب العقد غير أن محمداً لا يحلل المرأة بهذا العقد للزوج الأول بخلاف أبي حنيفة بينما أبو يوسف يرى فساد النكاح إذا ذكر شرط التحليل في صلب العقد.

وقول أبي يوسف بفساد النكاح إذا ذكر شرط التحليل في صلب العقد هو الموافق لقول الجمهور وهو الراجح - والله أعلم - .
القول الثاني : أن النكاح في تلك الحالة يعتبر نكاحاً باطلاً، وهذا القول هو مذهب المالكية، وهو المذهب عند الحنابلة، وهو اختيار شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم.

وهذا القول هو الراجح - والله أعلم - عملاً بالقاعدة.

الفرع الثاني : نكاح المتعة وفيه مسألتان:

المسألة الأولى : تعريف نكاح المتعة لغة واصطلاحاً .

المتعة لغة : المتعة: التمتع بالمرأة لا تريد إدامتها لنفسك).

نكاح المتعة اصطلاحاً : (نكاح المرأة لمدة مؤقتة، على مهر معين) .

المسألة الثانية : أثر شرط المتعة المتقدم على عقد النكاح

وقع الإجماع بين علماء المسلمين على تحريم نكاح المتعة، إلا ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - وجماعة من أصحابه، ولكن ثبت رجوع ابن عباس عن قوله بالجواز.

كما اتفق أئمة المذاهب الأربعة على بطلان نكاح المتعة، إلا ما روي عن زفر من الحنفية القول بالجواز والصحة للنكاح وبطلان الشرط في صورة من صور نكاح المتعة، وهي ما إذا قال الرجل للمرأة : أتزوجك عشرة أيام ونحو ذلك .

أما بالنسبة للمسألة التي معنا فإنني لم أجد بعد البحث من صرح بحكمها سواء من أئمة المذاهب أو أتباعهم غير شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم إلا كلاماً للشافعي وآخر لابن عبد البر - رحم الله الجميع ولكن يمكننا معرفة قول كل مذهب في هذه المسألة تخريجاً وذلك بعد معرفتنا لأمرين :

الأمر الأول: حكم عقد النكاح إذا كان شرط المتعة مذكوراً في صلبه، جميع أئمة المذاهب وأتباعهم متفقون في هذه الحالة على تحريم النكاح وبطلانه إلا قولاً لزفر من الحنفية.

الأمر الثاني : معرفة قول كل مذهب في قاعدة : الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له .

فبعد معرفة الأمرين المتقدمين يمكننا القول بأنه يتخرج في هذه المسألة

خلاف بين العلماء على قولين :

القول الأول : أن عقد النكاح في هذه الحالة يكون عقداً باطلاً، وهذا القول يخرج على أنه رواية عن أبي حنيفة وقول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، والمالكية، والمذهب عند الحنابلة .

القول الثاني : أن عقد النكاح حينها يكون عقداً صحيحاً، وهذا هو مذهب الشافعية نص عليه الإمام الشافعي ، ويخرج على أنه رواية عن أبي حنيفة، ورواية عند الحنابلة .

والراجح - والله أعلم - هو القول الأول وذلك عملاً بالقاعدة، وهو اختيار شيخ الإسلام وابن القيم.

الفرع الثالث: نكاح الشغار

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى : تعريف نكاح الشغار لغة واصطلاحاً .

الشغار لغة : (الشغار بكسر الشين : نكاح كان في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل لآخر : زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك أختي أو ابنتي على أن صدق كل واحدة منهما بضع الأخرى. كأنهما رفعاً المهر وأخليا البضع عنه) .

تعريف نكاح الشغار اصطلاحاً : جاء تعريف نكاح الشغار في الحديث، فعن مالك عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - : (أن رسول الله

ﷺ نهي عن نكاح الشغار. والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق) متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له حديث رقم (٥١١٢)، وأخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم (١٤١٥)..

المسألة الثانية : أثر شرط الشغار المتقدم على عقد النكاح

اتفق العلماء على تحريم نكاح الشغار، ولكن اختلفوا فيه إذا وقع هل النكاح يعتبر نكاحاً باطلاً أم نكاحاً صحيحاً .

ولنكاح الشغار صور عديدة، وسأقتصر هنا على صورة واحدة تجنب للإطالة مع الوفاء بالمقصود، والصورة هي : أن يقول الرجل لآخر : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك وبضع كل واحدة منهما صداق الأخرى، ويقبله الآخر .

اختلف العلماء في حكم هذا النكاح على قولين :

القول الأول : أن هذا النكاح نكاح صحيح ولكل واحدة منهما مهر مثلها، وهو قول الحنفية ، ورواية عند الحنابلة .

القول الثاني : أن هذا النكاح نكاح باطل، وهو قول المالكية ، والشافعية، والمذهب عند الحنابلة ، واختيار شيخ الإسلام ، وتلميذه ابن القيم .

وهو الراجح - والله أعلم - وذلك لورود النهي عنه كما جاء في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - : (أن النبي ﷺ نهي عن نكاح الشغار.

والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق) تقدم تخريجه .

يتخرج في هذه المسألة خلاف بين العلماء على قولين :

القول الأول : أن النكاح حينها يعتبر نكاحاً صحيحاً، وهذا القول يخرج على أنه قول الحنفية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة .

القول الثاني : أن النكاح حينها يعتبر نكاحاً باطلاً، وهذا القول يخرج على أنه قول المالكية، والمذهب عند الحنابلة، واختيار شيخ الإسلام، وتلميذه ابن القيم.

والراجع - والله أعلم - هو القول الثاني عملاً بالقاعدة .

المبحث الثاني التطبيقات القضائية

لقاعدة: الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له

التطبيق الأول : مثال على بيع التلجنة

تتلخص وقائع هذه الدعوى بادعاء المدعي بأنه باع على المدعى عليه مزرعة وصفها وحددها بثمن قدره واحد وستون مليوناً وسبعمائة وستة عشر ألف ريال ، وأنه أفرغ هذا البيع لدى الدائرة المختصة ولم يسلم له الثمن، ويطلب إلزام المدعى عليه بتسليم الثمن المذكور .

وقد أجاب المدعى عليه بأنه لم يشتر المزرعة المذكورة من المدعي ، وطلب رد الدعوى، وأضاف في دفعه بأن المزرعة رهن له في دين على والد المدعي، وأنها أفرغت بيعاً صورياً توثيقاً لتلك الديون .

فصل القاضي في هذه الواقعة بما يلي: إنه بدراسة القضية وتأملها ، وبما أن الطرفين قد تصادقا على إفراغ المزرعة الموصوفة في الدعوى من المدعي إلى المدعى عليه، وهذا يوافق ما في الصك الصادر من كتابة عدل ... برقم ... وتاريخ ... وقد جاء في صك الإفراغ آنف الذكر: أن الثمن واحد وستون مليوناً وسبعمائة وستة عشر ألف ريال سُلمت عدداً ونقداً، وأن المبيع سُلم بحدوده لوكيل المشتري ، وقد تصادق الطرفان على أن المزرعة لم تُسلم لموكل المدعى عليه حتى الآن، .

فبناءً على ما سلف فقد أعلمت المدعي بأنه لا يستحق ما ادعاه على المدعى عليه من ثمن المزرعة الموصوفة في الدعوى ، وأن حقيقة العقد

بينهما رهن لا بيع، وللمدعي على المدعي عليه اليمين الشرعية مغلظة في الصيغة بأن حقيقة العقد بينهما في المزرعة الموصوفة في الدعوى رهن وليس بيعاً متى طلب المدعي اليمين ، فأبي طلبها ، وليس له إلا ذلك متى طلبها ، وقد استعد المدعي عليه ببذل اليمين عند طلبها منه، لذلك كله فقد حكمتُ بصرف النظر عن دعوى المدعي، وأنه لا يستحق ما ادعاه من ثمن المزرعة المذكورة في الدعوى ؛ لأن حقيقة العقد بينهما على المزرعة رهن لا بيع.

التطبيق الثاني : مثال على وجود مهر في السر ومهر في العلانية خلاصة الدعوى أن المدعي عليه عقد على موكلة المدعي على مهر قدره: سبعون ألف ريال ، خمسون مقدمة، وعشرون مؤخره تحل عند الفراق، وقد دفع الخمسين، ولم يدفع العشرين المؤخره ، مع أنه طلقها، فالمدعي يطالب بدفع هذه العشرين ألف ريال التي حل دفعها بالفراق إلى موكلته، وقد صادق المدعي عليه على عقد الزواج والفراق ، ، ثم افتتحت الجلسة الأخرى، وحضر فيها الطرفان، وقال المدعي عليه: اتفقت مع ولي المدعية أن يكون المهر سبعين ألفاً، خمسون مقدمة ، وعشرون مؤخره ، إلا أننا كتبناه في العقد خمسة وثلاثين ألف ريال مقدمة فقط ، وجعلنا المعتبر ما اتفقنا عليه سراً

فبناء على ما تقدم من الدعوى ، والإجابة ، ولمصادقة المدعي عليه على بقية المهر المؤخر للمدعية، وأنه طلقها، فقد حكم القاضي على المدعي

عليه بأن يدفع للمدعية المبلغ المدعى به، وقدره : عشرون ألف ريال... .
فهنا نجد أن ضوابط العمل بقاعدة الشرط المتقدم قد توفرت في هذه
القضية:

فقد حصل الاتفاق بين طرفي عقد النكاح على أن المهر هو مهر السر،
وكان هذا الاتفاق قبل العقد، ولم يصرحا أثناء العقد بمهر السر، ولم
يصرحا بنفيه ، وما ذكراه من مهر في العلانية أثناء العقد فليس بمقصود
لهما وإنما مقصودهما هو مهر السر ، فدل ذلك على اعتبار مهر السر في
هذه القضية ، تنزيلاً للشرط المتقدم على عقد النكاح هنا منزلة
الشرط المقارن له.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وفي الختام:

نسأل الله أن تعالى أن يكون هذا العمل قد تحقق فيه النفع المرجوا منه ،
كما نسأله سبحانه أن يجزي القائمين - من فريق إعداد ومتابعة وطباعة وإشراف
وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه - خيراً وأن يرزقهم سعادة الدنيا والآخرة وأن
يجعلهم مباركين في كل شئوهم.

(إن ربنا سميع قريب مجيب)

إخوانكم لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة:

- جوال / +966569770077

- البريد الإلكتروني:

Asag770077@gmail.com