



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
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 البحوث والاستشارات القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الخامس (5) ملخصات

رجب ١٤٣٥ هـ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَلِلَّهِ الْعِلْمُ الْعَلِيِّ الْعَالِي
بِجَامِعَةِ الْإِسْلَامِ بِرِجَالِهَا



الجمعية العلمية القضائية السعودية

سلسلة

ملخص الأبحاث القضائية

من مكتبة المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

إعداد

لجنة البحوث والاستشارات القضائية
بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

العدد الخامس (٥) ملخصات

رجب ١٤٣٥ هـ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة ملخصات الأبحاث الآتية:

- ١ - أحكام بيع المزايدة في الفقه الإسلامي ١١
إعداد/ خالد بن عبدالعزيز السعيد
إشراف/ د. عبدالله بن منصور الغفيلي
- ٢ - أحكام إصدار الأوامر القضائية ١٠٥
إعداد/ مساعد بن محمد بن مبارك الجوفان
إشراف/ د. فيصل بن رميان الرميان
- ٣ - الاستيقاف ١٥٣
إعداد/ نواف بن عبدالرحمن السويلمي العنزي
إشراف/ د. هاني الطهراوي
- ٤ - تصرفات القاضي وأحكامه النيابية وتطبيقاتها القضائية ١٨٩
إعداد/ إبراهيم بن محمد بن عبدالله الفالح
إشراف/ أ.د. عبدالرحمن بن سلامة المزيني
- ٥ - خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ٢٥٣
إعداد/ أحمد بن محمد الجوير
إشراف/ د. خالد بن خليل الظاهر



كلمة رئيس مجلس الإدارة

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه،

أما بعد..

فما زالت جمعيتكم - قضاء - تواصل الخطى لنشر العلوم القضائية، ومن ذلك الأبحاث المتخصصة التي تشتد الحاجة لها، تم اختيارها من مكتبة المعهد العالي للقضاء.

وقد يسر الله إصدار أربعة أجزاء من تلك الأبحاث ملخصة لتسهيل الإفادة منها، وقد وجدنا تفاعلا كبيرا من القراء والمهتمين.

وهاهو العدد الخامس بين يديك راجين أن ينال رضاك، شاكرين كل من بذل جهده فيه، سائلين المولى أن ينفع بها وبارك فيها.

رئيس مجلس إدارة

الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

أ.د. عبدالله بن منصور الغفيلي



مقدمة

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

فلا زالت - بفضل الله تعالى - تتوالى الأعداد من هذه السلسلة المباركة «سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية» بجهود مباركة من (لجنة ملخصات الأبحاث القضائية) والتي كان هدفها تسهيل الانتفاع بالبحوث التكميلية ورسائل الدكتوراه لقسامي (السياسة الشرعية والفقہ المقارن) في مكتبة المعهد العالي للقضاء ، وذلك بتلخيصها لكي يسهل الانتفاع بها وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن.

وقد أخذت اللجنة منهجاً في التلخيص حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما يفيد الباحث والقارئ والمختص.

أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يبارك لنا في هذا المشروع ويعيننا على إنجازه بجميع مراحلہ على أكمل حال وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يحقق فيه الأجر والنفع للجميع.

كما أسأله سبحانه أن يجزي بالخير الوفير القائمين على هذا العمل، ومن بادروا بطباعة هذه السلسلة وإخراجها ونشرها. آمين آمين آمين. وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة الملخصات القضائية

د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان



ملخص بحث

(أحكام بيع المزايدة في الفقه الإسلامي)

خطة مقدمة لتسجيل بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

العام الجامعي (١٤٣٠ هـ)

إعداد الطالب

خالد بن عبدالعزيز السعيد

إشراف

د / عبدالله بن منصور الغفيلي

عدد ورقات البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٣٣٧

عدد صفحات البحث بدون مقدمة وفهارس ٢٧٦

عدد صفحات البحث بعد التلخيص ٩٤

إعداد وإشراف

لجنة تلخيص البحوث والاستشارات القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

خطة البحث

تتكون خطة البحث من: مقدمة، وتمهيد، وسبعة فصول، وخاتمة.

-المقدمة: وقد ذكرت فيها أسباب اختيار الموضوع وأهميته، والدراسات السابقة، ومنهج البحث وخطته.

-التمهيد: وفيه مبحثان:

-المبحث الأول: بيان أهمية دراسة العقود في الفقه الإسلامي.

-المبحث الثاني: بيان التعريفات، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقد لغة اصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف المزايدة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: بيع النجش.

الفرع الثاني: البيع على بيع الغير.

الفرع الثالث: السوم على سوم الغير.

-الفصل الأول: أقسام بيع المزايدة، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: المزايدة الاختيارية.

المبحث الثاني: المزايدة الجبرية.

المبحث الثالث: المزايدة العلنية.

المبحث الرابع: المزايدة السرية.

-الفصل الثاني: حكم بيع المزايدة، وفيه مبحثان.

- المبحث الأول: صورة بيع المزايدة.
- المبحث الثاني: حكم بيع المزايدة.
- الفصل الثالث: أركان بيع المزايدة، وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول:العاقدان في بيع المزايدة،وفيه أربعة مطالب:
 - المطلب الأول: حكم مزايدة الصغير غير المميز.
 - المطلب الثاني: حكم مزايدة الصغير المميز.
 - المطلب الثالث:حكم مزايدة السفیه.
 - المطلب الرابع: حكم إشارة الأخرس في بيع المزايدة.
- المبحث الثاني: المعقود عليه في بيع المزايدة،وفيه مطلبان:
 - المطلب الأول: العقد على الأعيان في بيع المزايدة.
 - المطلب الثاني: العقد على المنافع في بيع المزايدة.
- المبحث الثالث:الإيجاب والقبول في بيع المزايدة،وفيه مطلبان:
 - المطلب الأول:تحديد الإيجاب والقبول في بيع المزايدة.
 - المطلب الثاني:مايمثل به كل من الإيجاب والقبول في بيع المزايدة.
- الفصل الرابع:ضوابط بيع المزايدة،وفيه أربعة مباحث:
- المبحث الأول:الصدق في بيع المزايدة،وفيه ثلاثة مطالب:
 - المطلب الأول:أثر التغيرير والتدليس في بيع المزايدة.
 - المطلب الثاني: حكم اشتراط البراءة من العيوب في بيع المزايدة.
 - المطلب الثالث: حكم اشتراط الحكومة البراءة من العيوب في بيع المزايدة.

-المبحث الثاني:عدم تواطؤ البائع مع غيره على الزيادة في ثمن السلعة،وفيه مطلبان:

المطلب الأول:صورة عدم تواطؤ البائع مع غيره على الزيادة في ثمن السلعة.

المطلب الثاني: حكم عدم تواطؤ البائع مع غيره على الزيادة في ثمن السلعة.

-المبحث الثالث:عدم تواطؤ المشتري مع المنافسين له على الامتناع عن الزيادة في ثمن السلعة،وفيه مطلبان:

المطلب الأول:صورة عدم تواطؤ المشتري مع المنافسين له على الامتناع عن الزيادة في ثمن السلعة.

المطلب الثاني: حكم عدم تواطؤ المشتري مع المنافسين له على الامتناع عن الزيادة في ثمن السلعة.

-المبحث الرابع:اتفاق المنافسين، أو بعضهم على عدم دخول بعضهم في عقد المزايدة بعوض،وفيه مطلبان:

المطلب الأول:صورة اتفاق المنافسين، أو بعضهم على عدم دخول بعضهم في عقد المزايدة بعوض.

المطلب الثاني:حكم اتفاق المنافسين، أو بعضهم على عدم دخول بعضهم في عقد المزايدة بعوض.

-الفصل الخامس:الوسيط في بيع المزايدة،وفيه ستة مباحث:

-المبحث الأول:تعريف الوسيط لغة واصطلاحاً.

-المبحث الثاني:مزايدة الوسيط لنفسه،وفيه مطلبان:

المطلب الأول:صورة مزايدة الوسيط لنفسه.

المطلب الثاني: حكم مزايدة الوسيط لنفسه.

-المبحث الثالث:مزايدة الوسيط لكونه شريكا لمن يزيد،وفيه مطلبان:

المطلب الأول:صورة مزايدة الوسيط لكونه شريكا لمن يزيد.

المطلب الثاني: حكم مزايدة الوسيط لكونه شريكا لمن يزيد.

-المبحث الرابع:مزايدة الوسيط بالنيابة عن غيره،وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صورة مزايدة الوسيط بالنيابة عن غيره.

المطلب الثاني:حكم مزايدة الوسيط بالنيابة عن غيره.

-المبحث الخامس: ضمان الوسيط في بيع المزايدة،وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صورة ضمان الوسيط في بيع المزايدة.

المطلب الثاني: حكم ضمان الوسيط في بيع المزايدة.

-المبحث السادس:أجرة الوسيط في بيع المزايدة،وفيه مطلبان:

المطلب الأول:صورة أجرة الوسيط في بيع المزايدة.

المطلب الثاني:حكم أجرة الوسيط في بيع المزايدة.

-الفصل السادس:مسائل متفرقة في بيع المزايدة،وفيه خمسة مباحث:

-المبحث الأول: افتتاح المزايدة،وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صورة افتتاح المزايدة.

المطلب الثاني:حكم افتتاح المزايدة.

-المبحث الثاني: المزايدة بالوسائل الحديثة،وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صور المزايدة بالوسائل الحديثة.

المطلب الثاني: حكم المزايدة بالوسائل الحديثة.

- المبحث الثالث:الخيار في بيع المزايدة،وفيه مطلبان:
المطلب الأول: صور الخيار في بيع المزايدة.
المطلب الثاني: حكم الخيار في بيع المزايدة.
- المبحث الرابع:التفضيل في المزايدة،وفيه مطلبان:
المطلب الأول:صورة التفضيل في المزايدة.
المطلب الثاني:حكم التفضيل في المزايدة.
- المبحث الخامس:دعوى الغبن في بيع المزايدة،وفيه مطلبان:
المطلب الأول: صور دعوى الغبن في بيع المزايدة.
المطلب الثاني:حكم دعوى الغبن في بيع المزايدة.
- الفصل السابع:دراسة تطبيقية،وفيه أربعة مباحث:
-المبحث الأول:نموذج تطبيقي من الأنظمة السعودية،وفيه مطلبان:
المطلب الأول: عقد المزايدة في نظام تأمين مشتريات الحكومة.
المطلب الثاني: عقد المزايدة في نظام المرافعات الشرعية.
- المبحث الثاني: الشروط المؤثرة في عقود المزايدات في العصر الحديث،وفيه ثلاثة مطالب:
المطلب الأول: حكم التأكد مقدما من صلاحية المزايدين.
المطلب الثاني: حكم اشتراط الرسم لدخول المزايدة.
المطلب الثالث: حكم تقديم تأمين مؤقت من قبل المتقدمين للدخول في المزايدة.
- المبحث الثالث:المزايدة الاستشارية،وفيه مطالبان:

المطلب الأول: صورة المزايدة الاستشارية.

المطلب الثاني: حكم المزايدة الاستشارية.

-المبحث الرابع:دراسة مقارنة بالقانون والأنظمة الحديثة.

-الخاتمة: (التوصيات والنتائج التي توصلت إليها).

-الفهرس.

التمهيد

المبحث الأول: بيان أهمية دراسة العقود في الفقه الإسلامي:

١. بناء شخصية فقهية تستوعب آراء الفقهاء وحاجات المجتمع:
٢. إعمال نظرية «التجديد الفقهي» من خلال تفعيله في المجتمع وصياغته المكتوبة والملفوظة.
٣. إعداد كوادر موازية للطاقت العلمية الفقهية.
٤. توسيع نوافذ المشاركات الفقهية للفقهاء.
٥. استغلال الوسائل الممكنة للتأهيل الفقهي وتوظيفه.
٦. إقامة اللحمة والتكاملية بين علم الفقه والعلوم الأخرى المساندة.
٧. تكوين طاقت فقهية علمية قادرة على التعايش مع المجتمع والمشاركة في صياغة نظمه المعرفية و النظامية.
٨. تقديم نماذج فقهية قادرة على الحوار العلمي والبناء التنظيري لكليات الشريعة والمضامين الفقهية العلمية.
٩. بناء عقليات فقهية تحلل المخرجات الفقهية والربط المقاصدي للفقه الوظيفي.
١٠. المشاركة في إعداد قواعد علمية خاصة للحراك الفقهي المعاصر والاجتهاد الاستشراقي البنائي للمستقبل.

المبحث الثاني: بيان التعريفات.

المطلب الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف العقد لغة:

العقد: مصدر، والفعل «عقد»، ويطلق العقد لغة على الشد، والربط، والتوثيق، والإحكام في الأمور الحسية والمعنوية.

ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً:

أما اصطلاح الفقهاء على العقد يتجاوزه معنيان:

المعنى الأول:-

ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالالتزام لأحد الطرفين، أو لكليهما.

المعنى الثاني:-

أن يراد بالعقد الالتزام الشرعي سواء أكان مصدره طرفين، أم طرفاً واحداً، بإرادة متعاقدين، أو إرادة واحدة منفردة.

معنى العقد عند القانونيين، فقد عرّف شراح القانون العقد بأنه: «اتفاق إرادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهاءه».

ثالثاً: تعريف البيع لغة:

(بيع) مصدرٌ باع، وهو مقابلة الشيء بالشيء على وجه المعاوضة.

رابعاً: تعريف البيع اصطلاحاً:

هو: مبادلة عين أو منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما كذلك على التأييد فيهما بغير ربا ولا قرض.

المطلب الثاني: المزايدة لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف المزايدة لغة:

المزايدة: مصدر زَايَدَ على وزن «فاعل»، وتزايد أهل السوق على السلعة إذا بيعت فيمن يزيد.

ثانياً: معنى المزايدة اصطلاحاً:

عقد بمقتضاه يتم مبادلة سلعة معروضة بهال بعد النداء عليها، وإعلان السعر المقدم، وطلب الزيادة من الحاضرين.

تعريف القانونيين للمزايدة في القانون التجاري والإداري، فمن هذه التعريفات:

كل بيع يستطيع أي شخص حضوره حتى ولو اقتصر المزايد على طائفة معينة من الأشخاص، ويتم لمن يقدم أعلى ثمن.

وعرفها علماء القانون الإداري بأنها: «طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية، أم من ناحية الخدمة المطلوبة».

ثالثاً: بيان الإطلاقات الواردة على بيع المزايدة:

أ- بيع من يزيد: استناداً إلى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: في حديث الحلس والقدح: (من يزيد على درهم) (أخرجه أحمد في مسنده (١٢١٥٥)، وأبوداود في سننه، (١٦٤١)، والترمذي في سننه (١٢١٨)، وقال: «حديث حسن»، والنسائي في سننه، (٦٠٩٩)، (٢١٩٨)، وضعفه الألباني في ضعيف الترغيب والترهيب).

ب- بيع الفقراء

ج- بيع من كسدت بضاعته أو تجارته.

د- بيع المفاليس أو بيع السلطان.

هـ)- بيع الدلالة أو الدلال أو المنادة.

وأما الإطلاقات الحديثة منها:

أ)- بيع المزد العلني.

ب)- بيع الحراج: «وهو الاسم الدارج في وسط المملكة العربية السعودية»

ج)- البيع الجبري.

هـ)- بيع الحكومة.

و)- بيع المحاكم الحسبية.

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة

بيع النجش

بالنظر إلى تعريف الفقهاء لبيع المزايدة، وإلى تعريفهم لبيع النجش يلمس الناظر الفرق بين البيعين، وأن بيع النجش يقصد به الزيادة في السعر، وليس له نية الشراء بخلاف بيع المزايدة الذي يقصد الزيادة وله نية الشراء، فتشابهها في الصورة واختلافها في الإرادة

البيع على بيع الغير:

بالمقارنة بين تعريف البيعين عند الفقهاء - بيع المزايد، و البيع على بيع الغير - يلحظ المقارن اختلاف هذا البيع عن بيع المزايدة حيث إنه يقع بعد الركون في حين تقع المزايدة قبل الركون، فتشابهها في التجاذب واختلافها في زمنه فالأول - بيع المزايدة - قبل الركون والثاني - البيع على بيع الغير - بعد الركون سواء أراد إفساد العقد الأول أم لم يرد ذلك.

السوم على سوم الغير:

اختلاف بيع المزايدة عن مسألة السوم على سوم الغير، فالأول يقع السوم قبل

الركون والثاني بعد الركون، واتفقا في توارد المشترين على عين معينة واختلافًا في زمنها، وإن لم يقصد الأول إفساد شراء الثاني.

ولعل ما تم بيانه يبرز مقدار الصلة بين المسائل الثلاث المذكورة آنفاً، وبين بيع المزايدة، وفي الفرع القادم سأتناول بيان الحكم التكليفي والوضعي لها في الفقه الإسلامي بما يحقق الغرض.

الفرع الأول: بيع النجش

الحكم التكليفي لبيع النجش:

صور بيع النجش:

الصورة الأولى: أن يأتي طرف ثالث، فيزيد في السلعة ليرفع من ثمنها، ويغري المشتري بالزيادة.

الصورة الثانية: أن يأتي طرف ثالث يظهر بصره بالسلعة، ويمدحها مدحاً يغري المشتريين.

الصورة الثالثة: أن يزيد صاحب السلعة على الثمن الذي أعطيه ليدلس على من يسومه.

الصورة الرابعة: أن يزيد الوكيل أو السمسار زيادة وهمية لم يعرضها أحد.

والأولى والثانية هما النجش حقيقة، والثالثة والرابعة مقيستان عليه.

وقد حكى الفقهاء الإجماع على تحريمه، وأن الناجش آثم بفعله

ومستند الإجماع:-

مارواه أبوهريرة رضى الله عنه قال: (نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبته، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفى ما في إنائها) (خرجه البخاري في

صحيحه، الحديث (٢١٤٠)

الحكم الوضعي لبيع النجش:

صورة المسألة: إذا وقع النجش في بيع المزايدة هل يصح البيع؟

اختلف العلماء في الحكم الوضعي للنجش على قولين:

القول الأول: أن البيع صحيح ويأثم الناجش، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية وهو المذهب عند الحنابلة وقول الظاهرية.

القول الثانية: أن البيع فاسد، وهو قول أحمد بن حنبل

استدل أصحاب القول الأول بالتالي:

الدليل الأول: أن النهي الوارد في النصوص عن النجش لمعنى ليس في ذات العقد ولا في شرائطه.

الدليل الثاني: أن النهي الوارد عن النجش عائد إلى الناجش لا إلى العاقد.

الترجيح: رجحان القول الأول، مع مراعاة إعطاء المشتري الحق في الخيار لما فيه من العدل ودفع الظلم عنه فهو ضرر والضرر يزال، لاسيما أن هذا أعمل للأدلة، وأسعد بمقاصد الشريعة، ولقوة أدلة القول الأول، وسلامتها من المعارضة.

الفرع الثاني: البيع على بيع الغير

الحكم التكليفي للبيع على بيع الغير:

صورة البيع على بيع الغير: أن يتراضى المتبايعان على ثمن السلعة، فيجيء آخر فيقول: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن، وهذا في أثناء خيار المجلس، أو أبيعك خيرا منها بثمانها، أو بأقل منه، وهذا في أثناء خيار المجلس.

أو في أثناء خيار الشرط.

وقد حكى العلماء الإجماع على تحريمه ومنعه:

مستند الإجماع: مارواه أبو هريرة - ط - قال: (نهى رسول الله - صلى الله عليه و سلم - أن يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبته، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفى ما في إنائها) سبق تحريمه.

الحكم الوضعي للبيع على بيع الغير: اختلف العلماء في على قولين:

القول الأول: أن يبيع الرجل على بيع أخيه صحيح، والإثم على الفاعل لذلك، وبه قال جمهور العلماء، من الحنفية، ومن المالكية وهو المشهور عندهم على الصحيح، وبه قال الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

القول الثاني: أن يبيع الرجل على بيع أخيه باطل لا يصح. وبه قال مالك في رواية عنه، والراجح عند الحنابلة وهو المذهب، والظاهرية.

استدل أصحاب القول الأول بالآتي: قياس يبيع الرجل على بيع أخيه على بيع النجش لمشابهته إياه في كون النهي لحق آدمي فلا يبطل.

الترجيح: رجحان القول الأول؛ لأن النهي عن النجش يمكن إعماله مع بقاء العقد؛ إذ هو عائد لا إلى أصل العقد بل لأمر خارج عنه مجاور له؛ ولأن الأصل تصحيح أفعال المكلفين قدر الاستطاعة؛ ولقوة أدلة القول الأول وسلامتها من المعارضة.

الفرع الثالث: السوم على سوم الغير

الحكم التكليفي للسوم على سوم الغير:

صور السوم على سوم الغير:

الصورة الأولى: أن يركن المتبايعان أحدهما إلى الآخر بعد أن يستقرا على ثمن السلعة فيجيء مشتري آخر، فيقول: أنا اشتريها منك بأكثر من هذا الثمن، أو بذلك الثمن نفسه.

حكى العلماء الإجماع على تحريمه ومنعه:

مستند الإجماع:

مارواه أبو هريرة رضى الله عنه قال: «نهى رسول الله عن التلقي وأن يتتاع المهاجر للأعرابي، وأن تشتترط المرأة طلاق أختها، وأن يستام الرجل على سوم أخيه، ونهى عن النجش، وعن التصرية» (أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٧)).

الحكم الوضعي للسوم على سوم الغير:

الذي يظهر بعد البحث في مسألة الحكم الوضعي لهذا النوع من البيوع لم أجد فرقا بينها وبين ما يورده الفقهاء في مسألة الحكم الوضعي للبيع على بيع الغير، لذا فهم يجعلونها تحت باب واحد، بل يخرجون حكم الأولى على الثانية للمعنى المشترك بينهما، وهو كون المتيعان يركان أحدهما للآخر، والبيع على البيع في زمن خيار المجلس والشرط.

الفصل الأول

أقسام بيع المزايدة

المبحث الأول: المزايدة الاختيارية

وهي ما يكون البيع فيها باختيار ورضا المالك الأصلي، أو وكيله المأذون له، فهو الذي يوجب البيع في المزاد للحصول على الثمن الذي يرغبه.

وهذا النوع من المزايدة يمكن أن يتولى أطرافها أفراد أو مؤسسة أهلية أو حكومية، سواء أكان بيعاً أم شراءً باعتبارها محلاً للملك والتمليك، ولا يستثن منه أي نوع من السلع.

وليس ثمة أحكام مستقل بها هذا النوع من بيع المزايدة إلا ما ذهب إليه بعض المالكية بعدم جواز اشتراط البراءة من العيب في المزاد الاختياري، وسوف يأتي بيانه في المبحث المعد لهذا إن شاء الله تعالى.

المبحث الثاني: المزايدة الجبرية

أولاً: تعريفها: وهي ما يكون البيع فيها بأمر جهة مختصة - السلطة القضائية أو السلطة الإدارية - مخولة من الحاكم، ولا يؤخذ إذن المالك فيها..

ثانياً: حكم المزايدة الإجمالية: إن من الأصول المقررة في الشريعة مبدأ الرضا في البيوع، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾ (سورة النساء: آية ٢٩).

وروى أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: قال: - (إنما البيع عن تراض) (أخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٨٥)، و البيهقي في سننه الكبرى (١٠٨٥٨)، وصححه الألباني في الإرواء).

صورة المسألة: إذا أفلس شخص، وقد طالبه الغرماء بالمال فامتنع عن إعطائهم، فهل للحاكم أن يحجر عليه، ويبيع مال المفلس مزايدة لإعطاء الغرماء أو ليس له ذلك؟

الأقوال في المسألة:

القول الأول: أن للحاكم بيع مال المفلس إذا امتنع عن إعطاء الغرماء أموالهم بعد مطالبتهم له، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف من الحنفية.

القول الثاني: أن ليس للحاكم بيع مال المفلس إذا امتنع عن إعطاء الغرماء أموالهم بعد مطالبتهم له. وهو قول أبي حنيفة.

استدل أصحاب القول الأول بالآتي: مارواه كعب بن مالك رضي الله عنه (أن النبي حجر على معاذ بن جبل - رضي الله عنه - ماله وباعه في دين كان عليه) (أخرجه البيهقي في سننه الكبرى وللفظ له (١١٠٤١)، والحاكم في مستدركه، (٧٠٦٠)، وقال: «صحيح على شرط الشيخين».

الدليل الثاني: قياس جواز الحجر على المفلس، ومنعه من التصرف في ماله لحق الغرماء على جواز الحجر على المريض ومنع تصرفه في المال لقيام حق الورثة فيه شرعا.

الترجيح: رجحان القول الأول وهو: أن للحاكم بيع مال المفلس إذا امتنع عن إعطاء الغرماء أموالهم بعد مطالبتهم له؛ لقوة أدلته وسلامتها من المعارض.

ثالثا: بيان بعض الضوابط في المزايدة الجبرية:

مصلحة المفلس في المزايدة الجبرية مقدمة.

استحباب حضور المفلس زمن المزايدة.

أن يباع كل نوع من السلع في سوقه.

أن يبدأ بما يسرع إليه الفساد.

المبحث الثالث: المزايدة العلنية

صورتها: يقدم السائم عرضه ويعلن الوسيط أو صاحب السلعة الثمن المطروح في السوق، ويطلب من الراغبين في الشراء الزيادة، فإن استقر الثمن وفق رغبة المالك يوجب المالك العقد وقد لا يوجبها إذا يرغب الثمن الذي استقر عليه السوق.

حكمها: هذا القسم من المزايدة جائزة شرعاً لعدم مصادمتها للشريعة وقواعدها المرعية، والأصل في تعاملات الناس الإباحة.

ودل على إباحته فعل النبي صلى الله عليه وسلم كما جاء في حديث أنس - ط - « أن رجلاً من الأنصار، أتى النبي يسأله، فقال: (أما في بيتك شيء؟ قال: بلى، جلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه من الماء، قال: اتنني بهما، فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله بيده وقال: من يشتري هذين؟ قال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال: «من يزيد على درهم؟ مرتين أو ثلاثاً، قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه فأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري، وقال: «أشتر بأحدهما طعاماً فأنبذه إلى أهلك، وأشتر بالآخر قدوماً، فأتني به» فأتاه به (سبق تخريجه).

المبحث الرابع: المزايدة السرية تسمى المزايدة «بطريق المظاريف»

وهي: التي يتم فيها التقدم بعبء عن طريق عرض مكتوب ومغلق، لا يفتح إلا في اليوم المحدد لفتح المظاريف، فيرسو المزاد على من تقدم بأعلى ثمن.

ولم يتعرض الفقهاء فيما اطلعت عليه من المصادر لهذا النوع من المزايدة، ولكن جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٧٧ / ٤ / ٨٢) بعد الاطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع : « عقد المزايدة » وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله وحيث إن عقد المزايدة من العقود الشائعة في الوقت الحاضر، وقد

صاحب تنفيذه في بعض الحالات تجاوزات دعت لضبط طريقة التعامل به ضبطا يحفظ حقوق المتعاقدين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية كما اعتمده المؤسسات والحكومات وضبطته بتراتب إدارية ومن أجل بيان الأحكام الشرعية لهذا العقد تقرر ما يلي :

أولا : عقد المزايدة: عقد معاوضة يعتمد دعوة الراغبين نداء أو كتابة للمشاركة في المزاد، ويتم عند رضا البائع.

ثانيا : يتنوع عقد المزايدة بحسب موضوعه إلى بيع وإجارة وغير ذلك، وبحسب طبيعته إلى اختياري كالمزادات العادية بين الأفراد، وإلى إجباري كالمزادات التي يوجبها القضاء، وتحتاج إليه المؤسسات العامة والخاصة والهيئات الحكومية والأفراد.

ثالثا : إن الإجراءات المتبعة في عقود المزايدات من تحرير كتابي وتنظيم وضوابط وشروط إدارية أو قانونية يجب أن لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية».

الفصل الثاني

حكم بيع المزايدة

المبحث الأول: صورة بيع المزايدة

أن السلعة التي يريد مالكها بيعها سواء أكانت منقولة أم عقارا تعرض على راغبي الشراء، ثم يقدم أحدهم مبتدئا ثمنها لها ويطلب المنادي -مالك السلعة أو الوسيط - من الحاضرين الزيادة على الثمن المعلن ابتداء، وكلما قدم ثمن للسلعة طلب المنادي الزيادة عليه من الراغبين في الشراء حتى يقف ثمن السلعة على أحد الراغبين الذي يدفع الثمن الأرفع للمالك، وهو أكثر الأسعار غالبا، ثم يتم الإيجاب من المالك.

المبحث الثاني: حكم بيع المزايدة

الأقوال في المسألة:

القول الأول: جواز بيع المزايدة. وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.

القول الثاني: جواز بيع المزايدة في بيع المواريث والغنائم ويكره فيما عداها. وهو قول الحسن وابن سيرين وعطاء و الأوزاعي وإسحاق بن راهوية ومجاهد.

القول الثالث: كراهة بيع المزايدة. وبه قال إبراهيم النخعي وأيوب السخيتاني وعامر الشعبي وعقبة.

استدل أصحاب القول الأول بالتالي:

الدليل الأول:

- قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (سورة البقرة: آية (٢٧٥)).

الدليل الثاني:

- مارواه أنس رضي الله عنه « أن رجلاً من الأنصار، أتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله، فقال: (أما في بيتك شيء؟ قال: بلى جلس نلبس بعضه ونسبط بعضه، وقعب نشرب فيه من الماء، قال ائتني بهما، فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده، وقال: من يشتري هذين؟ قال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال: «من يزيد على درهم؟ مرتين أو ثلاثاً، قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه فأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري، وقال: «اشترِ بأحدهما طعاماً فأنبذه إلى أهلك، واشترِ بالآخر قدوماً، فائتني به» فأتاه به) سبق تخريجه.

الإجماع: فقد حكى الإجماع غير واحد من أهل العلم على جواز بيع المزايدة

الترجيح:

رجحان القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من الاعتراض المضعف للقول.

و للحاجة الماسة إلى بيع المزايدة، وقد اشتمل هذا الدين الكامل على كل ما تدعو إليه حاجة الناس، قال تعالى: ﴿ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ ﴾ (سورة النحل: آية ٨٩).

الفصل الثالث

أركان بيع المزايدة

اختلف الفقهاء -رحمهم الله - في تحديد أركان العقد على قولين:

القول الأول: أن أركان العقد ثلاثة وهي: العاقدان» من يصدر عنهما الإيجاب والقبول»، والمعقود عليه» محل العقد»، والصيغة العقدية» الإيجاب والقبول». وإليه ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: أن للعقد ركناً واحداً هو: الصيغة، وأما المعقود عليه والعاقدان فمما يستلزمها وجود الصيغة، وليس من الأركان. وإليه ذهب الحنفية.

«وبما أن الحنفية يقولون: إن الصيغة تستلزم وجود العاقدين، والمحل ضرورة فإن الخلاف بين الجمهور والحنفية يكون خلافاً نظرياً لا يترتب عليه نتائج في العمل».

وقد رأى الدكتور عبد الله المطلق - حفظه الله - بأن عقد بيع المزايدة ينفرد بمقوم إضافة لأركان العقد وهو الدلال.

المبحث الأول: العاقدان في بيع المزايدة

المراد بالعاقدين: وهما كل من يتولى طرفي العقد، البائع والمشتري في عقد البيع وكذا بيع المزايدة.

وقد ذكر الفقهاء عدداً من الشروط يلزم وجودها في طرفي العقد وهي كما يلي:

الشرط الأول: أن يكون كلا المتعاقدين جائز التصرف، فلا يصح عقد الصبي والمجنون.

الشرط الثاني: الرضا الصريح المختار من المتعاقدين.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (سورة النساء: آية ٢٩).

وروى أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما البيع عن تراض). (سبق تخرجه)

الشرط الثالث: تعدد العاقد.

ذهب الفقهاء إلى منع أن يكون البائع وليا على المشتري ولا وكيلًا عنه ولا يجوز أن يكون المشتري وكيلًا عن البائع ولا وليًا عليه وبيع المزايدة لا يستقل بحكم في هذه الصور.

واختلف الفقهاء فيما يستثنى من ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يستثنى بيع الأب لابنه من ماله - مال الأب - الصغير بمثل قيمته، أو بغيره يقع مثله بين الناس في العادة، وإليه ذهب الحنفية والحنابلة.

القول الثاني: يستثنى شراء الوكيل في البيع بعض المبيع بسعر ما باع به سائره، وإليه ذهب المالكية.

القول الثالث: يستثنى أن يكون المشتري وكيلًا عن البائع أو وصيًا عنه بشرطين: أولهما: أن يزيد في السلعة على مبلغ مثلها. ثانيهما: أن يتولى المنادة غيره في بيع المزايدة، وهذا رواية عن أحمد بن حنبل.

الترجيح: رجحان المنع من تولى أحد المتعاقدين طرفي العقد؛ لدفع المفسدة الغالبة سدا للذريعة، وأما ما استثنى من الصور فهي قضية تقديرية تختلف بحسب الواقعة وأطرافها، فلعلها تكون من المسائل ذات المناط الخاص الذي يقدرها الفقيه في جوانب التطبيق كالفتوى والقضاء.

المطلب الأول: حكم مزايمة الصغير غير المميز.

إن مرحلة الطفولة ممتدة من حين ولادة الإنسان إلى أن يصبح مميزاً، فالطفل في طور طفولته وقبل وصوله لمرحلة الوعي والإدراك يعتبر في عرف الفقهاء غير مميز، وإن كان له إدراك وتمييز في كثير من الأمور الطبيعية، وقد قرر الفقهاء أحكاماً تتعلق بتلك المرحلة، وما يتصل بها من حقوق وواجبات لها أو عليها، ومن ذلك عقود البيع وما يلتزم به العاقد من الالتزامات، وهذه الالتزامات مبنية على تمتع الشخص بأهلية الأداء التي مناطها العقل والتمييز إن هذا المعنى الكلي في مناط التكليف ينسحب على وسائل الحقوق كما هو في غاياتها، والفقهاء قد بينوا حكم صدور إبرام العقد من الصبي غير المميز:

حكم المسألة: أجمع الفقهاء على أنه إذا أصدر الصبي غير المميز صيغة تفيد التزامه بعقد من العقود، فلا يترتب عليها إلزام ولا التزام، فلا يعتد بشيء من التصرفات الإنشائية التي يباشرها بنفسه من أقوال أو أفعال.

مستند الإجماع: ما روتنه عائشة رضي الله عنها قالت -: أن النبي صلى الله عليه وسلم -قال: (رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل) (أخرجه أحمد في مسنده، (٢٤٦٩٤)، أبو داود في سننه، (٤٤٠٠)، النسائي (٣٤٣٢) ابن ماجه، (٤٣٩٨)، وصححه الألباني في الإرواء.

- أن انتقال الملك متوقف على الرضا، فلا بد من رضا معتبر، وهو مفقود من الصبي غير المميز.

من خالف الإجماع: ما صح من مذهب الحنابلة انعقاد تصرف الصبي غير المميز بالشيء اليسير ك شراء خبز وبيع حلو ونحوه.

الترجيح: - عدم صحة تصرف الصبي غير المميز في المال الكثير.

- يغتفر في المال اليسير الذي في التصرف فيه مصلحة له، والمقوم في العرف الغالب.

مسألة مزايدة الصغير غير المميز:

حكمها:

أولاً: إن مشاركة الصغير في بيع المزايدة لا يخلو من حالات:

الأولى: أن يكون مالكا للسلعة «بائعا».

الثانية: أن يكون راغبا في الشراء.

ثالثاً: أن يشارك في المزايدة مع الناس.

أما الحال الأولى: فإنه لا يصح تصرفه، ولا ينعقد إلا في المال اليسير الذي في التصرف فيه مصلحة له، والمقوم في العرف الغالب.

وأما الحالة الثانية: فإنه لا يصح تصرفه، ولا ينعقد إلا في اليسير الذي في التصرف فيه مصلحة له.

الحالة الثالثة: أن يمنع من المزايدة لسببين:

السبب الأول: أن المزايدة وسيلة للبيع، والصغير ممنوع منه.

السبب الثاني: أن في تجويز مشاركة الصغير غير المميز في المزايدة مع الناس تجويز للنجش فيتضرر الناس بمزايدته كما يتضررون بالنجش، والضرر يزال.

ثانياً: قد لا يتصور البعض وقوع هذه المسألة، ولكن مع وجود الوسائل الحديثة يمكن الوقوع كالمشاركة في المزايدة عن طريق الطرفيات الإلكترونية.

المطلب الثاني: حكم مزايدة الصغير المميز

الصبي المميز: هو الذي يفهم الخطاب، وقد استقر الأغلب على «أن تمام السنة السابعة من العمر، في الحالة الطبيعية السليمة مبدأ لطور التمييز، وما يستتبعه من أهلية جديدة».

وقد نص الفقهاء على أن الصغير المميز في حال تصرفات على صور هي:

أ- التصرفات النافعة نفعاً محضاً: وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل.

ب- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل.

ج- التصرفات المترددة بين الضرر والنفع: وهي التي تحتل الربح والخسارة كالبيع، والشراء.

وسوف أتناول الحال الثالثة لتعلقها بما نحن في صدده:

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم صحة تصرف الصغير المميز في العقود الدائرة بين الضرر والنفع، ولا أثر لإذن الولي في تصحيحه، وإليه ذهب الشافعية وهو رواية عن أحمد بن حنبل.

القول الثاني: صحة تصرف الصغير المميز في العقود الدائرة بين الضرر والنفع، بعد إذن الولي له في التصرف، أو أجازته بعد أن علم به، وإليه ذهب الحنفية وهو قول المالكية والمذهب عند الحنابلة.

القول الثالث: صحة تصرف الصغير المميز في العقود الدائرة بين الضرر والنفع، ولو لم يأذن وليه له، وهو رواية عن الحنابلة.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول:

- قال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ

فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾
سورة النساء: آية (٦).

الدليل الثاني:

مارواه ثابت البناني عن ابن عمر بن أبي سلمة في شأن خطبة أم سلمة رضي الله عنها قالت: «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة، فقالت: يا رسول الله إنه ليس أحد من أوليائي تعني شاهدا فقال: (إنه ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب) فقالت: يا عمر زوج النبي صلى الله عليه وسلم، فتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم». أخرجه أحمد في مسنده، (٢٦٥٢٩)، النسائي في سننه (٥٣٩٦)، ضعفه الألباني، إرواء الغليل.

الترجيح: عدم صحة تصرف الصغير المميز إلا ما أذن له فيه الولي في العقود الدائرة بين الضرر والنفع؛ لسببين:

السبب الأول: أن العقود الدائرة بين الضرر والنفع لا تخلو من تضمنها مصلحة للصغير؛ لذا فإن الإذن في الشيء إذن فيما يعود بالمصلحة.

مسألة مزايدة الصغير المميز:

صورتها: إذا دخل الصغير المميز في مزايدة الناس بعضهم على بعض لشراء سلعة، حتى وقفت على مزايدته فيها، هل يأخذ السلعة وينعقد بيعه مزايدة؟

حكمها: مشاركة الصغير في بيع المزايدة لا يخلو من حالات:

الأولى: أن يكون مالكا للسلعة «بائع».

الثانية: أن يكون راغبا في الشراء.

الثالث: أن يشارك في المزايدة مع الناس.

أما الحال الأولى: فإنه لا يصح بيعه، ولا ينعقد إلا في المال المأذون له التصرف فيه.

وأما الحالة الثانية: فإنه لا يصح شراؤه ولا ينعقد إلا في المال المأذون له التصرف فيه.

الحالة الثالثة: أن يمنع من المزايدة إلا بإذن الولي لسببين:

السبب الأول: أن المزايدة وسيلة للبيع، والصغير المميز ممنوع منه إلا بإذن الولي.

السبب الثاني: أن في تجويز مشاركة الصغير المميز في المزايدة مع الناس من غير إذن الولي تجويز للنجش، فيتضرر الناس بمزايدته كما يتضررون بالناجش، والضرر يزال، أما إذا أذن له الولي في الشراء صحت مزايدته وترتب عليها أثرها، وأما إذا تصرف من غير إذن، وأجازة الولي صح، فالإجازة اللاحقة كالإذن السابق، والإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء تلحق الأفعال كلحوقها الأقوال، كما أن الإجازة لاقت عقدا موقوفا فصحت.

المطلب الثالث: حكم مزايدة السفية

السفية هو: من يبذر المال ويتلفه من غير حكمة.

ومن كان هذا شأنه يبقى قاصرا في أهلية الأداء، وتبقى أمواله ممنوعة عنه، وتستمر عليه الولاية من جهة المال حتى يثبت رشده.

صورة المسألة: لو زاول السفية مباشرة العقود التي تحمل الربح والخسارة كالبيع والشراء، هل تصح ويترتب عليها أثرها أم لا؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: صحة تصرف السفية في العقود الدائرة بين الضرر والنفع إذا أذن الولي له بالتصرف، أو أجازة بعد أن علم به، وممن ذهب إلى ذلك من الفقهاء محمد بن الحسن وأبو يوسف والمالكية ووجه عند الشافعية بشرط أن يكون الإذن مقيدا غير مطلق، أما إذا أطلق الإذن فلغو، ووجه عند الحنابلة.

القول الثاني: صحة تصرف السفية في العقود الدائرة بين الضرر والنفع، إليه ذهب أبو حنيفة ونقل القول به عن أبي يوسف بشرط أن يكون قبل حجر القاضي عليه.

القول الثالث: عدم صحة تصرف السفية في العقود الدائرة بين الضرر والنفع سواء أذن الولي له بالتصرف، أم لم يأذن. وهو وجه عند الشافعية والحنابلة.

استدل أصحاب القول الأول بالآتي:

الدليل الأول: قياس عقد البيع ونحوه من العقود الدائرة بين النفع والضرر على النكاح، بجامع عقدية المعاوضة في كل؛ لذا يملكها السفية بالأذن.

الدليل الثاني: قياس السفية على الصبي المميز في صحة تصرفه بإذن الولي بجامع الشخصية العاقلة والحجر عليهما في كل، بل هو أولى، ووجه الأولوية: نفاذ تصرف السفية فيما يضره كالإعتاق والطلاق، لذا فحجر الصبي أعلى من الحجر على السفية؛ لعدم نفاذ تصرف الصبي في المذكورات

الترجيح: رجحان القول الأول القاضي بصحة تصرف السفية في العقود الدائرة بين الضرر والنفع إذا أذن الولي له بالتصرف، أو أجازته بعد أن علم به

مسألة مزايدة السفية:

حكمها: أن حكم مزايدة السفية - والله أعلم - على التفصيل الآتي:

أن مشاركة السفية في بيع المزايدة لا تخلوا من حالات:

الأولى: أن يكون مالكا للسلعة «بائع».

الثانية: أن يكون راغبا في الشراء.

ثالثا: أن يشارك في المزايدة مع الناس.

أما الحال الأولى: فإنه لا يصح بيعه ولا ينعقد إلا في المال المأذون له التصرف فيه.

وأما الحالة الثانية: فإنه لا يصح شراؤه ولا ينعقد إلا في المال المأذون له التصرف فيه.

الحالة الثالثة: أن يمنع من المزايدة إلا بإذن الولي لسببين:

السبب الأول: أن المزايدة وسيلة للبيع، والسفيه ممنوع منه إلا بإذن الولي.

السبب الثاني: أن في تجويز مشاركة السفه في المزايدة مع الناس من غير إذن الولي تجويز للنجش، فإن الناجش «من يحضر السوق، فيرى السلعة تباع بثمان، فيزيد في ثمنها، فيتضرر الناس بمزايدته كما يتضررون بالناجش، والضرر يزال، أما إذا أذن له الولي في الشراء صحت مزايدته، وترتب عليها أثرها، ولو كان في المزايدة غبن فاحش في حقه إذا لم يكن ناتج عن تغير؛ وذلك لأن التجارة لا تخلو عن التغابن، وأما إذا تصرف من غير إذن وأجازة الولي صح.

المطلب الرابع: حكم إشارة الأخرس في بيع المزايدة

مسألة: حكم إشارة الأخرس في بيع المزايدة، وقبل الشروع في المقصود سوف أعرض خلاف أهل العلم حول حكم عقد الأخرس بالإشارة.

وثمة تعريفات ذات صلة بما نحن في صدد، وسوف أقتصر على تعريفها في لغة الفقهاء؛ لأن السياق فقهي بلسان أهله:

تعريف الإشارة: «تحريك عضو من أعضاء الإنسان، كاليد أو الرأس أو العين ونحوها للدلالة على الرضا بالعقد أو رفضه».

تعريف الخرس الأصلي هو: «الذي يكون صاحبه عاجزا عن النطق بأصل الخلقة، بأن يولد أخرس».

تعريف الخرس الطارئ - المصمت - هو: معتقل اللسان، بسبب مرض ونحوه بعد أن كان يتكلم.

مسألة حكم عقد الأخرس بالإشارة.

اختلف أهل العلم في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن عقد الأخرس خرساً أصلياً بالإشارة لا يقع صحيحاً سواء أكان قادراً على الكتابة أم لم يكن قادراً عليها، وهو قول عند الحنفية والشافعية.

القول الثاني: أن عقد الأخرس خرساً أصلياً بالإشارة يقع صحيحاً سواء أكان قادراً على الكتابة أم لم يكن قادراً عليها، ماعد عقد الضمان والنكاح بإشارة الولي الأخرس، وهو وجه عند الشافعية.

القول الثالث: أن عقد الأخرس خرساً أصلياً بالإشارة يقع صحيحاً سواء أكان قادراً على الكتابة أم لم يكن قادراً عليها. وهو المذهب عند الحنفية وبه قال المالكية والمقدم في مذهب الشافعية، وبه قال الحنابلة.

استدل أصحاب القول الثالث بالآتي:

الدليل الأول: أن الإشارة تنزل منزلة العبارة فهي دالة على الإرادة الصريحة، وحصول المقصود بإحدى الوسائل مسقط لاعتبار التعيين، والإشارة والعبارة تشترك في هذا المعنى، وتؤدي إليه.

الدليل الثاني: أن الشارع اعتبر الإشارة في العبادات، فإذا اعتبرها في الأصل أعتبرت في المكمل، وهي المعاملات.

الترجيح: يرجح القول الثالث القاضي بأن عقد الأخرس خرساً أصلياً بالإشارة يقع صحيحاً سواء أكان قادراً على الكتابة أم لم يكن قادراً عليها؛ لقوة أدلته، ولما فيه من رفع الحرج عن المكلفين.

حكم الصورة الثانية: تعاقد الأخرس خرساً طارئاً لا يرجى زواله.

التفصيل في حكم المسألة السابقة يرد على حكم هذه الصورة، ودفعاً للإطالة فيمكن مراجعتها في نظيرتها.

حكم الصورة الثالثة: تعاقد الأخرس خرسا طارئاً يرجى زواله.

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: تعاقد الأخرس خرسا طارئاً يرجى زواله لا ينعقد، وإنما يُتظَر حتى يتبين حاله، وهو قول الحنفية وقول عند الشافعية وعند الحنابلة.

القول الثاني: تعاقد الأخرس خرسا طارئاً يرجى زواله ينعقد، سواء أكان زوال خرسه مرجواً أم كان غير مرجو. وهو الظاهر من مذهب المالكية، وهو مذهب الشافعية، وقول عند الحنابلة.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول: ما روتَه عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته، وهو شاكٌ فصلى جالساً وصلى وراءه قوم قياماً، فأشار إليهم أن اجلسوا، فلما انصرف قال: (إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً)» (أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٨)).

الترجيح: يرجح القول الثاني القاضي بأن تعاقد الأخرس خرسا طارئاً يرجى زواله ينعقد، سواء أكان زوال خرسه مرجواً أم كان غير مرجو إذا كانت إشارته مفهومة، وتدل على مراده.

وقبل الشروع في بيان حكم إشارة الأخرس في بيع المزايدة أُشير إشارة سريعة حول مسألتين هامتين ذات علاقة بالمزايدة بالوسائل التي يستدل منها على معرفة قصد العاقد وإرادته الجازمة:

المسألة الأولى: اعتبار إشارة غير الأخرس في العقود.

المسألة الثانية: اعتبار الكتابة في العقود.

بيان المسألة الأولى:

اختلف في الجملة أهل العلم في اعتبار إشارة غير الأخرس في العقود على قولين:
القول الأول: أن إشارة غير الأخرس في العقود غير معتبرة ولا تنعقد بها، وهو
مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة.

القول الثاني: أن إشارة غير الأخرس في العقود معتبرة ولا تنعقد بها. وهو قول
عند الشافعية ووجه عند الحنابلة وعليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. وعليه المالكية
مع بعض التفصيل عندهم.
استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول: ما روت عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «صلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم في بيته وهو شاكٍ، فصلى جالسا، وصلى وراءه قوم قياما فأشار إليهم أن
اجلسوا، فلما انصرف قال: (إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع
فارفعوا، وإذا صلى جالسا فصلوا جلوسا)» (سبق تخريجه).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ
أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا وَاذْكُرْ رَبَّكَ كَثِيرًا وَسَبِّحْ بِالْعَشِيِّ وَالْإِبْكَارِ﴾ سورة ال عمران: آية (٤١)
الدليل الثالث: قياس إشارة الناطق على كتابته بجامع التذرع بها للبيان والإفهام،
فكذلك يحصل الإفهام بإشارته.

الترجيح: رجحان القول الثاني؛ لقوة أدلته.

بيان المسألة الثانية: اعتبار الكتابة في العقود:

المراد بالكتابة في هذا المقام: الخطاب الذي ينشأ فيه الإيجاب والقبول موجهة من
أحد المتعاقدين إلى الآخر، فيكون هذا كما لو تشافها بالإيجاب والقبول.

أنواع الكتابة:

(أ) - الكتابة غير المستبينة: هي التي لا يبقى لها أثر.

(ب) - الكتابة المستبينة: هي الكتابة الظاهرة التي يبقى لها أثر.

(ج) - الكتابة المرسومة: هي التي تكتب مصدرة ومعنونة.

قد اختلف الفقهاء في إحقاق الكتابة بالعبارة:

أولاً: مسألة: الكتابة غير المستبينة.

اتفق الفقهاء على عدم الاعتراف، والاعتبار بالكتابة غير المستبينة.

مستند الإجماع: التعليل بأن الكتابة غير المستبينة لا فائدة فيها؛ لعدم استبانة حروفها؛

لذا فهي لاغية وملحقة بالمعدوم، والمقرر فقهاً أنه لا يتحقق البناء على المعدوم.

ثانياً: مسألة: الكتابة المستبينة.

لقد اختلف الفقهاء في الاعتراف والاعتبار بالكتابة المستبينة على قولين:

القول الأول: عدم الاعتراف بها، وهو قول عند الشافعية وخُرج قول عند

الحنابلة.

القول الثاني: الاعتراف بها، وعليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية

والحنابلة، مع اختلاف في كونه دلالتها من قبيل الصريح، أو الكناية التي تفتقر إلى

النية.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول: أن النبي صلى الله عليه وسلم بلغ الخلق بالقول والكتابة، وبهما

قامت الحجة؛ لاعتبارهما من وسائل البيان.

الدليل الثاني: أن الكتابة حروف يفهم منها المراد، ومع النية تكون كاللفظ.

الترجيح: رجحان القول الثاني؛ لقوة أدلته.

ثالثاً: مسألة: الكتابة المرسومة:

بعد النظر فيما ورد في المسألة من خلاف فإنه لم يظهر للباحث فرق في هذه المسألة وبين الأقوال المحكية في مسألة الكتابة المستبينة. فذكرها تكرر وتأكيد لسابق، فلا تأسيس من وراء إعادته.

مسألة: حكم إشارة الأخرس في بيع المزايدة:

حكم إشارة الأخرس سواء أكان خرسه أصليا أو طارئاً يرجى زواله أو لا يرجى زواله قادراً على الكتابة أو غير قادر عليها في بيع المزايدة - والله أعلم - على التفصيل الآتي:

أن مشاركة الأخرس في بيع المزايدة لا تخلو من حالات:

الأولى: أن يشارك في المزايدة مع الناس.

الثانية: أن يكون راغباً في الشراء.

ثالثاً: أن يكون مالكا للسلعة «بائع».

فالحالة الأولى: تصح مزايدة الأخرس في جميع أحواله إذا كانت إشارته مفهومة.

قال القرطبي رحمه الله: «إن الإشارة بمنزلة الكلام إذا فهمت؛ لأنها دلالة على الكلام كالحروف والأصوات، فتصح شهادة الأخرس، ويمينه، ولعانه، وعقوده إذا فهم ذلك عنه»، وعليه تعتبر إشارته ويصح عقده في الحالتين: الثانية والثالثة؛ وهذا أدفع للخرج، ومثله إشارة القادر على النطق، وكتابتة معتبرة في العقود وتصح بها

المبحث الثاني: المعقود عليه في بيع المزايدة

وهو: «ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه».

وشرائط المعقود عليه في الجملة هي:

الشرط الأول: أن يكون المعقود عليه مملوكاً للبائع:

فلا يجوز لغير المالك بيع ما لا يملكه بإجماع أهل العلم.

مستند الإجماع:

مارواه حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «قال: يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟. فقال: (لا تبع ما ليس عندك)» (أخرجه أبو داود في سننه، (٣٥٠٣)، ك، الترمذي في سننه ١٢٣٢)، النسائي في سننه، (٤٦١١)، ابن ماجة في سننه (٢١٨٧)، أحمد في مسنده (١٥٣١١)، وصححه ابن حزم، وصححه الألباني، الإرواء الحديث (١٢٩٢).

الشرط الثاني: أن يكون المعقود عليه موجودا.

فلا يصح بإجماع العلماء بيع المعدوم.

مستند الإجماع: مارواه أبو هريرة -ط- قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر». (أخرجه مسلم في صحيحه، (١٥١٣).

الشرط الثالث: أن يكون مقدورا على تسليمه.

الشرط الرابع: أن يكون المعقود عليه معلوما للعاقدين

أي: لا بد من علم المتعاقدين بالمعقود عليه، علما يمنع من النزاع، وقد أجمع أهل العلم على ذلك، والعلم بالمبيع يحصل بأحد أمرين:

الأمر الأول: مشاهدته ورؤيته.

الأمر الثاني: بوصفه صفة ظاهر منضبطة تميزه عن غيره.

مستند الإجماع:

مارواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» سبق تخريجه

الشرط الخامس: أن يكون المعقود عليه مالاً فيه منفعة ويتحقق به الانتفاع.

وقد عبر الفقهاء عن هذا الشرط بتعبيرين:

الأول: أن يكون المعقود عليه مالا، وقد عبر به الحنفية والحنابلة.

الثاني: أن يكون المعقود عليه فيه منفعة أو يتحقق من الانتفاع، وقد عبر به

المالكية والشافعية.

وقد أجمع أهل العلم على هذا الشرط.

مستند الإجماع: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾. سورة النساء: آية (٢٩)

الشرط السادس: أن يكون المعقود عليه طاهرا.

إن الأعيان لا تخلو من حالين:

الحال الأولى: أن تكون نجسة نجاسة عينية، فهي لا تقبل التطهير كالخنزير.

الحال الثانية: أن تكون طاهرة الأصل، وطرأت عليها النجاسة، وهذا لها حالان:

(أ) - ألا يمكن تطهيرها.

(ب) - أن يمكن تطهيرها.

وإجماع أهل العلم منعقد على تحريم بيع ما كان نجاسته نجاسة أصلية، أو ما

كان طاهر الأصل ولا يمكن تطهيره، وهو مضمون الشرط.

مستند الإجماع: ما رواه جابر رضي الله عنه قال: «أنه سمع رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة: (إن الله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام، فقيل: يا رسول الله! أرايت شحوم الميتة، فإنها تُطلى بها السفن، وتدهن

بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: لا، هو حرام، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: قاتل الله اليهود، إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه» (أخرجه البخاري (٢٢٣٦)).

المطلب الأول: العقد على الأعيان في بيع الزيادة

إن عقد بيع الزيادة كما بُيِّنَ سابقاً نوع من أنواع البيوع، فلا يستقل عن عقد البيع الأساس في الأحكام إلا ما تعلق بطبيعته الشكلية.

أن بيع الأعيان في الزيادة هو الأغلب في محل هذا العقد والمتبادر إليه عند الإطلاق فهو موضوعه، وبالمشاهدة يظهر اشتهاؤه وانتشاره على نطاق أوسع من الإجارة، وللمناسبة أذكر التعريف المختار للبيع حسب ما عرضته في مظهره.

البيع هو: «مبادلة عين أو منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما كذلك على التأييد فيها غير ربا ولا قرض».

المطلب الثاني: العقد على المنافع في بيع الزيادة

بيع الزيادة كما أن محله الأعيان كذلك المنافع، فقد يؤجر العقار أو غيره بالزيادة ويحدث كثيراً في الأوقاف، ويزاول في بعض الأحوال في الزيادة الجبرية التي تقوم بها المحاكم لصالح القصر وأموال الغيب، والمحجور عليهم.

والفقهاء يتفقون غالباً في معنى الإجارة، ولكن ثمة تفريق عند بعض المالكية يفرقون بين الإجارة والكراء في الإطلاق، فالإجارة هي ما كانت على منافع آدمية أو منقول كالأثاث، وما كان محلها العقار كالأرضي والدور، وكذا ما ينقل من سفينة ورواحل فيسمى كراء.

المبحث الثالث: الإيجاب والقبول في بيع الزيادة

الإيجاب والقبول أصل متفق عليه عند الفقهاء والمعبر عنه بالصيغة.

ويجب توافر ثلاثة أمور أساسية في مبدأ الإيجاب والقبول التعاقدية وهي:

الأمر الأول: جلاء المعنى: بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل دلالة واضحة عرفاً على نوع العقد المقصود.

الأمر الثاني: توافق الإيجاب والقبول من جميع الوجوه.

الأمر الثالث: جزم الإرادتين: بأن تكون صيغة الإيجاب والقبول مفيدة للبت في العقد.

كما أن العرف له حضور في مسألة الإيجاب والقبول، لأن الاستعمال تتشكل منه الدلالة في كونها حقيقة أو كناية؛ لذا فإن أثر العرف ظاهر في تصنيف الصريح والكنايات في استعمال المتعاقدين.

وقد وقع الخلاف بين الجمهور والحنفية في تعريف الإيجاب:

يرى الحنفية: أنه ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين.

ويرى الجمهور: هو ما صدر من المالك سواء صدر أولاً أم ثانياً.

ولم يقل أحد بعدم صحة العقد إذا تقدم القبول على الإيجاب إلا رواية عند الحنابلة.

وقول الجمهور أرجح؛ لأن مالك العين في البيع، والمنفعة في الإجارة صدر التمليك من جهته، فعد كلامه إيجاباً.

وبعد ذلك يجدر بيان متى يتم الإيجاب والقبول في عقد المزايدة؟ وهل اقتران القبول بالإيجاب في مجلس العقد؟. وسأتناول ذلك - بإذن الله - في المطلبين القادمين.

المطلب الأول: تحديد الإيجاب والقبول في بيع المزايدة

مسألة: المناداة على السلعة بثمن مبدئي هل هي من دلالة الإيجاب والقبول؟

ذهب الفقهاء إلى أن المناداة بثمن مبدئي لا تعد داخلة في الإيجاب والقبول إنما هي دعوة للمناداة.

قال عبد الله المطلق - حفظه الله - : «فإذا نادى السمسار على السلعة للمزيد، فطلبها أحد الحاضرين... فإن هذا الطلب يسمى قبولا عند الجمهور...».

وهذا ما عليه القوانين المدنية: بأن افتتاح المزايدة بثمن مبدئي هو من باب الدعوة للتعاقد وليس إيجابا.

ولعل ما أشير إليه يتوافق مع ما قرره الفقهاء نحو الركون في المزايدة، وما ليس بركون.

المطلب الثاني: ما يتمثل به كل من الإيجاب والقبول في بيع المزايدة

يرى الحنفية: أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين.

ويرى الجمهور: الإيجاب هو ما صدر من المالك سواء صدر أولاً أم ثانياً.

فإن افتتاح المزايدة على الثمن يعتبر دعوة للتقدم بالعطاءات، وأما الإيجاب فهو التقدم بالعطاء، وأما القبول فهو إرساء المزداد، وهذا التكييف وفق مذهب الحنفية في مسألة الإيجاب والقبول في بيع المزايدة.

وأما التكييف وفق مذهب الجمهور، فيقال: يتحقق الإيجاب في بيع المزايدة في رسو المزداد والقبول يتمثل في التقدم بالعطاء.

وثمة مسائل لها علاقة بمسألة الإيجاب والقبول في عقد المزايدة منها:

أولاً: مسألة: هل العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق أو لا يسقطه؟

حكم المسألة:

اختلف علماء المالكية على قولين:

القول الأول: العطاء السابق لا يسقط بالعطاء اللاحق، ويكون لمالك السلعة الحق

بأن يلزم أيًا من المزايدين بعطائه، وبه قال ابن رشد.

القول الثاني: العطاء السابق يسقط بالعطاء اللاحق، وبه قال الأبياني.

دليل أصحاب القول الأول:

لدلالة الحال بأنه من تقدم بعطاء أراد أن يتقيد به ولا يرجع عنه.

وأما دليل أصحاب القول الثاني:

اعتبار مصلحة مالك السلعة فقط؛ ولكون إمضاء البيع بيده.

الموازنة والترجيح: يفرق بين حال المزايدة فما كان سرياً كـ (المزايدة بطريق المظاريف)

عُمِلَ بالقول الأول، وما كان علنياً عُمِلَ بالقول الثاني؛ لما قُدِمَ من تعليل.

ثانياً: مسألة: حق البائع في إرساء المزداد:

حكم المسألة: الأصل أن تلاقي الإرادتين للمتعاقدين هي التي يترتب عليها نفاذ

العقد وظهور أثره في محله، والبائع يملك الحق في إرساء المزداد من عدمه.

ومن ثمار حكم المسألة الآتي:

الأولى: إذا تولى الوسيط -الدلال- المناداة على السلعة، فلا ينشأ العقد بمجرد

التوقف عن المناداة، وركون الوسيط للمشتري، بل لا بد من موافقة مالك السلعة

الثانية: لو تولى البائع المناداة، ملك الحق في إرساء المزداد بعد التوقف والركون إلى

المشتري.

الثالثة: لا يعتبر توقف الوسيط عن المزايدة وركونه للمشتري تأمُّ العقد في مزايدة

بيع الأموال العامة - أموال الدولة - ولا في المزايدة الجبرية إلا بعد موافقة الجهة

الداعية للمزايدة.

ثالثاً: مسألة: حكم الزيادة في سعر السلعة بعد توقف المزايدة:

حكم المسألة: لهذه المسألة أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون التوقف عن المناداة لمشاورة مالك السلعة، ولم يوجب بعد، فيجوز الزيادة والحال هذه؛ لعدم تحقق الركون المانع من الزيادة شرعاً.

الحالة الثانية: أن يكون التوقف عن المناداة لعدم مناسبة الأسعار المعروضة عند مالك السلعة، وتباطأ الآخرين عن الزيادة، فيجوز الزيادة والحال هذه؛ لتساوي الزائد مع البقية في حق المزايدة.

الحالة الثالثة: أن يكون التوقف عن المناداة لإمضاء البائع البيع وقبوله عطاء المشتري فلا يجوز الزيادة والحال هذه؛ لتحقق الركون، وهو مناط التحريم من النهي عن السوم على سوم الغير.

الحالة الرابعة: أن يكون التوقف عن المناداة من الوسيط؛ لكونه وكيلاً للبائع وفي البيع، ولكنه لم يوجب، فيجوز الزيادة ويجوز له قبولها عند الأئمة الأربعة، ولكن اختلفت تعليلتهم:

فالحنفية والمالكية، عللوه: بأن البيع لا يلزم بالنية وإنما يلزم بتام الإيجاب والقبول.

والشافعية والحنابلة عللوه: بأن البيع لا يلزم إلا بالتفرق من مجلس لعقد.

الفصل الرابع

ضوابط بيع المزايدة

المبحث الأول: الصدق في بيع المزايدة

عقد المزايدة من العقود التي يشترط فيها الصدق والوضوح كسائر العقود، فلا بد من بيان السلعة وتعريفها تعريفا صادقا يدفع التوهم والتغريب عن المشتري، وعلى ذلك دل مارواه حكيم بن حزام رضى الله عنه «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما)» (خرجه البخاري في صحيحه، (١٩٧٣) ..

كما جاءت الشريعة بمنع التغريب، وهو: «وصف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية»، بل رتبت الشريعة الضمان على من ثبت منه ذلك؛ لأن «التغريب في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الإمكان»، كما أن التدليس بجميع صوره وأشكاله التقليدية والمعاصرة مرفوض في الشريعة ومنبوذ من عقودها.

المطلب الأول: أثر التغريب والتدليس في بيع المزايدة.

عقد بيع المزايدة من العقود التي لا تخلو تعاملات الناس بها من آثار ترتبت على التدليس والتغريب.

ولا فرق في التدليس الموجب للخيار بين أن يصدر من قبل البائع، أو من قبل نائبه، أو من شخص أجنبي عنهما كالدلال في بيع المزايدة.

مسألة: ضابط العيب الموجب للخيار.

حكم المسألة: اتفق الفقهاء على الآتي:

أولاً: إذا غلب وجود العيب في جنس المبيع، وكان العيب يسيراً، فإن وجود مثل هذا العيب لا يؤثر ولا يثبت بمثله خيار رد المعقود عليه.

ثانياً: إذا كانت العادة قد جرت بالسلامة من العيب الذي وجد بالمبيع، وكان ينقص القيمة بما لا يتغابن به الناس بمثله، بهذا العيب يثبت خيار رد المعقود عليه.

ثالثاً: وجود العيب المؤثر مقارنة للعقد يثبت به خيار رد المعقود عليه.

واختلفت آراء الفقهاء حيال الضابط الموجب لخيار رد المعقود عليه:

ذهب الحنفية والظاهرية وبعض الحنابلة، إلى أن العيب المعتد به هو كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار.

ذهب المالكية: إلى أن العيب إن كان في منقول ثبت حق خيار رد المعقود عليه إذا أنقص العين، أو المنفعة، أو القيمة، أو خيف عاقبته، قلّ أو كثر وكانت العادة جارية بسلامته. أما إن كان العيب في غير المنقول، فالعيب إما أن يكون كثيراً يخشى منه على سلامة العين فيثبت له خيار الرد، أما إن كان متوسط ثبت له أرش النقص، أما إن كان قليلاً فلا يثبت له شيء.

ذهب الشافعية وبعض الحنفية: إلى أن العيب المعتبر هو كل ما تنقص به العين، أو منفعتها، أو قيمتها نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس العين عدمه.

وذهب الحنابلة: إلى أن العيب المعتبر هو كل ما تنقص به العين، ولو لم تنقص به قيمتها بل زادت أو انقص قيمتها عادة في عرف التجار، ولو لم ينقص عينها.

ولعل بالنظر إلى ما تجاذبت فيه آراء الفقهاء فالمعتبر ما عده العرف عيباً سواء أنقص العين أم منفعتها أم قيمتها أم فوت على العاقد غرضاً صحيحاً وغلب في جنسها عدمه وأمنت عاقبته.

المطلب الثاني: حكم اشتراط البراءة من العيوب في بيع المزايدة.

لا تخلو مسألة اشتراط البراءة من العيوب في بيع المزايدة من صورتين:

الأولى: أن يشترط البائع بنفسه أو من طريق الوسيط - الدلال - في بيع المزايدة براءته من كل عيب في السلعة، من غير أن يسمي شيئاً، وأن المشتري لا يرجع عليه بشيء من العيوب.

الثانية: أن يشترط البائع بنفسه أو من طريق الوسيط - الدلال - في بيع المزايدة وجود جميع العيوب في السلعة ليبراً من أي عيب يجده المشتري.

حكم المسألة:

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على خمسة أقوال.

القول الأول: أن الشرط صحيح، والبائع يبرأ به. وهو مذهب الحنفية وقول عند الشافعية وقول مخرّج في مذهب أحمد بن حنبل.

القول الثاني: أن الشرط لا يجوز، والبائع لا يبرأ به. وهو قول مالك وقول للشافعية، والمذهب عند الحنابلة.

القول الثالث: لا تجوز البراءة إلا في الرقيق خاصة، وبشرطين: الأول: أن يعلم البائع بالعيوب التي تبرأ منها. الثاني: أن تطول إقامة الرقيق عند البائع، وهو مذهب مالك.

القول الرابع: أن البراءة لا تجوز إلا في الحيوان عما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال. وهو الأظهر من مذهب الشافعية.

القول الخامس: أن البائع يبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ من عيب علمه وكتمه، وهو رواية عن أحمد بن حنبل، واختيار ابن تيمية ووافق ابن القيم.

استدل أصحاب القول الخامس:

الدليل الأول: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه باع غلاماً له بثمانمائة

درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي، فاخصمنا إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه لي، قال عبد الله بن عمر: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف، وارتجع العبد، فباعه بعد ذلك بألف وخمسة درهم» (أخرجه الإمام مالك في موطنه، (٤)، ابن أبي شيبة في مصنفه ٦ / ٣٠٠ - صححه ابن الملقن، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير

الدليل الثاني: من المعقول: أن البراءة من الشروط التابعة للبيع كالخيار والأجل، فيبرأ مع الجهل لا مع العلم به.

الترجيح: بعد التأمل في هذه المسألة، والأقوال فيها، والأدلة، والمناقشات الواردة عليها ظهر للباحث أن الراجح من الأقوال - والله أعلم - هو القول الخامس القاضي بأن البائع يبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ من عيب علمه وكتمه، وذلك لأمرين: أولاً: قوة أدلتهم وملاقاتها لمقاصد الشارع.

ثانياً أن فيه جمعا بين الأدلة الواردة في النهي عن كتمان العيب والغش والغرر، وبين الأدلة التي تميز البراءة من المجهول، ومتى أمكن الجمع بين الأدلة فهو أولى.

المطلب الثالث: حكم اشتراط الحكومة البراءة من العيوب في بيع المزايمة.

مسألة: هل بيع السلطان بيع براءة؟

صورة المسألة: إذا باع السلطان أو نائبة كالقاضي ونحوه سلعة، فهل له الاشتراط بالبراءة من العيب مطلقاً.

حكم المسألة:

اختلف المالكية في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن بيع السلطان بيع براءة مطلقاً، وهو قول مالك.

القول الثاني: أن بيع السلطان بيع براءة بشرط علم المشتري بأنه بيع سلطان، نقل قولاً عن مالك.

القول الثالث: أن بيع السلطان ليس بيع براءة كغيره. نقل قولاً عن مالك.

يستدل للقول الثالث: أن الأصل في الحقوق التسوية بين المتفقات والتفرقة بين المختلفات، وليس ثمة اختلاف بين بيع السلطان وبيع غيره.

الترجيح: رحجان القول الثالث القاضي بأن بيع السلطان ليس بيع براءة كغيره، لعدم ورود نص يستثني السلطان عن غيره، وأن حق المشتري في الرد لا يسقط إلا بإسقاطه. كما أن السلطان ينزل منزلة الوكيل في مزاولته سلطانه، فيجري عليه ما يجري على الأفراد إلا ما اقتضته المصلحة العامة.

مسألة: حكم اشتراط الحكومة البراءة من العيوب في بيع المزايدة.

حكم المسألة: أن الحكومة لا يجوز أن تشترط البراءة من العيوب مطلقاً في بيع المزايدة للأسباب التالية:

السبب الأول: بأن شرط البراءة إسقاط لخيار العيب، وخيار العيب إنما يثبت بعد البيع، فلا يسقط بإسقاطه، كالشفعة فإنها لا تسقط إذا أسقطها قبل البيع.

السبب الثاني: أن خيار العيب ثابت بالشرع، فلا ينفى بالشرط، كسائر مقتضيات العقد.

السبب الثالث: أن للمشتري الحق في الرد إذا ظهر العيب المقارن للعقد، ومنع المشتري من ذلك لغير مسوغ نوع من الظلم المقصود رده عن الخلق.

السبب الرابع: أن العدل في الحقوق التسوية بين المتفقات والتفرقة بين المختلفات، وليس ثمة اختلاف بين بيع الحكومة وبيع غيرها.

المبحث الثاني: عدم تواطؤ البائع مع غيره على الزيادة في ثمن السلعة

مسألة:علة النهي عن النجش في بيع المزايدة:

صورة المسألة:هل مجرد الزيادة المنهي عنها في بيع المزايدة على ثمن السلعة بغير قصد الشراء، أو هي الزيادة بقصد الخداع والتغيير؟

حكم المسألة:

اختلف أهل العلم في بيان علة الزيادة في بيع النجش على قولين:

القول الأول:أن العلة في النهي عن الزيادة في النجش هي زيادة ثمن السلعة بغير قصد الشراء، وهو المشهور من مذهب الشافعية.

القول الثاني: أن العلة في النهي عن الزيادة في النجش هي زيادة ثمن السلعة بقصد الخداع والتغيير، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية، وقال به بعض متأخري الشافعية.

استدل أصحاب القول الثاني بالتالي:

الدليل الأول: قول الصحابي: مارواه البخاري رحمه الله عن عبدالله بن أبي أوفى رضى الله عنه قال:«الناجش أكل ربا خائن»(أخرجه البخاري في صحيحه«موقوفا» (٢٦٧٥)، قال البزار في مسنده البحر الزخار» وهذا الحديث قد رواه غير واحد، عن ابن أبي أوفى، موقوفا، ولا نعلم أحدا أسنده عن حفص إلا إبراهيم بن يوسف

الدليل الثاني: أن أصل النجش في اللغة الختل والخداع، والعرف اللغوي محكم إذا تعذر العرف الشرعي

الترجيح: رجحان القول الثاني، ومفاده أن العلة في النهي عن الزيادة في النجش هي زيادة ثمن السلعة بقصد الخداع والتغيير؛ لقوة أدلته، كما أن الزيادة في الثمن ليست ممنوعة إذا لم يترتب عليها ضرر وتغيير، لذا جاز استفتاح المزايد بثمن مبدئي

ممن يعرف السلعة، ولو لم يرغب الشراء، كما سأبينه في مظهره.

المطلب الأول: صورة عدم تواطؤ البائع مع غيره على الزيادة في ثمن السلعة

في هذا المطلب سأعرض صورة عدم تواطؤ البائع مع غيره في زيادة ثمن السلعة، وهذا الصورة تنحصر في حالين:

الحالة الأولى: الزيادة من الغير مريدا النجش، وقد تعرضت إلى حكم ذلك في أصل حكم النجش في مقدمة البحث، ولها صورتان:

الصورة الأولى: الأصل أن يأتي طرف ثالث فيزيد في السلعة ليرفع من ثمنها، ويغري المشتري بالزيادة، ومن غير تواطؤ مع البائع.

الصورة الثانية: أن يأتي طرف ثالث يظهر بصره بالسلعة، ويمدحها مدحاً يغري المشتري ليزيد في ثمن السلعة، ومن غير تواطؤ مع البائع.

الحالة الثانية: الزيادة من الغير لا يريد النجش، وإنما يريد أن يرغب الناس في شرائها ويعرفهم بقيمتها.

صورة المسألة: لو رأى تاجر سلعة ينادى عليها بثمن بخس، والذين يزيدون قد أحجموا عن الزيادة إما اتفاقاً، وإما جهلاً بقيمة تلك السلعة، فهل يجوز لذلك التاجر أن يزيد في الثمن؛ ليرغب الناس في السلعة، ويعرفهم بقيمتها الحقيقية؟

وسوف أتناول هذه الصورة ببيان حكمها في المطلب القادم - بإذن الله -.

المطلب الثاني: حكم عدم تواطؤ البائع مع غيره على الزيادة في ثمن السلعة.

وبعد عرض الصور المتعلقة برأس المسألة أدلف في بيان حكمها:

الحالة الأولى: الزيادة من الغير مريدا النجش.

الحكم التكليفي:

وقد حكى الفقهاء الإجماع على تحريمه، وأن الناجش آثم بفعله.

الحكم الوضعي:

أن البيع صحيح ويأثم الناجش، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة وقول الظاهرية.

وحجة الجمهور في صحة البيع مع النجش أن النهي عن النجش يمكن إعماله مع بقاء العقد، إذ هو عائد لا إلى أصل العقد بل لأمر خارج عنه مجاور له.

الحالة الثانية: الزيادة من الغير لا يريد النجش، وإنما يريد أن يرغب الناس في شرائها ويعرفهم بقيمتها.

حكم المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم المسألة على قولين:

القول الأول: عدم جواز المزايدة في ثمن السلعة بقصد توصيلها إلى ثمن المثل إذا كان لا يقصد الشراء، وهو مذهب الشافعية.

القول الثاني: جواز المزايدة في ثمن السلعة بقصد توصيلها إلى ثمن المثل إذا كان لا يقصد الشراء، وإنما يريد ترغيب الناس في شرائها وتعريفهم ثمنها، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة وابن حزم من الظاهرية وبعض متأخري الشافعية.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول:

- ماروه تميم بن أوس الداري رضى الله عنه قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الدين النصيحة. قلنا: لمن؟ قال: لله، ولكتابه، ولرسوله، ولأئمة المسلمين وعامتهم)» أخرجه مسلم في صحيحه، الحديث (٢٠٥).

الدليل الثاني: أن علة النهي عن النجش غير متحققة في المسألة.

الترجيح: رجحان القول الثاني القاضي بجواز المزايدة في ثمن السلعة بقصد توصيلها إلى ثمن المثل إذا كان لا يقصد الشراء، إنما يريد ترغيب الناس في شرائها وتعريفهم ثمنها؛ لقوة ما استدل به.

المبحث الثالث: عدم تواطؤ المشتري مع المنافسين له على الامتناع عن الزيادة في ثمن السلعة.

المطلب الأول: صورة عدم تواطؤ المشتري مع المنافسين له على الامتناع عن الزيادة في ثمن السلعة.

الحالة الأولى: باعتبار النفع والضرر:

الصورة الأولى: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة بغية الإضرار بأحد المزايدين.

الصورة الثانية: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة بغية الإحسان لأحد المزايدين.

الحالة الثانية: باعتبار المشاركة في السلعة أو التنازل عن بعضها:

الصورة الأولى: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة مع الغير للمشاركة في السلعة.

الصورة الثانية: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة مع الغير لتنازل عن جزء من السلعة.

وهذه الصور الست هي التي ظهرت للباحث أثناء البحث، وتأمل ماكتب فيها.

الحالة الثالثة: باعتبار المعاوضة والمجانية:

الصورة الأولى: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة مع الغير مجاناً «بدون

عوض».

الصورة الثانية: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة مع الغير بعوض.

المطلب الثاني: حكم عدم تواطؤ المشتري مع المنافسين له على الامتناع عن الزيادة في ثمن السلعة.

حكم الحالة الأولى: باعتبار النفع والضرر:

الصورة الأولى: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة بغية الإضرار بأحد المزايدين.

حكم المسألة: لاشك أن الضرر في الشريعة مدفوع، وقد أجمع العلماء على تحريم أكل أموال الناس بالباطل.

و البخس في لسان العرب هو النقص بالتعييب والتزھيد، أو المخادعة عن القيمة، أو الاحتيال في التزيّد في الكيل أو النقصان منه «أي عن غفلة من صاحب الحق».

وبناء على المعنى اللغوي فإن البخس هو النجش العكسي فيما يظهر للباحث، وترك المزايدة بموجب تواطؤ من المتنافسين لصالح أحد الراغبين في الشراء؛ ليرسو المزداد عليه بسعر قليل داخل في معنى البخس، والبخس حرام؛ لأن نوع من أنواع الغش وجادة من جواد أكل أموال الناس بالباطل، وفاعله داخل في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ سورة الأعراف: آية (٨٥).

قال ابن تيمية رضى الله عنه أن على المحتسب أن يمنع من عرف بذلك:»

الصورة الثانية: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة بغية الإحسان لأحد المزايدين.

حكم المسألة: يمكن تصور هذه المسألة فيما لو اتفق أهل السوق على ترك المزايدة من تلقاء أنفسهم، بسبب معرفتهم لحال أحد المزايدين، ومدى حاجته

للسلعة، ولكونه فقيراً، فالذي يظهر جواز التواطؤ على ترك المزايدة والحال هذه بشروط:

أولاً: أن تصل السلعة إلى ثمن مثلها.

ثانياً: عدم الإضرار بالبائع.

ثالثاً: أن يكون القصد الإحسان من المتواطئين على الترك.

الحالة الثانية: باعتبار المشاركة في السلعة أو التنازل عن بعضها:

الصورة الأولى: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة مع الغير للمشاركة في السلعة.

حكم المسألة: أن التواطؤ العائد على البائع بالضرر محرم؛ لأن المسلم منهي عن إلحاق الضرر بغيره، وقد جاء في فتوى اللجنة الدائمة التابعة لهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية:

حيث سئلت اللجنة الدائمة عن اتفاق المشتريين للسلعة من المزاد العلني على أن لا يزيدوا الثمن عن حد معين فأجابت: «تواطؤ المشتريين للسلعة من الحراج أو غيره على أن يقفوا بسعر السلعة عند حد معين من الأثرة المقوتة، والإضرار بأرباب السلع، وكل من الأثرة وإضرار الإنسان بغيره ممنوع، وهو خلق ذميم لا يليق بالمسلمين ولا ترضاه الشريعة الإسلامية.

ومبدأ ترك المزايدة بشرط المشاركة في السلعة لا يخلو من حالين:

الأولى: أن تكون المشاركة مع من ليس لمزايدته أثر في المزايدة، فهذه الحال لا مانع منها بشرط عدم إيقاع الضرر بالبائع.

الثانية: أن تكون المشاركة بين أهل السوق أو أكثرهم، أو من له تأثير عليهم، فهذه المشاركة ممنوعة لما توقعه من الضرر والعدوان على الناس.

أما في حال عدم الإضرار، وكون الثمن المستقر للسلعة ثمن المثل، فلا مانع؛ لعدم تحقق الضرر فيها، وأصل المشاركة جائز، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

الصورة الثانية: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة مع الغير للتنازل عن جزء من السلعة.

والذي يظهر أن هذه الصورة تأخذ حكم المسألة السابقة من جميع الوجوه، فلا مسوغ للتكرار.

المبحث الرابع: اتفاق المنافسين أو بعضهم على عدم دخول بعضهم في عقد المزايدة بعوض.

المطلب الأول: صورة اتفاق المنافسين أو بعضهم على عدم دخول بعضهم في عقد المزايدة بعوض.

الحالة الثالثة: باعتبار المعاوضة والمجانبة:

الصورة الأولى: تواطؤ المتنافسين على الامتناع عن المزايدة مع الغير مجانا «بدون عوض».

والحديث عن هذا الصورة على حالين:

الأولى: أن يكون المطلوب منه الامتناع عن المزايدة لا تأثير له في المزايدة، فهذا جائز بشرط؛ هو: رضا المطلوب منه الكف، لأن دخوله في المزايدة حق له و«حق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه».

الثانية: أن يكون المطلوب منه الامتناع عن المزايدة له تأثير في المزايدة أو أهل السوق، أو أغلب أهل السوق، فيحرم ذلك، أما في حال عدم الإضرار، وكون الثمن المستقر للسلعة ثمن المثل، فلا مانع؛ لعدم تحقق الضرر فيها وأصل المشاركة جائز، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

الصورة الثانية: تواطؤ المتنافسين على للامتناع عن المزايدة مع الغير بعوض،

وسأبين حكم تلك الصور في المطلب القادم.

المطلب الثاني: حكم اتفاق المنافسين أو بعضهم على عدم دخول بعضهم في عقد المزايدة بعوض.

حكم المسألة: إن مسألة أخذ العوض في ترك المزايدة يخضع إلى طبيعة حق المزايد في المزايدة هل هو في معنى التملك أو في معنى إسقاط الحق

والذي يظهر للباحث أن ترك المزايدة من المزايد هو من باب الإسقاط لأسباب:
الأول: أنه إزالة استحقاق إلى غير مستحق.

ثانياً: أنه حق مجرد عن الملك، شرع لدفع الضرر عن صاحبه.

ثالثاً: ليست فائده في حق طالب الترك إلا لزوال المزاحمة من قبل تارك المزايدة.

وبناء عليه فيصدق حكاية الخلاف في هذه المسألة وفقاً للخلاف المحكي في مسألة: أخذ العوض على الإسقاط، وهي من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء عند تحقيق مناطاتها في المسائل الجزئية كمسألة: الاعتياض عن حق الشفعة، والاعتياض عن القصاص وهبة الزوجة يومها لضررتها والاعتياض عن الوظائف، والاعتياض عن إسقاط الشهادة ونظائرها من المسائل.

ومسألة الاعتياض عن الحقوق اختلف العلماء فيها على النحو الآتي:

القول الأول: أن الحق إذا كان مجرداً عن الملك، فإنه لا يجوز الاعتياض عنه، وهو مذهب الحنفية.

القول الثاني: أن الحق إذا كان شرعاً لدفع الضرر، فلا يجوز الاعتياض عنه، وإن كان ثبوته على وجه البر والصلة، فيصح الاعتياض عنه، وهو قول بعض الحنفية.

القول الثالث: أن الحق الذي لا يؤول إلى المال، أو ما ليس عيناً ولا منفعة لا يجوز الاعتياض عنه، فإنه يجوز الاعتياض عنه، وهو مذهب الشافعية والحنابلة.

القول الرابع: جواز أخذ العوض عن كل حق ثبت للإنسان، وهذا مذهب المالكية.

الأدلة: لم أجد بعد البحث من نص على الأدلة في المسألة، ولكن الذي يظهر أن من ألحق الحقوق بالمنفعة جوز الاعتياض، ومن جعلها مغايرة للأعيان والمنافع منع الاعتياض باعتبار عدم المالية، فالحقوق عنده ليست محلا للاعتياض.

الترجيح: الذي يظهر للباحث بعد التأمل بأن الترك فعل إذا اقترن به القصد،

وعلية فأخذ العوض مقابل ترك المزايدة على حالين:

الأولى: أن يكون المطلوب منه الامتناع بعوض عن المزايدة لا تأثير له في المزايدة، فهذا جائز بشرطين:

الأول: وجود مزايدة غيرهما؛ لئتمحض محل العوض في الترك، وأما إذا لم يوجد غيرهما فيمنع لاحتمال إدخال الضرر على البائع.

الثاني: عدم إدخال الضرر على البائع.

الحال الثانية: أن يكون المطلوب منه الامتناع بعوض عن المزايدة له تأثير في المزايدة أو أهل السوق، أو أغلب أهل السوق، فيحرم ذلك.

أما في حال عدم الإضرار، وكون الثمن المستقر للسلعة ثمن المثل، فلا مانع من الاعتياض على الترك؛ لعدم تحقق الضرر فيها، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

الفصل الخامس

الوسيط في بيع المزايدة.

المبحث الأول: تعريف الوسيط لغة و اصطلاحا.

أولاً: تعريف الوسيط لغة:

الْوَسَاطَةُ -بفتح أوله - مصدر، والاسم «الوسيط» والوسيط: المتوسط بين المتخاصمين، والمتوسط بين المتبايعين، أو المتعاملين.

ثانياً: تعريف الوسيط اصطلاحاً:

لم أجد من عرف الوسيط اصطلاحاً، بل ورد إطلاق الوسيط بمفهومه التجاري عند الفقهاء ضمن سياق تعريف السمسار، والدلال.

ثالثاً: استعمالات أخرى لمعنى الوسيط في الاصطلاح:

الدَّالُّ: وهو الذي يجمع بين البيعين، مرادف للسمسار.

وقد استعمل الفقهاء كلمة «الدلال» بمعنى محترف الدلالة، وهو الذي ينادي على البضائع في الأسواق، لتباع بالمزاد العلني بواسطته.

المبحث الثاني: مزايدة الوسيط لنفسه.

- التكييف العقدي للدلالة:

ينحصر التكييف غالباً لعقد الدلالة في مسارين:

المسار الأول: في تكييف عقد الدلالة المقدر بالزمن، فهو إجارة، أو جعالة، وهذا خاضع لصيغة العقد، أو الدلالة العرفية المحكمة، أو القرينة الشاهدة.

المسار الثاني: في تكييف عقد الدلالة المقدر بالعمل، فهو بهذا عقد جائز في حق

الطرفين، فيصح فسخه متى شاء ما لم يتعلق بفسخه ضرر.

- طبيعة علاقة الوسيط - الدلال - بالطرف الثاني:

لا تخلو علاقة الوسيط مع الطرف الثاني من حالين:

الأولى: أجيرا خاصا إذا كيّف العقد على أنه عقد إجارة، وكذلك إن اختص الطرف الثاني بمنافعه في مدة العقد المقدر بزمن.

الثانية: أجيرا مشتركا إذا كيّف العقد على أنه عقد إجارة، وكذلك إن لم يختص الطرف الثاني بمنافعه في مدة العقد المقدر بزمن.

- طبيعة عقد الدلالة من جهة الجواز واللزوم:

وصف عقد الدلالة من جهة الجواز واللزوم العقدي مرتبط بتكيف العقد، فإن كيّف على أنه عقد إجارة كان عقدا لازما، وإن كيّف عقد جعالة كان عقدا جائزا.

- طبيعة العوض في عقد الدلالة:

لا يخلو العوض في عقد الدلالة من أن يكون:

(أ) - العوض إجارة إذا كيّف إجارة.

(ب) - عوضا في عقد جعالة.

(ج) - العوض مشاركة.

المطلب الأول: صورة مزيدة الوسيط لنفسه.

صورة المسألة: أن يقوم الوسيط بالدخول في المزايدة مع عموم الراغبين، فيزيد في السلعة معهم راغبا الشراء.

وهذه الصورة لها حالان:

الأولى: أن يفعل ذلك دون علم مالك السلعة.

الثانية: أن يفعل ذلك بعد أخذ الإذن من مالك السلعة.

المطلب الثاني: حكم مزايدة الوسيط لنفسه.

حكم المسألة: الوسيط في بيع المزايدة يعتبر وكيلًا عن البائع.

ومواضع التهمة و الخيانة مستثناة عن الوكالات؛ لأن الوكالة شرعت للإعانة، وكل شيء يكون للإعانة فهو موضع الأمانة

وقد اختلف أهل العلم في مسألة مزايدة الوسيط لنفسه على قولين:

الأقوال في المسألة:

القول الأول: جواز مزايدة الوسيط لنفسه، بشرط أن يزيد على مبلغ ثمنه المنتهي إليه في النداء. وهو رواية عن مالك، ورواية عن أحمد، وبه قال الأوزاعي.

القول الثاني: عدم جواز مزايدة الوسيط لنفسه، وهو مذهب الحنفية، ورواية عن مالك، وبه قال الشافعي، وهو المذهب عند الحنابلة.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

دليلهم: العرف يقضي بتصرف الوكيل لمصلحة موكله ومزايدة الوسيط لنفسه تخالف مصلحة مالك السلعة، والوكالة تقيّد بالعرف والنطق، فإذا قيد بأحدهما، فليس للوكيل مخالفته.

الترجيح: الذي يظهر للباحث أنه لا يجوز مزايدة الوسيط لنفسه إلا بعد إذن مالك السلعة العالم بطبيعة السوق، وقيمة السلع، وقيمة المثل لسلخته، وذلك لسببين:

الأول: أن تصرف الوكيل على الأمر إنما ينفذ فيما يرجع إلى تحصيل مقصوده، والمقصود الأغلب المنفعة، والمصلحة من البيع.

الثاني: قطعاً للنزاع في المستقبل.

المبحث الثالث: مزايمة الوسيط لكونه شريكاً لمن يزيد.

كما هو معلوم لكل مطلع على طبيعة الترابط بين الوسيط في بيع المزايدة مع بعضهم، ومدى مشاركتهم لبعض بل نشأ في هذا العصر ما يسمى بشركات الدلالة، وهذا يعكس طبيعة المشاركة بين أرباب الصنعة الواحدة، ولكن قد يؤدي ذلك في غالب الأحيان إلى الإضرار بالناس.

المطلب الأول: صورة مزايمة الوسيط لكونه شريكاً لمن يزيد.

صورة المسألة: إذا زاد الوسيط في السلعة التي يناهض عليها بصفته شريكاً عن غيره من يزايد، فهل يجوز له أن يزايد والحال هذه؟

بالرجوع لما دونه الفقهاء في هذه المسألة يدرك الناظر أن مسألة: مزايمة الوسيط لكونه شريكاً لمن يزيد. الخلاف فيها من ثمرة الخلاف في مسألة: حكم بيع الوكيل لنفسه أو شرائه من نفسه. حيث إن العلة في المسألتين حول تلبس الوسيط بالتهمة في هذه الحال التي تخالف ما يجب أن يكون عليها لكونه وكيلاً عن رب السلعة.

المطلب الثاني: حكم مزايمة الوسيط لكونه شريكاً لمن يزيد.

حكم المسألة:

القول الأول: جواز مزايمة الوسيط لكونه شريكاً لمن يزيد، بشرط أن يزيد على مبلغ ثمنه المنتهي إليه في النداء. وهو رواية عن مالك، ورواية عن أحمد، وبه قال الأوزاعي.

القول الثاني: عدم جواز مزايمة الوسيط لكونه شريكاً لمن يزيد. وهو مذهب الحنفية، ورواية عن مالك، وبه قال الشافعي، وهو المذهب عند الحنابلة.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

دليلهم: العرف يقضي بتصرف الوكيل لمصلحة موكله، ومزايدة الوسيط لنفسه تخالف مصلحة مالك السلعة، والوكالة تقيّد بالعرف والنطق، فإذا قيدت بأحدهما فليس للوكيل مخالفته.

الترجيح: الذي يظهر للباحث أنه لا يجوز مزايدة الوسيط لكونه شريكاً لمن يزيد إلا بعد إذن مالك السلعة، وذلك لسببين:

الأول: أن تصرف الوكيل على الأمر إنما ينفذ فيها يرجع إلى تحصيل مقصوده.

الثاني: قطعاً للنزاع في المستقبل.

المبحث الرابع: مزايدة الوسيط بالنيابة عن غيره.

المطلب الأول: صورة مزايدة الوسيط بالنيابة عن غيره.

صورة المسألة: لو تولى الوسيط المزايدة عن من ينيبه في الشراء مع كونه وكيلاً عن مالك السلعة في النداء والإيجاب ونحوها، فهل يجوز له ذلك، أو لا يجوز؛ لكونه يزيد عن من هو نائب عنه؟

المطلب الثاني: حكم مزايدة الوسيط بالنيابة عن غيره.

قبل بيان حكم المسألة - محل البحث - لابد من بيان حكم المسألة المخرجة عليها على وجه الإجمال.

والمسألة هي: حكم بيع الوالد لولده أو شرائه:

اختلف الفقهاء في جواز بيع الوكيل ما وكل على بيعه لولده الصغير أو شرائه، على قولين:

القول الأول: يجوز للوكيل أن يبيع مال موكله لولده الصغير، وهو قول للمالكية، ووجهه عند الحنابلة.

القول الثاني: لا يجوز للوكيل أن يبيع مال موكله لولده الصغير، وهو مذهب

الحنفية، والمالكية، والشافعية، ووجه عند الحنابلة.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول: أن البيع له كالبيع لنفسه من نفسه، وهذا لا يجوز، لأنه متهم في الميل إليه كما يتهم في الميل إلى نفسه.

الترجيح: رجحان القول الثاني القاضي بأنه لا يجوز للوكيل أن يبيع مال موكله لولده الصغير؛ لقوة أدلته؛ ولأن تصرف الوكيل على الأمر إنما ينفذ إلى تحصيل المنفعة، والمصلحة من البيع، وقطعا للنزاع في المستقبل.

حكم المسألة: مزايدة الوسيط بالنيابة عن غيره: عدم جواز مزايدة الوسيط بالنيابة عن غيره إلا بعد إذن مالك السلعة؛ لأن البيع له كالبيع لنفسه من نفسه، وهذا لا يجوز، ولأن الشخص في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام، فإنه يكون مستردا مستقزيا، قابضا مسلما، كما أن تصرف الوكيل على الأمر إنما ينفذ فيما يرجع إلى تحصيل مقصوده، والمقصود الأغلب المنفعة والمصلحة من البيع، وقطعا للنزاع في المستقبل.

المبحث الخامس: ضمان الوسيط في بيع المزايدة.

المطلب الأول: صورة ضمان الوسيط في بيع المزايدة.

يختلف ضمان الدلال عند قيام موجه بحسب تكييف طبيعة علاقة الوسيط بمالك السلعة، وكذا طبيعة العقدية بينهما، فمن كَيّف علاقة الوسيط مع مالك السلعة أجيّرا خاصا، والأجيّير الخاص لا يضمن ما تلفه في يده، أو من عمله ما لم يتعد أو يفرط، فإذا تعدى أو فرط ضمن. ويقصد بالتفريط والتعدي.

ومن كَيّف علاقة الوسيط مع مالك السلعة أجيّرا مشتركا أخذ حكمه، فيكون حكمه كحكم التضمين في الوساطة المقدرة بالعمل.

وأما صورة مسألة ضمان الوسيط في بيع المزايدة فهي: لو فعل الوسيط في بيع

المزايدة ما يوجب الضمان، فهل يضمن؟

المطلب الثاني: حكم ضمان الوسيط في بيع المزايدة.

اختلف الفقهاء في تضمين الوسيط - الدلال - على قولين:

القول الأول: أن الوسيط في بيع المزايدة لا يضمن إلا مع التعدي والتفريط، وهو قول للشافعي، وقول في مذهب الحنابلة، وقال به زفر من الحنفية وقول عطاء وقول طاووس، وهو قول ابن تيمية.

القول الثاني: أن الوسيط في بيع المزايدة يضمن ما أتلفته يده. وقال به من السلف عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن عتبة، وشريح، والحسن، وغيرهم، وهو مذهب الحنفية، والمالكية، وقول للشافعي وهو منصوص أحمد.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول: مارواه سمرة رضى الله عنه قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)» (أخرجه أحمد في مسنده، (٢٠١٣١)، أبو داود في سننه (١٢٦٦)،، والترمذي في سننه، (١١٢٦٦)، ابن ماجة في سننه (٢٤٠٠)، والحاكم في مستدركه، ٥٥/٢، الحديث (٢٣٠٢) قال الترمذي حسن صحيح وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري وأعله ابن حزم ووافق الذهبي الحاكم، ذيل المستدرك،..

الدليل الثاني: الاستحسان والمصلحة، فتضمن الوسيط في بيع المزايدة من هذا الباب، ولحاجة الناس لهم وأعمالهم قد يجعلهم يتساهلون في رعايتها.

الترجيح: الراجح هو القول الثاني القاضي بأن الوسيط في بيع المزايدة يضمن ما أتلفت يده.

المبحث السادس: أجر الوسيط في بيع المزايدة.

الأجرة يقصد بها: «مطلق العوض الذي يستحقه الوسيط مقابل ما بذل من

عمل التوسط، سواء عدّ أجرة أو جعلاً».

المطلب الأول: صورة أجرة الوسيط في بيع المزايدة.

لا يخلو العوض في عقد الدلالة من:

(أ)- أن يكون العوض إجارة إذا كيّف إجارة.

(ب)- أن يكون عوضاً في عقد جعلالة.

(ج)- أن يكون العوض مشاركة.

صورة المسألة: إذا قام الوسيط في بيع المزايدة بعمله من المناداة ونحوها من الأعمال المناطة به عرفاً وأتمها، فأجرته التي يستحقها على من تكون، هل تكون على البائع أم المشتري؟ أوهما معاً؟ أو المسألة عائدة إلى العرف؟.

المطلب الثاني: حكم أجرة الوسيط في بيع المزايدة.

الأقوال في المسألة:

القول الأول: أن أجرة الوسيط في بيع المزايدة على البائع دون المشتري، وذلك إذا زاو الوسيط البيع بنفسه، أما لو سعى الوسيط ولم يبيع هو وإنما باع المالك، فيعتبر العرف في من تلزمه الأجرة. وهو مذهب الحنفية.

القول الثاني: أن أجرة الوسيط في بيع المزايدة على البائع دون المشتري، ولو شرطت على المشتري فسد العقد، وهو قول بعض الشافعية.

القول الثالث: أن أجرة الوسيط في بيع المزايدة يعتبر فيها الشرط أو العرف، فإن تعذرا فعلى البائع، وهو مذهب المالكية والحنابلة.

الأدلة: بعد البحث لم يظهر لي مستند الأقوال، اللهم العرف الجاري في زمن وحال الأسواق في عصر أرباب الأقوال.

الترجيح: أن العبرة في استحقاق الوسيط أجرته في بيع المزايدة الشرط أو العرف، فإذا اجتمع شرط وعرف، قدم الشرط، فإن لم يكن ثمة شرط وعرف، فالظاهر تكون الأجرة على البائع؛ لأن دفع المشتري للأجرة لغير منفعه مقابلة، واشتراطها، وعند التنازع يحكم بالعرف ما لم يكن ثمة شرط.

ومن المهمة تحت هذا المطلب ذكر مسألة لعلاقتها بالباب، وهي: ما لو تم البيع وقبض الوسيط في بيع المزايدة أجرته، ثم ردت السلعة لعيب أو خيار شرط، فهل تسترد أجرة الوسيط تبعاً لذلك أو لا ترد؟

المسألة في الواقع لا تخلو من أحوال:

الحال الأولى: أن يكون دافع الأجرة البائع، ففيه تفصيل هو:

إذا كان حدوث الرد بسبب البائع لتدليس أو كتمان للعيب، فلا يحق له استرداد الأجرة من الوسيط في بيع المزايدة، أما إذا كان رد السلعة بموجب خيار الشرط، فيحق للبائع استرداد الأجرة من الوسيط؛ لأن البيع لم يتم وليس للبائع فيه يد، ما لم يكن بينهما شرط يقضي باستحقاق الوسيط العوض.

الحال الثانية: أن يكون دافع الأجرة المشتري، ففيه تفصيل هو:

أن ترد السلعة بخيار العيب، فللمشتري مطالبة الوسيط في بيع المزايدة بالأجرة، وأما الوسيط فيعود على البائع بأجرته، وأما إذا ردت السلعة بخيار الشرط، فيحق للمشتري استرداد الأجرة من الوسيط، ما لم يكن بينهما شرط يقضي باستحقاق الوسيط العوض، ولو ردت السلعة بخيار شرط.

الحالة الثالثة: إذا لم يكن للوسيط يد في رد السلعة أو فساد البيع وكان ثمة شرط أو عرف يقرر استحقاق الوسيط في بيع المزايدة الأجرة، ولو ردت السلعة استحق الأجرة؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

الفصل السادس

مسائل متفرقة في بيع المزايدة

المبحث الأول: افتتاح المزايدة.

المطلب الأول: صورة افتتاح المزايدة.

صورة المسألة:

إذا استفتح الوسيط في بيع المزايدة أو غيره بثمان، وهو لا يريد الشراء، وإنما يفعل ذلك لفتح الباب أمام الراغبين في المزايدة، فهل يكون ذلك من النجش الممنوع؟

المطلب الثاني: حكم افتتاح المزايدة.

حكم المسألة: الذي يظهر من تقرير عدد من فقهاء المالكية والشافعية الجواز، ونفي دخول افتتاح المزايدة في صورة النجش المنهي عنه.

يظهر للباحث أن التفصيل هنا أولى من الإجمال وذلك على النحو الآتي:

أن يفرق بين حال المستفتح بحيث يكون عالماً بسعر السلعة وعارفاً بقيمتها بخلاف فاقد ذلك، كما يفرق بين مقدار الثمن المستفتح به من كونه أقل من قيمة مثل السلعة أو أكثر، كما يفرق بين ما تحققت به مصلحة الاستفتاح من عدمه.

ولذا فإن كان المستفتح عارفاً لقيمة السلعة، وكان مقدار ثمن الاستفتاح صالحاً لمثل السلعة أو قريباً منه، وكذلك قصد بذلك المصلحة دون الإضرار على غيره، فإنه يحكم بالجواز والحال هذه، بل هو مفارق للعلة المناط بها حكم النجش المنهي عنه؛ ولهذا درجت أسواق المسلمين عبر العصور في اعتبار الاستفتاح من قبل الدلال أو غيره، ولم ينكره أحد من علماء ذلك العصر لما يترتب عليه من مصالح، ونفع يعود على أطراف بيع المزايدة - والله أعلم -.

المبحث الثاني: المزايدة بالوسائل الحديثة.

المطلب الأول: صورة المزايدة بالوسائل الحديثة.

ويمكن تقسيم الوسائل الحديثة على النحو الآتي:

أولاً: الوسائل اللفظية: الهاتف، المذياع

ثانياً: الوسائل المرئية اللفظية: التلفاز

ثالثاً: الوسائل الخطية: الفاكس، التلكس

وقد جُمعت تلك الوسائل بجميع أقسامها على الشبكة العنكبوتية «الإنترنت» حيث يمكن البيع والشراء من طريق مواقع أشبه بمراكز تجارية..

صورة المزايدة في هذه الوسائل:

الصورة الأولى: إذا تمت المناداة على السلعة في بيع المزايدة من قبل صاحبها أو الوسيط فيها عبر الوسائل الحديثة، فهل تعتبر المزايدة من قبل الراغبين في الشراء، أم تعتبر لغو لا يُبنى عليها حكم؟

الصورة الثانية: إذا صدر الإيجاب والقبول من قبل المتعاقدين في بيع المزايدة عبر الوسائل الحديثة فهل يعتبران ويُبنى عليهما أثرهما أم لا؟

المطلب الثاني: حكم المزايدة بالوسائل الحديثة.

حكم الصورة الأولى: ظهر للباحث عدم ورود معنى الإيجاب والقبول في طبيعة المزايدة؛ لكونها وسيلة لتحديد ما يناسب المتعاقدين من الثمن مقابل السلعة المعروضة، لذلك فإن المناداة على البضاعة والسلع، ليست إيجاباً يتطلب القبول، ثم إنه في بيع المزايدة يحدث أن يقع الافتتاح للدلالة بثمن معين لكنه قابل للزيادة، فلا يمكن أن يكون الثمن المفتوح به إيجاباً، وإن كان العرض بواسطة الدلال في مفهومه الإيجاب لآخر ثمن يعرض.

وعليه فالذي يظهر جواز المزايدة بالوسائل الحديثة لما ذكرته آنفاً، ويستصحب معها أحكام المزايدة التي سبق ذكرها في المباحث السابق، واللاحقة عند قيام موجبها، وإنما الذي يحتاج إلى بيان في هذا السياق مزايدة الصبي غير المميز عبر الوسائل الحديثة كالإنترنت في حال عدم إظهار الصوت والصورة إنما هو عن طريق الكتابة، والذي يظهر عدم اعتبار مزايدته لسببين:

السبب الأول: أن المزايدة وسيلة للبيع، والصغير ممنوع منه، فانشغاله بالمزايدة مع الناس لا يتحقق منها غرض معتبر شرعاً.

السبب الثاني: أن في تجويز مشاركة الصغير غير المميز في المزايدة مع الناس تجويز للنجشوبما أن الصغير غير المميز منع من أصل التعاقد صار بذلك كمعدوم الرغبة في الشراء فيتضرر الناس بمزايدته كما يتضررون بالناجش، والضرر يزال.

حكم الصورة الثانية:

أولاً: الوسائل اللفظية والمرئية: يمكن إجراء بيع المزايدة من خلال الوسائل اللفظية والمرئية، ولا سيما في الإيجابات الموجهة للراغبين في الشراء واشترط الحنفية أن يكون ذلك بإذن الموجب.

وثمة ضوابط ينبغي ملاحظتها:

أولاً: الأصل هو انعقاد العقد، ولكن إذا ادعى أحدهما أن الصوت ليس له، فعليه إثبات ذلك من خلال الأدلة التي تقنع القضاء.

ثانياً: إن العقود بتلك الوسائل إنما تصح فيما لا يشترط فيه القبض الفوري، أما إذا بيع ربوي بمثله فلا يصح العقد بها، إلا إذا تم القبض.

ثالثاً: إن مجلس العقد بالوسائل المشار إليها ونحوهما، ينتهي بانتهاء المحادثة كما سبق. إلا إذا كان العقد يتم من خلال المزايدة، حيث ذهب المالكية إلى أن الشخص الذي يعرض رضاه بثمن معين في المزايدة، فليس له حق الرجوع حتى ولو طال،

أو إذا لم يشترط لنفسه الخيار، فإذا اشترط أحدهما، أو كلاهما ذلك، فإن لمن له الخيار، أو المهلة، أن يقبل في المدة المعينة.

ثانيا: الوسائل الخطية:

أولا: إن محور اختلاف المعاصرين في اعتبار هذا النوع من الوسائل مبني على إلحاقها باعتبار الإيجاب والقبول بالكتابة من عدمه.

ثانيا: أن العبرة في هذه المسألة كون الكتابة تثبت بها الإرادة، وتتمحض نسبتها لمصدرها.

ثالثا: ملاحظة ما سبق بيانه في الوسائل اللفظية والمرئية،

المبحث الثالث: الخيار في بيع المزايدة.

المطلب الأول: صورة الخيار في بيع المزايدة.

أولا: تعريف الخيار:

الخيار في اللغة: اسم مصدر من «الاختيار»، خيره بين الشيئين معناه: فوض إليه اختيار أحدهما.

الخيار في الاصطلاح: «حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي».

ثانيا: صورة المسألة:

إذا تحقق القبول والإيجاب بين المتعاقدين في بيع المزايدة، وبعد ذلك تبين للمشتري حدوث نجش في المزايدة قبل تصرفه ورضاه في المبيع، فهل للمشتري الخيار في فسخ العقد؟

المطلب الثاني: حكم الخيار في بيع المزايدة.

اختلف أهل العلم في استحقاق المشتري الخيار في حال وقوع النجش في بيع المزايدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للمشتري حق الخيار في حال علم البائع بالنجش، وإليه ذهب المالكية وبعض الشافعية.

القول الثاني: ليس للمشتري حق الخيار مطلقاً، وإليه ذهب الحنفية، والشافعية

القول الثالث: للمشتري حق الخيار إذا كان مغبوناً سواء علم البائع بالنجش أم لا، وإليه ذهب الحنابلة.

الترجيح: يترجح للباحث القول الثالث القاضي بأن للمشتري حق الخيار إذا كان مغبوناً سواء علم البائع بالنجش أم لا، وعليه إذا تحقق القبول والإيجاب بين المتعاقدين في بيع المزايدة، وبعد ذلك تبين للمشتري حدوث نجش في المزايدة قبل تصرفه ورضاه في المبيع، فإن له الخيار في فسخ العقد، ولا عبرة بكون البائع عالماً بالنجش أم لم يعلم. أما ما يتعلق بمسألة اتفاق المتعاقدين على إسقاط خيار المجلس في بيع المزايدة، فسيكون بحثه على النحو الآتي:

أولاً: خيار المجلس في لغة الفقهاء:

«حق العاقد في إمضاء العقد، أو رده في مجلس العقد، منذ التعاقد إلى التفريق أو التخاير».

ثانياً: مسألة: اتفاق العاقدين على إسقاط خيار المجلس:

حكم المسألة:

الحكم في المسألة لا يخلو من حالات ثلاث هي:

الحالة الأولى: إذا اتفق العاقدان على إسقاط خيار المجلس قبل العقد.

الحالة الثانية: إذا اتفق العاقدان على إسقاط خيار المجلس في أثناء العقد.

الحالة الثالثة: إذا اتفق العاقدان على إسقاط خيار المجلس بعد تمام العقد.

حكم الحاليتين الأوليين:

اختلف أهل العلم في المسألة على ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: امتناع الإسقاط وبطلان البيع أيضاً، وهو المذهب عند الشافعية، و

رواية عن الإمام أحمد.

القول الثاني: امتناع الإسقاط وصحة البيع، وهو وجه عند الشافعية.

القول الثالث: صحة الإسقاط. ووجه ليس بالمصحح عند الشافعية وهو مذهب

الحنابلة.

استدل أصحاب القول الثالث:

الدليل الأول: مارواه عبد الله بن عمر رضى الله عنهما: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا،

أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر، وربما قال: أو يكون بيع خيار)، وفي رواية أخرى قال

النبي صلى الله عليه وسلم: (إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا،

وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا

بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع). أخرجه البخاري في

صحيحه، رقم (٢١٠٩)، ورقم (٢١١٢)، ومسلم في صحيحه رقم (١٥٣١ - ٤٤).

الدليل الثاني: «أنه أحد الخيارين في البيع، فجاز إخلاؤه عنه، كخيار الشرط».

الترجيح: رجحان القول الثالث القاضي بصحة الإسقاط لخيار المجلس؛ لقوة

أدلته، كما أن الحاجة والمصلحة قد تقضي باشتراط الإسقاط لخيار المجلس، وهذا

الترجيح لا يقضي بعدم تمكين المتضرر من العقد دفع ذلك الضرر بخيار الغبن أو

العيب إذا ظهر موجباً.

حكم الحالة الثالثة: إذا اتفق العاقدان على إسقاط خيار المجلس بعد تمام العقد.

صورتها:

«أن يقول كل واحد منهما بعد العقد: اخترت إمضاء العقد، أو إلزامه، أو اخترت العقد، أو أسقطت خيارى».

وهذه المسألة قد اختلف فيها على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس بعد تمام العقد في أثناء مدة الخيار لا يسقط بل يمتد إلى التفرق. وهو رواية أخرى عن الإمام أحمد.

القول الثاني: جواز إسقاط خيار المجلس بعد تمام العقد في أثناء مدة الخيار، وهو مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد،.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

مارواه عبد الله بن عمر رضى الله عنهما: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر، وربما قال: أو يكون بيع خيار)، وفي رواية أخرى قال النبي صلى الله عليه وسلم (إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع). (سبق تخريجه،

الترجيح: رجحان القول الثاني القاضي بجواز إسقاط خيار المجلس بعد تمام العقد في أثناء مدة الخيار؛ وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المعارضة المؤثرة، كما أن الخيار شرع لمصلحة المتعاقدين يستحقه كل منهما، وإسقاط الحق الثابت لصاحبه المعلق بمصلحته شرعاً بمعنى معقول يدور مع مصلحة صاحبه وجوداً وعدمًا.

المبحث الرابع: التفضيل في بيع المزايدة.

المطلب الأول: صورة التفضيل في بيع المزايدة.

صورة المسألة: هذه المسألة لها صورتان:

الصورة الأولى: أن ينادي صاحب السلعة أو الوسيط -الدلال - بحضوره لتباع بالمزايدة، فتتوارد عليه عروض الراغبين في الشراء، وتختلف عروضهم، فيكون أحدهم أعلى عرضاً من الآخرين، وتقف السلعة عند آخر عرض، فهل يلزم صاحب السلعة أن يقدم في التعاقد الأعلى، أو يخضع الأمر لتفضيله ورغبته؟.

الصورة الثانية: أن ينادي صاحب السلعة أو الوسيط -الدلال - بحضوره لتباع بالمزايدة، فتتوارد عليه عروض الراغبين في الشراء، وينتهي العرض على عرضين أو أكثر متساوية، فأيهما يقدم للتعاقد معه؟.

المطلب الثاني: حكم التفضيل في بيع المزايدة.

حكم الصورة الأولى:

جواز أن يفضل صاحب السلعة من شاء من الراغبين للشراء، ولو كان أقل في عرضه.

قال ابن رشد رحمه الله: «وهو مخير في أن يمضيها لمن شاء ممن أعطى فيها ثمننا، وإن كان غيره قد زاد عليه».

الدليل: «صاحب السلعة إنما قبل عطاء الأقل لمعنى معتبر عنده رجح به جانبه على من أعطى أكثر».

والذي يظهر للباحث صحة هذا المذهب في المسألة بشروط:

أن لا يلحق للبائع ضررٌ بتعطيل منفعة أو فائدة مثله لا يغتفر.

أن لا يلحق البائع ضرراً فاحشاً بغيره من تفضيل غيره عليه.

ألا يكون في هذه الحال التفضيل ناشئ عن الوسيط من غير رجوع للبائع، فإن كان وكيلا عنه، فلا يجوز له تقديم الأقل إلا بإذن صاحب السلعة.

حكم الصورة الثانية:

اختلف علماء المالكية في المسألة على ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: لصاحب السلعة أمر التفضيل لمن أراد منهم، وبه قال عبد الرحمن بن القاسم.

القول الثاني: تكون الأولوية للأول منهما، اختاره عيسى بن دينار.

القول الثالث: يقدم الأول منهم إلا إذا علم البائع منه سوء في المعاملة من عدم الوفاء فله والحال هذه تقدم غيره عليه. اختاره الأبياني.

الأدلة: لم يظهر للباحث دليل أو تعليل لأي قول منها، كما أن الاستحسان المصلحي مُسَعَفٌ للأقوال في هذه المسألة.

الترجيح: الذي ظهر للباحث أن المسألة تقديرية تعود على مالك الإمضاء، ومناطقها المصلحة، وإذا تساوت لديه المصالح بين الراغبين فالقول بالقرعة متوجه جدا، فهي مشروعة عند المشاحة، «وهي تستعمل عند التزاحم»، و«الحقوق إذا تساوت من غير تمييز استعملت القرعة» - والله أعلم بالصواب -.

المبحث الخامس: دعوى الغبن في بيع الزيادة.

المطلب الأول: صورة دعوى الغبن في بيع الزيادة.

أولا: تعريف الغبن:

الغبن في اللغة: النقص، فعله: غَبَنَ - من باب ضرب و غَبْنُهُ في البيع: خدعه.

الغبن في الاصطلاح: النقص في أحد العوضين.

وهو نوعان: يسير، وفاحش.

اليسير: مالا يخرج عن تقويم المقومين.

الفاحش: ما يخرج عن تقويم المقومين.

ثانيا: صورة الغبن في بيع المزايدة: لو دخل السوق شخص وهو ممن لا يعرف قيم وأثمان السلع، ورغب أن يشتري سلعة بطريق المزايدة، فشارك فيها ثم انتهى إليه الثمن، فصدر منه ما يدل على قبوله الشراء، وبعد ذلك تبين له أن ما دفعه من ثمن أكثر من تقويم المبيع من أهل الخبرة.

ومن صورها: لو دخل السوق شخص وهو ممن لا يعرف قيم وأثمان السلع ورغب أن يبيع سلعة بطريق المزايدة فنادى عليها ثم انتهت المناذاة، واستقر الثمن، فصدر منه ما يدل على إيجابه البيع، وبعد ذلك تبين له أن ما دُفِعَ له من ثمن أقل من تقويم المبيع من أهل الخبرة.

المطلب الثاني: حكم دعوى الغبن في بيع المزايدة.

حكم صورتين: اختلف أهل العلم في دعوى الغبن في بيع المزايدة إذا كان المتعاقد جاهلا بالقيمة - سواء أكان بائعا أم مشتريا - على قولين:

القول الأول: أن دعواه لا تقبل ويلزمه البيع، وليس له الفسخ بموجب ما يدعي من جهل بالقيمة، وهو المذهب عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

القول الثاني: أن دعواه تقبل، وله إمضاء البيع أو الفسخ بموجب ما يدعي من جهل بالقيمة، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والصحيح من مذهب الحنابلة.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول: قياس المغبون الذي ثبت له الخيار بسبب جهله بالقيمة على المغبون في تلقي الركبان حيث ثبت له الخيار بسبب جهله بالقيمة.

الدليل الثاني: «أن الجهل بالقيمة هو الأصل، وليس العلم بها».

الترجيح: رجحان القول الثاني القاضي بأن دعوى المغبون في المسألة - محل البحث - تقبل وله إمضاء البيع أو الفسخ بموجب ما يدعي من جهل بالقيمة، لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة.

وثمة مسائل متعلقة بمسألة البحث وذات أهمية وهي كما يلي:

المسألة الأولى: إن بعض من ذهب إلى استحقاق المغبون في المسألة - محل البحث - رفع دعوى الغبن اشترط لذلك شرطي:

الشرط الأول: أن تنفصل دعواه عما يكذبها من قرائن ونحوها.

الشرط الثاني: أن قبول الدعواه يكون مع يمينه أنه جاهل بثمن السلعة.

المسألة الثانية: مشهور المذهب عند المالكية أنه لا حق لمدعي الغبن في الرجوع على البائع، ولو كان الغبن خارجاً عن المعتاد إلا إذا توافرت ثلاثة شروط هي:

الشرط الأول: أن يكون المغبون جاهلاً بثمن المثل في السوق لما باعه أو اشتراه، أما العارف بالقيم، فلا يختلف في إمضائه عليه.

الشرط الثاني: أن يدعي قبل مضي سنة من يوم العقد.

الشرط الثالث: أن يكون الغبن فاحشاً بحيث يزيد على ثمن المثل قدر الثلث فأكثر، ولم نجد لغير المالكية أن للغبن وحده تأثيراً ما لم يقترن به التغيرير، وهو لا يختلف فيه الحكم بين الزيادة وغيرها عندهم».

المسألة الثالثة: وقد نص الوزاني رحمه الله في إحدى فتاويه على عدم التفريق بين بيع الزيادة وغيره في استحقاق المغبون رفع الدعوى في حال غبنه.

المسألة الرابعة: جرى القانون على نفي الغبن فيما بيع في المزاد العلني إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلني، وتم البيع فعلاً بالمزاد كنص القانون.

الفصل السابع

دراسة تطبيقية.

المبحث الأول: نموذج تطبيقي من الأنظمة السعودية.

المطلب الأول: بيع المزايدة في نظام مشتريات الحكومة.

أولاً: القواعد الأساسية للمزايدات في النظام:

جاء في المادتان الخامسة والخمسون، والسادسة والخمسون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية بالمرسوم الملكي ذي الرقم ٢ م/٥٨، والتاريخ ١٤٢٧/٩/٤ هـ، وبقرار مجلس الوزراء ذي الرقم (٢٢٣)، والتاريخ، ١٤٢٧/٩/٢ هـ. قصر البيع في المزاد العلني على السلع التي لا تقل قيمتها التقديرية عن مائتي ألف ريال، أو أكثر بعد الإعلان وفقاً لقواعد الإعلان عن المنافسات العامة، وفي كون السلع المرغوب بيعها في المزاد تقل قيمتها التقديرية عن مائتي ألف ريال، فإنه يشترط أن تتاح المجال لأكبر عدد من المزايدين.

جاء في المادة السابعة والخمسون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية. على من يشترك في المزاد بمظاريف محتومة أن يقدم ضماناً، يبلغ اثنين في المائة من قيمة عرضه، يزداد إلى خمسة في المائة بالنسبة لصاحب أفضل عطاء عند انتهاء المزاد، وعليه أن يدفع باقي القيمة عند اعتماد الترسية، ويعاد الضمان إلى من لم يرسُ عليه المزاد، والمزايدة العلنية يقدم ضماناً بواقع خمسة في المائة من قيمتها.

جاء في المادة التاسعة والخمسون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية. الإذن في ترسية المزايدة العلنية مناط بالوزير، أو رئيس الدائرة، ويجوز له التفويض فيما لا يزيد على مليون ريال، على أن يكون التفويض متدرجاً بحسب مسؤولية الشخص المفوض.

ثانياً: الإجراءات المتبعة في عقد المزايدة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م/ ١٤، والتاريخ ٧/٤/١٣٩٣.:

بعد صدور نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي صدرت لائحته التنفيذية بقرار وزير المالية ذي الرقم (٣٦٢) والتاريخ ٢٠/٢/١٤٢٨ هـ، والذي جاء من ضمنها من المادة السادسة عشرة بعد المائة وحتى المادة الرابعة والعشرون بعد المائة بيان إجراءات المزايدة، وتكوّين لجان البيع فيه).

ويمكن تلخيص الإجراءات الواردة فيها وفق الآتي:

الإجراء الأول: لتقدير قيمة الأصناف والمنقولات المراد بيعها:

جاء ذلك في المادة السادسة عشرة بعد المائة، والمادة السابعة عشرة بعد المائة من لائحة نظام المنافسات والمشتريات الحكومية

الإجراء الثاني: الإعلان عن المزايدة:

كما جاء ذلك في المادة الخامسة والخمسون نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الإجراء الثالث: تقديم العطاءات وعروض الشراء: وهذا التقديم يمثل الإيجاب وهو ركن في البيع كما وضحته سابقاً، وهذا الراي لعله وفق مذهب الحنفية كما بيته سابقاً، أما على مذهب الجمهور فيقال: يتحقق الإيجاب في بيع المزايدة في رسو المزاد والقبول يتمثل في التقدم بالعطاء.

الإجراء الرابع: فحص عروض الأصناف المراد بيعها في المزايدة:

جاء ذلك في المادة الخامسة والخمسون نظام المنافسات والمشتريات الحكومية..

الإجراء الخامس: ترسية المزايدة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ فتح مظاريف المزايدة، أو انتهاء المزايدة العلنية:

جاء ذلك في المادة التاسعة والخمسون نظام المنافسات والمشتريات الحكومية،

والمادة الحادية والعشرون بعد المائة من لائحة نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الإجراء السادس: التعاقد مع من أُرسيت عليه المزايدة:

جاء ذلك في المادة الحادية والعشرون بعد المائة و المادة الثانية والعشرون بعد

المائة من لائحة نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ومن المسائل الواردة في هذا السياق ما يتعلق بأجرة الوسيط في حال الاستعانة بالوسطاء المرخص لهم، لإجراء المزايدة العلنية، وفي لائحة نظام المنافسات والمشتريات الحكومية نص صريح في كون أجرة المزايدة في حال الاستعانة بالوسطاء المرخص لهم لإجراء المزايدة يكون على المشتري، حيث جاء في المادة الرابعة والعشرين بعد المائة:

« يجوز الاستعانة بالوسطاء المرخص لهم، لإجراء المزايدة العلنية، مقابل عمولة يدفعها المشتري، لا تتجاوز العمولة المتعارف عليها، وبحد أقصى ٥, ٢ ٪ من قيمة المبيعات».

المطلب الثاني: بيع المزايدة في نظام المرافعات الشرعية.

جاء في نظام المرافعات الشرعية بيع المزايدة وسيلة من وسائل التنفيذ على مال

المدين المحكوم عليه بالسداد.

وقد جاء بيان إجراءات بيع مال المحكوم عليه في الفصل الرابع من الباب

الثاني عشر، وهي على النحو الآتي.

أولاً: شروط بيع مال المحكوم عليه في نظام المرافعات:

الشرط الأول: أن يمتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم القضائي الصادر عليه بعد

اكتساب الحكم القطعية جاء ذلك في نظام المرافعات الشرعية- المادة السابعة عشرة

بعد المائتين.

الشرط الثاني: انتهاء المهلة المحددة للمحكوم عليه قبل بيع ماله، ومقدارها عشرة أيام جاء ذلك في نظام المرافعات الشرعية- المادة الرابعة والعشرون بعد المائتين،.

الشرط الثالث: أن يكون البيع بناءً على أمر المشرف على التنفيذ، وهو رئيس المحكمة، أو قاضي التنفيذ جاء ذلك في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة السابعة عشرة بعد المائتين- الفقرة الثالثة.

الشرط الرابع: أن يكون العقار المراد بيعه داخل المملكة جاء ذلك في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة السابعة عشرة بعد المائتين- الفقرة الثامنة..

ثانياً: ما يباع من أموال المحكوم عليه، وما يترك له:

قرر النظام في المادة السابعة عشرة بعد المائتين. أن الذي يباع من أموال المحكوم عليه، هو ما يكفي لتنفيذ الحكم القضائي الصادر عليه، سواء أكان المال عقاراً، أم منقولاً، كما قرر النظام في المادة السابعة عشرة بعد المائتين، اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة السابعة عشرة بعد المائتين- الفقرة الرابعة، أنه يترك من أموال المحكوم عليه ما تدعو الحاجة إلى تركه له، من منقول أو عقار، على أن يكون تقدير الحاجة راجعاً لاجتهاد قاضي التنفيذ إن وجد، أو رئيس المحكمة، وقد مثل النظام لما تدعو الحاجة إليه بالمسكن، والمركب المعتادين.

ثالثاً: إجراءات بيع مال المحكوم عليه:

لقد ورد في نظام المرافعات الشرعية، واللائحة التنفيذية، تنظيم إجراءات بيع مال المحكوم عليه، على النحو الآتي:

الإجراء الأول: يباشر بيع مال المحكوم عليه الجهات الإدارية المنوط بها التنفيذ نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة الثامنة عشرة بعد المائتين،، وهم أمراء المناطق، ومحافظو المحافظات، ورؤساء المراكز نصت على ذلك اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة الثامنة عشرة بعد المائتين- الفقرة الأولى، ويكون ذلك

بإشراف المحكمة ممثلة في قاضي التنفيذ إن وجد، أو رئيس المحكمة العامة في البلد نصت على ذلك اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة السابعة عشرة بعد المائتين- الفقرة الثالثة..

الإجراء الثاني: تقوم المحكمة المختصة ببيع العقار، وهي: المحكمة التي يقع العقار في نطاق اختصاصها، كما أن الأموال المنقولة تباع في البلد الموجودة فيه، ولا تنقل لبلد آخر إلا لمصلحة ظاهرة للغرماء، والمحكوم عليه نصت على ذلك اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة السادسة والعشرون بعد المائتين- الفقرة الثانية، والمادة الثانية بعد المائتين- الفقرة العاشرة..

الإجراء الثالث: يجب تقدير قيمة العقار المراد بيعه من قبل أهل الخبرة ممن يختارهم القاضي المشرف على قسم الحجز والتنفيذ في المحكمة نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة الخامسة والعشرون بعد المائتين، واللائحة التنفيذية على هذه المادة- الفقرة الثالثة، والرابعة..

الإجراء الرابع: إذا كان من ضمن الأموال المراد بيعها: حلي، أو مجوهرات، فلا بد تقويمها إم بواسطة خبير مختص يختاره القاضي المشرف على قسم الحجز، بالمحكمة نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة العشرون بعد المائتين، واللائحة التنفيذية على هذه المادة- الفقرة الرابعة..

الإجراء الخامس: يكون البيع في مزاد علني في الزمان، والمكان المحددين بعد الإعلان إعلاناً كافياً نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة السابعة عشرة بعد المائتين، والمادة العشرون بعد المائتين.

الإجراء السادس: يجب تبليغ المحكوم عليه بموعد البيع، والمكان الذي يجري فيه، على أن يكون التبليغ لشخصه، أو عن طريق وكيله نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة الرابعة والعشرون بعد المائتين، اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة العشرون بعد المائتين- الفقرة الثالثة.

الإجراء السابع: يكون الإعلان عن بيع العقار قبل اليوم المحدد لإجرائه بمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً، ولا تقل عن خمسة عشر يوماً، وذلك بلصق إعلانات على باب العقار، وعلى اللوحة المعدة للإعلانات بالمحكمة، وبالنشر في جريدة أو أكثر واسعة الانتشار في منطقة العقار نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة السادسة، والعشرون بعد المائتين..

الإجراء الثامن: يكون الإعلان عن بيع المنقولات قبل اليوم المحدد لإجرائه لمدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً، بلصق إعلان على مكان المحجوزات، وعلى اللوحة المعدة للإعلان في المحكمة، وبالنشر عند الاقتضاء في جريدة أو أكثر في المنطقة التي بها المنقول نصت على ذلك اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة الثالثة، والعشرون بعد المائتين- الفقرة الثانية..

الإجراء التاسع: إذا كانت الأشياء المراد بيعها عرضة للتلف، أو بضاعة عرضة لتقلب الأسعار، فللمحكمة أن تأمر بإجراء البيع من ساعة لساعة دون إعلان نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة الرابعة والعشرون بعد المائتين، اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة الثالثة والعشرون بعد المائتين- الفقرة الثانية..

الإجراء العاشر: يتوقف المنادي على بيع السلع في حالات ثلاث:

الحالة الأولى: إذا نتج من البيع مبلغ كافٍ لوفاء الديون المحجوز من أجلها.

الحالة الثانية: إذا حضر المحكوم عليه المبلغ الواجب دفعه كاملاً، فإن حضر بعضه فلا يلزم التوقف.

الحالة الثالثة: إذا حضر المحكوم عليه كفيلاً غارماً لمدة عشرة أيام على الأكثر نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة الثالثة والعشرون بعد المائتين، اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية- المادة الرابعة والعشرون بعد المائتين- الفقرة الثانية..

الإجراء الحادي عشر: يتولى المكلف بالتنفيذ في اليوم المعين للبيع إجراء مزايدة، وتبدأ المزايدة في جلسة البيع بالمناداة عليه، ويُرسى المزايد على من تقدم بأكبر عرض نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة السابعة والعشرون بعد المائتين، واللائحة التنفيذية على هذه المادة- الفقرة- الثانية.

الإجراء الثاني عشر: يجب على من يرسو عليه مزايد العقار أن يودع حال انقضاء جلسة البيع عُشر الثمن الذي رسا به المزايد، والمصروفات، وأن يودع باقي الثمن خزانة المحكمة خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ البيع عليه، أو يقدم به شيكاً مقبول الدفع من مصرف معتبر نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة الثامنة والعشرون بعد المائتين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، ٢/٤٠٣-٤١٠..

الإجراء الثالث عشر: إذا تخلف من رسا عليه المزايد عن الوفاء بالثمن في الموعد المحدد يعاد البيع على مسئوليته، وتحصل المزايدة الجديدة، ويلزم المشتري المتخلف بما ينقص من ثمن العقار، ومصروفات المزايدة، وما يزيد فهو له نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية- المادة التاسعة والعشرون بعد المائتين..

رابعاً: واقعة تطبيقية لبيع مال المحكوم عليه بطريق المزايدة.

يحصل كثيراً في المحاكم بيع مال المحكوم عليه إذا امتنع من التنفيذ، وأرشد المحكوم له إلى بعض أموال المحكوم عليه، فإنه يتم الحجز عليها كما هو مقرر في النظام المشار إليه سابقاً، ثم يأمر القاضي بالبيع بواسطة لجنة مشكلة لهذا الخصوص تعد محضراً بعد إتمام عملية البيع، ومن ذلك المحضر الآتي:

«الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

فبناء على الأمر الصادر من فضيلة قاضي التنفيذ في المحكمة العامة بمحافظة جدة برقم ٢٩/٥١٠٩ في ٢٠/٦/١٤٢٩هـ بخصوص إيقاع الحجز على عقار المحجوز عليه... الواقع في مدينة جدة حي السليمانية، وذلك لبيعه في مزاد علني يقام في موقع

العقار في الساعة العاشرة والنصف ليلاً من يوم الثلاثاء ٩/٩/١٤٢٩ هـ بقيمة لا تقل عن القيمة التقديرية المقدرة من قبل أهل الخبرة بموجب المحضر المعد في ذلك بتاريخ ١٨/٦/١٤٢٩ هـ، عليه ففي يوم الثلاثاء ٩/٩/١٤٢٩ هـ تمت المزايدة على العقار في الوقت المحدد، وقد رسى المزاد على المشتري... سعودي الجنسية بموجب السجل المدني رقم...، وذلك بقيمة قدرها مليون وتسعمائة ألف ريال، وقد دفع المشتري منها مبلغاً قدره مائة وتسعين ألف ريال، وتم استلامه بالشيك المسحوب على البنك الأهلي برقم... علماً بأنه سبق أن تم تحديد مبلغ وقدره عشرة في المائة من قيمة العقار؛ وذلك لقاء المصاريف المترتبة على إجراء الحجز والتنفيذ، وقد شهد على ذلك كل من... و... وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه».

المبحث الثاني: المطلب الأول

حكم التأكد مقدماً من صلاحية المزايدين.

مسألة التأكد من صلاحية المتقدمين للمزايدة الذين يتعين عليهم إثبات جديتهم وقدرتهم في مثل هذه العقود؛ وذلك من خلال بيانهم بقيامهم بأعمال نظيرة، حتى لا تتعاقد الجهات مع بعض المغامرين فتضار المصلحة العامة. يعد ذلك من باب رعاية المصلحة وصيانتها من التلاعب، وحتى تتلافى الجهات نكول الراغب في الشراء بعد طلبه ذلك ودخوله المزايدة، والعناية من الجهات الحكومية بهذا هو نوع من تنفيذ حقوق الرعية على الراعي؛ لكون تلك الجهات نائبة عنه، والتفريط فيه تضييع للأمانة وفساد للسوق عامة.

وقد كان عمر - ط - يسأل عن حال الرجل في تعامله في تجارته إذا أراد أن يعتبر تزكيته أو شهادته لما رواه خرشة بن الحر رضى الله عنه قال: «شهد رجل عند عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بشهادة، فقال له: لست أعرفك ولا يضرك أن لا أعرفك أئت بمن يعرفك، فقال رجل من القوم: أنا أعرفه قال: بأي شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل، فقال: فهو جارك الأدنى الذي تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه؟ قال: لا. قال: فمعاملك بالدينار والدرهم اللذين بهما يستدل على الورع؟

قال: لا. قال: فرفيقك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق؟ قال: لا. قال: لست تعرفه، ثم قال للرجل: ائت بمن يعرفك» أخرجه البيهقي في سننه، رقم (٢٠٩٠١)، صححه الألباني، إرواء الغليل، رقم (٢٦٣٧).

المطلب الثاني: اشترط الرسم لدخول المزايدة.

أولاً: تعريف الرسم:

الرسم في اللغة: الأصل في معنى الرسم لغة: الإعلام. يقال: رسمتُ الكتاب. أي: كتبتَه.

الرسم في الاصطلاح: في علم المالية الحديثة: الرَّسْمُ: هو: مبلغٌ من المال يجبيه أحد الأشخاص العامة جبراً من الفرد لقاء خدمة يؤديها له.

ثانياً: صورة اشتراط الرسم لدخول المزايدة:

أن تعلق الجهة معلنة المزايدة على سلعها الاشتراك في المزايدة مقابل مبلغ رمزي قد يكون مقطوعاً، أو نسبة من قيمة العرض، فهل هذا الشرط معتبراً في الشرع، وعليه يجوز التعامل به؟

ثالثاً: حكم المسألة:

لا يخلو الرسم لدخول المزايدة من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون الرسم مقابل وثيقة تتضمن ما يحتاجه طالب الدخول في المزايدة:

فالذي ظهر للباحث بعد البحث والنظر في أقول أهل العلم المعاصرين جواز أخذ ودفع الرسم للدخول في المزايدة والحال هذه، وذلك بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون عقد الوثيقة «كراصة الشروط» مستقل بمبلغ مقطوع.

الشرط الثاني: أن يكون المبلغ مقابل التكلفة الفعلية لإصدار الوثيقة مطبوعة.

وجاء في الفقرة الخامسة من قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم ٧٣ (٤/٨) بشأن عقد المزايدة مانصه: «...٥- لا مانع شرعاً من استيفاء رسم الدخول - قيمة دفتر الشروط بما لا يزيد عن القيمة الفعلية - لكونه ثمناً له.».

الأدلة:

الدليل الأول: أن الأصل في العقود الحل والصحة، حتى يقوم الدليل على المنع.

الدليل الثاني: أن الثمن مقابل انتفاع معتبر عند المشتري، «وما جاز الانتفاع به جاز شراؤه وبيعه إلا ما خص بدليل»، ولم يدل الدليل على تحريم هذا النوع من الانتفاعات.

الحالة الثانية: أن يكون الرسم مجرد عن المقابل إنما هو وسيلة إثبات جدية للدخول في المزايدة: جواز أخذ ودفع الرسم لدخول في المزايدة، والحال هذه، وذلك بشرط: في حال عدم رسو المزايدة على دافع الرسم يسترد الدافع الرسم المدفوع، أما في حال رسو المزايدة، فيحسب ضمن قيمة السلعة.

الأدلة:

الدليل الأول: وقوع الغرر في حال عدم حصول غنم للدافع مع بذله للعرض.

الدليل الثاني: القياس على بيع العربون بجامع الدفع المقدم الدال على جدية الرغبة في التعاقد.

وأما في حال عدم رسو المزايدة على دافع الرسم، فلا يجوز أخذه.

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ سورة البقرة: آية (١٨٨).

الدليل الثاني: أنه «ليس من سبب شرعي أن يكلف بدفع التكلفة كلها، أو جزء منها من أصبح مؤكداً خروجه من العقد، وعدم استفادته منه».

المطلب الثالث: حكم تقديم تأمين مؤقت من قبل المتقدمين للدخول في المزايدة.

أولاً: صورة التأمين المؤقت:

جاء في المادة السابعة والخمسون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية مانصه: «إن كانت المزايدة بمظاريف مختومة، يقدم المزايد مع عرضه ضماناً ابتدائياً قدره (٢٪) اثنان في المائة من قيمة العرض. وعلى من ترسو عليه المزايدة زيادة ضماناً إلى (٥٪) خمسة في المائة، ولا يفرج عنه إلا بعد تسديد كامل القيمة، ونقل الأصناف التي اشتراها، ويعاد الضمان إلى من لم يرش عليه المزاد، وإن كانت المزايدة علنية يقدم من ترسو عليه المزايدة ضماناً بواقع (٥٪) خمسة في المائة من قيمتها».

وهذا المتطلب الضماني ليس موجوداً ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، وموادها في عقد المزايدة، والمقصد من هذا الضمان المالي هو التأكد من جدية المزايد، وضمناً صدق رغبته.

ثانياً: إجراءات التأمين المؤقت:

إن كانت المزايدة بمظاريف مختومة: يقدم المزايد مع عرضه ضماناً ابتدائياً قدره (٢٪) اثنان في المائة من قيمة العرض. وعلى من ترسو عليه المزايدة زيادة ضماناً إلى (٥٪) خمسة في المائة. فإن تأخر عن التسديد يتم إنذاره بخطاب مسجل، فإن لم يسدد القيمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، يصادر ضمانه. وفي حال عدم البت في الترسية خلال مدة ثلاثين يوماً جاز للمتزايد الرجوع في عرضه، واسترداد ضمانه، بموجب خطاب يقدمه للجهة جاء ذلك في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، المادة السابعة والخمسون، والمادة الحادية والعشرون بعد المائة من لائحته.

وإن كانت المزايدة علنية: وإن كانت المزايدة علنية يقدم من ترسو عليه المزايدة ضماناً بواقع (٥٪) خمسة في المائة من قيمتها، فإن تأخر عن التسديد يتم إنذاره بخطاب مسجل، فإن لم يسدد القيمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره

بالإنذار، يصادر ضمانه، وفي حال عدم البت في الترسية خلال مدة ثلاثين يوماً جاز للمتزايد الرجوع في عرضه، واسترداد ضمانه، بموجب خطاب يقدمه للجهة جاء ذلك في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، المادة السابعة والخمسون، والمادة الحادية والعشرون بعد المائة من لائحته.

ثالثاً: تكييف طبيعة هذا المتطلب في الفقه:

اختلف أهل العلم المعاصرون في تكييف هذا المتطلب في بيع المزايدة على تكييفين:

التكييف الأول: - على أنه من باب بيع العربون «العربان» وهو: أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبلغاً من المال، على أنه إن أتمَّ البيع حُسب ذلك المبلغ من الثمن، وإن لم يُتَمَّ، كان للبائع.

التكييف الثاني:

جاء في الفقرة الرابعة من قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم ٧٣ (٨/٤) بشأن عقد المزايدة مانصه: «...٤- طلب الضمان ممن يريد الدخول في المزايدة جائز شرعاً، ويجب أن يرد لكل مشارك لم يرسُ عليه العطاء، ويحسب الضمان المالي من الثمن لمن فاز بالصفقة» فلم يستند المجمع في هذه الفقرة من القرار إلى تخريجه على بيع العربون، فدل على عدم إجماع أعضاء المجمع على تكييف الضمان في بيع المزايدة على بيع العربون.

والذي يريجه الباحث في مسألة تكييف الضمان المالي في بيع المزايدة هو تكييفه على بيع العربون لأمرين:

الأمر الأول: أن العربون الذي يدفعه المترشح لا شراء السلعة، والذي لا يردده البائع إذا لم يتم الشراء إنما هو تعويض له عن حبس سلعته.

الأمر الثاني: أن بيع العربون من البيع المعلق على شرط، والضمان المالي في بيع المزايدة فيه هذا المعنى.

صورة مسألة بيع العربون: أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبلغاً من المال، على أنه إن أتمَّ البيع حُسب ذلك المبلغ من الثمن، وإن لم يُتَمَّ، كان للبائع.

حكم بيع العربون:

اختلف أهل العلم في بيع العربون على قولين:

القول الأول: عدم جواز بيع العربون، وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية، وعليه قول أبي الخطاب من الحنابلة، وبه قال الثوري والأوزاعي والليث بن سعد.

القول الثاني: جواز بيع العربون. به قال عمر بن الخطاب، وعبد الله بن عمر - وبه قال سعيد بن المسيب، وابن سيرين، وهو مذهب أحمد بن حنبل وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي (قرار ذو الرقم: ٧٦ / ٣ / ٨٥، بشأن «بيع العربون» المنعقد في دورة مؤتمره الثامن بيندر سيري باجوان، بروناي دار السلام من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤ هـ الموافق ٢١ - ٢٧ يونيو ١٣٩٩ م..

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

الدليل الأول: مارواه عبد الرحمن بن فروخ رضى الله عنه: «أن نافع بن عبد الحارث اشترى داراً للسنج من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضى عمر فالبيع له، وإن عمر لم يرض فأربعمائة لصفوان» أخرجه البخاري في صحيحه تعليقا، ووصله ابن حجر في تعليق التخليق، وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه، رقم (٩٢١٣)، وفي إسناده عبد الرحمن بن فروخ العدوي مولاهم، قال الحافظ في التريب: مقبول، من الثالثة، وقد ذكره ابن حبان في ثقاته، ولم يتكلم عليه الذهبي في الميزان، (٢ / ٥٨٢)..

الدليل الثاني: مارواه ابن عيينة عن ابن أبي نجيح عن مجاهد - رضى الله عنهم - قال: «كان لا يُرى بالعربون بأسا» أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، الحديث (٢٣١٩٧)، ورجال إسناده ثقات..

الترجيح: رجحان القول الثاني القاضي بجواز بيع العربون؛ لأمر منها:

أولاً: قوة الأدلة، وأن هذا الشرط قد حصل برضا العاقدين، ودل الدليل على جوازه.

وبعد بيان حكم بيع العربون ندلف إلى بيان حكم اشتراط الضمان المقدم من الراغبين في الشراء في بيع المزايدة:

الذي ظهر للباحث بعد ما سبق بيانه جواز اشتراط الضمان المقدم من الراغبين في الشراء في بيع المزاد بالشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يرد مبلغ الضمان لكل مشارك لم يرُس عليه العطاء.

الشرط الثاني: أن يقدر الضمان بمبلغ مقطوع.

الشرط الثالث: أن تحدد مدة الرد بزمن معلوم للطرفين.

الشرط الرابع: أن لا يكون طالب الضمان شريكاً للمطلوب منه في الشراء.

المبحث الثالث: المزايدة الاستثمارية

المطلب الأول: صورة المزايدة الاستثمارية.

صورة المزايدة الاستثمارية:

«أن تطرح البنوك الإسلامية في المزايدة مشاريع استثمارية تكون قد أثبتت الدراسات جدواها الاقتصادية، ووافق البنك على تقديم التمويل لمن يرغب في إنشائها.

وعنصر المزايدة في ذلك هو سعي البنك للحصول على أعلى نسبة للمشاركة في الربح مع المستثمر في عقد المشاركة».

المطلب الثاني: حكم المزايدة الاستثمارية.

الباحث قد ظهر له جواز هذا النوع من المزايدة للأمر الآتية:

الأمر الأول: أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه.

الأمر الثاني: المزايدة تعد شكلا من أشكال التعاقد، وليست بيعا بذاتها فتواردها على عقد المشاركة لا يضمن عليها وصف عقدين في عقد ونحوه.

والمزايدة في الربح حسب الصورة السابقة سواء في شركة المضاربة، أم غيرها من أنواع الشركات لها أصل شرعي تقاس عليه في البيوع والإجارات، ذلك أن لجوء صاحب السلعة، بقصد البيع أو الإجارة، إلى المزايدة للحصول على أعلى ثمن في حدود الأحكام والضوابط الشرعية جائز، وقصد معتبر في الشرع، كذلك الأمر بالنسبة للربح بين المضارب ورب المال.

وثمة شرط لا بد من مراعاته لنهوض هذا النوع من التعاقد هو: أن لا يطلب المصرف الإسلامي، أو غيره من شريكه في الاستثمار ضمانا ابتدائيا، أو نهائيا كما هو الحال في بعض المزايدات كما ذلك في قرارات الهيئة الشرعية، لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار، ٣/ ٢٣٩ - ٢٤٠، قرار رقم (٢٦٧).

المبحث الرابع: دراسة مقارنة بالقانون والأنظمة الحديثة.

الجانب الشكلي:

أ- «يختلف عقد المزايدة شكلا في بعض صورته وهيئته في الأنظمة والقوانين الحديثة عنه في مصادر الشريعة، وبالتحديد في الأسلوب التحريري الكتابي، في حين أن الثابت والوارد في الشريعة الإسلامية المناداة والإعلان الشفهي

ب- «ركزت الدراسات الفقهية الإسلامية على المزايدة بالمناداة في سوق الحراج، في حين أن والأنظمة الحديثة تتناول الجانب التحريري الكتابي.

الجانب الموضوعي:

أ- أوجبت الشريعة الإسلامية سلوكيات، وأحكاما على المتقدمين في المزاد، وانفتحت الأنظمة والقوانين الحديثة مع الشريعة على مراعاة تلك الجوانب.

ب- القانون المدني المعاصر يتفق مع الشريعة في أن عقد بيع المزايدة يتكون من الإيجاب والقبول، وهما يتمثلان في التقدم بعبء، وإرساء المزايدة، وأما المناذاة على السلعة بثمن مبدئي، فهي داخلة في الدعوة إلى التعاقد، والتمن المذكور ليس إلا رقما تبدأ به المزايدة.

ج- الشريعة الإسلامية أكثر واقعية من القانون، فهي تراعي أعراف الناس في الأسواق، في حين نجد القانون يقرر سقوط ذلك الإلزام بمجرد الافتراق، ولو كان العرف على خلاف ذلك.

د- الشريعة الإسلامية تعطي البائع عن طريق المزايدة حق اختيار من يرغب في التعامل معه ممن تقدم بعبء، في حين نجد أن القانون يحرم البائع من هذا الحق في المزايدة العلنية، فيلزمه بالتعاقد مع من يتقدم بأعلى عطاء.

هـ - يتفق القانون المدني مع الشريعة الإسلامية في أن التدليس في المزايدة يثبت به الخيار للمدلس عليه، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه.

- دعوى الغبن في المزايدة مقبولة في الشريعة، وليس الأمر كذلك في القانون.

ز- الشريعة الإسلامية لا تمنع من إضافة بعض القيود والشروط التي تضمن لعقد بيع المزايدة الجدية والعدالة.

ح- القانون يتفق مع الشريعة في منع التواطؤ بين المشتري والمنافسين للإضرار بالبائع.

ط- تنفرد به القوانين والأنظمة عن في عقد المزايدة من ناحية المضمون

أولاً: إثبات المتقدمين للمزايدة

ثانياً: اشتراط رسم للدخول في المزايدة

ثالثاً: اشتراط التأمين المالي، أو الضمان الابتدائي، والانتهازي.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

أحكام إصدار الأوامر القضائية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب

مساعد بن محمد بن مبارك الجوفان

إشراف الدكتور

فيصل بن رميان الرميان

الأستاذ المساعد بالمعهد العالي للقضاء

عدد صفحات البحث قبل التلخيص: ٢٠٧

عدد صفحات البحث بدون الفهارس: ١٨٥

عدد صفحات التلخيص: ٤٨

إعداد وإشراف

لجنة تلخيص البحوث والاستشارات القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

تقسيمات البحث:

المقدمة:

أهمية الموضوع

ومنهج البحث

وتقسيمات البحث.

التمهيد: وتحت ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الأوامر القضائية.

المبحث الثاني: طبيعة الأوامر القضائية: وتحت مطلبان:

المطلب الأول: تحديد طبيعة الأوامر القضائية.

المطلب الثاني: التفريق بين الأمر القضائي والحكم القضائي.

المبحث الثالث: الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي، وتحت مطلبان:

المطلب الأول: وجود الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للأوامر القضائية.

الفصل الأول: إصدار الأوامر القضائية، وتحت أربعة مباحث:

المبحث الأول: القاضي المختص بإصدار الأمر القضائي، وتحت مطلبان:

المطلب الأول: الاختصاص النوعي، وتحت فرعان:

الفرع الأول: في حالة عدم وجود نزاع مرفوع أمام القضاء.

الفرع الثاني: في حالة وجود نزاع مرفوع أمام القضاء.

المطلب الثاني: الاختصاص المحلي.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إصدار الأوامر القضائية.

المبحث الثالث: شروط إصدار الأوامر القضائية.

المبحث الرابع: إصدار الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: تسبيب الأوامر القضائية، وتحت ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التسبب ومشروعيته، وتحتة مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التسبب.

المطلب الثاني: مشروعية التسبب.

المبحث الثاني: حكم تسبب الأوامر القضائية، وتحتة مطلبان:

المطلب الأول: تسبب الأوامر القضائية في النظام.

المطلب الثاني: تسبب الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: فوائد تسبب الأوامر القضائية.

الفصل الثالث: إعلان الأوامر القضائية، وتحتة ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الإعلان ومشروعيته، وتحتة مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الإعلان.

المطلب الثاني: مشروعية الإعلان.

المبحث الثاني: حكم إعلان الأوامر القضائية، وتحتة مطلبان:

المطلب الأول: إعلان الأوامر القضائية في النظام.

المطلب الثاني: إعلان الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: فوائد إعلان الأوامر القضائية.

المبحث الأول: تعريف الأوامر القضائية

تعريف الأوامر القضائية في اللغة:

الأوامر جمع أمر... والمراد به هنا هو الأمر نقيض النهي.

القضائية: نسبة إلى القضاء، ويطلق على عدة معان والمراد به هنا الحُكم والإلزام به.

تعريف الأوامر القضائية في الاصطلاح:

أولاً: تعريف الأوامر القضائية تعريفاً مفرداً:

الأوامر: جمع أمر والمراد هنا أعم من الأمر، إذ المراد به الطلب عموماً سواءً كان أمراً أم نهياً، وأطلق عليه لفظ الأمر تغليياً.

القضائية: نسبة إلى القضاء، والقضاء اصطلاحاً: تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات..

ثانياً: تعريف الأوامر القضائية تعريفاً مركباً:

التصرفات التي تصدر يصدرها القاضي بناءً على سلطته الولائية، باقتضاء فعل أو كف عنه، على الذين يتعلق بهم تصرفه، بقصد إعانتهم على تحقيق مصالحهم المشروعة.

المبحث الثاني: طبيعة الأوامر القضائية

المطلب الأول: تحديد طبيعة الأوامر القضائية

لتحديد طبيعة الأوامر القضائية يجب أن نعرف الأعمال القضائية ونفرد بينها، وذلك لكي نعرف لأي نوع منها تتبع الأوامر القضائية، وبالتالي يسهل علينا معرفة خصائصها وآثارها النظامية.

الأعمال القضائية التي يقوم بها القاضي ثلاثة أعمال، كالتالي:

النوع الأول: الأعمال القضائية البحتة:

وهي الأعمال الأساسية للقضاء، وهي نتاج الوظيفة القضائية والسلطة القضائية التي يتمتع بها القاضي، والتي ينفرد بها القضاة بحيث لا ينبغي أن يشاركهم في القيام بها أحد، تقوم بنقض المنازعات وفصل الخصومات وتبين الحكم الشرعي والإلزام به.

النوع الثاني: الأعمال الإدارية:

هي الأعمال التي يمارسها القضاة في محاكمهم لتنظيم وتسيير العمل الداخلي في المحكمة، وتعرف هذه الأعمال بأعمال الإدارة القضائية .

النوع الثالث: الأعمال الولائية:

هي أعمال يقوم بها القاضي وتصدر عنه بموجب سلطته الولائية، أي أن القاضي يصدرها بهاله من حق الولاية العامة.

التفريق بين الأعمال القضائية الثلاثة:

١- من حيث السلطة التي تستند لها هذه الأعمال:

الأعمال القضائية البحتة تستند إلى سلطة القاضي القضائية، والأعمال الإدارية تستند إلى سلطة القاضي الإدارية، والأعمال الولائية تستند إلى سلطة القاضي القضائية

٢- من حيث الهدف من ممارسة هذه الأعمال:

الأعمال القضائية البحتة تهدف إلى تحقيق فاعلية النظام في المجتمع، والأعمال الإدارية ترمي إلى تحقيق مصلحة الإدارة باعتبارها سلطة عامة، والأعمال الولائية تهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة للغير وتنفيذ إرادته الخاصة.

النتائج المترتبة على التمييز بين السلطات الثلاث للقاضي:

التفريق بين السلطات الثلاث التي يتمتع بها القاضي، يترتب عليه نتائج مهمة؛ أبرزها:

من حيث سلطة القاضي: تتأثر سلطة القاضي من حيث المدى والنطاق باختلاف السلطة التي يارسها، فالقاضي عندما يمارس عملاً قضائياً بحتاً يتقيد بالوقائع المطروحة أمامه فلا يملك تعديلها أو الإضافة عليها.

أما حين يمارس القاضي عملاً إدارياً، فإنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في ممارسة هذا العمل.

من حيث الشكل الذي تمارس فيه هذه السلطات، فالسلطة القضائية يارسها القاضي في شكل أحكام قضائية، أما السلطة الولائية فيارسها القاضي في شكل أوامر وأذونات وتوثيقات ونحوها، أما السلطة الإدارية فيارسها القاضي في شكل قرارات ولوائح.

من حيث الآثار المترتبة على ممارسة هذه السلطات، الحكم القضائي يكتسب الحجية بخلاف العمل الولائي فلا حجية فيه، فللقاضي الرجوع عنه متى أراد.

بعد ذكر الأعمال القضائية، والتفريق بينها، وذكر أهم نتائج هذا التفريق فإنه يأتي السؤال: بأي نوع من الأعمال القضائية تلحق الأوامر القضائية؟

الفقه الحديث متفق على أن الأوامر القضائية ذات طبيعة ولائية، فمصدر سلطة القاضي في إصدار الأوامر القضائية هي ولايته العامة.

وبعد أن ألقنا الأوامر القضائية بسلطة القاضي الولائية، يجب أن نتطرق إلى بيان طبيعة السلطة الولائية، والأعمال الولائية الصادرة بموجب هذه السلطة، والتي من ضمنها الأوامر القضائية، وقد اختلف في طبيعتها والمختار: أنها ذات طبيعة مختلطة: أي أنها ذات طبيعة مزدوجة فتجمع بين الطبيعة الإدارية والقضائية، فهي ليست أعمال إدارية بحتة ولا أعمال قضائية بحتة، بل هي مزاج بين القضاء والإدارة.

موقف النظام السعودي:

الأوامر القضائية في النظام السعودي تعتبر أعمالاً قضائية ويتبين هذا

من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٢١) وتاريخ ٢٠ / ٥ / ١٤٢١ هـ، وعليه فإنها تخضع للنظام القضائي في السعودية، فهي كالأحكام تماماً من ناحية المرافعة والنظر والإجراءات السابقة واللاحقة والطعن والتمييز، إلا ما استثناه النظام.

مسألة: هل الأوامر القضائية المذكورة في النظام على سبيل الحصر؟ أم على سبيل المثال؟ من خلال المادة الرابعة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات يتبين لنا أن الأوامر القضائية المذكورة في النظام ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال والنظام عندما ذكر بعض الصور إنما ذكرها لكثرة ورودها إلى المحاكم، وكون كثير من القضايا تحتاجها، لا أنه يريد بذلك حصرها وتعدادها.

المطلب الثاني: التفريق بين الأمر القضائي والحكم القضائي

اجتهد الفقهاء والشرح في استنباط وتقرير الضوابط والمعايير التي تفرق بين الحكم القضائي والأمر القضائي، ولعل عدم نص الأنظمة على معيار محدد أو وجد خلافاً واسعاً، وهي كما يلي:

الفرع الأول: المعايير الشكلية:

المعيار الأول: معيار النزاع: وهذا المعيار يعني أن الأمر القضائي لا يصدر في خصومة أو نزاع سابق.

المعيار الثاني: معيار المواجهة: ويفترض هذا المعيار في الأمر القضائي عدم وجود الخصم.

المعيار الثالث: المعيار الإجرائي: وهذا المعيار يعتبر الإجراءات المتبعة لإصدار التصرف القضائي للتفريق بين الأمر القضائي والحكم القضائي، سواء الإجراءات السابقة لهذا التصرف أو المعاصرة له أو اللاحقة.

الفرع الثاني: المعايير الموضوعية:

المعيار الأول: معيار سلطة القاضي.

المعيار الثاني: معيار حجية العمل القضائي.

المعيار الثالث: معيار العمل المنشئ.

يقوم هذا المعيار على أساس أن الأمر القضائي يرمي إلى إنشاء مركز نظامي جديد، فهو ينصب على المستقبل فقط.

المعيار الرابع: معيار التفريق بين الوسيلة والنتيجة:

يقوم هذا المعيار على أساس أن الأمر القضائي مجرد وسيلة للكشف عن الحق أو لحفظه أو لضمان مطابقة تصرف معين للنظام، أما الحكم القضائي فهو يتمخض عن نتيجة قررها القاضي على أساس الوقائع المقدمة أمامه من قبل أطراف الدعوى بعد ثبوتها لديه، فالأمر القضائي وسيلة، أما الحكم فهو نتيجة.

الترجيح:

والذي يترجح لدي عدم ترجيح معيار بعينه، فلنميز الأمر القضائي يجب أن ننظر إلى هذه المعايير ككل، ويجب أن ننظر إلى شكل العمل ومضمونه أيضاً، فلا نكتفي بالشكل أو المضمون فقط، فالأمر القضائي غالباً ما يصدر وفق إجراءات ميسرة مختصرة لا تماثل إجراءات الحكم القضائي، كما أن مادته تتضمن عنصراً واحداً وهو الإلزام، أما الحكم القضائي فيتضمن التقرير والإلزام معاً.

المبحث الثالث: الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: وجود الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي

عرف الفقه الإسلامي الأوامر القضائية والتي تهدف إلى حماية الحقوق والمحافظة عليها، فيجوز للقاضي أن يصدر الأوامر والإجراءات التي تستدعي سرعة البت فيها

خوفاً من ضياع الحق على أصحابه دون الفصل في أصل الموضوع ودون تقرير للحق وإسناده إلى أصحابه.

وهي تصدر من القاضي على سبيل الإلزام، وأيضاً تكون بقصد الإعانة، وتوفير الحماية للحق، لا على سبيل الحكم، لذا اعتبرها بعض المؤلفين من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أو ما يعرف « بقضاء الحسبة ».

وقد وردت في كتب السياسة الشرعية والفقهاء الإسلامي صور كثيرة للأوامر القضائية تبين معرفة الفقهاء الإسلامي بالأوامر القضائية والعمل بها.

المطلب الثاني: حكم الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي

الأوامر القضائية بصفقتها عملاً يقوم به القاضي، تعتبر من قبيل الأعمال المنوطة بالوظيفة القضائية منذ القدم وحتى عصرنا الحاضر، والعمل القضائي متمثلاً في الأوامر القضائية لا يوجد فيه خلاف من حيث كونه ملزماً، ويجب على من صدر الأمر ضده الانصياع له، وعلى السلطة المختصة تنفيذه وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة عشرة من نظام الإجراءات الجزائية حيث جاء نصها: (على جميع رجال السلطة العامة أن ينفذوا وأوامر الجهات القضائية الصادرة طبقاً لهذا النظام، وهم أن يستعملوا الوسيلة المناسبة لتنفيذها).

ولكن لبيان هذا الموضوع بياناً شافياً يجب أن نتطرق إلى مسألتين:

المسألة الأولى: حكم القضاء.

المسألة الثانية: هل تعتبر الأوامر القضائية من قبيل الأحكام في الفقه الإسلامي؟

المسألة الأولى: حكم القضاء:

القضاء في الفقه الإسلام فرض كفاية هذا هو الأصل فيه، وهو فرض عين على الإمام، إذ يتعين عليه القيام بالولاية العامة تسييراً لمصالح الناس، والقضاء جزء من هذه الولاية، فعلى الإمام القيام بنفسه وتولية من يقوم به، حتى تتحقق كفاية

الناس.

والأدلة على مشروعية القضاء كثيرة، منها:

قول الله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ سورة المائدة آية ٤٩

قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «في الصحيحين» إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها».

وقد ذكر ابن قدامة في المغني إجماع المسلمين على مشروعية نصب القضاة للفصل بين الناس .

هذا بالنسبة لعموم الناس، ولكن من عيّن في القضاء وصار قاضياً فما حكم النظر في القضايا بالنسبة إليه؟ وعلى وجه الخصوص ما حكم النظر في طلبات الأوامر القضائية؟ النظر في طلبات الأوامر القضائية بالنسبة إلى القاضي واجب، وذلك لأن من مقتضى وظيفته النظر في الوقائع المعروضة أمامه.

المسألة الثانية: هل تعتبر الأوامر القضائية من قبيل الأحكام في الفقه الإسلامي؟

الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي تطبق عليها القاعدة العامة لتنفيذ الأحكام في الفقه الإسلامي، وبالتالي فهي تنفذ بمجرد صدورها، إلا أن الفقهاء اختلفوا في مبنى هذه القاعدة بالنسبة للأوامر الولائية الصادرة من القاضي، ومرجع اختلافهم هو اختلافهم في الطبيعة الشرعية لهذه الأوامر، وقد اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: أنها تعتبر أحكاماً قضائية: وإلى هذا القول ذهب أكثر فقهاء الحنفية.

القول الثاني: أنها لا تعتبر من قبيل الأحكام القضائية: وإلى هذا القول ذهب المالكية وبعض فقهاء الحنفية.

الفصل الأول

إصدار الأوامر القضائية

المبحث الأول: القاضي المختص بإصدار الأمر القضائي

المطلب الأول: الاختصاص النوعي

يراد به: (قصر ولاية القاضي على نوع أو أكثر من أنواع الأفضية) ويعرف بالاختصاص الموضوعي، حيث أن الضابط فيه موضوع الدعوى والنظام السعودي في نظام القضاء الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٧٨) وتاريخ ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ، قد أخذ بالاختصاص النوعي للمحاكم، وميز بين أنواع القضايا.

ولمعرفة المحكمة المختصة بإصدار الأمر القضائي نوعياً، يجب أن نتطرق إلى اختصاصات المحاكم في المملكة العربية السعودية، وذلك لأن الأمر القضائي يتبع نوعياً للحق الذي تتضمنه القضية.

ويمكن تقسيم الاختصاص النوعي على النحو التالي:

أولاً: القضاء الإداري:

وتقوم به المحاكم الإدارية وهي تتمثل في ديوان المظالم، والذي يعتبر هو القضاء الإداري في المملكة، حيث اعتبره النظام استثناء من المحاكم الشرعية.

ثانياً: القضاء العام:

وتتنوع اختصاصات القضاء العام إلى الأنواع التالية

١- المحاكم العامة: وتختص المحاكم العامة: فيما يتعلق بالأمور التنفيذية-

الإثباتات النهائية وما في حكمها-القضايا المرورية.

٢- المحاكم الجزائية: وتختص نوعياً بنظر الأمور التالية: قضايا القصاص والحدود الشرعية - القضايا التعزيرية - قضايا الأحداث.

٣- محاكم الأحوال الشخصية: وتختص بالقضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والعائلية، وهذا ما تضمنته المادة الحادية والعشرون من نظام القضاء الجديد، علماً أن نظام المرافعات الشرعية لازال يعتبر هذه المحاكم واختصاصاتها ضمن المحاكم العامة، كما في المادة الثانية والثلاثين منه..

٤- المحاكم التجارية:

وتختص بما يلي:

جميع الدعاوى التي تحدث بين التجار، ومن لهم علاقة بهم بسبب أعمالهم التجارية، ما عدا الدعاوى العقارية وإيجاراتها.

جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية.

٥- المحاكم العمالية:

وتختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن عقود العمل المختلفة؛ فتختص بما يلي:

المنازعات المتعلقة بعقود العمل والأجور والحقوق، وإصابات العمل والتعويضات الناشئة عنها.

المنازعات المتعلقة بتوقيع الجزاءات من صاحب العمل على العامل، أو بطلب الإعفاء منها.

تطبيق الغرامات المنصوص عليها في نظام العمل.

المنازعات المترتبة عن الفصل من العمل.

شكاوى أصحاب العمل والعمال الذين لم تقبل اعتراضاتهم ضد أي قرار صادر عن أي جهاز مختص في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، والمتعلق بوجوب

التسجيل، أو الاشتراكات، أو التعويضات.

وعلاوة على هذا الاختصاصات النوعية للمحاكم، هناك لجان ذات اختصاص قضائي، وهذه اللجان هي محل خلاف من ناحية دستورتيتها، وهناك خلاف طويل في طبيعة الأحكام الصادرة منها ولكنها لا تزال تمارس أعمالها، وبإمكانها أن تصدر أوامر قضائية وفق اختصاصاتها النوعية.

وأهم هذه اللجان:

١. لجان مجلس الوزراء.
٢. لجنة محاكمة أعضاء مجلس الشورى في المجلس.
٣. ديوان المحاكمات العسكرية، وهو في وزارة الدفاع والطيران.
٤. لجان وزارة الداخلية.
٥. لجان وزارة المالية.
٦. لجان وزارة التجارة.
٧. اللجان الطبية الشرعية التابعة لوزارة الصحة.
٨. لجان وزارة الإعلام.
٩. لجان تسوية الخلافات العمالية لدى وزارة العمل.
١٠. لجان الحكم في مخالفات نظام صيد الحيوانات والطيور البرية، ونظام المناطق المحمية لدى الهيئة الوطنية لحماية الحياة الفطرية وإنمائها.
١١. لجنة الحكم في مخالفات نظام براءات الاختراع، والتابعة لمدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية.
١٢. لجنة الفصل في منازعات سوق المال، وهي تابعة لهيئة السوق المالية.

الأوامر القضائية قد جعل المنظم السعودي إصدارها في شكلين هما:

١. الأوامر القضائية.

٢. الأحكام المستعجلة.

فالنظام السعودي أبقى كثيراً من الأوامر على ما هي عليه - أي تركها كما هي تصدر في شكل أمر قضائي، وجعل أنواعاً من الأوامر تصدر في شكل الأحكام المستعجلة - كما في النوع الثاني - وهي التي عددها نظام المرافعات في المادة الرابعة والثلاثين بعد المائتين، وسبق في التمهيد اعتبار هذه الأحكام المستعجلة من قبيل الأوامر القضائية، إذ أن طبيعتها النظامية وحقيقتها تقرر ذلك، ولكن هنا يختلف الأمر، فعندما يتعلق الأمر بقواعد المرافعات السعودي في الاختصاص فإننا نلتزم رأي النظام، ونقول إن الأحكام المستعجلة لها حكم الأحكام القضائية.

ولتحديد المحكمة المختصة نوعياً بإصدار الأمر القضائي، فإننا نتناول الموضوع في فرعين يمثلان حالتين يطلب أثناءهما إصدار الأمر القضائي، وذلك في حالة وجود نزاع مرفوع أمام القضاء، أو عدمه، والمقصود بالنزاع أي المتعلق بالحق أو الموضوع الذي يطلب إصدار الأمر القضائي بشأنه؛ وبيان هاتين الحالتين:

الفرع الأول: في حالة وجود نزاع مرفوع أمام القضاء:

إذا كانت هناك خصومة أو دعوى معروضة أمام القضاء وأراد أحد أطرافها استصدار أمر قضائي متعلق بهذه الدعوى، فإن الأمر هنا يكون تابعاً للدعوى، فيختص بإصدار هذا الأمر القاضي ناظر القضية.

وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة عشر بعد المائتين في نظام المرافعات الشرعية حيث جاء فيها: «إذا كانت الدعوى بالحق مرفوعة أمام المحكمة المختصة فتقدم دعوى الحجز إلى المحكمة نفسها لتتولى البت فيها».

الفرع الثاني: في حالة عدم وجود نزاع مرفوع أمام القضاء:

فهنا الأمر القضائي تحكمه القواعد العامة للاختصاص النوعي للمحاكم، وعليه فإن الأمر القضائي في هذه الحالة يوافق الحكم القضائي في الاختصاص النوعي.

ونوع الأمر القضائي المطلوب إصداره لا يحدد اختصاصه النوعي وإنما يجب النظر في النزاع الذي يراد استصدار الأمر القضائي تمهيداً له أو بمناسبته.

المطلب الثاني: الاختصاص المحلي

ويراد به: تقييد القاضي أو قصر ولايته بالقضاء في بلدة معينة، ولا يتجاوزها، فلا تكون له الولاية على البلد الآخر أو الناحية الأخرى.

ولابد من إقرار قواعد لتنظيم الاختصاص المحلي الاختصاص، والمنظم السعودي قد أثبت قواعد تنظيم هذا الاختصاص من خلال نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٣٩) وتاريخ ٢٨ / ٧ / ١٤٢٢ هـ، وهذه القواعد تهمنا دراستها في موضوع الأوامر القضائية، وذلك لأن الاختصاص المحلي ليس خاصاً بالأحكام القضائية، فهو شامل لجميع الأعمال القضائية التي تصدر من المحكمة، لذا فإن من المهم معرفة الاختصاص المحلي والإلمام به لمعرفة المحكمة المختصة محلياً بإصدار الأمر القضائي.

والنظر في موضوع الاختصاص المحلي وتبينه كما ورد في الأنظمة السعودية، يتطلب دراسته من خلال ثلاثة أوجه، وذلك لأن نظام المرافعات ذكر الاختصاص المحلي العام، وذكر قبله الاختصاص الدولي، ثم استثنى نظام الإجراءات الجزائية الاختصاص الجنائي المحلي من الاختصاص العام، فصارت لدينا ثلاثة أنواع من القواعد التي تحكم الاختصاص المحلي؛ ويمكننا دراستها كما يلي:

أولاً: قواعد الاختصاص المحلي العامة: وهي الأصل في تحديد الاختصاص المحلي.

والاختصاص المحلي العام يتناول عدة صور، وهي:

١- مكان إقامة الدعوى على الأفراد.

٢- مكان إقامة الدعوى على الدوائر الحكومية وفروعها.

٣- مكان الدعوى على الشركات والجمعيات وفروعها.

وقبل تناول هذه الصور فإنه من المعلوم أن محل إقامة الدعوى هي مكان المدعى عليه سواء كان فرداً أو دائرة حكومية أو شركة أو جمعية، أي في محكمته التي يشملها اختصاصها، فكيف يتم تحديد نطاق اختصاص المحكمة؟

هذا التساؤل قد بينت قواعده المادة الثامنة والثلاثون ولائحتها على النحو التالي:

أ. تعد المدينة أو القرية نطاقاً محلياً للمحكمة الموجودة بها.

ب. عند تعدد المحاكم ذات الاختصاص المحلي الواحد في المدينة أو القرية الواحدة فيحدد وزير العدل النطاق المحلي لكل منهما بناء على اقتراح من المجلس الأعلى للقضاء.

ج. القرية أو المدينة التي ليس بها محكمة فتتبع أقرب محكمة في منطقتها الإدارية .

د. القرية أو المدينة التي ليس بها محكمة، وهناك محكمتان بنفس القرب منها وفي نفس المنطقة الإدارية فتبقى على تبعيتها في الاختصاص كما كانت سابقاً.

وبعد تبيان نطاق اختصاص المحاكم المحلي تتناول صور الاختصاص المحلي العام على النحو التالي:

الصورة الأولى: مكان إقامة الدعوى على الأفراد:

وقد وردت قواعد هذه الصورة في المادة الرابعة والثلاثين من نظام المرافعات ولائحتها، وهي كما يلي:

أ. تقام الدعوى على الأفراد في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه.

ب. إذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة الأكثرية، والمراد بالأكثرية هنا الأكثرية العددية.

- ج. في حالة تساوي عدد المدعى عليهم في محلين مختلفين فللمدعي الخيار في إقامة الدعوى أمام أي محكمة يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة أحدهم.
- د. إذا لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة فننظر إن كان سعودياً فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعي، وإن كان غير سعودي فيعامل وفق قواعد الاختصاص الدولي.
- هـ. إذا كان للمدعى عليه سكن في أكثر من بلد فللمدعي إقامة الدعوى في إحدى هذه البلدان، فالخيار له.
- و. إذا اختلف سكن المدعى عليه ومقر عمله فالعبرة بسكنه، ما لم يكن مقيماً أيام العمل في بلد عمله فتسمع الدعوى فيه.
- ز. السجين تقام الدعوى ضده في محل سجنه، فمحل سجنه هو محل إقامته.
- ح. إذا لم يكن للمدعي والمدعى عليه إقامة في المملكة، فللمدعي إقامة دعواه في إحدى محاكم المدن الرئيسية في المملكة.

الصورة الثانية: مكان إقامة الدعوى على الدوائر الحكومية وفروعها:

وهذه الصورة قد وردت في المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية، ويجب قبل النظر في أحكامها أن ننبه إلى أن الدعوى إذا كانت من اختصاص ديوان المظالم فيجب أن تنظر في الديوان أو أحد فروعها، وهذا ما يقضي به الاختصاص النوعي.

وقد ورد في هذه المادة حكيمين أو قاعدتين لهذا الصورة وهي:

١. الدعوى المقامة ضد الجهاز الحكومي، فإنها تقام في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها المقر الرئيسي للجهاز الحكومي.
٢. الدعوى المقامة ضد فرع الجهاز الحكومي، يجوز للمدعي إقامتها في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها ذلك الفرع، وذلك في المسائل المتعلقة بذلك الفرع، كما يجوز له إقامتها في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مقر

الجهاز الحكومي الأصلي، أي المقر الرئيسي للوزارة أو الإدارة الحكومية.

الصورة الثالثة: مكان إقامة الدعوى على الشركات والجمعيات وفروعها:

هذه الصورة قد وردت في المادة السادسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية، وهي تشمل الدعاوى ضد هذه الشركات أو الجمعيات والدعاوى التي تقيمها هذه الشركات أو الجمعيات ضد أحد أعضائها، أو الدعاوى التي يقيمها شريك أو عضو على آخر فيما يتعلق بالشركة أو الجمعية، وقد اشتملت هذه المادة على حكمين، هما: تقام الدعوى ضد الشركة أو الجمعية في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها المركز الرئيسي لهذه الشركة أو الجمعية.

الدعوى المقامة ضد فرع شركة أو جمعية فيما يتعلق بأعمال ذلك الفرع، يجوز للمدعي إقامتها في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها ذلك الفرع، أو في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها المركز الرئيسي للشركة أو الجمعية.

ثانياً: قواعد الاختصاص الدولي

ويراد به: ولاية القضاء في الدولة بنظر الدعوى، إذا كان أحد عناصرها أجنبياً، سواء أكان المتنازع فيه، أم أحد أطرافها، أم كلاهما، أم محل نشوء الالتزام، أو تنفيذه. وهذا النوع من الاختصاص قد نظم قواعده نظام المرافعات الشرعية من المادة الرابعة والعشرين وحتى المادة الثلاثين منه، وهي على النحو التالي:

١. تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على السعودي، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار واقع خارج المملكة.

٢. تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي - مسلماً كان أو غير مسلم - الذي له محل إقامة عام أو مختار في المملكة في الحالات التالية:

أ. إذا كان الدعوى متعلقة بهال موجود في المملكة، أو تعلقت بالتزام أبرم داخل

المملكة أو كانت المملكة محل تنفيذه.

ب. إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر داخل المملكة.

ت. إذا كانت الدعوى على أكثر من واحد، وكان لأحدهم محل إقامة داخل المملكة.

ث. إذا كان المدعى عليه مسلماً، وكانت الدعوى بطلب طلاق، أو فسخ عقد الزواج، وكانت مرفوعة من الزوجة السعودية، أو التي فقدت جنسيتها بسبب الزواج، متى كانت أي منهما مقيمة في المملكة، أو كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة غير السعودية، المقيمة في المملكة على زوجها الذي كان له محل إقامة فيها، متى ما كان الزوج قد هجر زوجته وجعل محل إقامته في الخارج، أو كان قد أبعده من أراضي المملكة.

ج. إذا كان المدعى عليه مسلماً وكانت الدعوى بطلب نفقة، وكان المطلوب له النفقة مقيماً في المملكة.

ح. إذا كان المدعى عليه مسلماً وكانت الدعوى بشأن نسب صغير في المملكة، أو كانت متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على النفس أو المال، متى كان القاصر أو المطلوب الحجر عليه محل إقامته في المملكة.

خ. إذا كان المدعى عليه مسلماً وكانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية الأخرى، كالموارث والوصايا، وكان المدعي سعودياً أو غير سعودي مقيماً في المملكة، وذلك إذا لم يكن المدعى عليه محل إقامته معروف في خارج المملكة.

د. إذا قبل المتداعيان ولاية المحكمة السعودية، حتى ولو لم تكن ضمن اختصاصها.

ثالثاً: قواعد الاختصاص المحلي الجنائي:

ذكرت المادة الحادية والثلاثون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية السعودي قواعد الاختصاص المحلي، فيتحدد الاختصاص المكاني الجنائي للمحاكم في المملكة بواحد من ثلاثة أمور يكفي توفر أحدها لينعقد الاختصاص المكاني للمحاكمة

الجزائية، وهي كما يلي محل وقوع الجريمة، فتعتبر المحكمة مختصة مكانياً إذا وقع في نطاق اختصاصها الحادث المكون للجريمة الجنائية.

١. مكان إقامة المتهم على وجه الاعتقاد وقت ارتكابه للجريمة.

٢. المكان الذي يقبض عليه فيه، أي مكان ضبطه من قبل السلطات.

وإذا قبض على المتهم خارج المملكة ثم جلب إليها ولم يكن له محل إقامة معروف أو كان يقيم خارج المملكة فتنظر الدعوى الجزائية الخاصة ضده في مكان إقامة المدعي. أما المتهم الموقوف أو المسجون فيعتبر مكان إيقافه أو سجنه محلاً له، فتقام الدعوى عليه في هذا المحل.

والذي يظهر أنه ومن خلال هذه المادة المذكورة أن هذه الأماكن الثلاثة (مكان الجريمة - مكان إقامة المتهم - مكان القبض) اختيارية، وأنها على قدم المساواة، وقد نصت اللائحة المقترحة على هذه المادة أن الذي يختار المكان من بينها في الدعوى العامة هو رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام أو من ينييه، أما في الدعوى الخاصة فإن المدعي يختار بين مكان وقوع الجريمة ومكان المتهم فقط.

علاقة إصدار الأمر القضائي بالاختصاص المكاني:

الأمر القضائي يعتبر من قبيل الأعمال القضائية، وعلى هذا جرى العمل، لذا فإنه يكون مشمولاً بقواعد نظام المرافعات الشرعية، وداخلياً في نطاقها، وبالنسبة للاختصاص المحلي الوارد في نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية، فإن موقف الأمر القضائي تجاههما يتحدد في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الأمر تابعاً لقضية معروضة أمام القضاء، فإنه في هذه الحالة يكون تابعاً لهذه القضية، وبالتالي فإنه لا يتقيد بقواعد الاختصاص المحلي وإنما يتبع لهذه القضية محلياً، وهذه القضية هي التي تخضع لقواعد الاختصاص المحلي، فيكون أشبه بالطلب العارض.

الحالة الثانية: أن يكون الأمر مستقلاً، أي غير تابع لقضية معروضة أمام القضاء، وفي هذه الحالة يتقيد الأمر القضائي بقواعد الاختصاص المحلي، فتجب مراعاتها عند إصداره أو طلبه، ففي هذه الحالة يكون الأمر القضائي مخاطباً بنصوص النظام على استقلاله ويتقيد بقواعده، وفي هذه الحالة تحقيق لشمولية النظام للأعمال القضائية كلها بما فيها الأوامر القضائية.

مسألة: تنازع الاختصاص في الأوامر:

حالات تنازع الاختصاص:

يتنوع تنازع الاختصاص إلى أنواع عدة، أبرزها:

١. تنازع وتدافع الاختصاص بين قاضيين في محكمة واحدة، وهنا يفصل رئيس المحكمة في تحديد الاختصاص.
٢. تدافع وتنازع الاختصاص بين محكمتين نوعياً أو قيماً أو محلياً، فهنا تحال لمحكمة التمييز للفصل فيها.
٣. تنازع وتدافع الاختصاص بين إحدى محاكم القضاء العام وجهة قضائية أخرى فتفصل فيه لجنة الفصل في تنازع الاختصاص في المجلس الأعلى للقضاء.
٤. تنازع وتدافع الاختصاص بين إحدى محاكم ديوان المظالم وبين جهة أخرى غير محاكم القضاء العام، فتفصل في هذا التنازع لجنة الفصل في تنازع الاختصاص بديوان المظالم.
٥. تنازع أو تدافع الاختصاص بين جهتين شبه قضائيتين، أي من غير محاكم القضاء العام ومحاكم ديوان المظالم، ففي هذه الحالة لا يوجد نص نظامي يفصل في مثل هذه المنازعات، والذي يظهر في هذه الحالة أن النزاع يرفع إلى مجلس الوزراء للفصل فيه، وذلك بحكم أنه الجهة التنظيمية العليا في الدولة.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إصدار الأوامر القضائية

القاضي يتمتع بالسلطة التقديرية في الأوامر القضائية في حالتين:

١. ابتداء إصدار الأمر القضائي وإصداره من تلقاء نفسه أو عدمه.
٢. النظر في طلب إصدار الأمر القضائي وقبوله أو رفضه.

فما هي السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في هاتين الحالتين؟ وما الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي؟

أولاً: ماهية السلطة التقديرية:

السلطة التقديرية صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله، وذلك بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة الحق في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداءً من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو عدمها، إلى البت فيها وإصدار القرار الذي اقتنع به القاضي.

ثانياً: ضوابط السلطة التقديرية:

السلطة التقديرية للقاضي تقوم على أساس النشاط الذهني والعمل العقلي والمقايضة وتكوين القناعة، فإنها بهذه الصورة تكون فضفاضة واسعة، لذا كان من الواجب ضبطها بضوابط وشروط تقيدها، وتضبطها في حدود المشروع، وتبعدها عن أهواء القضاة وتشهيمهم، فتجعلها مقيدة بقيود لا تمنع القاضي من حريته في تكوين قناعته، وإنما فقط تحصره في دائرة الحق والمشروعية، ولعل أبرز هذه الضوابط ما يلي:

الضابط الأول: مراعاة الغاية من القضاء.

الضابط الثاني: المصلحة.

الضابط الثالث: المشروعية.

الضابط الرابع: الاستعجال.

الضابط الخامس: الاحتياط:

على القاضي عندما ينظر في إصدار الأمر القضائي أن يأخذ بالاعتبار الاحتياط لحقوق الناس، وذلك من جهتين:

الأولى: جهة طالب إصدار الأمر.

ويدل على هذا ما ورد في المادة الثامنة بعد المائتين من نظام المرافعات بخصوص الحجز التحفظي، حيث جاء: «للدائن أن يطلب إيقاع الحجز التحفظي على منقولات مدينه إذا لم يكن للمدين محل إقامة ثابت في المملكة، أو خشي الدائن لأسباب مقبولة اختفاء أو تهريب أمواله».

الثانية: جهة من سيصدر الأمر ضده.

الضابط السادس: قناعة القاضي:

يجب على القاضي عند إصدار الأمر القضائي أن يكون مقتنعاً بما لديه من وقائع وما عرض أمامه، فالقاضي لا يجوز له أن يصدر حكمه بما يخالف علمه، ولا بما يجهله، وكذا في الأمر، فلا يجوز له أن يأمر أمراً يخالف علمه، ولا يجوز له أن يأمر بأمر يجهل أسبابه ودوافعه وما قد يترتب عليه من نتائج، فإن الأمر القضائي في أمر مجهول قد يفسد أكثر مما يصلح وهو من قبيل الأمر بالهوى والتشهّي.

الضابط السابع: استقلال الطلبات:

أي أن على القاضي أن ينظر في طلبات الإصدار كل واحدة على حدة، وذلك لأن كل طلب له ما يقويه أو يضعفه، وكل طلب له حالة تخصه وتقترن به أحوال وقرائن تميزه عن غيره، فلا يجوز للقاضي أن يلحق طلباً بآخر لوجود التشابه بينهما، إذ أنه يندر جداً تطابق أسباب وموجبات طلب الأمر القضائي.

الضابط الثامن: الموازنة بين المصالح والمفاسد:

وهذا الضابط من أهم الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي.

مسألة:

عند رفض القاضي إصدار الأمر القضائي، هل يلزمه تحديد موعد جلسة لنظر القضية؟

الذي يظهر: أنه لا يلزم القاضي تحديد موعد لنظر القضية.

المبحث الثالث: شروط إصدار الأوامر القضائية

وهذه الشروط كما يلي:

الشرط الأول: الاختصاص.

الشرط الثاني: الطلب.

الشرط الثالث: الاستعجال:

وهو الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم عنه درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده .

وتقدير وجود الاستعجال في الواقعة راجع إلى المحكمة، فالقاضي هو صاحب الفصل فيما إذا كان الحق جديراً بالحماية المستعجلة من عدمه.

الشرط الرابع: المشروعية.

الشرط الخامس: المصلحة.

الشرط السادس: ألا يكون الأمر المطلوب إصداره ماساً بالموضوع:

أي لا يكون الأمر القضائي المطلوب إصداره يؤثر على أصل الدعوى أو الحق،

فالأمر القضائي إجراء حمائي وقتي يقصد به حماية الحق دون المساس به، فالأمر القضائي - وكما سبق - لا يتناول أصل الحق، ولا يتضمن تقريراً للحق، وإنما هو يتضمن الإلزام بما يحفظ الحق ويبقيه على وضعه الراهن ويحميه.

الشرط السابع: تقديم الضمانات المطلوبة:

لما كان الأمر القضائي عادة يقوم على الاستعجال، ويبنى على قناعة القاضي فلا يشترط فيه ما يشترط في الحكم من وسائل إثبات، كان من المحتمل أن يحدث بسببه أضراراً على الغير، خصوصاً في حالة كون طالب الإصدار غير محق في طلبه وهذا يترتب عليه اختلال ميزان العدالة، وبالتالي فقد أوجب النظام في حالات أن يقدم طالب الأمر ضمانات تكفل حق المتضرر في حال حصول الضرر.

المبحث الرابع: إصدار الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي

في هذا المبحث ندرس الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي من حيث الإصدار فقط، وهذه المرحلة قد وردت فيها أربع مسائل، يمكن على ضوءها أن نبين إصدار الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي، وذلك على النحو التالي:

المسألة الأولى: الطلب:

من خلال الاطلاع على العديد من النصوص المتعلقة بالأوامر القضائية فقد وجد أنها تذكر أن القاضي يصدره بعد طلب المدعي، وفي هذا دليل على أن الفقه الإسلامي يشترط الطلب لإصدار الأمر القضائي.

المسألة الثانية: سلطة القاضي التقديرية:

القاضي في الفقه الإسلامي - كما في الأنظمة الحديثة - يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إصدار الأمر أو رفض إصداره.

المسألة الثالثة: الاختصاص:

من خلال الاطلاع على كتب التراث الإسلامي نجد أن الفقه الإسلامي قد عرف الاختصاص بأنواعه، كالاختصاص الولائي (الوظيفي) فظهر ما يعرف بقضاء المظالم والقضاء العام.

كما أنه عرف الاختصاص النوعي (الموضوعي)، والاختصاص المحلي (المكاني)، وهذا الأمر معروف لدى الفقهاء وفقهاء السياسة الشرعية أيضاً.

المسألة الرابعة: شكل الطلب:

من المقرر أن الفقه الإسلامي يميز كتابة الدعوى في صحيفة، فمن باب أولى جواز كتابة طلبات إصدار الأوامر على صحيفة أو عريضة، والأمر فيه أسهل فهي لا تتضمن فصلاً في خصومة، وتتخذ لمواجهة ظروف معينة وأحوال طارئة، لذا فهي لا تقرر حقاً ولا تتمتع بالحجية التي تتمتع بها الأحكام.

الفصل الثاني

تسبب الأوامر القضائية

المبحث الأول: تعريف التسبب ومشروعيته

المطلب الأول: تعريف التسبب

أولاً: تعريف التسبب في اللغة:

السبب يطلق على الحبل، وكل شيء يتوصل به إلى غيره، والجمع أسباب.

ثانياً: تعريف التسبب في الاصطلاح:

عرفه الدكتور عبدالله بن خنين بأنه: ذكر القاضي ما بنى عليه حكمه القضائي من الأحكام الكلية وأدلتها الشرعية، وذكر الوقائع القضائية المؤثرة، وصفة ثبوتها بطرق الحكم المعتد بها.

ولزيادة إيضاح هذا الموضوع يجب أن نتطرق إلى مسألتين مهمتين بخصوص التسبب للأعمال القضائية إجمالاً، بما فيها الأوامر القضائية، وذكرهما يفيد في إلقاء الضوء على تسبب الأوامر القضائية، وبيانها:

المسألة الأولى: أنواع التسبب:

تسبب الأعمال القضائية ينقسم باعتبار نماذجه وأنماطه إلى ثلاثة أقسام، وهي ما يعرف بطرائق التسبب، وهي محل البحث في هذه المسألة.

١- النوع الأول: التسبب المسهب:

وفي هذا النوع يطرح القاضي جميع الأسباب والدوافع التي قادته إلى النتيجة التي خلص إليها بصورة تفصيلية، حتى يسهل على قارئ الحكم الوقوف على المعاني

والدلالات التي يقصدها القاضي في حكمه.

٢- النوع الثاني: التسبيب الموجز:

ويكتفي القاضي في هذا النوع بذكر صفة ثبوت الوقائع أو عدم ثبوتها، وهذا النوع يتحقق في حالة وضوح الدليل الذي بنى عليه القاضي حكمه، وأيضاً لا بد في هذه من كون الحكم واضحاً أيضاً.

٣- النوع الثالث: التسبيب الوسيط:

وهذا النوع يعرف بالطريقة الوسيطة، ويقف موقفاً وسطاً بين النوع الأول والثاني، فهذا النوع لا يتميز بالإسهاب والإفراط في البيان والتوضيح في ذكر الأسباب، كما أنه لا يصل إلى حد الإيجاز المخل غير الواضح، فهو قد جمع بين مزايا التسبيب المسهب ومزايا التسبيب الموجز.

المسألة الثانية: ضوابط التسبيب:

١- وجود الأسباب:

تسبيب العمل القضائي يقتضي وجود أسباب، فوجود الأسباب هو الشرط الأول لاعتبار الحكم مسبباً ولا يمكن أن يكون الحكم مسبباً إذا غابت أسبابه عن الوجود، فلا بد من توافر الأسباب مادياً وحقيقة، فالوجود الصوري لا اعتبار به.

٢- كفاية التسبيب:

وهذا الضابط يعني أن القاضي يورد في تسببيه للعمل القضائي من الأسباب الشرعية والنظامية والواقعية ما يكفي للقناعة بحكمه، واستخلاص المنطوق الذي انتهى إليه.

والكفاية في التسبيب لا قدر لها محدد، فالأمر هنا يعود إلى القاضي والكفاية في التسبيب ليست في الكم فقط، وإنما ويجب أيضاً تحقيق الكفاية في الكيف.

٣- منطوية الأسباب:

أي أن يكون التسبب واقعياً متفقاً مع المنطق السليم، أي أن توجد رابطة عقلية وشرعية أو نظامية صحيحة بين الأسباب التي أدت للنتيجة والنتيجة التي تمخضت عن هذه الأسباب.

ومنطوية الأسباب تشمل عدة أمور:

(أ) اتساق الأسباب: وذلك بأن تكون الأسباب متوافقة مع بعض، لا يعارض بعضها بعضاً، ولا تعارض النتيجة التي توصل إليها القاضي.

(ب) تسلسل الأسباب: أي تكون الأسباب مرتبة.

(ج) واقعية الأسباب: أي أن تكون مطابقة للواقع كما هو، دون مبالغة فيها أو تفري.

(د) توازن الأسباب: وذلك بأن تكون الأسباب متعادلة.

٤- العناية بصياغة الأسباب:

المطلب الثاني: مشروعية التسبب

التسبب في الأعمال القضائية هو فكرة نظامية تهدف إلى تحقيق مصالح جمة، والوقوف على الأساس والأصل الذي يقوم عليه الالتزام بالتسبب أمر بالغ الأهمية، وهذا الأساس هو ما ستطرق إليه في هذا المطلب - بإذن الله -.

ومشروعية التسبب أمر مقرر لدى جميع النظم والقوانين، والذي يهمننا في هذا المطلب أن نبين مشروعية التسبب في النظام السعودي، وفي الشريعة الإسلامية، وذلك في المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى: مشروعية التسبب في النظام السعودي:

النظام السعودي - كغيره من النظم والقوانين - تطرق إلى التسبب، وأورده في

نصوص الأنظمة وذلك في نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية، وفي نظام الإجراءات الجزائية، كما يلي:

أولاً: نظام المرافعات الشرعية:

المادة الثانية والتسعون بعد المائة: «بعد قفل باب المرافعة والانتهاء إلى الحكم في القضية، يجب تدوينه في ضبط المرافعات مسبقاً بالأسباب التي بني عليها.....».

ثانياً: اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية:

الفقرة الثانية من المادة الثالثة والسبعين: «ضم الدفع إلى الموضوع لا يمنع من قبول الدفع أو رده، وعلى المحكمة بيان أسباب ذلك في الحكم».

ثالثاً: نظام الإجراءات الجزائية:

أ) المادة الثانية والثمانون بعد المائة: «... ويجب أن يكون الحكم مشتملاً على اسم المحكمة التي أصدرته، وتاريخ إصداره، وأسماء القضاة وأسماء الخصوم، والجريمة موضوع الدعوى، وملخص لما قدمه الخصوم من طلبات أو دفاع، وما استند عليه من الأدلة والحجج، ومرآحل الدعوى، ثم أسباب الحكم ونصه ومستنده الشرعي، وهل صدر بالإجماع أو الأغلبية».

المسألة الثانية: مشروعية التسبيب في الشريعة الإسلامية:

تطرق فقهاء المذاهب الإسلامية إلى تسبيب الأحكام، والمتبع لأقوالهم يجد أنهم يقررون التسبيب ويذكرونه كثيراً لكنهم اختلفوا في وجوبه، فمنهم من قال بأنه واجب ومنهم من استحبه فقط، ونحن يهمننا هنا تقريرهم للتسبيب دون الخوض في مسألة كونه واجباً أو لا.

ويستدل للتسبيب بفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - له، حيث فعله في قضاائه، فقد جاء في الحديث الصحيح: «أن الربيع - عمه أنس بن النضر - كسرت ثنية جارية، فطلبوا إليها العفو فأبوا، فعرضوا الأرش فأبوا، فأتوا رسول الله - صلى الله

عليه وسلم - وأبوا إلا القصاص، فأمر الرسول - صلى الله عليه وسلم - بالقصاص، فقال أنس بن النضر: يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع! لا والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيته، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: يا أنس، كتاب الله القصاص، فرضي القوم فغفوا، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره» والحديث متفق عليه.

ومما يدل على مشروعية التسبيب، وروده وتقريره في كتب الفقهاء وقد أفاض الفقهاء في ذكر التسبيب، وأوردوه كثيراً في مؤلفاتهم.

المبحث الثاني: حكم تسبيب الأوامر القضائية

المطلب الأول: تسبيب الأوامر القضائية في النظام

ولكي نعرف حقيقة موقف النظام بدقة من هذه المسألة، يجب أن نقسم الأوامر القضائية إلى نوعين، ونبين حكم كل واحد منهما على حدة، كما يلي:

النوع الأول: الأوامر القضائية التي تصدر في شكل أحكام:

بعد صدور النظام الجديد للمرافعات الشرعية الصادر عام ١٤٢١ هـ، فإن بعض التدابير والإجراءات التحفظية والوقائية، والتي تهدف إلى تحقيق الحماية القضائية قد نقلت من صفتها الطبيعية للأوامر القضائية إلى صورة أحكام قضائية، بعد أن كانت تصدر في صورة أوامر قضائية، وقد نظم المشرع السعودي صفة صدورها وطرق التظلم منها، وجعلها في حكم الأحكام القضائية، وهذه الأعمال أضحت من قبيل الأحكام القضائية، فصار لها حكم الأحكام القضائية من حيث التسبيب، أي أنه يجب تسببها كغيرها من الأحكام، ونحن هنا يهمننا أن نتطرق لها - ولو على عجلة - وذلك لكونها لا زالت في الحقيقة أوامر قضائية، حتى وإن أضفى المنظم عليها شكل الأحكام القضائية وصفها وهذه الأوامر القضائية قد سهاها المنظم بالأحكام المستعجلة.

النوع الثاني: الأوامر القضائية الأخرى:

الأوامر القضائية وفق هذا النوع يشرع تسيبها لكنه لا يجب، وتسيبها يعتبر رخصة من النظام، والأخذ به أو اطراحه موكول إلى القاضي نفسه والظروف المحيطة بالقضية، ولا تخفى أهمية التسيب كضمانة هامة لتحقيق العدالة والقناعة، لذا فإن من الأولى تسيب هذه الأوامر، دفعاً للبس والتهمة، وزيادة في الوضوح والقناعة والتقريب.

وأما الاستثناءات التي توجب تسيب الأوامر القضائية فراجع إلى قاعدة: استدعاء المقام للتسيب، فمتى استدعى المقام تسيب الأوامر القضائية فيجب تسيبها، وذلك تحقيقاً للمصلحة، ودفعاً للتهمة.

و أما الأوامر المترددة بين شكلي الأوامر القضائية والأحكام المستعجلة، فكل حالة لها حكمها، فإذا كان هذا العمل في شكل حكم مستعجل وجب تسيبه، وإن كان في شكل أمر قضائي فلا يجب تسيبه، لكنه لا يمتنع.

المطلب الثاني: تسيب الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي

يترجح أن تسيب الأمر القضائي مستحب في الإجمال، لكنه يجب في حال ما إذا استدعاه المقام، إما لدفع التهمة عن القاضي، أو لإقناع الخصم بما تم إجراءه ضده ونحو ذلك.

وهذا ما عليه العمل في المحاكم الآن وعليه العمل في النظام السعودي كما مر معنا في المطلب السابق.

المبحث الثالث: فوائد تسبب الأوامر القضائية

وعلى ضوء البحث في هذا الموضوع، يمكننا أن نقسم فوائد تسبب الأوامر القضائية إلى قسمين:

القسم الأول: الفوائد المتعلقة بالصالح العام:

- ١- فتح سبل الرقابة أمام جهات التقاضي الأعلى.
- ٢- دور التسبب في إخضاع الحكم للرقابة الشعبية والولائية.
- ٣- إثراء الفقه النظامي والاجتهاد الفقهي.

القسم الثاني: الفوائد المتعلقة بالصالح الخاص:

أولاً: الفوائد المتعلقة بالقاضي:

- ١- إظهار حياد القاضي.
 - ٢- حمل القاضي على الاجتهاد.
- ثانياً: الفوائد المتعلقة بالخصوم:
- ١- الحفاظ على حقوق الدفاع.
 - ٢- قناعة الخصم وكذا المدعى عليه.
- ثالثاً: الفوائد المتعلقة بالأمر الصادر:
- ١- التأكيد على الحقوق وتحديد نطاقها.
 - ٢- قوة الأمر الصادر.

الفصل الثالث

إعلان الأوامر القضائية

المبحث الأول: تعريف الإعلان ومشروعيته

المطلب الأول: تعريف الإعلان

أولاً: تعريف الإعلان في اللغة:

مصدر من عَلى يدل على إظهار الشيء والإشارة إليه، وظهوره، والعلانية خلاف السر.

ثانياً: تعريف الإعلان في الاصطلاح:

هو وسيلة علم الشخص بما يتخذ ضده من إجراءات.

الهدف من الإعلان:

من خلال تعريف الإعلان السابق يتضح لنا الهدف من الإعلان، فهو يقصد به، ضمان علم المعلن إليه بالأمر المراد إعلانه وتبليغه له.

أهمية الإعلان:

الإعلان مهم في تحقيق مبدأ من مبادئ القضاء والعدالة، ألا وهو مبدأ المواجهة بين الخصوم، فالمواجهة بين الخصوم يصعب تحقيقها بدون إعلان الخصم وتبليغه بما سيتم إجراؤه ضده.

كما أن في الإعلان احترام لحق الخصم في الدفاع، فعدم تبليغ الخصم أو الطرف الآخر يسلبه حقه في الدفاع وفي هذا هضم لحق من الحقوق المشروعة للفرد.

أقسام الإعلان:

يذهب الفقه إلى تقسيم الإعلان بحسب ما يحمله الإعلان، فالورقة المعلنة تهدف إلى تبليغ المعلن إليه وإعلامه بشيء ما، وهذا الشيء سواء كان إجراءً أو تكليفاً أو حكماً هو المراد وصوله إلى علم المعلن إليه، وبهذا التقسيم فقد قسم الفقه الإعلان إلى ثلاثة أقسام:

١- أوراق التكليف بالحضور، فيقصد بالإعلان في هذه الحالة دعوة المعلن إليه للحضور أمام القضاء في خصومة مرفوعة ضده.

٢- أوراق قضائية تحرر وتعلن بقصد إخطار المعلن إليه وتبليغه بأمر من الأمور أو تكليفه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل،

ويمثل لهذا القسم بأوراق الإنذار والتنبيه وإعلان الأحكام

٣- أوراق إعلان التنفيذ، فيثبت فيها القاضي إجراء من إجراءات التنفيذ الجبري، وتسمى هذه الأوراق أوراق التنفيذ.

المطلب الثاني: مشروعية الإعلان

لا تجد نظاماً أو قانوناً لا يقر ولا يعترف بالإعلان والتبليغ، ومن هذه الأنظمة النظام السعودي وفي الفقه الإسلامي أيضاً، وذلك على النحو التالي:

المسألة الأولى: مشروعية الإعلان في النظام السعودي:

المنظم السعودي قد اصطلح على تسمية الإعلان بمصطلح «التبليغ»، والنظام السعودي - كغيره من الأنظمة - قد شرع التبليغ، ونظم قواعده في نظام المرافعات الشرعية، وفي نظام الإجراءات الجزائية.

جاء في المادة الثانية عشرة من نظام المرافعات: «يتم التبليغ بواسطة المحضرين بناء على أمر القاضي أو طلب الخصم أو إدارة المحكمة، ويقوم الخصوم أو وكلاؤهم

بمتابعة الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين ولتبليغهم، ويجوز التبليغ بوساطة صاحب الدعوى إذا طلب ذلك».

وجاء في المادة السابعة والثلاثين بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية: «يلغ الخصوم بالحضور أمام المحكمة المختصة قبل انعقاد الجلسة بوقت كاف...».

ومما يدل على مشروعية الإعلان في النظام السعودي، وجود ما يعرف بالمحضرين القضائيين

المسألة الثانية: مشروعية الإعلان في الفقه الإسلامي:

عرف الفقه الإسلامي الإعلان القضائي منذ القدم، وتطرق إليه الفقهاء في كتبهم، وبينوا أحكامه وقواعده، حيث ذكروا أنه يتم إبلاغ الخصوم بواسطة المحضر أو الخصم، كما قرروا أن للقاضي أن يتخذ أعواناً لدعوة الخصوم للحضور، وذكروا أن القضاة كانوا يتخذونه - أي المحضر القضائي -.

وذكروا أيضاً أن هذا المحضر الذي يعمل لدى القاضي تكون أجرته على بيت المال إن أمكن - أي كالموظف في هذا الوقت -، وإلا فأجرته على المدعي، فإن كان المدعي عليه ممتنعاً عن الحضور بعد الطلب فأجرته عليه.

كما قرروا أن القاضي يستعدي على الخصم بكتاب يرسله مع خصمه يخبره فيه بأنه مطلوب للخصومة ويأمره فيه بالحضور لسماع أقواله .

المبحث الثاني: حكم إعلان الأوامر القضائية

المطلب الأول: إعلان الأوامر القضائية في النظام

وسيكون البحث في هذا المطلب متناولاً لمرحلتين من مراحل الإعلان وذلك لأن الإعلان بالنسبة للأوامر القضائية يتخذ مرحلتين، الأولى قبل إصدار الأمر القضائي، فيكون الإعلان هنا لأجل حضور المدعى عليه أو من سيصدر الأمر ضده، والثانية بعد إصدار الأمر القضائي، فيكون الإعلان هنا تبليغ المدعى عليه بما صدر ضده

أحكام إصدار الأوامر القضائية

من أوامر، وأيضاً تبليغ للجهات المختصة لتنفيذ الأمر القضائي الصادر من المحكمة. وقبل أن نتناول أحكام إعلان الأوامر القضائية في هاتين المرحلتين، يجب أن نتناول أحكام التبليغ - أي الإعلان - وقواعده العامة، وذلك لأهميتها في موضوع الأوامر القضائية حيث سنحيل إليها أثناء تناول الموضوع.

قواعد الإعلان العامة:

وهذه القواعد تناولها النظام السعودي في المواد من الثانية عشر إلى المادة الثالثة والعشرين من نظام المرافعات، وهي تعتبر القواعد العامة والأصل في التبليغ والإعلان في نظام المرافعات، وغيرها من قواعد الإعلان يعتبر استثناءات منها.

وهذه القواعد كما يلي:

أولاً: أشخاص التبليغ:

يمر التبليغ في مراحل بعدة أشخاص، وهؤلاء يسمون بأشخاص التبليغ وهؤلاء الأشخاص كما يلي:

١- طالب التبليغ: يتم طلب التبليغ من قبل ثلاثة أشخاص أو جهات.

٢- القائم بالتبليغ: الأصل في التبليغ أن يكون بواسطة المحضرين، لكن النظام أجاز لصاحب الدعوى القيام بالتبليغ إذا طلب ذلك وهذا مما ورد في المادة الثانية عشرة أيضاً.

٣- المبلغ إليه: تسليم التبليغ يكون إلى شخص المدعى عليه أو الخصم نفسه، ويكون في محل إقامته أو عمله.

ثانياً: شكل التبليغ:

ذكرت المادة الرابعة عشرة ولأحتها شكل التبليغ، فذكرت أنه يتم التبليغ بورقة تتكون من نسختين متطابقتين، إحداهما أصل والأخرى صورة لها، يوقع على الأصل

مستلم التبليغ، وتسلم له الصورة، وهذه الورقة يجب أن تشتمل على البيانات التالية:

- ١- موضوع التبليغ وتاريخه باليوم والشهر والسنة والساعة التي تم فيها.
- ٢- الاسم الكامل لطالب التبليغ، ومهنته أو وظيفته، ومحل إقامته والاسم الكامل لمن يمثله، ومهنته أو وظيفته، أو محل إقامته.
- ٣- الاسم الكامل لمن وجه له التبليغ، ومهنته أو وظيفته، ومحل إقامته، فإن لم يكن له محل إقامة معلوماً وقت التبليغ فآخر محل إقامة كان له.
- ٤- اسم المحضر والمحكمة التي يعمل لديها.
- ٥- اسم من سلمت إليه صورة التبليغ، وصفته، وتوقيعه على أصلها، أو إثبات امتناعه وسببه.

ثالثاً زمان التبليغ:

الأصل في التبليغ أن يكون في أي زمن، إلا أن النظام السعودي حظر التبليغ في بعض الأوقات حفاظاً على خصوصيات المبلغ إليه، وحرصاً منه على تمتع المبلغ إليه بأوقات راحته وعدم تكدير صفوها.

رابعاً: مكان التبليغ:

اعتبر المنظم السعودي للتبليغ أن يكون في مكانه المقرر في النظام، وذكرت المادة الخامسة عشرة محلين اثنين يتم فيهما التبليغ وهما يعتبران مكان التبليغ، وهذان المحلان هما:

- ١- محل إقامة المبلغ إليه: والمقصود بمحل الإقامة هو المحل الذي يقطنه المبلغ إليه عادة، أو المحل المختار الذي اختاره المبلغ إليه لتلقي الإخطارات والتبليغات.
- ٢- محل العمل: ويقصد به المقر الذي يمارس فيه المبلغ إليه مهنته أو وظيفته، فيجوز تبليغ المدعى عليه في مقر وظيفته.

خامساً: طرق التبليغ:

طرق التبليغ تدرج ضمن حالتين:

الحالة الأولى: التبليغ العادي:

وهو الأصل في التبليغ، ويتم التبليغ في هذه الحالة بثلاث طرق:

١- التبليغ للشخص: وهو أكثر الطرق فاعلية وبه يتحقق مقصود التبليغ مباشرة وفيه يتم تبليغ الشخص بنفسه وشخصه مباشرة دون واسطة، ويكون التبليغ نظامياً متى سلم إلى شخص من وجه إليه ولو في غير محل إقامته أو عمله.

٢- التبليغ في محل الإقامة: وهذا الطريق يشمل التبليغ في محل العمل المختار أيضاً.

ويكون تبليغ الشخص الطبيعي في محله بإيصال التبليغ محله وتسليمه إلى من يسكن معه في محله كالزوج والزوجة والأصهار والخدم.

وهاتان الطريقتان قد أوردتهما المادتان الخامسة عشرة والثامنة عشرة.

٣- التبليغ بالطرق الدبلوماسية: وهذا الطريق يعتبر طريقاً أصيلاً من طرق التبليغ، وقد نصت عليه المادة العشرون ولائحتها، فهو طريق لتبليغ من ليس له محل إقامة داخل المملكة وله محل إقامة معروف خارج المملكة.

الحالة الثانية: التبليغ الاحتياطي والاستثنائي:

وفي هذه الحالة يتم التبليغ بعدة طرق حسب الظروف التي تواجه المبلغ والعقبات التي تأتي في طريقه، وذلك على النحو التالي:

١- التبليغ عن طريق الإدارة أو بالتعاون معها، ويتم التبليغ عن طريق الجهات الإدارية في الظروف التالية:

أ) إذا لم يوجد في محل الإقامة أحد، أو وجد لكنه امتنع عن تسلم التبليغ، فيسلم الصورة إلى عمدة الحي أو قسم الشرطة أو رئيس المركز أو شيخ القبيلة - حسب

الأحوال - ويرسل إلى من وجه إليه التبليغ على بريده خطاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى الجهة الإدارية، وفقاً للمادة الخامسة عشرة.

ب) من ليس له محل إقامة معروف وليس له محل إقامة مختار أيضاً، فيسلم التبليغ إلى وزارة الداخلية لإعلانه بالطرق المناسبة، وهذا ما نصت عليه الفقرة (ط) من المادة الثامنة عشرة.

ج) في حالة امتناع من وجه إليه التبليغ أو من ينوب عنه من تسليم صورة التبليغ أو استلمها ورفض التوقيع على أصلها، فيثبت المحضر ذلك في الأصل والصورة ويسلم الصورة للإمارة والتي بدورها تبلغ القاضي بما تم إجراؤه، ويجب أن تبلغ المحكمة خلال ثلاث أيام فقط، وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة عشرة.

٢- التبليغ عن طريق الرئيس، ويتم التبليغ بهذه الطريقة في إحدى حالتين:

أ) تبليغ رجال القوات المسلحة وجميع العسكريين يكون إلى المرجع المباشر إلى من وجه إليه التبليغ.

ب) تبليغ البحارة وعمال السفن يكون إلى الربان.

والتبليغ بهذه الطريقة قد نصت عليه المادة الثامنة عشرة، في فقرتيها (هـ) و (و).

٣- التبليغ عن طريق القيم، ويتم التبليغ بهذه الطريقة في إحدى حالتين:

أ) تبليغ المحجور عليه ومن حكمه كالصبي والسفيه، يكون إلى الوصي أو الولي حسب الأحوال.

ب) تبليغ المسجون أو الموقوف يكون إلى مدير السجن أو مدير محل التوقيف.

والتبليغ بهذه الطريقة قد نصت عليه المادة الثامنة عشرة، في فقرتيها (ز) و (ح).

سادساً: مواعيد الحضور:

ذكرت المادة الأربعون من نظام المرافعات مواعيد الحضور على النحو التالي:

١- ميعاد الحضور أمام المحكمة العامة ثمانية أيام على الأقل وذلك من تاريخ تبليغ صحيفة الدعوى.

٢- ميعاد الحضور أمام المحكمة الجزئية ثلاثة أيام على الأقل وذلك من تاريخ تبليغ صحيفة الدعوى.

ويجوز نقص هذه المواعيد إلى أربع وعشرين ساعة أمام المحكمة العامة، وإلى ساعة أمام المحكمة الجزئية بشروط.

هذه هي القواعد العامة للتبليغ في النظام السعودي، وتعتبر الأصل في عملية التبليغ الإعلان، والآن سنتناول إعلان الأوامر القضائية في مرحلتين، كالتالي:

المرحلة الأولى: إعلان الأوامر القضائية قبل إصدارها:

وإعلان الأمر القضائي في هذه المرحلة - أي ما قبل الإصدار - يختلف حكمه باختلاف شكل الطلب المرفوع إلى المحكمة والمتضمن طلب إصدار الأمر القضائي، فالأمر القضائي يطلب إصداره عن طريق الدعوى العادية كما في الأحكام المستعجلة، أو عن طريق الخطاب المستقل، أو ما يعرف بالطلب على عريضة، أو عن طريق الطلب العارض ضمن خصومة قضائية، ويمكننا دراسة حكم الإعلان في هذه المرحلة على ضوء هذه الأشكال الثلاثة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: طلب الأمر القضائي عن طريق دعوى قضائية:

الأوامر القضائية التي يطلبها الخصم عن طريق دعوى مستعجلة يجب إعلانها كالأحكام الأخرى، وتأخذ أحكام الإعلان العامة السابق ذكرها في أول هذا المطلب.

ثانياً: طلب الأمر القضائي عن طريق خطاب يرفع للمحكمة:

وهذا الطلب لم يتطرق المنظم السعودي إلى تنظيمه، لكنه ورد في نظام المرافعات ولائحته عرضياً، وهو مما يجري العمل به حالياً في المحاكم.

لكن الذي عليه العمل أن هذه الطلبات لا يجري إعلانها، فتبت فيها المحكمة دون إعلان إما بالقبول أو الرفض، وهذا ما عليه العمل في أغلب النظم والقوانين الأخرى أيضاً.

ومما يلحق بهذا الشكل الأمر القضائي الصادر من القاضي تلقائياً بدون طلب.

ثالثاً: طلب الأمر القضائي عن طريق طلب عارض:

للمدعي طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي عن طريق الطلب العارض في الخصومة القضائية، وهذا الطلب يكون تابعاً للقضية المطروحة، فيكون إعلانها إعلاناً له.

المرحلة الثانية: إعلان الأوامر القضائية بعد إصدارها:

ويكون الإعلان في هذه المرحلة تبليغ وإعلان لمن صدر الأمر تجاهه بما صدر، فالتبليغ هنا يقصد منه إخطار لمن صدر الأمر ضده ليمثل بمضمون الأمر الصادر أو يعترض، فالإعلان هنا كالتبليغ بمضمون الحكم الصادر.

ويشمل الإعلان في هذه المرحلة أوراق التنفيذ التي تبلغ إلى المعني بالأمر، كتبليغ الجهات التنفيذية المعنية بالتنفيذ، وتبليغ من صدر الأمر ضده وكل من يعنيه الأمر بتنفيذ مضمون الأمر الصادر.

كما يجب تسليم صورة من الأمر الصادر وتبليغه إلى الجهات التنفيذية المختصة لتنفيذه فقد جاء نص المادة الخامسة عشر من نظام الإجراءات الجزائية كما يلي: «على جميع رجال السلطة العامة أن ينفذوا أوامر الجهات القضائية الصادرة طبقاً لهذا النظام، ولهم أن يستعملوا الوسيلة المناسبة لتنفيذها».

وقد استثنى النظام من هذه القواعد العامة للتبليغ ما يتعلق بتبليغ الحجز التحفظي، حيث أوجب النظام تبليغ المحجوز عليه والمحجوز لديه بما تم إصداره من أمر بالحجز التحفظي خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الأمر، وإلا عد الحجز

ملغى، كما أوجب أن يكون التبليغ إلى شخص المحجوز عليه والمحجوز لديه أو إلى شخص من يمثلهما، وخلال هذه المدة القصيرة حفاظاً على الحقوق وضماناً لحرتهما في التصرف في المال المحجوز وهذا ما نصت وهذا ما تضمنته المادة الرابعة عشر بعد المائتين من نظام المرافعات..

كما أوجب النظام في حالة التنفيذ على الأموال المحجوز أن يخطر المحجوز عليه بأمر البيع قبل إجرائه، ويمهل عشرة أيام من تاريخ الإخطار قبل تنفيذه وهذا ما تضمنته المادة الرابعة والعشرون بعد المائتين من نظام المرافعات.

كما أوجب النظام إعلان الأمر الصادر ببيع الأموال المنقولة المحجوزة في المزاد العلني ولا بد أن يكون الإعلان كافياً، ويكون الإعلان عن بيع المنقول قبل اليوم المحدد بمدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً، وذلك بلصق الإعلان على مكان المحجوزات، وعلى اللوحة المعدة للإعلان في المحكمة، وبالنشر عند الاقتضاء في جريدة أو أكثر، وإذا كانت الأشياء المنقولة المحجوزة عرضة للتلف جاز للمحكمة أن تأمر بالبيع من ساعة لساعة دون إعلان وهذا ما تضمنته المادة الثالثة والعشرون بعد المائتين ولائحتها، وأيضاً المادة الرابعة والعشرون بعد المائتين من نظام المرافعات.

أما إذا كان المحجوز عقاراً فيجب أن تعلن المحكمة إعلان البيع قبل لإجرائه بمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً ولا تقل عن خمسة عشر يوماً، ويكون الإعلان بلصق إعلانات الأمر على باب العقار، وعلى اللوحة المعدة للإعلانات في المحكمة، وبالنشر في جريدة أو أكثر واسعة في الانتشار في منطقة العقار وهذا ما تضمنته المادة السادسة والعشرون بعد المائتين من نظام المرافعات.

والإعلان في هذه المرحلة يأخذ في الغالب قواعد إعلان الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: إعلان الأوامر القضائية في الفقه الإسلامي

إعلان العمل القضائي إلى الخصم وتبليغه به قبل إصداره للحضور أمر مقرر لدى فقهاء الشريعة، بل إن العلماء أوجبوه في الأحكام القضائية، فأوجبوا على القاضي

أن يكتب للمدعى عليه بكتاب يشعره فيه بوجود حضوره، وذكروا أنه يجب على القاضي أن يبعث إلى المدعى عليه مع المدعي قطعة من شمع أو طين مختوم عليها بخاتم القاضي ومكتوباً عليها: «أجب خصمك إلى مجلس الحكم»، وهذه الطريقة كانت فيما سلف من الزمن ثم هجر ذلك وأصبح تبليغ الحضور يرسل على قطعة قرطاس.

والأصل في هذا ما ورد في الحديث الشريف: «إذا تقاضى إليك رجلان، فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر». أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٣٣١) وقال: حديث حسن . وأخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٨٢)، والحديث حسنه الألباني في السلسلة برقم (١٣٠٠).

هذا ما يتعلق بالأحكام القضائية، أما الأوامر القضائية فبناء على ما سبق من الخلاف في كونها أحكاماً أو لا فإن للعلماء في إعلان الأوامر القضائية قولان:

القول الأول: أنه يجب إعلانها:

ولم ينص العلماء على هذا القول صراحة، لكنه مقتضى قولهم بأن الأوامر القضائية من قبيل الأحكام وأن الأحكام يجب إعلانها.

وهذا القول يخرج على مذهب أكثر فقهاء الحنفية والذين اعتبروا الأوامر القضائية أحكاماً قضائية.

القول الثاني: أنه لا يجب إعلانها:

وهذا القول مفهوم من قول العلماء بالتفريق بين الأمر القضائي والحكم القضائي، وظاهر نصوص كتب الفقه والسياسة تدل عليه، حيث أوردوا إصدار الأمر القضائي دون ذكر وجوب إعلانها، بل دون تطرق للإعلان مطلقاً.

وهذا القول هو ما يظهر من خلال استقراء نصوص المالكية، وبعض الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

الترجيح: الذي يترجح - والله أعلم - عدم إيجاب إعلان الأوامر القضائية قبل إصدارها، فلا يلزم تبليغ الخصم للحضور، وذلك لأن هذا القول يتفق مع الأوامر القضائية وطبيعتها، وما تقتضيه من الإسراع، والمفاجأة، وتوفير الحماية للحق، ولا يخفى ما في الإعلان من تأخير، فيحصل به تعطيل فائدة الأوامر القضائية.

لكن إن استدعى الحال عدم الاستعجال فالذي يظهر أنه يجوز للقاضي إعلان الخصم وانتظار حضوره قبل إصدار الأمر القضائي.

هذا ما يخص إعلان الأمر القضائي قبل إصداره لتحضير الخصم، أما إعلان الأمر القضائي بعد صدوره فهو من لوازم تنفيذه، إذ يلزم تبليغ الخصم به والجهات المختصة لتنفيذه والامثال بضمونه.

المبحث الثالث: فوائد إعلان الأوامر القضائية

وإعلان الأوامر القضائية وتبليغها له فوائد عديدة وأهمية كبيرة، ولعلنا نضمنها في هاتين الفائدتين:

١- تحقيق علم الخصم بالأمر القضائي:

وهذا الهدف الأسمى من الإعلان القضائي فالإعلان يهدف إلى تبليغ الخصم وإعلامه بما سيتم إجراؤه أو بما تم إجراؤه ضده.

فعلم الخصم بالأمر القضائي وتبليغه به قبل إصداره يحقق له فائدتين:

أ) احترام حق الدفاع: وذلك لأن من حقوق الإنسان التي كفلتها الشريعة الإسلامية والأنظمة والقوانين المعاصرة حق الدفاع أمام القضاء، فأعلان الخصم وتبليغه لحضور جلسة إصدار الأمر القضائي يكفل له هذا الحق، ويمكنه من ممارسته أمام القضاء، مما يساهم في تحقيق العدالة.

ب) احترام حق المواجهة: حق المواجهة بين الخصوم يعتبر تطبيقاً لحق الدفاع، وحق المواجهة لا يتحقق إلا عن طريق الإعلان والتبليغ المسبق للخصم

وأما علم الشخص بالأمر القضائي وتبليغه به بعد إصداره فيحقق فائدتين أيضاً:

(أ) احترام حق الدفاع: فعلمه بالأمر الصادر يتيح له الاعتراض عليه عند القاضي، أو الطعن فيه أمام محاكم الاستئناف حسب الأحوال.

والنظام السعودي قد قرر هذا الحق، حيث اعتبر الأمر الصادر بالمنع من السفر حكماً يخضع لتعليقات التمييز كما في الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية للمادة السادسة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات.

(ب) دفع الضرر: علم من صدر الأمر ضده بالأمر الصادر يدفع الضرر ويحقق المصلحة لطرفي الأمر القضائي على السواء.

٢- تسيير الخصومة القضائية:

يعتبر الإعلان القضائي وسيلة لتسيير الخصومة وتحريكها نحو غايتها، لذا يدخل لدى بعض الشراح ضمن ما يسمى «بالأعمال المحركة» أي التي تحرك الخصومة القضائية.

وهذه الأهمية تتضح في نواح عدة، وهي كالتالي:

(أ) إعلان الأمر القضائي قبل صدوره وبعد المطالبة به إلى الخصم مهم في تحديد مواعيد الحضور إلى المحكمة، وهذا يتضح في الأوامر القضائية التي تأتي في صفه أحكام مستعجلة، حيث أن موعد الحضور فيها بعد أربع وعشرين ساعة من الإعلان، وبشرط أن يتم الإعلان إلى شخص المدعى عليه وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة والثلاثون بعد المائتين من نظام المرافعات ولائحتها.

(ب) إعلان الأمر القضائي بعد صدوره يفيد الخصم الصادر الأمر ضده في تحديد مواعيد الطعن، فمواعيد الطعن لا تسري إلا بعد علم الخصم بالأمر الصادر وتبليغه إليه، أي بتاريخ تسليمه الحكم أو الأمر الصادر ضده، وهذا ما تضمنته المادة السادسة والسبعون بعد المائة من نظام المرافعات.

ج) إعلان الأمر القضائي للخصم يفيد في تحديد مواعيد اكتساب الأمر الصادر للحجية، فالأمر الصادر في شكل حكم مستعجل إذا فات موعد الاعتراض عليه والطعن فيه اكتسب الحجية وصار قطعياً فلا يجوز للخصم الطعن فيه.

د) إعلان الأمر القضائي يفيد في اتخاذ إجراءات التنفيذ والسير فيها، وهذا واضح في الحجز التحفظي، حيث أوجب النظام تبليغ الأمر الصادر بالحجز إلى المحجوز عليه والمحجوز لديه خلال عشرة أيام وإلا عد الحجز ملغى.

كما أوجب النظام في الحجز التحفظي على من طلب إصداره أن يثبت الحق خلال عشرة أيام من صدور الأمر وإلا عد الأمر ملغى كما في المادة الرابعة عشر بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

الإستيقاف

دراسة مقارنة

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية

إعداد

نواف بن عبدالرحمن السويلمي العنزي

المشرف

د. هاني الطهراوي

أستاذ السياسة الشرعية المشارك بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي

١٤٢٩ - ١٤٣٠ هـ.

عدد صفحات البحث قبل التعديل ١٨١ بالمقدمة والفهارس

عدد صفحات البحث بدون المقدمة والفهارس ١٦١

عدد صفحات البحث بعد التلخيص ٥٢

إعداد وإشراف

لجنة تلخيص البحوث والاستشارات القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

تقسيمات البحث

يتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وأربعة فصول، وخاتمة، ومن ثم الفهارس.

المقدمة:

وتشمل: أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، ومشكلة البحث، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث.

الفصل التمهيدي: التعريف بمفردات العنوان وما يتصل بها وفيه أربعة مباحث: المبحث الأول: تعريف الاستيقاف، وطبيعته النظامية، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستيقاف في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الاستيقاف في النظام.

المطلب الثالث: تعريف الاستيقاف في الفقه.

المطلب الرابع: الطبيعة النظامية للاستيقاف.

المطلب الخامس: الطبيعة الفقهية للاستيقاف.

المبحث الثاني: إجراءات الاستيقاف في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: كفالة نظام الإجراءات الجزائية للحرية الشخصية.

المبحث الرابع: التمييز بين الضبطية الإدارية، والضبطية القضائية، والضبط الجنائي.

الفصل الأول: تمييز الاستيقاف عما يشته به، وفيه مبحثين:

المبحث الأول: التمييز بين القبض والاستيقاف، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: ماهية القبض في النظام.

المطلب الثاني: ماهية القبض في الفقه.

المطلب الثالث: شروط القبض.

المطلب الرابع: آثار القبض النظامية.

المطلب الخامس: آثار القبض في الفقه.

المطلب السادس: أوجه الاختلاف بين القبض والاستيقاف.

المبحث الثاني: التمييز بين التوقيف الاحتياطي والاستيقاف، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: ماهية التوقيف الاحتياطي في النظام.

المطلب الثاني: ماهية التوقيف الاحتياطي في الفقه.

المطلب الثالث: شروط التوقيف الاحتياطي.

المطلب الرابع: آثار التوقيف الاحتياطي النظامية.

المطلب الخامس: آثار التوقيف الاحتياطي في الفقه.

المطلب السادس: أوجه الاختلاف بين التوقيف الاحتياطي والاستيقاف.

الفصل الثاني: شروط صحة الاستيقاف، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: من حيث سلطة القيام به.

المبحث الثاني: من حيث شخص الموقوف.

المبحث الثالث: من حيث موضوع الاستيقاف، وفيه مطلبين:

المطلب الأول: الحالات التي يجوز فيها الاستيقاف.

المطلب الثاني: الحالات التي لا يجوز فيها الاستيقاف.

- المبحث الرابع: التأصيل الفقهي لاستيقاف الشخص وتقييد حريته.
- الفصل الثالث: الآثار النظامية المترتبة على الاستيقاف وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: حظر المساس بالحرية الشخصية للموقوف في النظام.
- المبحث الثاني: حظر المساس بالحرية الشخصية للموقوف في الفقه.
- المبحث الثالث: موقف الموقوف من اثر استيقافه، وفيه مطلبين:
- المطلب الأول: امتناع الموقوف عن التعاون مع رجال الضبط الجنائي.
- المطلب الثاني: التخلي الاختياري عن جسم الجريمة، وفيه فرعان:
- الفرع الأول: شروط التخلي الاختياري عن جسم الجريمة اثر استيقافه.
- الفرع الثاني: الآثار النظامية للتخلي الاختياري عن جسم الجريمة اثر الاستيقاف.
- الفصل الرابع: أوجه بطلان الاستيقاف وآثاره، وفيه مبحثان:
- المبحث الأول: الحكم ببطلان إجراءات الاستيقاف وضوابطه، وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: أسباب الحكم بالبطلان.
- المطلب الثاني: اثر الحكم ببطلان الاستيقاف على الدعوى الجزائية.
- المبحث الثاني: رقابة القضاء المقارن، وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: رقابة القضاء السعودي على إجراءات الاستيقاف.
- المطلب الثاني: رقابة القضاء المصري على إجراءات الاستيقاف.
- المطلب الثالث: رقابة القضاء الكويتي على إجراءات الاستيقاف.
- ثم فهرس الأعلام.
- ثم فهرس المصادر والمراجع.
- ثم فهرس الموضوعات.

الفصل التمهيدي

التعريف بمفردات العنوان وما يتصل بها

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الاستيقاف، وطبيعته النظامية:

المطلب الأول: تعريف الاستيقاف في اللغة.

تعريف الاستيقاف لغة:

وقف الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تمكث في شيء.

بناءً على هذا يمكن القول بأن الاستيقاف في اللغة يدل على طلب الوقوف.

المطلب الثاني: تعريف الاستيقاف في النظام.

قد ورد معنى الاستيقاف في مشروع اللائحة التنفيذية لنظام لإجراءات الجزائية السعودي وزارة العدل، ص ٢. بأنه « طلب رجل السلطة العامة وقوف شخص يوجد في حالة تدعو للريبة والشك ولاستجلاء حقيقة أمره.

وكذلك المادة الأولى من مواد قرار سمو وزير الداخلية رقم ٢٣٣ في ١٧/١/١٤٠٤هـ، إذ تنص هذه المادة على أنه يحق لرجال الدوريات وغيرهم من رجال السلطة العامة حق استيقاف كل من يوجد في حالة تدعو للاشتباه في أمره.

وفي ضوء ذلك يمكن تعريف الاستيقاف في نظام المملكة العربية السعودية بأنه إجراء يقوم به رجال الدوريات، وغيرهم من رجال السلطة العامة باستيقاف كل من يوجد في حالة تدعو للاشتباه في أمره بغرض التحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها.

المطلب الثالث: تعريف الاستيقاف في الفقه.

في التشريع الإسلامي عرف الاستيقاف بأنه هو التوقيف.

وقد استعمل الفقهاء التوقيف بمعنى منع التصرف في المدعى به.

أما القانون الوضعي فقد وضع القانون عدة تعريفات لمذلول الاستيقاف وعلي الرغم من اختلاف مشارب هذه التعريفات من حيث الصياغة إلا أنها تتفق من حيث المضمون.

ويمكننا القول بأن الاستيقاف هو مجرد إيقاف أحد الأشخاص لسؤاله عن اسمه وعنوانه ووجهته وكذا التحقق نظراً لوضع نفسه طواعية واختياراً موضع الشك والريبة وكان هذا السلوك ينبئ عن ضرورة تستلزم تدخل رجل السلطة العامة للكشف عن حقيقته.

المطلب الرابع: الطبيعة النظامية للاستيقاف.

تنص المادة الأولى من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على ما يلي: «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام.

ومن ثمَّ يتبين لنا أن الاستيقاف طبيعة إدارية نصت عليها لائحة الاستيقاف في المادة الأولى من مواد قرار سمو وزير الداخلية السعودي رقم ٢٣٣ في السابع عشر من المحرم لعام أربعة وأربعمئة وألف للهجرة، إذ تنص هذه المادة على أنه يحق لرجال الدوريات، وغيرهم من رجال السلطة العامة استيقاف كل من يوجد في حال تدعو للاشتباه.

وفي سبيل تحديد طبيعة الاستيقاف في النظم الوضعية، تتضمن ثلاث قواعد:

- صفة الإجراءات التحفظية لمأموري الضبط القضائي.

- صفة إجراء التحري.

- أنه من إجراءات الأمن يباشره أي رجل سلطة ولو لم يكن من مأموري الضبط القضائي.

المطلب الخامس: الطبيعة الفقهية للاستيقاف.

لا تختلف طبيعة الاستيقاف التي يقوم عليها المنهج الوضعي عن الاستيقاف في الشريعة الإسلامية، ففي المنهج الوضعي تقوم على اعتبارها إجراءً استدلاليًا يقوم به مأمور الضبط القضائي، عند الشك والريبة التي يضع الشخص نفسه فيها طواعية واختيارًا، وكذا المنهج الرباني جعل الشك والريبة من قبيل التهمة التي تحول لمأمور الضبط القضائي استيقاف من وضع نفسه فيها باختياره.

وعلى هذا فإن بناء الاستيقاف في الشريعة على الشك والريبة الذي هو مناط الاستدلال بالمعنى الفني الذي ساقته الأنظمة الوضعية ومنها محكمة النقض المصرية، والذي قام عليه التشريع الإسلامي الحنيف في حديث النبي ﷺ، عندما ظهرت الريبة في قول المرأة ومنطقها، فيما روى عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ «لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر فيها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها» (أخرجه ابن ماجه، فتح الباري، لابن حجر، بستان الأخبار مختصر نيل الأوطار).

وقد قال ابن القيم في التهمة مجمل كلام الفقهاء: إخبار بحق الله أو لأدمي على مطلوب تعذرت إقامة الحجة الشرعية عليه في غالب الأحوال.

ويتضح الأمر أكثر في قول رسول الله ﷺ في الحديث الذي رواه عنه المغيرة بن شعبة قال قال سعد بن عبادة لو رأيت رجلا مع امرأتي لضربته بالسيف غير مصفح عنه فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال أتعجبون من غيرة سعد؟ فوالله لأنا أغير منه والله أغير مني من أجل غيرة الله حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا شخص أغير من الله ولا شخص أحب إليه العذر من الله من أجل ذلك بعث الله

المرسلين مبشرين ومنذرين ولا شخص أحب إليه المدحه من الله من أجل ذلك وعد الله الجنة (مشكل الآثار للطحاوي (١٣ / ٧٤) ..

ويرى الباحث وإن كان كل ما ورد من نقاش جدال بين أصحاب المذاهب الوضعية قد يكون مستنداً على نصوص فقهية ثابتة في اجتهادات الفقهاء إلا أن الأمر يختلف كثيراً عنه في الأنظمة الوضعية، فالأمر قائم في الشريعة الغراء على أساس التدرج والتكامل بين النصوص التي تستند أساساً على مبدأ مهم مأمور به ألا وهو الأمر المعروف والنهي عن المنكر الذي يسوغ للمحتسب أو مأمور الضبط القيام بواجبه في الدعوة والإرشاد والنصح، بدون أن يرى منكراً فإن رآه قومه، كفعل النبي ﷺ نصحاً وإرشاداً، فإذا ما وجدت أمارات تدل على قيام هذا الشخص بفعل يعد في الشرع جريمة تصدى له النبي ﷺ.

ومن ثم يرى الباحث من أن طبيعة الاستيقاف تتضمن ثلاث قواعد: - صفة الإجراءات التحفظية لمأموري الضبط القضائي.

- صفة إجراء التحري.

- أنه من إجراءات الأمن يباشره أي رجل سلطة ولو لم يكن من مأموري الضبط القضائي.

لتضمن كل المبادئ التي يمكن أن تبرر هذا الإجراء.

المبحث الثاني: إجراءات الاستيقاف في الشريعة الإسلامية.

عندما نتكلم عن هذا الإجراء لابد من أن نبين هل هذا الإجراء يعد من السلطات المطلقة للمحتسب أو لمأمور الضبط أم أن هناك قيوداً وشروطاً لابد من توافرها لكي يجوز له القيام بهذا الإجراء، ولكن قبل ذلك، لابد من معرفة ما إذا كان يوجد ما يسمى بأجهزة الضبط الإداري والقضائي في الإسلام أم لا؟

عرف فقهاء المسلمين الضبط الإداري بمعنى الحسبة عند الكلام عن الولايات

الإسلامية وأن ولاية الضبط الإداري الإسلامي (الحسبة) تقوم بوظيفة وغاية مؤداها وقاية المجتمع من الجرائم والحوادث.

وقد قام النبي ﷺ بنفسه بممارسة هذه السلطة، فكان يعظ الناس ويرشدهم إلى أمور دينهم ودنياهم، حتى إذا وجد عملاً ضاراً عمل على منعه، ومن ذلك ما رواه الإمام مسلم بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال ما هذا يا صاحب الطعام قال أصابته السماء يا رسول الله قال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس مني (صحيح مسلم ١٤٧)..

وعلى هذا لا بد من بيان الشروط التي يمكن للمحتسب أو لمأمور الضبط أن يقوم على أثرها باتخاذ إجراء الاستيقاف للشخص في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي:

الشروط التي تسبق الاستيقاف في الشريعة الإسلامية وتبرر إجراءه:

يكون الاستيقاف في الإسلام عن طريق والي الحسبة المناط به رعاية المصالح والأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله.

ومن الجدير بالذكر أن الحسبة لها جانبان:

الأول: إيجابي: يتمثل في أنها تقوم بقمع الجريمة.

والثاني: إجرائي فهي تقوم بدور الوقاية من الجرائم قبل وقوعها. وهذا النوع من النشاط هو ما نحن بصدده، حيث إن سلطة الضبط أو المحتسب حين قيامه بمهامه تلك يمكنه ممارسة الاستيقاف كإحدى الوسائل التي تساعد في أداء مهمته. وعلى هذا نجد ضرورة توافر شرطين أساسيين لقيام المحتسب بهذا الإجراء:

أولهما: الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه.

ثانيهما: النهي عن المنكر إذا ظهر فعله.

أولاً: الأمر بالمعروف كل ما أمر به الشرع وارتضاه العقل السليم والأعراف الحميدة، ويكون الأمر بالمعروف على النحو التالي:

أحدها: ما يتعلق بحقوق الله - تعالى.

الثاني: ما يتعلق بحقوق الأدميين.

الثالث: ما يكون مشتركاً بينهما (حقوق الله وحقوق الأدميين).

التعلق بحقوق الله تعالى:

فأما المتعلق بحقوق الله عز وجل فمنها ما يلزم الأمر به في الجماعة دون الانفراد.

التعلق بحقوق العباد:

ضربان: عام كالبلد إذا تعطل شربه، أمر بإصلاح شربهم وبناء سورهم.

أما الخاص: فهو ما يسمى بالمصلحة الخاصة، فيأمر المحتسب بأداء الحقوق عند القدرة واليسار.

حقوق مشتركة بين الله تعالى والعباد:

كالزام النساء أحكام العدة إذا فارقت أزواجهن.

ثانياً: النهي عن المنكر:

الأول: كونه منكراً: ونعني به أن يكون محذور الوقوع في الشرع.

الثاني: أن يكون المنكر موجوداً في الحال: بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشر لها وقت النهي أو التغيير.

الثالث: أن يكون المنكر ظاهراً للمحتسب بغير تجسس:

الرابع: أن يكون كونه منكراً معلوماً بغير اجتهاد: فكل ما هو في محل الاجتهاد فلا حسبة، فكل ما هو محل للاجتهاد لا محل للنهي عنه أو تغييره.

الشرط الخامس: دفع المنكر بأيسر ما يندفع به: ويشترط في دفع المنكر أن يدفع بأيسر ما يمكن أن يدفعه به، فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه ما دام الدافع قادرًا على دفعه بالأكثر، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه؛ لأن ما زاد عن الحاجة يعتبر جريمة.

والنهى عن المنكر يمكن تقسيمه على نفس النسق الذي تم تقسيم الأمر بالمعروف وهو على ثلاثة أقسام نبينها على النحو التالي:

الأول: العبادات

الثاني: المحظورات: وهي التي نهى عنها الله ورسوله. ووظيفة المحتسب: أن يمنع الناس من مواقف الريب ومضان التهمة، لقوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» (الاربعين النووية، للنووي. وقال الرمذي حديث حسن صحيح

الثالث: المعاملات المنكرة: كالربا، وعلى المحتسب إنكاره والمنع منه

الثالث: ما يتعلق بالحقوق المشتركة: كالمنع من التلصص على بيوت الناس، كل ذلك يمارسه المحتسب من خلال إجراء الاستيقاف بمراقبة حال الناس دون تلصص أو تجسس عليهم.

الشروط التي تسبق الاستيقاف وتبرر إجراءه في القانون الوضعي:

أولاً: ضرورة توافر مظاهر تبرر الاستيقاف: يجب أن تتوافر مظاهر تبرر هذا الإجراء، حتى يتسنى للمستوقف الاعتماد عليه كدليل لإدانة الشخص،.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن من المظاهر التي تبرر لرجل السلطة العامة استيقاف الشخص للكشف عن حقيقة أمره، مشاهدة الشخص في منتصف الليل يحمل شيئاً، وما إذا رأى سيارة الشرطة تهدئ من سرعتها لإقفل مسرعاً، وقد خلع حذاءه ليسهل له الجري.

ومن ذلك أنه «متى كان المخبر قد اشتبه في أمر المتهم لمجرد تلفته، وهو سائر في

الطريق وهو عمل لا يتنافى مع طبائع الأمور ولا يؤدي إلى ما يتطلبه الاستيقاف من مظاهر تبرره، فإن الاستيقاف على هذه الصورة هو القبض الذي لا يستند إلى أساس في القانون فهو باطل» نقض ٣٠ / ٢ / ١٩٥٧ - س ٨ - ق ٢٨٣ - ص (٩٩٨) ..

ثانياً: ألا يتعدى رجل الضبط الغاية من الاستيقاف: وحتى يمكن القول بتوافر هذا الشرط لا بد وأن لا يتضمن تنفيذ الاستيقاف تعرضاً مادياً للمستوقف بحيث يعد مساساً بحريته الشخصية أو اعتداءً عليه، لأن كل تعطيل لحرية الشخص في الحركة والتنقل يمتد وقتاً جبراً عنه يعد قبضاً على هذا الشخص لا استيقافاً.

ثالثاً: أن يلتزم رجل الضبط بحد الاستيقاف:

وفي هذا السبيل لن تخرج طبيعة الحال عن ثلاث صور على النحو التالي:

الصورة الأولى: بأن يتضح لرجل الضبط أن ما أثير حول الشخص لا أساس له من الصحة، وأزال أسباب الشبهة التي أثيرت لدى رجل الضبط.

الصورة الثانية: هي ما يؤدي الاستيقاف فيها إلى الكشف عن حالة تلبس بجريمة، فإن الجريمة تكون في حالة تلبس، وتتخذ كافة الإجراءات المترتبة على حالة التلبس.

الصورة الثالثة: وهي حالة ما إذا امتنع المشتبه فيه عن تقديم ما يزيل الشبهة عن نفسه، فهل لمأمور الضبط اقتياده إلى قسم الشرطة، اختلف شراح القانون في ذلك على ضربين:

الأول: هو حق مأمور الضبط في اقتياد المستوقف إلى قسم الشرطة طالما لم يفصح عن حاله.

الثاني: وهو لجمهور شراح القانون، حيث ذهبوا إلى أن الاستيقاف لا يبرر إلا سؤال المستوقف وتلقى الجواب منه.

المبحث الثالث: كفالة نظام الإجراءات الجزائية للحرية الشخصية.

نظام الإجراءات الجزائية يرفع مصلحة المصلحتين: مصلحة المجتمع في الإسراع بتوقيع جزاء عادل على من ارتكب الجريمة ومصلحة المتهم في كفالة حقه في الدفاع عن نفسه وتمكينه من إثبات براءته.

لذلك فإن تطبيق الضمانات المنصوص عليها في نظام الإجراءات الجزائية أمر لا خلاف عليه، حيث توجد النصوص التي توضح الإجراءات التي تحكم الدعوى الجزائية وكذلك الحقوق والواجبات الناشئة في محيط الروابط النظامية المنبثقة عن تلك الإجراءات وتظهر لنا النصوص المتعلقة بالضمانات من خلال تلك النصوص التي تقرر جزاء إجرائياً كعدم القبول أو السقوط أو البطلان.

ومن أمثلة الضمانات التي ذكرها نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية ما ورد النص عليه في المادتين الثانية والثالثة، فقد نصت المادة الثانية على: «لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً ولا يكون التوقيف أو السجن إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما وللمدة المحددة من السلطة المختصة، ويحظر إيذاء المقبوض عليه جسدياً أو معنوياً كما يحظر تعريضه للتعذيب أو المعاملة المهينة للكرامة».

ونصت المادة الثالثة على: «لا يجوز عقوبة جزائية على أي شخص إلا على أمر محظور ومعاقب عليه شرعاً أو نظاماً وبعد ثبوت إدانته بناءً على حكم نهائي بعد محاكمة عادلة تجري وفقاً للوجه الشرعي».

المبحث الرابع التمييز بين الضبطية الإدارية، والضبطية القضائية، والضبط الجنائي.

أهم خصائص الضبط الإداري، والقضائي:

1- الضبط الإداري نشاط مباشره الإدارة أي السلطة التنفيذية، بخلاف الضبط القضائي الذي هو في الأصل من اختصاص هيئة الحقيق والإدعاء العام التابعة

للسلطة القضائية.

- ٢- الضبط الإداري هدفه وقائي، بخلاف الضبط القضائي الذي يهدف إلى فك رموز الجريمة التي وقعت وتتبع مرتكبيها.
- ٣- يصدر الضبط الإداري في شكل قرار انفرادي لا يخضع للمساومة ولا للاتفاق.
- ٤- تتمتع الإدارة في هذا النوع من النشاط بسلطة تقديرية واسعة، بخلاف أمور الضبط القضائي المقيد بنظام لا يمكن له تجاوزه وإلا عد الإجراء باطلا.
- ٥- إن مجال الضبط الإداري محدود بتحقيق النظام العام، أما أمور الضبط القضائي فمهمته الردع أي ضبط الجاني مرتكب الجريمة وتوقيع العقوبة عليه.
- ٦- إن الضبط الإداري خطير على الحريات العامة، وقد يكون بدون سند في النظام، بخلاف الضبط القضائي الذي يستلزم وجود نص.

الفصل الأول

تمييز الاستيقاف عما يشته به

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التمييز بين القبض والاستيقاف، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: ماهية القبض في النظام.

مفهوم القبض:

وباستقراء الأنظمة الإجرائية الجنائية المقارنة لم نجد أي منها يقدم تعريفاً للقبض باستثناء نظام الإجراءات الجزائية السعودي الذي عرف القبض ضمن جملة التعريفات التي تضمنتها اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي، وزارة العدل، ١٤٢٣ / ١٤٢٤ هـ، ص ٤.، حيث قدمت تعريفاً موجزاً للقبض بأنه: « السيطرة على المتهم لإتخاذ الإجراءات النظامية حياله ».

أن تعريف نظام الإجراءات الجزائية هو التعريف المناسب؛ وذلك لإيجازه وشموله للقبض .

المطلب الثاني: ماهية القبض في الفقه.

القبض لغةً مصدر: قبضه يقبضه قبضاً، وخلاصة معانيه تدور حول: الإمساك، وخلاف البسط، والموت، والأخذ، والجمع، وما أخذ باليد، وقبول المتاع وإن لم يحل إليه، وتحويل المتاع إلى الحيز، والتملك - ونحو ذلك.

القبض في الاصطلاح: الفقهاء لم يذكروا تعريفاً جامعاً لجميع أقسام القبض، وبصورة عامة ليس لاصطلاح القبض حقيقة شرعية، وإنما هو باق على معناه اللغوي والعرفي، وأينما استعمل لفظ القبض في الكتاب أو السنة أو مواضع الإجماع

يرجع في الحقيقة إلى معناه العرفي وهو الاستيلاء العرفي والاستقلال سواء تم ذلك باليد أو كتب بالخط أو ركب عليه.

المطلب الثالث: شروط القبض.

يعتبر القبض من الإجراءات الخطيرة التي أحاطتها القوانين الوطنية والمواثيق الدولية بالعديد من الضمانات كما جاء في النظام الأساسي للحكم في المادتين (٢٦) و(٣٦). ومن هذه الشروط ما يلي:

١. إجراؤه لا بد أن يكون مؤسساً على السند القانوني الذي يخول السلطة القائمة به لإتمامه.
٢. أن يكون القبض في مدة محددة بالنسبة لرجل الضبط وكذلك بالنسبة للمحقق.
٣. معاملة المقبوض عليه بما يحفظ عليه كرامته الإنسانية.
٤. ابلاغ المقبوض بأسباب القبض عليه والاستماع إلى أقواله فوراً.
٥. أن لا ينفذ أمر القبض بعد مرور ثلاثة أشهر كما جاء في للمواد، ٣٥، ٣٤، ١١٦، ١٠٩، ١١٧.

المطلب الرابع: آثار القبض النظامية.

إن أهم أثر من الآثار للقبض في النظام السعودي والنظم الوضعية هو جواز تفتيش المقبوض عليه تفتيشاً قانونياً للبحث عن أدلة الجريمة. وكذا انعقاد الاختصاص القضائي لجهات التحقيق والمحاكمة. وهذان الأثران يترتبان على القبض القانوني الصحيح. أما القبض الباطل فليس من شأنه إحداث هذا. ذلك أن الإجراء الباطل لا ينتج الآثار القانونية التي ترتبها القاعدة الإجرائية. وكذلك من الآثار أنه يستلزم تكليف لرجال السلطة العامة بضبط المتهم وإحضاره ولو بالقوة إذا لزم الأمر، فإذا خلا من ذلك فلا يكون أمر قبض.

وكذلك من الآثار ألا تزيد مدة القبض باعتباره إجراء مؤقت عن أربع وعشرين ساعة .

فقد نصت المادة (١٠٩) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه « يجب على المحقق أن يستجوب المتهم المقبوض عليه فوراً، وإذا تعذر ذلك يودع دار التوقيف إلى حين استجوابه، ويجب ألا تزيد مدة إيداعه على أربع وعشرين ساعة، فإذا مضت هذه المدة وجب على مأمور دار التوقيف إبلاغ رئيس الدائرة التي يتبعها المحقق، وعلى الدائرة أن تبادر إلى استجوابه حالاً أو تأمر بإخلاء سبيله».

وغنى عن البيان فإن القبض غير الصحيح يترتب عليه عدة جزاءات متمثلة في الجزاء التأديبي، وكذا الجزاء الإجرائي. والذي يتمثل في البطالان وكذا الجزاء الجنائي.

المطلب الخامس: آثار القبض في الفقه.

إن هذه الآثار النظامية يمكن أن تنطبق على الآثار الفقهية بل إنها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية ويمكن القول أن في ذلك مصلحة لحماية المجتمع فإن وضع هذه الفكرة في صورة نصوص إجرائية هو من قبيل السياسة التي تترك لولي الأمر أن ينظمها بما يحقق مصالح العباد.

المطلب السادس: أوجه الاختلاف بين القبض والاستيقاف.

أولاً: من حيث القائم بكل منهما.

الاستيقاف يجوز إجراؤه بمعرفة أي فرد من رجال السلطة العامة ولو لم يكن من مأموري الضبط القضائي وهذا يختلف عن القبض إذ لا يجوز أن يتم إلا بمعرفة مأمور الضبط القضائي.

ثانياً: من حيث المساس بالحرية الفردية.

الاستيقاف لا ينطوي على مساس بحرية من يتخذ قبله ولا يبيح في ذاته استعمال القوة معه، أما القبض فهو إجراء مساس بالحرية الفردية.

ثالثاً: من حيث الآثار.

أن القبض رتب عليه النظام جواز التفتيش بخلاف الاستيقاف إذ لا يترتب عليه

هذا الأثر، وكذلك فإن القبض يميز احتجاز مأمور الضبط القضائي للمقبوض عليه مدة لا تتجاوز أربع وعشرين ساعة، أما الاستيقاف فلا يجوز أكثر من اقتياد المشتبه فيه إلى أقرب مأمور ضبط قضائي.

رابعاً: من حيث طبيعة كلٍّ منها.

الاستيقاف هو مجرد إجراء إداري، بينما القبض فهو إجراء من إجراءات التحقيق.

خامساً: سبب الإجراء.

يتطلب القانون لمباشرة الاستيقاف توافر شبهات وريب، بينما القبض يتطلب المنظم فيه وجود دلائل يقينية وكافية على الاتهام.

المبحث الثاني: التمييز بين التوقيف الاحتياطي والاستيقاف، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: ماهية التوقيف الاحتياطي في النظام.

باستقراء الأنظمة الإجرائية الجزائية نجد أن معظمها قد خلى من تحديد تعريف محدد للوقف الاحتياطي، كما اختلفت حول مسماه، فمنها ما اسماه « بالحبس الإحتياطي » (قانون الإجراءات الجزائية المصري م ٣٤، وقانون الإجراءات الجزائية الليبي م ١١٥، وقانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي م ٦٩، ومنها ما اسماه « بالتوقيف » (نظام الإجراءات الجزائية السعودي م ١١٢، قانون أصول المحاکمات الأردني م ١١١، قانون أصول المحاکمات الجزائية السوري م ١٠٢، قانون أصول المحاکمات الجزائية اللبناني م ١٠٠، قانون أصول المحاکمات الجزائية العراقي م ١٠٩، ومنها ما اسماه « الاعتقال الإحتياطي » (قانون المسطرة الجزائية المغربي م ١٥٢، قانون مجلة الإجراءات الجزائية التونسي م ١٨٤).

وفي ظل الغياب التشريعي لتعريف الحبس الإحتياطي اجتهد شراح القانون في تقديم تعريف لهذا الإجراء، فعرفه البعض بأنه: إيداع المتهم السجن خلال فترة

التحقيق كلها أو بعضها أو إلى أن تنتهي محاكمته.

المطلب الثاني: ماهية التوقيف الاحتياطي في الفقه.

هو توقيف الشخص ومنعه من التصرف بنفسه حيث شاء سواء كان في مسجد أو في بيت ولهذا اسماه الرسول صلى الله عليه وسلم أسرا.

المطلب الثالث: شروط التوقيف الاحتياطي:

أولاً: تسبب أمر التوقيف الإحتياطي: لم يرد نص صريح في نظام الإجراءات الجزائية السعودي يوجب تسبب أمر التوقيف اللهم إلا نص المادة (١١٦) من النظام التي توجب إبلاغ الموقوف فوراً بأسباب القبض عليه أو توقيفه، وجاء في اللائحة التنفيذية للنظام من خلال المادة (١/١١٦) «ويجب على المحقق إيراد أسباب القبض على المتهم، أو توقيفه في محضر التحقيق ويوقع المتهم في المحضر على العلم بها».

ثانياً: إبلاغ الموقوف احتياطياً بأسباب وقفه

وردت هذه الضمانة صراحة ضمن نصوص نظام الإجراءات الجزائية السعودي من خلال نص المادة (١١٦) التي نصت على «يبلغ فور كل من يقبض عليه أو يوقف بأسباب القبض عليه أو توقيفه ويكون له حق الإتصال بمن يراه لإبلاغه، ويكون ذلك تحت رقابة رجل الضبط الجنائي».

وجاءت اللائحة التنفيذية للنظام مكتملة ومفسرة لهذا النص بأن أوضحت وجوب إيراد أسباب القبض في محضر التحقيق، ويوقع على المحضر بما يفيد العلم.

ثالثاً: تحديد مدة التوقيف الاحتياطي

الملاحظ اختلاف الأنظمة الإجرائية الجزائية حول تحديد مدة التوقيف الاحتياطي، ويمكن ردها في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات:-

الأول: يضع حداً أقصى لمدة التوقيف الاحتياطي: ومن ذلك نظام الإجراءات الجزائية السعودي من خلال نص المادة (١١٣) التي أوجبت ألا تزيد مدة التوقيف الاحتياطي عن خمسة أيام تجدد بأمر من المحقق بحيث لا يزيد مجموعها عن أربعين يوماً من تاريخ القبض، ولرئيس هيئة التحقيق والإدعاء العام زيادة تلك المدة بحيث لا تزيد في مجموعها عن ستة أشهر، يتعين بعدها إحالة المتهم للمحكمة أو الإفراج عنه.

الثاني: وضع حد أقصى للتوقيف الاحتياطي في مواد المخالفات دون الجنايات، ومن ذلك قانون الإجراءات الجنائية المصري كما نص في المادة (١٤٣).

الثالث: عدم وضع حد أقصى لمدة التوقيف الاحتياطي: ومن ذلك قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، كما نص في المادة (٧٠)

ويمكن القول: بأن أفضل الأنظمة هو ما يضع حداً أقصى لمدة الحبس الاحتياطي في المخالفات والجنايات باعتبار أن هذا الإجراء من الإجراءات الاستثنائية وحتى لا يظل المتهم مهدداً بمدة حبس مفتوحة.

المطلب الرابع: آثار التوقيف الاحتياطي النظامية.

أولاً: معاملة الموقوف احتياطياً معاملة خاصة

يمكننا القول أن ضمان معاملة المحبوس احتياطياً بما يكفل كرامته مجمع عليها دولياً من خلال الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، بعكس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فلم يركز على موضوع معاملة المحبوسين احتياطياً.

كما أن الأنظمة الإجرائية الجزائية قد قررت ضمانات خاصة بمعاملة المحبوس احتياطياً ومن ذلك نظام الإجراءات الجزائية السعودي، الذي كفّل للمحبوس احتياطياً حق إبلاغه بسبب القبض، وحق الاتصال بمن يرى إبلاغه سواء كان أهله وذويه، وذلك من خلال نص المادة (١١٦) التي نصت على «يبلغ فوراً كل من يقبض عليه أو يوقف بأسباب القبض عليه أو توقيفه، ويكون له حق الاتصال بمن

يراه لإبلاغه، ويكون ذلك تحت رقابة رجل الضبط».

ثانياً: خصم مدة التوقيف الاحتياطي من مدة العقوبة

يفهم من نص المادة (٢١٦) من قانون الإجراءات الجزائية السعودي والتي نصت على: (يفرج في الحال عن المتهم الموقوف إذا كان الحكم صادر بعدم الإدانة أو بعقوبة لا يقتضي تنفيذها السجن، أو إذا كان المتهم قد قضى مدة العقوبة المحكوم بها في أثناء توقيفه).

وكذلك قد أخذ المنظم المصري بهذه القاعدة، كما جاء في نص المادة (٤٨٢) وكذلك المادة (٤٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية.

المطلب الخامس: آثار التوقيف الاحتياطي في الفقه.

لقد ذهب معظم الفقهاء في الفقه الإسلامي إلى جواز التوقيف عملاً بقاعدة الأخذ بالأحوط وسد الذرائع.

والتوقيف في الشريعة الإسلامية يكون في بعض الجرائم، وفي حالات خاصة يستدل عليها عند وقوع العقوبة. فان كان مستحقه صبيلاً لم ينب عنه احد في استيفاؤه لأب، ولا وصي، ولا حاكم، وإنما يجبس الجاني حتى يبلغ الصغير، ويفيق المجنون.

فقد حبس معاوية رضي الله عنه هذبه بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القليل،، ومن شروطه ألا يتعدى الجاني إلى غيره.

والمهم في هذا المقام هو القيود المقررة على الإجراء، ومنها ما قرره الفقهاء أن تقريره يجب أن يتم من قبل الوالي لا القاضي، وقد اختلفوا في مقدار المدة القصوى الواجب توقيفه فيها. فمن الفقهاء من قال أن تقديره متروك لولي الأمر، ومنهم من قال يجب تحديد المدة ولا يجوز أن تتعدها.

والتوقيف يتوجب في بعض الجرائم التي جعلت لولي الأمر حق التنظيم ومن هذه الجرائم التي تستدعي التوقيف:

أولاً: جريمة قطع الطريق .

ثانياً: جريمة البغي .

ثالثاً: الردة .

المطلب السادس: أوجه الاختلاف بين التوقيف الاحتياطي والاستيقاف .

١- لما كان الحبس الاحتياطي هو إجراء ينطوي على المساس بحرية الأفراد فإنه يشترك مع الاستيقاف في ذلك .

٢- الاستيقاف يختلف مع التوقيف الإحتياطي في أن الأخير من إجراءات التحقيق والاستيقاف من إجراءات الاستدلال .

٣- التوقيف الاحتياطي في نظام الإجراءات الجزائية السعودي ينتهي بمضي خمسة أيام إلا إذا رأت هيئة التحقيق والإدعاء العام تحديد مدته، ولا تزيد مجموعها على ستة أشهر من تاريخ القبض على المتهم كما جاء في المواد (١٠٣)، (١٠٤) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي .

أما الاستيقاف فهو إيقاف عابر سبيل فقط .

٤- كما أن التوقيف الإحتياطي يأمر به جهة التحقيق، أما الاستيقاف فإنه يباح للمأمور الضبط القضائي القيام به في أحوال محددة نظاماً كما جاء في المادة (٦٩) من قانون أصول الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي .

الفصل الثاني

شروط صحة الاستيقاف، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: من حيث سلطة القيام به.

١- أن يكون القائم به مخول له نظاماً: كما جاء في المادة (٣٥) من نظام الإجراءات الجزائية.

٢- ألا تتضمن إجراءات الاستيقاف تعرضاً مادياً للمتحرى عنه تمس حرته.

٣- أن لا تزيد مدة الاستيقاف عن مدة الاستفسار.

المبحث الثاني: من حيث شخص الموقوف.

يضع الشخص نفسه طواعية واختياراً في موضع الشك والريبة.

ان ينبىء هذا الوضع الذي وضع الشخص نفسه فيه عن ضرورة تستلزم تدخل رجل الشرطة .

المبحث الثالث: من حيث موضوع الاستيقاف، وفيه مطلبين:

المطلب الأول: الحالات التي يجوز فيها الاستيقاف

يجب أن تتوافر مظاهر تبرر هذا الإجراء، حتى يتسنى للمستوقف الاعتماد عليه كدليل لإدانة الشخص، ومنها أن يضع الشخص نفسه طواعية واختياراً في وضع الشبهة والريب، الأمر الذي استوجب تدخل المستوقف للكشف عن حقيقة الأمر وإزالة غموض الشبهة والريب (نقض ٨ / ٢ / ١٩٣٧ - ق ٤٣ - (٤ / ٤١)).

وخلاصة ذلك أنه إذا لم يكن في سلوك المرء ما يدعو إلى الاشتباه في أمره واستيقافه، بأن يكون ما أتاه من تصرف يتوافق مع طبائع الأمور ولا يبرر الاستيقاف، فإن الاستيقاف في هذه الحالة يعد قبضاً لا يستند لنص قانوني ومن ثمّ كان الإجراء أي

الاستيقاف باطلاً (نقض ٣٠ / ٢ / ١٩٥٧ - س ٨ - ق ٢٨٣ - ص ٩٩٨).

ومن التطبيقات في هذا المجال نورد بعض محاضر هيئة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في مجال الاستيقاف بناءً على ظهور حالة الريبة والشك:
جاء محضر الهيئة فيها على النحو التالي:

« الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

ففي حال قيامنا بدورية ميدانية، وبمرورنا من خلف أسواق....، شاهدنا شخصاً سعودياً يقف عند سيارة...، وهو بحالة ريبة شديدة وكأنه ينتظر أحداً وما أن شاهد السيارة الرسمية تمر بالقرب منه إلا وارتبك وحاول التخلص من الموقف والابتعاد عن السيارة، فتم استدعاؤه، فتبين أنه....، والذي أخذ يتلعثم في حديثه، وشوهدت بجانب السائق في سيارته على المقعد الأمامي كرتون خمر مستورد نوع... فتم ضبطها... إلخ

المطلب الثاني: الحالات التي لا يجوز فيها الاستيقاف

أنه إذا لم يكن في سلوك المرء ما يدعو إلى الاشتباه في أمره واستيقافه، بأن يكون ما أتاه من تصرف يتوافق مع طبائع الأمور ولا يبرر الاستيقاف، فإن الاستيقاف في هذه الحالة يعد قبضاً لا يستند لنص قانوني ومن ثمَّ كان الإجراء أي الاستيقاف باطلاً (نقض ٣٠ / ٢ / ١٩٥٧ - س ٨ - ق ٢٨٣ - ص ٩٩٨).

المبحث الرابع: التأصيل الفقهي لاستيقاف الشخص وتقييد حريته.

أكدت الشريعة الإسلامية على كرامة الإنسان وحريته وحقه في محاكمة عادلة تتاح له فيها أوجه الدفاع، فوضعت العديد من القيود وجعلت لسلطة القاضي حدوداً لا يتعداها فإن خرج عليها كان عمله باطلاً، بل إن غاية الشريعة الإسلامية هي وضع القيود أمام القضاة الذين لا يتورعون في إصدار الأحكام التي لا يراعى فيها ضمانات للمحكوم عليه.

وكذلك أقرت الشريعة أكبر وأعظم ضمانه وهي افتراض البراءة في المتهم وأن الشك يفسر لمصلحة المتهم، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الأمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » (تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذى للمباركفورى، كتاب الحدود .

ومجمل القول نخلص إلى حقيقة مقتضاها أن الأنظمة الإجرائية التي ترسم طرق وإجراءات التقاضى لا تخالف الشريعة الإسلامية لأنها وسيلة لغاية تجمع عليها الشريعة وهي اللجوء إلى القضاء في ظل محكمة عادلة تتاح فيها للأفراد حرية الدفاع، كما أن الضمانات القضائية الموجودة الآن في نظام الاجراءات الجزائية سبق وأن قررتها الشريعة الإسلامية.

الفصل الثالث

الآثار النظامية المترتبة على الاستيقاف

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: حظر المساس بالحرية الشخصية للموقوف في النظام.

من الضمانات التي ذكرها نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية ما ورد النص عليه في المادتين الثانية والثالثة، فقد نصت المادة الثانية على: « لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً ولا يكون التوقيف أو السجن إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما وللمدة المحددة من السلطة المختصة، ويحظر إيذاء المقبوض عليه جسدياً أو معنوياً كما يحظر تعريضه للتعذيب أو المعاملة المهينة للكرامة.

ونصت المادة الثالثة « لا يجوز عقوبة جزائية على أي شخص إلا على أمر محظور ومعاقب عليه شرعاً أو نظاماً وبعد ثبوت إدانته بناءً على حكم نهائي بعد محاكمة عادلة تجري وفقاً للوجه الشرعي المبحث الثاني: حظر المساس بالحرية الشخصية للموقوف في الفقه.

أكدت الشريعة الإسلامية على كرامة الإنسان وحرته وحقه في محاكمة عادلة تتاح له فيها أوجه الدفاع، فوضعت العديد من القيود وجعلت لسلطة القاضي حدوداً لا يتعداها فإن خرج عليها كان عمله باطلاً.

وإن أبرز ما أورده في هذا الشأن التأكيد على حرية المتهم ومنع إكراهه وتعذيبه من أجل حمله على الاعتراف، بل أنها جعلت اعترافاته امتولدة من إكراه وتهديد ووعيد غير معول عليها، ومن ذلك قول علي رضي الله عنه إلى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما كان يقضي بأمر امرأة اتهمت بالزنا وحملت سفاحاً وقد

أمر برجمها بعدما اعترفت بما ارتكبته من ذنب بعد تخويفها، إذ قال له: يا أمير المؤمنين: أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا حد على معترف بعد بلاء، إنه من قيد أو حبس أو تهديد فلا إقرار له» (الرياض النظرية في مناقب العشرة للمحب الطبري)

وكذلك قررت الشريعة الإسلامية حرمة المسكن فمنعت الدخول فيه إلا بأذن ومن ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما دخل دار أبي محجن الثقفي حيث كان يشرب الخمر مع أحد أصحابه، فقال أبو محجن يا أمير المؤمنين إن هذا لا يحل لك فقد نهى الله عن التجسس، فقال عمر: ما يقول هذا فقال زيد بن ثابت: صدق يا أمير المؤمنين هذا من التجسس، قال: فخرج عمر وتركه (تفسير القرطبي وكذلك أقرت الشريعة أكبر وأعظم ضمانه وهي افتراض البراءة في المتهم وأن الشك يفسر لمصلحة المتهم، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم «ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» (تحفة الأحوذى، مرجع سابق وقد أحيطت هذه الضمانات بالوسائل العملية التي تتكفل برعايتها وتطبيقها ومنها ما هو راجع إلى شخص القاضي أو المرشح للقضاء باعتبارها من جملة صفاته الشخصية والخلقية التي يجب أن يتمتع بها كالعقل والعلم والفهم، ومنها ما هو موضوعي يتصل بالعمل القضائي نفسه كوجوب تعيين القاضي، وجواز تخصيصه بنظر منازعات معينة ونفاذ حكمه على الكافة.

المبحث الثالث: موقف الموقوف من اثر استيقافه، وفيه مطلبين:

المطلب الأول: امتناع الموقوف عن التعاون مع رجال الضبط الجنائي

اتجهت بعض التشريعات العربية إلى النص صراحة على حق مأموري الضبط القضائي في استعمال القوه ومن ذلك:

استعمال القوة أو السلاح عند القبض على المتهم:-

لقوات الأمن الداخلي حق استعمال القوة دون استعمال السلاح بالقدر اللازم لأداء الواجب وبشرط أن تكون القوة هي الوسيلة الوحيدة لذلك (٤٦) وقد صدر القرار الوزاري (٤٧) تنفيذ للمادة السابعة من نظام قوات الأمن الداخلي والمتضمنة حالات استعمال حالات استعمال السلاح من قبل رجال قوات الأمن الداخلي.

المادة الأولى: -

مع عدم الإخلال بحق الدفاع عن النفس متى كانت حياة أحد الأشخاص معرضة لخطر جسيم وشيك الوقوع، ولرجال قوات الأمن الداخلي وأخوياء الإمارات والمجاهدين المدربين على السلاح حق استعمال السلاح في الأحوال التالية:

١ - للقبض على المحكوم عليه بعقوبة السجن مدة تزيد عن ثلاثة أشهر إذا قاوم أو حاول الهرب.

٢ - للقبض على المتهم بإحدى الجرائم المخلة بأمن الدولة وسلامتها وجرائم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض وقضايا المخدرات والتهريب في البر أو من صدر أمر رسمي بالقبض عليه، والمتلبس بإحدى تلك الجرائم إذا قاوم أو حاول الهرب.

- عند حراسة المسجونين إذا حصل منهم مقاومة أو محاولة للهرب أو تمرد أو عصيان جماعي وكانت الضرورة تقضي باستعمال السلاح ويتم التركيز على المحرضين لقمع التمرد أو العصيان.

المادة الثانية: -

يجب قبل إطلاق النار في الحالات المنصوص عليها بالمادة الأولى إتباع ما يلي: عدم اللجوء إلى استعمال السلاح الناري إلا بعد استنفاد جميع الوسائل الأخرى حسب ما يتوفر في حينه كالنصح واستعمال العصي والهرارات والغاز المسيل

للدروع وخرائطيم المياه والإنذار الشفوي المسموع بأنه سيتم استخدام السلاح الناري إذا لم يكف المحكوم عليه أو المتهم عن المقاومة والهرب. إذا استحال وصول الإنذار الشفوي إلى سمع المحكوم عليه أو المتهم فيكون إنذاره بإطلاق عيار ناري في الفضاء مع مراعاة أخذ الحيطه التامة والحذر حتى لا يصاب برئ.

- إذا استمر المحكوم عليه أو المتهم في مقاومته أو محاولته الهرب عند إنذاره وكان إطلاق النار هو الوسيلة الوحيدة لمنعه من المقاومة أو الهرب فتطلق النار باتجاه ساقيه أو عجلات السيارة التي يقودها ما أمكن ذلك وبالقدر الذي يمنع من المقاومة أو يعيق الهرب دون تجاوز له. يجب وقف إطلاق النار فور زوال الموجب. (نص المادة رقم ٦) من نظام قوات الامن الداخلي، (٤٦) رقم ٤/ب/٢٠٠٨ في ٦/٢/١٤٠٨ هـ.

المطلب الثاني: التخلي الاختياري عن جسم الجريمة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: شروط التخلي الاختياري عن جسم الجريمة اثر استيقافه.

١- أن يكون تخلى المتهم عما في حوزته من أشياء يشكل حيازتها جريمة. وفي نظام الإجراءات الجزائية السعودي لم يرد تحديداً للجرم من حيث كون الجريمة من الجرائم الجسيمة من عدمه، وإنما جاء نص المادة (٣٣) من النظام عاماً، إذ خول لرجل الضبط الجنائي في حال التلبس بالجريمة القبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه.

٢- يشترط في التخلي ألا يكون نتيجة إجراء غير محقق قام به مأمور الضبط القضائي. وذلك حتى لا تسلب حريات الأفراد لمجرد وقوع جريمة.

٣- ألا يكون الاستيقاف في غير الحالات التي لم يميزها النظام (حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٨/١/١٩٦١م، مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية، س ١٢، رقم ١٤، ص ٧٩، حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢١/٢/١٩٥٦م،

مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية، س ٧، رقم ٧٠، ص ٣٣٤.

كما يشترط ألا يكون التخلي نتيجة التخوف من وقوع الإجراء الباطل (حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٨ / ١ / ١٩٦١ م، مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية، س ١٢، رقم ١٤، ص ٧٩، حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢١ / ٢ / ١٩٥٦ م، مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية، س ٧، رقم ٧٠، ص ٣٣٤.

الفرع الثاني: الآثار النظامية للتخلي الاختياري عن جسم الجريمة اثر الاستيقاف

إذا تخلى الشخص بإرادته واختياره عن الشيء بحيث يكون في غير حيازة احد أصبح من الجائز البحث والتحري عما به بلا قيد، فإذا عثر فيه على مخدر كنا بصدد جريمة في حالة تلبس لم يتم الحصول على الدليل فيها بطريق التفتيش أو بالتعرض لحرمة الأشخاص.

ومن الأمثلة في ذلك:

إذا كان الحكم قد أثبت أن المتهم تخلى عن الحقيبة التي كان يحملها، ولما سئل عنها أنكر صلته بها، الأمر الذي أثار شبهة رجال الشرطة فاستوقفوه واقتادوه إلى مأمور الضبط القضائي وقصوا عليه ما حدث، فانه يصح تفتيش الحقيبة بواسطة مأمور الضبط القضائي إذا وجد فيما أبلغ به الدلائل الكافية على اتهام بإحراز مخدر، فاستيقاف المتهم واقتياده إلى مأمور الضبط القضائي إنما حصل على سبيل تأدية رجال الشرطة لواجبهم إزاء الوضع المريب الذي وضع نفسه فيه). تخلي المتهم عما في حيازته وإنكاره ملكيته له يخول لرجل السلطة العامة الذي يجد الشيء المختلي عن هاو يقع بصره عليه أن يستوقف المتهم ويلتقط ما تخلي عنه وتقديمه لمأمور الضبط القضائي. (حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٨ / ١ / ١٩٦١ م، مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية، س ١٢، رقم ١٤، ص ٧٩، حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢١ / ٢ / ١٩٥٦ م، مجموعة الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية،

الفصل الرابع

أوجه بطلان الاستيقاف وأثاره

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الحكم ببطلان إجراءات الاستيقاف وضوابطه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أسباب الحكم بالبطلان.

إذا تخلف عن العمل الإجرائي شرط من الشروط المقررة له فإنه يعتبر مخالفاً للنظام ويخرج عن محيط الأعمال الإجرائية الصحيحة ليندرج تحت طائفة الأعمال الإجرائية المخالفة للنظام.

تعريف البطلان: هو جزء إجرائي مترتب على عدم مراعاة الأحكام النظامية المتعلقة بأي إجراء جوهري من إجراءات التحقيق، بل إجراءات الدعوى الجنائية بشكل عام ويستوي أن يكون الإجراء الجوهري متعلق بالشكل أو متعلق بالموضوع.

والأنظمة الإجرائية لم تنص على الصفة الجوهرية وإنما يمكن تستفاد من صياغة النص إذا كان بصيغة الوجوب أو عدم الجواز ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر نص المادة (٣) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي قد جرى على النحو التالي: « لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً، ولا يكون التوقيف أو السجن إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما وللمدة المحددة من السلطة المختصة، ويحظر إيذاء المقبوض عليه جسدياً أو معنوياً كما يحظر تعريضه للتعذيب أو المعاملة المهينة للكرامة».

المطلب الثاني: اثر الحكم ببطلان الاستيقاف على الدعوى الجزائية

لقد أخذ نظام الإجراءات الجزائية السعودي بنظرية البطلان الذاتي، أي أن الإجراء يكون باطلاً وفقاً لتقدير القاضي، حيث لم يورد البطلان على سبيل الحصر ولكنه

وضع قاعدة عامة تحكم البطلان.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة (١٨٨) منه على أنه « كل إجراء مخالف لإحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة المستمدة منها يكون باطلاً ».

كما أن المادة (١٨٩) فقد نصت على تناول أحوال البطلان المتعلقة بالنظام العام الذي يكون راجعاً لعدم مراعاة الأنظمة الخاصة بتشكيل المحكمة وولايتها من حيث اختصاصها بنظر الدعوى، فنصت على ذلك بقولها « إذا كان البطلان راجعاً إلى عدم مراعاة الأنظمة المتعلقة بولاية المحكمة من حيث تشكيلها أو اختصاصها بنظر الدعوى فيتمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب ».

كما نصت المادة (١٩٠) من ذات النظام على سلطة المحكمة في تصحيح الإجراء الباطل حيث نصت على « في غير ما نص عليه في المادة التاسعة الثمانين بعد المائة إذا كان البطلان راجعاً إلى عيب في الإجراء يمكن تصحيحه فعلي المحكمة أن تصححه وإن كان راجعاً إلى عيب لا يمكن تصحيحه فتحكم ببطلانه ».

كما نصت المادة (١٩١) على أثر البطلان على الإجراءات السابقة واللاحقة، فقالت « لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه ولا الإجراءات اللاحقة له إذا لم تكن مبنية عليه ».

كما نصت المادة (١٩٢) على حالة البطلان المطلق لورود عيب جوهري في الإجراء بقولها « إذا وجدت المحكمة أن في الدعوى عيباً جوهرياً لا يمكن تصحيحه فعليها أن تصدر حكماً بعدم سماع هذه الدعوى، ولا يمنع هذا الحكم من إعادة رفعها إذا توافرت الشروط النظامية »، ولم يحدد النظام المقصود بالعيب الجوهري بل ترك ذلك لتقدير القاضي.

المبحث الثاني: رقابة القضاء المقارن، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: رقابة القضاء السعودي على إجراءات الاستيقاف

لقد نص النظام السعودي في المادة (١٨٨) « على أن كل إجراء مخالف لإحكام الشريعة الاسلاميه أو الانظمه المستمدة منها يكون باطلا » .

وهذا النص تميز به النظام السعودي على باقي الأنظمة، فان كان الإجراء المعيب يمكن تصحيحه فتتولى المحكمة من تلقاء نفسها تصحيحه، وهذا يحقق المصلحة. وإذا لم يمكن تصحيحه فيجب على المحكمة أن تحكم ببطلان الإجراء كان يكون الاستيقاف أكثر من (٢٤) ساعة. فيبطل القبض ما ترتب عليه من آثار جاء ذلك فيما ورد من المادة (١٨٩)، وكذلك لو اعترف بعد قبض مخالف فلا يعتد به ؛ لان ما بني على باطل فهو باطل كما ورد في نص المادة (١٩٠) على « في غير ما نص عليه في المادة التاسعة الثمانين بعد المائة إذا كان البطلان راجعاً إلى عيب في الإجراء يمكن تصحيحه فعلي المحكمة أن تصححه وإن كان راجعاً إلى عيب لا يمكن تصحيحه فتحكم ببطلانه » (: ضمانات المتهم في مرحلتي التحقيق الابتدائي في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ص (٢٤٨) وما بعدها.

لقد أخذ نظام الإجراءات الجزائية السعودي بنظرية البطلان الذاتي، أي أن الإجراء يكون باطلاً وفقاً لتقدير القاضي، حيث لم يورد البطلان على سبيل الحصر، ولكنه وضع قاعدة عامة تحكم البطلان.

ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر نص المادة (٣) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي قد جرى على النحو التالي: « لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً، ولا يكون التوقيف أو السجن إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما وللمدة المحددة من السلطة المختصة، ويحظر إيذاء المقبوض عليه جسدياً أو معنوياً كما يحظر تعريضه للتعذيب أو المعاملة المهينة للكرامة

إلا أن المنظم السعودي أعطى للسلطة القضائية صلاحيات اعم وأوسع وذلك في الدعوى الجنائية، ومن ذلك ما ورد في نظام الإجراءات الجزائية: كما نصت المادة (١٩٠) من ذات النظام على سلطة المحكمة في تصحيح الإجراء الباطل حيث نصت على « في غير ما نص عليه في المادة التاسعة الثمانين بعد المائة إذا كان البطلان راجعاً إلى عيب في الإجراء يمكن تصحيحه فعلي المحكمة أن تصححه وإن كان راجعاً إلى عيب لا يمكن تصحيحه فتحكم ببطلانه».

وكذلك من ضمن الصلاحيات التي أولاها ولي الأمر ماورد في نص المادة (١٩٢) على حالة البطلان المطلق لورود عيب جوهري في الإجراء بقولها «إذا وجدت المحكمة أن في الدعوى عيباً جوهرياً لا يمكن تصحيحه فعليها أن تصدر حكماً بعدم سماع هذه الدعوى، ولا يمنع هذا الحكم من إعادة رفعها إذا توافرت الشروط النظامية»، ولم يحدد النظام المقصود بالعيب الجوهري بل ترك ذلك لتقدير القاضي.

أما من ناحية التطبيقات القضائية في المملكة العربية السعودية في موضوع الاستيقاف فإنها تكاد تنعدم وذلك لوجود التداخل بين الاستيقاف والقبض في المملكة العربية السعودية فان اغلب التطبيقات في المحكمة الإدارية والعامه إنما هي منصبه على تقرير مبادئ قضائية في أحكام القبض والتوقيف الاحتياطي فإن نظام الإجراءات الجزائية السعودي لم ينص على الاستيقاف المشروع للأشخاص مكتفياً بإيراد التعريف فقط.

تم التلخيص بحمدالله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

تصرفات القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية

خطة مقدمة لتسجيل بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

العام الجامعي (١٤٣٠ هـ)

إعداد الطالب :

إبراهيم بن محمد بن عبدالله الفالح

إشراف

أ.د. / عبدالرحمن بن سلامة المزيني

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس ٢٥٦

عدد صفحات البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس ٢٦٨

عدد صفحات البحث بعد التلخيص ٦٤

لجنة تلخيص البحوث والاستشارات القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

خطة البحث : وتشتمل على مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة.

وقد كانت خطة هذا البحث على النحو التالي :

المقدمة : وفيها :

أهمية اختيار الموضوع

أسباب اختيار الموضوع

الدراسات السابقة

منهج البحث

خطة البحث

التمهيد: وفيه التعريف بمصطلحات البحث.

وذلك في ستة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الحكم لغة واصطلاحا

المبحث الثاني : تعريف التصرف لغة واصطلاحا، و الفرق بين التصرف
والحكم

المبحث الثالث : تعريف القضاء لغة واصطلاحا

المبحث الرابع : تعريف النيابة لغة واصطلاحا

المبحث الخامس : أنواع النيابة : نيابة اتفاقية، نيابة شرعية

المبحث السادس : تعريف الولاية لغة واصطلاحا والفرق بين الولاية والنيابة

الباب الأول : الولاية النيابة والولاية القضائية

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : مشروعية الولاية، وأقسامها، وشروطها، وأسبابها.

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : مشروعية الولاية والحكمة منها.

المبحث الثاني : أقسام الولاية وأنواعها.

المبحث الثالث : الشروط في الولي.

المبحث الرابع : أسباب الولاية الطبيعية والطارئة وأثرها على المولى عليه

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أسباب الولاية الطبيعية : الصغر، الجنون، الأنوثة.

المطلب الثاني : أسباب الولاية الطارئة : السفه، والفلس، الغيبة، الرق

المطلب الثالث : أسباب الولاية الأخرى : الوقف، الوصية.

المبحث الخامس : تصرفات الأولياء وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء.

المبحث السادس : الولايات النيابة : تعريفها واستمدادها.

الفصل الثاني : في بيان ولاية القاضي.

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أهمية ولاية القاضي في حفظ الأموال والحقوق.

المبحث الثاني : استمداد ولاية القاضي وما تشمله من أعمال عند الفقهاء

المبحث الثالث : ولاية القضاء في المملكة العربية السعودية وما تشمله من

أعمال نيابية وولائية.

الباب الثاني: تصرفات القاضي النيابية على النفس

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: تصرفات القاضي النيابية في كتاب النكاح

وفيه تمهيد وأربعة مباحث:

تمهيد: في بيان المراد بولاية ونيابة القاضي في النكاح وأنواع الولاية.

المبحث الأول: تزويج القاضي للمرأة إذا ثبت عضل الولي لها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العضل لغة واصطلاحاً وحكمه.

المطلب الثاني: أثر العضل في ولاية النكاح، ومتى تنتقل الولاية إلى القاضي.

المبحث الثاني: تزويج القاضي للمرأة بسبب غيبة الولي.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الغيبة وأقسامها.

المطلب الثاني: متى تنتقل ولاية النكاح للقاضي بسبب غيبة الولي، وتحديد

المدة.

المبحث الثالث: تزويج القاضي للصغير العاقل، والمجنون المطبق إذا احتاجا

للنكاح مع عدم الأب والوصي.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان المراد بالصغير العاقل، والمجنون المطبق.

المطلب الثاني: متى يزوج القاضي الصغير العاقل والمجنون بدون إذنهما.

المبحث الرابع: تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الفسق وضابطه.

المطلب الثاني : خلاف العلماء في انتقال الولاية بسبب الفسق.

الفصل الثاني : تصرفات القاضي النيابة في كتاب الطلاق :

وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : تطبيق القاضي على المولي إذا أبى الفيئة نيابة.

المبحث الثاني : تطبيق القاضي وفسخه للنكاح إذا كان الفسخ مختلفا فيه كالعنة أو لغياب الزوج نيابة.

المبحث الثالث : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالصدّاق.

المطلب الثاني : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة.

المبحث الرابع : تفريق القاضي بين المتلاعنين نيابة إذا أبى الزوج الطلاق.

المبحث الخامس : تطبيق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق.

المبحث السادس : تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الكفاءة، وحكم اشتراطها.

المطلب الثاني : حكم تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة.

المبحث السابع : فسخ نكاح البنت البالغة إذا زوجها أبوها بغير إذنها

وطلبت الفسخ.

الباب الثالث : تصرفات القاضي النيابة على المال :

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول : التصرف في مال المحجور عليهم لفسل أو سفه أو جنون أو صغر ونحوه .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التعريف بالحجر والفسل والسفه والجنون.

المبحث الثاني : حكم تصرف القاضي في أموالهم وأمد الحجر.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم تصرف القاضي في حفظ أموالهم والمطالبة به

المطلب الثاني : حكم تصرف القاضي في تنمية أموالهم والاتجار بها

الفصل الثاني : التصرف في مال اليتيم.

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم تصرف القاضي في مال اليتيم في جانب الحفظ والمطالبة بها

المبحث الثاني : حكم تصرف القاضي في مال اليتيم من جانب الاستثمار والتجارة بها

الفصل الثالث : تصرف القاضي في الأوقاف نيابة

وفيه تمهيد ومبحثان :

تمهيد : ولاية القاضي العامة على الأوقاف في الفقه، والمعمول به في المملكة

العربية السعودية

المبحث الأول : تصرف القاضي في الأوقاف المعطلة نيابة عن ناظرها.

المبحث الثاني : تصرف القاضي بالوقف مع وجود الناظر إن تبين خيانتة أو فعل مالا يسوغ.

الفصل الرابع : تصرف القاضي في باب القسمة نيابة

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا دعا الشريك شريكه للبيع أو للإجارة مما لا يمكن قسمته نيابة عن الشريك.

المبحث الثاني : حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا كان ولي العقار غائبا

التطبيقات القضائية ومناقشتها

الخاتمة : وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

الفهارس ويشمل الفهارس التالية : فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث والآثار.

فهرس الأعلام والفرق.

فهرس المراجع والمصادر.

فهرس الموضوعات.

التمهيد

المبحث الأول: تعريف الحكم لغة واصطلاحاً

أولاً الحكم لغة: العِلْمُ والفقه، وهو مصدر حَكَمَ يَحْكُمُ، تقول العرب: حكمت وأحكمت وحكمتُ بمعنى مَنَعْتُ ورددت.

ثانياً: تعريف الحكم اصطلاحاً: فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام.

المبحث الثاني تعريف التصرف لغة واصطلاحاً والفرق بين التصرف والحكم

أولاً: تعريف التصرف لغة: صرف رد الشيء عن وجهه صرفه يصرفه صرفاً فانصرف وصرف الأمر دبره ووجهه.

ثانياً: تعريف التصرف في الاصطلاح. ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة.

الفرق بين التصرف والحكم: الأحكام إذا صدرت وفق الأصول الشرعية لم يجز نقضها ووجب تنفيذها على من بيده سلطة التنفيذ، وأما التصرفات الأخرى التي يقوم بها القضاة وغيرهم مما لا تعتبر حكماً فيجوز نقضها بالطرق الشرعية، كما أن ما لا يعتبر حكماً لا يشترط فيه ما يشترط في الحكم من سبق الدعوى والخصومة وغير ذلك، كما أن الخصم في العمل القضائي يتمتع بضمانات أكثر من الضمانات لدى الخصم في العمل الولائي ولذا يرى بعض الفقهاء أن الأحكام الولائية ليست أحكاماً بالمعنى الصحيح.

كما أن التصرفات والأعمال الولائية يجوز إلغاؤها أو تعديلها حسب الظروف.

المبحث الثالث: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف القضاء لغة: يأتي على عدة معان منها:

قضى الشيء قضاء صنعه وقدره.

القضاء بمعنى العمل ويكون بمعنى الصنع والتقدير.

القضاء الحتم والأمر وقضى أي حكم.

وبمعنى الفراغ .

وهو بمعنى الأداء والإنهاء.

وبمعنى البيان.

ثانيا : تعريف القضاء اصطلاحا: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفض
الخصومات .

المبحث الرابع : تعريف النيابة لغة واصطلاحا

أولا: تعريف النيابة لغة : من ناب ينوب نوبا ومنابا أي قام مقامي، والنائب : من
قام مقام غيره في أمر أو عمل .

ثانيا : تعريف النيابة في الاصطلاح : تستعمل النيابة في المعنى الاصطلاحي على
تقدير الوضع اللغوي وهو قيام الإنسان عن غيره في مباشرة تصرفات.

المبحث الخامس : أنواع النيابة

تنوع النيابة الشرعية عن الغير إلى نوعين : نوع يثبت بتولية المالك (اتفاقية،
اختيارية) ونوع يثبت شرعا لا بتولية المالك (شرعية، إجبارية)

أولا : النيابة الاتفاقية (وهي الوكالة) : أجمع الفقهاء على أن الوكالة جائزة في
الجملة، واستدلوا على ذلك بأدلة:

فمن الكتاب : قوله عز وجل : ﴿ فَانْعَمُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ
أَيُّهَا أَرْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا ﴾ الكهف من

الآية (١٩).

ومن السنة: حديث عروة البارقي - رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه (أخرجه البخاري برقم (٣٤٤٣))

وقد أجمع المسلمون على مشروعية الوكالة منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا.

ثانيا: النيابة الشرعية: النيابة الشرعية - وهي الولاية - ثابتة شرعا وذلك بالقرآن والسنة والمعقول.

أما القرآن: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴿سورة النساء: ٥﴾

وأما السنة: ما رواه أبو موسى الأشعري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لأنكاح إلا بولي» (أخرجه أبو داود، برقم (٢٠٨٥)، والترمذي برقم (١١٠١)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن وصححه الألباني في الإرواء).

وأما المعقول: فإن ثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر من باب الإعانة على البر، ومن باب الإحسان، ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة الלהفان، وكل ذلك حسن عقلا وشرعا.

أنواع النيابة الشرعية: النيابة الشرعية هي الولاية، والولاية تنوع إلى نوعين باعتبار محلها: ولاية على المال، وولاية على النفس.

فالولاية على المال هي سلطة الولي على أن يعقد العقود والتصرفات المتعلقة

بأموال المولى عليه، وتكون تصرفاته وعقوده نافذة دون الحاجة إلى إذن من أحد. والولاية على النفس هي السلطة على شئون الصغير ونحوه المتعلقة بشخصه ونفسه، ويدخل فيها تزويجه .

المبحث السادس : تعريف الولاية لغة واصطلاحاً والفرق بين الولاية والنيابة

أولاً : تعريف الولاية لغة : تأتي في اللغة على معان منها :

النصرة .

السلطان .

المحبة .

ثانياً : تعريف الولاية اصطلاحاً :

عرفها الدكتور حسن الشاذلي بأنها : سلطة يثبتها الشرع لإنسان معين تمكنه من رعاية المولى عليه من نفس أو مال، وحفظه وتنميته بالطرق المشروعة.

الباب الأول

الفصل الأول

مشروعية الولاية، وأقسامها، وشروطها، وأسبابها

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : مشروعية الولاية والحكمة منها

الإسلام بدوره جمع ما يحتاجه البشر لصلاح أمر دينهم ودنياهم، ومن ذلك ذكره للولاية في الكتاب والسنة بأنواعها وطرق العمل بها.

فقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿ سورة النساء: ٥٨

أما السنة فقد وردت أحاديث ذكرت فيها الولاية بأنواعها والحض على طاعة ولاة الأمر من المسلمين، كما روى عن العرباض بن سارية قال : وعظنا رسول الله ﷺ موعظة ذرفت منها العيون ووجلت منها القلوب قلنا يا رسول الله إن هذه لموعظة مودع فماذا تعهد إلينا قال قد تركتكم على البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها بعدي إلا هالك ومن يعيش منكم فسيرى اختلافا كثيرا فعليكم بما عرفتم من سنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين وعليكم بالطاعة وإن عبدا حبشيا عضوا عليها بالنواجذ فإنما المؤمن كالجمل الأنف حيثما انقيد انقاد ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ رواه الإمام أحمد في المسند

تصرف القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية

برقم (١٧١٨٢)، والترمذي في سننه برقم (٢٦٧٦) وأبو داود برقم (٤٦٠٩) والحاكم وصححه الحاكم والألباني في الإرواء.

ومن ذلك أيضاً ما ورد في القرآن الكريم من بيان الولاية الخاصة على السفيه واليتيم حتى يبلغ رشده قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (سورة النساء: ٥).

وقال تعالى في اليتيم: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ (سورة النساء: ٦).

وكذلك ما ورد عنه عليه الصلاة والسلام بعدم صحة نكاح المرأة إلا بولي من الرجال فقد روى أبو موسى أن النبي -ﷺ- قال «لا نكاح إلا بولي» (رواه أبو داود برقم (٢٠٨٧)، والترمذي برقم (١١٠١) وصححه الحاكم في مستدركه والشيخ الألباني في الإرواء.

المبحث الثاني: أقسام الولاية وأنواعها

تنقسم باعتبار محلها إلى قسمين:

١- ولاية عامة: وهي الولاية التي تكون للإمام والخليفة على رعيته وهي كذلك لمن ينييه السلطان من القضاة وولاة الأقاليم.

٢- ولاية خاصة: وتطلق ويراد بها أحد ثلاثة أمور عند الفقهاء:

أ- النيابة الجبرية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء شخصاً كبيراً راشداً بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية.

ب- ولاية المتولي على الوقف..

ج- السلطة التي جعلها الشرع بيد أهل القتل في استيفاء القصاص من قاتله أو العفو عنه إلى الدية أو مطلقا.

كما تنقسم الولايات باعتبار مصدرها إلى قسمين :

ولاية أصلية : كولاية الأب على ولده، والسلطان على رعيته.

ولاية نيابية : وهي التي تجعل للغير بإبابة غيره له.

كما تنقسم الولاية باعتبار ما تتعلق به إلى قسمين :

ولاية على النفس .:

٢- ولاية على المال :

المبحث الثالث : الشروط في الولي

أولا : الإسلام : هذا إذا كان المولى عليه مسلما، أو منشأ من مسلم كالوقف والوصية. .

ثانيا : البلوغ .

ثالثا : العقل .

رابعا : الحرية .

خامسا : الذكورة : الذكورة من الشروط الواجب توافرها في أكثر الولايات الأصلية، بل تشترط في جميعها، إلا ما كانت مستمدة بسبب الملك.

إلا أن الأنثى يمكن أن تلي أمر غيرها، إذا أنيبت من صاحب الولاية الأصلي، أو من القاضي بولايته العامة، في أمر يمكن لها القيام به، كحضانة أولادها أو نحو ذلك، بيد أن هناك ولايات أخرى لا يمكن أن تليها الأنثى كالولاية العامة، أو ولاية التزويج على رأي جمهور الفقهاء.

سادسا : القدرة : ذلك أن تولية العاجز لأي سبب كهرم أو إهمال أو انشغال أو نحو ذلك، فيه تعريض لمصالح المولى عليه للضياع.

المبحث الرابع :- أسباب الولاية الطبيعية والطارئة وأثرها على المولى عليه.

المطلب الأول: أسباب الولاية الطبيعية: الصغر، الجنون، الأنوثة.

أولاً:- الصغر:

وهو لغة : ضد الكبر وخلاف العظم، ويكون الصغر في السن وفي الحجم.

وأما اصطلاحاً : فهو كل من لم يدرك سن البلوغ.

وقد بين الفقهاء أن للصغر مرحلتين :

المرحلة الأولى :- ويسمى بالصغير غير المميز . وقدرها الفقهاء بما قبل السابعة.

المرحلة الثانية :- ويسمى بالصغير المميز وقدرها العلماء بما بعد السابعة.

حكم الحجر على الصغير : الأصل في الصغير أنه محجور عليه لحظ نفسه لقوله

تعالى ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ * وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ (سورة النساء آية ٥،٦).

وفي الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: (رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ،

وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل) (رواه أبو داود برقم (٤٤٠٠)

وابن خزيمة برقم (٣٠٤٨) والنسائي في سننه برقم (٥٥٩٦) من حديث عائشة

وصححه النسائي والحاكم وقال الذهبي على شرط مسلم وصححه الألباني في الإرواء..

وقد قام الإجماع على وجوب الحجر على الصغير .

و أما الصبي غير المميز فإن الفقهاء متفقون على أن تصرفاته لا تصح مطلقا لأنه بمثابة من لا عقل له.

و أما الصبي المميز فإنهم اختلفوا في تصرفاته بين مجيز ومانع لها و بين من أوقفها على إذن الولي.

و الولاية على الصبي تشمل الولاية على نفس الصبي، ويشمل أيضا الولاية على ماله و تصرفاته المتعلقة بالمال.

ثانيا :- الجنون :

تعريفه لغة : أصله جنن من جن الشيء جنه جنا أي ستره، وهو الستر عن الحاسة فكأن فاقد العقل قد ستر عقله عن الناس.

و أما في الاصطلاح : أكثر الفقهاء يعرفونه بالمعنى اللغوي وهو فقدان العقل و الجنون أنواع ودرجات، فمنه ما هو أصلي.

ومنه ما هو حادث.

و منه ما هو جنون كامل لا يرى مع صاحبه أدنى علامات العقل.

و منه ما هو أقل من ذلك ويسمى عتها.

كما ينقسم وقت الجنون إلى قسمين مطبق وغير مطبق:

فأما المطبق فهو المستمر الدائم مع صاحبه على اختلاف بين الفقهاء ف مدة ذلك فمنهم من حدده بشهر ومنهم من حدده بعام.

و أما غير المطبق فهو المتقطع غير الدائم.

حكم الحجر والولاية على المجنون والدليل على ثبوتها :

فالجنون الذي يوجب الحجر والولاية هو ما كان مطبقا سواء كان حادثا أو أصليا

بحيث تتعرض مصالحه للضیاع، أما إن كان غير مطبق فإنه يجب الحجر عليه وقت جنونه فقط

والدليل على الحجر على المجنون وثبوت الولاية عليه ما يلي :-

أولاً : من الكتاب :

١ - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ لِوَلِيِّهِ بِالْعَدْلِ (٢٨٢)﴾ (سورة البقرة: ٢٨٢)

ثانياً : من السنة : ما روته عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل) سبق تخريجه

٣ - وقد قام الإجماع على مشروعية الحجر على المجنون.

ثالثاً:- الأئمة:

من الأسباب التي ذكرها الفقهاء للولاية الخاصة، الأئمة ويعنون بها من استكملت أربع صفات : الحرية والبلوغ، والعقل والرشد.

أما الحرّة فلأنّ ضدّها الأمة ولا خلاف في أنّها تحت ولاية سيدها.

وأما العاقلة فلأنّ المجنونة مولى عليها بسبب الجنون.

وأما الرشيدة، فلأنّ غير الرشيدة تبقى الولاية عليها ولو بلغت.

وأما إن بلغت ووصلت درجة الرشد ثم طرأ عليها السفه بعد ذلك فيحجر عليها بسبب سفهها لا بسبب أنوثتها. وعلى كلا الحالين لا يولى عليها بسبب الأئمة

الفرق بين الولاية والقوامة :-

القوامة لغة: فإنها مصدر قام يقوم قياماً وقوامة والقيام يأتي في اللغة على أضراب

منها:

١. قيام بالشيء، إما بتسخير.

٢. قيام على العزم على الشيء.

٣. قيام للشيء مراعاة وحفظ له.

وأما شرعا: يمكن أن تعرف القوامة (بأنه حق للرجل على المرأة، يتمكن بموجبه من إقامة شأن المرأة)

فتجتمع الولاية والقوامة في أن كلا منها فيه مظاهر الإشراف والتوجيه.

ويفترقان في أمور منها:

١- أن القوامة أمر ونهي يستلزم الطاعة، أما الولاية فتشملها وتزيد عليها فلولي النفس أن يطلب ضم موليته وتولي عقد النكاح.

٢- الولاية محددة في الغالب بخلاف القوامة فإنها مستمرة على الأثنى ولا تحدد بوقت معين.

انتهاء الولاية والقوامة على الأثنى

الولاية الخاصة على الأثنى الحرة البالغة العاقلة الرشيدة ثابتة على نفسها، أما إذا تزوجت فلا ولاية له عليها.

و أما القوامة فهي مستمرة للذكر على الأثنى دون تحديد مدة معينة سواء قبل الزواج أو بعده.

المطلب الثاني:- أسباب الولاية الطارئة: السفه، الفلس، الغيبة، الرق.

أولا:- السفه:

لغة: السفه والسفاه والسفاهة، هو خفة الحلم، وقيل الجهل.

تصرف القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية

اصطلاحاً : العمل بخلاف موجب الشرع، وإتباع الهوى، وترك ما يدل عليه الحجر.

واختلف الفقهاء فيما يعد سفهاً يحجر على صاحبه وما لا يعد سفهاً :

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن إنفاق المال وتبذيره بحيث يزيد عن حد التوسط والاعتدال فإنه يكون مذموماً ومحرمًا ولو كان في وجوه الخير.

القول الثاني : ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الإسراف والسفهاً الموجب للحجر هو إنفاق المال وتبذيره في المعاصي، أو ما نهى الله عنه أو تضييعه فيما لا ينفع أما وجه الخير كالصدقات ونحوها فلا إسراف في الخير واستدلوا بما يلي :

من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُضَاعَفُ لَهُمْ وَهُمْ أَجْرٌ كَرِيمٌ ﴾ سورة الحديد: ١٨

ومن السنة - ما رواه الشيخان عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخل، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله ﷺ يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، قال أنس : فلما أنزلت هذه الآية ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تَحِبُّونَ ﴾ سورة آل عمران : ٩٢ قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله إن الله تبارك وتعالى يقول ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تَحِبُّونَ ﴾ وإن أحب أموالي إلي بيرحاء وإنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «بخ بخ ذلك مال رابح ذلك مال رابح وقد سمعت ما قلت وإني أرى أن تجعلها في الأقربين» فقال أبو طلحة : أفعل يا رسول الله فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه (أخرجه البخاري حديث (١٤٦١)، ومسلم حديث (٢٣٦٢)

والراجح : مذهب الجمهور الذين قصروا السفه على المبذر الذي ينفق ماله في المعاصي أو فيما لا ينفع لصراحة أدلتهم ووجهاتها، ولأن المقصود من المحافظة على

المال هو الاستفادة منه ولا شك أن في بذله في أوجه الخير من الصدقات ونحوها أكبر فائدة للعبد في دنياه وأخراه.

ثانيا : الفلاس

الإفلاس لغة : مصدر أفلس يفلس إفلاسا، بحيث لم يبق معه فلس بمعنى لم يبق له مالا.

واصطلاحا : هو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود.

حكم الحجر على المفلس و الولاية على ماله :-خلاف بين العلماء :

القول الأول : ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى عدم الحجر على المدين ولو طالب غرماؤه بذلك ولكن يجبس ليتولى هو بنفسه بيع ماله، و قضاء ما عليه من ديون، فإن سلم ماعليه من ديون و بقي في ذمته شيء كان معسرا ولا سبيل لأحد للتولي عليه

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء و أبو يوسف و محمد بن الحسن من الحنفية إلى جواز حجر الحاكم على المفلس والتولية على ماله ومنعه من التصرف و قسمة المال على غرمائه.

واستدلوا على ذلك بما يلي :-

من السنة : ما رواه كعب بن مالك عن أبيه قال كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شابا حليما سمحا من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين فأتى النبي صلى الله عليه وسلم غرماؤه فلو تركوا أحدا من أجل أحد لتركوا معاذ من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء (أخرجه الحاكم برقم (٥١٩٢) والدارقطني (٩٥) والبيهقي برقم (٥١٩٢) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، ورجح الشيخ الألباني ضعفه موصولا، وصحته مرسلا.

تصرف القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية

ومن المعقول: أن إيفاء المدين ديونه الحالة واجب عليه فإذا امتنع عن أداء ذلك الواجب فإن الحاكم ينوب عنه.

الترجيح: بتأمل أدلة الجمهور تظهر وجاهتها فيما دلت عليه من جواز حجر الحاكم على المدين في ماله وسلامتها من الاعتراض.

لغة: الغيبة بالفتح مصدر غاب، وغيب يدل على تستر الشيء عن العيون

واصطلاحاً: هي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة وهو أصح الأقوال قال الموفق ابن قدامة: وهذا القول إن شاء الله أقربها للصواب، فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسألة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم

رابعاً: الرق

الرق لغة: بالكسر هو الملك والعبودية.

واصطلاحاً: ضعف حكمي، يتهياً الشخص به لقبول ملك الغير بسبب الكفر

الحكمة من الرق: أن الإنسان لما استنكف عن عبادة ربه وهو خالقه عاقبه على كفره، بأن جعله عبداً لعبده.

حكم الحجر والولاية على الرقيق: قرر العلماء رحمهم الله تعالى أن الرق ينافي أهلية ملك التصرف وأهلية ملك المال كما ينافي أهلية الكرامات الموضوععة للبشر، كالحل والولاية والذمة لأنه محجور عليه لحق سيده.

فأما أهلية التصرف فهي منفية عنه مطلقاً سواء فيما يخص نفسه أو ما يخص غيره فأما نفيها عنه فيما يخص نفسه؛ فلأنه مملوك والمملوك لا يقدر على شيء.

وكما قال تعالى: ﴿صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾
صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ﴿سورة النحل: ٧٥﴾.

المطلب الثالث : أسباب الولاية الأخرى : الوقف والوصية.

أولا : الوقف

تعريفه لغة: الوقف لغة الحبس والمنع.

اصطلاحا : عرفه الحنابلة بأنه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة أو الثمرة.

وهذا التعريف أقرب التعريفات لقوله صلى الله عليه وسلم (إن شئت حبست أصلها وتصدقتم بها) (رواه البخاري برقم (٢٧٧٢) ومسلم برقم (٤٣١١))

ثانيا : الوصية

لغة: من وصي وهي تدل على الوصول والاتصال. وأوصى الرجل ووصاه: أي عهد إليه، وهذا يكون في الحياة، كما يكون بعد الممات

اصطلاحا: الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده،

حكم الوصية وكتابتها وحاجتها إلى الولاية : الوصية مشروعة في الأصل وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب : قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ ﴾ سورة المائدة: من الآية ١٠٦

ومن السنة : ما روي عن ابن عمر مرفوعا: (ما حق أمريء مسلم بيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا وصيته مكتوبة عند رأسه) (رواه البخاري برقم (٢٧٣٨)، مسلم برقم (٤٢٩١)).

ومن الإجماع : وقد قام الإجماع على مشروعية الوصية لم ينكرها أحد قال ابن قدامة: (وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية).

المبحث الخامس : تصرفات الأولياء، وكيفية ترتيبهم عند الفقهاء

اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في ترتيب الأولياء في النكاح وغيره، وكان لكل مذهب منهم مسلكه في تحديد الأحق بالولاية بحسب استنباطهم من النصوص الشرعية، وما يحقق مصلحة المولى عليه، ويضمن حقوقه، فأما في النكاح.

فقد ذهب الحنفية إلى تقديم الابن وابنه وإن نزل ثم الأب والجد وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم أبناءهم وإن نزلوا، ثم لعم الأب الشقيق ثم العم لأب ثم بنوهم، ثم أعمام الجد ثم بنوهم، ثم بقية العصابة حسب الميراث ثم تنتقل إلى الأرحام عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين فإنهم نقولها إلى الحاكم

وأما المالكية فإنهم يقدمون الولي المجرى أما الأولياء غير المجرى فإن الولاية تكون للعصبات أولاً، ثم بعد ذلك مولى العتاقة وهو من أعتق المرأة ثم كافل المرأة على خلاف في ذلك ثم الحاكم ثم لكل مسلم بالولاية العامة

وأما الشافعية فإنهم أثبتوا الولاية للأب أولاً ثم الجد وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب وأبناءهما، ثم العم ثم العم لأب، ثم أبناءهم، ثم بقية العصابة بحسب إرثهم، ثم بعد ذلك المعتق وعصبته ثم الحاكم.

أما الابن فلا ولاية له على أمه إلا إذا كان بصفة أخرى غير البنوة .

وذهب الحنابلة إلى أن ولاية النكاح تكون أولاً للأب ثم الجد وإن علا، ثم الابن ثم ابن الابن وإن نزل ثم الأخ الشقيق ثم لأب، ثم أبناءهم، ثم العم الشقيق، ثم لأب ثم لأبنائهم، ثم الأقرب فالأقرب، ثم بعد ذلك المعتق وعصبته، ثم تكون الولاية بعد ذلك للسلطان أو نائبه، ثم ذو السلطان كأمير القرية أو القافلة، ثم بعد ذلك توكل إنساناً عدلاً ليتولى أمرها ولا يعدل إلى ذوي الرحم .

المبحث السادس : الولايات النيابة :- تعريفها واستمداها :

النيابة لغة : من ناب ينوب نوباً ومناياً ونيابة أي قام مقامه فهو نائب .

واصطلاحاً : هي الولايات الخاصة، التي يستمدها صاحبها من الولي الأصلي

بإنابته له إما اتفاقا كالوكالة ونحوها، أو إجبارا كتولي القاضي ولاية من لا ولي له .

استمداد الولايات النيابية :-

يستمد الولي في الولايات ولايته ممن أنابه من الأولياء الأصليين ولذا فإنه يأخذ

حكم من أنابه.

الباب الأول

الفصل الثاني

بيان ولاية القاضي

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول : أهمية ولاية القاضي في حفظ الأموال والحقوق.

كلف الله تعالى الدولة الإسلامية ممثلة بسلطتها القضائية ونظامها القضائي بحماية حقوق الناس والحفاظ عليها، والحفاظ لها والرقب لهذه الحقوق هو القاضي بما أعطي من ولاية للفصل بين الناس وفض المنازعات ورد الحقوق إلى أصحابها وقيم العدل ويطبق حدود الله ويمنع الظالم من ظلمه.

قال تعالى : ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾ سورة الحديد من الآية : ٢٥

فالقضاء ركن من أركان الدولة، وجزء هام من مقومات المجتمع، وتقع عليه مسؤولية حماية الأنفس والأموال والحقوق، ورد الحقوق إلى أصحابها أو تعويضهم عنها ماديا أو معنويا.

المبحث الثاني : استمداد ولاية القاضي، وما تشمله من أعمال عند الفقهاء

يستمد القاضي ولايته من السلطان أو الحاكم، إذ أن الأصل أن أعمال القاضي من واجبات الحاكم فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بين الناس بنفسه ويشرف على تنفيذ الأحكام، فقد روت أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض

وأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ فإنما أقطع له قطعة من النار» (رواه البخاري برقم (٦٦٣٤) ومسلم برقم (٤٥٧٢)

ثم لما اتسعت الدولة الإسلامية كان لابد من إرسال من يقضي بين الناس في بلدانهم فبعث علياً ومعاذاً إلى اليمن.

وقد ذكر العلماء ما تشمله ولاية القاضي إذا لم يجد له السلطان ولايته وهي

الفصل في المنازعات وقطع الشاجر والخصومات.

والثاني استيفاء الحقوق ممن مطل بها وإيصالها إلى مستحقيها..

ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف.

النظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها.

تنفيذ الوصايا على شروط الموصي فيما أباحه الشرع ولم يحظره.

تزويج الأيامي بالأكفاء إذا عد من الأولياء ودعين إلى النكاح.

إقامة الحدود على مستحقيها.

النظر في مصالح عمله من الكف عن التعدي في الطرقات والأفنية.

تصفح شهوده وأمنائه.

التسوية في الحكم بين القوي والضعيف والعدل في القضاء.

المبحث الثالث : ولاية القضاء في المملكة العربية السعودية وما تشمله من أعمال قضائية وولائية طبقاً لنظام القضاء في المملكة العربية السعودية الصادر عام ١٤٢٨ هـ.

القضاء في المملكة مر بمراحل من تنويع المحاكم وتوسيع بعض الاختصاصات لبعض المحاكم، وبيان الاختصاصات المكانية والزمانية للقضاة.

تصرف القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية

ويتضح ذلك بما تنص عليه المواد التالية من نظام القضاء وغيره من الأنظمة المتعلقة به كنظام تركيز المسؤوليات وغير ذلك من الأنظمة.

فقد بين نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/٧٨) والتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، أنواع المحاكم وأعمالها واختصاصها.

المجلس الأعلى للقضاء: وقد بينت المادة الخامسة، ما يختص بنظره ومن ذلك النظر في شؤون القضاة الوظيفية، من تعيين وترقية وتأديب وندب وغير ذلك.

إصدار اللوائح المتعلقة بشؤون القضاة الوظيفية، ولائحة للتفتيش القضائي، وإنشاء المحاكم والإشراف عليها وفق الأسماء المنصوص عليها في النظام، وتسمية رؤساء محاكم الاستئناف ومساعدتهم، ورؤساء محاكم الدرجة الأولى ومساعدتهم، وإصدار قواعد تبين طريقة اختيار القضاة، وإجراءات وضوابط تفرغهم للدراسة، تنظيم أعمال الملازمين القضائيين، وإعداد تقرير شامل في نهاية كل عام يتضمن الإنجازات التي تحققت والمعوقات ومقترحاته بشأنها ورفعها إلى الملك.

المحكمة العليا: وقد بينت المواد من (١٠ - ١٤) اختصاص هذه المحكمة ومن ذلك:

تتولى المحكمة العليا مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام، وذلك في الاختصاصات الآتية:

*مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها.

*مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، المتعلقة بقضايا لم ترد في الفقرة السابقة أو بمسائل إنهائية ونحوها كمنخرفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها أو صدور الحكم من محكمة غير مشكلة تشكيلاً سليماً طبقاً لما نص عليه في

هذا النظام وغيره من الأنظمة أو الخطأ في تكييف الواقعة، أو وصفها وصفاً غير سليم.

٣- محاكم الاستئناف : وقد بينت المواد من (١٥-١٧) اختصاص هذه المحاكم وتتكون من عدة دوائر كالدوائر الحقوقية والجزائية والتجارية والعمالية ودائرة الأحوال الشخصية، وتقوم هذه المحاكم بتدقيق أحكام محاكم الدرجة - العامة والجزئية - ولمحاكم الاستئناف على وجه الخصوص تدقيق الأحكام الآتية:

١. كل حكم صدر على غائب ويقصد به الذي سمعت عليه الدعوى وحكم فيها لعدم معرفة محل إقامته العام أو المختار داخل المملكة أو خارجها.

٢. النظر ابتداء في طلبات التماس إعادة النظر على الأحكام الصادرة في القضايا المدنية، وتدقيقاً في طلبات الالتماس المرفوضة أو المقبولة في القضايا الجزائية.

٣. الفصل في تدافع الاختصاص الذي يحصل بين محكمتين من محاكم القضاء العام، أو بين قاضيين في محكمة واحدة، ويشار هنا إلى أن التدافع إذا وقع بين جهتين قضائيتين كإحدى المحاكم العامة، والمحكمة الإدارية فإن « لجنة الفصل في تنازع الاختصاص » في المجلس الأعلى للقضاء تتولى الفصل في هذا التنازع.

٤. الأحكام الصادرة بالقتل أو الرجم أو القطع أو القصاص فيما دون النفس.

٥. الأحكام المعترض عليها من قبل أحد أطراف الدعوى.

٦. الأحكام الصادرة بالإذن للولي والناظر ببيع عقار القاصر أو الوقف أو قسمته.

٧. الأحكام الصادرة ضد بيت المال، أو القصار، أو الأوقاف والأجهزة الحكومية ونحوهم.

٨. النظر في طلب رد رئيس المحاكم أو رئيس المحكمة في البلد الذي لا يوجد فيه رئيس محاكم عن نظر الدعوى.

٤- محاكم الدرجة الأولى : وقد بينت المواد من (١٨-٢٤) اختصاص هذه المحاكم

تصرف القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية

وتتكون من دوائر عدة كدوائر قضايا القصاص والحدود ودوائر القضايا التعزيرية ودوائر قضايا الأحداث.

ويكون من بينها دوائر للتنفيذ وللإثباتات الإنهائية وما في حكمها   الخارجة عن اختصاصات المحاكم الأخرى وكتابات العدل   وللفصل في الدعاوى الناشئة عن حوادث السير وعن المخالفات المنصوص عليها في نظام المرور ولائحته التنفيذية.

كما بينت المادة الرابعة والسبعون من نظام القضاء اختصاص كتابات العدل بتوثيق العقود وضبط الإقرارات فيما عدا الأوقاف والوصايا.

الباب الثاني

الفصل الأول

تمهيد: في بيان المراد بولاية ونيابة القاضي في النكاح وأنواع الولاية.

المبحث الأول: تزويج القاضي للمرأة إذا ثبت عضل الولي لها

تمهيد: في بيان المراد بولاية ونيابة القاضي في النكاح وأنواع الولاية.

وقد قسم الفقهاء ولاية النكاح إلى قسمين:

القسم الأول: ولاية الإيجاب: هي سلطة تمكن الولي من الاستبداد بتزويج المولى عليه، أو هي تنفيذ القول بالإنكاح على الغير.

عند الحنفية مناط الإيجاب كون المولى عليه صغيراً أو صغيرة سواء كانت الصغيرة بكر أم ثيباً فالعبرة بالصغر، وكذا المجنون والمجنونة الكبيرة سواء كان جنونا أصلياً أم طارئاً، إلا أنه كان إن كان الولي لهؤلاء غير الأب أو الجد ثبت لكل أحد منهم الخيار.

و أما المالكية فإنهم يرون جواز إجبار الولي لابنه الصغير وكذا ابنته الصغيرة و الولي أبوها أو وصيه وكذا يجوز له أن يجبر ابنته البكر العانس وكذا الثيب الصغيرة.

و أما الشافعية فإنهم يثبتون ولاية الإيجاب للولي وهو الأب و الجد على الصغير و على البكر سواء كانت صغيرة أم كبيرة لقوله صلى الله عليه وسلم: « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها » (رواه مسلم برقم (٣٥٤٣) وأبو داود برقم (٢١٠١)، والنسائي برقم (٣٢٦٤) وصححه الألباني في الإرواء.

و أما الثيب الصغيرة فإنه لا ولاية عليها لما ورد في السنة من أنها أحق بنفسها كما في الحديث السابق.

وأما الحنابلة فإنهم أجازوا للأب تزويج بنيه الصغار الذكور والإناث، وكذا المجانين ولو بالغين؛ لما روي أن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختموا إلى زيد فأجازاه جميعاً (أخرجه البيهقي ومالك في الموطأ وسعيد بن منصور في سننه (٩٢٨) وعبد الرزاق في مصنفه وابن أبي شيبة في المصنف).

القسم الثاني: ولاية الاختيار: السلطة التي تخول الولي، من مباشرة عقد نكاح موليته بإذنها ورضاها.

فهي عند الحنفية: سلطة تعطيها المرأة الولي، بمقتضاها يباشر العقد نيابة عنها، فلو زوجت المرأة نفسها جاز ذلك وكان نكاحاً صحيحاً وللأولياء حق الاعتراض إذا كان غير كفاء.

وعند جمهور الفقهاء أنها ولاية مشاركة لا ينفرد بها الولي عن موليته كما لا تنفرد بها المرأة عن وليها، فإن زوجت نفسها كان نكاحها باطلاً وثبتت هذه الولاية على جميع النساء اللاتي لا تثبت عليهن ولاية الإيجاب.

المبحث الأول: تزويج القاضي للمرأة إذا ثبت عضل الولي لها.

المطلب الأول: تعريف العضل لغة واصطلاحاً، وحكمه.

أولاً: تعريف العضل.

لغة: مصدر من عضل الرجل المرأة يعضلها عضلاً إذا منعها من التزويج

العضل اصطلاحاً:

التعريف المختار: امتناع الولي من تزويج موليته من الكفاء إذا خطبها أو طلبت المرأة التزويج.

ثانياً: حكم العضل: امتناع الولي عن التزويج وعضل موليته من كفتها محرم، والشريعة لم تثبت الولاية لأجل الاستبداد والظلم وهو محل اتفاق بين الفقهاء في

الجملة، والدليل على ذلك :

ما رواه معقل بن يسار - رضي الله عنه - قال زوجت أختالي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية ﴿فلا تعضلوهن﴾ فقلت الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه (رواه البخاري برقم (٥١٣٠)..

ولأنه ظلم للمرأة، وإضرار بها في منعها حقها من التزويج بمن ترضاه، إلا إذا عضلها بسبب معتبر وكان لمصلحة المرأة كأن تطلب النكاح بغير كفاء، لأنه محق في امتناعه من تزويجها .

إلا أن المالكية استثنوا الأب المجبر فلا يصير عاضلاً ببرد الخاطب الكفاء وإن تكرر منه حتى يتحقق قصده الإضرار لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته ولجهلها بمصالح نفسها.

المطلب الثاني : أثر العضل في ولاية النكاح، ومتى تنتقل الولاية إلى القاضي.

إذا عضل الولي موليته ومنعها النكاح من الكفاء وتحقق القاضي من ذلك فإنه ينهأ عن عضله، فإن استجاب وأنكح المرأة للكفاء، انتهى العضل، وإن امتنع وأصر على عضله انتقلت ولاية التزويج إلى غيره.

وقد اختلف الفقهاء فيمن تنقل إليه الولاية بعد ذلك على قولين:

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية إلى أن الولاية تنتقل من الولي العاضل إلى السلطان أو من ينيبه.

واستدلوا بما يأتي: ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، وإن اشتجروا فالسلطان ولي

من لا ولي له « (سبق تخريجه)

أن في امتناع الولي من القيام بواجبه ظلماً و ضرراً على المولى عليها، دون وجه حق، والقاضي والسلطان مسئول عن رفع الضرر وإزالة الظلم.

القول الثاني : ذهب الحنابلة في رواية وهو الصحيح من المذهب، وهو قول عند الشافعية إذا كان العضل ثلاث مرات فأكثر وبعض المالكية، إلى أن ولاية التزويج تنتقل للأبعد، فإن عضل الأولياء كلهم انتقلت الولاية للقاضي.

و الذي يترجح لدي ما ذهب إليه الجمهور من أن الولاية تنتقل إلى الحاكم مباشرة عند عضل الولي.

المبحث الثاني : تزويج القاضي للمرأة بسبب غيبة الولي.

المطلب الأول تعريف الغيبة وأقسامها.

سبق تعريف الغيبة وذكر أقسامها

المطلب الثاني : انتقال ولاية النكاح للقاضي بسبب غيبة الولي.

اختلف الفقهاء فيمن تنتقل إليه ولاية النكاح عند غيبة الولي - الغيبة المعتمدة -

القول الأول: ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الولاية تنتقل من الولي الغائب إلى من بعده من الأولياء حسب ترتيبهم.

و استدلو على ذلك بما يلي : ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » سبق تخريجه.

أن الولي الأبعد أدرى بالمصلحة من الولي الغائب، كما أنه أقدر على معرفة ما ينفع موليته من السلطان.

القول الثاني : و ذهب الشافعية إلى أن الولاية تنتقل إلى السلطان عند غيبة الولي وهي رواية عند الحنابلة قياساً على العضل.

القول الثالث : وذهب المالكية إلى التفريق بين الولي المجرى وغيره، وبين نوع الغيبة فإن كان الغائب هو الأب فإن كانت غيبته بعيدة ويرجى رجوعه فلا تزوج المرأة حتى يعود، وإن كانت لا يرجى رجوعه فيزوج الحاكم دون غيره من الأولياء، أما إن كان الغائب غير الولي المجرى كالأخ والجد، فإن كانت غيبته ثلاثة أيام ونحوها ودعت لكفء فيزوجها الحاكم..

و الذي يظهر لي والله أعلم رجحان القول الأول وهو القول بنقل ولاية التزويج من الولي الغائب إلى الولي الحاضر الأبعد.

المبحث الثالث : تزويج القاضي للصغير العاقل والمجنون المطبق إذا احتاجا للنكاح مع عدم الوصي والأب

المطلب الأول: بيان المراد بالصغير والمجنون

المطلب الثاني : متى يزوج القاضي الصغير العاقل، والمجنون بدون إذنهما.

أولاً : الصغير. الفقهاء اتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها، أما الحاكم فهو ولي من لا ولي له، وهذه قاعدة عامة في باب الولاية إلا أن العلماء اختلفوا في جواز وصحة تزويجه للصغير :

القول الأول: ذهب ابن حزم الظاهري إلى أن الصغير لا يزوجه أحد حتى يبلغ فيزوج نفسه، وإن زوجه أبوه أو غيره فالنكاح مفسوخ.

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أنه لا يصح تزويج الصغير إلا من الأب والجد لا من الوصي والحاكم.

القول الثالث: ذهب المالكية والحنابلة إلى أن لأب الصغير ووصيه والحاكم تزويجه دون غيرهم من الأولياء، إلا أن الصحيح من مذهب الحنابلة أن الحاكم لا يزوج الصغير إلا للحاجة.

القول الرابع: ذهب الحنفية إلى أن للحاكم وغيره من الأولياء تزويج الصغير إلا إن

زوجه أبوه أو جده فلا خيار له عند البلوغ.

والصحيح ما ذهب إليه الحنابلة والمالكية من جواز تزويج الحاكم للصغير عند الحاجة لما في ذلك من مصلحة الصغير من حفظ له ورعاية، وإنفاق إن كانت غنية ونحو ذلك.

ثانياً: تزويج المجنون المطبق

العلماء قد اختلفوا في حكم تزويجهم ومن يملك ذلك من الأولياء.

مذهب الحنفية ذهب الحنفية إلى أن المجنون يزوج سواء كان كبيراً أم صغيراً، وسواء كان جنوناً أصلياً أم طارئاً عند جمهور الحنفية.

مذهب المالكية: وأما المالكية فإنهم قالوا إن كان جنونه غير مطبق تنتظر إفاقته، وأما إن كان جنونه مطبقاً فلا يخلو من حالين: إما أن يكون قد بلغ مجنوناً، وإما أن يكون بلغ عاقلاً ثم جن، فإن بلغ مجنوناً فإن لأبيه ثم وصيه ثم الحاكم تزويجه للحاجة إلى النكاح وأما إن بلغ عاقلاً ثم جن فلا يزوجه حينئذ إلا الحاكم فلا ولاية لأبيه ولا وصيه.

مذهب الشافعية: وأما الشافعية فقالوا إن كان المجنون صغيراً فلا يزوجه أب ولا غيره، وإن كان كبيراً فإما أن يكون جنونه غير مطبق فلا يزوجه حتى يفيق ويأذن.

مذهب الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أن المجنون إن كان صغيراً فلا يزوجه الحاكم وإنما تكون ولاية التزويج للأب كالصغير العاقل، وأما إن كان كبيراً فإن ممن يفيق أحياناً وكان جنونه غير مطبق فلا يزوجه أحد إلا بإذنه، وأما إن كان جنونه مطبقاً ففيل للأب ووصية تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها، وقال بعضهم إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة.

والذي يترجح من مذاهب العلماء أن الصغير لا يزوجه لعدم حاجته إلى النكاح وأما البالغ فإن كان جنونه متقطعاً فلا يزوجه حتى يفيق ويأذن بنفسه وإن كان جنونه

مطبقا فلا يزوج إلا إذا ثبت أن ذلك من مصالحه وكانت هناك حاجة.

المبحث الرابع : تزويج القاضي للمرأة بسبب فسق الولي

المطلب الأول : تعريف الفسق وضابطه

الفسق لغة : مصدر فسق يفسق و يفسق، بمعنى الخروج عن الطاعة.

تعريف الفسق اصطلاحا :

هو فعل كبيرة من الكبائر أو الإصرار على صغيرة من صغائر الذنوب.

فإذا كان فسقه متهتكا مضرا بالمرأة غير مبال بما تنسب إليه موليته، مضرا لها بتزويجها بمن يضرها في دينها أو دنياها فإنه لا ولاية له اتفاقا لأنه ليس أهلا لها، وكذا إن كان الولي عاضلا لها فإن الفقهاء قالوا بفسقه ونقل الولاية عنه كما مر في باب العضل.

المطلب الثاني : خلاف العلماء في انتقال الولاية بسبب الفسق

اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في حكم ولاية الولي الفاسق وإلى من تنتقل بعده

على قولين:

القول الأول : ذهب الحنفية والمالكية في المشهور، والشافعية في قول والحنابلة في

رواية، إلى صحة ولاية الفاسق في النكاح وعدم اشتراط العدالة في الولي.

واستدلوا بما يلي :

قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا

وَالْآخِرَةِ وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ سورة النور: ٢٣

قوله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم»

أخرجه ابن ماجه حديث (١٩٦٨)، والدارقطني في سننه، حديث (١٩٨). قال في

تلخيص الحبير هذا إسناد فيه الحارث بن عمران المدني، قال فيه أبو حاتم: ليس

تصرف القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية

بالقوي، والحديث الذي رواه لا أصل له، يعني هذا الحديث، وقال ابن عدي:
والضعف على رواياته..

و لإجماع الناس من عهد النبوة والخلفاء و من بعدهم إلى يومنا على تزويج بناتهم
من غير نكير على أحد.

و لأنها ولاية نظر، والغرض منها الحظ للمولية، والفسق لا يقدر في القدرة على
تحصيل النظر

القول الثاني: وذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب، والمالكية في
قول، إلى عدم صحة ولاية الفاسق في النكاح و لا بد من وجود العدالة.

الترجيح: رجحان القول بصحة ولاية الفاسق في النكاح.

الفصل الثاني

تصرفات القاضي النيابية في كتاب الطلاق

المبحث الأول: تطليق القاضي على المولي إذا أبى الفيئة نيابة.

أولاً: تعريف الإيلاء:

لغة: مصدر آلى يؤلي إيلاءً و آلية، اليمين و جمعه ألياء، و هو الحلف.

تعريف الإيلاء اصطلاحاً: حلف زوج يمكنه الجماع، بالله تعالى، أو وصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها، في قبل أبداً أو يطلق أو أكثر من أربعة أشهر أو ينويها.

ثانياً: حكم الإيلاء: هو محرم، و الأصل فيه الكتاب و السنة.

فمن الكتاب: قال تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (سورة البقرة: ٢٢٦)

ومن السنة: ما روي عن سهل ابن أبي صالح عن أبيه أنه قال: سألت اثني عشر نفساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم عن المولي فقال: يتربص أربعة أشهر ثم ليفيء أو يطلق (أخرجه الدارقطني (٤٥١) و البيهقي قال الألباني في الإرواء إسناده صحيح على شرط مسلم..)

ثالثاً: تطليق القاضي على المولي إذا أبى الفيئة:

إذا آلى الزوج من زوجته أربعة أشهر فأكثر فإنه إما أن يحنث في يمينه.

و إما أن يفيء بالقول و لا يجمع زوجته حتى تنقضي مدة الإيلاء.

و إما أن يصر على ترك قربان زوجته، ففي هذه الحالة والتي قبلها يضرب له

تصرف القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية

أربعة أشهر من حين حلف ولا يطالب بالفيئة إلا بعد مضي أربعة شهور، فإن لم تعفه زوجته ورفعت أمره إلى الحاكم فإنه يوقفه ويأمره بالفيئة فإن أبى: فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال

القول الأول: فذهب الإمام مالك في قول وأحمد في رواية والشافعي في رواية إلى أنه يؤمر بالطلاق فإن لم يطلق طلق عليه الحاكم.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ سورة البقرة: ٢٢٩

و لأنه حق تعين مستحقه فتدخله النيابة كقضاء الدين.

القول الثاني: وهو رواية عن الإمام أحمد ورواية عن الشافعي أنه ليس للحاكم التطبيق عليه.

القول الثالث: وقال أبو حنيفة إذا أمضت الأربعة أشهر ولم يطاء زوجته ولم يفيء إليها فإنها تطلق بمضي المدة.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور؛ لأنه لو وقع الطلاق بانقضاء المدة لما كان هناك حاجة إلى العزم عليه بعد وقوعه.

المبحث الثاني: تطبيق القاضي وفسخه للنكاح إذا كان الفسخ مختلفا فيه كالعنة أو لغياب الزوج نيابة

أولا: التفريق بسبب العنة:

العنة لغة: عن الشيء يعن ويعن عننا والعن المصدر والعنن الاسم وهو عجز

يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع.

تعريف العنة اصطلاحاً: العجز عن الوطء في القبل لعدم انتشار الآلة.

حكم تفريق القاضي بين الزوجين بسبب العنة: اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على جواز التفريق بين الزوجين بعيين هما: الجب والعنة.

واستدلوا على التفريق بالجب والعنة بما يلي:

ما رواه ابن عباس قال طلق عبد يزيد - أبو ركانة وإخوته - أم ركانة ونكح امرأة من مزينة فجاءت النبي ﷺ فقالت ما يغنى عنى إلا كما تغنى هذه الشعرة. لشعرة أخذتها من رأسها ففرق بيني وبينه فأخذت النبي ﷺ حمية فدعا بركانة وإخوته ثم قال لجلسائه « أترون فلانا يشبه منه كذا وكذا من عبد يزيد وفلانا يشبه منه - كذا وكذا ». قالوا نعم. قال النبي ﷺ لعبد يزيد « طلقها ». ففعل ثم قال « راجع امرأتك أم ركانة وإخوته ». فقال إني طلقته ثلاثاً يا رسول الله. قال « قد علمت راجعها ». وتلا ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ سورة الطلاق: ١. (أخرجه أبو داود برقم (٢١٩٨)، والحاكم برقم (٣٨١٧).

وقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على ثبوت الخيار بعيب العنة ولم يعرف لهم مخالف.

وكما أن وجود العيب في البيع يثبت الخيار لفوات بعض المال فكذلك العنة يثبت بها الخيار في النكاح لفوات أحد مقاصد النكاح.

شروط التفريق بالعنة:

أن لا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت العقد أو قبله.

أن لا ترضى بالعيب بعد العقد.

أن يكون التفريق بحكم القاضي.

فإذا ثبت عند القاضي عنته أجله سنة لاحتمال أن تثبت قدرته على الجماع في أثناء السنة ومرور الفصول.

ثانيا: التفريق بسبب غيبة الزوج أو حبسه:

سبق تعريف الغيبة لغة في الباب الأول

اصطلاحا: من انقطع خبره وأمكن الكشف عنه.

حكم التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج: لا تخلوا غيبة الزوج عن زوجته من حالين:

أن تكون غيبة قصيرة غير منقطعة، فليس لامرأته حق أن تطلب التفريق وهذا باتفاق الفقهاء.

أن تكون غيبته طويلة منقطعة لا يعرف فيها خبره، وقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين في هذه الحالة :

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية في الجديد إلى عدم جواز التفريق بينهما حتى يتحقق موته أو يمضي من الزمان ما لا يعيش إلى مثله غالبا.

القول الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بين الزوجين.

وقد اشترط القائلون بجواز التفريق بين الزوجين عدة شروط:

أن تكون غيبته طويلة..

أن يكتب القاضي إليه بالرجوع ويمهله مدة مناسبة فإن أبدى عذرا عند الحنابلة وإلا طلق القاضي عليه.

والذي يترجح لدي هو جواز التفريق بينهما بعد ضرب المدة المناسبة لذلك ورجع تقديرها إلى القاضي لاختلاف الأحوال والأزمان فما يكون مناسبا في حال لا يناسب في حال آخر والله أعلم.

المبحث الثالث : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار

المطلب الأول : تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالصداق

إذا أعسر الزوج بصداق زوجته بعد وجوبه وتقرره عليه، وطالبت زوجته به، ورفعته إلى القاضي فإنه والحال هذه لا يخلو من حالين:

الحالة الأولى: أن يكون إعساره بالصداق قبل الدخول وطالبت زوجته بالصداق وطلبت الفسخ فقد اختلف الفقهاء في ذلك :

القول الأول: ذهب الحنفية وبعض الحنابلة وقول للشافعية إلى أنه لا فسخ لها ولا يحق لها المطالبة به، ويكون من حق المرأة أن تمتنع من تسليم نفسها له حتى يسلم صداقها إذا كان حالاً.

القول الثاني: وذهب المالكية والأظهر عند الشافعية والمذهب عند الحنابلة إلى أن لها طلب الفسخ قبل الدخول إذا كان الصداق حالاً على اختلاف فيما بينهم.

وأما المالكية فإنهم قالوا إذا طالبت الزوجة زوجها بمقدم المهر فادعى الإعسار ولم تصدقه ولم يقيم بينة على صدقه وليس له مال ظاهر، فإن القاضي يؤجله لإثبات إعساره مدة يحددها القاضي ولا بد أن يكون له كافل بالوجه خوفاً من هروبه.

فإذا ثبت إعساره في أثناء هذه المدة بالبينة أعذرهما القاضي بالبينة فإن كان لها فطعن وإلا حلف الزوج على تحقيق ما شهد له به من إعسار يمين استظهار ثم يمهل مرة أخرى فإن لم يأت بالمهر بعدها طلق عليه القاضي، أو أوقعته زوجته ثم يحكم به القاضي، وللزوجة نصف الصداق يكون ديناً في ذمته.

الحالة الثانية: أن يكون إعساره بالصداق بعد الدخول بها، وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة أيضاً:

القول الأول: ذهب الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة في المشهور والمالكية إلى أنه لاحق لها بالفسخ بل لها المطالبة في المهر وهو كقولهم في الحالة الأولى واستدلوا بما

يلي:

لأنه دين استقر في ذمة الزوج كغيره من الديون ومن المتفق عليه أن النكاح لا يفسخ بالإعسار بالنفقة الماضية ونحوها فكذلك الإعسار بالصداق.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في وجه لهم، وهو قول للشافعية على الصحيح إلى أن للزوجة حق طلب الفسخ إذا أعسر الزوج بالصداق الحال بعد الدخول

والذي يترجح لدي ما ذهب إليه الجمهور من الحنفية والصحيح عند الحنابلة والمالكية وهو قول للشافعية في أنه لا يحق للزوجة طلب الفسخ لا قبل الدخول ولا بعده ولكن لها المطالبة وأن تمتنع من تسليم نفسها حتى يسلم الصداق

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها.

مسألة: على القول بثبوت حق الفسخ للزوجة فإن الحق لها ولا يملكه غيرها من الأولياء أو الحاكم، بل لا يثبت إلا بطلبها لأنه حق لها ثبت لضررها كما أن لها إسقاطه أو تأجيله، ولا يجوز الفسخ إلا بحكم القاضي لأنه فسخ مجتهد فيه وتختلف فيه الأنظار كالفسخ بالغيب.

المطلب الثاني: تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة

أولا تعريف النفقة:

لغة: اسم من المصدر نفق يقال نفقت الدراهم نفقا أي نفدت وهلكت.

تعريف النفقة اصطلاحا: كفاية من يمونه خبزا وأدما ومسكنا وتوابعها.

ثانيا: حكم النفقة على الزوجة

نفقة الزوجة واجبة على الزوج بالكتاب والسنة والإجماع والدليل على ذلك

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ

مَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا * أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ
حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا
عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴿سورة الطلاق: ٦﴾

ومن السنة: ما رواه جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب
في الناس فقال: «اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله
واستحللتن فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف..» رواه
مسلم برقم (٣٠٠٩) وأبو داود برقم (١٩٠٧) والترمذي برقم (١١٦٣) وقال حديث
حسن صحيح..

وأجمع العلماء على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا
الناشر منهن.

ثالثا : حكم التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة:

ذهب جمهور العلماء إلى أن الزوج إذا كان حاضرا موسرا وله مال ظاهرا فإن
للزوجة أن تستوفي حقها منه وليس لها حق طلب التفريق.
وذهبوا إلى أنه إذا أعسر الزوج بالنفقة ورضيت بالمقام معه فلها ذلك.

واختلفوا فيما لو أعسر الزوج ولم ترض زوجته بالبقاء معه، هل لها الحق في طلب
التفريق بينها وبينه على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية وبعض الشافعية وقول للحنابلة إلى أن الزوجة ليس
لها طلب فسخ النكاح بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق عليها وإعساره وقالوا بأنها
تستدين على ذمته ويجب عليه أن يدعها تكتسب ويرفع يده عنها.

واستدلوا بما يلي: قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ
فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ سورة
الطلاق: ٧:

ما رواه مسلم في صحيحه عن جابر رضي الله عنه قال: دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فوجد الناس جلوسا ببابه لم يؤذن لأحد منهم - قال - فأذن لأبى بكر فدخل ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجد النبي - صلى الله عليه وسلم - جالسا حوله نساؤه واجها ساكتا - قال - فقال لأقولن شيئا أضحك النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمتم إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال «هن حولي كما ترى يسألنني النفقة». فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول تسألن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما ليس عنده. فقلن والله لا نسأل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - شيئا أبدا ليس عنده. رواه مسلم برقم (١٤٧٨).

القول الثاني: وذهب المالكية والأظهر عند الشافعية والمذهب عند الحنابلة إلى أن للزوجة طلب الفسخ والتفريق بينها وبين زوجها بسبب إعسار زوجها وامتناعه عن النفقة، فلها الخيار إن شاءت بقيت على الزوجية واستدانت عليه وإن شاءت رفعت أمرها إلى القاضي لطلب الفسخ والفرقة.

والذي ترجح لدي بعد عرض الأقوال والأدلة في هذه المسألة أنه لا حق للمرأة في طلب الفسخ بإعسار زوجها بل تطالبه أمام القاضي بالنفقة فيفرضها لها، وهو مذهب الحنفية وقول للشافعية.

المبحث الرابع: تفريق القاضي بين المتلاعنين نيابة إذا أبى الزوج الطلاق

أولا: تعريف اللعان:

لغة: مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والإبعاد.

و اصطلاحا: شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين، مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف أو تغيير في جانبه و حد زنى في جانبها.

ثانيا: مشروعية اللعان وحكمه: الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب: قال تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْحَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ الْحَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ سورة النور: ٦ - ٩

حديث سهل بن سعد أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عاصم لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها قال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم. رواه البخاري برقم (٥٢٥٩).

وقد أجمع العلماء على مشروعية اللعان.

ثالثا: تفريق القاضي بين المتلاعنين

بعد أن يتم اللعان فإنه يترتب عليه أمور عدة.

منها الفرقة بين الزوجين فرقة أبدية، وقد اختلف العلماء في وقوع الفرقة هل

تقع بمجرد اللعان، أم بعد حكم القاضي؟

القول الأول: ذهب الحنفية و الإمام أحمد في إحدى الروايتين إلى أن الفرقة لا تقع بمجرد اللعان، بل لابد من حكم الحاكم بعد اللعان لتقع الفرقة.

القول الثاني: ذهب المالكية ورواية للإمام أحمد وهي المذهب و بعض الحنفية إلى أن الفرقة تقع بمجرد انتهاء اللعان و لا حاجة لتفريق الحاكم.

و استدلوا بما يلي :

ما رواه ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال للمتلاعنين: (حسابكما على الله أحذكما كاذب لا سبيل لك عليها، قال: يا رسول الله مالي؟ قال: لا مال لك، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحلتت من فرجها و إن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك) رواه البخاري برقم (٥٣١٢) ورقم (٥٣٥٠) ومسلم برقم (٣٨٢١).

و لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد، فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع.

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى أن الفرقة تقع بمجرد انتهاء الزوج من لعانه حتى لو لم تلتعن الزوجة.

و الذي يترجح القول بالفرقة بين الزوجين بعد إتمام اللعان و أنها لا تتوقف على حكم الحاكم لأن الروايات التي جاءت بالتفريق إنما هي لبيان الحكم و إظهار الفرقة.

المبحث الخامس : تطبيق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع والكفارة أو الطلاق.

أولا : تعريف الظهار :

لغة: بكسر الظاء المعجمة مأخوذ من الظهر وهو قول الرجل لامرأته : أنت علي كظهر أمي و هي كلمة كانوا يقولونها يريدون بها الفراق.

و اصطلاحا: بأن يشبه امرأته أو عضو منها، بظهر من تحرم عليه على التأييد أو

بها أو بعضو منها.

ثانيا : حكم الظهار : محرم بالنص من الكتاب والسنة وبالإجماع.

فمن الكتاب : قال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِمَّن نَسَأْتِهِمْ مِمَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْتَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ (٢) وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (٣) فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٤) ﴾ سورة المجادلة: ٢ - ٤

ومن السنة : ما روي عن سلمة بن صخر قال : كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئا يتابع بي حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت امشوا معي إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قالوا لا والله . فانطلقت إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبرته فقال « أنت بذلك يا سلمة ». قلت أنا بذلك يا رسول الله مرتين وأنا صابر لأمر الله فاحكم في ما أراك الله قال « حرر رقبة ». قلت والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفحة رقبتي قال « فصم شهرين متتابعين ». قال وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام قال « فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا ». قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال « فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها ». فرجعت إلى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند النبي - صلى الله عليه وسلم - السعة وحسن الرأي وقد أمرني - أو أمر لي - بصدقتكم (أخرجه أبو داود برقم (٢٢١٣)، والترمذي، وأحمد والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي وله شواهد عن أبي سلمة، ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، وقال الألباني وبالجملة فالحديث

بطرقه وشاهده صحيح ينظر الإرواء و تلخيص الحبير..

ثالثا: أثر الظهار و حكم تطليق القاضي على المظاهر إذا أبى الرجوع و الكفارة أو الطلاق: إذا تحقق الظهار و توافرت شروطه التي بينها أهل العلم فإنه يترتب عليه عدة أحكام:

فيحرم على الزوج و طء الزوجة المظاهر منها، بلا خلاف بين أهل العلم، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكُمْ تَوْعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ سورة المجادلة: ٣

و لما روي ابن عباس رضي الله عنهما: (أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه و سلم فقال: إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر، فقال: ما حملك على ذلك يرحمك الله؟، فقال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. فقال: لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به) أخرجه أبو داود برقم (٢٢٢٣) و النسائي و الترمذي و ابن الجارود (٧٤٧) و البيهقي و قال الترمذي حديث حسن غريب صحيح.

كما أن للزوجة الحق في المطالبة بالوطء، و يجب عليها أن تمتنع الزوج من الوطء حتى يكفر، فإن امتنع كان لها أن ترفعه إلى القاضي و على القاضي أن يأمره بالتكفير و الوطء، فإن امتنع أجبره بما يملك من وسائل التأديب حتى يكفر أو يطلق و بذلك قال الحنفية.

و كذا قال المالكية إذا عجز المظاهر عن الكفارة، و أما إن كان المظاهر قادرا على الكفارة و امتنع عن التكفير فللزوجة طلب الطلاق فإن طلبت الطلاق من القاضي لا يطلقها إلا إذا أمضت أربعة أشهر كما في الإيلاء فإن مضت أربعة أشهر أمر القاضي الزوج بالطلاق أو التكفير فإن امتنع طلق القاضي و كان الطلاق رجعيا.

المبحث السادس: تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة

المطلب الأول: تعريف الكفاءة، و حكم اشتراطها

أولاً: تعريف الكفاءة

لغة: من الكفاء وهو النظير والمساوي والمثل والمصدر الكفاءة بفتح الكاف والمد والجمع أكفاء.

و اصطلاحاً: المساواة والمماثلة في خمسة أشياء وهي الدين والنسب والحرية والصنعة واليسار.

ثانياً: حكم اشتراط الكفاءة في النكاح: اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في النكاح وهل هي شرط لزوم أو شرط صحة وفيما يلي بيان ذلك :

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية في ظاهر الرواية والمعتمد عند المالكية والشافعية والمذهب عند الحنابلة إلى أن الكفاءة شرط للزوم النكاح لا لصحته أي أنه حق للآدمي على اختلاف من له الحق هل هو للمرأة وللأولياء أو لبعضهم. واستدلوا بمايلي: أنه صلى الله عليه وسلم زوج بناته مع أنه لا يكافئه أحد في نسبه.

ولأنه صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره (رواه مسلم برقم (١٤٨٠)).

- ولأن العقد وقع مستكملاً كل شروطه وأركانه، ولكن فيه مساساً بحقوق الوالي أو الزوجة، فيلزم اعتباره صحيحاً غير لازم في حق من لم يرض به من الوالي أو الزوجة دفعا للضرر عنه فكان كخيار العيب.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد وبعض المالكية والحنفية إلى أن الكفاءة شرط صحة في النكاح فإذا عدت بطل النكاح وفرق بينهم.

والذي يترجح أن الكفاءة معتبرة في الجملة وقت العقد فهي حق للمرأة والأولياء، لما روت عائشة، أن فتاة، دخلت عليها، فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاها فجعل الأمر

إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكنني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيء) رواه النسائي (٦ / ٧١)، وابن ماجه (١ / ٦٠٢) وأحمد (٦ / ١٣٦) برقم (٢٥٠٤٣) قال البيهقي هذا مرسل، وإن صح، فإنما جعل الأمر إليها لوضعها في غير كفاء. وقال ابن الجوزي: وجهور الأحاديث في ذلك محمول على أنه زوج من غير كفاء نصب الراية.

ولأن العقد مع انعدام الكفاءة مستكمل الشروط والأركان.

المطلب الثاني: حكم تفريق القاضي بين الزوجين لعدم الكفاءة.

إذا تخلفت الكفاءة بأحد الخصال التي ذكرها العلماء على اختلاف مذاهبهم فإن من يراها شرط صحة للنكاح فإنه العقد يكون باطلا وفسدا وليس لأحد إجازه، والفسخ فيه ثابت لحق الشرع وعلى الزوجين أن يفترقا من أنفسهما حرمة الاتصال، وعلى القاضي أن يفرق بينهما.

قال الإمام أحمد: إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما، وكذا روي عن الحنفية أن المرأة إذا تزوجت بغير كفاء لم يجوز ولا يصح العقد أصلا.

وكذا قال المالكية من الطلاق الذي يوقعه الحاكم بغير إذن المرأة نكاحها الفاسق سواء كان فاسقا بالجوارح أو بالاعتقاد.

ومن قال بأن الكفاءة شرط لزوم للعقد فإن العقد مع فوات الكفاءة صحيح غير لازم.

ولكل من لم يوافق عليه من الولي أو الزوجة حق طلب فسخه ولا يتم فسخه إلا بقضاء القاضي، لأنه فصل مجتهد فيه وقد اختلف الفقهاء فيه.

المبحث السابع: فسخ نكاح البنت البالغة إذا زوجها أبوها بغير إذنها وطلبت الفسخ.

هذه المسألة لها ارتباط بمسألة الإيجاب في النكاح وقد سبق بيان مذاهب العلماء

في من تثبت عليها ولاية الإجماع فإذا زوج الأب أو غيره من الأولياء البنت البالغة فلا تخلو:

إما أن تكون ثيبا فليس له إجبارها ولها أن تطلب الفسخ في قول عامة أهل العلم، لما روى البخاري عن خنساء بنت خدام أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه. رواه البخاري برقم (٤٨٤٥)

وإما أن تكون بكرا وقد اختلف الفقهاء في فسخ نكاحها بناء على اختلافهم في حكم إجبارها.

القول الأول: ذهب الحنفية ورواية للحنابلة، إلى عدم إجبار البكر البالغة على النكاح فإذا أجبرت كان لها طلب الفسخ واستدلوا بما يلي:

فمن السنة: ما رواه ابن عباس أن جارية بكرا أتت النبي -صلى الله عليه وسلم- فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود برقم (٢٠٩٨) وابن ماجه برقم (١٨٧٥) والإمام أحمد في المسند (٢٤٦٩)، وأخرجه الدارقطني في سننه رقم ٥٦، والبيهقي في السنن الكبرى، وأعل بالإرسال قال في نصب الراية: (وقد رواه أبو داود مراسلا، وقد رواه ابن ماجه موصولا)، وصححه ابن القطان..

المعقول: لأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل.

القول الثاني: وذهب المالكية، والشافعية، والمذهب عند الحنابلة إلى جواز إجبار البكر البالغة على النكاح، فيكون النكاح حينئذ ثابت وإن كرهت.

والراجح والله أعلم ما ذهب إليه الحنفية ورواية للحنابلة من عدم إجبار البكر البالغة، وجواز فسخ نكاحها لقوة أدلتهم.

الباب الثالث :

صرفات القاضي النيابة على المال

الفصل الأول

التصرف في مال المحجور عليهم لفلس أو سفه أو جنون أو صغر ونحوه

المبحث الأول : التعريف بالحجر والفلس والسفه والجنون.

سبق التعريف بالصغر والجنون والسفه في الباب الأول

وأما تعريف الحجر لغة واصطلاحاً:

لغة: المنع والتضييق يقال حجر عليه حجراً منعه من التصرف.

اصطلاحاً: هو منع الإنسان من التصرف في ماله.

المبحث الثاني : حكم تصرف القاضي في أموالهم وأمد الحجر

الولاية عليهم تكون أولاً للأب إن كان موجوداً باتفاق الفقهاء

واختلفوا فيمن يكون بعد الأب في الولاية على مال المحجور عليهم فذهب الحنفية

إلى أن الولي هو الأب، ثم وصيه بعد موته ثم وصي وصيه ثم جده لأبيه ثم وصي

الجد ثم وصي وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي. وماعدا هؤلاء فليس لهم الإشراف

على مال المحجور عليهم.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن ولي المحجور عليهم بعد الأب وصيه ثم وصي وصيه

ثم بعد ذلك للحاكم ولا ولاية للجد ولا للأخ إلا بإيضاء الأب.

وعند الشافعية فإن الولاية تكون للأب ثم للجد ثم وصي المتأخر منهما ثم للقاضي أو نائبه.

المطلب الأول: حكم تصرف القاضي في حفظ أموالهم والمطالبة بها.

نص الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن ولي المحجور عليه يتصرف بهاله على وجه الحظ له ولا يتصرف فيه بما يتلفه أو ينقص.

فلا يجوز له أن يهب شيئاً من ماله أو يتصدق به أو يجابي أحداً في بيع.

كما لا يصح له أن يهب هبة ثواب عند أبي حنيفة ومالك وأبو يوسف، وتصح عند الحنابلة ومحمد بن الحسن.

وأما إقراض الحاكم مال المحجور عليهم فقد اتفق الفقهاء على أن له أن يقرض ماله.

كما يحق للحاكم المطالبة بحقوقه فيقيم الدعاوي والبيانات ويجلف الخصم إن أنكرها.

كما يجوز له بيع عقار القاصر إذا اقتضت المصلحة ذلك.

المطلب الثاني: حكم تصرف القاضي في تنمية أموالهم والاتجار بها.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للولي أن يتجر بهال القاصر وينمي ويستثمره له، وقيل بل هو واجب؛ لأن ذلك أصلح له ولقول عمر رضي الله عنه: (اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الصدقة) أخرجه الترمذي برقم (٦٤١) والدارقطني، برقم (١) وعبد الرزاق برقم (٦٩٨٩) ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه والبيهقي في «السنن الكبرى» ١٠٧/٤ وقال هذا إسناد صحيح.

فكل ما فيه مصلحة وغبطة وزيادة لمال القاصر فإن للولي أن يعمله وجرى بذلك العمل في المملكة العربية السعودية حيث لا بد من أخذ إذن القاضي في كل تصرف في أموال القاصر.

الفصل الثاني

التصرف في مال اليتيم

سبق في الفصل الأول أحكام الحجر على الصغير والتصرف في ماله، وهو بنفس معنى اليتيم، بما أغنى عن إعادة ذكرها مرة أخرى.

الفصل الثالث

تصرف القاضي في الأوقاف نيابة

تمهيد: ولاية القاضي العامة على الأوقاف في الفقه، والمعمول به في المملكة العربية السعودية

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن للحاكم أحقية الولاية الأصلية على الأوقاف، واستدل العلماء على ثبوت الولاية الأصلية في الوقف للحاكم بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «السلطان ولي من لا ولي له» سبق تخريجه.

أما في المملكة العربية السعودية فقد لقيت الأوقاف عناية خاصة في المحافظة عليها، وإدارة شؤونها، ومتابعة القائمين عليها منذ عهد الملك عبد العزيز حتى وقتنا الحاضر، وتزاد أهمية ذلك بوجود الحرمين الشريفين فيها ولهما أوقاف في كثير من البلدان الإسلامية.

ففي عهد الملك عبدالعزيز في ٢٧/١٢/١٣٥٤هـ صدر مرسوم ملكي يقضي بربط إدارات الأوقاف وفروعها بمدير عام مقره في مكة المكرمة، ويرتبط به مدير للأوقاف في المدينة ومدير في جدة، ويتبع المديرية العامة لمجلس إدارة للحرم المكي، ويتبع مدير أوقاف المدينة مدير للحرم النبوي، وأمور في ينبع، ووضع نظام خاص لتوزيع الصدقات تقوم بتنفيذه لجنة مركزية تابعة للإدارة العامة للأوقاف.

وقد تحولت الإدارة بعد وفاة الملك عبدالعزيز إلى وزارة تحمل اسم (وزارة الحج والأوقاف) وصدر مرسوم ملكي يقضي بإنشائها.

جاء في فتاوى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم «إن ولي الأمر رأى أن من المصلحة جعل النظارة على الأوقاف العامة لوزارة الحج والأوقاف، وعليها أن تقوم بواجبها نحوها، ومتى رأوا تساهلاً من الوزارة في الصرف على جهات هذه الأوقاف فعليهم

الرفع عن ذلك لجهته. مفتي الديار السعودية (ص / ف ١٢٣٧ في ٢١ / ٦ / ١٣٨٩ هـ)». وفي عهد خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبدالعزيز - رحمه الله - ومن منطلق اهتمامه بشؤون الإسلام والمسلمين صدر في عام ١٤١٤ هـ مرسوم ملكي كريم يقضي بإنشاء وزارة جديدة تدخل تحت نطاقها إدارة الأوقاف، وهي (وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد) ..

ومع إنشاء تلك الإدارة وهذه الوزارة لا يعني التدخل فيما شرعه الشارع من أحكام للوقف بنبذ شيء منها أو تعديله وقد نصّ نظامها على ذلك.

وأما تسجيل الأوقاف ونصب النظار لها إذا كان لها ناظر خاص فإنه من اختصاص المحاكم وقد بينت المواد (٢٤٦ || ٢٥٠) من نظام المرافعات الشرعية في المملكة كيفية إنشاء الأوقاف وطرق تسجيلها، وشروط الوقف، وطرق نقل الأوقاف الخاصة والعامّة. مجلة وزارة العدل العدد الحادي والعشرون ١٤٢٥ هـ

المبحث الأول : تصرف القاضي في الأوقاف المعطلة نيابة عن ناظرها.

تقدم في التمهيد ذكر ولاية القاضي العامة على الأوقاف، ومنها الأوقاف المعطلة بما يغني عن إعادة ذكرها في هذا المبحث.

المبحث الثاني : تصرف القاضي في الأوقاف مع وجود الناظر إن تبين خيانتة أو فعل ما لا يسوغ.

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أنه متى وجد للوقف ناظر خاص فليس للناظر العام وهو الحاكم حق التصرف في الوقف حتى ولو كان الناظر الخاص معيناً من قبل الحاكم.

وذلك استدلالاً منهم بالقاعدة الفقهية: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

إلا أن الفقهاء قالوا بثبوت الولاية العامة للحاكم على الوقف وذلك يقتضي أنه متى ما فعل الناظر الخاص ما لا يسوغ مما يضر بالوقف فإن للحاكم منعه من

ذلك.

كما أن للحاكم تقييد تصرف الناظر الخاص إذا اتهمه أو خشي منه التفريط، وذلك بضم أمين إليه، بحيث لا يتصرف الناظر الخاص إلا بإذن الأمين والرجوع إليه بل ربما عزل الحاكم الناظر إن تصرف بما لا يسوغ.

الفصل الرابع

تصرف القاضي في باب القسمة نيابة

أولا تعريف القسمة :

لغة : القسمة مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً، وقسمه جزأه وهي القسمة.

تعريف القسمة اصطلاحاً : تمييز بعض الأنصباء عن بعض وإفرازها عنها

ثانياً : حكم القسمة ومشروعيتها :القسمة مشروعة ودل على ذلك العديد من الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب :قوله تعالى : ﴿ نَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُّخْتَصِرٌ ﴾ سورة

القمر: ٢٨

ومن السنة :عن أبى هريرة -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها » أخرجه أبو داود رقم (٣٥١٥) وصححه الألباني..

وأجمعت الأمة على جواز القسمة، وما زال الناس يتعاملون بالقسمة في مواريتهم وبيوعهم، ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إيثاره ويتخلص من سوء المشاركة.

ثالثاً : أنواع القسمة :

اختلف الفقهاء في كيفية تقسيم القسمة وأنواعها

فقسم الحنفية القسمة إلى قسمين: قسمة جبرية: وهي التي يتولاها القاضي بطلب

أحد الشركاء.

قسمة رضائية: وهي التي تجري بالتراضي عند القاضي.

ثم قسموا كل من هذين النوعين قسموه إلى نوعين:

قسمة تفريق: أو رد وهي تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة.

قسمة جمع: وهو أن يجمع نصيب كل شريك في عين على حدة.

كما لا تقسم الدور والأراضي المتعددة عند أي حنيفة قسمة جمع، خلافاً للمصاحبين فتجوز قسمة الدور والأراضي قسمة جمع ويعدل ما فيها من التفاوت بالقيمة.

وأما الملكية فإنهم قسموها إلى قسمة أعيان ومهاياة ثم قسموا الأعيان إلى نوعين: قسمة مراضاة.

قسمة القرعة..

وأما الشافعية فقسموها إلى ثلاثة أنواع:

قسمة الإفراز: وهي إفراز حق كل من الشركاء.

قسمة التعديل: وهي أن تعدل الأنصبة المختلفة بالقيمة.

قسمة الرد: وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبي عن ذات المقسوم

وأما الحنابلة فقد قسموها إلى نوعين:

قسمة تراض: لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم

قسمة إجبار: وهي ما لا ضرر فيهما على الشريكين أو أحدهما، ولا يلزم فيها رد

عوض.

المبحث الأول: حكم القاضي بالقسمة إجباراً إذا دعا الشريك شريكه للبيع أو للإجارة نيابة عن الشريك.

إذا دعا الشريك شريكه للبيع أو للإجارة فهل يلزم القاضي أن يقسم بينهما ويلزم الشريك الآخر بالبيع؟

اختلف الفقهاء فيما يجوز للقاضي أن يجبر الشريك على بيعه، فذهب الحنفية إلى أن الإيجاب لا يكون إلا ما كان من جنس واحد كالمكيلات والموزونات ونحوها، أما ما كان من أجناس مختلفة فلا إيجاب فيها.

وكذا الدور عند أبي حنيفة فإنها أجناس مختلفة خلافاً للصاحبين

وأما المالكية فإنهم قالوا: بإيجاب القاضي للشريك بالقسمة إذا دعاه شريكه لذلك وهو ما يسمى عندهم بالقرعة ولا تكون القرعة والإيجاب إلا فيما تماثل أو تقارب دون رد، وتكون القسمة عندهم بالقيمة إذا اختلفت أجزاء المقسوم ولا يجمع في القسمة بين نوعين مختلفين، كما لا يصح الإيجاب في مثلي متحد الصفة كالمكيل والموزون ونحوه.

وأما الشافعية فإنهم أجروا الإيجاب في نوعين من أنواع القسمة وهما قسمة الإفراز أو المتشابهات وقسمة التعديل، وأما قسمة الرد فلا يجري فيها الإيجاب، وأما قسمة التعديل، فيجبر الممتنع عليها في الصحيح عند الشافعية، وأما قسمة الرد فلا إيجاب فيها، وأما ما لا يمكن قسمته، فإن الشريك لا يجاب بالقسمة في الأصح عند الشافعية وقيل بجوازه إن أمكن الانتفاع به بعد القسمة، ولكن إن لم يمكن قسمته فإما أن يتهايئون منفعة ذلك مياومة فإن أبوا أجبرهم الحاكم على إجارته ويشهد على ذلك.

وأما الحنابلة فإنهم قالوا: بجواز قسمة الإيجاب أيضاً فيما كان من جنس واحد وهو قسمة المتشابهات عند الشافعية، وكذا في قسمة التعديل فإذا دعا الشريك شريكه للقسمة فامتنع أجبره الحاكم على البيع.

شروط قسمة الإيجاب: اشترط الفقهاء لقسمة الإيجاب شروطاً وهي:

١. طلب أحد الشركاء أو كلهم من القاضي قسمة المشترك.
٢. أن لا يكون في القسمة ضرر، واختلف الفقهاء في المقصود بانتفاء الضرر فمنهم من قال فوات المنفعة المقصودة من المال، ومنهم من قال الضرر هو نقص القيمة.
٣. ثبوت ملكية العين المقسومة للشركاء.
٤. اتحاد الجنس في المقسوم، والصنف في المنقولات.
٥. أن لا يكون تعديل السهام شيء من المال لأنها تكون بيعا.

المبحث الثاني : حكم القاضي بالقسمة إجبارا إذا كان ولي العقار غائبا

اختلفوا في تصرف القاضي في مال الغائب بقسمته إذا طلب الشريك ذلك.

ولم أجد من نص على القسمة على الغائب، وقد تكون هذه المسألة داخلية في مسألة تصرفات القاضي التي تخرج المال عن ملك صاحبه الغائب :
القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن القاضي لا يبيع عن الغائب عقاره الذي لا يخشى عليه من التلف.

القول الثاني: وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين في رواية إلى جواز بيع مال الغائب ولو لم يخش عليه من التلف بشرط الحاجة لذلك وتحقق المصلحة.

واستدلوا بما يلي: ما رواه الشيخان عن جابر رضي الله عنه أنه قال : أن رجلا من أصحابه أعتق غلاما عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه بثمانئة درهم ثم أرسل بثمنه إليه. رواه البخاري برقم (٧١٨٦) ومسلم برقم (٢٣٩١)

وقياس البيع على التصرفات الأخرى الجائزة اتفاقا بجامع وجود الحاجة للتصرف، كالإجارة وهي بيع منافع.

و يترجح ما ذهب إليه الجمهور وهو جواز بيع مال الغائب وقسمة.

التطبيقات القضائية

ذكر الباحث عدة تطبيقات قضائية موجودة في أصل البحث....

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري

-دراسة مقارنة-

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب

أحمد بن محمد الجوير

المشرف

د. خالد بن خليل الظاهر

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي

١٤٣٠/١٤٣١هـ

عدد صفحات البحث بالمقدمة والفهارس ١٦٧ قبل التلخيص

عدد صفحات البحث بدون المقدمة والفهارس ١٤١

عدد صفحات البحث بعد التلخيص ٣٨

لجنة تلخيص البحوث والاستشارات القضائية

بالجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)

مقدمه

خطة البحث :

وتشتمل على مقدمة، وأربعة فصول، وخاتمة:

المقدمة : وتشتمل على :

- ١ . التعريف بالموضوع.
- ٢ . أهمية الموضوع.
- ٣ . أسباب اختيار الموضوع.
- ٤ . مشكلة البحث.
- ٥ . تساؤلات البحث.
- ٦ . أهداف البحث.
- ٧ . الدراسات السابقة.
- ٨ . منهج البحث.
- ٩ . تقسيمات البحث.

الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات الموضوع، وفيه مباحث :

المبحث الأول: مفهوم الخطأ وأنواعه في الفقه والنظام.

المبحث الثاني: مفهوم الإدارة في الفقه والنظام.

المبحث الثالث: مفهوم التنفيذ في الفقه والنظام.

المبحث الرابع : مفهوم العقد الإداري في الفقه والنظام.

المبحث الخامس: حقيقة العقد الإداري في الفقه والنظام

الفصل الأول : نطاق خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري فقها ونظاما.

المبحث الأول: نطاق خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري في الفقه.

المطلب الأول: وجود عقد صحيح.

المطلب الثاني: إخلال الإدارة بالتزاماتها بما يترتب عليه ضمان.

المبحث الثاني: نطاق خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري في النظام.

المطلب الأول: قيام العقد الصحيح بين الإدارة والمتعاقد.

المطلب الثاني: نشوء الضرر عن الإخلال بالتزامات العقدية.

الفصل الثاني: صور إخلال الإدارة بالتزاماتها أثناء تنفيذ العقد الإداري.

المبحث الأول: إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية.

المطلب الأول: عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية.

المطلب الثاني: تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها العقدية.

المبحث الثاني: إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية.

المطلب الأول: تأخر الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها المالية.

المطلب الثاني: مخالفة الإدارة لشروط زيادة الأسعار.

المطلب الثالث: تأخر الإدارة في الإفراج عن الضمانات.

الفصل الثالث: الخطأ في تنفيذ حقوق الإدارة في العقود الإدارية.

المبحث الأول: خطأ الإدارة في متابعة التنفيذ في الفقه والنظام.

المطلب الأول: خطأ الإدارة في متابعة التنفيذ في الفقه.

المطلب الثاني: خطأ الإدارة في متابعة التنفيذ في النظام.

المبحث الثاني: خطأ الإدارة في تغيير شروط العقد في الفقه والنظام.

المطلب الأول: خطأ الإدارة في تغيير شروط العقد في الفقه.

المطلب الثاني: خطأ الإدارة في تغيير شروط العقد في النظام.

المبحث الثالث: خطأ الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في الفقه والنظام.

المطلب الأول: خطأ الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في الفقه.

المطلب الثاني: خطأ الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في النظام.

-الخاتمة. وتشتمل على:

- أهم النتائج التي توصل لها الباحث.

- التوصيات التي يوصي بها الباحث.

الفهارس:

- فهرس الآيات القرآنية.

- فهرس الأحاديث النبوية والآثار.

- فهرس الأعلام.

- فهرس المراجع والمصادر.

- فهرس الموضوعات.

الفصل التمهيدي

التعريف بمصطلحات الموضوع

المبحث الأول: مفهوم الخطأ وأنواعه في الفقه والنظام

المطلب الأول: مفهوم الخطأ في الفقه:

الخطأ في اللغة يطلق على ما لم يتعمد من الفعل، وعلى ما هو ضد الصواب، والفعل منه أخطأ.

وأما الخطأ في اصطلاح الفقهاء قال ابن عبدالبر: «كل ما وقع من فاعله من غير قصد ولا إرادة فهو خطأ».

فمدلول الخطأ لدى الفقهاء لا يختلف عنه في اللغة فمدلوله عندهم أن يكون الفعل غير مقصود أصلاً، أو يكون مقصوداً، ولكن تكون نتيجته على خلاف قصد الفاعل أو ظنه.

المطلب الثاني: مفهوم الخطأ في النظام

الخطأ هو إخلال بالتزام قانوني سابق مع إدراك المخل إياه.

فالخطأ يتكون من عنصرين أحدهما موضوعي ويتمثل في الإخلال بالتزام قانوني سابق، والعنصر الثاني معنوي ويتمثل في إدراك المخل بالالتزام الواجب عليه والذي وقع عليه الإخلال أو الانحراف.

المطلب الثالث: أنواع الخطأ في الفقه

التعدي في الفقه الإسلامي من المتعاقدين، يقابله في النظام الخطأ العقدي.

وينقسم التعدي في الفقه الإسلامي إلى أقسام عدة لاعتبارات عدة:

فباعتبار السلبية وعدمها، ينقسم إلى: تعدي إيجابي، وتعدي سلبي.

وينقسم باعتبار الجسامة والطفافة إلى: يسير، وفاحش، وكلي.

وينقسم باعتبار القصد وعدمه إلى: عمد، وخطأ فالعمد هو قصد النتيجة المترتبة على التعدي، وأما الخطأ فهو قصد الفعل دون النتيجة المترتبة عليه.

المطلب الرابع: أنواع الخطأ في النظام

أ- الخطأ العمد: لا بد فيه من فعل ضار، أو امتناع عن واجب، وهذا يقابل انقسام التعدي في الفقه إلى سلبي وإيجابي، أي: فعل، وترك، ويرى شراح النظام أنه لا بد من اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر.

ب- الخطأ غير العمد: إخلال المدين لالتزامه الواجب عليه بمقتضى العقد من غير يتجه فيه قصده إلى إحداث الضرر بالدائن.

وللخطأ غير العمد أوجه متعددة، منها: الإهمال وعدم التبصر، الرعونة، أو قلة الدراية، أو المهارة.

المبحث الثاني: مفهوم الإدارة في الفقه والنظام

المطلب الأول: مفهوم الإدارة في الفقه

الإدارة « ما هي إلامعملية يمكن عن طريقها تجميع الموارد البشرية والمادية المتاحة وتوجيهها من أجل تحقيق غايات وأهداف معينة بأقل تكلفة وبأكبر عائد ممكن ».

المطلب الثاني: مفهوم الإدارة في النظام

« كل جهاز أو مجموعة من الأجهزة، منحتها السلطة السياسية الصلاحيات والوسائل لتحقيق رغبات الشعب وتسيير أموره ومصالحه ضمن إطار القوانين المرعية ».

وهذا التعريف أقرب في نظري إلى ما نحن بصده من المراد ببيان الإدارة في هذا

البحث، ذلك إن المنظم جعل للجهات الإدارية صلاحيات ووسائل تتخذها تجاه المتعاقد معها للمحافظة على المرافق العامة واستمرار سيرها وتشبيدها حسب ما تتحقق به المصلحة العامة للناس.

المبحث الثالث: مفهوم التنفيذ في الفقه والنظام

المطلب الأول: مفهوم التنفيذ في الفقه

التنفيذ في المفهوم اللغوي هو: جعل الشيء يجاوز محله، ومن ذلك تنفيذ الحاكم للحكم إذا أخرج به إلى العمل حسب منطوقه.

التنفيذ في المفهوم الفقهي له معنيان:

المعنى الأول: ما يحاذي المعنى اللغوي وهو الإمضاء، وهذا المعنى الأعم.

المعنى الثاني: إعلام القاضي الثاني بما حكم به القاضي الأول على وجه التسليم وهذا المعنى الأخص، وهو الواقع في التنفيذ.

المطلب الثاني: مفهوم التنفيذ في النظام

التنفيذ بصفة عامة: هو إعمال القواعد النظامية في الواقع العملي اختياريًا أو جبرًا.

المبحث الرابع: مفهوم العقد الإداري في الفقه والنظام

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري في الفقه

يمكن تعريف العقد الإداري تحريجيًا من الفقه الإسلامي بأنه العقد الذي يبرمه ولي الأمر أو من ينوب عنه مع غيره، يخول له صلاحيات واسعة لتحقيق مصلحة عامة.

المطلب الثاني: مفهوم العقد الإداري في النظام

عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه: «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة

تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شرطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام»

وهذا التعريف هو الراجح؛ لأنه تعريف واضح ودقيق فهو جامع مانع.

المبحث الخامس: حقيقة العقد الإداري في الفقه والنظام

المطلب الأول: أركان العقد الإداري في الفقه والنظام

الفرع الأول: أركان العقد الإداري في الفقه:

اتفق الفقهاء على أن الصيغة من أركان العقد واختلفوا في كون العاقدان والمحل المعقود عليه من أركان على قولين:

القول الأول: العاقدان والمعقود عليه من الأركان، وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

القول الثاني: العاقدان والمعقود ليسا من الأركان وهذا هو قول الحنفية.

الركن الأول: الصيغة (الإيجاب والقبول).

هي التي تدل على التراضي من كلا الجانبين على إنشاء العقد، سواء كان ذلك بالقول أو الكتابة المستبينة أو الإشارة المفهومة كما في التعاطي.

الركن الثاني: العاقدان: العاقد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه بالإيجاب أو القبول، ويشترط في العاقدان إجمالاً ما يلي:

أولاً: صلاحية العاقد لإنشاء العقود وترتب آثارها عليه، ويعني هذا أن يكون بالغاً عاقلاً.

الثاني: أن يكون العاقد مختاراً مريدًا للتعاقد.

الركن الثالث: محل العقد (المعقود عليه).

محل العقد هو ما يقع عليه العقد وتظهر فيه أحكامه وآثاره، وقد يكون عيناً مالية، أو عملاً، أو منفعة، وقد يكون غير ذلك كما في عقد النكاح ونحوه.

وقد اشترط الفقهاء في محل العقد شروطاً تكلموا عنها في كل عقد، وذكروا بعض الشروط العامة التي يجب توافرها في العقود عامة، منها على سبيل الإجمال:

أولاً: قابلية المحل لحكم العقد. وهو المال المتقوم الذي يباح الانتفاع به شرعاً

ثانياً أن يكون المحل معلوماً لكلا الطرفين. علمًا نافيًا للجهالة.

ثالثاً: أن يكون المحل مقدورًا على تسليمه.

رابعاً: أن يكون المحل موجوداً.

الفرع الثاني: أركان العقد الإداري في النظام:

للعقد الإداري أربعة أركان هي: الرضا - المحل - السبب - الشكل.

أولاً: الرضا: ويشترط أن يكون رضا الإدارة سليماً بحيث يصدر هذا الرضا من الإدارة المختصة وأن يكون رجل الإدارة المتعاقد باسم الإدارة أهلاً للتعاقد.

ثانياً المحل: في العقود الإدارية يتمثل المحل في الشيء أو العمل الذي يلتزم به المتعاقد في مواجهة الإدارة وفيما تلتزم به الإدارة في مواجهته، ويشترط فيه أن يكون ممكناً.

ثالثاً: السبب: وهو الذي يقصده المتعاقد الوصول إليه من وراء التعاقد.

ويشترط فيه ألا يكون ممنوعاً قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب.

رابعاً: الشكل: وهو أن يتم الرضا في شكل خاص محدد، وهو بالنسبة للعقود

الإدارية اتباع الشكليات المقررة لانعقاده.

المطلب الثاني: أنواع العقود الإدارية

أهم العقود التي تبرمها الإدارة:

- ١- عقد امتياز المرافق العامة: عقد إداري يتولى الملتزم -فردًا كان أو شركة- بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المتفاعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز.
- ٢- عقد الأشغال العامة: عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة بالعقد.
- ٣- عقد التوريد: اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص النظام العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد متقولات معينة للشخص المعنوي، لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين.
- ٤- عقد النقل: اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة أو بوضع وسيلة نقل تحت تصرف الإدارة، وقد يكون موضوع العقد مقصوراً على مرة واحدة أو عدة مرات منتظمة.
- ٥- عقد القرض العام: عقد بمقتضاه يقرض أحد الأفراد أو البنوك مبلغاً من المال للدولة، أو لشخص معنوي آخر من أشخاص القانون العام مقابل تعهدها بدفع فائدة سنوية محددة، وبرد القرض وفقاً للشروط في نهاية الأجل المحدد.
- ٦- عقود إدارية أخرى: يوجد هناك بعض العقود الإدارية الأخرى والتي يمكن أن تكون الإدارة طرفاً فيها، وتظهر فيها أن الإدارة تضمنها بشروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية.

الفصل الأول

نطاق خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري فقهاً ونظاماً

المبحث الأول: نطاق خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري في الفقه

المطلب الأول: وجود عقد صحيح.

ينقسم العقد من حيث الصحة والبطلان إلى عقد صحيح وغير صحيح القسم الأول: العقد الصحيح: اتفق الفقهاء على أن العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتيب آثاره الشرعية عليه.

ويمكن تقسيم العقد الصحيح من حيث النفاذ واللزوم وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

إما أن يكون نافذاً، والنافذ إما أن يكون لازماً، أو غير لازم، أو يكون موقوفاً.

أولاً: العقد النافذ اللازم: « ما يمتنع على أحد المتعاقدين فسخه بمفرده كالبيع الصحيح العاري عن الخيارات ».

ثانياً: العقد النافذ غير اللازم: يسمى الجائز وهو نفس اللازم مستكمل الشروط والأركان إلا أنه يحق لأحد العاقدين الرجوع بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى رضا الطرف الآخر.

ثالثاً: العقد الموقوف أو غير النافذ: هو الذي يصدر من غير مالك له أو من مالك ليس له أهلية التصرف، وقد اختلف الفقهاء في كون العقد الموقوف من أقسام الصحيح على قولين:

القول الأول: أنه عقد صحيح متوقف على الإجازة وتترتب عليه آثاره الشرعية بعد إجازته ممن له حق الإجازة.

القول الثاني: أنه عقد غير صحيح ولو أجازته من له حق الإجازة.

القسم الثاني: العقد غير الصحيح: اختلفوا في غير الصحيح هل هو قسم واحد أو أكثر.

جمهور العلماء ذهبوا إلى أن العقد غير الصحيح لا ينقسم ويطلق عليه الباطل أو الفاسد من باب ترادف الألفاظ على معنى واحد.

وذهب الحنفية إلى إثبات قسم بين الصحيح والباطل وسمّوه بالفاسد، فالباطل عندهم: ما لا يكون مشروعاً ولا بأصله ولا بوصفه، أمّا الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه.

وبذلك يتضح أن صحة العقد هي شرط لقيام المسؤولية العقدية على الإدارة عند جمهور الفقهاء، في حين نجد أن الحنفية يكتفون باشتراط ألا يكون العقد باطلاً فقط.

المطلب الثاني: إخلال الإدارة بالتزاماتها بما يترتب عليه ضمان

لا يكفي وجود العقد الصحيح بين الإدارة والمتعاقد لكي تقوم المسؤولية العقدية للإدارة، بل لابد وأن يكون هناك خطأ وقع من الإدارة وهو إخلالها بالتزام عقدي، وإذا وقع من الإدارة خطأ في التزاماتها العقدية فإنه ينتج عن هذا الخطأ التزام الإدارة بضمان ذلك الخطأ للمتعاقد معها.

و من المتفق عليه اليوم، أن جلّ الفقهاء القدامى - إن لم نقل كلهم - قد استعملوا لفظ التعويض في مصنفاتهم منذ القديم، غير أنهم لم يروا فيه على وجه الاستقلال مصطلحاً متميزاً يشير إلى معنى فقهي خاص، ولذلك لم يعرفوه.

أما ما في أذهاننا اليوم من معنى خاص للتعويض، فقد كان الفقهاء القدامى يعبرون عنه بلفظ « الضمان »؛ بل لقد كان للضمان - في استعمالهم - معنيان:

أحدهما: الكفالة، أي ضمّ ذمة إلى أخرى في المطالبة.

ثانيهما: التعويض عن الضرر، وهذا المعنى الثاني هو موضوع بحثنا.

وعلى هذا فإن من الممكن القول، إن النظر في تعريف الفقهاء للضمان -بالمعنى الذي حددناه لبحثنا- هو في الوقت نفسه، نظر في تعريف التعويض.

وعلى هذا يكون للضمان، في استعمال الفقهاء، معنى حقيقي هو الالتزام بضم ذمة إلى أخرى، ومعنى مجازي هو التعويض نفسه.

وإذا تقرر هذا تكون الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقد معها عند إخلالها بالالتزام عقدي معه، وهنا يصور السؤال التالي: متى يكون العقد لازماً على الإدارة حتى تقوم المسؤولية العقدية.

الواقع أن العقد يكون لازماً على الإدارة إذا كان صحيحاً، وانتفت فيه الخيارات التي تميز لها فسخ العقد بإرادتها المنفردة.

المبحث الثاني: نطاق خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري في النظام

المطلب الأول: قيام العقد الصحيح بين الإدارة والمتعاقد

لا يكفي لوجود الخطأ العقدي، أن يكون هناك عقد بين الإدارة والمضروب، بل يجب أن يكون هذا العقد صحيحاً.

وشروط صحة العقد الإداري تتمثل في وجوب توافر ثلاثة عناصر، أولها توافر الرضا الخالي من العيوب بين الطرفين، وأن يكون صادراً من الإدارة المختصة، وثانيها، المحل، وهو ما يجب على المدين القيام به لمصلحة الدائن، ويتعين أن يكون المحل ممكناً ومعيناً ومشروعاً، وثالثها السبب، والذي يجب أن يكون مشروعاً وصحيحاً، ومستهدفاً للصالح العام.

ويترتب على عدم توافر شروط صحة العقد الإداري البطلان.

وإذا قام أحد الطرفين بتنفيذ العقد كاملاً من جانبه، دون أن يعلم بما يشوبه من أوجه البطلان، وبالتالي يتعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه العقد، فالإجماع منعقد سواء في فرنسا أو مصر على أن السبيل الوحيد الذي يمكن أن يسلكه المضروب هنا، هو

دعوى المسؤولية غير العقدية، استناداً إلى قواعد الإثراء بلا سبب أو الخطأ التقصيري.

فيتعين لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين الإدارة والمتعاقد

وهذا الشرط هو أحد الآثار الناجمة عن مبدأ نسبية آثار العقد. ومفاد هذا المبدأ الأصيل في النظام القانوني، أن الغير لا تنصرف إليه آثار العقد، الذي أبرمه طرفاه، فالخطأ الذي يقع من الإدارة في مجال تنفيذ عقدها الإداري، يعد في مواجهة الغير، خطأً تقصيرياً، لا عقدياً، ومن ثم فإن قاضي العقد غير مختص بنظر مثل تلك الدعوى المرفوعة من الغير المؤسسة على هذا الخطأ.

وفي المقابل، فإن المتعاقد مع الإدارة، يستطيع أن يثير مسؤولية الإدارة العقدية، الناجمة عن خطئها العقدي، وذلك في نطاق العقد المبرم معه فحسب.

ولئن كان الأصل عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد لغيره، إلا أن ذلك لا يحول، دون حقه في التنازل عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، وذلك لأحد البنوك، وفي هذه الحالة لا يشترط موافقة جهة الإدارة، وإنما يكفي تصديق البنك.

والأصل أن للمتعاقد الحرية في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته العقدية، إلا إذا قيدت تلك الحرية بنص في العقد.

والأصل أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتعاقد من الباطن، إلا بموافقة الإدارة المسبقة، أما إذا كانت هناك موافقة مسبقة من الإدارة على قيام المتعاقد معها بالتعاقد من الباطن، فإن ذلك ليس من شأنه نشوء علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، بل تظل العلاقة العقدية بينها وبين المتعاقد الأصلي قائمة، ويكون الأخير مسؤولاً عن تنفيذ العقد كاملاً بما في ذلك الجزء الذي ينفذه المتعاقد من الباطن.

الخلاصة: أنه يجب لتوفر الخطأ العقدي وجود عقد صحيح بين الإدارة والمتعاقد،

وكذلك نشوء الضرر وذلك بإخلال الإدارة بالتزاماتها كما سيأتي في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: نشوء الضرر عن الإخلال بالالتزامات العقدية

يجب أن يترتب على الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ضرراً للمتعاقد معها، فلو لم يترتب عليه مثل هذا الضرر فإنه لا يستوجب البحث عن مسوّغ لتقاضي المتعاقد التعويض على أساسه.

ولا يشترط هنا درجة معينة من الجسامة في الضرر، فقد يكون جسيماً، وقد يكون يسيراً، ويستوي أن يتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء المتعاقد، أو في الإنقاص من أرباحه.

والضرر المقصود هنا هو الضرر الخاص، الذي من شأنه قلب اقتصاديات العقد، واشتراط خصوصية الضرر، يعني ألا يشارك المتعاقد فيه غيره، فيجب أن يصيب الضرر طائفة خاصة، أو أفراد محدودين.

ويمكن أن يعرف الضرر في نطاق المسؤولية العقدية بأنه « ما يصيب الدائن خطأ المدين ».

وينقسم الضرر حسب محل وقوعه إلى قسمين:

الضرر المادي فهو: الذي يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مالية.

الضرر الأدبي فهو « الاعتداء الذي يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه وجعله يظهر بمظهر غير لائق وما يصيبه من ألم نتيجة الاعتداء على حق من حقوقه المالية وغير المالية ».

ولابد أن يتوفر في الضرر الناشئ عن خطأ الإدارة عدة شروط هي:

- أن يكون الضرر مباشراً: وهو الذي يكون نتيجة طبيعية عن المسؤولية الحاصلة، فهذا هو المختص بالتعويض، أما الضرر غير المباشر فلا يلزم التعويض عنه.

- أن يكون الضرر محققاً: ولا يتم إلا إذا كان الضرر حالاً، أي وقع فعلاً أو كان مستقبلاً، ولكنه محقق الوقوع.

- أن يكون الضرر متوقعاً أو مما يمكن توقعه عادة وقت العقد:

ومن ثم يقتصر التعويض على ما كان يدخل في حسابها، وانصرفت إليه إرادتها وقت التعاقد وهو الضرر المتوقع.

- أن يكون الضرر مما يمكن تقديره بالمال:

والضرر في المسؤولية التعاقدية عادة يكون ضرراً مادياً، ومع ذلك فقد يقع هناك ضرر أدبي، وهو وإن كان قليلاً في تلك المسؤولية، لكن لا أحد ينكر حصوله ألْبَتَّة، وقد استقر الفقه والقضاء على إعطاء التعويض عنه إن وقع.

وعليه فلا يكفي لترتب المسؤولية العقدية على الإدارة أن يوجد العقد الصحيح بين الإدارة والمتعاقد، بل لابد فوق ذلك أن يكون الضرر ناتجاً عن إخلال الإدارة بالتزام عقدي.

ومن التطبيقات القضائية على نطاق خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري:

حكم ديوان المظالم في القضية رقم ١٧٨٧ / ٤ / ٢ لسنة ١٣٩٧ هـ والتي تلخصت وقائعها أن وزارة... أعلنت عن مناقصة إنشاء مسجد وقد رست العملية على مؤسسة... وأبلغت في ذلك في ٨ / ٥ / ١٣٩٥ هـ ثم حرر العقد بين الطرفين في ٢١ / ٦ / ١٣٩٥ هـ متضمناً تحديد قيمة العملية ومدة التنفيذ اثنتي عشر شهراً من تاريخ تسليم الموقع وقد حدد يوم ٢٣ / ٨ / ١٣٩٥ هـ موعد لتسلم الموقع وفي هذا التاريخ اجتمعت اللجنة المشكلة لذلك وأثبتت في محضرها عدم إمكانية التعرف على الأرض نظراً لتغير معالم المنطقة حيث قامت ابنيه حديثه وتم تعبيد طرق... مما تسبب في تأخير تسليم الموقع ولم يتم التعرف عليه وتسليمه إلا في ٩ / ١٠ / ١٣٩٥ هـ ثم بعد ذلك تأخرت الجهة المذكورة في استخراج الفسح واتصلت بالأمانة عدة مرات

آخرها بتاريخ ١٩/٧/١٣٩٦هـ ورغم ذلك لم يصدر الفسخ وكانت المؤسسة المدعية دائماً تشكو من عدم صدوره ومن تعرض مراقبي الأمانة لها وتعطل العمل بسبب ذلك.

وقد تظلمت المؤسسة إلى المقام السامي في ٢١/٢/١٣٩٦هـ وأحيل تظلمها إلى ديوان المظالم وطالبت المؤسسة بتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها وأضافت إلى طلب التعويض طلب فسخ العقد وذلك في جلسة ١٠/٥/١٣٩٨هـ لأن الوزارة أخلت بمقتضيات العقد إخلالاً خطيراً بعدم تمكينها من العمل بعدم صدور الفسخ وتأخيرها في تعميدها العمل سنة كاملة وقد قدمت المؤسسة شهادة رسمية صادرة من الأمانة، بأنه لا يجوز البناء مهماً كان نوعه إلا برخصة رسمية صادرة من الأمانة وأي بناء يتم بدون رخصة يتعرض من قام به للجزاء.

وقد قررت اللجنة ما يلي:

أولاً: فسخ العقد المبرم بين الوزارة والمؤسسة المذكورة.

ثانياً: أن تحاسب الوزارة المؤسسة على ما تم إنجازه من المشروع.

ثالثاً: أن تعوض الوزارة المؤسسة المذكورة عن جميع الخسائر التي لحقتها في هذا المشروع بمبلغ.

رابعاً: الإفراج عن الضمان المقدم من المؤسسة وجميع حقوقها المتصلة بهذا العقد.

الفصل الثاني

صور إخلال الإدارة بالتزاماتها أثناء تنفيذ العقد الإداري

المبحث الأول: إخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية

المطلب الأول: عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية

إن أول التزام يقع على عاتق الإدارة يكمن في تنفيذ العقد، ومن ثم لا يسوغ للإدارة أن تفسخ العقد، أو أن تراجع عن تنفيذه، أو أن تخرج عليه من جانب واحد، مع مراعاة حق الإدارة في إنهاء العقد بالإدارة المنفردة وذلك، إذا توافرت مقتضيات هذا الإنهاء.

وحيث إنه ولئن كان من المقرر أن للإدارة سلطة تعديل العقد، بالزيادة أو النقص، وذلك في الحدود المقررة، إلا أن الإدارة تظل - كأصل عام - ملزمة بتنفيذ العقد كله.

ويتعين على طرفي العقد الإداري أن يقوموا بتنفيذ التزاماتها على نحو يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية.

ومما يدخل في الالتزامات اتجاه الإدارة قيامها بمنح المتعاقد معها التصاريح أو التراخيص اللازمة لتنفيذ العقد، ومن ثم فإن عدم قيامها بذلك يشكل في جانبها خطأ عقدياً، يثير مسؤوليتها العقدية.

ومن أبرز صور الخطأ في هذا الشأن، عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل.

ومن الصور كذلك رفضها التعسفي في استلامها العمل.

وإذا كانت الإدارة ملتزمة بتنفيذ التزاماتها العقدية كاملة، فإن الأمر لا يقف عند هذا الحد، بل يتعين عليها أن تنفذ هذه الالتزامات بطريقة صحيحة.

فقد جاء بحكم لديوان المظالم رقم (٤٢/ت/١-١٤١٣هـ): « وهو إيقاف المفاوض عن العمل لأسباب لا ترجع إليه من تغيير موقع البئر وحفر بئر أخرى يعتبر تقصيراً من الجهة الإدارية يلزمها بالتعويض عما أصابه من أضرار - تقدير التعويض بنسبة تقديرية من قيمة العقد وفقاً لما تراه الدائرة المختصة ».

المطلب الثاني: تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها العقدية

يتعين على المتعاقد مع الإدارة احترام المدد الواردة في العقد، وإلا تعرض لجزاء توقعها الإدارة مباشرة عليه، ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء، فإنه لا مندوحة والحال هكذا من التزامات الإدارة هي الأخرى باحترام المدة المحددة للتنفيذ.

ومن الأحكام القضائية في هذا الشأن: حكم ديوان المظالم رقم (٥١/ت/١-١٤١٣هـ) «إلزام جهة الإدارة بتعويض المدعي عما أصابه من أضرار بسبب تأخرها في تسليمه الموقع بأكثر من المدة المعقولة وفقاً لما استقرت عليه أحكام الديوان - لا يغير من ذلك لما تستند إليه المدعى عليها من أن المقال وافق على تغيير الموقع وذلك يعني موافقته على التأخير في التسليم - إذا كان المفاوض وافق على تسليم الموقع الجديد والعمل فيه إلا أن ذلك لا يفقده حقه في التعويض عن التأخير في التسليم سواء كان التأخير بشأن الموقع الأصلي أو البديل».

ومن الأحكام القضائية حكم ديوان المظالم رقم ٥٥/د/١٥/١٤٢٧هـ، والذي جاء فيه: وباطلاع الدائرة على الدعوى وأوراقها لم نجد أن هناك عقداً مبرراً بين الطرفين يمكن التقيده به، ... وبالتالي فليس هناك رابطة عقدية بين الطرفين، ويلزم المدعي عليها سداد أجرة انتفاعها بالأرضين في الفترة اللاحقة لهذا التاريخ؛ لذا حكمت الدائرة بإلزام المدعي عليها بإعادة الأرضين رقم ٤٣، ١٦، وتسديد الأيجور المستحقة عن الأرض رقم ٤٣ بواقع ٦ ريالاً للمتر المربع سنوياً (مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧هـ، ص ٢٧٩٦)، ..(٢٧٩٧).

المبحث الثاني: إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية

المطلب الأول: تأخر الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها المالية

بداية يتعين على المتعاقد الوفاء بكافة التزاماته مع الإدارة قبل المطالبة بمستحققاته المالية، والوفاء يكون على الوجه السليم ووفقاً للقواعد المقررة، ويترتب على هذا الوفاء قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها ومن أهمها الوفاء بالمقابل المالي وفقاً للأسعار المتفق عليها.

وإذا امتنعت الإدارة عن تسليم المقابل المالي مع توافر جميع الشروط اللازمة، أو تأخرت في ذلك فإنها تعتبر مسؤولة عن ذلك.

ويلحظ أن جزاء مخالفة الإدارة لالتزامها بتسليم المقابل المالي في المدد المحددة لتسليمه جزاء خطير ومتنوع، وما ذلك إلا لأهمية المقابل المالي في تنفيذ العقود بوجه عام وفي تنفيذ العقود الإدارية بوجه خاص؛ لأن ذلك سيؤدي إلى خلل كبير في حساباته التي بنى عليها العطاء الذي قدمه من أجل إبرام العقد وهذا الخلل سيؤدي إلى آثار غير مرغوب فيها بالنسبة لعملية تنفيذ العقد، وبالتالي يكون مآل هذه الآثار غير المرغوب فيها التأثير على المرفق العام، حيث نصت المادة الرابعة والخمسون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٨م) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ. على أنه « يجب على الجهة الحكومية تنفيذ العقد وفقاً لشروطه وإذا أخلت بتنفيذ التزاماتها بما في ذلك تأخير سداد المستحقات، جاز للمتعاقد معها التقدم بهذه المطالبات إلى لجنة مكونة مستشارين يكونها وزير المالية ».

ومن الأحكام القضائية في هذا الشأن حكم ديوان المظالم ٥/د/أ/٢٤/١٤٢٧هـ والذي جاء فيه: حيث يهدف المدعي من إقامة هذه الدعوى إلى الحكم له بإلزام المدعي عليها وزارة التربية والتعليم، بأن تدفع له مبلغاً وقدره ثلاثون ألفاً وثلاثمائة وعشرين ريالاً تمثل باقي استحقاقه مقابل تجهيز معمل حاسب آلي...، وحيث الثابت أن مدير ثانوية... عمد المدعي مدير مؤسسة.... بالبدء بأعمال التهيئة

والتجهيز لمعمل الحاسب الآلي بتكلفة إجمالية قدرها ٦٣٢٠ ريال وجاء في التعميد أنه بناءً على توجيهات مدير عام التعليم وحيث الثابت أن المؤسسة أنجزت العمل الذي كلفت به بموجب شهادة الإنجاز الموقعة لمدير ثانوية...، لذا حكمت الدائرة بإلزام وزارة التربية والتعليم بأن تدفع للمدعي مبلغ وقدره ٣٣٢٥ ريال (مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧هـ، ص (٢٣٥٠، ٢٣٥١)..

المطلب الثاني: مخالفة الإدارة لشروط زيادة الأسعار

الأصل أنه متى اتفق طرفا العقد، على سعر معين، فإنه لا يسوغ لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو المساس به دون موافقة الطرف الآخر، ويعبر عن ذلك، بمبدأ عدم المساس بالسعر، والذي يعتبر أحد تطبيقات القوة الملزمة للعقد.

على أنه يرد استثناء فيما يلي:

١- فيما يتعلق بالرسم الذي يقتضيه المتعاقد مع الإدارة في عقود الالتزام حيث يعد شرطاً من الشروط اللائحة التي يمكن للإدارة أن تعد عليها أو تغييرها دون حاجة لموافقة الملتزم.

٢- فيما يتعلق بالعقود التي تؤدي وظائف الأعمال الشريطية، فهذه العقود تعهد إلى المتعاقد معها مراكز نظامية، ومن ثم تستطيع الإدارة أن تعدله بالنقص أو بالزيادة كما أرادت.

وقد سار ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية على نفس هذا المنهج فقضى في أحد قراراته رقم ٢٢/ت/ لعام ١٣٩٨هـ « أن العقد شريعة المتعاقدين ولأن كان ذلك كله مسلماً، إلا أن حق التعديل بحسابه من أخطر الحقوق التي تتمتع بها الإدارة في هذا المجال لا ينطلق في مداه إلى غير ما حد، إنما يخضع في استعماله إلى ضوابط وقيود اصطلاح عليها الفقه وجرى بها القضاء الإداري، ومجمل هذه القواعد أن تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة لا يمكن أن تزيد على ثلاثة عناصر هي: كمية الأعمال، أو الأشياء محل العقد، وكذلك شروط التنفيذ المتفق عليها، وأخيراً مدة التنفيذ،

فإذا عمدة الإدارة إلى التعديل خارج هذا النطاق أو كانت قد التزمته ولكن جاوزت بالتعديل حدود المألوف، كان ذلك مخالف لأحكام العقد تحول المتعاقد الحق في طلب «الفسخ» (مجموعة المبادئ الشرعية التي قررتها هيئات ولجان ودوائر ديوان المظالم، من عام ١٣٩٧هـ حتى ١٣٩٩هـ..

ومن الأحكام القضائية في هذا الشأن: حكم ديوان المظالم ١٢٦/د/أ/٢/١٤٢٦هـ والذي جاء فيه: «وحيث أن الثابت أنه بعد تقديم المدعية بعطائها تنفيذ المشروع محل الدعوى زادت رسوم إيصال التيار الكهربائي بقرار مجلس الوزراء رقم ١٦٩ وتاريخ ١١/٨/١٤١٩هـ وكانت المدعية قد قدمت عطائها وأسعارها فيما يخص رسوم إيصال التيار الكهربائي على الرسوم قبل الزيادة، فإنها تستحق المبلغ الذي دفعته بالزيادة على رسوم إيصال التيار الكهربائي» (مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادر عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧هـ، ص (٢٥٢٤، ٢٤٢٥)..

المطلب الثالث: تأخر الإدارة في الإفراج عن الضمانات

يجب أن يقدم من يتعاقد مع الحكومة ضماناً نهائياً بواقع ٥٪ من قيمة العقد (م/٣٣) أمّن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر عام ١٤٢٧هـ.. والهدف من اشتراط أداء هذا التأمين هو ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته الناتجة من العقد. ولذا فإنه يجب الاحتفاظ بالضمان النهائي إلى أن يتم تنفيذ التزامات المتعاقد (م/٣٣) ج من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر عام ١٤٢٧هـ.

فإذا ثبت أن التسليم النهائي لم يتم لوجود عيوب لم يرقم المتعاقد مع الإدارة بإصلاحها، فإنه يكون من حقها مصادرة خطاب الضمان، أما إذا كانت العملية محل العقد قد نفذت واستمرت حتى انتهاء مدة الضمان بحالة جيدة ومطابقة للمواصفات، فإنه ليس هناك مبرر لجهة الإدارة أن تمتنع عن عمل محضر الاستلام النهائي ورد التأمين للمقاول أو ما تبقى منه، وإلا كان ذلك إخلالاً بشروط العقد.

ومن الأحكام القضائية في هذا الشأن: حكم ديوان المظالم رقم (١٩/ت/١-١-

١٤١٤هـ) والذي جاء فيه: « سحب المشروع وتنفيذه على حساب المقاول لا يعني الاحتفاظ بالضمان النهائي المقدم منه إلا ما لا نهاية - استلام جهة الإدارة للمشروع ابتدائياً وتأخرها في الاستلام النهائي يعد تعسفاً منها بقصد الإضرار بالمقاول الأصلي مما يوجب إلزامها بالإفراج عن خطاب الضمان خاصة أنها تحتفظ لديها بمستحقات أخرى لهذا المقاول تزيد عن قيمة النواقص الثابتة عند استلام الابتدائي، فضلاً عن الضمان المقدم من المقاول الآخر - لا وجه لما تستند إليه جهة الإدارة من أنه لم يتم استلام المشروع نهائياً بعد ولم يتم تسوية حساباته ».

ومن الأحكام القضائية كذلك حكم ديوان المظالم ٧٢/د/أ/٩/١٤١٦هـ والذي جاء فيه: (وبناء عليه وحيث أن الفسخ قد تم بإرادة الطرفين فالمؤجر لا يستحق إلا قيمة الأجرة التي مكثها المستأجر أما بقية قيمة الضمانات فإنه يجب إعادتها إلى المدعية وهو ما تحكم به الدائرة (مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧هـ، ص (٢٢٤٩)..

الفصل الثالث

الخطأ في تنفيذ حقوق الإدارة في العقود الإدارية

المبحث الأول: خطأ الإدارة في متابعة التنفيذ في الفقه والنظام

المطلب الأول: خطأ الإدارة في متابعة التنفيذ في الفقه

الفرع الأول: المراد بسلطة متابعة التنفيذ في الفقه.

الفقه الإسلامي عرف المتابعة كمبدأ لتقويم الانحرافات التي تقع في مجالات الحياة المختلفة، أو في تصرف من تصرفات الأفراد.

ومع تقرير الفقه للمتابعة وبيانه لأحكامها، إلا أن الفقهاء لم يجعلوا حدًا لمصطلح المتابعة بمعناها العام.

ويمكننا أن نقول: إن المراد بمتابعة التنفيذ في العقد الإداري هو متابعة سير الأعمال التي تصدر من المتعاقد بشأن تنفيذ العقد بدون إخلال أو تقصير وبما يحقق سير المرفق العام.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من خطأ الإدارة في متابعة التنفيذ.

من المسلم به أن الشرع الإسلامي وهو يجعل للمصلحة العامة أهمية كبرى وتقديماً لها على المصلحة الخاصة، إلا أنه أيضاً حمى المتعاقدين مع الإدارة، وذلك من خلال النصوص الكثيرة التي تنهى عن الضرر قبل وقوعه، وتأمّر بإزالته بعد وقوعه.

ومن النصوص على ذلك: ما روته عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه بعث أبا جهم جامعاً للصدقات فلامه رجل في صدقته فضربه أبو جهم فشجه، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا: القصاص يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: لكن كذا وكذا - ويعني من المال - فلم يرضوا. فقال لكم كذا

وكذا فرضوا» (أخرجه النسائي (٤٦٩٦)، وأبوداود (٣٩٣٠)، وابن ماجه (٢٦٢٨)..

ما ورد ذكره عن عمر -رضي الله عنه- في قصة المرأة المغيبة « أن رجلاً كان يدخل عليها فبعث إليها عمر فقالت: يا ويلها ما لها ولعمر، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضر بها الطلق فألقت ولدها فصاح الصبي صيحتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال مودب، فصمت علي فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، إن ديتك عليك لأنك أفرعتها فألقتك، فقال عمر أقسمت لا تبرح حتى تقتسمها على قومك» (أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، (١١٦٧٢).

وحيث إن جهة الإدارة نائبة عن ولي الأمر في تحقيق المصلحة العامة للمرفق العام، فلا بد من تحويلها بسلطات تكفل تحقيق المصلحة العامة، لكن بدون ضرر على الآخرين.

وولي الأمر له سلطة واسعة في مجال تدبير شؤون الأمة، وهذه السلطة تعتمد في تنفيذها على ماله من حق الطاعة على رعيته، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما هي محدودة ومقيدة بما لا معصية فيه ولا مخالفة لشرع الله. وهذا هو ما تدل عليه نصوص الكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ سورة النساء، آية (٥٩)..

وكون هذه السلطة غير مطلقة بعدم مخالفة أحكام الشريعة لقوله صلى اله عليه وسلم: « عن عبدالله بن عمر -رضي الله عنه- عن النبي صلى اله عليه وسلم: قال: السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يأمر بمعصية فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة» (أخرجه البخاري رقم (٦٧٢٥)، وأخرجه مسلم رقم (١٨٣٩)..

فمن أبرز مظاهر سلطة ولي الأمر هي سلطته في إصدار الأوامر والتعليمات والتنظيمات خاصة فيما يتعلق بتنظيم المرافق العامة التي تخدم مصالح الجمهور، مما يراه سبيلاً للنهوض بقيام هذه المرافق على خير وجه.

المطلب الثاني: خطأ الإدارة في متابعة التنفيذ في النظام

متابعة التنفيذ في هذا المجال له معنيان هما:

أ- المعنى الضيق: ويقصد به حق الإدارة في التأكد من تنفيذ المتعاقد معها للعقد طبقاً للشروط المتفق عليها، وتتم المتابعة في هذا النطاق في صورتين هما: الأعمال المادية، والأعمال القانونية

ب- المعنى الواسع: يتناول هذا المعنى الواسع سلطة التوجيه أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي أفضل تنفيذ

ويلاحظ أن المتابعة بالمعنى الواسع تتم بأساليب متعددة، أهمها إصدار التعليمات بالتنفيذ طبقاً لطريقة معينة أو عدم التنفيذ طبقاً لأسلوب معين أو إصدار التعليمات لتوجيه وتوقيت أعمال التنفيذ.

الفرع الثاني: نطاق سلطة المتابعة في النظام.

سلطة الإدارة في هذا الشأن ومهما اتسع مداها سلطة مطلقة، بل يحكم ذلك ويقيده عدة قيود واعتبارات تقوم على أساس توفير الضمانات للمتعاقد مع الإدارة ضد تعسفها. وتلك القيود هي:

١- أن يكون استعمال المتابعة في حدود الغرض الذي تقصده.

فإن من الواجب ألا تخرج الإدارة عند ممارستها لسلطة المتابعة عن حدود المصلحة العامة وإلا عدَّ خروجها انحرافاً في استعمال السلطة يحق عنده للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بتعويض عنه.

٢- أن تمارس سلطة المتابعة من قبل السلطة المختصة وتتبع الإجراءات والأشكال

المنصوص عليها:

عند ممارسة الإدارة لسلطة المتابعة يتعين أن يكون ممثل الإدارة الذي يمارس تلك السلطة ممن له الاختصاص بذلك سواء كان الاختصاص ثابت له بنص القوانين أو الأنظمة أو بالاتفاق مع المتعاقد معه.

٣- أن لا تتجاوز سلطة المتابعة إلى تعديل شروط العقد:

يتعين على الإدارة عند ممارستها لسلطة المتابعة أن لا تؤدي ممارستها تلك إلى تعديل شروط وموضوع العقد وإلا كان ذلك تجاوزاً لسلطة المتابعة إلى سلطة التعديل، ومن الأحكام القضائية في هذا الشأن حكم ديوان المظالم رقم ٦٠/د/ف/٣٤/١٤٢٦هـ والذي جاء فيه: إلا أن المدعي في ردوده على دفع المدعى عليها بأنها سبب التأخير في إدخال كهرباء الضغط العالي للموقع فهو لم يدخل إلا بتاريخ ١٥/١١/١٤٢٤هـ، وبالتالي قام بطلب إدخال الضغط المنخفض لمشروعه بتاريخ ١٥/٧/١٤٢٥هـ، الأمر الذي يتضح معه جلياً للدائرة تقاعس المدعي عليها عن الإيفاء بالتزاماتها وخدماتها التي من الواجب توفيرها للمستأجر (مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧هـ، ص (٢١٤٨)..

المبحث الثاني: خطأ الإدارة في تغيير شروط العقد في الفقه والنظام

المطلب الأول: خطأ الإدارة في تغيير شروط العقد في الفقه

من خلال البحث في كتب الفقه الإسلامي يتضح أن هناك مجموعة من النصوص الشرعية التي تدل بعمومها على مشروعية تعديل العقد من قبل الإمام أو من يندب عنه .

ومن الآثار فعل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم: فالفاروق -رضي الله عنه- استخدم حق التعديل، وذلك عندما أقطع النبي صلى الله عليه وسلم بلالاً بن الحارث المزني -رضي الله عنه- أرضاً كبيرة، فلما جاء زمن عمر بن الخطاب وجدها كبيرة عليه، حيث أحيا بلالاً جزءاً منها فقط، فترك عمر هذا الجزء الذي أحياه في يده، وأخذ الباقي وأقطعه غيره (سنن أبي دود / ٣٠٢)، سنن الإمام أحمد (٦ / ١٨٢)، وحسنه الألباني في كتابه (صحيح سنن أبي داود باختصار السنة).

الفرع الأول: مشروعية حق الإدارة في تغيير شروط العقد في الفقه.

يمكن الاستدلال لمشروعية حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها الناشئة عن العقد الإداري بعدة أدلة منها:

الدليل الأول: أنه يغلب على الظن أن في القول بجواز تعديل العقد الإداري من قبل الإدارة مصلحة عامة، يتحقق معها القصد من إبرام العقد، ولا تغير من طبيعته، وهذا معروف ومدرك بالعقل، كما هو حال معظم المصالح فيلزم القول به.

الفرع الثاني: شروط تغيير العقد في الفقه.

إن سلطة الإدارة في تغيير شروط العقد ليس حقاً مطلقاً من كل القيود، بل لا بد من توافر شروط معينة بتوافرها يكون ذلك التعديل في وضع يوافق ما هو مقرر في هذا الشأن وهي أربعة شروط:

الشرط الأول: أن تصدر إجراءات التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية

الإدارية.

الشرط الثاني: أن يقتصر التغيير على موضوع العقد:

الشرط الثالث: وجود مصلحة عامة تقتضي التعديل:

المطلب الثاني: خطأ الإدارة في تغيير شروط العقد في النظام

سلطة الإدارة في تغيير شروطها وإن كانت سلطة أكيدة وأصلية إلا أنها ليست مطلقة، فلها نطاق لا يحق للإدارة أن تتجاوزه وشروط تلتزم بمراعاتها، والشروط التي تحكم استعمالها وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: المراد بتغيير شروط العقد في النظام.

يراد بتغيير شروط العقد الإداري في النظام: أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وإيراداتها المنفردة سلطة تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد

كما جاء في المادة (٣٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية: «يجوز للجهة الحكومية زيادة التزامات المتعاقد ضمن نطاق العقد بما لا يتجاوز ١٠٪ من القيمة الإجمالية للعقد، أو تخفيض هذه الالتزامات بما لا يتجاوز ٢٠٪».

وقد عرف القضاء الإداري سلطة التعديل وأقرها لجهة الإدارة ولو لم ينص عليها في العقد، من ذلك قرار ديوان المظالم رقم (٥٣/١٨/١٣٩٧هـ) والذي نصه: «إن وزارة... إذ قامت بتعديل مسار خط المواسير، فقد استخدمت حقها المسلم به في تعديل العقد، فالإدارة تملك من جانبها وحدها وإيراداتها المنفردة، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل» (مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها هيئات ولجان ودوائر الديوان من عام ١٣٩٧هـ إلى ١٣٩٩هـ، ص (١١٤)..

الفرع الثاني: القيود على سلطة التغيير.

إن سلطة التغيير في العقود الإدارية ليست مطلقة وإنما مقيدة بمجموعة من القيود يجب على الجهة الإدارية أن تراعيها وهي تمارس هذه السلطة وهذه القيود نابعة من فكرة تنظيم وتسيير المرافق العام.

ولقد استقر القضاء الإداري على وجوب التقييد بهذه الضوابط وعدم الخروج عنها، فقد جاء في حكم ديوان المظالم رقم (٥٤/ت/١/ لعام ١٤٢٢هـ): «... إن الجهة الإدارية وإن كانت تملك بصفة أساسية تعديل عقودها الإدارية من جانبها وحدها وإيرادتها المنفردة، إلا أن هذا الحق بحسبانه من أخطر الحقوق التي تتمتع بها الإدارة، لا ينطلق مداه إلى غير ما حد، وإنما يخضع لاستعماله لضوابط اصطلاح عليها الفقه وجرت بها أحكام القضاء.

إذاً يجب على الإدارة عند إصدار قراراتها بتغيير شروط العقد الإداري أن تراعي الضوابط المتعلقة بمشروعية القرارات، وإلا صارت قراراتها مشوبة بعيب مخالفة النظام، ويجوز للمتعاقد الطعن فيها أمام القضاء الإداري وهذه القيود على النحو الآتي:

أولاً: اقتصار التغيير على الشروط المتعلقة بالمرفق العام:

وبالنظر إلى مدى اعتبار هذا الضابط في النظام السعودي، نجد أن المادة (٥٨/٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية نصت على أن « تُحَقَّق التعديلات أو التغييرات اللازمة للأعمال ما يخدم مصلحة المرفق... »، كما نجد الإشارة إلى ذلك في بعض أحكام ديوان المظالم، حيث جاء في الحكم رقم (١٤٥/ت/١ لعام ١٤٢٣هـ): «... إن الثمن المتفق عليه في العقد هو قيمة التعاقد التي ارتضاها المتعاقدان لتنفيذه، وهو يشمل كافة عناصر أداء العمل المطلوب، فيقيد طرفيه كأصل عام، ولا يُعدَّل إلا بالتقاء إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصلي الصريحة والقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على ذلك، وإلا فلا يمكن الخروج على مقتضاه ».

ثانياً: صدور قرار التغيير مستوفياً أركان المشروعية:

تكون قراراتها الصادرة بالتعديل مستوفية لأركانها:

- بصدور القرار من مختص.

- وأن يكون بالشكل والإجراءات التي حددها النظام.

- وأن لا يكون مخالفاً للأنظمة أو اللوائح.

- وأن يكون سالماً من عيب إساءة استعمال السلطة.

كما بينت ذلك المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم الجديد بقولها: « يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتي: ... ب: دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة... ».

فإذا لم يصدر قرار التعديل مستوفياً لأركانه، فإنه يصبح معيباً بعبء مخالفة النظام، فقد جاء في حكم ديوان المظالم رقم (٨٢/ت/١ لعام ١٤١٢هـ) « بأن التكاليف بالأعمال الإضافية يجب أن يصدر من صاحب الصلاحية الذي وقع العقد أو من يفوضه في ذلك تفويضاً صحيحاً، وهذا دليل على أنه لا بد أن يصدر قرار التعديل من مختص حتى يكون مشروعاً ».

وقد جاء في حكم ديوان المظالم رقم (٦/د/أ/٤ لعام ١٤١٥هـ) ما نصه: « وما اتخذته المدعي عليها (الإدارة) من ذلك الإجراء فإنه مخالف لنصوص عقد العملية والنظام ».

وقد جاءت المادة (٥٨/٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية متضمنة لهذا المعنى، حيث قالت: إذا لم يكن للأعمال الإضافية بنود أو كميات مماثلة في العقد، يتم العرض على لجنة فحص العروض أو اللجنة المختصة

بالشراء بحسب الأحوال، لدراسة التكاليف بتلك الأعمال، ومناسبة الأسعار المقدمة من المتعاقد، فإن لم يوافق المتعاقد على ما تنتهي إليه اللجنة، يتم التعاقد على تنفيذها بواسطة مقاولين آخرين، وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة.

وهذه الرقابة للقاضي الإداري على القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية بموجب سلطاتها تجاه المتعاقد، يضاف إليها أيضاً رقابته على ملائمة هذه الجزاءات، فله أن يقرر عدم صحة الجزاء المبالغ فيه إذا كانت الوقائع المنسوبة للمتعاقد لا تمثل طابعاً من الخطورة كافياً لتبريره.

وقد جاء في حكم ديوان المظالم رقم (١٤/د/٥/أ/٥ لعام ١٤١٧هـ) ما نصه: «... يكون للمتعاقد أن يلجأ للقضاء والذي يكون له بسط رقابته على ملائمة الإجراءات التي تتخذها الإدارة على ضوء تنفيذ العقد...».

ثالثاً: قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل بقصد أداء الخدمة على أتم وجه..

رابعاً: على الإدارة المتعاقدة أن تتقيد في استعمال سلطاتها في التغيير وفق النسبة المحددة لها نظاماً. وفي هذه الحالة يتعين أن نفرق ما إذا كان التعديل كمّاً أو نوعاً.

أ - فإن كان كمّاً، فقد حدد المنظم السعودي نسبة الزيادة في حدود ١٠٪، أما النقص فقد ظل كما هو مقرر سابقاً في حدود ٢٠٪ من القيمة الإجمالية للعقد كما جاء فينظام المنافسات المشتريات الحكومية المادة (٣٦).

ب- أما إن كان التعديل نوعياً، ففي هذه الحالة لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تغير في موضوع العقد.

خامساً: يجب ألا يؤدي التغيير إلى إخلال بالتوازن المالي للعقد.

المبحث الثالث: خطأ الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في الفقه والنظام

المطلب الأول: خطأ الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في الفقه

للإدارة حق توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته.

وتتنوع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها، لكن هذه السلطة ليست مطلقة لجهة الإدارة بل مقيدة في حدود المصلحة العامة.

الفرع الأول: مشروعية إيقاع الجزاءات على المتعاقد من قبل الإدارة في الفقه:

الفقه الإسلامي ليس فيه ما يمنع من تطبيق الجزاءات في العقد الإداري، الأمر الذي يجعل للعقد الإداري قوته وتميزه ويضمن للجمهور مصالحهم العامة التي تقوم الإدارة عليها إذا ما أحل الملتزم بأدائه فيها.

إلا أنه إذا حكم القاضي بالجزاءات فهناك رأيان للعلماء: (أحدهما) عدم جواز العقوبة: وقال به جمهور العلماء: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

الرأي الثاني: جواز العقوبة. وقال بهذا القول: بعض الحنفية، وبعض المالكية، والشافعية في القديم، ورواية عند الحنابلة، واختاره جمع من العلماء المحققين. واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

١- قول النبي صلى الله عليه وسلم « في كل سائمة إبل في أربعين منها بنت لبون، لا يفرق إبل عن حسابها من أعطاها مؤتجراً فله أجرها، ومن منعها فإننا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا » رواه الإمام أحمد في المسند.

وهناك غير هذه الآثار والوقائع عن الصحابة وغيرهم فيها العمل بالعقوبة المالية وتقديرها مما لا يدع مجالاً للشك في صحة هذا القول وقوته وترجيحه، إلا أن « عقد القرض العام » وهو من العقود الإدارية كما تقدم لا يجوز أن يتضمن جزاءات مالية في حالة تأخر السداد لأننا - والحالة هذه - بصدد قرض جر نفعاً وهذا ما قرره مجلس المجمع الفقهي بالإجماع. وقرره مجلس مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

الفرع الثاني: موانع إيقاع الجزاءات على المتعاقد من قبل الإدارة في الفقه:

اتفق الفقهاء على مبدأ العذر وأثره على العقود، إلا أنهم تفاوتوا في الأخذ به، فقد توسع فقهاء الحنفية في الأخذ بالأعذار، بينما ضيقت فقهاء المالكية والحنابلة من اعتباره.

وقد ذكر الفقهاء بعض الأعذار التي تمتنع معها مسؤولية المتعاقد؛ لأنه لا يدل له في ذلك، وهي ما تسمى بالسبب الأجنبي في الأنظمة.

فكل ما لا يمكن توقعه أو دفعه، ويقع قضاء وقدرًا، ويتعذر معه تنفيذ الالتزام يعد مانعًا من موانع المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي.

ومما أفتى به أهل العلم في أن القوة القاهرة تنفي المسؤولية وتدفعها: ما نصت عليه اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بقولها: « إذا تعهد السائق سيارته قبل السير بها، ثم طرأ عليها خلل مفاجئ في جهاز من أجهزتها مع مراعاة النظام في سرعته وخط سيره، وغلب على أمره فصدمت إنسانًا أو حيوانًا، أو وطأته فمات أو كسر مثلاً، لم يضمن السائق دية ولا قيمة، ولو انقلبت بسبب ذلك على أحد أو شيء فمات، أو تلف، فلا ضمان عليه؛ لعدم تعديه وتفريطه، قال تعالى: لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) سورة البقرة، آية (٢٨٦)..»

وإن فرط السائق في تعهد سيارته أو زاد في السرعة أو في حملتها أو نحو ذلك، ضمن ما أصاب من نفس ومال.»

المطلب الثاني: خطأ الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في النظام

الفرع الأول: المراد بخطأ الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد في النظام.

يقصد بإيقاع الجزاءات على المتعاقد: قيام الإدارة بإيقاع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بالالتزامات المنصوص عليها بالعقد أو الوثائق المرفقة به دون اللجوء إلى القضاء.

وسلطة الإدارة في إيقاع الجزاءات الإدارية هي سلطة تقديرية لا يقيدتها إلا القاعدة

العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة بقصد تحقيق الصالح العام، فقد جاءت المادة الثالثة والخمسون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية متضمنة لهذا المعنى (يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية، والتي منها: ب- إذا تأخر عن البدء في العمل أو تباطأ في تنفيذه أو أخل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أو ضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابه بتصحيح الوضع.

الفرع الثاني: مشروعية إيقاع الجزاءات على المتعاقد في النظام.

اختلف شراح الأنظمة في حق الإدارة في إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها مباشرة، وسنعرض لهذا الخلاف بشيء من التفصيل فيما يلي:

اختلف شراح النظم في حق الإدارة في إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء، وذلك في حالة عدم النص عليه على قولين هما:

القول الأول: أنه ليس من حق الإدارة القيام بإيقاع الجزاءات على المتعاقد معها مباشرة دون اللجوء إلى القضاء. وهو رأي بعض الشراح الفرنسيين.

القول الثاني: أن من حق الإدارة القيام بإيقاع الجزاءات على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء. وهو قول أغلب شراح القانون الفرنسي، وشراح القانون المصري والقضاء المصري وبعض الكتاب في المملكة العربية السعودية.

الرأي الراجح: رجحان القول الثاني القاضي بأنه من حق الإدارة أن تقوم بإيقاع الجزاءات على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء، بغض النظر عن أساس هذا الحق، إلا أنه ينبغي إحكام الرقابة القضائية على مثل هذه الأعمال كضمان للمتعاقد مع الإدارة.

سبب الترجيح: أن في الضمانات المقررة للمتعاقد عند قيام الإدارة باستعمال هذا الحق ما يكفي لإزالة آثاره إن كان فيه إضرار به، وأن نظام المنافسات والمشتريات

الحكومية قد نص على ذلك في مادته الثالثة والخمسون والتي جاء فيها: يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية...

الفرع الثالث: الضمانات المقررة للمتعاقدين مع الإدارة في النظام.

الضمانات التي تطرق لها النظام ضمانتان:

الأول: وجوب إعدار المتعاقد بالجزاء.

الثانية: رقابة القضاء على قرار الجزاء.

أولاً: الإعدار بالجزاء: يقصد بالأعدار طبقاً للقواعد العامة إثبات حالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته إثباتاً قانونياً.

وكذلك في القانون الإداري يجب أن يسبق توقيع الإدارة للجزاء إنذار المتعاقد بضرورة تنفيذ التزاماته وتنبهه إلى المخالفات التي قام بها وبالجزاء الذي سوف يطبق عليه إذا لم يصلح خطأه هذا كقاعدة عامة في الفقه.

وهناك اختلاف بين الفقهاء في أهمية الأعدار ووجوب تعميمه على الجزاءات فقد ذكر الدكتور سليمان الطماوي، أن هذا الالتزام لا شك فيه بالنسبة لبعض الجزاءات، ثم يرجح وجوب تعميم الأعدار على جميع أنواع الجزاءات.

أ - تعفى الإدارة من الأعدار إذا تضمن العقد أو دفاتر الشروط، أو في نص من نصوص القانون شرطاً بهذا المعنى.

ب- إذا كانت الظروف تضيي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة وينظر إلى ظروف كل حالة على حدة مثال ذلك توريد المواد العسكرية خلال زمن الحرب.

ويرى الدكتور عبدالمجيد فياض أنه لا يجب الاستثناء من المبدأ -مبدأ أعدار

المتعاقد- إلا بالاتفاق، وذلك بأن ينص عليه في العقد، أو بنص القانون، أو نزولاً على ما تقتضيه طوائع الأشياء.

وأرى أن رغم أن ما ذهب إليه الدكتور إبراهيم الفياض يبدو لأول وهلة أكثر انسجاماً وتمشياً مع الأسس التي بنى عليها القانون الإداري، وبالأخص على الأساس الذي بنى عليه -أغلب الفقهاء- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها.

الإعذار بالجزاء في المملكة: جرت المادة رقم/ ٥٣ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على القاعدة العامة والتي ذكرت أنه يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية والتي منها:

ب- إذا تأخر عن البدء في العمل أو تباطأ في تنفيذه أو أحل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أو ضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابه بتصحيح الوضع (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥٨م) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ..

ثانياً: الرقابة القضائية على الجزاء. تعتبر الرقابة القضائية على الجزاء هي الضمانة الأساسية التي تحد من سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها.

والدعوى التي يرفعها المتعاقد ضد قرار الجزاء الموقع ضده هي دعوى القضاء الكامل، وفي دعوى القضاء الكامل لا يستهدف القاضي فيها إلغاء القرار المطعون فيه بل يجاوز ذلك إلى الحكم بتعديل القرار المطعون فيه أو تبديله أو الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن القرار.

الرقابة القضائية على الجزاء في المملكة: يقوم بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة ديوان المظالم وقد نص نظامه الجديد في مادته الثالثة عشرة على اختصاصات

ديوان المظالم ويهمننا في هذا المجال الفقرة/ ج التي تنص على أن من اختصاص ديوان المظالم « الفصل في دعاوى التعويض التي قدمها ذوا الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة » (نظام ديوان المظالم صدر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧٨، وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ ..

ومن الأحكام القضائية في خطأ الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد حكم ديوان المظالم رقم ١٥٨/د/أ/٤/١٤٢٦ هـ والذي جاء فيه: وبذا فإن تأخر المدعية في إنجاز المشروع في وقته المحدد ليس مرده إليها وحدها بل إلى المدعي عليها بتأخرها في دفع مستحقات المدعية في مواعيدها وبذا فإن الوزارة غير محقة في حسم غرامة التأخير وتكاليف الإشراف مما تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعي عليها بإعادة غرامة التأخير وتكاليف الإشراف المحسومة على المدعية) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧ هـ، ص (٢٢٣٤، ٢٢٣٥) ..

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وفي الختام

نسأل الله تعالى أن يكون هذا العمل قد تحقق فيه النفع المرجو منه، كما نسأله سبحانه أن يجزي القائمين على هذا العمل -من فريق اعداد ومتابعة وطباعة وإشراف وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه- خيراً وأن يرزقهم سعادة الدنيا والآخرة وأن يجعلهم مباركين في كل شؤونهم.

إن ربنا سميع قريب مجيب

إخوانكم لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة :

- جوال / ٩٦٦٥٦٩٧٧٠٠٧٧

البريد الإلكتروني

asag31@gmail.com





011 2584701 📞

qdha.ksa@gmail.com ✉

@ Q d h a 🐦

facebook.com/qdha.ksa 📘