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

مجلة

قضاء

مجلة علمية محكمة العدد الثاني رجب ١٤٣٤ هـ يوليو ٢٠١٣م

- تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام وآثاره
  د. ناصر بن محمد الجوفان
- الوساطة في تسوية المنازعات
  د. عبدالله بن محمد العمراني
- ضمان الديون بأموال الزكاة
  د. صالح بن محمد الفوزان
- المنشأة ذات الغرض الخاص ودورها في هيكلة الصكوك
  د. حامد بن حسن مبرة

هيئة تحرير المجلة

- أ.د عبدالرحمن بن عبدالله السند
  عميد المعهد العالي للقضاء بـ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
  وعضو مجلس إدارة الجمعية العلمية السعودية للقضائية (رئيس هيئة التحرير)
- أ.د عبدالفتاح محمود إدريس
  أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر
- د. خالد بن عثمان العمر
  أستاذ القانون الجنائي المشارك بـ كلية الحقوق والعلوم السياسية بـ جامعة الملك سعود
- د. يوسف بن أحمد القاسم
  الأستاذ المشارك بـ قسم الفقه بالمعهد العالي للقضاء بـ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
- د. عبدالله بن محمد العمراني
  الأستاذ المشارك بـ قسم الفقه بكلية الشريعة بـ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
- د. عبدالمحسن بن زيد المسعد
  القاضي بـ وزارة العدل
- د. خالد بن عبدالرحمن المهنا
  الأستاذ المساعد بـ قسم الفقه بـ كلية الشريعة بـ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
- الأستاذ عبدالرحمن بن عبدالعزيز الحماد
  أمين هيئة التحرير

مجلة قضاء ـ مجلة علمية محكمة متخصصة دورية

رئيس التحرير: أ.د. عبدالرحمن بن عبدالله السند

مدير التحرير: د. خالد بن عبدالرحمن المهنا

سكرتير التحرير: أ. عبدالرحمن بن عبدالعزيز الحماد

للتواصل مع مجلة قضاء

الجمعية العلمية القضائية السعودية

المعهد العالي للقضاء هاتف: ٠٠٩٦٦١٢٥٨٤٧٠١

ترسل جميع البحوث والمشاركات العلمية باسم رئيس التحرير على العنوان التالي:

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ـ المعهد العالي للقضاء ـ مكتب العميد

هاتف: ٠٠٩٦٦١٢٥٨٤٨٠١

فاكس: ٠٠٩٦٦١٢٥٩٠١٨٤

بريد الإلكتروني: qadhaM@imamu.edu.sa

كلمة رئيس التحرير

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف خلق الله نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد:

فتحتفي بلادنا المباركة بالاهتمام الكبير بالعلم الشرعي وأهله، وما إن صدر العدد الأول من هذه المجلة المباركة إلا ولاقت اهتمام جميع المختصين، وكان لها شرف رعاية معالي مدير جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الأستاذ الدكتور سليمان بن عبدالله أبا الخيل لحفل تدشين العدد الأول من المجلة وتدشين موقع المجلة على الشبكة العالمية (الإنترنت).

إن تهيئة هذا المنبر العلمي لنشر البحوث العلمية القيمة والتي تم تحكيمها وفق القواعد العلمية تسهم في إثراء الجانب النظري للدراسات القضائية والتي تحتاج منا الاهتمام كجزء واجب علينا من الدعوة التي أطلقها خادم الحرمين الشريفين الملك عبدالله بن عبدالعزيز وفقه الله بالعناية بالقضاء في كافة مجالاته، فكان مشروع الملك عبدالله بن عبدالعزيز لتطوير القضاء ترجمة لهذا الإحساس و الاهتمام من قبل دولتنا الكريمة.

وامتـدت هذه الرؤية لتشـمل تطويـر المعهد العـالي للقضاء والـذي احتفلنا بتدشـين مشروعاتـه التطويريـة مؤخراً بفضـل الله تعالى.

إن كل هـذه المشـاريع والأعـمال التـي تعنـى بالجوانـب القضائية تعكس اهتـمام ولاة الأمـر وفقهـم الله بتحقيـق العدل الـذي قامت عليه السـموات والأرض، ويشرفنـا في جمعيـة قضـاء عـبر مجلـة قضـاء بالمسـاهمة في تنميـة الجانـب العلمـي عـبر الدراسـات التـي يقـوم بهـا المختصـون سـواء مـن أعضـاء هيئـة التدريـس أو أصحـاب الفضيلـة القضـاة، أو الباحثـين مـن خـبراء أو مستشـارين. وعلينـا جميعـاً أن نتعـاون بكل الطرق وبكل وسـيلة متاحـة لتحقيق الارتقـاء العلمي والبحثـي، ومن هنا ونحن نسـعد بصدور العـدد الثـاني مـن هـذه المجلـة المباركـة، فإنا نؤكـد عـلى سرورنـا وترحيبنا باسـتقبال الدراسـات والبحـوث التي تعنـى بالجوانب القضائيـة لنشرها في المجلـة سـعياً في نـشر العلـم، وتحقيـق التقـدم العلمـي البحثـي عـبر إمداد المختصـين والممارسـين العدليـين وغيرهم بالدراسـات العلميـة المتخصصة ، ونسـأل الله أن يلهمنـا التوفيق والتسـديد...

رئيس التحرير

أ.د عبدالرحمن بن عبدالله السند

محتويات العدد

- كلمة رئيس التحرير ٣
- البحوث العلمية:
  - تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام وآثاره ٧
    (د. ناصر بن محمد الجوفان)
  - الوساطة في تسوية المنازعات ٩١
    (د. عبد الله بن محمد العمراني)
  - ضمان الديون بأموال الزكاة ١٤٥
    (د.صالح بن محمد الفوزان)
  - المنشأة ذات الغرض الخاص ودورها في هيكلة الصكوك ١٩٥
    (د. حامد بن حسن ميره)
- إنجازات الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) لعام ١٤٣٤هـ ٢٤٧

تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام وآثاره
دراسة مقارنة

إعـــداد
د. ناصر بن محمد الجوفان
الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

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

فإن من أهم المسائل، وأجدرها بالدراسة والبحث ، هي المسائل المتعلقة بسلطات الدولة، لأنها تهَّم الراعي والرعية، ولأنه لا يستقيم أمور الناس بدون هذه السلطات، ولاسيما ما يتعلق بالسلطة القضائية، لأنها المنوط بها تحقيق العدالة، وتقرير الحقوق، ولا ريب أن بقاء الدول، واستقرار المجتمعات، مرهون بتحقيق العدالة ، وإيصال الحقوق لأصحابها.

وإن من أهم السلطات، التي أنيط بها المحافظة على حقوق الناس، ولاسيما الحقوق العامة، سلطة التحقيق والادعاء العام.

ولذا جاءت هذه الدراسة لتبين مسألة مهمة ودقيقة تتعلق بهذه السلطة، وهي بيان الطبيعة الشرعية، والنظامية لهذه السلطة.

أولاً: أهمية الموضوع:

الموضوع له أهمية كبيرة ، ونقتصر في هذا المقام على أهمها :

١- أن البحث يعالج مشكلة قائمة، حصل فيها النزاع بين محاكم القضاء الإداري وهذه المشكلة، سوف نبينها في الفقرة التالية (مشكلة البحث).

٢- أن البحث يقارن سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في المملكة بالنيابة العامة في الدول الأخرى فيما يتعلق بتكييفها.

٣- أن البحث اشتمل على تأصيل لتكييف هذه السلطة في الفقه الإسلامي، ولا شك أن هذا يمثل أهمية بالغة لأن القضاء في هذه البلاد المباركة يعتمد في أحكامه على الفقه الإسلامي، كما أن هذه الدولة – أعزها الله – تستمد أنظمتها – بما فيها الأنظمة القضائية – سواء كانت إجرائية أو موضوعية من الفقه الإسلامي .

٤- كما تظهر أهمية البحث بصورة جليّة بالنظر إلى الآثار التي يترتب عليها تكييف هذه السلطة ، وعلى رأسها تحديد الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى المرفوعة ضد أعمال هذه السلطة .

٥- كما تبرز أهمية هذه الدراسة بالنظر إلى النتائج والتوصيات التي تضمنتها .

ثانياً: منهج البحث :

١- اتبعت أسلوب المقارنة، وذلك بمقارنة النظام السعودي ، بالقانون المصري ، والقانون الأردني ، ثم اذكر حكم ذلك في الفقه الإسلامي .

٢- كما اتبعت الأسلوب الاستنتاجي أيضاً .

٣- الاعتماد على المصادر الأصيلة في كل مسألة بحسبها .

٤- عزو نصوص العلماء وآرائهم لكتبهم مباشرة إلا إذا تعذر ذلك .

٥- تخريج الأحاديث والآثار الواردة في البحث ، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما ، وإلا خرجته من المصادر الأخرى المعتمدة .

٦- تكون الإحالة إلى المصادر والمراجع في حالة النقل منه بالنص بذكر اسمه والجزء والصفحة ، وفي حالة النقل بالمعنى يذكر ذلك مسبقاً بكلمة "ينظر" .

٧- الاعتناء بصحة المكتوب وسلامته من الناحية اللغوية والإملائية والنحوية .

٨- الاكتفاء بذكر المعلومات المتعلقة بالمصادر في الفهرس الخاص بها في نهاية البحث ، ولا أذكر شيئاً من ذلك في الحاشية .

ثالثاً : مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في أن سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام جمعت بين بعض صفات السلطة القضائية ، وبعض صفات السلطة التنفيذية ، وهذا نتج عنه الخلاف في تكييفها ، هل هي سلطة قضائية ؟ أو سلطة تنفيذية ؟ أو سلطة مختلطة ؟ وإذا كانت مختلطة ، أيهما الغالب الذي يتعلق به الحكم ؟ .

ثم هذه المشكلة ترتب عليها مشكلة أخرى ، وهي تحديد المحكمة المختصة نوعاً بنظر الدعاوى المرفوعة ضد أعمال هذه السلطة ، أو ضد القرارات التأديبية التي تصدرها بخصوص أعضائها .

رابعاً : الدراسات السابقة :

الدراسة الأولى: (المركز النظامي لهيئة التحقيق والادعاء العام في المملكة العربية السعودية).

بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية – جامعة نايف – إعداد الطالب / عبد العزيز بن فهد السلطان عام ١٤٢٥هأ -٢٠٠٤م ، تناول فيها الباحث التطور التاريخي لنشأة هيئة التحقيق والادعاء العام ، وعلاقة الهيئة بسلطات الدولة ، كما تناول وظيفة الهيئة ودورها في مراحل الدعوى الجزائية .

الدراسة الثانية: (هيئة التحقيق والادعاء العام ودورها في العدالة الجنائية في المملكة العربية السعودية) .

قام بها الباحث : فيصل بن معيض القحطاني .

تناول الباحث في دراسته علاقة الهيئة بأجهزة العدالة الجنائية ، كما تطرق لاختصاص الهيئة في مرحلة التحقيق ، واختصاصها في الادعاء العام ، والإشراف على السجون .

الدراسة الثالثة: (دور هيئة التحقيق والادعاء العام في الدعوى الجنائية أمام محاكم أول درجة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية).

بحث تكميلي للماجستير - جامعة نايف ١٤٢٠هـ - للباحث: عبدالرحمن بن أحمد الأفندي .

تطرق فيها الباحث لتاريخ الادعاء العام ، ثم تناول مباشرة المدعي العام لدعوى الحق العام في حالة ما إذا لم يكن هناك حق خاص ، وفي حالة ما إذا كان هناك حق خاص ، كما تناول مسألة تنازل المدعي بالحق الخاص عن دعواه ، وأثره من الناحية الشرعية ، وأثره على الدعوى العامة .

الدراسة الرابعة: (دعاوى الحق العام أمام المحاكم في الفقه والنظام).

قام بها الباحث : أحمد بن عبد الرحمن المحيذيف – وهي بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير – المعهد العالي للقضاء – ١٤١٦هـ .

تناول فيها الباحث طرفي دعوى الحق العام، كما تناول شروط دعوى الحق العام

هذا وبالنظر إلى الدراسات السابقة ، نجدها جميعاً انصبت على بيان اختصاصات هيئة التحقيق والادعاء العام، وإن وجدت بينها بعض الاختلافات، حيث نجد بعضها اشتمل على كثير من الاختصاصات، وبعضها اقتصر على بعض تلك الاختصاصات .

في حين أن دراستنا تتعلق بتكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام سواء في الفقه الإسلامي، أو الأنظمة المقارنة، والأثر المترتب على ذلك .

وبتعبير آخر، نقول : إن دراستنا تهدف إلى كشف طبيعة سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام وطبيعة أعمالها ، من الناحية الفقهية ، والناحية النظامية، أي هل تعتبر جهة قضائية ، وأعمالها تُعدَّ أعمالاً قضائية أو هي جهة إدارية وأعمالها تُعدّ أعمالاً إدارية ؟ أو تجمع بين الأمرين ؟

ثم بيان الأثر المترتب على هذا التكييف .

هذا وإن كان عنوان الدراسة الموسومة بـ (المركز النظامي لهيئة التحقيق والادعاء العام في المملكة العربية السعودية) ، يظهر منه للوهلة الأولى احتمال وجود تقارب بينها وبين دراستنا إلا أنه بعد الرجوع إلى خطة الرسالة ومحتواها يتبيّن أن الباحث أراد بيان اختصاصات الهيئة من خلال النصوص النظامية ، وتطبيق ذلك على بعض الوقائع التي باشرتها الهيئة .

الدراسة الخامسة: (استقلال عضو هيئة التحقيق والادعاء العام)

وهي بحث تكميلي من متطلبات درجة الماجستير في السياسة الشرعية – المعهد العالي للقضاء – إعداد الباحث : ياسر بن سليم القرشي عام ١٤٢٨هـ .

تناول الباحث في هذه الدراسة، ضمانات وحصانة عضو هيئة التحقيق والادعاء العام ، كالضمان من العزل ، ومسئولية الدولة عن تحمل الضرر الحاصل بسبب عمله والضمانات فيما يتعلق بالتعيين ، والنقل ، والترقية ، والتأديب .

هـذا وبـالنظر إلى عنـوان هـذه الدراسـة ، ومحتواهـا ، نجـد أنهـا لم تتعرض لتكييف عمل المحقق ، ولا المدعي العـام ، ولم تبـيَّن طبيعـة كـل منهما ، ولا الأثر المترتب على ذلك ، وإنما انصبت على استقلال عضو هيئة التحقيق والادعاء العام في عمله ، وضمانات هذا الاستقلال .

رابعاً : تقسيمات البحث :

يتكـونّ البحـث مـن تمهيـد، وأربعـة مباحـث، وخاتمـة، وفهـرس للمصادر والمراجع.

- التمهيد: التعريف بمفردات العنوان.

المبحث الأول: تكييف سلطة التحقيق الجنـائي والادعـاء العـام في الأنظمة السعودية، وينتظم ستة مطالب :

المطلب الأول: سبب الاختلاف في طبيعة سلطة التحقيق الجنـائي والادعاء العام.

المطلب الثاني: تكييف سلطة التحقيـق الجنـائي والادعـاء العـام بأنها إدارية.

المطلب الثالث: تكييف سلطة التحقيـق الجنـائي والادعـاء العـام بأنها قضائية.

المطلب الرابع: تكييف سلطة التحقيـق الجنـائي والادعـاء العـام بأنها مختلطة.

المطلب الخامس: الترجيح.

المطلب السادس: تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في منظور القضاء السعودي.

المبحث الثاني: تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في الأنظمة المقارنة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام عند شراح القانون.

المطلب الثاني: تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في منظور القضاء المصري.

المطلب الثالث: الترجيح.

المبحث الثالث: تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في الفقه الإسلامي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تكييف سلطة التحقيق الجنائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: تكييف سلطة الادعاء العام في الفقه الإسلامي.

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في الفقه الإسلامي والنظام، وينتظم في مطلبين:

المطلب الأول: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في الفقه الإسلامي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها إدارية.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها قضائية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في النظام، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها إدارية.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها قضائية.

- **الخاتمة.**
- **فهرس المصادر والمراجع.**

التمهيد

التعريف بمفردات العنوان

أولاً: تعريف التكييف:

أ- تعريف التكييف لغة:

التكييف مأخوذ من الفعل كيف ، ومعناه القطع [١] .

ب- تعريف التكييف في الاصطلاح الفقهي :

عُرف التكييف في الاصطلاح الفقهي بأنه : تحرير المسألة وبيان انتمائها إلى أصلٍ معينٍ مُعتبرٍ [٢] .

ثانياً: تعريف السلطة:

السلطة من الفعل سلط، والسلطان: الحُجّةُ، وقُدْرَةُ المِلكِ[٣].

ولذلك قيل للأمراء سلاطين لأنهم تُقام بهم الحجج والحقوق ، وسلطان كل شيء حدته وسطوته[٤].

ثالثاً : تعريف التحقيق الجنائي:

أ- تعريف التحقيق:

الحاء والقاف أصل واحد، يدل على إحكام الشيء وصحته، يقال: ثوب محقق إذا كان محكم النسيج ، والحق نقيض الباطل[٥] .

---

(١) ينظر : القاموس المحيط للفيروز آبادي ، ١٤٩٩.

(٢) يُنظر : معجم لغة الفقهاء ، القلعة جي وقنيبي ،١٤٣ .

(٣) ينظر : القاموس المحيط ، ٧٩١ .

(٤) ينظر : تهذيب اللغة للأزهري ١٢/ ٣٣٤ .

(٥) ينظر : معجم مقاييس اللغة ، لابن فارس ٢/ ١٠ .

وتقول: حققت الأمر، وأحققته، إذا صرت منه على يقين[١] .

ب- تعريف الجنائي :

١- **في اللغة**، مأخوذة من الجناية ، وهي من الفعل جنى ، يجني إذا أخذ ، ويُقال جنى الذنب عليه ، يجنيه جناية إذا جره إليه ، ويتجنى عليه إذا ادعى عليه ذنباً لم يفعله[٢].

أما في الاصطلاح : فقد عرفه الشيخ عبد القادر عوده بأنه : "اسم لفعل محرم شرعاً سواء وقع الفعل على نفسٍ أو مالٍ أو غير ذلك" [٣].

ويحسن التنبيه إلى أن هذا التعريف يتفق مع مذهب المالكية ، لأنهم يطلقون الجناية على كل فعل محرم موجب للعقوبة [٤].

خلافاً للجمهور الذين يقصرونها على الفعل الواقع على النفس أو ما دونها من الأطراف أو المنافع ، وأما ما خرج عن ذلك فلكلٍ اسمه ، كالزنا والقذف والسرقة[٥] .

ولا شك أن الذي يتفق مع موضوع البحث هو اصطلاح المالكية .

تعريف التحقيق الجنائي:

عُرّف التحقيق الجنائي بعدة تعريفات، وقد رأينا الاقتصار في هذا

---

(١) ينظر : أساس البلاغة ، للزمخشري ، ٨٨ .

(٢) ينظر : ترتيب القاموس المحيط للفيروز آبدي ، ٥٤٤ .

(٣) ينظر : التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، عبد القادر عودة ، ١/ ٦٧ .

(٤) ينظر : القوانين الفقهية لابن جزي / ٢٢٦ .

(٥) ينظر : تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ٩٧ ، روضة الطالبين للنووي ، ٩/ ١٢٢ ، وكشاف القناع للبهوتي ٥/ ٣٠٥ .

المقام على ذكر اثنين منها بغية الاختصار، وعليه نقول: يُعرف التحقيق الجنائي بأنه: " عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي تباشرها سلطة التحقيق (النيابة العامة) أو (قاضي التحقيق) هدفها التنقيب والبحث عن الأدلة التي تفيد في كشف الحقيقة في شأن جريمة ارتكبت وذلك للموازنة بعد ذلك في مدى كفايتها لأجل إحالة المتهم إلى المحكمة المختصة "[1].

والمنظم السعودي عرف التحقيق الجنائي بأنه: " هو الوسيلة التي يمكن عن طريقها التوصل لمعرفة مرتكب الجريمة وظروف ارتكابها أو المشتركين فيها " [2] .

رابعاً : تعريف الادعاء العام:

أ- تعريف الادعاء في اللغة:

الادعاء مصدر من الفعل :" ادعى ، وله عدة معانٍ منها : الطلب والتمني ، والدعاء ، والزعم[3] .

ب- تعريف الادعاء العام في الاصطلاح:

لم يُعرف الفقهاء الادعاء العام ، وإنما عرفوا الدعوى بصفة عامة، أي سواء كانت دعوى مدنية أو جنائية ، كما أن تعريفاتهم للدعوى تنصبّ على الحق الخاص دون العام ، والسبب في ذلك راجع إلى أن

---

(١) مبادئ أصول المحاكمات الجزائية ، د ممدوح خليل البحر ، ٢٢٧ .

(٢) مرشد الإجراءات الجنائية ، الصادر عن وزارة الداخلية ، ٢٨ .

(٣) ينظر : لسان العرب ١٤/ ٢٥٧ ، وتاج العروس ١/ ١٢٦، ١٢٧ ، والتعريفات للجرجاني،٧٢ .

التنظيم القضائي الإسلامي لا يفصل بين سلطة التحقيق والادعاء العام وسلطة القضاء[1]، وبناءً على ما تقدم سوف نجتهد في وضع تعريفٍ للادعاء العام في الفقه الإسلامي، مسترشدين بما ذكره الفقهاء من تعريفات للدعوى الخاصة، وعليه نقول، يمكن تعريف الادعاء العام بأنه: قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء ، يقصد به إنسان مخصوص طلب حق عام.

وهنا يحسن التنبيه إلى أن بعض الفقهاء ، ذكر تقسيم الدعوى إلى دعوى تهمة وعدوان، ودعوى غير تهمة وعدوان[2].

فدعوى التهمة والعدوان تقابل الدعوى الجنائية ودعوى غير التهمة والعدوان تقابل الدعوى المدنية في الأنظمة القضائية المعاصرة ، لكن مع ذلك فإن تعريف الدعوى الجنائية لا يصدق على الادعاء العام، بل إن الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي – إن تعلقت بحق خاص دخلت في تعريف الدعوى بصفة عامة عند الفقهاء ، بما فيها الدعوى المدنية، وإن تعلقت بحق عام، وهو الأغلب فإنها تدخل في اختصاص القاضي، لأنه التنظيم القضائي الإسلامي لا يفصل بين التحقيق والادعاء العام وبين القضاء بل الجميع يباشره القاضي.

وهذا هو الأغلب الأعم ، لكن يمكن أن يوجد الادعاء العام في

---

(١) وسيأتي بيان هذا مفصلاً – إن شاء الله تعالى – في المطلب الأول من المبحث الثالث من هذا البحث .

(٢) ينظر : مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله تعالى – ٣٥/ ٣٨٩ والطرق الحكيمة لابن القيم – رحمه الله تعالى – ١٠١-١٠٢ .

صورة دعوى الحسبة، وهي الدعوى التي يتقدم بها الشخص إلى القاضي دون أن يطلب حقاً لنفسه، وإنما يطلب حقاً لله تعالى[١].

ومع ذلك فإن دعوى الحسبة لا تماثل الادعاء العام المقرر في الأنظمة القضائية المعاصرة من كل وجه[٢].

أما الإدعاء العام (الاتهام) فيعرف في القانون بأنه : إسناد واقعة إجرامية إلى شخص معين تزعم النيابة العامة بصفتها ممثلة للدولة صاحبة الحق في العقاب أنه مرتكبها ، أو على الأقل مساهم فيها من خلال تحريك الدعوى الجنائية ورفعها ومباشرتها أمام القضاء [٣].

(١) ينظر : نظام القضاء ، للدكتور . عبد الكريم زيدان ص ١١٣ .

(٢) سوف يأتي تفصيل هذا في المطلب الثاني من المبحث الثالث من هذا البحث – بإذن الله تعالى – .

(٣) ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق . د/ أشرف رمضان . ص٨٤ .

المبحث الأول

تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في الأنظمة السعودية

توطئة:

قبل أن نبيّن تكييف هيئة التحقيق والادعاء العام يحسن التنبيه إلى أن الاختلاف في طبيعة هيئة التحقيق والادعاء العام في المملكة العربية السعودية ، ليس مقصوراً عليها ، بل إنه قد ثار قبل ذلك خلاف حول طبيعة النيابة العامة في الفقه القانوني المقارن ، إلا أن الخلاف حول طبيعة هيئة التحقيق والادعاء العام في المملكة أشد – من وجهة نظري – لسببين :

السبب الأول: أن كثيراً من القوانين تنص صراحة على أن النيابة العامة ، شعبة من شعب السلطة القضائية ، في حين خلا نظام هيئة التحقيق والادعاء العام في المملكة من هذا النص .

السبب الآخر: أن كثيراً من الدول تجعل النيابة العامة مرتبطة بوزارة العدل ، بينما نجد أن هيئة التحقيق والادعاء العام في المملكة مرتبطة بوزارة الداخلية، ونحن نسلم بأن ربط النيابة العامة بوزير العدل لا يحقق استقلالها، لأنه أيضاً من أشخاص السلطة التنفيذية إلا أن ربطها به أخف بدون تردد من ربطها بوزير الداخلية، لأن وزير العدل يشرف على الجانب العدلي، والمقصود أن تبعية هيئة التحقيق والادعاء

العام لوزير الداخلية أقوى في الدلالة على شبهها بالسلطة التنفيذية من تبعية النيابة العامة لوزير العدل .

ومع ذلك فإن الخلاف وقع بين شراح القوانين في بيان طبيعة النيابة العامة .

المطلب الأول

سبب الاختلاف في طبيعة سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام:

يظهر أن سبب الاختلاف في طبيعة هيئة التحقيق والادعاء العام، يرجع إلى الأمور التالية:

الأمر الأول: عدم وجود النص النظامي، الذي يحدد طبيعتها، بحيث يصرّح بأنها جهة قضائية، أو جهة إدارية.

الأمر الثاني: أن ما ورد في نظام الهيئة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥٦ وتاريخ ٢٤/ ١٠/ ١٤٠٩هـ من نصوص تتعلق بالهيئة وأعضائها، ولاسيما فيما يتعلق بالاستقلال والإشراف والضمانان ، ورد بصفة أمشاج مختلطة ، بعضها يغلب إلحاق شبهه بالجهة القضائية ، وبعضها يغلب إلحاق شبهه بالجهة الإدارية .

الأمر الثالث: أن الاختصاصات التي عُهد بها إلى الهيئة جاء ت مختلطة أيضاً ، فمنها ما يغلب عليه الصفة القضائية ، ومنها ما يغلب عليها الصفة الإدارية[1].

المطلب الثاني

(١) هذه الاختصاصات تؤخذ من نظام الهيئة ، وتؤخذ أيضاً من نظام الإجراءات الجزائية .

تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها جهة إدارية:

والمقصود بوصفها جهة إدارية ، أي أنها تعتبر شعبة من شعب السلطة التنفيذية، والأسانيد التي تدعم هذا الرأي تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الأسانيد المستمدة من النصوص التي تتعلق بالهيئة.

القسم الثاني: الأسانيد المستمدة من بعض النصوص النظامية المتعلقة بعضو الهيئة.

القسم الثالث: الأسانيد المستمدة من بعض اختصاصات الهيئة.

وعليه نوضح هذه الأقسام تباعاً على النحو التالي:

أولاً : الأسانيد المستمدة من النصوص النظامية التي تتعلق بالهيئة:

١- يأتي في مقدمة هذه النصوص، نص المادة الأولى من نظام الهيئة، والذي صرّح بارتباط الهيئة بوزير الداخلية، حيث ورد في المادة المذكورة (تنشأ بموجب هذا النظام هيئة تسمى هيئة التحقيق والادعاء العام ترتبط بوزير الداخلية[1] .

فهذا النص يؤكد عدم استقلال الهيئة وتبعيتها لأكبر وزارة تنفيذية، وهي وزارة الداخلية، ومعلوم أن من أهم صفات الجهة القضائية، استقلاليتها التامة عن السلطتين التنفيذية والتنظيمية، وهذا لم يتحقق

---

(١) تنظر المادة (١) من نظام هيئة التحقيق والإدعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٥٦ في ٢٤/ ١٠/ ١٤٠٩هـ .

بالنسبة للهيئة. وإن كان تبعية النيابة العامة في بعض الدول لوزير العدل محل نقد باعتباره يخل باستقلال النيابة العامة، فإن تبعية هيئة التحقيق والادعاء العام بوزير الداخلية أحرى بالنقد، لأن وزير العدل – وإن كان من أشخاص السلطة التنفيذية – إلا أنه أقرب إلى المرفق العدلي، وأبعد عن صفات السلطة التنفيذية من وزير الداخلية .

٢- أن ميزانية هيئة التحقيق والادعاء العام ، تندرج ضمن ميزانية وزارة الداخلية ، وذلك بموجب نص المادة الأولى من نظام الهيئة، حيث ورد فيها (ويكون لها ميزانية ضمن ميزانية الوزارة)[(١)]، ولا شك أن الارتباط المالي يؤثر في الاستقلال سلباً .

ثانياً : الأسانيد المستمدة من النصوص النظامية المتعلقة بعضو الهيئة:

هناك بعض النصوص النظامية ، التي وردت في نظام هيئة التحقيق والادعاء العام ، والتي يستفاد منها عدم استقلال عضو الهيئة ، وتبعيته لوزارة الداخلية ، ومن ثم يترجح وصفه بموظف إداري ، وليس قاضياً، لأن الشأن في القاضي أن يتمتع بالاستقلال ، وهذا لم يتحقق بالنسبة لعضو الهيئة .

وتفصيل ذلك على النحو التالي:

١- نص نظام الهيئة على أن رئيس الهيئة ، يُعيّن بالمرتبة الممتازة بأمر ملكي بناء على ترشيح وزير الداخلية ، ممن تتوفر فيه الشروط

(١) المادة : (١) من نظام هيئة التحقيق والادعاء العام .

المطلوبة لشغل وظيفة نائب رئيس على الأقل[١].

ويبين بوضوح من هذا النص عدم استقلالية رئيس الهيئة فيما يتعلق بالتعيين ، إذ إن تعيينه مربوط بترشيح وزير الداخلية ، وعدم الاستقلال من خصائص الموظف الإداري ، وإذا تحقق هذا في رئيس الهيئة ، فهو بالنسبة للأعضاء من باب أولى ، ومع ذلك فإن النظام أكد ذلك حيث نص على أنه يتم شغل وظائف أعضاء الهيئة الأخرى ، ونقلهم إلى جهات أخرى بأمر ملكي بناء على قرار من لجنة إدارة الهيئة ، وتوصية وزير الداخلية [٢] .

فربط النظام تعيين رئيس الهيئة بترشيح وزير الداخلية ، وربط تعيين الأعضاء ، بتوصية من وزير الداخلية ، وهذا جميعه من مظاهر التبعية للجهة التنفيذية وعدم الاستقلال عنها ، وبموجب ذلك يكون كل من رئيس الهيئة ، وأعضائها قد افتقر الاستقلال الذي تتطلبه الوظيفة القضائية .

٢- أن نظام الهيئة أوكل مهمة تأديب أعضاء الهيئة ، للجنة تسمى (لجنة إدارة الهيئة) وهي تقابل في اختصاصاتها المجلس الأعلى للقضاء بالنسبة للقضاة ، ولكنها تختلف عن المجلس الأعلى للقضاء فيما يتعلق بالاستقلال ، إذ إن مجلس القضاء الأعلى مستقل استقلالاً تاماً عن السلطة التنفيذية ، لأنه يرتبط بالملك مباشرة ، بخلاف إدارة الهيئة ،

---

(١) المادة : (١٠) من نظام الهيئة .

(٢) تنظر المادتان : (٤) و (١٤) من نظام الهيئة .

فإنها تابعة لأكبر جهة تنفيذية ، وهي وزارة الداخلية ، وتظهر هذه التبعية في الأمور الآتية:

أ- فيما يتعلق بتكوين لجنة إدارة الهيئة:

حيث بيّن النظام ، أن لجنة إدارة الهيئة تتكون من سبعة أعضاء ، وهم: رئيس الهيئة ، ويكون رئيساً للجنة ، ونائب رئيس الهيئة ، وخمسة من أعضاء الهيئة من مرتبة وكيل رئيس دائرة تحقيق وادعاء فما فوق ، يختارهم وزير الداخلية بناءً على اقتراح رئيس الهيئة[1] .

ونحن نجد أنه مع هذا النص الصريح الذي ربط تسمية خمسة أعضاء من إدارة الهيئة على اختيار وزير الداخلية، لا يبقى أدنى شك في عدم استقلال هذه اللجنة عن السلطة التنفيذية، مما يترجح معه شبه أعضاء الهيئة بالموظفين الإداريين

ب- أنَّ نظام الهيئة اشترط لصحة انعقاد لجنة إدارة الهيئة حضور ستة أعضاء من أعضائها ، وقرر أنه في حالة غياب أحدهم بسبب نظر اللجنة مسألة تتعلق به ، أو له فيها مصلحة مباشرة ، أو لغير ذلك من الأسباب – يحل محله من يرشحه وزير الداخلية ، بناء على اقتراح رئيس الهيئة ممن تتوافر فيه شروط عضوية لجنة الهيئة[2] .

فإذا تأملنا هذا النص ، وجدنا أن وصاية وزير الداخلية ، على لجنة إدارة الهيئة امتدت أيضاً إلى ترشيح البديل عمن يقوم به عذر من أعضاء

---

(١) تنظر المادة : (٤) من نظام الهيئة .

(٢) المادة (٤) من نظام الهيئة .

اللجنة .

٣- أيضاً نجد من مظاهر تبعية أعضاء الهيئة لوزير الداخلية ما أورده نظام الهيئة بخصوص تأديب الأعضاء ، وتنفيذ العقوبة عليهم ، ونورد هذه المظاهر ، حسب التدرج في مرحلة المحاكمة :

أ- أعطى النظام صلاحية لكل من رئيس دائرة أو دوائر التحقيق والادعاء حق تنبيه المحققين التابعين لها إلى ما يقع منهم مخالفاً لواجباتهم، أو مقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم ، ويكون التنبيه شفاهة أو كتابة، وفي حال كون التنبيه كتابة تبلغ صورة منه لوزير الداخلية [١] .

ب- قرر النظام حق المحقق الذي وجه له التنبيه كتابة في الاعتراض عليه خلال خمسة عشر يوماً ، من تاريخ إعلانه به ، وذلك بأن يطلب إجراء تحقيق عن الواقعة التي كانت سبباً للتنبيه ، وتؤلف لهذا الغرض لجنة من رئيس الهيئة ووكيل رئيس دائرة تحقيق وادعاء (ب) ولهذه اللجنة – بعد أن تسمع أقوال المحقق المعترض – أن تعهد إلى أحد أعضائها بإجراء تحقيق ، إن وجدت وجهاً لذلك ، ولها أن تؤيد التنبيه أو أن تعتبره كأن لم يكن،وتبلغ قرارها إلى وزير الداخلية [٢].

ولا شك أن النظام عندما يقرر تبليغ وزير الداخلية بصورة من التنبيه الصادر كتابة للمحقق، أو تبليغه بقرار اللجنة التي حددها المنظم

---

(١) المادة (١٦) من نظام الهيئة .

(٢) المادة (١٦) من نظام الهيئة .

لتظلم العضو من التنبيه الصادر له ، لا شك أن ذلك يشعر بسلطة وزير الداخلية على أعضاء الهيئة ، وأنه يُمثل مرجعية عليا لهم ، مما يرجح شبههم بالموظفين الإداريين .

جـ- أنّ المنظّم اشترط لرفع الدعوى التأديبية على عضو الهيئة صدور أمر بذلك من وزير الداخلية[1] .

وهذا يدل بوضوح على عِظم الوصاية التي منحها المنظم لوزير الداخلية، على لجنة إدارة الهيئة، والتي تختص بتأديب أعضاء الهيئة [2] ، وبذلك يكون الأعضاء افتقدوا أهم ضمانات استقلالهم، مما يترجح معه إلحاقهم بالموظفين الإداريين .

د- أنَّ المنظّم اشترط لرفع الدعوى التأديبية على عضو الهيئة ، أن يسبقه تحقيق يتولاه أحد أعضاء الهيئة ، يندبه وزير الداخلية .

ولا شك أن هذا فيه تدخل في عمل الهيئة ، مما يقدح في استقلالها ويؤكد تبعيتها لوزير الداخلية .

٤- وفيما يتعلق بقرارات مجلس التأديب ، وإيقاع العقوبة ، نجد أن المنظّم قرر بخصوصها ثلاثة أمور :

أ- تبلغ قرارات مجلس التأديب إلى وزير الداخلية .

ب- يصدر أمر ملكي بتنفيذ عقوبة الإحالة على التقاعد .

ج- يصدر قرار من وزير الداخلية بتنفيذ عقوبة اللوم ، بناءً على

---

(١) انظر : المادة (١٧) من نظام الهيئة .

(٢) انظر المادة (١٧) من نظام الهيئة .

توصية من رئيس الهيئة بتنفيذ عقوبة اللوم [١] .

فإذا نظرنا إلى هذا الإجراء الذي قرره النظام بخصوص قرارات مجلس التأديب ، وإيقاع العقوبة،نجد مظهراً واضحاً تتجلى فيه سلطة وزير الداخلية على أعضاء الهيئة ، ولاسيما فيما يتعلق بإيقاع عقوبة اللوم ، إذ المنظم جعل وزير الداخلية هنا بالنسبة للأعضاء بمثابة رئيس المجلس الأعلى للقضاء بالنسبة للقضاة [٢] .

٥- أن أعضاء الهيئة قابلون للعزل، ومستند ذلك أن نظام الهيئة لم يصرح بعدم قابليتهم للعزل .

فإذا تقرر أن نظام الهيئة خلا من النص على عدم قابلية أعضائها للعزل، وفي المقابل أخضعهم لأحكام نظام الخدمة المدنية فيما لم يرد فيه نص خاص بهم في نظام الهيئة ، إذا تقرر هذا فإنه يثبت قابلية أعضاء الهيئة للعزل ، وهم بهذا يشتركون في هذه الخصيصة مع الموظفين الإداريين ويفارقون صفة القضاة ، إذ تنص الأنظمة القضائية على عدم قابلية القضاة للعزل ، باعتبار ذلك من أهم ضمانات استقلالهم [٣] .

٦- وأخيراً نجد أن المنظم حرص على التأكيد على تبعية الهيئة لوزير الداخلية، وذلك عندما قرر أن وزير الداخلية يتولى الإشراف

---

(١) تنظر المادة (٢٦) من نظام الهيئة.

(٢) تنظر المادة (٧٦) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ.

(٣) انظر : المادة (٢) من نظام القضاء ، والمادة (١) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ .

على الهيئة، وخوله باتخاذ الإجراءات والتدابير التي من شأنها ضمان المستوى اللائق بالتحقيق والادعاء[1] .

القسم الثالث: الأسانيد المستمدة من بعض اختصاصات هيئة التحقيق والادعاء العام:

هناك بعض الاختصاصات الموكلة لهيئة التحقيق والادعاء العام، لا يمكن وصفها بالطبيعة القضائية ، بل هي أعمال تنفيذية ، مما يترجح معه تكييف الهيئة بأنها جهة إدارية ، ونورد هذه الاختصاصات تباعاً على النحو التالي :

١- نص نظام الإجراءات الجزائية على أنه (تعد الشكوى المقدمة ممن أصابه ضرر بسبب الجريمة مطالبة بحقه الخاص ، إلا إذا قرر صراحة أمام المحقق نزوله عن حقه . وعلى المحقق إثبات ذلك في المحضر والإشهاد عليه ، مع تصديق المحكمة المختصة على نزوله عن الحق في حد القذف والقصاص)[2].

فلو كان المحقق بمنزلة القاضي لم يكن هناك حاجة لتصديق تنازل من أصابه ضرر من الجريمة عن حقه في حد القذف والقصاص من المحكمة المختصة ، فدل ذلك على أن المحقق ليس قاضياً .

٢- قرر المنظم أنه (لا يجوز للمحقق الأمر برد الأشياء المضبوطة عند المنازعة، أو عند وجود شك فيمن له الحق في تسلمها ، ويرفع الأمر

---

(١) انظر : المادة (٢٧) من نظام الهيئة .

(٢) المادة (٢٩) من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٩ وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ .

في هذه الحالة إلى المحكمة المختصة بناءً على طلب ذوي الشأن لتأمر بما تراه) [١] .

فهنا فرق المنظم بين المحقق والقاضي ، ولم يجعلهما سواء ، حيث منع المحقق من الفصل في المنازعة بخصوص المضبوطات ، وجعله من صلاحية المحكمة المختصة .

٣- نص المنظم أيضاً على أن (للمحكمة إذا رأت مقتضى للانتقال إلى المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة ، أو إلى أي مكان آخر لإجراء معاينة ، أو لسماع شاهد لا يستطيع الحضور ، أو للتحقق من أي أمر من الأمور أن تقوم بذلك وتمكن الخصوم من الحضور معها في هذا الانتقال ، ولها أن تكلف قاضياً بذلك ، وتسري على إجراءات هذا القاضي القواعد التي تسري على إجراءات المحاكمة) [٢] .

فنجد أن المادة هنا فرقت بوضوح بين مركز القاضي، ومركز المحقق، وبيان ذلك: أن إجراء المعاينة والاستماع لشهادة الشهود في مرحلة التحقيق الابتدائي، هي من اختصاصات هيئة التحقيق، وليس المحكمة، ومع ذلك نجد أن هذه المادة لم تعول على إجراءات هيئة التحقيق، ولم تأمر أيضاً بإحالة القضية لهيئة التحقيق للقيام بهذا الإجراء بل اشترطت أن تقوم به المحكمة بنفسها، أو عن طريق ندب أحد القضاة، فدل ذلك على أن المحقق ليس قاضياً، وإنما هو من أشخاص السلطة التنفيذية.

---

(١) المادة (٩٠) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) المادة (١٧٠) من نظام الإجراءات الجزائية .

المطلب الثالث

تكييف هيئة التحقيق والادعاء العام بأنها جهة قضائية:

والمقصود بكونها جهة قضائية، أي أنها شعبة من الشعب القضائية، وتتبع السلطة القضائية، التي يتعين أن تستقل عن السلطتين التنظيمية والتنفيذية.

وكما ذكرنا في المطلب السابق الأسانيد تدعم تكييف هيئة التحقيق والادعاء العام بأنها جهة إدارية، فإننا نذكر في هذا المطلب الأسانيد التي تدعم تكييف هيئة التحقيق والادعاء العام بأنها جهة قضائية، وبيانها على النحو التالي:

أولاً: الأسانيد المتعلقة بأعضاء الهيئة:

هناك بعض النصوص النظامية وردت في نظام الهيئة بخصوص أعضاء الهيئة، والتي يُستدل منها على توافر الضمانات القضائية لأعضاء الهيئة، وكثير من هذه النصوص هناك ما يقابلها في نظام القضاء مما يرجح تكييف الهيئة بأنها جهة قضائية، ونبين هذه النصوص تباعاً:

١- نصّ المنظم على تمتع أعضاء الهيئة بالاستقلال التام، وحظر التدخل في مجال عملهم، حيث ورد فيه (يتمتع أعضاء الهيئة بالاستقلال التام، ولا يخضعون في عملهم إلا لأحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في مجال عملهم) [(١)] .

ونجد ما يقابل نص هذه المادة بالنسبة للقضاة في القضاء العام[(٢)]،

---

(١) المادة (٥) من نظام الهيئة .

(٢) انظر: المادة (١) من نظام القضاء .

وفي القضاء الإداري، وهو ما يؤكد تكييف الهيئة بأنها جهة قضائية[١].

٢- أن المنظم أوجد لجنة ، سمّاها (لجنة إدارة الهيئة) وجعلها تقابل في الاختصاصات المجلس الأعلى للقضاء بالنسبة للقضاء العام، ولمجلس القضاء الإداري ، وتُعنى بشؤون أعضاء الهيئة ولاسيما ما يتعلق بتأديب الأعضاء [٢].

٣- أن المنظم منح عضو الهيئة الحصانة القضائية، الممنوحة للقضاة، حيث قرر أنه لا يجوز القبض على عضو الهيئة أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق معه، أو رفع الدعوى الجزائية عليه، إلا بإذن من لجنة إدارة الهيئة، وعندما يوجد عضو الهيئة في حالة تلبس بالجريمة يجب عند القبض عليه وحبسه أن يرفع أمره إلى لجنة إدارة الهيئة في مدة الأربع وعشرين ساعة التالية، وللجنة أن تقرر إما استمرار الحبس أو الإفراج بكفالة، أو بغير كفالة، وتراعي هذه الإجراءات كلما رئي استمرار الحبس بعد انقضاء المدة التي قررتها اللجنة، كما أكد المنظم على أن يتم حبس أعضاء الهيئة وتنفيذ العقوبات المقيدة للحرية في أماكن مستقلة[٣] .

فتضمنت هذه المادة عدة إجراءات ، كفلت حصانة قضائية لأعضاء الهيئة ، مساوية تماماً لحصانة القضاة .

---

(١) انظر : المادة (١) من نظام ديوان المظالم .

(٢) انظر : المادة (١٥) من نظام الهيئة .

(٣) انظر : المادة (١٩) من نظام الهيئة ، ويقابلها المادة (٦٨) من نظام القضاء ، والمادة (١) والمادة (٥) من نظام ديوان المظالم .

٤- حصر المنظم العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على عضو الهيئة في اللوم ،أو الإحالة على التقاعد[١]، وهي عينها العقوبات المقررة على القضاة [٢] عند توافر موجبها وهي تختلف عن العقوبات التأديبية المقررة على الموظفين العموميين[٣] ، عند وجود موجبها ، فدل على شبه أعضاء الهيئة بالقضاة ، ومفارقتهم لبقية الموظفين العموميين .

ثانياً : الأسانيد المتعلقة باختصاصات الهيئة:

منح المنظم هيئة التحقيق والادعاء العام العديد من الاختصاصات، ويوجد من بين هذه الاختصاصات ما يدعم تكييف الهيئة بأنها جهة قضائية، وعليه نورد هذه النصوص على النحو الآتي:

١- جاء في نظام هيئة التحقيق والادعاء العام (تختص الهيئة وفقاً للأنظمة وما تحدده اللائحة التنظيمية بما يلي: ب: التصرف في التحقيق برفع الدعوى أو حفظها طبقاً لما تحدده اللوائح)[٤] .

٢- وقد أكد ذلك ما ورد في نظام الإجراءات الجزائية حيث نص بوضوح على صلاحية المحقق في التصرف بالتحقيق ، حيث نص على أنه (إذا رأى المحقق بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة غير كافية لإقامة الدعوى فيوصي المحقق رئيس الدائرة بحفظ الدعوى وبالإفراج عن

---

(١) انظر : المادة (٢٥) من نظام الهيئة .

(٢) انظر : المادة (٦٦) من نظام القضاء ، والمادة (١٧) من نظام ديوان المظالم .

(٣) انظر : المادة (٣٢) من نظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٧ وتاريخ ١/ ٢/ ١٣٩١هـ .

(٤) المادة (٣) من نظام الهيئة ، الفقرة أولاً .

المتهم الموقوف إلا إذا كان موقوفاً لسبب آخر ، ويُعدّ أمر رئيس الدائرة بتأييد ذلك نافذاً، إلا في الجرائم الكبيرة فلا يكون الأمر نافذاً إلا بمصادقة رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام ، أو من ينيبه.

ويجب أن يشتمل الأمر على الأسباب التي بنى عليها، ويبلغ الأمر للمدعي بالحق الخاص ، وإذا كان قد توفي فيكون التبليغ لورثته جملة في محل إقامته)[1] .

ولا شك أن الاختصاص بالتصرف في التحقيق ، والذي يمثل تقرير عدم الإدانة ، وما يترتب عليه من الأمر بالإفراج عن المتهم الموقوف ، أو تقرير الإدانة ، وما يترتب عليه من رفع الدعوى العمومية على المتهم لا شك أنه اختصاص قضائي ، بل هو من أظهرها ، ولذا قدمناه في الذكر .

٣- نص المنظم على أن (للمحقق إذا رأى أن لا وجه للسير في الدعوى أن يوصي بحفظ الأوراق، ولرئيس الدائرة التي يتبعها الأمر بحفظها [2].

فنجد أن المنظم أطلق مسمى الدعوى على عمل المحقق، وهذا تصريح بحقيقة عمل المحقق، وتكييف لطبيعته، إذ الدعوى من خصائص القضاء، ثم منحه المنظم الحق في التوصية بأن لا وجه لإقامة الدعوى، وأعطى رئيس الدائرة السلطة في الأمر بحفظها ، وكلاهما من أعضاء

(١) المادة (١٢٤) من نظام الإجراءات الجزائية .
(٢) المادة (٦٢) من نظام الإجراءات الجزائية .

هيئة التحقيق ، فالاستدلال بالمادة ينصرف إليهما معاً .

٤- أن المنظم أعطى المحقق سلطة الفصل في دعوى من لحقه ضرر من الجريمة ، حيث جاء في النظام (لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يدعي بحقه الخاص أثناء التحقيق في الدعوى ، ويفصل المحقق في مدى قبول هذا الادعاء خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديم هذا الادعاء له. ولمن رُفض طلبه أن يعترض على هذا القرار لدى رئيس الدائرة التي يتبعها ويكون قرار رئيس الدائرة نهائياً في مرحلة التحقيق) [١] .

ولا ريب أن سلطة الفصل في الدعوى من خصائص العمل القضائي ، وهذا يؤكد تكييف المحقق بأنه قاض.

٥- أن المنظم أسند للمحقق سلطة الفصل في طلبات الخصوم التي يرون تقديمها أثناء التحقيق، إذ قد ورد فيه (للخصوم أن يقدموا للمحقق الطلبات التي يرون تقديمها في أثناء التحقيق، وعلى المحقق أن يفصل فيها مع بيان الأسباب التي استند إليها)[٢].

وسلطة الفصل في طلبات الخصوم، يعتبر من الأعمال الأصيلة للقاضي ، مما يتعين معه تكييف المحقق بأنه قاضٍ .

٦- خوّل المنظم المحقق سلطة الفصل في اعتراض الخصوم على الخبير الذي يستعين به المحقق، وألزم المحقق بالفصل فيه في مدة ثلاثة أيام من تقديمه[٣].

---

(١) المادة (٦٨) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) انظر : المادة (٧٨) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٣) انظر : المادة (٧٨) من نظام الإجراءات الجزائية .

٧- كما منح المنظم المحقق سلطة الفصل في طلب رد الأشياء المضبوطة لصاحبها [١] ولا شك أن الفصل في مثل هذه المسائل أقرب إلى الاختصاص القضائي .

٨- أن المنظم أعطى المحقق صلاحياتٍ تمسّ الحريات ، مثل التفتيش [٢]، والقبض[٣]، والحبس الاحتياطي (التوقيف)[٤]، ومن المسلمات أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات ، وأنّ كل مساس بهذه الحريات يجب أن يكون عن طريق القضاء .

وما سبق هي جملة من الاختصاصات لسلطة التحقيق، تصدر فيها قرارات بوصفها سلطة فصل في نزاع، وهذا مما يضفي عليها الصبغة القضائية.

المطلب الرابع

تكييف هيئة التحقيق والادعاء العام بِأنها جهة مختلطة:

والمقصود بكونها جهة مختلطة ، أي أنها هيئة قضائية وإدارية في الوقت نفسه ، لأنها تجمع خصائص الجهتين .

وأسانيد هذا التكييف هي الأسانيد عينها التي ذكرها كل من كيَّف الهيئة بأنها جهة إدارية ، ومن كيفها بأنها جهة قضائية ، وقد تقدمت معنا ، فلا حاجة لتكرارها هنا.

---

(١) انظر : المادة (٥٩) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) انظر المواد (٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٣) انظر : المواد (٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٦) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٤) انظر: المواد (١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦) من نظام الإجراءات الجزائية.

المطلب الخامس

الترجيح:

الذي يترجح لدي بدون تردد هو تكييف هيئة التحقيق والادعاء العام بأنها جهة مختلطة ، أي أنها ذات طبيعة مزدوجة ، تجمع بين صفات الجهة الإدارية ، وصفات الجهة القضائية . فهي خليط أمشاج ، يتجاذبها شبهان ، فتشبه السلطة التنفيذية من جهة ، كما تشبه السلطة القضائية من جهة أخرى .

هذا من حيث الإجمال .

لكن لابد من التفصيل الذي يتحقق معه ترجيح أحد الشبهين على الآخر ، حتى يتعلق به الحكم ، تطبيقاً لقياس الشبه المقرر عن الأصوليين.

وعليه نقول:إن اختصاصات هيئة التحقيق والادعاء العام تنقسم إلى قسمين رئيسين:

الأول : التحقيق الجنائي.

الثاني : الادعاء العـــام.

إضافة إلى اختصاصات فرعية ، لكنها لا تهمنا هنا ، إذا تقرر هذا ، فإننا نقول :إنّ طبيعة التحقيق الجنائي تختلف عن طبيعة الادعاء العام ، ولا يغيّر من ذلك كون المنظِّم جمعها تحت مظلة مرفق واحد .

ومن أهم الفروق بينهما:

١- أن المحقق يهدف إلى معرفة الحقيقة ، فهو حَكَمٌ ليس له ولا

عليه ، بل ينظر بعدل وإنصاف . وهذا بخلاف المدعي العام فإنه يطالب بإيقاع العقوبة الرادعة على المتهم ، وعليه يكون خصماً له [(١)] ، وإن كان خصماً شكلياً ، لا يماثل الخصم في الحق الخاص من كل وجه - كما سنبينه بعد قليل- إن شاء الله تعالى - .

٢- أن المحقق له سلطة في حفظ التحقيق ، ونفي ثبوت التهمة على الجاني، وذلك عندما تكون أدلة الاتهام ليست كافية ، بينما المدعي العام لا يملك ذلك، لأن دفاعه عن المتهم يناقض ادعائه عليه [(٢)] .

وبناءً على ما تقدم فإنه يترجح عندي تكييف المحقق بأنه قاضٍ ، أي أن شبهه بالقاضي أكثر فيأخذ حكمه بناءً على ذلك ، ولاسيما في مباشرته للأعمال التالية :

١- **التفتيش**، سواء تفتيش الأشخاص أو تفتيش المركبات ، أو تفتيش المساكن .

٢- **القبض**، بشرط أن يباشره المحقق بنفسه ، وليس رجل الضبط الجنائي ، أما إن باشر هذه الأعمال رجل الضبط الجنائي – غير المحقق – فإنها لا توصف ولا تصبغ بالصبغة القضائية [(٣)].

---

(١) انظر : شرح قانون الإجراءات الجنائية – محمد نجيب ص (٦٢) والإجراءات الجنائية المقارنة – أحمد بلال ص ٣١١ .

(٢) انظر : الإجراءات الجنائية المقارنة – أحمد بلال ص ٦٠٩ .

(٣) المنظم يجيز لرجل الضبط الجنائي – غير المحقق – القيام بالتفتيش أو القبض في إحدى حالتين :

أ- في حالة التلبس بالجريمة. ب- الندب من قبل المحقق.

انظر : المواد (٣٣) و (٤٢) و (٤٣) و (٦٥) من نظام الإجراءات الجزائية .

٣- **الاستجواب.**

٤- **التصرف في التحقيق**، إما بحفظ القضية لعدم كفاية الأدلة ، أو بتوجيه التهمة، وتقرير إحالة الدعوى إلى المحكمة الجنائية .

٥- **الإفراج المؤقت عن المحبوس حبساً احتياطياً** ، سواء في الحالات الوجوبية ، أو الحالات الجوازية .

هذه أغلب اختصاصات المحقق ، في مقابل باقي الإجراءات الممنوحة له والتي يغلب عليها الجانب الإداري ، مثل: جمع الأدلة والمحافظة عليها ، ومثل الأوامر التي تصدرها سلطة التحقيق لتنظيم عمل وإدارة التحقيق ، كالأمر بضم بعض الأوراق ، أو بضم دعويين للارتباط ، أو إحالات البلاغات إلى الشرطة لفحصها ، فهذه كما تقدم يغلب عليها جانب الصفة الإدارية ، لأنها تصدرها سلطة التحقيق بمقتضى سلطتها الولائية ، فهي لا تهدف من ورائها لمعرفة الحقيقة ، ولا الفصل في نزاع ، ولا تصرف في تحقيق[١].

أيضاً فإن اختصاصات المحقق المتعلقة بالضبط الجنائي، ليست من قبيل الأعمال القضائية[٢].

أما الادعاء العام ، فإنه تقدم معنا قبل قليل أن المدعي يعتبر خصماً للمتهم ، وبناءً عليه لا يصح تكييف عمله بأنه يدخل ضمن الأعمال القضائية ، بل إن عمله يعتبر عملاً إدارياً ، لكن نرى أنه يجب التنبيه إلى

---

(١) انظر : مبدأ الفصل بين سطلتي الاتهام والتحقيق ص ١٧٢ وما بعدها .

(٢) المحقق وفق نظام الإجراءات الجنائية يأتي على رأس رجال الضبط الجنائي . تنظر : المادة (٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية.

أنه ليس خصماً للمتهم بمعناه الدقيق ، أي أنه لا يماثل الخصم في الحق الخاص من كل وجه ، بل هو خصم شكلي أو إجرائي والدليل على ذلك أن المنظم لا يشترط حضوره أثناء المحاكمة إلا في الدعاوى الكبيرة[١] .

ومما يؤكد أيضاً تكييف عمل المدعي العام بأنه إداري وليس قضائياً أنّ قراره ليس ملزماً للقضاء، حيث جاء في النظام: "لا تتقيد المحكمة بالوصف الوارد في لائحة الدعوى ، وعليها أن تعطي الفعل الوصف الذي يستحقه ولو كان مخالفاً للوصف الوارد في لائحة الدعوى، وإذا جرى التعديل وجب على المحكمة أن تبلغ المتهم بذلك"[٢].

كما يؤيد ذلك أيضاً أن الصلاحيات الممنوحة لسلطة التحقيق والادعاء العام في مرحلة التحقيق الابتدائي تنزع بعد إحالة المتهم إلى المحكمة، ومن ذلك الحق في إيقاف المتهم أو الإفراج عنه ، حيث ورد في النظام: (إذا أحيل المتهم إلى المحكمة يكون الإفراج عنه إذا كان موقوفاً أو توقيفه إذا كان مفرجاً عنه من اختصاص المحكمة المحال إليها . وإذا حُكم بعدم الاختصاص تكون المحكمة التي أصدرت الحكم بعدم الاختصاص هي المختصة بالنظر في طلب الإفراج، أو التوقيف، إلى أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة)[٣].

كما يحسن التنبيه إلى أن المدعي العام من رجال الضبط الجنائي

---

(١) تنظر : المادة (١٥٧) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) المادة (١٥٩) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٣) المادة : (١٢٣) من نظام الإجراءات الجزائية .

بموجب نص النظام ، لأنه من أعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام ، وهم يأتون في مقدمة رجال الضبط الجنائي[1] .

وأعمال الضبط الجنائي لا تعد من الأعمال القضائية .

وأيضاً يحسن عند الترجيح التفرقة بين العمل (الاختصاصات) وبين القائم عليه ، وخلاصة ما تقدم أن أعمال التحقيق جزء منها يترجح وصفه بالعمل القضائي ، وجزء منها يترجح شبهه بالعمل الإداري على ما سبق بيانه ، أما أعمال الادعاء العام (الاتهام) فيترجح شبهه بالعمل الإداري .

وأما الهيئة القائمة على سلطة التحقيق والادعاء العام فيترجح شبهها بالسلطة القضائية .

وإن كان يكدر على ذلك وجود القصور في الضمانات الممنوحة لها، وكذلك عدم توافر الاستقلال التام لها كما هو مقرر للسلطة القضائية ، ويظهر ذلك جلياً في تبعيتها لوزارة الداخلية .

نقول هذا التفصيل في الترجيح لاضطرارنا له من أجل تنزيل الحكم سواء على نوع العمل ، أو القائم به ، وإلا فالترجيح من حيث الجملة ، هو ما تقدم من تكييف سلطة التحقيق والادعاء العام بأنها ذات طبيعة مزدوجة ، تجمع بين صفات السلطة الإدارية والتنفيذية ، وصفات السلطة القضائية .

المطلب السادس

تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام

---

(١) ننظر : المادة (١٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية .

في منظور القضاء السعودي:

وقع الخلاف بين محاكم القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية ، والمتمثل في قضاء ديوان المظالم، وقع الخلاف بينها في تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام، هل هي سلطة إدارية، أو سلطة قضائية ؟ .

وبيان هذا الخلاف على النحو التالي:

الفريق الأول: ويقضي باختصاص محاكم الديوان بصفتها هيئة قضاء إداري بنظر الدعاوى التي توجه ضد جهات الضبط الجنائي .

وقد بنى هذا الفريق قضاءه على عدة أسباب، أهمها أن جهات الضبط الجنائي جميعها جهات إدارية مرتبطة بوزارة الداخلية، ولا تُعد من أجهزة السلطة القضائية ومن ثمّ فإن الإجراءات التي تتخذها هي قرارات إدارية.

وقد صدر من محاكم الديوان عدة أحكام تتفق مع هذا الاتجاه[1].

الفريق الثاني: ويذهب إلى نفي اختصاص محاكم الديوان بنظر تلك الدعاوى، معتمداً على عدة أسباب أهمها، أن أعمال الضبط الجنائي من ضبط المتهمين بارتكاب الجرائم، واستيفائهم التحقيق معهم، ثم إقامة الدعوى الجنائية ضدهم، أو حفظها ، تُعدُّ من الأعمال القضائية التي تخرج عن رقابة محاكم الديوان، إعمالاً لقواعد توزيع الاختصاصات، بين جهتي القضاء العام، والقضاء الإداري، وما توجبه

(١) ومنها الأحكام التالية : الحكم رقم (١٦/ د / إ/ ٢٣ ، لعام ١٤٢٩هـ) ، المؤيد بالحكم رقم (٣٨٩/ إ س / لعام ١٤٢٩هـ) ، والحكم رقم (٨٧ / د/ إ/ ٢١ لعام ١٤٣١هـ)، والمؤيد بالحكم رقم (٧٠٨/ إ س / ٦ لعام ١٤٣١هـ) .

من عدم جواز نظر الأخير في الأحكام والقرارات والإجراءات التي تتخذها جهة القضاء العام إلغاءً وتعويضاً، وأنّ ارتباط هيئة التحقيق والادعاء العام وغيرها من جهات الضبط الإداري بوزير الداخلية لا يزيل وصف الضبطية القضائية عن أعمالها المرتبطة بالدعوى الجنائية، لأن العبرة بموضوع العمل ومدى ارتباطه بالدعوى الجنائية ، وصدرت عدة أحكام تقرر هذا الاتجاه[1].

ونرى أنه من المفيد إيراد تسبيب بعض هذه الأحكام والتي يؤخذ منه تكييف المحكمة لسلطة التحقيق والادعاء العام في المملكة العربية السعودية ، فقد ورد في تسبيب بعض هذه الأحكام: (ولما كانت الدعوى الماثلة في حقيقتها منصبة على عمل من أعمال المحقق وهي من الأعمال التي تتصف بالصفة القضائية، المرتبطة بالضبط الجنائي، وقد نصت المادة الخامسة من نظام هيئة التحقيق على إصباغ الصفة القضائية في إجراءاتها سواء في مرحلة القبض، أو التحقيق بما ينأى تصرفها عن صورة القرار الإداري ، الأمر الذي تقضي معه الدائرة بعدم اختصاصها ولائياً)[2].

وهذا تكييف صريح لسلطة التحقيق بأنها سلطة قضائية .

وفي المقابل نجد بعض الأحكام التي يفهم من تسببها بأن المحكمة

---

(١) ومنها ا لأحكام التالية : الحكم رقم (١٦/ د / إ / ٢٣ لعام ١٤٢٩هـ) ، المؤيد بالحكم رقم (٣٨٩/ إ س / ٨ لعام ١٤٢٩هـ) ، والحكم رقم (٨٧/ د/ إ/ ٢١ لعام ١٤٣١هـ) المؤيد بالحكم رقم (٧٠٨/ إ س / ٦ لعام ١٤٣١هـ) .

(٢) الحكم رقم (١٨٣/ ٢/ ٤/ لعام ١٤٣١هـ) في القضية ٧٩/ ٤/ ق لعام ١٤٣١هـ) ومثله الحكم رقم (١١/ د/ إ/ ٣٤ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٩٨/ ٧/ ق لعام ١٤٣٠هـ) وهو حائز للحجية بانتهاء مدة الطعن .

ترى في تكييفها أنها سلطة مختلطة لكنها غلّبت كونها قضائية ، حيث انتهت إلى الحكم بعدم اختصاص الديوان ولائياً بهذه الدعوى ، وذلك كما ورد في تسبيب الحكم رقم (٧٦/ د/ إ / ٣٤ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ١١٢٥/ ٧/ ق لعام ١٤٢٩هـ) (فقد جعلت اختصاص الديوان في قضايا التعويض متعلقة بالدعاوى المقامة ضد الجهات الإدارية ، والمدعى عليها ليست جهة إدارية بالمعنى الفني الدقيق بل تستمد ولايتها من ولاية القضاء ما دامت تمارس ضبطية قضائية ، والنيابة عن الحكومة في المطالبة بالحقوق العامة ، مما تنتهي معه الدائرة إلى عدم اختصاص الديوان ولائياً بنظر الدعوى) انتهى .

ونتيجة لهذا الانقسام بين محاكم الديوان تجاه أعمال الضبط الجنائي، قامت هيئة التدقيق مجتمعة[١]، بحسم هذا الأمر، وذلك بإصدارها قراراً بالأغلبية يقضي بعدم اختصاص محاكم الديوان بصفتها هيئة قضاء إداري بنظر الدعاوى المتعلقة بأعمال الضبط الجنائي إلغاءً وتعويضاً[٢].

(١) يلاحظ أنه بعد صدور نظام ديوان المظالم الجديد عام ١٤٢٨هـ أصبح الاختصاص بتقرير المبادئ القضائية والرجوع عنها منعقد للمحكمة الإدارية العليا ، وليس لهيئة التدقيق مجتمعة، ولكنها لم تقم باتخاذ هذا القرار لأنها لم تباشر أعمالها حتى تاريخ هذا القرار؟!! .

(٢) ينظر: قرار هيئة التدقيق مجتمعة ، رقم (٨٧) لعام ١٤٣٢هـ .

المبحث الثاني
تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في الأنظمة المقارنة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام عند شراح القانون:

اختلف شراح القانون في تكييف سلطة التحقيق والادعاء العام، والمتمثلة في (النيابة العامة) على أربعة أقوال ، بيانها على النحو التالي:

القول الأول: يرى أن النيابة العامة جزء من السلطة التنفيذية ، وأن أعضائها يعدون من رجال السلطة التنفيذية[(١)].

وأسانيد هذا القول ما يأتي:

١- أنّ رفع الدعوى الجنائية عن الجرائم يعتبر إحدى وظائف السلطة التنفيذية ، وأن فقه السلطات الثلاث ينكر على أعضاء النيابة العامة وصف القضاة [(٢)].

٢- تبعية النيابة العامة للسلطة التنفيذية ، ممثلة في إشراف وزير

---

(١) ينظر: المركز القانوني للنيابة العامة ، د/ محمد الغريب ، ١٦٨، وشرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ، د. حسن الجو خدار ، ٥٠ ، ومبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق – د/ أشرف رمضان ، ١١٦ ، ١١٧ ، وأصول الإجراءات الجزائية . د/ محمد سعيد نمور ، ١٤١ .

(٢) ينظر: المركز القانوني للنيابة العامة ، ١٦٨ ، ١٦٩ ، ومبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، ١١٧ .

العدل عليها ، حيث أسند القانون لوزير العدل حق الرقابة والإشراف على النيابة العامة وأعضائها ، وهذا الإشراف يضفي على عضو النيابة الصفة الإدارية إلى حد كبير مهما كانت خبراته القضائية [١].

٣- أن الحكومة هي التي تقوم بتعيين أعضاء النيابة العامة، ويحق لها أن توجه إليهم الأوامر لتنفيذها ، ويترتب على ذلك مسئوليتها عن أعمال النيابة العامة ، وهذه المسئولية تتداخل مع المسئولية الوزارية أمام البرلمان التي قد تتعرض لها الحكومة فيما يتعلق بإقرار النظام وتبرير رفع الدعوى الجنائية عما يرتكب من جرائم[٢].

القول الثاني: ويذهب إلى أن النيابة العامة ذات طبيعة مزدوجة ، حيث يقسمون نشاط النيابة العامة إلى قسمين : أحدهما ذو طابع تنفيذي والآخر ذو طابع قضائي، فهي عندما تباشر الاتهام تمثل الدولة بصفتها سلطة تنفيذية تطالب بحقها في عقاب المتهم من أجل إقرار الأمن والنظام وهي عندما تباشر أعمال التحقيق تقوم بعمل قضائي، فهي إذاً تتمتع بمركز وسط بين السلطتين القضائية والتنفيذية[٣].

ومستند أصحاب هذا القول الاعتماد على النشاط الذي تقوم به النيابة العامة كما تقدم، كما يستندون على أنها تأخذ من القضاة بعض صفاتهم، ومميزاتهم، حيث يسمح القانون بالانتقال من وظيفة النيابة

---

(١) ينظر : الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، رمسيس بهنام ، ٢٢٦ .

(٢) ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق .، ١١٧ .

(٣) ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ١١٩ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، والمركز القانوني للنيابة العامة ، ١٦٨ ، ١٦٩، وأصول الإجراءات الجنائية ، سليمان عبد المنعم ، ٢٧٧ .

العامة إلى وظيفة القضاء ، كما أنها تدخل في تشكيل المحاكم ، وفي المقابل هي تمثل المجتمع وتنوب عنه في الدعوى الجزائية فتأخذ صفة الخصم ضد المتهم، وإن كانت خصماً من نوع خاص[١].

القول الثالث: ويرى تكييف النيابة العامة، بأنها ذات طبيعة قضائية.

أي أنها تنتمي إلى السلطة القضائية ، وهذا ما ذهب إليه أغلب شراح القانون[٢].

ويمكن إجمال أسانيد هذا القول في الآتي:

١- بعض من اعتنق هذا القول، يستند إلى نصوص القانون، حيث تنص قوانين بعض الدول على أن من يتولى النيابة هم قضاة، وأنهم مرتبطون بقاعدة تسلسل السلطة القضائية ، ومن ذلك قانون الأصول الجزائية الأردني، وذلك في المادة الحادية عشرة منه[٣]، كما أن أعضاء النيابة يتمتعون بكافة الضمانات التي يتمتع بها القضاة، ويخضعون أيضاً للقواعد المقررة لتأديب القضاة ومحاكمتهم، وفقاً

---

(١) انظر : أصول الإجراءات الجزائية ، ١٤١، ١٤٢ ، وشرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، د/ حسن جوخدار ، ٥٠ .

(٢) ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، وأصول الإجراءات الجنائية ، سليمان عبد المنعم ، ٢٧٧ ، وأصول الإجراءات الجزائية ، د/ محمد سعيد نمور ، ١٤١ ، والوجيز في أصول المحاكمات الجزائية ، د/ محمد الحلبي ،٢١ .

(٣) ينظر : مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية ، د/ ممدوح خليل البحر ، ٥٠ ، ٥١ ، والوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية ، د/ محمد صبحي نجم ، ٦٦ ، ٦٧ .

لأحكام قانون استقلال القضاة[١] .

٢- أن عمل النيابة العامة يغلب عليه – من الوجهة الفنية – الطابع القضائي ، بالنظر إلى ما تلتزم به من موضوعية ، ومن استهدافها التطبيق الصحيح للقانون[٢].

٣- أن النيابة العامة جزء من تشكيل المحكمة وحضور النيابة العامة شرط لصحة انعقادها في دعاوي الحق العام، ومتى تغيبت النيابة العامة كان انعقاد المحكمة باطلاً بطلاناً مطلقاً[٣].

ولكن يكدر على هذا الرأي، تبعية النيابة العامة لوزير العدل إذ هو الرئيس الأعلى للنيابة العامة، وهو تابع للسلطة التنفيذية ، مما دفع أصحاب هذا القول للجواب عن هذا الإشكال بأن رئاسة وزير العدل للنيابة العامة ، إنما هي رئاسة إدارية تقتصر على حقه في الإشراف على سير العمل ومراقبة تنفيذ القوانين ، ولا تخوله حق التدخل في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها[٤].

القول الرابع : أنّ النيابة العامة لا تعتبر جهازاً من أجهزة السلطة التنفيذية؛ ولا شعبة من شعب السلطة القضائية ، بل هي منظمة قانونية بصفة عامة، وإجرائية بصفة خاصة ، تنتمي إلى الدولة وهذا القول رأي لبعض شراح القانون المصري[٥] ولم يذكر أصحاب هذا القول أدلة على

---

(١) ينظر : المرجعان السابقان.
(٢) ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، ١٢٥ .
(٣) ينظر : أصول الإجراءات الجزائية . د/ محمد سعيد نمور ، ١٤٢ .
(٤) انظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، ١٣٠ ، ١٣١ .
(٥) ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، ١٢٦ .

ما ذهبوا إليه .

وهذا القول يرد عليه عدة اعتراضات، نختصرها على النحو التالي:

١- أن الدولة لها ثلاث وظائف،قضائية، وتنفيذية، وتشريعية، وتقوم على كل من هذه الوظائف الثلاث سلطة، وهو ما يعرف بالسلطة القضائية، والسلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، ولا رابع لها ، لذا لابد أن تنتمي هذه المنظمة لإحداها [١].

٢- أن المنظمة – كما هو مقرر في القانون الإداري – عبارة عن مرفق عام يدار عن طريق منظمة عامة تتمتع بالشخصية المعنوية العامة ، والنشاط الذي تقوم به ، هو أحد صور نشاط الإدارة ، ويترتب على ذلك أن القرارات الصادرة من المنظمة العامة هي قرارات إدارية ، وبالتالي فإن نشاط النيابة العامة يعتبر جزءاً من نشاط الإدارة (الحكومة أو السلطة التنفيذية) [٢] .

٣- أن أصحاب هذا القول ، وقعوا في التناقض فإنهم بعد أن نفوا الصفة القضائية عن النيابة العامة ، عادوا وعرفوا الدعوى الجنائية بأنها : سلطة قضائية يمارسها النائب العام نيابة عن المجتمع أمام المرجع القضائي المختص[٣].

---

(١) المرجع السابق ، ١٢٦ ، ١٢٧ .
(٢) المرجع السابق ، ١٢٧ .
(٣) المرجع السابق ، ١٢٧ ، ١٢٨ .

المطلب الثاني

تكييف سلطة التحقيق والادعاء العام في منظور القضاء المصري:

يمكن القول بأن القضاء في بيانه لطبيعة سلطة التحقيق والادعاء العام المتمثلة في النيابة العامة ، قد مرّ بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: وهي تمثل الرأي القديم للقضاء المصري في هذه المسألة، حيث كيّف النيابة العامة، بأنها شعبة أصيلة من شعب السلطة التنفيذية، خُصت بمباشرة الدعوى العمومية نيابة عن تلك السلطة [(١)].

المرحلة الثانية: وتمثل مرحلة متوسطة حيث أيدت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها الفقه الذي يرى أن النيابة العامة سلطة مختلطة تجمع بين طرف من السلطة القضائية، وآخر من السلطة التنفيذية (الإدارية) [(٢)].

كما قررت ذلك أيضاً المحكمة الإدارية العليا بمصر[(٣)].

المرحلة الثالثة: وهي تمثل ما استقر عليه رأي القضاء في مصر، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن النيابة العامة شعبة من شعب السلطة القضائية[(٤)].

---

(١) ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، ١١٩، استناداً إلى حكم محكمة النقض ١٣ مارس ١٩٣٢م ومنه يظهر أن هذا الرأي قديم جداً .

(٢) نقض ١٨/ ٢/ ١٩٣٥م ، ينظر : مجموعة القواعد القانونية ، ج٣، رقم ٣٣٦، ونقض ٢/ ١٢/ ١٩٣٥م ، ينظر: مجموعة القواعد القانونية ، ج٣، رقم ٤٠٤.

(٣) قرار المحكمة الإدارية العليا في ١٠/ ٦/ ١٩٧٨م . ينظر : مجموعة المبادئ القانونية ، ج١، رقم ٧٤، س٢٣، ص١٣٩ .

(٤) ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، ١٢٥.

وأيّدت ذلك المحكمة العليا ، حيث قررت أنَّ (النيابة العامة هي على الرأي الراجح شعبة من شعب السلطة القضائية تتولى أعمالاً قضائية أهمها وظيفة التحقيق التي ورثتها عن قاضي التحقيق ، ثم وظيفة الاتهام أمام المحاكم الجنائية. بحيث يتعين تمثيلها في تشكيل هذه المحاكم وإلا كان قضاؤها باطلاً، ومن ثم تكون قراراتها قضائية) [1].

المطلب الثالث

الترجيح:

لا شك أن النيابة العامة تجمع بين بعض صفات السلطة القضائية ، وبعض صفات السلطة التنفيذية ، لكن لابد من ترجيح أحدهما على الآخر ليتعلق الحكم به ، وعليه فالذي أراه هو ترجيح تكييف النيابة العامة بأنها سلطة قضائية . لآن شبهها بهذه السلطة أكثر من شبهها بالسلطة التنفيذية ، ويظهر هذا جلياً في طبيعة عمل النيابة العامة إذ يغلب عليه – من الوجهة الفنية – الطابع القضائي، كما يظهر في مركز أعضاء النيابة العامة ، إذ هم جزء من السلطة القضائية، ولاسيما عندما يباشرون وظيفة تفسير القانون، وتحريك الدعوى الجنائية.

ويحسن التنبيه في هذا الموضع بأن النيابة العامة في الأنظمة المقارنة تحمل صفات قضائية أكثر مما تحمله هيئة التحقيق والادعاء في المملكة

---

(١) القرار التفسيري الصادر في أول أبريل ١٩٧٨م ، ينظر : مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق ، ١٢٥ .

العربية السعودية ، ولاسيما فيما يتعلق بأعضاء النيابة العامة حيث يساويهم القانون بالقضاة .

كما أن تبعيتهم تكون لوزير العدل، وهو وإن كان تابعاً للسلطة التنفيذية إلا أن تبعيته لها أقل من تبعية وزير الداخلية، ثم وزير العدل له في الأنظمة المقارنة حق الإشراف على بعض الجوانب العدلية، كما يملك إصدار بعض اللوائح التنفيذية للأنظمة الإجرائية القضائية، يضاف إلى ذلك أن سلطة وزير العدل على أعضاء النيابة العامة، سلطة إدارية فقط ، أي ليست فنية أو قضائية ، ولذلك لا يملك وزير العدل أن يأمر أحد المدعين العامين بعدم إقامة الدعوى، أو يأمره برفعها، كما أنه لو أصدر أمراً في شأن إجراءات التحقيق، يكون قد جاوز اختصاصه، وليس لأمره أي قيمة قانونية، ولا يترتب على مخالفته مسئولية تأديبية[1].

(١) ينظر : شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، د/ كامل السعيد ، ٦٠ ، ٦١ .

المبحث الثالث

تكييف سلطتي التحقيق الجنائي والادعاء العام في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تكييف سلطة التحقيق الجنائي في الفقه الإسلامي

المتتبع لأقضية النبي ﷺ وكذا أقضية الخلفاء الراشدين، بل وسلف الأمة يتبين له بوضوح أن القاضي يجمع بين سلطة التحقيق، وسلطة الحكم في آن واحد، وأنه لا يوجد فصل بين هاتين السلطتين، وعليه فإذا كانت سلطة التحقيق مندمجة مع سلطة الحكم فإنها تأخذ حكمها، أي أنها تكون سلطة قضائية، وليست سلطة إدارية[1].

---

(١) قد يقول قائل : – إن الدولة الإسلامية في عهد الرعيل الأول لا يوجد فيها فصل للسلطة القضائية عن السلطة التنفيذية (الإدارية) ، والجواب عن ذلك : هو أن هذا الفصل متحقق ، ويدل على ذلك أدلة منها :

أ – أنه ورد عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه استعمل عبادة بن الصامت ﷺ قاضياً على الشام، واستعمل معاوية بن أبي سفيان ﷺ والياً على الشام ، وكان معاوية قد خالفه في شيء أنكره عليه عبادة في الصرف ، فأغلظ له معاوية في القول ، فقال له عبادة : لا أساكنك بأرضٍ واحدة أبداً ، ورحل إلى المدينة ، فقال له عمر ﷺ ما أقدمك ؟ فأخبره ، فقال "ارجع إلى مكانك ، فقبح الله أرضاً لست فيها ، ولا أمثالك ، وكتب إلى معاوية ، لا إمرةٍ لك على عبادة .

ولم أجد هذا الأثر في كتب الآثار لكن (ينظر : الاستيعاب لابن عبد البر ٢/ ٤١٢ ، وأسد الغابة ٣/ ١٦٠) ، فنجد أن عمر بن الخطاب ﷺ حجب سلطة معاوية ، وهو الوالي عن أعمال عبادة وهو القاضي ، وجعل علاقة القاضي بالخليفة مباشرة . =

والأمثلة على ذلك كثيرة، وهي أيضاً تشمل أعمال التحقيق الجنائي جميعها، كالتفتيش، والقبض، والاستجواب، والحبس الاحتياطي، ونحن في هذا المقام ذاكرون – بعون الله تعالى – طائفة منها، تدل على ما ذكرناه، وذلك من قبيل التمثيل لا غير، وإلا حصرها واستيفاؤها يطول، ثم هو يخرج البحث عن موضوعه، هذا وقد رأيت أن اقتصر في ذكر هذه الأمثلة على ثلاثة أعمال من أعمال التحقيق الجنائي، وهي الاستجواب، والحبس الاحتياطي (التوقيف)، والتصرف في التحقيق، وذلك لسببين:

الأول: لأن هذه الأعمال تمثل عصب التحقيق الجنائي.

الآخر: لأن الأنظمة الإجرائية الجزائية تشترط أن يباشر المحقق نفسه هذه الأعمال، ولا تجيز له أن يندب فيها رجل الضبط الجنائي.

ولا شك أن أعمال التحقيق الجنائي التي يجوز للمحقق أن يندب فيها رجل الضبط الجنائي أقرب إلى الأعمال الإدارية منها إلى الأعمال القضائية، لأنه لا جدال في أنّ رجال الضبط الجنائي غير المحققين لا يمكن أن يُضفى عليهم وصف القضاة، فهم خارج النزاع الذي ثار بين شراح الأنظمة بخصوص صفة المحقق الجنائي.

= ب- أن الخليفة، أو الإمام الأعظم ، كان يُعين على البلد والياً (حاكماً إدارياً) ويقلّد قضاء البلد رجلاً غيره ، ويفصل بين عملهما ، بل إنه قد أُحدث في الدولة العباسية ولاية رئيس القضاة أو ما يسمى بقاضي القضاة ، يكون هو مرجع القضاة وهو مرتبط بالخليفة مباشرة ، ليتحقق بذلك فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية بشكل تام. ينظر: وفيات الأعيان ٢/ ٤٠١، وصبح الأعشى ٣/ ٤٨٦ و ٤/ ٣٤ ، ٣٥ .

إذا تقرر هذا فإننا نشرع في ذكر بعض هذه الأمثلة:

أولاً: ما يتعلق بالاستجواب:

١- ما رواه سليمان بن بريدة عن أبيه قال: (جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله طهرني فقال: ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه، فقال "فرجع غير بعيد ثم جاء فقال : يا رسول الله طهرني، فقال النبي ﷺ مثل ذلك ، حتى إذا كانت الرابعة قال رسول الله ﷺ: فيم أطهرك؟ فقال من الزنى . فسأل رسول الله ﷺ أبه جنون ؟ فأخبر أنه ليس بمجنون . فقال أشرب خمراً ؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر، قال: فقال: رسول الله ﷺ أزنيت؟ فقال: نعم، فأمر به فرجم .. الحديث[١].

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ تولى بنفسه استجواب ماعزٍ رضي الله عنه وناقشه مناقشة تفصيلية في اعترافه، ثم حكم عليه أيضاً، فجمع بين سلطة التحقيق الجنائي، وسلطة الحكم القضائي، بل وسلطة التنفيذ أيضاً، حيث أمر برجمه.

٢- قصة الغامدية – رضي الله عنها – التي اعترفت بالزنا، فرجمها ﷺ [٢]وهي مثل قصة ماعز في الثبوت ، والوقائع والدلالة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه – كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة – باب الرجم بالمصلى ، وباب سؤال الإمام المقر هل أحصنت؟ ٨/ ٣٤، ومسلم في صحيحه كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ٢/ ٤٤، والحديث بهذا اللفظ عند مسلم .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه – كتاب الحدود – باب من اعترف على نفسه بالزنا ، ٢/ ٤٧.

٣- ما رواه أبو هريرة ﷺ وزيد بن خالد الجهني ﷺ قالا : كنا عند النبي ﷺ فقام رجل فقال: أنشدك الله إلا قضيت بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه وكان أفقه منه فقال اقض بيننا بكتاب الله وأذن لي قال : قل، قال: إنّ ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته ، فافتديت منه بمائة شاة وخادم، ثم سألت رجالاً من أهل العلم فأخبروني أنّ على ابني جلد مائة وتغريب عام، وعلى امرأة هذا الرجم ، فقال: النبي ﷺ والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله – جل ذكره – المائة شاة والخادم ردّ عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها فاعترفت فرجمها " [(١)].

ووجه الدلالة منه من وجهين:

الأول: أن النبي ﷺ حقق في دعوى الرجلين وحكم فيها، فجمع بين التحقيق والحكم، فدخلت سلطة التحقيق المتمثلة في الاستجواب مع سلطة القضاء فأخذت حكمها.

الآخر: أن النبي ﷺ بعث أُنيساً ﷺ إلى امرأة هذا الرجل وأمره باستجوابها فإن هي اعترفت رجمها ، فاعترفت فرجمها ، فجمع له النبي ﷺ بين سلطة التحقيق الماثلة في الاستجواب وسلطة القضاء والتنفيذ أيضاً ، وعليه توصف هنا سلطة التحقيق بأنها سلطة قضائية.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه – كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة – باب الاعتراف بالزنا ،٨/ ٣٤، كما ذكره في مواضع عدة من الصحيح ، ومسلم في صحيحه – كتاب الحدود – باب من اعترف على نفسه بالزنا٢/ ٤٨.

ثانياً : ما يتعلق بالحبس الاحتياطي:

١- روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة[١].

والحبس في التهمة هو الحبس الاحتياطي المقرر في الأنظمة الجزائية المعاصرة ، وقد تولاه النبي ﷺ مع ولايته لسلطة القضاء ، فجمع بين سلطة التحقيق وسلطة القضاء في الوقت نفسه .

٢- أخرج عبد الرزاق عن ابن جريج قال :" أخبرني يحيى بن سعيد بن عراك ابن مالك قال: أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا منزلاً بضجنان من مياه المدينة، وعندهما ناس من غطفان عندهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون قد أضلوا قرينتين من إبلهم فاتهموا الغفاريين، فأقبلوا بهما إلى النبي ﷺ وذكروا له أمرهم ، فحبس أحد الغفاريين، وقال للآخر : أذهب فالتمس، فلم يكن إلا يسيراً حتى جاء بهما، فقال النبي ﷺ لأحد الغفاريين – قال حسبت أنه قال: المحبوس عنده – استغفر لي. قال: غفر الله لك يا رسول الله. فقال: رسول الله ﷺ: ولك وقتلك في سبيله ، قال : فقتل يوم اليمامة [٢].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الأقضية – باب في الحبس في الدين وغيره ٤/ ٤٦،٤٧ والنسائي في سننه – كتاب قطع السارق – باب امتحان السارق بالضرب والحبس، ٨/ ٦٧، والترمذي في سننه – كتاب الديات – باب ما جاء في الحبس والتهمة ٤/ ٢٨، وقال عنه :حديث حسن، وصححه الحاكم في المستدرك ١/ ٢١٤، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٨/ ٥٥.

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٠/ ٢١٦ ، ٢١٧ ، والحديث مرسل ولكن يشهد له حديث بهز بن حكيم.

ووجه الدلالة منه: يقال فيه كما قيل في دلالة الحديث الذي سبقه.

ثالثاً: ما يتعلق بالتصرف في التحقيق الابتدائي:

يُعرّف التصرف في التحقيق الابتدائي بأنه:

اتخاذ قرار يتضمن تقييماً للمعلومات والأدلة التي أمكن الحصول عليها أثناءه، وبياناً للطريق الذي تسلكه الدعوى بعد ذلك[1] ، وهذا الطريق، إما استمرار الدعوى وإحالتها إلى المحاكمة، وإما توقف الدعوى، وعدم الاستمرار فيها .

ويتضح مما تقدم أن التصرف في التحقيق الابتدائي له شقان:

الشق الأول: الانتقال بالدعوى إلى مرحلة المحاكمة.

الشق الثاني: توقف الدعوى والأمر بحفظ القضية.

وأرى أنه لا حاجة لضرب أمثلة جديدة على التصرف في التحقيق الجنائي الابتدائي بشقيه، لأن في الأمثلة السابقة التي أوردناها بخصوص كل من الاستجواب والحبس الاحتياطي ما يدل على ذلك.

فما يتعلق بالشق الأول من التصرف في التحقيق الجنائي الابتدائي، وهو إحالة الدعوى لمرحلة المحاكمة ، يشهد له حديث ماعز ﷺ، وكذا حديث الغامدية – رضي الله عنها – فإن النبي ﷺ لما ثبتت لديه الواقعتين بعد الاستجواب الذي أجراه مع كل منهما، انتقل إلى المرحلة التالية، هي المحاكمة، فحكم عليهما.

وأما ما يتعلق بالشق الثاني من التصرف في التحقيق الجنائي

---

(١) ينظر : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، د/ محمود نجيب حسني ١/ ٦٧٨ .

الابتدائي، وهو توقف الدعوى، وحفظ القضية فيشهد له الحديث الذي أخرجه عبدالرزاق بخصوص قصة الغفاريين – رضي الله عنهما –.

ووجه ذلك : أنه لما ثبت عند النبي ﷺ براءة الغفاريين من التهمة التي لحقتهما ، أفرج عمن حبسه منهما في هذه التهمة ، وتوقفت الدعوى حينئذٍ .

وبعد: فما سبق هي أمثلة يسيرة تدل على تداخل التحقيق الجنائي الابتدائي، مع قضاء الحكم (التحقيق النهائي) في التطبيق العملي في القضاء الإسلامي مما يتعين معه الجزم بأن التحقيق الجنائي الابتدائي ينطبق عليه وصف القضاء ، ويأخذ أحكامه .

لكن لّما اختلف الأمر واتبع القضاء الإسلامي نهج الأنظمة الجزائية المعاصرة من فصل لسلطة التحقيق الجنائي الابتدائي عن سلطة التحقيق الجنائي النهائي(المحاكمة) وسُنت أنظمة تخص كل واحدة من هاتين السلطتين ، فإننا نرى أن تكييف سلطة التحقيق الجنائي الابتدائي في الفقه الإسلامي يختلف عمّا كان عليه الأمر قبل الفصل بين سلطة التحقيق الجنائي الابتدائي والتحقيق الجنائي النهائي (المحاكمة) .

وأنا في هذا المقام أوجز التكييف الفقهي – أعني في الفقه الإسلامي – لسلطة التحقيق حسب وصفها القائم في الأنظمة الجزائية المعاصرة، وعليه أقول مستعيناً بالله، بالنسبة لاختصاصات سلطة التحقيق الجنائي الابتدائي وفق ما هو مقرر في الأنظمة الإجرائية الجزائية المعاصرة تكيف من الناحية الفقهية على أنها سلطة مختلطة تجمع

بين صفة السلطة التنفيذية (الإدارية) وبين صفة السلطة القضائية هـذا من حيث الإجمال.

أمّا من حيث التفصيل، فيمكن تقسيم اختصاصات هذه السـلطة إلى قسمين:

القسم الأول: اختصاصات سلطة التحقيق المتعلقة: بالاسـتجواب، والحبس الاحتياطي والإفراج عن المحبوس حبساً احتياطيـاً ، والتصـرف بالتحقيق، فهذه الاختصاصات تغلب عليها الصفة القضائية .

القسم الثاني: وهـي مـا عـدا الاختصاصـات المـذكورة في القسـم الأول فهذه يغلب عليها الصفة الإدارية .

أما بالنسبة لأعضاء – سلطة التحقيق – (المحققـون) فيكيفيـون في الفقه الإسلامي، بأنهم يجمعون بين صفات القضاة ، وصفات المـوظفين الإداريين .

وهذا من حيث الجملـة يشـمل أعضـاء النيابـة العامـة في القـوانين المقارنـة، وأعضـاء هيئـة التحقيـق والادعـاء العـام في المملكـة العربيـة السعودية، إلا أنه يجب التفرقة بينهما عند التفصيل، إذ إنّ أعضاء النيابة العامة في القوانين المقارنة تشملهم القوانين الخاصة بالقضـاة، ويأخـذون أحكام القضاة في الجملة .

وأكثر ما ينتقص من صفتهم القضائية واسـتقلالهم تبعيـتهم لـوزير العدل أمّـا أعضـاء هيئـة التحقيـق والادعـاء العـام في المملكـة العربيـة السعودية ، فإنهم وإن اشتركوا مع القضـاة في بعـض صـفاتهم ، إلا أن

لهم أنظمة خاصة بهم تختلف عن الأنظمة الخاصة بالقضاة ، مما يتعين معه القول بعدم اكتسابهم للصفة القضائية وهم بذلك يختلفون عن أعضاء النيابة العامة الذين أثبتت لهم الصفة القضائية.

والأهم من هذا هو تبعيتهم لوزارة الداخلية، وهي أقوى الوزارات التنفيذية في الدولة ، مما يسند القول باتصافهم بالصفة الإدارية، ولا يغير من حقيقة الأمر شيئاً الزعم باستقلال الهيئة، وأن سلطة الوزارة على الهيئة لا تعدو كونها سلطة إشرافية فقط.

وأنا في هذا المقام لا أدعو إلى الارتقاء بمكانة هيئة التحقيق والادعاء العام في المملكة العربية السعودية إلى مرتبة النيابة العامة في الأنظمة المقارنة – والتي بلا شك تتقدم على الهيئة في مجال الاستقلال والاتصاف بالصبغة القضائية – بل إنني أدعو لمنحها مركزاً أرفع من مركز النيابة العامة، وذلك بحيث تكون أقوى منها في الاستقلال وذلك بربطها – أعني هيئة التحقيق والادعاء العام – وربط رئيسها (النائب العام) بالملك مباشرة ، كالسلطة القضائية سواء بسواء ، وهذا هو الأشبه بالنظام القضائي الإسلامي ، فيتحقق بذلك المحافظة على حقوق الناس في مرحلة التحقيق الابتدائي كما هو الأمر بالنسبة لمرحلة التحقيق النهائي (المحاكمة) فليست المرحلة الثانية بأولى بالرعاية من المرحلة الأولى، ويتضح هذا بالنظر إلى اختصاصات الهيئة الكبيرة، والتي فيها مساس بحريات الناس، كالتفتيش والقبض، والاستجواب، والتوقيف ، وتوجيه التهمة.

المطلب الثاني

تكييف سلطة الادعاء العام في الفقه الإسلامي

ما قلناه بخصوص تكييف سلطة التحقيق الجنائي الابتدائي في الفقه الإسلامي ينطبق على بعض حالات الادعاء العام في الفقه الإسلامي ، إذ أن الادعاء العام في الفقه الإسلامي يمكن تقسيمه إلى قسمين :

القسم الأول: أن يتولى الادعاء العام القاضي الذي يتولى الحكم في القضية ، فيجمع بين سلطة الادعاء وسلطة الحكم في الوقت نفسه ، وهذا هو الأعم الأغلب ، وما استشهدنا به من بعض أقضية النبي ﷺ بخصوص التحقيق الجنائي يصح الاستشهاد بها بخصوص الادعاء العام، وذلك مثل ، قصة ماعز ، وقصة الغامدية ، وقصة العسيف – رضي الله عنهم – حيث كان النبي ﷺ يجمع في نظره لهذه القضايا الجنائية بين سلطة الادعاء العام وسلطة الحكم القضائي ، ومثله في ذلك الخلفاء الراشدون – رضي الله عنهم – بل نستطيع القول بأن هذا هو الوضع السائد في القضاء الإسلامي ، وعليه يكيَّف الادعاء العام في هذا القسم بأنه داخل ضمن السلطة القضائية ، فيّعُد عملاً قضائياً ، وليس إدارياً .

القسم الثاني: وهو حالة انفصال سلطة الادعاء العام عن سلطة الحكم القضائي.

وأنا لا أعرف وجوداً لهذا الانفصال في التنظيم القضائي الإسلامي، إلا فيما يتعلق بدعوى الحسبة، فإنّ حقيقة الادعاء العام هو المطالبة بالحقوق العامة ، وفي مقدمتها المطالبة بتطبيق الحدود ، وهذا بلا

شك من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله تعالى –:

((الحدود والحقوق التي ليست لقومٍ معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين، أو أنواع منهم ، وكلهم محتاج إليها، تسمى حدود الله وحقوقه، مثل حد قطّاع الطريق والسراق والزناة، والمقصود الأكبر من الحكم فيها هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)) [(١)].

وقال أيضاً – رحمه الله – : ((ومن النهي عن المنكر إقامة الحدود على من خرج من شريعة الله ، ويجب على أولي الأمر وهم علماء كل طائفة وأمراؤها ومشايخها أن يقوموا على عامتهم ويأمروهم بالمعروف وينهوهم عن المنكر))[(٢)].

وقال ابن قيم الجوزية – رحمه الله تعالى –: ((الحكم بين الناس في حقوق الله قاعدته وأصله الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي بعث الله به رسله وأنزل به كتبه ، ووصف به هذه الأمة وفضلها لأجله على سائر الأمم التي أخرجت للناس)) [(٣)].

وقال الحافظ بن رجب – رحمه الله تعالى –: ((وإقامة الحد أبلغ مراتب الإنكار)) [(٤)].

---

(١) السياسة الشرعية ص ٧٢ .

(٢) الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لابن تيمية . ٤٠ ،٤١ .

(٣) الطرق الحكمية ، ص ٢٣٧ .

(٤) جامع العلوم والحكم ٢/ ٢٥٥ .

إذا تقرر هذا فإنا نقول: إن الاحتساب عن طريق الوعظ والإرشاد، لا يدخل هنا معنا فيما يتعلق بالادعاء العام، وإنما الذي له صلة بالادعاء العام، هو الاحتساب برفع مَنْ وقع منه المنكر إلى الإمام لمحاكمته.

وهنا يجب التفريق بين والي الحسبة ، وبين غيره ممن ليس له ولايةٌ على الحسبة.

فإن كان ممن ليس له ولاية على الحسبة ، فنجد الفقهاء – رحمهم الله تعالى – قالوا : بقبول دعوى الحسبة في حقوق الله تعالى ، أما حقوق الآدميين ، فلا تقبل فيها دعوى الحسبة عند جمهور الفقهاء[1] غير أن الحنابلة أجازوا إقامة

دعوى الحسبة في حقوق الآدميين إذا كان الحق لغير معين[2].

أما بالنسبة لوالي الحسبة فإنه يتعين عليه رفع مرتكب المنكر إلى الإمام في حقوق الله تعالى[3].

---

(١) هذا هو حكم دعوى الحسبة من حيث الإجمال ، وإلا فإن للفقهاء – رحمهم الله تعالى – فيها مزيد تفصيل ، لكننا هنا آثرنا عدم الدخول في هذه التفاصيل لأن دعوى الحسبة مقررة في غير هذا الموضع .
تنظر المراجع التالية: تبيين الحقائق ٤/ ٢٢٩ ، وبدائع الصنائع ٤/ ١١٠، وتبصرة الحكام ١/ ٢٤٦، ومواهب الجليل ٦/ ١٦٤ الذخيرة ١٠/ ١٦٨ ، والخرشي ٧/ ١٨٧ ، ومغني المحتاج ٦/ ٣٦٠ وروضة الطالبين ، ١١/ ٢٤٣ ، و أدب القضاء للغزي ١/ ١٢٧، حاشية البجيرمي ٤/ ٤٣٥ ، والمغني ١٠/ ١٩٤ ، والإنصاف ١١/ ٢٤٧ ، والمبدع ٨/ ١٩٨ .

(٢) ينظر : المغني ١٠/ ١٩٤ .

(٣) ينظر : تبصرة الحكام ١/ ٢٤٦ ، ومواهب الجليل ٦/ ١٦٣. والأحكام السلطانية لأبي يعلى ، ٢٤٨ ، والطرق الحكميّة ،٢٣٧ .

ولا ريب أن والي الحسبة يملك من الاختصاصات ما لا يملكه غيره من المحتسبين [١].

هذه هي الصورة التي يمكن فيها انفصال الادعاء العام عن القضاء في التطبيق العملي للقضاء الإسلامي، ومع ذلك فإنني أرى أن الادعاء العام المتمثل في دعوى الحسبة لا يعدو كونه – في حقيقة الأمر – إدخال للدعوى في حوزة القضاء ثم تنتهي بذلك سلطة المحتسب فلا يتولى المرافعة فيها حتى تنتهي بحكم نهائي، فضلاً عن أن يعتبر جزء من تشكيل المحكمة، كما هو مقرر بالنسبة للمدعي العام في الأنظمة القضائية المعاصرة.

ثم المحتسب هنا تغلب عليه صفة الشاهد أكثر من صفة المدعي .

ولذا نخلص إلى أنه يكيّف الادعاء العام وفق التنظيم القضائي الإسلامي بأنه داخل ضمن اختصاص السلطة القضائية ، لأن القاضي يجمع بين سلطة الادعاء العام ، وسلطة المحاكمة ، بل إنهما يندمجان فلا يوجد بينهما ما يفصلهما .

ويحسن التنبيه هنا إلى أنه بعد إنشاء هيئة التحقيق والادعاء العام ، أصبحت هي الجهة المختصة بدعاوى الحق العام ، مما ترتب عليه امتناع دعوى الحسبة من آحاد الناس .

وعليه لا تسمع الدعوى في حال رفعها من قبلهم إلى المحكمة ، بل غاية ما يمكنهم هو رفعها إلى هيئة التحقيق والادعاء العام ، ويؤكد

---

(١) ينظر : الأحكام السلطانية للماوردي ٣٩٢ .

لك ما ورد في ضوابط رفع دعاوي الحسبة من المواطنين على المنكرات حيث ورد في هذه الضوابط:

١- "ترفع دعاوى الحسبة من المواطنين إلى هيئة التحقيق والادعاء العام لدراستها.

٢- إذا قررت الهيئة أن الموضوع لا يستحق أن ترفع بشأنه دعوى الحسبة فعليها حفظ ملف الدعوى وإفهام المدعي بذلك "[١] اهـ .

بل إن رؤساء هيئات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يملكون رفع دعوى الحسبة، لما تقدم من انحسار اختصاص دعوى الحسبة في هيئة التحقيق والادعاء العام .

كما أنهم لا يملكون التحقيق في الجرائم التي يجيز لهم النظام ضبطها، والقبض فيها، لأنهم لا يعتبرون من المحققين وإن دخلوا ضمن رجال الضبط الجنائي[٢]، ورجال الضبط الجنائي لا يعتبرون ضمن السلطة القضائية، فلا يدخلون في الخلاف الذي ثار بخصوص تكييف أعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام ، بل إن رجال الضبط الجنائي موظفون تابعون للسلطة التنفيذية.

وكون جهات الضبط الجنائي – عدا هيئة التحقيق والادعاء العام – جهات إدارية ليس محل خلاف فيما أعلم .

---

(١) رقم صادر ديوان مجلس الوزراء خ / ١٣٣ / م ، تاريخ ٦/ ١/ ١٤٢٧هـ

(٢) ننظر : المادة (٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية .

كما أن أعمالها المتعلقة بالضبط الإداري لا خلاف في أنها تخضع لرقابة القضاء الإداري .

إنما وقع الخلاف في أعمال الضبطية الجنائية المتعلقة بالضبط الجنائي، فنجد أن القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية ، والماثل في ديوان المظالم ، انقسم بخصوصها إلى فريقين[1] .

ويحسن التنبيه إلى أن الذي يدخل في هذا الخلاف هم رؤساء مراكز هيئات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أما بقية الأعضاء من العاملين في المراكز فلا يدخلون فيه لأنهم لا يعدّون من رجال الضبط الجنائي[2] .

وما سبق ذكره هو تكييف سلطة الادعاء العام وفق التنظيم القضائي الإسلامي. لكن لما فصلت الأنظمة القضائية المعاصرة سلطة الادعاء، وسلطة المحاكمة فإن تكييف الادعاء العام في نظر الفقه الإسلامي سوف يختلف.

وعليه نقول، الذي يظهر لنا، أن سلطة الادعاء العام تكيّف في الفقه الإسلامي أنها سلطة مختلطة ولكن يغلب عليها صفة السلطة القضائية، وبالتالي لا يمكن الاعتراض على أعمالها أمام القضاء الإداري.

---

(١) سبق ذكر هذا الخلاف في المطلب السادس من المبحث الأول من هذا البحث .

(٢) انظر : المادة (٢٦) من نظام الإجراءات الجزائية .

وما ذكرناه في تكييف سلطة التحقيق هناك يصدق على تكييف سلطة الادعاء، لأنهما – في أغلب الدول – يتبعان جهة واحدة وهي النيابة العامة، أو هيئة التحقيق والادعاء العام والأحكام المتعلقة بالقائمين على هاتين السلطتين واحدة مع التنبيه على أنه يوجد بعض الفروقات بين أعمال التحقيق الجنائي، والادعاء العام، ولا شك أن توافر الصفة القضائية في أعمال التحقيق الجنائي أظهر منها في الادعاء العام.

وكما أن المحقق الجنائي الأصل فيه أن يكون حكماً عدلاً ، يثبت ما يفيد في براءة المتهم ، كما يثبت ما يدينه.

في حين يكيّف المدعي العام بأنه خصم للمتهم ، ولكنه أيضاً ليس خصماً مماثلاً للخصم في الدعاوى الخاصة من كل وجهةٍ ، بل هو خصمٌ من نوعٍ خاص.

المبحث الرابع

الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في الفقه الإسلامي والنظام

وينتظم مطلبين:

المطلب الأول

الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي في الفقه الإسلامي:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها إدارية:

في حال تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها إدارية في الفقه الإسلامي، فإن هذا التكييف يرتب آثاراً أهمها ما يلي:

١- عدم اتصاف القائم على هذه السلطة بأوصاف القضاة ، وعليه لا يشترط فيه ما يشترط في القاضي.

٢- لا تطبق عليه الآداب المعتبرة في القضاة.

٣- يأخذ حكم الشاهد، ولذا تطبق عليه شروط الشهادة.

٤- يكون تابعاً للسلطة التنظيمية، ولا يتمتع بالاستقلال.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء بأنها قضائية:

لا ريب أن تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها سلطة قضائية في الفقه الإسلامي يترتب عليه آثار في غاية الأهمية، ونحن في هذا المقام نذكر أهمها:

١- اتصاف أعضاء هذه السلطة بالصفة القضائية، وبناءً عليه تشترط فيهم الشروط المعتبرة في القضاة في الفقه الإسلامي.

٢- يستحب أن يتوافر في القائم على هذه السلطة الصفات التي يستحب توافرها في القضاة في الفقه الإسلامي.

٣- تُعدُّ أعمال المحقق من قبيل الأعمال القضائية ، فتأخذ حكمها من حيث الحجية.

٤- عندما يكون في القضية الجنائية حق خاص ، فإن أطراف القضية عند المحقق يعتبرون خصوماً، لذا يلتزم بما يلتزم به القاضي من واجبات تجاه الخصوم، ولاسيما تطبيق مبدأ المساواة بينهم.

٥- يمنع المحقق من التحقيق في حال الغضب وما في معناه من مشوشات الذهن، أسوة بالقاضي.

٦- يمنع المحقق من التحقيق في الحالات التي يمنع فيها القاضي من القضاء، بسبب التهمة، إما لقرابة، أو عداوة، كما يجوز رده من قبل الخصوم في هذه الحالات .

٧- يجب أن توفر لأعضاء هذه السلطة الضمانات المقررة للقضاة في الفقه الإسلامي، وفي مقدمتها الاستقلال عن السلطة التنفيذية.

٨- لا يجوز للمحقق أن يستند في التحقيق على علمه كما لا يجوز للقاضي القضاء بعلمه، كما لا يجوز له أن يثبت ما يخالف علمه، كما لا يجوز للقاضي القضاء بخلاف علمه.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في النظام:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها إدارية:

عندما تكيّف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها سلطة إدارية في النظام فإنه يترتب على ذلك عدة آثار، أهمها ما يلي:

١- أن القائم على هذه السلطة لا يعتبر قاضياً ، وبناءً عليه لا يشترط فيه الشروط التي اشترطها المنظم فيمن يُعين على القضاء .

٢- أن محاضر التحقيق الجنائي لا تكتسب الحجية القضائية أي أنها لا تماثل محاضر التحقيق النهائي (المحاكمة)، ولكن هذا

لا يحول دون اعتبار المحقق شاهداً فيما يقف عليه أثناء ممارسته لاختصاصه ، ولذا تطبق عليه شروط الشهادة .

٣- أن قرارات التحقيق تُعد حينئذ قرارات إدارية ، وبالتالي يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري .

٤- لا يطبق عليه مبدأ الرد والمنع الذي يطبق على القضاة.

٥- لا تطبق عليه ضمانات الاستقلال المقررة للقضاة .

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها قضائية:

المترجح في الأنظمة المقارنة تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها شعبة من شعب السلطة القضائية ، وهذا التكييف يترتب عليه عدة آثار، **أهمها ما يلي:**

١- أن أعضاء هذه السلطة يعتبرون قضاة ؛ ولذا يشترط فيهم الشروط المعتبرة في القضاة نظاماً .

٢- أن محاضر التحقيق تماثل محاضر المحاكمة ، وعليه تتصف نتائج التحقيق بالحجية .

٣- أنه يجب أن توفر لأعضاء سلطة التحقيق والادعاء العام ، الضمانات التي توفر للقضاة ، ولاسيما فيما يتعلق بضمانات الاستقلال وعلى رأسها التبعية للسلطة القضائية ، وفي مقدمتها التعيين ، والتأديب ، والعزل .

٤- اعتبار أعمالها أعمالاً قضائية ، وعليه لا يسوغ الطعن فيها أمام القضاء الإداري .

لأن القضاء الإداري معزول الولاية عن النظر في الطعون الموجهة إلى الأعمال القضائية[١] .

ولكن قد يثور سؤال، وهو:

كيف تتحقق ضمانات المتهم في مقابلة سلطة التحقيق ، وذلك عندما يريد الطعن في قراراتها ، ولاسيما أن نظام الإجراءات الجزائية نص على لحوق البطلان للإجراءات الجزائية ، حيث ورد فيه (كل إجراء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ، أو الأنظمة المستمدة منها يكون باطلاً) [٢] . كما أن النظام نفسه نص على أن (لكل من أصابه ضرر نتيجة اتهامه كيداً ، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة الحق في طلب التعويض)[٣] .

نقول جواباً عن ذلك: إن حقوق المتهم تجاه سلطة التحقيق مضمونة، إذ يستطيع هو، أو من ينوب عنه. أن يطعن ببطلان الإجراء، وما يبنى عليه من إجراءات، وذلك بتقديمه إلى المحكمة المختصة، وهي المحكمة الجزائية، والتي تتبع منظومة القضاء العام، بشرط مراعاة الاختصاص المكاني.

---

(١) تنظر ، المادة (١٤) من نظام ديوان المظالم .

(٢) المادة (١٨٨) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٣) المادة (٢١٧) من نظام الإجراءات الجزائية .

٥- أن أعضاء سلطة التحقيق والادعاء العام يتمتعون بالحصانة القضائية ، فلا يجوز القيام بأيٍ من إجراءات التحقيق معهم ، إلا وفق إجراءات مخاصمة القضاة .

٦- أن القرارات التي تصدر في حق الأعضاء من المجلس التأديبي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري .

٧- أنه يطبق على المحقق الجنائي مبدأ الرد والمنع ، والتنحي الذي يطبق على القضاة [١] .

أمّا بالنسبة للمدعي العام فإنه لا يطبق عليه هذا المبدأ تأسيساً على أن المدعي أصبح خصماً للمتهم، ولا يجوز للخصم أن يتنصل من خصومة الطرف الآخر في الدعوى [٢].

(١) تنظر المواد من ٩٠ إلى ٩٦ من نظام المرافعات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧١ وتاريخ ٢٠/ ٥/ ١٤٢١هـ والمادة (٢٢) من نظام الإجراءات الجزائية .

(٢) ينظر : شرح قانون المحاكمات الجزائية الأردني ، د/ حسن جو خدار ، ٥٧ .

الخاتمة

وتتضمن النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

ونبينها باختصار على النحو التالي:

١- أن سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين صفات السلطة التنفيذية ، وبين صفات السلطة القضائية غير أنه يغلب عليها صفة السلطة القضائية ، هذا من حيث الجملة أما من حيث التفصيل فإننا نفرق بين التحقيق والادعاء فنقول إن أعمال التحقيق جزء منها يترجح وصفه بالعمل القضائي وجزء منها يترجح وصفه بالعمل الإداري، أما أعمال الادعاء العام فيترجح شبيهها بالعمل الإداري، هذا جميعه بالنظر إلى إعمال المعيار الموضوعي، أما على إعمال المعيار الشكلي فإن المترجح هو إلحاق هذه السلطة بالسلطة القضائية يستوي في ذلك التحقيق والادعاء العام .

٢- أن القضاء الإداري السعودي انقسم بخصوص تكييف سلطة التحقيق الجنائي، والادعاء العام، حيث صدرت أحكام منه بقبول نظر الدعاوى التي تقام ضد أعمال سلطة التحقيق والادعاء العام، وذلك باعتبارها قرارات إدارية، وصدرت منه أحكام أخرى بعدم قبول مثل هذه الدعاوى لعدم الاختصاص النوعي، وذلك لاعتبار أعمال هذه السلطة أعمالاً قضائية، وهي بذلك تخرج عن ولاية الديوان، ثم صدر

قرار من هيئة التدقيق مجتمعة يقضي بعدم اختصاص محاكم الديوان بصفتها هيئة قضاء إداري بنظر الدعاوى المتعلقة بأعمال الضبط الجنائي بصفة عامة إلغاءً وتعويضاً.

٣- يرجح الفقه القانوني المقارن تبعية سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام (النيابة العامة) للسلطة القضائية، بل إن بعض الأنظمة القضائية في بعض الدول تنص على ذلك بصفة صريحة .

٤- استقر القضاء المصري في آخر الأمر على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام (النيابة العامة) بأنها شعبة من شعب السلطة القضائية ، وذلك بعد أن صدر منه تكييف قديم لهذه السلطة بأنها شعبة أصيلة من شعب السلطة التنفيذية ، ثم تكييف آخر بأنها سلطة مختلطة ، ثم استقر أخيراً على ما ذكرنا.

٥- أن القضاء الإسلامي لا يفرق بين التحقيق الجنائي والادعاء العام والقضاء النهائي (المحاكمة) ، وقد دل على ذلك أقضية النبي ﷺ والخلفاء الراشدين – رضي الله عنهم – والقضاة من سلف هذه الأمة – رحمهم الله تعالى أجمعين –. وعليه تكيّف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها سلطة قضائية . وهذا باستثناء دعوى الحسبة ، فإنها تمثل جزءً من الادعاء العام ، في الفقه الإسلامي ، وإن كانت في حقيقة الأمر لا تمثل الادعاء العام من كل وجه ، لأن مهمة المحتسب تقف عند إدخال الدعوى حوزة القضاء .

أما التكييف الفقهي لسلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام،

بصفتها سلطة مستقلة عن قضاء الحكم (التحقيق النهائي) كما هو مقرر في الأنظمة القضائية المعاصرة ، فإننا نرى أنها سلطة مختلطة، ولكن يغلب عليها صفة السلطة القضائية.

٦- يترتب على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في الفقه الإسلامي بأنها ذات طبيعة إدارية عدة آثار، أهمها بإيجاز ما يلي:

أ- عدم اتصاف القائم على هذه السلطة بصفات القضاة ، فلا تطبق عليه شروط القاضي .

ب- لا تطبق عليه الآداب المعتبرة في القضاة .

ج- يأخذ حكم الشاهد ، لذا تطبق عليه شروط الشهادة .

د- يكون تابعاً للسلطة التنفيذية ، ولا يتمتع بالاستقلال .

٧- يترتب على تكييف سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام بأنها ذات طبيعة قضائية في الفقه الإسلامي ، عدة آثار ، أهمها بإيجاز :

أ- اتصاف أعضاء هذه السلطة بالصفة القضائية ، وعليه تعتبر فيهم شروط القضاة .

ب- يستحب في أعضاء هذه السلطة الصفات المستحب توافرها في القضاة .

ج- أطراف القضية عند المحقق خصوم ، لذا يلتزم بالحياد ، والمساواة بينهم.

د- تطبق على المحقق حالات المنع والرد التي تطبق على القضاة .

هـ- يجب أن توفر لأعضاء هذه السلطة الضمانات المقررة للقضاة

وفي مقدمتها الاستقلال عن السلطة التنفيذية .

و- لا يجوز للمحقق أن يستند في التحقيق على علمه ، كما لا يجوز للقاضي القضاء بعلمه ، كما لا يجوز له أن يثبت ما يخالف علمه ، كما لا يجوز للقاضي القضاء بخلاف علمه .

٨- يترتب على تكييف سلطة التحقيق والادعاء العام بأنها ذات طبيعة إدارية في النظام ، عدة آثار ، أهمها بإيجاز :

أ- أن أعضاء هذه السلطة لا يعتبرون قضاة ، وبناء عليه لا يشترط فيهم الشروط المعتبرة في القضاء .

ب- أن محاضر التحقيق لا تكتسب الحجية القضائية ، كما هو الأمر بالنسبة لمحاضر التحقيق النهائي (المحاكمة) .

ج- أن قرارات التحقيق تُعد في هذه الحالة قرارات إدارية وبالتالي يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري .

د- لا يطبق على أعضاء هذه السلطة مبدأ المنع والرد الذي يطبق على القضاة.

هـ- لا يتمتع أعضاء هذه السلطة بالاستقلال المقرر للقضاة .

٩- يترتب على تكييف سلطة التحقيق والادعاء العام بأنها ذات طبيعة قضائية في النظام ، عدة آثار ، أهمها ، بإيجاز :

أ- اعتبار أعضاء هذه السلطة قضاة ، ولذا تشترط فيهم الشروط المعتبرة في القضاة نظاماً.

ب- أن محاضر التحقيق تماثل محاضر المحاكمة ، وعليه تتصف نتائجها بالحجية.

ج- أنه يجب أن توفر لأعضاء هذه السلطة الضمانات المقررة للقضاة ، ولاسيما ما يتعلق بضمانات الاستقلال ، وعلى رأسها التبعية للسلطة القضائية.

د- اعتبار أعمالها أعمالاً قضائية، وعليه لا يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري إلغاءً أو تعويضاً.

هـ- أن القرارات التي تصدر في حق الأعضاء من المجلس التأديبي لهذه السلطة ، لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري ، باعتبارها تماثل القرارات التي تصدر عن المجلس الأعلى للقضاء بالنسبة للقضاة .

ثانياً: التوصيات:

ونوجزها في التالي:

١- إحداث نص صريح في نظام هيئة التحقيق والادعاء العام يقرر أن الهيئة تُعدّ شعبة من شعب السلطة القضائية، لكي يرفع الإشكال الحاصل في تحديد طبيعة هذه السلطة.

٢- منح سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام في المملكة العربية السعودية، مزيداً من الاستقلال، وليس مرادنا من ذلك نزع تبعيتها لوزارة الداخلية، وإسناد ذلك إلى وزارة العدل (كما

هو مقرر للنيابة العامة في الأنظمة المقارنة) بل نوصي بمنحها استقلالاً أعظم من ذلك ، وذلك بربطها وربط رئيسها (النائب العام) بالملك مباشرة لأن هذا أقوى في الاستقلال ، لأن وزير العدل تابع للسلطة التنفيذية والتنظيمية (مجلس الوزراء) هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى لأن هذا هو الأشبه بالتنظيم القضائي الإسلامي.

٣- النص في نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أن سلطة التحقيق الجنائي والادعاء العام تعتبر جزءاً وعنصراً من عناصر تشكيل المحكمة وأن عدم حضور ممثلها يفضي إلى بطلان المحاكمة .

قائمة المراجع والمصادر

- **الإجراءات الجنائية المقارنة** – للدكتور : أحمد عوض بلال – دار النهضة العربية – القاهرة – مصر – ١٤١١هـ -١٩٩٠م .
- **الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً** ، لرمسيس بهنام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٤م .
- **الأحكام السلطانية لأبي يعلى**،محمد بن الحسين الفراء،دار الوطن للنشر– الرياض .
- **أدب القضاء للغزي** ، لعيسى بن عثمان الغزي ، مكتبة نزار الباز ، مكة ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ .
- **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** ، للشيخ محمد بن ناصر الدين الألباني – المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ .
- **أساس البلاغة** – جار الله – أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري – الطبعة الأولى – ١٩٩٦م ، مطبعة لبنان .
- **الاستيعاب في معرفة الأصحاب** – أبو عمر يوسف بن عبد البر – نهضة مصر – القاهرة .
- **أسد الغابة في معرفة الصحابة** – لابن الأثير – بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى – ١٤١٥هـ .
- **أصول الإجراءات الجزائية** – د: محمد سعيد نمور – دار الثقافة –

الأردن – الطبعة الأولى – ٢٠٠٥م .

- **أصول الإجراءات الجنائية** – د/ سليمان عبد المنعم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى – ٢٠٠٣م .
- **الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر** ، لشيخ الإسلام بن تيمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ – مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- **الإنصاف** ، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي – دار إحياء التراث ، بيروت .
- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود ابن أحمد الكاساني – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الثانية – ١٤٠٦هـ.
- **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام** ، لإبراهيم بن محمد ابن فرحون ، مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ .
- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، لعثمان علي الزيلعي ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٣١٣هـ .
- **ترتيب القاموس المحيط** – الطاهر أحمد الزواوي ، الطبعة الثانية – مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه .
- **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي** – عبد القادر عودة – الطبعة الرابعة عشر، ١٤١٨هـ – مؤسسة الرسالة ، بيروت.

- **التعريفات** – علي بن محمد ، المعروف بالجرجاني ، طبع سنة ١٣٥٧هـ.
- **تهذيب اللغة** – محمد بن أحمد الأزهري – تحقيق :- عبد السلام هارون – المؤسسة المصرية العامة – القاهرة ، ١٣٨٤هـ.
- **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم،** للإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن شعاب البغدادي – المشهور بابن رجب – الطبعة الثانية ، ١٤١٢هـ .
- **الخرشي،** لمحمد بن عبد الله الخرشي ، دار الفكر ، بيروت ، بدون طبعة ، وبدون تاريخ .
- **الذخيرة لأبي العباس ،** شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، دار الغرب ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م .
- **روضة الطالبين** – لأبي زكريا يحيى النووي ، المكتب الإسلامي – الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ .
- **سنن أبي داود ،** أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، دار إحياء السنة النبوية .
- **سنن الترمذي ،** لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، الطبعة الأولى – مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة .
- **سنن النسائي ،** أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، دار الحديث ، القاهرة – ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م .
- **السياسة الشرعية ، في إصلاح الراعي والرعية ،** لشيخ الإسلام ابن

تيمية – دار الأرقم – بيروت – ١٤٠٦هـ .

- **شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية** ، د/ كامل السعيد – دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠٠٥م .
- **شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني** - د: حسن الجوخدار – مكتبة دار الثقافة – الأردن – الطبعة الأولى – ١٩٩٣م .
- **شرح قانون الإجراءات الجنائية** – د: محمود نجيب حسني – دار النهضة العربية – القاهرة – الطبعة الرابعة – ٢٠١١م .
- **صبح الأعشى في صناعة الإنشاء** – لأحمد بن علي القلقشندي – المؤسسة المصرية للتأليف والنشر .
- **صحيح البخاري** – للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري – دار الفكر – بيروت – ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
- **صحيح مسلم** – للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري ، النيسابوري – دار إحياء الكتب العربية –.
- **ضوابط دعاوى الحسبة من المواطنين على المنكرات** ، رقم صادر ديوان مجلس الوزراء خ / ١٣٣/ م ، تاريخ ٦/ ١/ ١٤٢٧هـ .
- **الطرق الحكميّة في السياسة الشرعية** – لابن قيم الجوزية – رحمة الله تعالى – مطبعة السنة المحمدية – دار الوطن – الرياض .
- **القاموس المحيط** – مجد الدين محمد بن يعقوب ، للفيروز آبادي – دار الحديث – القاهرة – ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م .

- **القوانين الفقهية** ، لابن جزئ الكلبي – دار الكتب العلمية – بيروت .
- **كشّاف القناع** – لمنصور البهوتي – مكتبة النصر الحديثة .
- **لسان العرب** – محمد بن بكر بن منظور المصري ، دار صادر ، ودار بيروت للطباعة والنشر ، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م .
- **مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية** ، د/ ممدوح خليل البحر ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨م .
- **مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق** – د/ أشرف رمضان عبدالحميد – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – ٢٠٠٤م .
- **المبدع**، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح – دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ .
- **مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية** – رحمه الله تعالى – جمع وترتيب :عبد الرحمن بن محمد العاصمي ، ساعده ابنه محمد – دار عالم الكتب- المملكة العربية السعودية ، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م .
- مرشد الإجراءات الجنائية الصادر عن وزارة الداخلية (بدون بيانات نشر).
- **المركز القانوني للنيابة العامة** – د/ محمد عيد الغريب – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م .
- **المستدرك على الصحيحين** ، لمحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري – دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ .

- **المصنف** للحافظ عبد الرزاق بن همّام الصنعاني ، دار القلم ، بيروت – الطبعة الأولى .
- **معجم لغة الفقهاء** – محمد قلعة جي ، وحامد قنيبي – دار النفائس ، بيروت ، لبنان .
- **معجم مقاييس اللغة** ، أبو الحسين أحمد بن فارس ، الطبعة الثانية -١٣٩٠هـ- مطبعة البابي الحلبي وأولاده .
- **المغني** ، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الطبعة الأولى -، ١٤٠٥هـ - دار الفكر للنشر – بيروت ، لبنان .
- **مغني المحتاج** ، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ .
- **مواهب الجليل** ، لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ .
- نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٩ وتاريخ ٢٨/ ٧/ ١٤٢٢هـ .
- **نظام القضاء** ، للدكتور : عبد الكريم زيدان – مؤسسة الرسالة – الطبعة الثالثة – ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م .
- نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧٨، وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ .
- نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧١

وتاريخ ٢٠/ ٥/ ١٤٢١هـ.

- **نظام تأديب الموظفين** ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧/ وتاريخ ١/ ٢/ ١٣٩١هـ .
- نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٧٨، وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ .
- نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٥٦ في ٢٤/ ١٠/ ١٤٠٩هـ .
- **الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية** – د/ محمد الحلبي ، دار الثقافة – الأردن ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥م .
- **الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية** – د/ محمد صبحي نجم – دار الثقافة الأردن – الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥م .
- **وفيات الأعيان** – لأبي العباس ، شمس الدين أحمد بن خلكان – دار صادر بيروت .

الوساطة في تسوية المنازعات
دراسة فقهية

إعـــداد
د. عبد الله بن محمد العمراني
أستاذ الفقه المشارك في كلية الشريعة
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد.

تعتبر الوساطة من أهم وسائل حل المنازعات وتسويتها، والإصلاح بين الناس على مختلف المستويات، بين عموم الأفراد، والأسر، والقبائل، والشركات الحديثة.

ومتى ما أمكن تسوية النزاع عن طريق الوساطة والصلح كان أقرب إلى صفاء النفوس، وتحقيق الأمن المجتمعي، إضافة إلى ما يحققه طرفا النزاع من مصالح كثيرة، تتمثل في توفير الوقت والجهد والمال، خاصة في العصر الحاضر الذي يتطلب فيه الترافع إلى القضاء الكثير من الجهد والوقت، بل وبذل المال للوكيل أو المحامي الذي يتقاضى أجرة، أو أتعاباً كبيرة - في الغالب- على ما يقوم به من دراسة وأعمال.

وقد تطور واقع الوساطة في تسوية المنازعات - من حيث الإدارة والأساليب - من المبادرات الفردية، والجماعية إلى المؤسسية المعاصرة، حيث وجدت مكاتب الوساطة في المحاكم، وغرف التسوية، ومراكز الصلح والوساطة التي تقوم بإدارة الدعوى، ودراسة القضية، والسعي للصلح وتسوية النزاع وفق مراحل منظمة، وآليات وأسس عملية متقدمة.

وسيركز هذا البحث على مفهوم الوساطة في تسوية المنازعات، وإجراءاتها وأحكامها الشرعية.

أ- أهمية البحث:

- الحاجة الكبيرة لدى المحاكم الشرعية، لإيجاد حلول لتقليل عدد القضايا التي تنظر فيها المحاكم، والذي يؤدي إلى تخفيف العبء عليها، من خلال تفعيل الوسائل التي تؤدي إلى الإصلاح بين الخصوم.
- الحاجة إلى معرفة الأحكام الفقهية المتعلقة بالإجراءات المعاصرة للوساطة في تسوية المنازعات.
- الحاجة إلى تطوير إجراءات الوساطة في تسوية المنازعات، والإفادة من التجارب المعاصرة.

ب- أهداف البحث:

- بيان حقيقة الوساطة في تسوية المنازعات، وأهميتها.
- بيان إجراءات الوساطة الحديثة في تسوية المنازعات، وأحكامها الفقهية.
- التعرف على التطبيقات المعاصرة للوساطة في تسوية المنازعات، والإفادة منها.

ج- الإطار المرجعي والدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات الشرعية في الصلح وأحكامه وفقاً للمفاهيم والأحكام التي ذكرها الفقهاء المتقدمون، لكني لم أطلع على دراسة فقهية في الوساطة في تسوية المنازعات، وفقاً للإجراءات والمفاهيم والتطبيقات المعاصرة، سوى ورقة عمل غير منشورة، بعنوان: (الوساطة القضائية) لفضيلة الدكتور سلمان بن صالح الدخيل، تعرض

فيها باختصار لبعض التجارب المعاصرة.

د- ما الذي يضيفه البحث للدراسات والأعمال السابقة:

- التعريف بالمفهوم المعاصر للوساطة في تسوية المنازعات، وأهميتها، وإجراءاتها.
- بيان التكييف الفقهي للوساطة في تسوية المنازعات، والأحكام الفقهية المتعلقة بها.
- التعرف على التطبيقات المعاصرة للوساطة في تسوية المنازعات، والإفادة منها في نقل التجارب، والإجراءات.

هـ- منهج البحث:

سيتم اتباع المنهج الفقهي المقارن في دراسة وتحليل المسائل محل البحث، بحيث يتم اتباع الخطوات الآتية:

- تصوير المسألة.
- إن كانت المسألة محل اتفاق فيتم توثيقها.
- وإن كانت المسألة محل خلاف فيتم تحرير محل الخلاف، ومن ثم عرض الأقوال ونسبتها إلى أصحابها، والاستدلال لكل قول، والمناقشة والموازنة والترجيح، مع بيان الآثار المترتبة عليه.
- عزو الآيات، وتخريج الأحاديث، والتوثيق للمعلومات من المصادر والمراجع المعتبرة، وإتباع البحث بالفهارس المتعارف عليها.

و- خطة البحث:

انتظمت خطة هذا البحث في مقدمة، وأربعة مباحث، وخاتمة،

وفهارس:

المقدمة، وفيها: أهمية البحث، وأهدافه، والدراسات السابقة، والإضافة العلمية، ومنهج البحث، وخطته.

المبحث الأول: مفهوم الوساطة في تسوية المنازعات، وأهميتها.

المبحث الثاني: أسس الوساطة في تسوية المنازعات وإجراءاتها ومراحلها.

المبحث الثالث: الأحكام الفقهية المتعلقة بالوساطة في تسوية المنازعات.

المبحث الرابع: تطبيقات الوساطة في تسوية المنازعات .

الخاتمة، وفيها النتائج والتوصيات.

الفهارس.

آمل أن أكون وفقت في إبراز هذا النوع من أنواع تسوية المنازعات، وبيان جملة من أحكامه الشرعية، والتوعية بأهميته، ، وما يحققه من دور كبير في تسوية نزاعات العقود المحلية والدولية، لما يمتاز به من مميزات كبيرة ومرنة مقارنة بالأنواع الأخرى لتسوية المنازعات، والتي يأتي في مقدمتها القضاء التحكيم.

أسأل الله العظيم أن يرينا الحق حقاً ويرزقنا اتباعه، والباطل باطلاً ويرزقنا اجتنابه، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه

د. عبد الله بن محمد العمراني

المبحث الأول

مفهوم الوساطة في تسوية المنازعات، وأهميتها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

مفهوم الوساطة في تسوية المنازعات:

الفرع الأول: التعريف اللغوي:

تعريف الوساطة:

الوساطة في اللغة: التوسط بين اثنين أو أكثر.

ويطلق لفظ الوسيط في اللغة على الحسيب في قومه والعدل الخيار.

يُقال: ((فلان وسيط في قومه: إذا كان أوسطهم نسباً، وأرفعهم محلاً))[1].

قال ابن فارس: ((الواو والسين والطاء بناء صحيح يدل على العدل والنَّصَف)) ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا ﴾[2]، أي: عدلاً خياراً))[3].

ويطلق الوسيط على المتوسط بين المتخاصمين[4]، ويدل على المتوسط بين المتبايعين[5].

---

(1) الصحاح للجوهري ٣/ ٩٧٤.

(2) سورة البقرة، الآية رقم (١٤٣).

(3) مقاييس اللغة لابن فارس ٦/ ١٠٨.

(4) القاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٩٣.

(5) المعجم الوسيط ص ١٠٣١.

جاء في الصحاح: (التوسط بين الناس: من الوساطة)[١].

وجاء في القاموس المحيط: (توسط بينهم: عمل الوساطة)[٢].

مما سبق يتبين أن من معاني الوساطة في اللغة: التوسط بين المتخاصمين لحل النزاع بينهما، وهو المعنى المناسب لموضوع البحث.

تعريف التسوية:

التسوية في اللغة: جعل الشيء سوياً.

جاء في القاموس المحيط:(سوّاه تسوية وأسواه: جعله سوياً)[٣].

قال ابن فارس: (السين والواو والياء أصل يدل على استقامة واعتدال بين شيئين)[٤].

مما سبق يتبين أن معنى التسوية في اللغة تعديل الشيء وجعله سوياً بعد أن كان مختلفاً، وهو المعنى المناسب لفض النزاع والخلاف وتسويته.

تعريف المنازعات:

المنازعات جمع منازعة، يقال: نازعه منازعة بمعنى جاذبه في الخصومة.

ونازعه: خاصمه وجاذبه، والتنازع: التخاصم والتناول[٥].

---

(١) ٣/ ٩٧٥.

(٢) ص ٨٩٤.

(٣) القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١٦٧٣.

(٤) مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ١١٢.

(٥) ينظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ٩٩٠، ومختار الصحاح للرازي ص٦٥٤.

والوساطــة تكون بين اثنين بينهما خصومة وتنازع وخـلاف علـى أمر ما.

الفرع الثاني: تعريف الوساطة في تسوية المنازعات في الاصطلاح:

عُرِّفت الوساطة في تسوية المنازعات بتعريفات متعددة، منها:

١- ((الوساطة هي عبارة عن عملية مفاوضـات غـير ملزمـة يقـوم بهـا طـرف ثالـث محايـد يهـدف إلى مسـاعدة أطـراف النـزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم، وذلـك مـن خـلال اتبـاع واستخدام فنون مستحدثة في الحـوار لتقريـب وجهـات النظـر وتقيـيم المراكـز القانونيـة لطـرفي النـزاع تحـت غطـاء مـن السرية))[(١)].

٢- ((الوساطة هي التدخل في النزاع أو المفاوضات من قبل طرف ثالث محايد، وغير متحيّز، ومقبول من الطرفين، وليس لديه أية قوة أو سلطة لاتخـاذ أو فـرض قـرار بهـدف مسـاعدة أطـراف النزاع في التوصل طواعية إلى تسوية مشـتركة مقبولـة مـن كـل منهما لمعظم، إن لم يكن لكل، موضوعات النزاع))[(٢)].

٣- هي أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض المنازعـات يقـوم بهـا شـخص محايـد يهـدف إلى مسـاعدة الأطـراف المتنازعـة

(١) المجلس القضائي الأردني www.jc.jo

(٢) الوساطة ودور الـطرف الثالث في تسوية المنازعات، د. منير محمود بدوي، مجلة دراسـات مستقبلية عدد ٨ ص ٧٦. نقلاً عن مور.

للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر، وتقييمها لمحاولة التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفان[١].

٤- قيام شخص محايد من أصحاب الخبرة والكفاءة والنزاهة بتوظيف مهاراته المستحدثة في إدارة المفاوضات من خلال مجموعة من الإجراءات السرية لمساعدة أطراف النزاع على تقريب وجهات نظرهم وتسوية نزاعاتهم بشكل ودي قائمة على التوافق والتراضي بعيداً عن التقاضي[٢].

٥- ((الوساطة هي العملية التي يساعد من خلالها طرف ثالث شخصين أو أكثر على التوصل إلى حل نابع منه، بشأن قضية ما))[٣].

٦- ((هي العملية التي يحاول الأطراف المتنازعة من خلالها أن يحلو خلافاتهم بمساعدة طرف ثالث مقبول، ويسمى (الوسيط)؛ وذلك بهدف مساعدة الأطراف بطريقة تطوعية في الوصول لاتفاقية خاصة بهم))[٤].

يتبين من خلال التعريفات السابقة وغيرها، أن التعريفات متقاربة في بيان مفهوم الوساطة في حل المنازعات وتسويتها، ويمكن تعريفها بما يأتي:

---

(١) elyazidi.canalblog.com

(٢) المرجع السابق.

(٣) الوساطة في حل النزاعات. كارل سليكيو، ص٢.

(٤) الوساطة كأحد الحلول البديلة لحل النزاعات، يحيى الفرا، ص١.

السعي لمساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل يتفق عليه الطرفان وينهي الخلاف. ويمكن أن يُضاف إلى التعريف بعض الإجراءات والصفات التوضيحية التي يُستفاد منها في توضيح المفهوم، وإن كانت غير ضرورية؛ لعدم تأثيرها على حقيقة الوساطة، وعلى ذلك فيمكن تعريفها بأن الوساطة هي: ((**السعي من قبل طرف محايد يهدف إلى مساعدة الأطراف المتنازعة، للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر، وتقييمها، وتوظيف مهاراته في إدارة المفاوضات، لمحاولة التوصل إلى حل النزاع، وتسويته بشكل ودي قائم على التراضي**)).

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة:

الصلح:

في اللغة اسم بمعنى المصالحة والتصالح، خلاف المخاصمة والتخاصم[(١)]، أي قطع المنازعة.

قال ابن فارس: ((الصاد واللام والحاء أصل يدل على خلاف الفساد)) [(٢)]. والصلح اسم مصدر لصالحه مصالحةً وصِلاحاً وهو: التوفيق، تقول: أصلحت بين القوم: وفقت بينهم[(٣)].

والإصلاح: مصدر أصلح وهو خلاف الإفساد، يقال أصلح الشيء أي أزال فساده، وأصلح بينهما أي أزال ما بينهما من عداوة

(١) المغرب ١/ ٤٧٩.
(٢) مقاييس اللغة ٣/ ٣٠٣.
(٣) المطلع للبعلي ص٢٥٠.

وشقاق[١].

والصلح في الاصطلاح:

عرف الفقهاء الصلح بتعريفات متقاربة ومن أبرزها ما يأتي:

- عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المختلفين[٢].
- معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين[٣].
- معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين[٤].
- عقد يحسم به الطرفان على وجه التراضي نزاعاً واقعاً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً[٥].

مما سبق يتبين أن الصلح عقد يرفع النزاع ويتوصل به إلى الإصلاح بين المتخاصمين وهذا يتفق تماماً مع حقيقة الوساطة وأهدافها في تسوية النزاع فالإصلاح هو بمعنى الوساطة وثمرته الصلح وتسوية النزاع فهما بمعنى واحد وتعتبر الوساطة المؤسساتية صورة متطورة لمفهوم الصلح في الشريعة الإسلامية.

وتجدر الإشارة إلى أن الصلح مصطلح شرعي، وأما الوساطة فمصطلح إداري وقانوني، وكلاهما بمعنى واحد.

---

(١) مختار الصحاح للرازي ص٣٦٧.
(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٨/ ٢٢٩، وروضة الطالبين للنووي ٣/ ٤٢٧.
(٣) الروض المربع للبهوتي ٥/ ١٢٨.
(٤) مجلة الأحكام العدلية م١٥٣١. وينظر: مواهب الجليل للحطاب ٥/ ٧٩.
(٥) الصلح في الخصومات للبراك ص٢٢.

إلا انه عند التدقيق والتأمل يظهر بعض الفروق بينهما، وذلك فيما يأتي:

١. الوساطة من أركانها وجود وسيط بين الطرفين، أما في الصلح فإنه لا يلزم ذلك.

٢. الوساطة تكون قبل الوصول إلى القضاء، أما الصلح فقد يكون قبل الوصول إلى القضاء، وقد يكون أثناء نظر القاضي.

وبناء على ذلك يتبين أن الوساطة أخص من الصلح .

التحكيم:

التحكيم في اللغة مصدر حكَّمَ، يقال حكَّمته في مالي فاحتكم، أي جاز فيه حكمه. والتحكيم بمعنى التفويض في الحكم[١].

ويطلق الحكم أو المحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين قال الله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها)[٢].

التحكيم في الاصطلاح:

عرف الفقهاء التحكيم في الاصطلاح بتعريفات متقاربة، منها ما يأتي:

- تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[٣].

---

(١) ينظر: مختار الصحاح للرازي ص١٤٨.

(٢) سورة النساء، الآية ٣٥.

(٣) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٤ والتحكيم لحسن الغزالي ص٢٦.

- اتفاق طرفين أو أكثر على تولية من يفصل في منازعة بينهم بحكم ملزم[1].

والتحكيم هو أحد أساليب حل النزاع بين المتخاصمين. وبالمقارنة بين مفهوم التحكيم ومفهوم الوساطة يتبين أن التحكيم يشبه الوساطة في أنه عقد بين طرفين ينعقد برضاهما بإيجاب وقبول يعتقدانه من أجل إنهاء النزاع بينهما، إلا أن الوساطة تختلف عن التحكيم في أمور جوهرية أبرزها ما يأتي:

١. أن دور الوسيط في الوساطة بتقريب وجهات النظر للوصول إلى حل النزاع بتراضي الطرفين، بينما دور المحَكَّم في التحكيم يكون كدور القاضي الذي يصدر حكماً ينهي القضية محل النزاع.
٢. أن الوساطة يقع فيها التنازل عن بعض الحق، وأما التحكيم فليس فيه تنازل عن الحق أو بعضه، وإنما يتوصل فيه إلى إيصال الحق بحكم ملزم.
٣. التحكيم ملزم للأطراف، وأما الوساطة فغير ملزمه إلا إذا أتفق الأطراف صراحة على لزومها[2].

---

(١) المعايير الشرعية. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص٤٣٢.
(٢) ينظر لمزيد من الفروق: التحكيم للغزالي ص٣٨-٣٩.

الفرع الرابع: أنواع الوساطة في تسوية المنازعات:

تتنوع الوساطة في تسوية المنازعات إلى أنواع باعتبارات متعددة، ومن ذلك الأنواع الآتية:

١. **وساطة قضائية**: وتتم من خلال القاضي الناظر في القضية، بحيث يعرض الصلح للطرفين قبل البت في القضية، وتطور الأمر حتى أصبح هناك محاكم أو مراكز تابعة للمحكمة متخصصة في النظر في قضايا الوساطة.

٢. **وساطة خاصة**: وتتم من خلال القضاة المتقاعدين أو المحاميين والمهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة المعتمدين من وزارة العدل، أو الجهة المماثلة المخولة لمثل هذا الاعتماد.

٣. **وساطة اتفاقية**: وتتم من خلال الوسيط المتفق عليه من قبل أطراف النزاع.

المطلب الثاني

أهمية الوساطة في تسوية المنازعات

تتبوأ الوساطة والصلح مكانة وأهمية كبيرة من عدة نواحٍ، يمكن اختصارها فيما يأتي:

أولاً: الوساطة والصلح بين الناس من أفضل أعمال القرب لما فيها من إصلاح والتئام وقطع للنزاع، وهذا ما يدعو إليه الإسلام لنشر الخير والوئام بين أفراده والمتعاملين معه، ومن صور عناية الإسلام بذلك:

١. أن الإسلام جعل الإصلاح بين الناس من خير الأعمال كما قال الله تعالى: ﴿ ۞ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ

بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ ﴾ [1].

٢. أن الإسلام رفع درجة المصلح والمتوسط بين المتخاصمين للإصلاح بينهما. فعن أبي الدرداء ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ (ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا: بلى: قال إصلاح ذات البين، فإن فساد البين هي الحالقة) [2].

٣. يقول ابن رشد: ((فالإصلاح بين الناس فيما يقع بينهم من الخلاف، والتداعي في الأموال وغيرها من نوافل الخير المرغوب فيها، المندوب إليها)) [3].

وجاء في كشاف القناع: وهو أي الصلح من أكبر العقود فائدةً؛ لما فيه من قطع النزاع والشقاق[4].

٤. من عناية الإسلام بالإصلاح وقطع النزاع أنه رخص فيه بالكذب إذا احتيج إليه، فعن أم كلثوم بنت عتبة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (لم يكذب من نمى بين اثنين ليصلح بينهم) [5].

---

(١) سورة النساء. الآية ١١٤.

(٢) أخرجه أبو داود في باب إصلاح ذات البين من كتاب الآداب، الحديث رقم (٤٩١٩) ٤/ ٢٨٢ وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير ١/ ٥٠٦.

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/ ٥١٦.

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣٩٠.

(٥) أخرجه أبو داود في باب إصلاح ذات البين من كتاب الآداب، الحديث رقم (٤٩٢٠)٤/ ٢٨٢ وبنحوه في البخاري باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس من كتاب الصلح الحديث رقم (٢٦٩٢) ٢/ ٢٦٦. وفي رواية لمسلم قالت ولم أسمعه =

٥. أن الإسلام أباح أن يعطي المصلح بين الناس من الزكاة أو من بيت المال، لأداء ما تحمله من الديون في سبيل الإصلاح وإن كان قادراً على أدائها من ماله.

ثانياً: تأتي أهمية إنهاء المنازعات بالوساطة، وفق الضوابط الشرعية إلى إنهاء المنازعات دون اللجوء إلى القوانين الوضعية التي تشترط في بعض العقود بين الشركات المحلية والدولية، وبذلك يكون هذا الطريق مناسباً للمؤسسات المالية الإسلامية، والشركات المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: تكتسب الوساطة في تسوية المنازعات أهمية من خلال المميزات التي يمتاز بها دور الوساطة في تسوية النزاع ومنها:

١. محدودية التكاليف مقارنة بإجراءات التقاضي أو التحكيم.
٢. المرونة واستثمار الوقت.
٣. ضمان السرية والخصوصية.
٤. المحافظة على العلاقة الودية وفرص التعاون.
٥. الخروج بحلول إبداعية وخلاّقة[1].

= يرخص في شيء مما يقوله الناس إلا في ثلاث: يعني الحرب والإصلاح بين الناس وحديث الرجل امرأته وحديث المرأة زوجها، رواه مسلم في باب تحريم الكذب وبيان ما يباح منه من كتاب البر والصلة والأدب ٢/ ٢٨.

(١) ينظر: المجلس القضائي الأردني www.jc.jo

المبحث الثاني

أسس الوساطة في تسوية المنازعات وإجراءاتها ومراحلها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

الأسس التي تقوم عليها الوساطة:

للوساطة سمات وأسس تجعلها أكثر فاعلية من غيرها، وتتمثل هذه السمات بما يأتي:

١. السرية:

تتسم إجراءات الوساطة بالسرية، وهذا يشجع الأطراف على حرية الحوار، والإدلاء بما لديهم من أقوال وإفادات، وتقديم التنازلات في مرحلة المفاوضات بحرية تامة[١].

٢. الحيادية:

يمثل الحياد الصفة الأولى لعملية الوساطة، والحياد يعني أن للوسيط علاقة متساوية البعد بالنسبة للأطراف، بمعنى أن أحد الأطراف ليس مفضلاً على الطرف الآخر، وقد يشير الحياد إلى الموقف خلال عملية الوساطة، بحيث يسمح الوسيط لكل الأطراف المعنية أن يقدم قضيته بالطريقة التي يراها أكثر ملاءمة.

وهكذا، فإن الأهمية التي يضيفها الحياد كصفة أساسية لعملية الوساطة متعددة الجوانب، وتتمثل فيما يأتي:

---

(١) ينظر: www.jc.jo

أ- الحياد كمحدد لثقة الأطراف المعنية ودرجة قبولها للوسيط، وذلك أن قبول الأطراف للوسيط، والثقة التي تمنحها الأطراف إياه تعتمد بالأساس على إدراكها لحياد الوسيط بالنسبة لمصالحها.

ب- مجالات الحياد، والتي يقصد بها المجالات المحددة المعنية، كعلاقات العمل، والسياقات القانونية في تتبع علاقات الحياد والثقة في الوسيط باعتباره – عادة – عنصراً يأتي من خارج الأطراف المعنية بهذه المجالات.

ج- تأثير مجتمع أو بيئة الوساطة، ويرتبط ذلك بما سبق، بل ويترتب عليه بمعنى ضرورة تحديد المجتمع أو السياق أو البيئة التي تتم فيها عملية الوساطة، والتي تتأثر بالأعراف، والقيم، والمعرفة الخ[1].

٣. الحلول السريعة:

توفر الوساطة – في الغالب – استثمار الوقت، والحصول على حلول سريعة، حيث أن أغلب المنازعات محل الوساطة تستغرق تسويتها وقتاً قصيراً، ويعتمد ذلك – بتوفيق الله – على مهارات الوسيط وأساليبه المستخدمة، وقدراته العلمية والعملية التي تبرز للطرفين تحقيق مصالحهما المشتركة عند الوصول إلى تسوية النزاع.

(١) ينظر: الوساطة د. منير بدوي ص٧٨-٧٩.

٤. حرية الانسحاب واللجوء للتقاضي:

وذلك أن الوسيط لا يستطيع إلزام المتخاصمين بتسوية النزاع بطريق الوساطة، وذلك يتيح لكلا الطرفين حرية اللجوء للقضاء، لكن يتعين على الوسيط أن يبذل قصارى جهده وأن يستخدم أساليب الاتصال الفعالة، وصولاً إلى تسوية النزاع -كلياً أو جزئياً- حسب ما يقتضيه الحال[١].

المطلب الثاني

إجراءات الوساطة ومراحلها:

تطورت الوساطة عبر التاريخ الإنساني، ونحت في هذا العصر إلى تنظيم وإدارة عملية الوساطة وفق الأسس العلمية والعملية والإدارية المتقدمة.

وتمر عملية الوساطة النموذجية بأربع مراحل، وتتمثل بما يأتي:

المقدمة، والجلسة المشتركة، والاجتماعات المغلقة، والتسوية والاتفاق.

وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: المقدمة:

يقوم الوسيط في هذه المرحلة بالتعريف بنفسه، والطلب من الخصوم التعريف بأنفسهم، وبيان أهمية الوساطة كأحد الحلول البديلة لفض المنازعات، وشرح إجراءات الوساطة، وشرح دوره كوسيط

---

(١) ينظر: www.jc.jo ، و الوساطة د. منير بدوي ص٧٨-٧٩.

محايد، والتأكيد على مبدأ سرية الإجراءات ومعالجة الجوانب الإدارية لعملية الوساطة، وآداب الحوار أثناء عملية التفاوض، وإتاحة المجال للأطراف لإبداء أي استفسار عن عملية الوساطة.

ثانياً: الجلسة المشتركة:

يطلب الوسيط في هذه الجلسة من طرفي النزاع بدءاً بالجهة المدعية بأن تعرض ادعاءها وحججها بشكل واضح، ومن الجهة المدعى عليها بأن تعرض دفاعها وحججها، ويحق للوسيط توجيه أية ملاحظات استفهامية لأي من طرفي النزاع حسب مقتضى الحال.

ثالثاً: الاجتماعات المغلقة (الفردية):

ينفرد الوسيط في هذه المرحلة – بكل طرف على حدة، بهدف جمع المزيد من المعلومات حول ماهية النزاع، والبحث في احتمالات التسوية ويتلقى منهم العروض والمطالب المطروحة لحل النزاع، ويركز الوسيط على الجانب الاجتماعي، والوازع الديني، والعلاقات والمصالح المشتركة، وإمكانية التنازل من كل طرف ويعرض وجهة نظره في الأدلة المقدمة.

رابعاً: التسوية والاتفاق:

يتوصل طرفا النزاع إلى تسوية النزاع بعد أن قام الوسيط بتقريب وجهات نظرهم حول موضوع النزاع، وقد تشمل تلك التسوية نزاعات أخرى مرتبطة بالنزاع موضوع الدعوى. وبذلك تحقق هذه التسوية مصالح طرفي النزاع[1].

(١) ينظر: www.jc.jo ودليل إجراءات الوساطة.

وبالتأمل في المراحل السابقة لا يظهر فيها ما يخالف الشريعة الإسلامية، بل إنها داخلة في تحري العدل والالتزام الأخلاقي في الحوار والتفاوض مع الآخرين.

نتائج الوساطة:

- إذا توصل الوسيط إلى تسوية النزاع، -كلياً أو جزئياً-، يقدم إلى قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح تقريراً بذلك، ويرفق به اتفاقية التسوية الموقعة من أطراف النزاع لتصديقها، وتعتبر هذه الاتفاقية بعد التصديق عليها بمثابة حكم قطعي.
- إذا لم يتوصل الوسيط لتسوية النزاع فعليه تقديم تقرير إلى قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح يذكر فيه عدم توصل الأطراف إلى تسوية، على أن يوضح في هذا التقرير مدى التزامهم ووكلائهم بحضور جلسات الوساطة.
- عند انتهاء الوساطة يعيد الوسيط إلى كل طرف ما قدمه إليه من مذكرات ومستندات.
- تعتبر إجراءات الوساطة سرية ولا يجوز الاحتجاج بها أو بما تم فيها من تنازلات من أطراف النزاع أمام أي جهة[1].

وسيأتي عند الحديث عن الأحكام الفقهية فيما يتعلق بالفقرة الأخيرة التي تعتبر أساسية عند كل من أسس لعمل الوساطة، بضمان السرية، كأساس يجعل الحرية لطرفي النزاع بالاعتراف بأي تصرف من

(١) ينظر: القانون الأردني: قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية.

شأنه إدانته في المستقبل، والمتقرر شرعاً أن من علم بكذب دعواه لم يبح له أخذ العوض؛ لأنه أكل لمال الغير بالباطل، ويكون في حكم الصلح الجائر الذي يحل حراماً.

المبحث الثالث

الأحكام الفقهية المتعلقة بالوساطة في تسوية المنازعات

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول

التكييف الفقهي لعقد الوساطة في فض المنازعات:

بالنظر إلى تعريف الوساطة في فض المنازعات المتقدم، وهو (السعي من قبل طرف محايد يهدف إلى مساعدة الأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر، وتقييمها وتوظيف مهاراته في إدارة المفاوضات لمحاولة التوصل إلى حل النزاع، وتسويته بشكل ودي قائم على التراضي) فإنه يمكن استخلاص خصائص الوساطة في فض المنازعات، وهي:

١. أنها السعي لتحقيق عقد بين طرفين، ويقوم بالوساطة طرف ثالث ، ويراد بالعقد الاتفاق بين الطرفين الذي ينتج عنه آثار شرعية، وذلك أن العقد: الارتباط بين طرفين،[(١)] وهذا متحقق في التسوية فإنها اتفاق بين طرفين ينتج عنه أثر، وهو مضمون عقد الوساطة.

٢. أنها تكون ناتجة عن نزاع قائم أو محتمل، وتستهدف إنهاءه، لذا لا تكون الوساطة في حالات عدم قيام مسؤولية عقدية أو مدنية أو جنائية، أو احتمالها، فلا يشترط تحقق قيام المسؤولية،

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٣٣٦، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص٢٧٥.

وإنما مجرد الاحتمال الذي يدفع الطرفين أو أحدهما إلى المطالبة القضائية يصح أن يكون أساساً للوساطة.

٣. أنه عقد رضائي، فلا يتم إلا بتراضي الأطراف على مضمون عقد التسوية الناتجة عن الوساطة، وهو ما يسعى له الوسيط بتقريب وجهات النظر بين أطراف العقد، من خلال إقناع كل طرف بالتنازل أو التأجيل أو الأداء أو غيرها من صور التسوية.

وبالنظر في تعريف الصلح وهو : عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المختلفين[١].

و بالبحث في عناصره، يتبين أنها تتفق مع عناصر الوساطة في فض المنازعات، فهو عقد بين الطرفين كما جاء في التعريف: (معاقدة)، كما أنه (يرفع النزاع) أي لا بد أن يكون الصلح على إثر نزاع قائم أو محتمل، كما أنه رضائي لا يصح إن كان ناتجاً عن إكراه.

وبذلك يتبين أن الوساطة وهي السعي لتسوية النزاع يقابلها الإصلاح وهو السعي لتحقيق الصلح، كما جاء التعبير به ومدحه في الآية الكريمة: ﴿أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ﴾[٢].

والتسوية التي هي ثمرة الوساطة المتمثلة في توصل الطرفين إلى اتفاق، يقابلها عقد الصلح، وإن كانت أخص منه كما تقدم.

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٨/ ٢٢٩، وروضة الطالبين للنووي ٣/ ٤٢٧.

(٢) سورة النساء . الآية ١١٤.

وهنا تثور مسألة مهمة ومساعدة في تحرير التكييف، وهي: هل الصلح (التسوية) عقد مستقل أم هو فرع عن عقد أو عن مجموعة من العقود؟

يرى جمهور الفقهاء أن عقد الصلح ليس عقداً مستقلاً، وإنما هو فرع عن مجموعة عقود، فيعتبر في كل صورةٍ بأقرب العقود له. يقول القرافي بياناً لذلك: ((اعلم أن الصلح في الأموال دائر بين خمسة أمور: البيع إذا كانت المعاوضة عن أعيان، والصرف إن كان فيه أحد النقدين عن الآخر، والإجارة إن كان عن منافع، ودفع الخصومة إن لم يتعين شيء من ذلك، والإحسان وهو ما يعطيه المصالح من غير الجاني، فمتى تعين أحد هذه الأبواب روعيت فيه شروط ذلك الباب))[1]، وبنحو هذا يقول الزيلعي: ((الأصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له، فتجري عليه أحكامه لأن العبرة للمعاني دون الصور، ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا , والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة، ثم إذا وقع عن مال بمال، ينظر: فإن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكرنا هنا, وإن وقع على جنسه، فإن كان بأقل من المدعى فهو حط وإبراء, وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء , وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا))[2].

(١) الفروق للقرافي ٤/ ٢.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ٣١.

بذلك يتبين أن عقد الوساطة في تسوية المنازعات ينظر فيه إلى جانبين:

الجانب الأول: جانب المتخاصمين، فيقال: إن العقد بينهم يدور بين الصور الخمس السابق ذكرها في الصلح.

الجانب الثاني: جانب الوسيط الذي يسعى في تسوية النزاع، والإصلاح بين المتخاصمين للوصل إلى حل، وتسوية للنزاع.

المطلب الثاني

حكم الوساطة في تسوية المنازعات:

الوساطة لحل النزاع والوصول إلى صلح بين الطرفين أمر مشروع في الشريعة الإسلامية، بل ومندوب إليه، ويعد من أفضل القرب، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

وهي مشروعة سواء تمت بين شخصين طبيعيين أو اعتباريين، أم بين شخص اعتباري وشخص طبيعي. ما دامت وفق الضوابط والأحكام الشرعية بأن لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً.

وقد دل على المشروعية الكتاب والسنة الإجماع والمعقول، وسأورد فيما يأتي عدداً من النصوص من الكتاب والسنة.

– قال الله تعالى: ﴿ ۞ لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ ﴾[1].

قال ابن رشد : ((هذا عام في الدماء والأموال والأعراض وفي كل

(١) سورة النساء . الآية ١١٤.

شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين)) [1].

– قال تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [2].

أفادت الآية مشروعية الصلح؛ وذلك أنه سبحانه وصف الصلح بأنه خير، ولا يوصف بالخيرية إلا ما كان مشروعاً مأذوناً فيه.

– عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين).

وفي رواية: (إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) [3].

وهذا الحديث دلالته واضحة على مشروعة الصلح وفق الضابط والاستثناء الوارد في الحديث.

– أن كعب بن مالك ﷺ تقاضي ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج رسول الله ﷺ إليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالك فقال يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فأشار بيده أن ضع الشطر فقال كعب قد فعلت يا رسول الله فقال رسول الله ﷺ: قم فاقضه [4].

---

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/ ٥١٥.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

(٣) أخرجه أبو داود في باب الصلح من كتاب الأقضية الحديث رقم (٣٥٩٤)٣/ ٣٠٢، وأخرجه الترمذي بتمامه وقال حديث حسن صحيح في باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس من كتاب الأحكام الحديث رقم (١٣٥٢)٣/ ٦٢٥.

(٤) أخرجه البخاري في باب الصلح بالدين والعين من كتاب الصلح الحديث رقم (٢٧١٠)٢/ ٢٧٢، ومسلم في باب استحباب الوضع من الدين من كتاب البيوع ٥/ ٣٠.

وهذا الطلب من النبي ﷺ من باب الصلح كما هو ظاهر.

مما سبق يتبين مشروعية الوساطة والصلح لتسوية النزاع وقطعه وإنهائه. إلا أنه يجب أن يقيد ذلك الجواز والمشروعية بأن لا يؤدي الصلح إلى تحريم حلال أو عكسه بحيث لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وأن يكون محل الوساطة جائزاً شرعاً.

قال ابن قيم الجوزية: الصلح نوعان:

أ- صلح عادل جائز. وهو ما كان مبناه رضا الله سبحانه ورضا الخصمين، وأساسه العلم والعدل، فيكون المُصالح عالماً بالوقائع، عارفاً بالواجب، قاصداً للعدل كما قال سبحانه: ﴿ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا بِٱلۡعَدۡلِ ﴾[1].

ب- وصلح جائر مردود: وهو الذي يحل الحرام أو يحرم الحلال، كالصلح الذي يتضمن أكل الربا، أو إسقاط الواجب، أو ظلم ثالث، وكما في الإصلاح بين القوي الظالم والخصم الضعيف المظلوم بما يرضي المقتدر صاحب الجاه، ويكون له فيه الحظ، بينما يقع الإغماض والحيف فيه على الضعيف، أو لا يمكن ذلك المظلوم من أخذ حقه[2].

---

(١) سورة الحجرات، الآية ٩.

(٢) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ١/ ١٠٨،١٠٩.

المطلب الثالث

الأحكام المتعلقة بأتعاب الوسيط وصورها:

الأصل أن الوسيط لا يتقاضى أتعاباً إما لأنه قاضٍ رسمي يأخذ أتعابه من الدولة، أو لأنه وسيط متطوع يحتسب الأجر من الله تعالى.

لكن يجوز للوسيط أن يأخذ أتعاباً مقابل تفرغه لدراسة القضية، ومقابلة الخصوم، وعقد الاجتماعات، وإدارة الدعوى، حتى تتم التسوية وحل النزاع.

ويختلف تكييف أتعاب الوسيط بحسب طبيعة علاقته بطرفي عقد الوساطة، فله أحوال، فإما أن يكون قاضياً فعلاقته بالمتخاصمين أنه الحاكم في القضية المنظورة بين يديه ويتقاضى أتعابه من الدولة، و إما أن يكون متطوعاً بالإصلاح فيكون فعله من أعمال القرب، ولا يرجو بذلك مالاً من الناس وإنما يرجو من الله الثواب، أو من الناس الذكر الحسن أو غيرها من المطالب، و التي ليس منها العوض المالي، و إما أن يأخذ على عمله عوضاً، ففي ذلك احتمالان:

الاحتمال الأول: إما أن تكون الأتعاب مقابل تمام الإصلاح، فإذا تمت تسوية النزاع أعطي على ذلك ما تم الاتفاق عليه، وإن لم تتم التسوية لم يعطَ شيئاً، فالعقد في هذه الصورة عقد جعالة، إذ الجعالة: التزام عوض معلوم، على عمل معين، أو مجهول عسر علمه[1].

(١) ينظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٤٢٩، وعرفه المالكية بأنه: أن يجعل الرجل للرجل أجرا معلوماً، ولا ينقده إياه على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول، مما فيه منفعة للجاعل، على أنه إن أكمل العمل كان له الجعل، وإن لم يتمه فلا شيء له، مما لا منفعة فيه =

الاحتمال الثاني: أن يستحق العوض ولو لم تتم التسوية، فالعقد عقد إجارة أشخاص، والأجير فيها الوسيط، ويعد أجيراً مشتركاً.

المطلب الرابع

حكم الانضمام إلى عضوية المنظمات التي تقدم خدمات الوساطة:

تقدم المنظمات الراعية لأعمال الوساطة، و المكاتب المتخصصة في ذلك جملة من الخدمات للوسطاء قبل وأثناء وبعد عملية التسوية، وذلك بالتسويق و التواصل مع الأطراف و تجهيز المقرات وغير ذلك من الخدمات المكتبية و السكرتارية المباشرة وغير المباشرة.

ويمكن افتراض أربعة أشكال من العلاقة بين الوسيط و المنظمة مقدمة خدمات الوساطة، على النحو التالي:

١- أن تتولى المنظمة تقديم الخدمات للوسيط مقابل أجر مقطوع مرتبط بمدة محددة، أو بحسب الخدمات المقدمة، فالعقد عقد إجارة، والأجير هنا هو المنظمة مقدمة الخدمة، و الوسيط هو المستأجر.

٢- أن تتولى المنظمة التعاقد مع طرفي النزاع، ويقوم الوسيط بأعمال التسوية في عقد بينه وبين المنظمة، وتكييفه أنه عقد إجارة أشخاص، و الأجير فيها هو الوسيط، وهذه الصورة هي

= للجاعل إلا بعد تمامه. وعرفه الحنابلة: أن يجعل جائز التصرف شيئا متمولاً، معلوماً لمن يعمل له عملا معلوماً، أو عملا مجهولا مدة معلومة. ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/ ٥٩، والروض المربع للبهوتي ٢٨٧.

المتبعة في التطبيقات المعاصرة التي وقفت عليها، حيث يحسب عمل الوسيط بالجلسة، وعدد الساعات.

٣- أن يكون العقد عقد شراكة بين المنظمة و الوسيط، بنسبة بينهما من كل أتعاب أعمال التسوية، فهذا العقد نوع شركة بينهما؛ فكل واحد منهما شريك بعمل، حسب ما يتفقان عليه.

٤- أن يكون العقد بينهما على أن حصيلة التسويات للمنظمة، وللوسيط نسبة مما تحصله المنظمة سنوياً، فالتكييف أن بين المنظمة و مجموع الوسطاء شركة في النسبة المحددة للوسطاء، وقد يكون هناك علاقة تعاقدية بين الوسطاء فيما بينهم، وقد لا يكون ذلك، وإنما العلاقة التعاقدية مع المنظمة.

وبالنظر للحالات السابقة يمكن تفصيل حكم الانضمام للعمل في المنظمة وفق النقاط التالية:

- في حال عمل المنظمة أجيراً لدى الوسيط بأعمال التهيئة والتحضير والمتابعة ونحوها من الخدمات فالأصل فيها الحل والإباحة؛ لأنها من أعمال الخدمة العامة التي لا حرام فيها ولا تؤدي إليه.
- في حال عمل الوسيط أجيراً في المنظمة، فينظر في طبيعة العقد، فإن كان يلزم الوسيط منه قبول حالات الوساطة المحرمة لم يجز له الانضمام للمنظمة، وإن كان لا يلزمه ذلك صح العقد، ولا يؤثر فيه عمل الوسطاء الآخرين في أعمال الوساطة المحرمة؛

لعدم عمله في الحرام ولا فيما يؤدي إليه.

- في حال كان العقد بين الوسيط و المنظمة شركة ،فالأصل صحة العقد، ما لم يتضمن شرطاً بلزوم الدخول في حالات التسويات المحرمة.
- وفي حال كان العقد بين مجموع الوسطاء والمنظمة، فيشترط لجواز الانضمام إليها التزام جميع الوسطاء بالنظر في أحوال التسوية المباحة، وعدم دخولهم في أعمال التسوية المحرمة، لأن عمل أحدهم في الحرام يمنع من جواز الشركة، قال الإمام أحمد: ((يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه، ويكون هو الذي يليه لأنه يعمل بالربا))[1].

المطلب الخامس

الوساطة في المنازعات المشتملة على مطالبات محرمة:

المنازعات المشتملة على مطالبات محرمة تأتي على صورتين:

الصورة الأولى: يكون العقد المتنازع فيه محرماً برمته ولا يحتوي على مباح، كأن يكون عقد شراء خمر أو خنزير، فهذا لا يجوز للوسيط الدخول للتسوية فيه، لأن العقد باطل لا يمكن تصحيحه، وعمل الوسيط في التسوية من الإعانة على الإثم والعدوان، وهو محرم لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ ﴾[2]، ولأن التسبب المباشر

(١) المغني لابن قدامة ٥/ ١٠٩.

(٢) من الآية (٢) سورة المائدة.

للمحرم محرم، ودليل ذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: « أتانى جبريل فقال: يا محمد، إن الله عز وجل لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وحاملها، والمحمولة إليه، وبائعها، ومبتاعها، وساقيها، ومستقيها»[1]، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ أخبر أن اللعن لم يقتصر على شارب الخمر بل دخل فيه كذلك من اقتصر عمله على الإعانة عليه، كالعاصر و الحامل و الساقي، مع أن المحرم في الخمر شربها إلا أن الشارع سد الذريعة المفضية إليها بتحريم كل ما من شأنه الإفضاء بصورة مباشرة في المحرم، ولم يحرم ما قد يكون ذريعة غير مباشرة كزراعة العنب وبيعه على من يستعمله في مباح أو مجهول الحال.

الصورة الثانية: يكون العقد المتنازع فيه مباحاً يختلط به الحرام، كأن يكون عقد بيع، مؤجل الثمن يتضمن شرط غرامة تأخير السداد، أو أن يكون عقد شراء آلات منها آلات موسيقية، وهكذا، فإن كانت المسألة مما يصح فيه تبعيض الصفقة، كالمثال الأخير فيجوز للوسيط أن يجري عقد التسوية على هذا الأساس، فيصحح العقد في المباح ويبطله في الحرام، ويصلح بينهم في قيمة المباح.

أما إن كان مما لا يقبل التفريق فيسوي بينهم على أساس بطلان

---

(١) أخرجه أحمد حديث رقم (٢٨٩٧)، مسند أحمد (٥/ ٧٤)، وله شاهد عند أبي داود من حديث ابن عمر كتاب الأشربة، باب في العنب يعصر للخمر حديث رقم (٣٦٧٤)، وشاهد آخر عند الترمذي من حديث أنس ﷺ كتاب البيوع، باب النهي أن يتخذ الخمر خلاً، حديث رقم (١٢٩٥).

العقد، فلو أن رجلاً باع رجلاً سيارة وفي العقد شرط ربا، فيسوي بينهم على أساس بطلان العقد، كأن يقيم منافع السيارة في مدة استعمال المشتري، ويفاوض على تخفيضها، أو على عقد جديد بقيمة أقل أو أكثر وهكذا.

المطلب السادس

الإقرار لدى الوسيط وأثره في القضاء:

قرر الفقهاء وجوب أداء الشهادة إذا طلبت[1]، وتحريم كتمانها مع انتفاء الضرر، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾[2]، ووجه الدلالة على الوجوب النهي عن الكتمان، والوعيد بالإثم لمن كتمها.

لكن هل يدخل في ذلك الوسيط إذا استشهد فيما دار في جلسات الوساطة إذا كان ذلك مفيداً أمام القضاء؟

تقدم أن من أهم خصائص الوساطة (السرية)، و الهدف منها تشجيع الطرفين على الحوار بما يفيد في تقريب وجهات النظر، إلا أنه إذا قيل بوجوب الشهادة على الوسيط إن استشهد عن أمر من الأمور التي تم الحوار فيها أمام القضاء، فإن هذا يناقض هذا المبدأ الأساسي من مبادئ الوساطة، ولا يحقق الهدف منه في تشجيع المتخاصمين على التصريح بالحقائق، ويجعلهم قد يحجمون عن ذلك. إلا أنه بتدقيق النظر

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٥٧، والحاوي الكبير للماوردي ١٧/ ٥٠، الروض المربع للبهوتي ٤٧٣.

(٢) من الآية (٢٨٣) سورة البقرة.

و الموازنة بين هذين الأمرين، فإن المرجح هو: الإدلاء بالشهادة ولو أفضى ذلك لانتهاك مبدأ السرية في الوساطة، وذلك لأمور، منها:

١. أن مبدأ السرية يعد أحد شروط العقد الواقع بين الوسيط والأطرف، ويجب عليه الوفاء به، ولا يدخل في ذلك الحالات التي يجب عليه فيها الامتناع عن الكتمان، كالشهادة عند طلبها، مع عدم وجود الضرر عليه، فلا يكون مشمولاً بالشرط، لقول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم».

٢. أن مبدأ السرية إنما أقر لحث الوسيطين على الإدلاء بالمعلومات و حفزهم على الاسترسال في الحوار، وهذا من باب التحسينيات، أما إيجاب الإدلاء بالشهادة فإنما شرع لحفظ الحقوق، وهذا من باب الحاجيات، فيقدم الحاجي على التحسيني.

٣. أن من علم بكذب دعواه لم يبح له أخذ العوض؛ لأنه أكل لمال غيره بالباطل، ويكون في حكم الصلح الجائر الذي يحل حراماً.

المبحث الرابع
تطبيقات الوساطة في تسوية المنازعات

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
التطبيقات العربية للوساطة في تسوية المنازعات:

بالنظر إلى الدول العربية والإسلامية فإنها تعتبر الصلح العادل وسيلة مثلى لتسوية النزاع بحيث يقوم القاضي بتوجيه طرفي النزاع للصلح قبل الحكم في القضية، وتطورت أساليب الصلح والوساطة بحيث تم تخصيص إدارات للصلح أو أقسام في المحاكم أو بإنشاء محاكم خاصة أو مراكز خاصة للوساطة والصلح لتسوية المنازعات. وتعد الأردن من أفضل البلاد العربية تفعيلاً للوساطة وحرصاً على تقليل الطلب على المحاكم، لذا فقد لجأ إلى تفعيل إدارة الوساطة في المحاكم، وذلك لوجود قناعات راسخة لدى المتقاضين أن البت في القضايا من خلال المحاكم وتنفيذ أحكامها يستغرق مدة طويلة، وقد كانت ٦٠% من القضايا التي تفصل في محكمة الدرجة الأولى تستأنف تلقائياً. وقد تم إجراء تقييم للوساطة وسائر الأساليب البديلة لحل المنازعات، ووضعت خطة عمل لتطبيق الوساطة. مع الترخيص للوسطاء الخصوصيين (غير القضاة)، وإعلان أسمائهم. كما تم تدريب مجموعة من القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية على أعمال الوساطة. وتمت توعية الجمهور بها وفوائدها، وذلك بهدف اختصار الوقت والجهد والنفقات،

وللمساهمة في خلق بيئة استثمارية جاذبة ومنافسة.

وقد تم رسمياً افتتاح أول إدارة للوساطة في محكمة بداية عمان بتاريخ ١/ ٦/ ٢٠٠٦م كخطوة أولى لاستحداث إدارات مماثلة في بقية محاكم الأردن، وذلك تفعيلاً لقانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٦م. ويتلخص مبدأ الوساطة بقيام شخص محايد من أصحاب الخبرة والكفاءة والنزاهة بتوظيف مهاراته في إدارة المفاوضات، ومن خلال مجموعة من الإجراءات السرية، لمساعدة أطراف النزاع على تقريب وجهات نظرهم، وتسوية نزاعاتهم بشكل ودي قائم على التوافق والتراضي بعيداً عن إجراءات التقاضي، وبما يحقق الميزات التالية: ضمان السرية والخصوصية. ومحدودية التكاليف مقارنة بإجراءات التقاضي أو التحكيم. وتحقيق مصلحة طرفي النزاع. والمرونة. والمحافظة على العلاقة الودية بين الخصوم. واستثمار الوقت. والخروج بحلول إبداعية وخلاقة. وعدم تحمل أدنى درجة من المخاطرة، نظراً لحرية الخصوم في الرجوع عن أي عرض تقدموا به أثناء جلسات الوساطة ما لم يتم تثبيته خطياً. ولها عندهم ثلاثة أنواع ، أولها: وساطة قضائية: وهي التي يقوم بها قضاة، وثانيها: وساطة خاصة: وتتم من خلال القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين وغيرهم من أصحاب الاختصاص، المشهود لهم بالحياد والنزاهة، ويعطون تراخيص بممارسة الوساطة ويطلق عليهم اسم (وسطاء خصوصيون). وثالثها: وساطة اتفاقية: وتتم من خلال وسيط يتفق عليه أطراف النزاع.

وقد أجرت جمعية المحامين والقضاة الأمريكيين بالتشاور مع اللجنة التوجيهية لبرنامج الوساطة في المحاكم تقييما لمشروع الوساطة الريادي لمدة سبعة أشهر، واستند التقييم على الإحصاءات المتوفرة لدى إدارة الوساطة والملاحظات التي تم أخذها من المشاركين. وقد خلص التقييم إلى أن برنامج الوساطة كان بديلا ناجحا للتقاضي في محكمة بداية عمان؛ حيث تم التوصل إلى تسوية في أغلب الدعاوى ٧١% منها، وكانت نسبة رضا الأطراف عالية جداً، بل كان مستوى رضا الوسطاء أنفسهم عالياً[١].

وفي البحرين تقدم غرفة البحرين لتسوية المنازعات BCDR-AAA خدمات وساطة مؤسسية مبنية على قواعد الأونسترال الدولية. وكذلك يتم إدارة الدعوى عند تسوية النزاع من خلال مديري دعوى مدربين لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم AAA في نيويورك، وذلك باللغتين العربية والإنجليزية، كما توفر الغرفة قاعات مجهزة بكل الوسائل الحديثة المستخدمة في هذا المجال، وتنشط الغرفة في نشر ثقافة الوسائل البديلة من خلال تنظيم ورش العمل والورش التدريبية وتنظيم المؤتمرات والمشاركة فيها، وتقدم التدريب لكافة القطاعات المعنية من منتسبي السلك القضائي والمشتغلين في المجال القانوني من محامين ومستشارين قانونيين، وكذلك القطاع التجاري والاستثماري، والمجالات المتخصصة مثل الهندسة والتأمين وغيرها، وفي

(١) ينظر: الوساطة القضائية د. سلمان الدخيل، ص٥.

هذا الخصوص تم تدريب شريحة عريضة في مجال الوساطة، كما تقدم الغرفة ورش تدريبية لإعداد الوسطاء واعتمادهم من خلال برامج متخصصة تتم بإشراف مشترك بين الغرفة والجمعية الأمريكية للتحكيم AAA، وقد قطعت الغرفة شوطاً كبيراً في ذلك لما يمثله التعريف بالوسائل البديلة من ركيزة أساسية لتقديم صناعة حقيقية في المنطقة في هذا المجال وهو أحد المحال الرئيسية لرؤية الغرفة[1].

وفي الإمارات العربية المتحدة هناك إدارات لتسوية المنازعات في المحاكم، واهتمام كبير بتدريب وتأهيل القضاة والمختصين على مهارات الوساطة وإدارة الدعوى.

كما تم التوقيع على اتفاقية مقر المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم[2] مع دولة الإمارات العربية المتحدة بمناسبة انعقاد الاجتماع السنوي للبنك الإسلامي للتنمية بطهران سنة ٢٠٠٥م. حيث تقرر إقامة المركز في إمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة ومن هذا الموقع المتميز يوفر المركز أفضل وأحدث المرافق والتسهيلات لضمان تقديم خدمات التحكيم.

---

(١) تم الحصول على هذه المعلومات من نشرة تعريفية أرسلت لي بالبريد الإلكتروني بعد التواصل معهم.

(٢) المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم مؤسسة دولية مستقلة غير ربحية تم تأسيسها بتضافر جهود كل من البنك الإسلامي للتنمية والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية تم تأسيس المركز يوم ٩/ ٤/ ٢٠٠٥م وهو تاريخ انعقاد اجتماع الجمعية العمومية التأسيسية وبدأ النشاط الفعلي بالمركز في شهر ديسمبر ٢٠٠٦م .

ويختص المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بتنظيم الفصل في كافة المنازعات المالية أو التجارية التي تنشأ بين المؤسسات المالية أو التجارية التي تختار تطبيق الشريعة الإسلامية في فض المنازعات أو بين هذه المؤسسات وعملائها أو بينها وبين الغير عن طريق المصالحة أو التحكيم .

وتتمثل أعمال المركز فيما يأتي:

- ينظم المركز و يشرف على التحكيم ليساعد المؤسسات المالية علي تجاوز كل الصعوبات الناتجة عن المنازعات بمختلف أنواعها.
- يوفر المركز استشارات ومعلومات عن التحكيم عموماً والتحكيم الإسلامي خصوصاً.
- تقديم استشارات بشأن صيغة البنود المدرجة في العقود والاتفاقيات قبل إبرامها وذلك تفادياً لأي نزاع قد ينشب في المستقبل وكذلك تفسير بنود الاتفاقيات المبرمة.
- يقدم المركز المساعدة في تعيين المحكمين أو المصلحين فالمركز يملك قائمة من المحكمين والخبراء والمصلحين.
- إقامة الدورات التدريبية لنشر ثقافة التحكيم والصلح.
- ليس المركز محكمة تبت في النزاع وإنما الذي يبت في النزاع هم محكمون محايدون يختارهم أطراف النزاع أو يفوضون المركز لاختيارهم حسب نظمه ولوائحه.

- يسعى المركز إلى أن تستجيب الأحكام الصادرة تحت رعايته وإشرافه للشروط الأساسية لصدور الأحكام حتى يتم تسهيل تنفيذ الحكم إذا ما طلب ذلك من القاضي الوطني وإن كان الأصل أن تستجيب المؤسسات المالية للتنفيذ طواعية اقتناعاً منها بأهمية التحكيم وحفاظاً على مصداقيتها[1].

وقد اكتسب المركز عناية واهتمام المؤسسات المالية الإسلامية، يتضح ذلك من خلال الإحالة إليه في بنود الاتفاقيات التي تبرمها بعض المؤسسات المالية الإسلامية، والإفادة من خدمات المركز.

المطلب الثاني

التطبيقات العالمية للوساطة في تسوية المنازعات:

أصبح تطبيق الوساطة لتسوية المنازعات قبل اللجوء إلى القضاء توجهاً عالمياً، وكثير من الدول استحدثته، أو سعت في استحداثه بصور متنوعة، وجميع الدول التي طبقت الوساطة حققت نجاحاً كبيراً فيه، وذلك من خلال حل نسبة كبيرة من المنازعات وإنهائها.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية يختلف تطبيقه بحسب الولايات، فتلزم بعض الولايات الخصوم بأن يمثلوا أمام قاضي الصلح قبل إحالة القضية إلى قاضي الموضوع، وتم تفعيل الوساطة عبر التقنية الحديثة؛ إذ يمكن من خلال الاتصال المرئي بالفيديو الاستفادة من الوسطاء

(١) ينظر: موقع المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم www.iicra.com

الأجانب للمساعدة في الوساطة، وإجراءات التسوية، وهم في بلادهم عندما تتضمن القضايا متقاضين متعددي الجنسيات كما هي الحال في عقود الاستثمار الدولية.

وفي بريطانيا هناك محاكم الماجستريت (Magistrates) وهي من أهم أقسام القضاء البريطاني، وتنتشر في جميع أنحاء البلاد، والماجستريت: أشخاص متطوعون من العامة، لا يشترط فيهم توفر المؤهلات القانونية، ويتلقون تدريباً على إجراءات المحاكم.

وفي اليابان يعتبر الصلح والوساطة من أهم أسباب حل المنازعات؛ نظراً لطبيعة الشعب الياباني الذي يعظم من شأن الأعراف الثقافية اليابانية الشرقية التي تعلي من مكانة المروءة، والحرص على السمعة ومراعاة العادات الاجتماعية[1].

والله الموفق وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(١) ينظر: الوساطة القضائية د. سلمان الدخيل، ص٣.

الخاتمة

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

في ختام هذا البحث أورد أهم النتائج والتوصيات:

- تعتبر الوساطة من أهم الوسائل لحل المنازعات، والإصلاح بين الناس على مختلف المستويات، بين الأفراد، والأسر، والقبائل، والشركات الحديثة.
- يمكن تعريف الوساطة في حل المنازعات وتسويتها، بأنها: السعي لمساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل يتفق عليه الطرفان وينهي الخلاف ويمكن أن يُضاف إلى التعريف بعض الإجراءات والصفات التوضيحية التي يُستفاد منها في توضيح المفهوم وإن كان لا يلزم ذلك لعدم تأثيرها على حقيقة الوساطة، وعلى ذلك فيمكن تعريفها بأنها: ((السعي من قبل طرف محايد يهدف إلى مساعدة الأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر، وتقييمها وتوظيف مهاراته في إدارة المفاوضات لمحاولة التوصل إلى حل النزاع، وتسويته بشكل ودي قائم على التراضي)).
- الصلح عقد يرفع النزاع ويتوصل به إلى الإصلاح بين المتخاصمين وهذا يتفق مع حقيقة الوساطة وأهدافها في تسوية النزاع، فالإصلاح بمعنى الوساطة وثمرته الصلح وتسوية

النزاع فهما بمعنى واحد وتعتبر الوساطة المؤسساتية صورة متطورة لمفهوم الصلح في الشريعة الإسلامية، ولكنها أخص منه.

- التحكيم هو أحد أساليب حل النزاع بين المتخاصمين وبالمقارنة بين مفهوم التحكيم ومفهوم الوساطة يتبين أن التحكيم يشبه الوساطة في أنه عقد بين طرفين ينعقد برضاهما بإيجاب وقبول يعتقدانه من أجل إنهاء النزاع بينهما إلا أن الوساطة تختلف عن التحكيم في أمور جوهرية أبرزها: أن دور الوسيط في الوساطة بتقريب وجهات النظر للوصول إلى حل النزاع بتراضي الطرفين. بينما دور المحَكَّم في التحكيم يكون كدور القاضي الذي يصدر حكماً ينهي القضية محل النزاع، وأن الوساطة يقع فيها التنازل عن بعض الحق، وأما التحكيم فليس فيه تنازل عن الحق أو بعضه وإنما يتوصل فيه إلى إيصال الحق بحكم ملزم، كما أن التحكيم ملزم للأطراف، وأما الوساطة فغير ملزمه إلا إذا أتفق الأطراف صراحة على لزومها .
- الوساطة لحل النزاع والوصول إلى صلح بين الطرفين أمر مشروع في الشريعة الإسلامية بل ومندوب إليه ويعد من أفضل القرب. وهي مشروعة سواء تمت بين شخصين طبيعيين أو اعتباريين أم بين شخص اعتباري وشخص طبيعي، ما دامت وفق الضوابط والأحكام الشرعية بأن لا تحل حراماً أو

تحرم حلالاً، وبحيث لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وأن يكون محل الوساطة جائزاً شرعاً.

- تتنوع الوساطة في تسوية المنازعات إلى أنواع باعتبارات متعددة، ومنها: الوساطة القضائية، والوساطة الخاصة، والوساطة الاتفاقية.
- للوساطة سمات وأسس وتتمثل بالسرية، والحيادية، والتسوية السريعة، وحرية الانسحاب واللجوء للتقاضي.
- تطورت الوساطة عبر التاريخ الإنساني، ونحت في هذا العصر إلى تنظيم وإدارة عملية الوساطة وفق الأسس العملية والإدارية المتقدمة، وتمر عملية الوساطة النموذجية بأربع مراحل، وتتمثل بالمقدمة، والجلسة المشتركة، والاجتماعات المغلقة، والتسوية والاتفاق.
- إذا توصل الوسيط إلى تسوية النزاع، كلياً أو جزئياً، يقدم إلى قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح تقريراً بذلك، ويرفق به اتفاقية التسوية الموقعة من أطراف النزاع لتصديقها، وتعتبر هذه الاتفاقية بعد التصديق عليها بمثابة حكم قطعي، وأما إذا لم يتوصل الوسيط لتسوية النزاع فعليه تقديم تقرير إلى قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح يذكر فيه عدم توصل الأطراف إلى تسوية.
- تعتبر إجراءات الوساطة سرية وتنص القوانين على أنه لا يجوز

الاحتجاج بها أو بما تم فيها من تنازلات من أطراف النزاع أمام أي جهة، ويرى الباحث أن ضمان السرية كأساس يجعل الحرية لطرفي النزاع بالاعتراف بأي تصرف من شأنه إدانته في المستقبل، لا يبيح لمن علم بكذب دعواه أخذ العوض؛ لأنه أكل لمال الغير بالباطل، فالمرجح هو: الإدلاء بالشهادة ولو أفضى ذلك لانتهاك مبدأ السرية في الوساطة.

- الوسيط لا يتقاضى أتعاباً في حال كان قاضياً رسمياً يأخذ أتعابه من الدولة، أو كان وسيطاً متطوعاً يحتسب الأجر من الله تعالى، لكن يجوز للوسيط أن يأخذ أتعاباً مقابل تفرغه لدارسة القضية، ومقابلة الخصوم وعقد الاجتماعات، وإدارة الدعوى، حتى تتم التسوية وحل النزاع. ويختلف تكييف أتعاب الوسيط بحسب طبيعة علاقته بطرفي عقد الوساطة، فإما أن تكون الأتعاب مقابل تمام الإصلاح، فإذا تمت تسوية النزاع أعطي على ذلك ما تم الاتفاق عليه، وإن لم تتم التسوية لم يعطَ شيئاً، فالعقد في هذه الصورة عقد جعالة، وإما أن يستحق العوض ولو لم تتم التسوية، فالعقد عقد إجارة أشخاص، والأجير فيها الوسيط، ويعد أجيراً مشتركاً.
- تقدم المنظمات الراعية لأعمال الوساطة، والمكاتب المتخصصة في ذلك جملة من الخدمات للوسطاء قبل وأثناء وبعد عملية التسوية، وذلك بالتسويق والتواصل مع الأطراف وتجهيز

المقرات وغير ذلك من الخدمات المكتبية و السكرتارية المباشرة وغير المباشرة، وفي كثير من الحالات تتولى المنظمة التعاقد مع طرفي النزاع، ويقوم الوسيط بأعمال التسوية في عقد بينه وبين المنظمة، وتكييفه أنه عقد إجارة أشخاص، والأجير فيها هو الوسيط، وفي حال عمل الوسيط أجيراً في المنظمة، فينظر في طبيعة العقد، فإن كان يلزم الوسيط منه قبول حالات الوساطة المحرمة لم يجز له الانضمام للمنظمة، وإن كان لا يلزمه ذلك صح العقد، ولا يؤثر فيه عمل الوسطاء الآخرين في أعمال الوساطة المحرمة؛ لعدم عمله في الحرام ولا فيما يؤدي إليه.

- المنازعات المشتملة على مطالبات محرمة تأتي على صورتين:

الصورة الأولى: يكون العقد المتنازع فيه محرماً برمته ولا يحتوي على مباح، كأن يكون عقد شراء خمر أو خنزير، فهذا لا يجوز للوسيط الدخول للتسوية فيه، لأن العقد باطل لا يمكن تصحيحه، وعمل الوسيط في التسوية من الإعانة على الإثم والعدوان، وهو محرم.

الصورة الثانية: يكون العقد المتنازع فيه مباحاً يختلط به الحرام، كأن يكون عقد بيع، مؤجل الثمن يتضمن شرط غرامة تأخير السداد، أو أن يكون عقد شراء آلات منها آلات موسيقية، ونحو ذلك، فإن كانت المسألة مما يصح فيه تبعيض الصفقة، كالمثال الأخير فيجوز للوسيط أن يجري عقد التسوية على هذا

الأساس، فيصحح العقد في المباح ويبطله في الحرام، ويصلح بينهم في قيمة المباح، أما إن كان مما لا يقبل التفريق فيسوي بينهم على أساس بطلان العقد.

- أصبح تطبيق الوساطة لتسوية المنازعات قبل اللجوء إلى القضاء توجهاً عالمياً، وكثير من الدول استحدثته، أو سعت في استحداثه بصور متنوعة، وجميع الدول التي طبقت الوساطة حققت نجاحاً كبيراً فيه، وذلك من خلال حل نسبة كبيرة من المنازعات وإنهائها.

وبعد عرض نتائج البحث أورد فيما يأتي أهم التوصيات:

١. العناية بموضوع الوساطة في تسوية المنازعات من حيث الدراسات، والتقارير، والوسائل التوعوية والتثقيفية والأنظمة التشريعية والإدارات والمراكز المتخصصة لعملية الوساطة، والإفادة من التجارب الناجحة، والسعي لتطويرها في المملكة العربية السعودية وفق المفهوم المؤسسي لمراكز الوساطة في تسوية المنازعات.

٢. تحديث الأنظمة واللوائح الإجرائية المتعلقة بتحديد إجراءات الوساطة بحيث تكون فعالة وذات جودة عالية وفق مفهوم إدارة الجودة الشاملة واتخاذ التدابير الكافية لاعتماد التسوية وإثباتها.

٣. تطوير مراكز الوساطة وتهيئتها بالوسائل المناسبة والقاعات الملائمة التي من شأنها تسريع عملية التسوية وحل النزاع.
٤. تأهيل القضاة والمستشارين والوسطاء للقيام بعملية الوساطة بكل احترافية ومهنية.
٥. الاهتمام بإدارة الدعوى، وذلك بتوفير الجوانب الإدارية المتطورة وتوظيف التقنية الحديثة.

قائمة المراجع والمصادر

- **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان،** للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.
- **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،** للإمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ.
- **إعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام ابن قيم الجوزية،** تحقيق محيي الدين عبدالحميد، مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ.
- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق للشيخ زين الدين ابن نجيم الحنفي،** دار المعرفة. بيروت لبنان. الطبعة الثانية.
- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،** للشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثانية.
- **التحكيم في الفقه الإسلامي،** لفضيلة الدكتور حسن بن أحمد الغزالي، رسالة ماجستير في قسم الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٠٩هـ.
- **حاشية رد المحتار،** لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، المكتبة التجارية. مكة المكرمة.

- **الحاوي الكبير**، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، للشيخ منصور بن إدريس البهوتي، مع حاشية ابن قاسم. الطبعة الرابعة ١٤١٠هـ.
- **روضة الطالبين**، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ومعه منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي. تحقيق عادل عبد الموجود وعلى عوض.دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- **سنن أبي داود**، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، تحقيق الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد. المكتبة العصرية صيدا. بيروت ١٤١٦هـ.
- **سنن الترمذي**، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق وشرح الشيخ أحمد محمد شاكر، والشيخ محمد فؤاد عبدالباقي، والشيخ إبراهيم عطوة عوض، دار الحديث القاهرة مصر.
- **شرح الخرشي على مختصر خليل**، وبهامشه حاشية العدوي، دار صادر بيروت.
- **الصحاح للجوهري**، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط١ ١٤١٩هـ.

- **صحيح البخاري** للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، المكتبة العصرية. صيدا بيروت ١٤١٥هـ.
- **صحيح مسلم،** للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، حقق نصوصه ورقمه الشيخ محمد فؤاد عبدالباقي، دار الحديث، القاهرة مصر.
- **الصلح في الخصومات،** لفضيلة الشيخ أحمد بن صالح البراك، رسالة ماجستير في قسم الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٨هـ.
- **الفروق،** للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي، الشهير بالقرافي، عالم الكتب، بيروت لبنان.
- **القاموس المحيط للفيروز أبادي،** مؤسسة الرسالة بيروت ط٥ ١٤١٦هـ.
- **كشاف القناع عن متن الإقناع** للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيحلي مصطفى هلال. دار الفكر للطباعة والتوزيع. بيروت، لبنان ١٤٠٢هـ.
- **لسان العرب،** لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت لبنان.
- المجلس القضائي الأردني www.jc.jo
- **مسند** الإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ.

- **المطلع على أبواب المقنع** للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، دمشق سوريا. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٣٨٥هـ.
- **المعجم الوسيط**، إبراهيم مصطفى وآخرون المكتبة الإسلامية، تركيا.
- **مقاييس اللغة** لابن فارس، دار الجيل، بيروت ط١ ١٤١١هـ.
- **مختار الصحاح** للإمام محمد بن أبي بكر الرازي، مكتبة الحرمين الرياض.
- **المعايير الشرعية**، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين المنامة، ١٤٣١هـ.
- **المغرب في ترتيب المعرب** للإمام أبي الفتح ناصر الدين المطرزي، تحقيق محمد فاخوري وعبد الحميد مختار. مكتبة دار الاستقامة، حلب سوريا. الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.
- **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، للشيخ محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر.
- **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات**، للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار صادر بيروت.
- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب، ومعه التاج والإكليل

لمختصر خليل للمواق. ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان. الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.

- **الوساطة القضائية،** د. سلمان بن صالح الدخيل، ورقة عمل غير منشورة، ١٤٣١هـ.
- **الوساطة كأحد الحلول البديلة لحل النزاعات،** للمحامي يحيي الفرا، منشور على الإنترنت في موقع عائلة الفرا.
- **الوساطة في حل النزاعات،** كارل سليكيو، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- **الوساطة ودور الطرف الثالث في تسوية المنازعات،** د. منير محمود بدوي، مجلة دراسات مستقبلية، العدد الثامن يوليو ٢٠٠٣م، مركز دراسات المستقبل، جامعة أسيوط مصر.

ضمان الديون بأموال الزكاة

دراسة فقهية

إعـــداد

د. صالح بن محمد الفوزان

أستاذ الفقه المشارك بقسم الثقافة الإسلامية بكلية التربية

جامعة الملك سعود

المقدمة

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

فإن من غايات الزكاة وحِكَمها العظيمة تحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة للشرائح منخفضة الملاءة المالية ، بحيث تكون هذه الشرائح منتجة لا مستهلكة عبر تحفيزها على العمل والإنتاج ، وهذا يتطلب التمويل الكافي لهذه الفئات لبدء النشاط الاستثماري.

ومن الحلول المطروحة لذلك تمكين المستحقين ومَن في حكمهم من الحصول على التمويل الاستثماري من المؤسسات المالية ، بحيث تضمنهم مؤسسة الزكاة أمام الجهات المانحة لتموّلهم بضمان المؤسسة الزكوية بما لديها من زكوات، وهذا ما أناقشه في هذا البحث انطلاقاً من أحكام كل من الزكاة والضمان في الفقه الإسلامي.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في الدور التنموي لتمويل الشرائح الضعيفة مادياً مع حمايتها من المطالبة القضائية وما يترتب عليها في حال عجزها عن أداء ما وجب عليها من التزامات مالية وذلك بضمان هذا التمويل من قبل مؤسسة الزكاة.

وقد جاء هذا البحث في مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة كما يأتي:

التمهيد: الزكاة وضمان الديون.

المبحث الأول: المؤيدات الفقهية لضمان الديون بأموال الزكاة.

المبحث الثاني: الموانع الشرعية لضمان الديون بأموال الزكاة.

المبحث الثالث: الترجيح.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

وختاماً أسأل الله تعالى التوفيق والإخلاص في القول العمل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

التمهيد

الزكاة وضمان الديون

أولاً: تعريف الديون:

الدُّيون في اللغة جمع دَيْن ، ويُطلق على كل شيء غير حاضر أو ما له أجل، كما يُطلق على المعاملة فيُقال: دَايَنْتُ فلاناً : إذا عاملتُه دَيْناً ، ودِنْتُ الرجلَ أي أقْرَضْتُه فهو مَدِيْن ومَدْيون، وقيل: دِنْتُه أقرضتُه ، وأَدَنْتُه استقرضته منه ، وادَّانَ : اشترى بالدَّيْن أو باع بالدَّيْن ، ورجل مِدْيان: يُقرِض ويستقرض كثيراً[(١)] .

أما الفقهاء فقد تفاوتوا في تعريف الدَّين ، وإن كان الحنفية أكثر إيراداً لتعريفه، فعرفوه بأنه: "وصف شرعي في الذمة يظهر أثره في المطالبة"[(٢)] ، وهذا التعريف يشمل جميع أنواع الديون ، فيما نقل ابن نجيم تعريفه بأنه: "مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما"[(٣)]، وهذا التعريف يشمل كل الديون المالية التي تثبت في الذمة بصرف النظر عن أسباب ثبوتها ، ويُلاحظ من هذا التعريف أن الدين مال حكمي، أي أن له حكم المال، وليس مالاً حقيقياً؛ إذ هو عبارة عن وصف شاغل للذمة ولا يتصور قبضه حقيقةً، ولكن نظراً لصيرورته

---

(١) لسان العرب (دين) : ١٣/ ١٦٧، و القاموس المحيط (الدين) : ص١٥٤٦ .

(٢) العناية على الهداية: ٦/ ٣٤٦، وتبيين الحقائق: ٤/ ١٧١ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٣٥٤ ، وانظر: بدائع الصنائع: ٢/ ١٠، وفتح القدير لابن الهمام: ٥/ ٤٣٠.

مالاً في المآل - أي عند الاستيفاء- سمي مالاً مجازاً[١] .

ولعل من أهم عناصر الدَّيْن أنه في الذمة (نسيئة)؛ ولذا فقد قال القرطبي: "وحقيقة الدَّين عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسيئة"[٢] .

وعرف أكثر الفقهاء الدَّيْن بأنه: "ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته"[٣]، فيدخل فيه كل الديون المالية، سواء منها ما ثبت في نظير عين مالية، أو ما ثبت في نظير منفعة، أو ما ثبت حقاً لله تعالى من غير مقابل كالزكاة، وتخرج عنه سائر الديون غير المالية من صلاة فائتة وإحضار خصم إلى مجلس الحكم ونحو ذلك[٤] .

وكما تقدم فإن للدَّيْن أسباباً كثيرةً إلا أن الأقرب لموضوع البحث ما ثبت في الذمة بسب عقد مالي كثمن المبيع وبدل القرض والأجرة ونحوها .

ثانياً: تعريف الضمان وأركانه:

الضَّمَان في اللغة: الكفالة والالتزام ، يُقال : ضَمِنْتُ المالَ ضَمَاناً فأنا ضامِن وضَمِينٌ : كَفَلتُ به والْتَزَمتُه، كما يأتي بمعنى الغرامة ، يُقال: ضَمَّنْتُه المالَ تُضْمِيناً : ألزمته به وغرّمته ، وضَمّنْتُ الشيءَ كذا : جعلتُه محتوياً عليه[٥] .

---

(١) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنزيه حماد: ص١١١ .
(٢) تفسير القرطبي: ٣/ ٣٧٧، وانظر: الربا والمعاملات المصرفية لعمر المترك: ص٢٨٧ .
(٣) انظر: منح الجليل: ٥/ ٤٣، ونهاية المحتاج: ٣/ ١٣١، وكشاف القناع: ٤/ ٤٠٤.
(٤) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنزيه حماد: ص١١٢ .
(٥) لسان العرب (ضمن) : ١٣/ ٢٥٧، والقاموس المحيط (ضمن) : ص١٥٦٤ .

أما في الاصطلاح الفقهي فللضمان معانٍ متعددة ، وعليه فإن تعريفه يتفاوت بتفاوت المعنى المراد ، فعرفه بعضهم بأنه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"[(١)] ، والتعريف عام يشمل الضمان العقدي كالتزام المال ، والالتزام بغير العقد كغرامة المتلفات والغصوب وما يجب بإلزام الشارع كالديات والكفارات .

إلا أن المراد في البحث المعنى الخاص المرتبط بالضمان المالي ، وقد عرفه الفقهاء بأنه: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"[(٢)] ، علماً بأن بعض الفقهاء (كالحنفية) يسميه الكفالة ، وأكثرهم يطلق عليه الضمان ويطلق الكفالة على التزام إحضار البدن.

وللضمان بهذا المعنى الخاص أركان: الضامن ، والمضمون عنه (المدين)، والمضمون له (الدائن)، والمضمون به وهو الدَّيْن ، والصيغة .

فأما الضامن فيُشترط فيه التكليف والرشد والاختيار والحرية وألا يتعلق بماله حق للغير ، وأما المضمون عنه والمضمون له فالأصح عدم اشتراط شيء فيهما ، إذ يصح الضمان ولو بغير رضاهما أو علمهما ، وأما الدَّيْن المضمون به فيُشترط فيه أن يكون لازماً أو آيلاً للزوم[(٣)] .

---

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا: ٢/ ١٠٣٥ .

(٢) المغني: ٧/ ٧١ .

(٣) انظر تفصيل أركان عقد الضمان وشروطه في: تبيين الحقائق: ٤/ ١٤٥، والبحر الرائق: ٦/ ٢٢١، والذخيرة: ٩/ ٢٠١، ومواهب الجليل : ٥/ ٩٦، والحاوي الكبير: ٦/ ٤٣٣، وروضة الطالبين: ٤/ ٢٤٠، والمبدع: ٤/ ٢٤٨، وكشاف القناع: ٣/ ٣٦٢ ، والموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٤/ ٢٩٠ .

والضمان أحد وسائل توثيق الديون ، فالديون توثّق بالكتابة والشهادة والرهن والضمان ، وكما تقدم فإن المراد في البحث ضمان الديون الناشئة عن عقود مالية كالبيع والإجارة والقرض والسَّلَم ونحوها .

ولضمان الديون صلة وثيقة بالقضاء؛ ذلك أن المدين إذا تخلف عن السداد فإنه الغريم (الدائن) قد يُضطر إلى الرفع به إلى القضاء لاسترداد حقه خاصة إذا كان المدين من ذوي الملاءة المالية المنخفضة ، وهم الشريحة التي تستهدفها مؤسسة الزكاة بضمان ديونهم وحمايتهم من آثار المطالبة القضائية .

ثالثاً: تعريف الزكاة ومقاصدها:

للزكاة في اللغة معانٍ عدّة، فتُطلق على النماء والزيادة ، ومنه قولهم: زَكَا الزرعُ إذا نما وزاد، كما تُطلق على الطهارة والتطهير ، ومنه قوله تعالى: ﴿ قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّىٰهَا ﴿٩﴾ ﴾ [1] أي طهّرها من الأدناس ، كما تطلق على المدح ، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلَا تُزَكُّوٓاْ أَنفُسَكُمْ ﴾ [2] أي لا تمدحوها، وتُطلق على الصلاح وزيادة الخير ، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ وَأَنَّ ٱللَّهَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٠﴾ ﴾ [3] . أي: ما صلُح، كما تُطلق على الحلال الطيب، ومنه قوله تعالى:

---

(١) سورة الشمس ، الآية (٩) .

(٢) سورة النجم ، الآية (٣٢) .

(٣) سورة النور ، جزء من الآية (٢٠) .

﴿ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا ﴾ [1] ، أي : حلالاً طيباً[2] .

ومما تقدم تتضح علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الشرعي للزكاة ، فهي سبب لزيادة المال ونمائه بالخلف في الدنيا والثواب في الآخرة ، كما أن فيها تطهيراً للمال وللمزكِّي من الذنوب والبخل ، وبها تحصل البركة ويُمدح فاعلها ويُثنى عليه بالجميل ، وفيها علامة على صلاح دافعها وزيادة خيره[3] .

أما الفقهاء فإن منهم من يُطلق الزكاة على نفس فعل الإيتاء، وهذا يتضح من وصف الزكاة بالوجوب، إذ الوجوب من صفات الأفعال لا الأعيان، ولأن موضوع الفقه فعل المكلف وهو الإيتاء، ومنهم من يطلقها على المال المؤدَّى انطلاقاً من قوله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾، والإيتاء إنما يصح في العين (المال)[4]، وذهب بعض المحققين إلى أنها حقيقة في الإيتاء مجاز في المال المخرَج[5].

---

(١) سورة الكهف ، جزء من الآية (٢١) .

(٢) انظر: لسان العرب (زكا) : ١٤/ ٣٥٨، و القاموس المحيط (زكا) : ص١٦٦٧ ، وتاج العروس (زكو) : ٣٨/ ٢٢٠ .

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي : ٢/ ١٤٩ ، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير : ٢/ ٣٠٧، ولسان العرب (زكا) : ١٤/ ٣٥٨، والإنصاف للمرداوي (مع المقنع والشرح الكبير) : ٦/ ٢٩١ ، وحاشية ابن عابدين : ٢/ ٢٥٦ .

(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي : ٢/ ١٥٣، والبحر الرائق لابن نجيم: ٢/ ٢١٦ ، وحاشية ابن عابدين : ٢/ ٢٥٦ .

(٥) البحر الرائق لابن نجيم : ٢/ ٢١٦، وحاشية ابن عابدين : ٢/ ٢٥٦ ، بينما ذهب بعض أهل اللغة إلى أنها من الألفاظ المشتركة بين المعنيين . انظر : الفائق في غريب الحديث للزمخشري : ٢/ ١١٩، والنهاية في غريب الحديث: ٢/ ٣٠٧ ، ولسان العرب (زكا) : ١٤/ ٣٥٨ .

فعرفها بعض الحنفية بأنها : "تمليك جزء مال عينه الشارع من مسلم فقير غير هاشمي ولا مولاه مع قطع المنفعة عن المملِّك من كل وجه لله تعالى"(١) .

ومن تعريفاتها عند المالكية: "إخراج جزء من المال شُرط وجوبه لمستحقه بلوغ المال نصاباً"(٢) .

كما عرفها بعض الشافعية بأنها: "اسم صريح لأخذ شيء مخصوص من مال مخصوص على أوصاف مخصوصة لطائفة مخصوصة"(٣) .

بينما عرفها الحجاوي الحنبلي في الإقناع بأنها : "حق واجب في مال مخصوص لطائفة مخصوصة في وقت مخصوص"(٤) .

وانطلاقاً من أركان التعريف ثلاثة : النصاب ، والمال (الوعاء) الزكوي ، والمصرف (المستحقين) ، يمكن تعريف الزكاة بأنها : "إخراج نصيب مقدر شرعاً في مال مخصوص لطائفة مخصوصة" .

وقد شُرِعت الزكاة لحكم عظيمة ومقاصد شريفة منها ما يتعلق بالمزكي نفسه وعلاقته بربه ، ومنها ما يتعلق بالمستحقين ، ومنها ما

---

(١) الدر المختار للحصكفي (مع حاشية ابن عابدين) : ٢/ ٢٥٦ ، وملتقى الأبحر (مع مجمع الأنهر) : ١/ ٢٨٤ .

(٢) شرح حدود ابن عرفة للرصاع : ١/ ١٤٠ ، ومواهب الجليل للحطاب : ٣/ ٢٠٧ .

(٣) الحاوي الكبير : ٣/ ٧١ ، ونحوه تعريف النووي في المجموع : ٥/ ٣٢٥ .

(٤) الإقناع (مع كشاف القناع) : ٢/ ١٦٦ ، وهذا هو التعريف المشهور عند الحنابلة . انظر : المبدع لابن مفلح : ٢/ ٢٩٠ ، وشرح منتهى الإرادات : ٣/ ٣٦٣ ، ومطالب أولي النهى: ٢/ ٤ .

يتعلق بالمجتمع ، ومنها ما يتعلق بالمال المُزكّى[1] ، وفيما يلي بيان ذلك بإيجاز :

أ ـ ما يتعلق بالمزكي:

فالزكاة شُرعت تطهيراً له وتنقية من الشح والبخل وتحريراً من عبودية المال واختباراً له بإنفاق المال المحبوب ، وفيها طاعة لله وتعبد له ، وشكر له على نعمة المال ، وتدريب للمزكي على الإنفاق في سبيل الله في جميع المجالات الواجبة والمندوبة ، وترغيب له في فضيلة الإحسان وما يترتب عليه من الثواب والمضاعفة والخلف من الله تعالى .

ومما يشير إلى ذلك قوله ﷺ: (ما من يوم يصبح العباد فيه إلا ملكان ينزلان فيقول أحدهما: اللهم أعط منفقاً خلفاً، ويقول الآخر: اللهم أعط ممسكاً تلفاً)[2] .

ب ـ ما يتعلق بالمستحقين:

شُرعت الزكاة مواساةً لهم وسداً لحاجتهم وتأميناً لمستلزماتهم المادية والاجتماعية كالأكل والشرب والسكن والعلاج والزواج وغيرها.

---

(١) بدائع الصنائع : ٢/ ٢ ، والموافقات للشاطبي : ٣/ ١٢١ . وانظر تفصيل الحديث عن مقاصد الزكاة وحكم مشروعيتها في : أسرار الزكاة للغزالي: ص٦٣، ومصارف الزكاة وتمليكها للعاني : ص٧٠ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى:﴿ فَأَمَّا مَنْ أَعْطَىٰ وَٱتَّقَىٰ ۝٥ ﴾ رقم (١٤٤٢): ص٢٣٣ ، ومسلم في صحيحه: كتاب الزكاة: باب في المنفق والممسك: رقم (١٠١٠): ص٤٠٨ من حديث أبي هريرة ﷺ.

ج ـ ما يتعلق بالمجتمع:

فالزكاة تؤدي وظائف مهمة على كافة الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ففيها تجسيد للتضامن الاجتماعي وإعادة توزيع الدخل وتقليل التفاوت الاقتصادي بين الأفراد وتنشيط الحركة الاقتصادية والقضاء على بعض الآفات الاجتماعية كالبطالة والتسول ، والإسهام في نشر الدين وإعلاء كلمة الله تعالى.

د ـ ما يتعلق بالمال:

ففي الزكاة تطهير للمال وجلب للبركات وحماية له من الآفات وزيادة معنوية بالبركة وحسية بتنمية المال واستثماره لئلا يتآكل بمضي الأعوام.

ولذا فقد جاء في الصحيح أنه ﷺ قال: (ما نَقَصَت صَدَقةٌ مِن مَالٍ)[1] .

رابعاً: أطراف ضمان الديون بأموال الزكاة:

انطلاقاً مما تقدم فإن الأطراف التي يمكن أن تشترك في ضمان الديون بأموال الزكاة ثلاثة: الضامن، والمضمون عنه، والمضمون له، وفيما يلي إشارة إلى هذه الأطراف .

١ـ الضامن:

والضامن هو من له علاقة بمال الزكاة، وهو إما أن يكون المزكي أو

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البر والصلة والأدب: باب استحباب العفو والتواضع: رقم (٢٥٨٨): ص١١٣١ من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه-.

مؤسسة الزكاة، ولا يتصور أن يكون المزكي هو الضامن؛ لأن الضمان يستلزم تأخير الزكاة أو قدر منها لتغطية الدين المضمون؛ ومجرد شغل ذمة المستحق بالدين لا يعني أنه صار غارماً، فليس من مصارف الزكاة .

وأما مؤسسة الزكاة فإنها يمكن أن تضمن ديون المستحق من أموال الزكاة التي تتجمع لديها ، وهذا محل البحث كما سيأتي .

٢ـ المضمون عنه:

والمضمون عنه (المدين) إما أن يكون مستحقاً للزكاة بحيث يكون من الفقراء والمساكين أو من في حكمهم ممن لا يجدون كامل كفايتهم ، ويحتاجون للتمويل للعمل والإنتاج ، كما أن المضمون عنه قد يكون من غير أهل الزكاة من ذوي الملاءة المالية المنخفضة .

٣ـ المضمون له:

المضمون له (الدائن) قد يكون شخصاً حقيقياً وقد يكون اعتبارياً كالمؤسسات المالية والجهات المانحة للتمويل ، والغالب أن مثل هذه الجهات تضع شروطاً ومعايير ائتمانية لمن يمكن تمويلهم ، ووجود غطاء لضمان التمويلات من الشروط التي قد تضعها مؤسسات التمويل خاصة إذا لم يتمكن المتمول من توثيق دينه بشيء آخر كرهن أو تحويل مرتب بشكل دوري (شهري) ونحو ذلك .

وقد طُرحت فكرة ضمان أموال الزكاة لتمويل الشرائح الضعيفة مادياً كي تتمكن من المتاجرة والاستثمار الذي يسهم في التنمية الاقتصادية ، وبهذا الضمان الذي تقدمه مؤسسة الزكاة تكون هذه

الشرائح مرشّحة لتمويلها من قبل المؤسسة المالية، وفي حال إخفاق المتموِّل في سداد ما عليه فإن مؤسسة الزكاة تدفع للمؤسسة المالية من مال الزكاة مقدار الدين المستحق على هذا المتمول، ثم تعود مؤسسة الزكاة على هذا المتمول المضمون عنه لتسترجع ما دفعته بأقساط مناسبة لملاءته المالية، ولا يخفى أن المراد التمويل عن طريق المؤسسات المالية الإسلامية التي تراعي الأحكام الشرعية في التمويل المصرفي ، ويمكن أن يتناول جهات التمويل الأخرى .

ورغم أن هذا الفكرة لم تحظ بالبحث والمناقشة (في حدود اطلاعي)، إلا أنني سأفترض اتجاهين في هذه المسألة وأوجه كل اتجاه بما يتفق وأحكام الزكاة، حيث أعرض فيه لرأي الموافقين والمخالفين ثم أرجّح ما ظهر لي، وذلك من خلال المباحث التالية.

المبحث الأول

المؤيدات الفقهية لضمان الديون بأموال الزكاة

يرى البعض أنه يجوز أن تكون أموال الزكاة ضماناً للعاجزين عن السداد للمؤسسات المالية، على أن تعود مؤسسة الزكاة لهم لاسترجاع ما تم دفعه بأقساط مناسبة.

مؤيدات هذا الاتجاه:

١ـ أن الزكاة لها وظيفة تنموية اقتصادية وهدف تكافلي اجتماعي ، وهذا من أعظم مقاصد هذه الفريضة، كما أن المعنى اللغوي للزكاة يدور حول النماء والتنمية ، وهذا يتحقق من خلال ضمان الشرائح الضعيفة لتمكينهم من الاستثمار وتنمية أموالهم والإسهام في التنمية الاقتصادية للمجتمع، وهكذا فوضع الزكاة ضماناً للمستحقين يحقق معنى الزكاة ومقاصدها الشرعية .

ويمكن أن يُجاب بأن إخراج الزكاة يجب أن يحقق مقاصدها الشرعية في ضوء أحكامها ، فالزكاة عبادة لها أحكام وشروط ومصارف خاصة ، ولا يجوز مخالفة هذه الأحكام والمصارف بحجة تحقيق التنمية الاقتصادية، وضمان الزكاة لتمويل هذه الشرائح قد يترتب عليه حبس لبعض أموال الزكاة وتأخير لصرفها دون حاجة معتبرة، وصرف لها في غير مصارفها المحددة شرعاً عند عجز المتمول؛ إذ إن المستحق لا ينتفع بالتمويل كما ينتفع بمال الزكاة المباشر أو المُستثمَر ، وقد يعجز عن السداد فيكبده ذلك التزامات جديدة ويزيد من فقره وعوزه.

٢ـ القياس على جواز استثمار أموال الزكاة لصالح المستحقين[١]، وضمان الزكاة لاستثمار الشرائح الضعيفة يمكّنهم من الاستثمار وتنمية أموالهم ، فأموال الزكاة كما يجوز أن تُستثمر يجوز أن تكون ضماناً يساعد على الاستثمار خاصة من قبل الفقراء ونحوهم ممن لا يتمكّنون من أخذ التمويل إلا بضمانات لا تتوفر فيهم .

ويمكن أن يجاب بأن هناك فرقاً ظاهراً بين استثمار أموال الزكاة لصالح المستحقين وجعلها ضماناً لصالح المؤسسات المالية ، فالاستثمار يهدف لتنمية أموال الزكاة لتحقق مصالح أعظم للمستحق ، أما جعل الزكاة ضماناً للتمويل فإن مصلحة المؤسسات المالية فيه أظهر من مصلحة المستحقين ، خاصة أن المتمولين الفقراء قد لا ينتفعون بهذا التمويل لقلته، ويعجزون غالباً عن سداده ، فمصلحتهم في هذا الإجراء أقل من مصلحتهم في الاستثمار المباشر للزكاة .

٣ـ قياس ضمان الزكاة للتمويل المدفوع للفقراء على مصرف الغارمين ، فكما أن الغارم إذا كان مديناً بسبب تجارة فإنه يجوز إعطاؤه من الزكاة لسداد دينه إذا عجز عن الوفاء به[٢] ، فكذلك يجوز أن تكون الزكاة ضماناً لما يأخذه من تمويل للمتاجرة والاستثمار بحيث يتم السداد

---

(١) انظر تفصيل حكم استثمار أموال الزكاة لصالح المستحقين في كتاب:"استثمار أموال الزكاة" لصالح الفوزان .

(٢) حيث اشترط الفقهاء في الغارم لمصلحة نفسه أن يكون قد غَرِم في سبب مباح ، وهذا يشمل الغرم من أجل التجارة والاستثمار . انظر: الكافي لابن عبد البر: ص١١٤، والذخيرة: ٣/ ١٤٧، وروضة الطالبين : ٢/ ٢١٧، والمغني: ٩/ ٣٢٣، وكشاف القناع: ٢/ ٢٨٢ .

من الزكاة إذا عجز المتمول عن السداد .

ويمكن أن يجاب بأن هناك فرقاً بين دفع الزكاة في الغارمين وحبسها كضمان للتمويل من وجوه:

أ ـ أن الغارم بسبب التجارة تُدفع الزكاة له لسداد دينه الذي تحمله، ولا تُحبس أموال الزكاة قبل ذلك توقعاً لخسارته، أما في هذه الفكرة فإن بعض أموال الزكاة قد لا تُصرف للمستحقين، بل تُحبس ضماناً للتمويل، وقد تبقى محبوسة عدة سنوات ، ولا تُدفع للممولِّ إلا إذا عجز المتمول عن السداد.

ب ـ أنه لا يُرجع على الغارم بقدر ما صُرف له من الزكاة، أما في هذه الفكرة فإن مؤسسة الزكاة تعود على المتمول الذي قد يكون مستحقاً للزكاة بقدر ما تم دفعه لجهة التمويل .

ج ـ أن الفقهاء اشترطوا شروطاً في دين الغارم ليستحق الزكاة ، ومنها أن يكون مديناً فعلاً ، وأن يكون دينه حالاً لا مؤجلاً[1] ، وفي حبس الزكاة ضماناً للتمويل صَرْفٌ (حبسٌ) لها في مقابل دين لم يستحق أصلاً ، أو لم يحل بعد .

٤ـ أن الفقهاء نصوا على أن من صور الغارم الذي يأخذ من الزكاة مَن ضَمِن عن غيره ديناً وكان الضامن والمدين معسرَين، وهو

(١) الكافي لابن عبدالبر: ص١١٤، والذخيرة: ٣/ ١٤٧، والمجموع: ٦/ ٢٠٨، وروضة الطالبين: ٢/ ٢١٨ ، ومغني المحتاج: ٣/ ١١٠، والإنصاف: ٧/ ٢٤٥.

مذهب الشافعية والحنابلة[1] ، وإذا جاز أن تُدفع الزكاة للضامن الغارم جاز أن تكون الزكاة نفسها ضماناً للمستحق بحيث يتمكن بسببها من أخذ مال من جهة التمويل .

ويمكن أن يُجاب بأن بعض الفقهاء كالمالكية اشترطوا أن يكون الغارم مديناً فعلاً بحيث يُحبس في الدين، فلا تُعطى الزكاة للضامن إلا إذا أدى عن المدين وصار غارماً[2]، وعليه كان يجب أن تُصرف الزكاة لمن عجز عن السداد للمؤسسات المالية؛ لأنه صار غارماً حينئذٍ، لا أن تكون ضماناً يُدفع لجهة التمويل، ثم إن الغارم الضامن لا يُرجع عليه بما دُفِع إليه من الزكاة، وهنا ترجع مؤسسة الزكاة عليه بما دفعته للدائن.

٥ـ أن مؤسسة الزكاة عندما تدفع الزكاة للمؤسسة المالية الممولة عند عجز المتمول عن السداد فإنها ترجع بها على المضمون عنه ولا تضيع الزكاة أو تُصرف دون مقابل، بل تُدفع ثم تُستعاد ، فكأنها أقرضت الزكاة قرضاً حسناً، وإقراض مال الزكاة أجازه بعض المعاصرين للمصلحة قياساً على دفع الزكاة للغارم[3]، ومتاجرة المحتاجين واستثمارهم مصلحة تجيز إقراض الزكاة كما في هذه الصورة .

---

(١) المجموع: ٦/ ٢٢٢، وروضة الطالبين: ٣/ ٣١٨، ومغني المحتاج: ٣/ ١١١، والإنصاف: ٧/ ٢٤٥ ، وكشاف القناع: ٢/ ٢٨٢ .

(٢) الذخيرة: ٣/ ١٤٨، ومواهب الجليل: ٢/ ٢٥١، وحاشية الدسوقي: ١/ ٤٩٦ .

(٣) اختاره د. يوسف القرضاوي كما في فقه الزكاة: ٢/ ٦٣٤ ، ونقله عن غيره كأبي زهرة وعبد الوهاب خلاف وعبد الرحمن حسن، واختاره د. عبدالحميد البعلي (الندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة : ص٢٩١) ود. محمد الزحيلي ود. عبدالستار أبو غدة (الندوة الخامسة: ص١٩١، ٢٤٣) .

ومما يدل على أن دفع الضمان للمضمون له ثم الرجوع على المضمون عنه يشبه القرض أن عامة الفقهاء منعوا أخذ الأجر على الضمان[1] ، بل حُكِي إجماعاً[2] ، وعللوا ذلك بأن الضامن إذا أدى للمضمون له كان كالمقرض للمضمون عنه فإذا أخذ أجراً على ذلك ، ثم رجع عليه بما أداه أصبح قرضاً جر نفعاً .

وقد صرح بعض الفقهاء بان الضمان عند الرجوع على المضمون عنه يُعد قرضاً، ومن ذلك قول الرافعي : "واعلم أن القول بكون الضمان تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرع"[3]، وقال السرخسي: "الكفالة بمنزلة الإقراض؛ فإنه تبرع في الالتزام ، وإن كان عند الأداء يرجع"[4] .

ويمكن أن يُجاب بما يأتي:

أ ـ لا يُسلم أن دفع الزكاة للمموّل ثم استرجاعها من المتمول يُعد قرضاً، فصورته مباينة تماماً لصورة القرض؛ إذ عرف الفقهاء القرض بأنه : "دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله"[5] ، كما عُرفوه بأنه: "تمليك

(١) المبسوط: ٢٠/ ٣٢، وفتح القدير: ٧/ ١٨١، ومواهب الجليل: ٥/ ١١٣، وشرح الخرشي: ٥/ ٣٠، والأم: ٣/ ٢٣٠، وروضة الطالبين: ٣/ ٤٩٥، والشرح الكبير لابن قدامة: ١٢/ ٣٥٣، وكشاف القناع: ٣/ ٣١٩.

(٢) الإشراف على مذاهب أهل العلم: ١/ ١٢٠، والبيان والتحصيل: ٧/ ٢٢٧، ومواهب الجليل: ٥/ ١١٣.

(٣) فتح العزيز: ١٠/ ٣٦٠.

(٤) المبسوط: ٣٠/ ١٤٨.

(٥) كشاف القناع: ٣/ ٣١٢ .

الشيء على أن يرد بدله"[1] ، فالمدفوع له هو من يرد البدل ، وهنا يُدفع للمؤسسة المالية ، ثم يُرجع على المتمول بما تم دفعه .

ب ـ على فرض كونه قرضاً فإنه لا يُسلَّم قياس إقراض الزكاة على دفعها للغارم؛ إذ إن بينهما فروقاً متعددة ؛ ولذا فإنه لم يُنقل عن المتقدمين جواز إقراض الزكاة مع توفر دواعيه، كما أن طائفة من المعاصرين صرحوا بعدم جوازه[2] ، ومن الفروق بينهما:

- أن المقترض للزكاة يرد بدلها ، والغارم يأخذ الزكاة ، ولا يرد بدلها لأنه من مصارفها .
- أن المحتاج للاقتراض ليس مديناً ، أما الغارم فهو مدين فعلاً ، وحاجته أشد من حاجة من يرغب في الاقتراض .
- أن إعطاء الغارم يؤدي إلى إبراء ذمته ، أما إقراض الزكاة فيؤدي إلى شغل ذمة المقترض .

ج ـ أن المصلحة التي من أجلها تُقرض أموال الزكاة يجب أن تكون راجعة للمستحقين لا لغيرهم، وكذلك في الضمان بأموال الزكاة .

د ـ أن القرض مضمون الرد ، فقد يكون فيه مصلحة بضمان أموال الزكاة عند الخوف من عدم حفظها؛ ولذا جاز إيداع مال الزكاة في الحسابات الجارية في المصارف لحفظها مع أن هذا الإيداع المصرفي

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ١١٧ .

(٢) ممن صرح بعدم جوازه : الشيخ جاد الحق شيخ الأزهر السابق ود.أحمد بن حميد ود. رفيق المصري . انظر: بحوث وفتاوى إسلامية للشيخ جاد الحق: ص٣٦٥، والندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة: ص١٩٦.

يُعد قرضاً، أما استرداد ما صُرف في ضمان التمويل فليس مضموناً ، فمؤسسة الزكاة قد لا تتمكن من استيفاء المبلغ المدفوع لعجز المتمول المضمون عنه.

٦ـ أن حبس بعض أموال الزكاة لتكون ضماناً لتمويل المحتاجين يُعد من قبيل وقف الزكاة لصرفها على المستحقين ، ويؤيد هذا أن الوقف فيه معنى الحبس، حيث عرف أكثر الفقهاء الوقف بأنه حبس للمال على جهة خيرية، وهذا جائز قياساً على وقف الزكاة من خلال استثمارها في مشاريع ربحية تدر ريعاً على المستحقين .

ويمكن أن يُجاب بما يأتي:

أ ـ لا يُسلم جواز صرف الزكاة في تمويل الأوقاف؛ لأن الزكاة لها مصارفها المحددة شرعاً ، والأوقاف ليست منها ، خاصة أن الوقف يقتضي حبس المال، والأصل في الزكاة المبادرة بصرفها للمستحقين .

ب ـ عرَّف الفقهاء الوقف بتعريفات عدة ، ومنها : ((حَبْس العين على ملك الواقف والتصدُّق بالمنفعة))[(١)]، ومنها : ((حبس مالٍ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود))[(٢)]، ومنها:((تَحْبيس الأصل وتَسْبيل المنفعة))[(٣)] .

وهذه التعريفات تدل على أن أصل الوقف يبقى على الدوام ، ولا

---

(١) البحر الرائق : ٥/ ٢٠٢ .

(٢) مغني المحتاج : ٢/ ٣٧٦ .

(٣) المقنع (مع الإنصاف والشرح الكبير) : ١٦/ ٣٦١ ، ومعنى (تحبيس الأصل) : إمساك الذات عن أسباب التملّكات مع قطع ملكه فيها ، ومعنى (تسبيل المنفعة) : إطلاق فوائد العين الموقوفة من غلة وثمرة وغيرها للجهة المعينة . كشاف القناع : ٤/ ٢٤١ .

يُباع إلا إذا تعطلت منافعه ، وإنما يُنتفع بمنفعته من ريع أو ثمر ونحو ذلك ، وأما في حال ضمان الزكاة لتمويل المحتاجين فإن مال الزكاة نفسه يُصرف للجهة الممولة في حال عجز المتمولين عن السداد ، وهذا ليس من شأن الوقف .

ج ـ لا يُسلّم أن استثمار أموال الزكاة في مشاريع تجارية هو وقف لها، إذ إن من صور الاستثمار : أن يكون قصير الأجل إلى حين صرف الزكاة على المستحقين ، وحتى في حالة الاستثمار طويل الأجل للزكاة فإن من أهم الضوابط المبادرة إلى تسييل الأصول المستثمرة لتلبية الحاجات الطارئة للمستحقين ، وهذا يخالف حكم الوقف في بقاء أصله على الدوام.

٧ـ أن ضمان تمويل الشرائح الضعيفة بأموال الزكاة ليس صرفاً لها في غير مصارفها؛ لأنها لم تُصرف بعد ، وإنما جُعِلت ضماناً لتشجيع المؤسسات المالية على تمويل هذه الشرائح لحفزها على التنمية والاستثمار ، فإذا عجز المتمولون عن السداد فإن الزكاة تُصرف حينئذٍ لإبراء ذمتهم باعتبارهم غارمين ، وهذا من مصارف الزكاة .

٨ـ أن رجوع مؤسسة الزكاة على المتمول العاجز عن السداد هو مقتضى عقد الضمان ، إذ يجوز للضامن أن يرجع على المدين المضمون عنه إذا نوى الرجوع أو أذن له المدين بالضمان والأداء[1]، وفي ضمان تمويل الشرائح الضعيفة يتم ترتيب هذا التمويل باتفاق مع المضمون عنه

(١) بدائع الصنائع: ٦/ ١٣، وشرح الخرشي: ٦/ ٣١، ومغني المحتاج: ٢/ ٢٠٩، وكشاف القناع: ٣/ ٣٧١.

(المتمول) وبإذنه لمؤسسة الزكاة أن تضمنه وتؤدي عنه في حال عجزه .

ويمكن أن يُجاب بما يأتي:

أ ـ أن عقد الضمان ينافي مقاصد الزكاة كما سيأتي.

ب ـ أن رجوع مؤسسة الزكاة على المضمون عنه يؤدي إلى ترتيب تكاليف وأعباء إضافية على المؤسسة للمتابعة والتحصيل، فضلاً عن احتمال عجزه عن السداد لمؤسسة الزكاة كما عجز عن الدفع للمؤسسة المالية الممولة.

٩ـ أن رجوع مؤسسة الزكاة على المتمول العاجز عن السداد لن يؤدي إلى افتقاره وغرمه ، إذ يمكن للمؤسسة أن تصرف له من الزكاة لأنه غارم، وقد نص الفقهاء على جواز أن يدفع الدائن الزكاة إلى غريمه (المدين) ، وللمدين بعد ذلك أن يؤدي الدين إلى من دفع الزكاة بشرط ألا يقصد المزكي الدائن الاحتيال لاستيفاء دينه واسترجاعه عن طريق الزكاة وألا يشرط عليه رد الزكاة لوفاء دينه[(١)] .

وقد نص الإمام أحمد على جواز ذلك ، حيث سئل عمن دفع زكاته إلى مدينه فردها إليه قضاءً لدَيْنه، له أخذه؟ قال : نعم ، وفي موضع آخر: إذا كان بحيلة فلا يعجبني، وفي موضع قال: إذا أراد بهذا إحياء ماله فلا يجوز[(٢)] .

قال الموفق ابن قدامة: "فحصل من كلامه أن دفع الزكاة إلى الغريم

---

(١) المبسوط: ٣/ ١٤، وتبيين الحقائق: ١/ ٢٥٨، والمجموع: ٦/ ١٩٩، وروضة الطالبين: ٢/ ٢٢٠، والمغني: ٤/ ١٠٦، والفروع: ٢/ ٤٦٩، والإنصاف: ٧/ ٢٨١.

(٢) المغني: ٤/ ١٠٦ .

جائز سواء دفعها ابتداء أو استوفى حقه ثم دفع ما استوفاه إليه، إلا أنه متى قصد بالدفع إحياء ماله أو استيفاء دينه لم يجز؛ لأن الزكاة لحق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى نفعه"[1] .

وبناءً على ما تقدم فإن مؤسسة الزكاة عندما تؤدي عن المتمول فإنها تقرضه، فيكون غارماً مديناً لها ، وإذا كان مستحقاً للزكاة لتوفر شروط الغارم فيه فإن المؤسسة لها أن تدفع له الزكاة لغرمه دون قصد استرجاع الدين الذي عليه ، ثم يقوم بسداد ما عليه من دين لمؤسسة الزكاة ، أو يسدد ما عليه ، ثم تقوم المؤسسة بإعطائه من الزكاة لأنه صار غارماً .

ويمكن أن يُجاب بما يأتي:

أ ـ أن هذه الإجراءات فيها إضافة أعباء وتكاليف للإقراض والاستيفاء وصرف الزكاة ، وكان يمكن ابتداءً مواساة المستحق من الزكاة ، وتجنب هذا العناء.

ب ـ لا يسلم بعدم وجود قصد استرجاع المال عندما تصرف المؤسسة الزكاة للغارم المدين لها ، حيث يؤدي ذلك إلى حرص منسوبي المؤسسة على صرف الزكاة للمدين لضمان استيفاء الدين .

ولذا فقد عد ابن القيم دفع الزكاة لغريمه المفلس ثم مطالبته بوفاء الدين حيلة لحسبان الدَّين من الزكاة، وهي مما أبطله الشارع[2] .

---

(١) المصدر السابق: ٤/ ١٠٦ .

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم: ٥/ ٢٧٠.

١٠ـ أن ولي الأمر ومن ينوب عنه من الجهات والمؤسسات المخولة بقبض الزكاة وتفريقها لها من النظر والتصرف في أموال الزكاة بحسب المصلحة ما ليس لغيرها ، فإذا رأت هذه الجهات مصلحة في وضع بعض هذه الأموال ضماناً يشجع على تمويل المحتاجين وذوي الدخل المحدود واستثمارهم كان ذلك جائزاً .

وقد ذكر الفقهاء عند حديثهم عن مصارف الزكاة ما يدل على أخذ اجتهاد الإمام ونظره بالاعتبار، ومن ذلك قول الإمام مالك : ((الأمر عندنا في قَسْم الصدقات أن ذلك لا يكون إلا على وجه الاجتهاد من الوالي ، فأي الأصناف كانت فيه الحاجة والعدد أُوْثِر ذلك الصنف بقدر ما يرى الوالي))[١] .

ويقول الحافظ ابن حجر (ت٨٥٢هـ) : ((للإمام أن يخص بمنفعة مال الزكاة دون الرقبة صنفاً دون صنف بحسب الاحتياج))[٢] .

ويمكن أن يُجاب بأن القائمين على أموال الزكاة يجب أن يراعوا مصلحة المستحقين لها ممن سمى الله في مصارفها ، وأما جعلها ضماناً لتمويل شرائح قد لا تكون مستحقة للزكاة ، فهذا تصرف في الأموال بما لا يتفق ومصلحة المستحقين، بل يحقق مصلحة الجهات المانحة كالمؤسسات المالية التي تدير السيولة عبر التمويل مع ضمان السداد عن طريق أموال الزكاة .

---

(١) الموطأ : ١/ ٢٦٨ .

(٢) فتح الباري : ٣/ ٣٦٦ .

المبحث الثاني

الموانع الشرعية لضمان الديون بأموال الزكاة

هناك من يرى أنه لا يجوز أن تكون الزكاة ضماناً لما يأخذه المحتاج من أموال للمتاجرة بها بحيث تُدفع للموِّل عند عجز المحتاج ثم تُستعاد منه بأقساط مؤجلة.

ومما يؤيد هذا الاتجاه:

١ـ أن المتمول الذي يُراد ضمانه إما أن يكون من مستحقي الزكاة أو لا يكون كذلك:

أ ـ فإن كان من المستحقين فإن ذلك لا يجوز في حقه لما يأتي:

ـ أن الأصل إعطاؤه من أموال الزكاة مباشرةً ، ويمكنه استثمار جزء منها من خلال عدة صور[(١)]، وهذا أولى من شغل ذمته بديون قد يعجز عن الوفاء بها ، وإذا كان يمكنه أن يرد مقدار ما أخذه يمكن ذلك من خلال أقساط مناسبة تُدفع لمؤسسة الزكاة بدلاً من دفعها للمؤسسة المالية، وهذا أفضل من التمويل عبر هذه المؤسسات ثم استعادة التمويل من خلال الأقساط ، إذ ظاهر ذلك أن المراد نفع المؤسسات المالية في توظيف سيولتها في تمويل هذه الشرائح مع انتفاعها من الزكاة بضمان هذا التمويل .

ـ إذا عجز المستحق عن الوفاء ثم قامت مؤسسة الزكاة بدفع

---

(١) انظر هذه الصور بالتفصيل في كتاب: "استثمار أموال الزكاة" للدكتور صالح الفوزان: ص١٦٢.

الضمان للممول فليس لها أن ترجع عليه؛ لأنه حينئذٍ غارم، وهو مستحق للزكاة لغرمه، فكيف يُرجع عليه بها، والغالب أنه إذا عجز عن الأداء للمؤسسة المالية، فإنه سيعجز عن الأداء لمؤسسة الزكاة ، بل قد يُعجِز نفسه ويماطل لعلمه بأنه مستحق للزكاة إذا كان غارماً .

ب ـ إن كان المتمول من غير المستحقين للزكاة ، فإنه لا يجوز دفع الزكاة ضماناً عنه؛ لأن مصارف الزكاة جاءت معينة محددة لا يجوز تجاوزها لمجرد التشجيع على الاستثمار ، والمستحقون أولى بمال الزكاة .

وقد نص بعض الفقهاء على عدم إعطاء الزكاة لمن يستدين اعتماداً على سداد دينه من مال الزكاة وهو غير مستحق في الأصل، فقال القرافي في دفع الزكاة للغارم: "وأما إن كان يتدين أموال الناس ليكون غارما فلا؛ لأن الدفع يديمه على عادته الردية"[(١)] .

وقد جاء في توصيات الندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة: "لا ينبغي لمن يجد دخلاً يكفيه أن يستدين لإنشاء مصنع أو مزرعة أو مسكن اعتماداً منه على السداد من مال الزكاة، فمال الزكاة يُعطى لسد حاجة الفقراء، أو إيجاد دخل لهم يسد حاجتهم، ولا يُعطى لمن لديه ما يكفيه ليزداد ثراءً"[(٢)] .

---

(١) الذخيرة: ٣/ ١٤٨، وانظر: التاج والإكليل: ٢/ ٣٥١، ومنح الجليل: ٢/ ٩٠، وحاشية الدسوقي: ١/ ٤٩٧ .

(٢) توصيات الندوة في آخر الأبحاث: ص٥٠٥ ، وبحث د.عمر الأشقر في ذات الندوة: ص٢٢٤ .

٢ ــ أن حقيقة عقد الضمان تنافي حقيقة الزكاة ومقاصدها التشريعية، فالضمان عقد توثيق ، وفي حال عدم سداد المضمون عنه فإن الضامن يؤدي عنه فيتحول بذلك إلى قرض، بل عبر عنه بعض الفقهاء بأنه يصبح عقد معاوضة عند الرجوع على المضمون عنه، ومن ذلك قول السرخسي: "الكفالة في الابتداء تبرع، ولكن في الانتهاء معاوضة"[(١)]، أما الزكاة فإنها مواساة للمحتاجين ، بحيث تُدفع لهم لحاجتهم دون مقابل أو نية رجوع عليهم، وليس فيها معنى التوثيق ولا المعاوضة .

وعليه فإن استخدام أموال الزكاة في الضمان فيه منافاة لمقاصدها الشرعية ومجافاة لحقيقتها وأهدافها الاقتصادية والاجتماعية .

٣ـ أن من شروط الضامن أن يكون أهلاً للتبرع ، وذلك بأن يصح تبرعه بما تحت يده من مال؛ لأن الضمان التزام بالمال ، ولذا لا يصح من المجنون والصبي والعبد بغير إذن سيده والمحجور عليه لسفهه[(٢)]، ولذا فقد قال النووي في بيان عدم جواز ضمان السفيه ولو بإذن الولي قياساً على البيع: " فإن البيع إنما صح على وجه؛ لأنه (الولي) لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة؛ والضمان غرر كله بلا مصلحة"[(٣)] .

---

(١) المبسوط: ٣٠/ ١٤٨، وانظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنزيه حماد : ص٢٨٩.

(٢) البحر الرائق: ٦/ ٢٢٤، وشرح الخرشي: ٦/ ٢٢، ومغني المحتاج: ٢/ ١٩٨، وأسنى المطالب: ٢/ ٢٣٦، وكشاف القناع: ٣/ ٣٦٢، والإنصاف: ١٣/ ١٥.

(٣) روضة الطالبين : ٤/ ٢٤٢.

ومؤسسة الزكاة لا تملك الزكاة ، ولا يصح أن تتبرع بها على وجه الضمان خاصة أنه قد لا يمكن الرجوع بها على المتمول المضمون عنه لعجزه عن السداد ، كما أن شرط التمليك في الزكاة يقتضي أن تقوم المؤسسة بتمليكها للمستحقين لا حبسها للضمان.

ويمكن أن يُجاب بما يأتي:

أ ـ أن مؤسسة الزكاة تُعد وكيلة عن المستحقين؛ ولذا فإن تصرفها فيما يُدفع لها من زكاة وفق المصلحة يُعد جائزاً باعتبار الدفع لها دفعاً للمستحق ، فهي وكيلة عن المستحقين خاصة إذا كانت تعمل وفق تخويل رسمي أو تضع ملفات خاصة لكل مستحق بحيث يُعد ذلك وكالة مباشرة لهذه المؤسسة الزكوية في قبض أموال الزكاة والتصرف فيها حسب المصلحة .

وهي بهذا بمثابة الساعي (العامل على الزكاة) الذي نص الفقهاء على أن الدفع له أو للإمام إخراج مجزيء للزكاة ، بل إنه الساعي يمكن أن يأخذ الزكاة ولو مع غيبة صاحبه وتجزيء نية الساعي عن المزكّي[1] .

ب ـ الأصل أن مؤسسة الزكاة تجري دراسة للمرشحين للتمويل ومدى قدرتهم على الوفاء لجهة التمويل ، وإذا لم يتمكنوا من الوفاء فإن مؤسسة الزكاة ترجع عليهم بما دفعته بأقساط ميسرة تراعي حالهم ، فلا تضيع الأموال ، ولا يكون إنفاذ الضمان تبرعاً بأموال الزكاة .

(١) بدائع الصنائع: ٢/ ٣٧، والبحر الرائق: ٢/ ٢٤٨، والكافي لابن عبد البر: ص٩٩، والتاج والإكليل: ٢/ ٣٥٩، وروضة الطالبين: ٢/ ٢٣٨، وأسنى المطالب : ١/ ٤٠٥، والفروع: ٢/ ٤٢٠، وكشاف القناع: ٢/ ٢٥٩ .

ج ـ بالنسبة للتمليك في الزكاة لا يُسلَّم اشتراطه، حيث أجاز الفقهاء صرف الزكاة على وجه لا تمليك فيه كما في صرفها للدائن من أجل المدين الغارم وصرفها في شراء العبيد وعتقهم ، ولو فُرِض اشتراط التمليك ، فهو حاصل بتسليم الزكاة لمؤسسة الزكاة التي سبق أنها تُعد وكيلة عن المستحقين .

٤ـ أن مؤسسة الزكاة ستُضطر إلى حبس بعض أموال الزكاة من أجل الضمان تحسباً لتعثر المتمولين في السداد للمؤسسات المالية ، فيؤدي ذلك إلى تعطيل صرف الزكاة في مصارفها المنصوص عليها .

ويمكن أن يُجاب بأنه لا يسلّم أن الضمان سيعطّل صرف الزكاة في مصارفها؛ ذلك أن الضمان يتعلق بذمة الضامن لا بماله؛ ولذا أجاز الفقهاء أن يكون المفلس المحجور عليه ضامناً ، ويُتبع به بعد فك الحجر عنه ، والحجر عليه في ماله لا في ذمته[1] ، وعليه فإن مؤسسة الزكاة تضمن تمويل هذه الشرائح دون تعطيل للزكاة اعتماداً على التدفق النقدي للزكاة أثناء الحول .

وعلى الرغم من ذلك فإن المؤسسات المالية المموِّلة تطلب الحد الأدنى من الملاءة المالية لمؤسسة الزكاة ، وهذا يختلف باختلاف إيرادات المؤسسة وعلاقتها بالدولة ، فقد يكتفي المصرف (جهة التمويل) باتفاقية ضمان في حال كانت مؤسسة الزكاة مدعومة من الدولة ، وقد يطلب المصرف حبس بعض الأصول كالأسهم أو العقارات أو النقود ليطمئن

(١) أسنى المطالب: ٢/ ٢٣٦، وكشاف القناع: ٣/ ٣٦٦، والإنصاف: ١٣/ ١٣.

إلى حفظ حقه عند تعثر المتمولين في السداد ، وهذا يعني أن بعض أموال الزكاة قد يُحبس (يُجنب) من أجل الضمان عند عدم وجود موارد أخرى .

٥ــ أن الغالب أن المتمولين الذين لا تقبلهم المؤسسات المالية يعجزون عن السداد، وهذا يعني دفع مال الزكاة (الضمان) للممول بنسبة كبيرة ، وإذا رجعت مؤسسة الزكاة إلى المتمولين فإنهم قد يعجزون عن دفع الزكاة ولو بأقساط ميسرة ، فيؤدي ذلك إلى ضياع أموال الزكاة وإهدارها في سداد هذه الديون الاستثمارية ، أي أن هذه الفكرة تؤول إلى نقل المخاطر الائتمانية من المؤسسة المالية إلى مؤسسة الزكاة خاصة في حال عدم تمكن المتمول من السداد .

ويؤيد ذلك إشارة بعض الفقهاء إلى عدم توظيف مال اليتيم والسفيه ونحوهما في الضمان (الكفالة) لما فيها من احتمال خسارة المال بالأداء للمضمون عنه دون إمكانية استعادته من المضمون عنه ، وتقدم قول النووي: "والضمان غرر كله بلا مصلحة"[(١)] ، ومنه قول السرخسي: "والكفالة مع جوازها وحصول التوثق بها فالامتناع من مباشرتها أقرب إلى الاحتياط على ما قيل إنه مكتوب في التوراة: الزعامة (الكفالة) أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة"[(٢)] .

٦ـ أن مؤسسة الزكاة قد تعود على المتمول الفقير بما صرفته

---

(١) روضة الطالبين : ٤/ ٢٤٢.

(٢) المبسوط: ١٩/ ١٦١ ، ٣٠/ ١٤٨ .

للمؤسسة المالية لعجزه عن السداد ، وهـذا سـيزيد مـن حاجتـه وفقـره ويصبح غارماً أيضاً ، وقد يكون المتموِّل مكتفياً غير مستحق للزكاة قبل هذا التمويل ، ولما أخذه وعجز عن سداده أصبح مديناً لمؤسسة الزكاة ، فصار غارماً، علماً بأن عجز هذه الفئات عن السداد متوقع بنسبة كبيرة؛ لعدم وجود دخل ثابت مما جعلها غير جديرة ائتمانياً لـدى المؤسسـات المالية.

وهذا يعني أن هذه الفكرة من شأنها أن تزيد من حاجـة المسـتحقين وفقرهم، بل قـد تزيـد مـن عـدد المسـتحقين للزكـاة بسـبب غـرم هـذا التمويل، وهذا يستدعي علاج هذه الحاجة من أموال الزكاة ، وبدلاً من الصرف المباشر للفقير أو تمكينه من استثمار أموال الزكاة أسهمت هـذه الفكـرة في زيـادة الإجـراءات الإداريـة والتكـاليف المتوقعـة للضـمان وتحصيل الديون من المتمولين ، وهكذا أسهمت هـذه الفكـرة في زيـادة الفقر لا علاجـه، فضـلاً عـن تحميـل مؤسسـة الزكـاة أعبـاء وتكـاليف إضافية.

٧ـ أن المؤسسة المالية المموِّلة تراعي تحقيق أرباح من هـذا التمويـل بحيث تكـون مناسـبة لإدارة سـيولتها ، والمتمـول المحتـاج سيسـدد لهـذه المؤسسات أصل المديونية بالإضافة إلى الأربـاح الـتي تزيـد بزيـادة مـدة السداد ، وعليه فإن مؤسسة الزكاة عندما تضمن هذا التمويل فهذا يعني أنها ستسدد المديونية مع الأرباح في حال عجز المتمـول ، إذ لـن ترضـى جهة التمويل بمجرد سداد أصل الدين ، وعليه فالمؤسسة الماليـة انتفعـت

بهذا الضمان في زيادة العوائد ، بينما غرمت مؤسسة الزكاة أكثر من مبلغ التمويل، وكان يمكنها تمويل المستحقين مباشرة دون خسارة الأرباح الزائدة .

٨ـ أن ضمان تمويل الشرائح الضعيفة بأموال الزكاة من شأنه أن يغلق باب القرض الحسن الذي يمكن أن يقدمه المحسنون والجهات المانحة الأخرى لهذه الشرائح ، كما أنه يكرس ثقافة التمول عبر المؤسسات المالية من خلال عقود ومنتجات لا يخلو كثير منها من شبهة الصورية والتحايل!!!.

٩ـ أن ضمان ديون المؤسسات المالية بأموال الزكاة قد يؤول إلى تسليط هذه المؤسسات على الزكاة بشكل غير مباشر ، حيث تتحكم في مقدار ما يُصرف للمستحقين من أموال الزكاة وما يجب أن يُجنّب كضمان لمدينيها في حال عدم وجود موارد أخرى، وهذا يؤدي إلى تضاعف سلطة هذه المؤسسات على المجتمع وأفراده ، إذ لم تكتف بسلطتها على ذوي الملاءة الجيدة من خلال الديون التي تكبّلهم لسنوات طويلة وبعوائد عالية، بل أضافت إلى ذلك انتفاعها بأموال الزكاة لضمان تمويل هذه الشرائح .

المبحث الثالث

الترجيح

من خلال ما تقدم يظهر لي رجحان الاتجاه الثاني ، وهو أنه لا يجوز أن تكون أموال الزكاة ضماناً لديون المؤسسات المالية على المحتاجين لما تقدم في مؤيدات هذا الاتجاه ومناقشة مؤيدات الاتجاه الأول، وقد تبين أن ذلك لا يجوز سواءً أكان المتمول من مستحقي الزكاة أم كان من غيرهم ، وسواءً أتعثّر المتمول في السداد للجهة الممولة أم لم يتعثر، خاصة أن التعثر أمر احتمالي لا يتأكد انتفاؤه وعدم الحاجة للضمان إلا بانتهاء المتمول من سداد جميع الأقساط ، فلا يمكن أن يُقال إنه يجوز جعل الزكاة ضماناً إذا لم يحصل تعثّر!!!

ولعل مما يؤيد ذلك أن الأطراف المشتركة في هذا التمويل ثلاثة ، وفيما يلي أوضِّح مكاسب وخسائر كل طرف من هذا التمويل:

أولاً: مؤسسة الزكاة:

المكاسب:

تأمين المال الذي سيُصرف لتمويل المستحقين لحفزهم على العمل والإنتاج، حيث يتم تأمينه من خلال المؤسسة المالية بدلاً من استنزاف ميزانية مؤسسة الزكاة.

الخسائر:

١- جعل الزكاة ضماناً لهذا التمويل ، وهذا قد يترتب عليه حبس بعض أموال الزكاة ، فيؤثر على ميزانية المؤسسة .

٢- السداد للمؤسسة المالية في حالة عجز المضمون عنه ، وهذا

قد يكون مفاجئاً فيخل ذلك ببرنامج صرف الزكاة، كما أن السداد سيكون لأصل مبلغ التمويل وأرباحه.

٣- إضافة مشتركين جدد من المستحقين للمواساة بالزكاة بسبب غرمهم وزيادة فقرهم عند مطالبتهم بسداد هذا التمويل .

٤- أعباء وتكاليف إضافية للضمان والسداد وتحصيل الديون ومواساة المستحقين الجدد .

ثانياً: المؤسسة المالية المموّلة:

المكاسب:

١- إدارة السيولة في مجالات مربحة ، إذ تحصل المؤسسة المالية على أصل المديونية وأرباحها .

٢- ضمان هذا التمويل من خلال مؤسسة الزكاة .

٣- سهولة التحصيل من مؤسسة الزكاة مقارنة بالتحصيل من ذوي الملاءة المنخفضة دون ضمان، حيث تقل أعباء وتكاليف هذا التحصيل.

الخسائر:

احتمال عجز مؤسسة الزكاة عن أداء الضمان بسبب قلة مواردها ، وهذا ما قد يحمل المؤسسة المالية على اشتراط تجنيب بعض أموال الزكاة لضمان الديون المتعثرة.

ثالثاً: المتمولون من ذوي الملاءة المالية المنخفضة:

المكاسب:

١- الحصول على تمويل يستخدمونه في العمل والإنتاج

والاستثمار.

٢- الاطمئنان في حال التعثر؛ لأن مؤسسة الزكاة تضمن هذا التمويل، وهذا قد يؤدي إلى تساهل هؤلاء المتمولين في السداد اعتماداً على هذا الضمان .

٣- إمكانية مساعدة مؤسسة الزكاة لهم عند تعثرهم؛ لأنهم أصبحوا غارمين، فصاروا من أهل الزكاة.

الخسائر:

١- احتمال تعثر مشاريعهم الاستثمارية، فيخسرون ما قدموه من جهد ومال.

٢- مطالبتهم بالدين الذي تم سداده عن طريق مؤسسة الزكاة ، فيصبحون غارمين، وقد يصبحون فقراء أيضاً .

ومن خلال هذا التحليل يتبين أن المؤسسات المالية هي المستفيد الأكبر من هذا التمويل ، في مقابل خسارة مؤسسة الزكاة والمتمولين وما يضيفه هذا التمويل من أعباء وتكاليف ، مما يؤكد أنه لا مصلحة فيه للمستحقين والقائمين على الزكاة؛ لذا فالأرجح عدم جوازه .

غير أن ذلك لا يعني إغلاق الباب في وجه استثمار ذوي الملاءة الضعيفة خاصة من مستحقي الزكاة وضمان تمويلهم ، إذ يمكن تحقيق ذلك من خلال عدة مصادر تنتمي إلى القطاعات الثلاثة (الحكومي ـ الخاص ـ الأهلي) ، ومن ذلك:

١- استثمار أموال الزكاة عبر عدة صيغ يحصل من خلالها التمليك الفردي أو الجماعي ، أو مشاركة مؤسسة الزكاة للمستحق.

٢- استخدام صدقة التطوع من الأفراد والمؤسسات والجمعيات الخيرية لتكون ضماناً، إذ إن أحكام الصدقة أيسر وأكثر مرونة من أحكام الزكاة .

٣- تفعيل الأوقاف لتسهم من خلال عوائدها في الدور التنموي للفقراء وذوي الملاءة المالية المنخفضة .

٤- توثيق الديون التي يتحملها الراغب في الاستثمار من ذوي الملاءة المنخفضة عن طريق رهن ما لديه من أجهزة وآلات وأصول استثمارية بحيث تكون مرهونة بالدَّيْن الذي عليه لجهة التمويل دون مساس بأموال الزكاة لضمان هذه الديون .

٥- تفعيل الضرائب والرسوم الحكومية والصناديق المتخصصة في التنمية لدعم تمويل وضمان استثمارات هذه الشريحة .

٦- أن تسهم المؤسسات المالية ورجال الأعمال من خلال المسؤولية الاجتماعية في دعم هذه الشرائح عبر قروض حسنة أو تمويل منخفض العائد والقبول بالمخاطرة النسبية .

ويمكن أن تسهم هذه المصادر المختلفة أو بعضها في تكوين صندوق يمول هذه الشريحة المستهدفة أو يقدم ضمانات للجهات المموِّلة لتسهيل حصولهم على الأموال اللازمة للعمل والإنتاج والتنمية ، وهو ما يحقق المقاصد الشرعية للزكاة .

الخاتمة

بعد استعراض ما تقدم من مسائل وأحكام يمكن إجمال النتائج والتوصيات كما يأتي:

النتائج:

١- الدَّيْن: ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته .

٢- المراد بالدَّيْن في البحث: ما ثبت في الذمة بسبب عقد مالي كثمن المبيع وبدل القرض والأجرة ونحوها .

٣- للضمان عند الفقهاء معانٍ متعددة واستعمالات كثيرة إلا أن المراد في البحث ضمان الديون الناشئة عن عقود مالية كالبيع والإجارة والقرض والسَّلَم ونحوها، ويُعرَّف بأنه: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق" .

٤- التعريف المختار للزكاة : "إخراج نصيب مقدر شرعاً في مال مخصوص لطائفة مخصوصة" ، وقد شُرِعت الزكاة لحكم عظيمة ومقاصد شريفة منها ما يتعلق بالمزكي نفسه وعلاقته بربه ، ومنها ما يتعلق بالمستحقين ، ومنها ما يتعلق بالمجتمع، ومنها ما يتعلق بالمال المُزكّى .

٥- مشكلة البحث تكمن في دراسة الحكم الشرعي لقيام مؤسسة الزكاة بضمان ديون المتمولين من المؤسسات المالية من ذوي الملاءة المالية المنخفضة بحيث تقوم مؤسسة الزكاة بدفع مقدار

الدَّين للمؤسسة المالية من مال الزكاة في حال تعثّر المتمول في السداد ثم تعود على هذا المتمول المضمون عنه لتسترجع ما دفعته بأقساط مناسبة لملاءته المالية .

٦- من مؤيدات جواز ضمان الديون بأموال الزكاة: تحقيق الهدف التنموي للزكاة، وقياساً على جواز استثمارها لصالح المستحقين، وقياساً على صرفها للغارمين، وتشبيهاً للضمان بوقف أموال الزكاة .

٧- من موانع ضمان الديون بأموال الزكاة: عدم تحقق فائدة في ضمان المستحقين للزكاة وعدم جواز ضمان غير المستحقين، وللمنافاة بين حقيقة عقد الضمان وحقيقة الزكاة ومقاصدها، ولما يترتب عليه ذلك من حبس لبعض الزكاة واحتمال ضياعها وزيادة الأعباء على مؤسسة الزكاة وزيادة حالات الفقر .

٨- ترجّح عدم جواز ضمان الديون بأموال الزكاة لأن المؤسسات المالية المموّلة هي المستفيد الأكبر من هذه الفكرة عبر توظيف السيولة في التمويل الربحي مع ضمان المديونية في مقابل تكاليف وأعباء إضافية على مؤسسة الزكاة والمستحقين .

٩- هناك عدة بدائل لأموال الزكاة لإنشاء صناديق تمويل وضمان المستحقين بحيث تسهم فيها الصدقات التطوعية والأوقاف ومؤسسات القطاعين العام والخاص .

التوصيات:

١- التأكيد على مراعاة الجانب التعبدي في الزكاة باعتبارها شعيرة لها أحكامها وشروطها ، ولا يجوز تجاهل هذه الأحكام واعتبار الزكاة مجرد أداة اقتصادية تعالج أوضاعاً طارئة هنا أو هناك .

٢- العمل على توفير مصادر بديلة للزكاة لتقوم بتمويل المشاريع الاستثمارية للمستحقين أو ضمانها ، وذلك كالضرائب والرسوم والصناديق والمؤسسات الحكومية المتخصصة فضلاً عن مؤسسات الأوقاف وصدقات التطوع .

٣- حث القطاع الخاص ممثلاً بالمؤسسات المالية ورجال الأعمال كي يقوموا بواجبهم تجاه الشرائح الضعيفة كجزء من مسؤوليتهم الاجتماعية وعدم التعويل على أموال الزكاة وحدها لتقوم بالدور التنموي لقلة هذه الأموال وتزايد الحاجات الملحة للمستحقين .

٤- لفت أنظار الباحثين إلى أهمية دراسة توظيف الزكاة في الضمان والتأمين والرهن ونحو ذلك من عقود وأشكال التوثيق ، ودعوة المجامع الفقهية والهيئات العلمية إلى دراسة هذه النوازل وإصدار الأحكام والفتاوى بشأنها.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: كتب التفسير والحديث:

- **الجامع لأحكام القرآن** : للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي(ت٦٧١هـ)، دار الكتب المصرية ـ القاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٧٣هـ .
- **صحيح البخاري** : للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت٢٥٦هـ) ، إشراف ومراجعة: فضيلة الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ ، دار السلام ــ الرياض ، الطبعة الثانية ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م .
- **صحيح مسلم**: للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجَّاج القشيري النيسابوري (ت٢٦١هـ) ، إشراف ومراجعة: فضيلة الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ ، دار السلام ـ الرياض ، الطبعة الثانية ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م .
- **الفائق في غريب الحديث** : للعلامة جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت٥٣٨هـ) ، تحقيق : علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم ، دار المعرفة ـ بيروت ، الطبعة الثانية .
- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** : للحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ) ، ترقيم : محمد فؤاد عبدالباقي، تصحيح : محب الدين الخطيب ، المطبعة

السلفية ومكتبتها ـ القاهرة ١٣٨٠هـ .

- **الموطأ** : للإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت١٧٩هـ) ، تصحيح وترقيم وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ـ بيروت ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ـ القاهرة .
- **النهاية في غريب الحديث والأثر** : للإمام ابن الأثير أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري (ت٦٠٦هـ) ، تحقيق : طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي ، المكتبة العلمية ـ بيروت .

ثانياً : كتب أصول الفقه وقواعده :

- **الأشباه والنظائر** : للعلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نُجَيم الحنفي (ت٩٧٠هـ) ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م .
- **إعلام الموقعين عن رب العالمين** : للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي الشهير بابن قيِّم الجوزيَّة (ت٧٥١هـ) ، تحقيق : مشهور حسن سلمان ، دار ابن الجوزي ـ الدمام ، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ .
- **المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)** : للدكتور مصطفى بن أحمد الزرقا ، دار الفكر ـ بيروت.
- **الموافقات في أصول الشريعة** : لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي (ت٧٩٠هـ) ، تحقيق : مشهور حسن

آل سلمان ، دار ابن عفان ـ الخبر ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م .

ثالثاً: كتب الفقه

أ ـ الفقه الحنفي:

- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** : للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نُجَيم الحنفي (ت٩٧٠هـ) ، دار المعرفة ـ بيروت .
- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** : لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ) ، دار الكتاب العربي ـ بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م .
- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** : للعلاَّمة فخر الدين عثمان بن علي الزَّيلعي الحنفي (ت٧٤٣هـ)، دار الكتاب الإسلامي ـ القاهرة.
- **حاشية ابن عابدين = رد المحتار على الدُّر المُختار** : للعلاَّمة محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين(ت١٢٥٢هـ) ، ومعه: (الدر المختار في شرح تنوير الأبصار) لعلاء الدين محمد بن علي الحصكفي (ت١٠٨٨هـ) تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار عالم الكتب ـ الرياض ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٣م .
- **العناية شرح الهداية**: لأكمل الدين محمد بن محمود (ت٧٨٦هـ) ،

دار الفكر ـ بيروت .

- **فتح القدير للعاجز الفقير** : للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت٦٨١هـ) ، دار الفكر ـ بيروت .
- **المبسوط**: لشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي (ت٤٩٠هـ) ، دار المعرفة ـ بيروت .
- **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده (ت١٠٧٨هـ) ، تحقيق : خليل عمران المنصور ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .

ب ـ الفقه المالكي:

- **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة:** لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٤٥٠هـ) ، تحقيق: د.محمد حجي وآخرون ، دار الغرب لإسلامي ـ بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
- **التاج والإكليل لمختصر خليل** : لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق (ت٨٩٧هـ) ، بأسفل (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل).
- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : لمحمد بن عرفة الدسوقي (ت١٢٣٠هـ) ، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر ـ بيروت.

- **الذخيرة** : لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت٦٨٤هـ) ، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت ١٩٩٤م .
- **شرح الخرشي على مختصر خليل** : للإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي (ت١١٠١هـ) على مختصر الإمام خليل بن إسحاق بن موسى المالكي (ت٧٦٧هـ)، دار الفكر ـ بيروت .
- **الكافي في فقه أهل المدينة** : للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر النَمَري(ت٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م .
- **منح الجليل على مختصر العلاَّمة خليل** : للشيخ محمد عليش (ت ١٢٩٩هـ)، دار الفكر ـ بيروت ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩ .
- **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** : لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني المعروف بالحطاب (ت٩٥٤هـ) ، دار الفكر ـ بيروت ١٣٩٨هـ .

ج ـ الفقه الشافعي:

- **أسنى المطالب في شرح روض الطالب:** للإمام أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي (ت ٩٢٦هـ) ، دار الكتب العلمية ـ بيروت، تحقيق: د.محمد محمد تامر، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠٠م .
- **الأم:** للإمام محمد بن إدريس الشافعي أبو عبدالله (ت٢٠٤هـ) ، دار الفكر ـ بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

- **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** : للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري (ت٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م .
- **روضة الطالبين وعمدة المفتين** : للإمام أبي زكريًا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) ، إشراف : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ـ بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .
- **فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**: للإمام أبي القاسم عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم الرافعي (ت ٦٢٣هـ)، تحقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ .
- **المجموع شرح المهذَّب** : للإمام أبي زكريًا يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦هـ) ، دار الفكر ـ بيروت.
- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** : للشيخ محمد الخطيب الشربيني (ت٩٧٧هـ) ، مع تعليقات للشيخ جوبلي بن إبراهيم الشافعي ، دار الفكر ـ بيروت .
- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** : لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي (ت١٠٠٤هـ) ، دار الفكر ـ بيروت ، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م .

د ـ الفقه الحنبلي:

- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** : لعلاء الدين أبي الحسن

علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (ت٨٨٥هـ) ، مطبوع مع المقنع والشرح الكبير، تحقيق : د.عبد الله بن عبد المحسن التركي ود.عبد الفتاح الحلو ، دار هجر ــ القاهرة ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ ــ ١٩٩٣م.

- **الشرح الكبير** : لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٨٢هـ) ، مطبوع مع المقنع والإنصاف.
- **شرح منتهى الإرادات** : للشيخ العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت١٠٥١هـ) ، عالم الكتب ـ بيروت.
- **الفروع** : للإمام شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح (ت٧٦٣هـ) ، تحقيق : حازم القاضي ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ .
- **كشاف القناع عن متن الإقناع** : للشيخ العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت١٠٥١هـ) ، تحقيق : هلال مصيلحي ومصطفى هلال ، دار الفكر ـ بيروت ١٤٠٢هـ .
- **المُبْدِع في شرح المقنع**: لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح (ت٨٨٤هـ) ، المكتب الإسلامي ـ دمشق ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ .
- **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** : لمصطفى السيوطي الرحيباني (ت ١٢٤٣هـ) ، المكتب الإسلامي ـ بيروت١٩٦١م.

- **المغني** : للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت٦٢٠هـ) ، تحقيق : د.عبدالله بن عبد المحسن التركي ود.عبد الفتاح الحلو ، دار هجر ـ القاهرة ، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م .

رابعاً: كتب اللغة والمعاجم:

- **تاج العروس من جواهر القاموس** : لمحب الدين أبي فيض السيد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي (ت١٢٠٥هـ) ، تحقيق : مجموعة من المحققين ، دار الهداية .
- **شرح حدود ابن عرفة الموسوم (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)** : لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصَّاع (ت٨٩٤هـ) ، تحقيق : محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٩٣م .
- **القاموس المحيط** : للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت٨١٧هـ) ، تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .
- **لسان العرب** : للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت٧١١هـ)، دار صادر، دار بيروت ـ بيروت ، ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م .

خامساً: الكتب والأبحاث العامة:

- **أبحاث وأعمال الندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة** :المنعقدة في بيروت في المدة : ١٨-٢٠/ ١١/ ١٤١٥هـ الموافق ١٨ - ٢٠/ ٤/ ١٩٩٥م ، تنظيم : الهيئة الشرعية العالمية للزكاة ـ الأمانة العامة ، بيت الزكاة ـ الكويت .
- **استثمار أموال الزكاة**:لصالح بن محمد الفوزان، دار كنوز إشبيليا ـ الرياض ، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ ـ ٢٠٠٥م .
- **أسرار الزكاة**:للإمام محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ) ، تحقيق: عبد العال أحمد محمد، المكتبة العصرية ـ بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م .
- **الإشراف على مذاهب أهل العلم** :للحافظ محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت٣١٨هـ)، تحقيق محمد نجيب سراج الدين، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ قطر ، الطبعة الثانية عام ١٤١٤/ ١٩٩٤ .
- **الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية**:للدكتور عمر المترك، دار العاصمة ـ الرياض ، الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ .
- **فقه الزكاة** :للدكتور يوسف القرضاوي ، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، الطبعة الرابعة والعشرون ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م .
- **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**:للدكتور نزيه كمال حماد، دار القلم ـ دمشق ، الدار الشامية ـ بيروت ، الطبعة الأولى

١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م.

- **مصـــارف الزكاة وتمليكها في ضـوء الكتـاب والسـنة** : للـدكتور خالد بن عبدالرزاق العاني ، دار أسـامة ــ عمَّـان ، الطبعـة الأولى ١٩٩٩م .
- **الموسوعة الفقهية** :إصدار : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ــ الكويـت ، طباعـة ذات السلاسـل ــ الكويـت ، الطبعـة الثانيـة ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م .

المنشأة ذات الغرض الخاص
ودورهـا في هيكلـة الصكـوك

إعـــداد
د. حامد بن حسن ميره

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد:

أصبحت الكتابة عن أهمية الصكوك ودورها في سوق التمويل والاستثمار الإسلامي المعاصر لغواً من الحديث؛ فحجم إصداراتها الضخمة ومعدلات نموها الكبيرة قد قطعت جهيزة قول كل خطيب في هذا المقام؛ فكان من الأهمية بمكان بيان أحكامها، وتحرير ما تشتمل عليه إصداراتها من مسائل؛ وما يستتبعه ذلك من بيان ملحوظاتها وتسديد مسيرتها من خلال سبر واقعها وفحص نشرات إصدارها.

من هذا المنطلق آثر الباحث معالجة جزئية مهمة تشتمل عليها عملية التصكيك وتحريرها من جانبيها التنظيري والتطبيقي؛ فكان عنوان هذا البحث: (**المنشأة ذات الغرض الخاص ودورها في هيكلة الصكوك**)[1]، والذي سيشتمل على مباحث ثلاثة، تفصيلها على النحو الآتي:

---

(١) بعد تمام الانتهاء من هذا البحث اطلع الباحث على رسالة ماجستير (غير مطبوعة) للباحث: أحمد جميل بن جعفر، نوقشت في كلية الشريعة بجامعة اليرموك بالأردن عام ١٤٣٢هـ، عنوانها: (الشركة ذات الغرض الخاص وأثرها في التصكيك، دراسة فقهية). ورغم اشتراك البحثين في بعض العناوين، إلا إن كلا منهما قد اختص بمعالجة جوانب تختلف عن الآخر، مثل: تميز هذا البحث بدراسة الجوانب التطبيقية للموضوع ومعالجتها وهو ما افتقدته رسالة الأخ أحمد، وفي المقابل اشتملت رسالة الأخ أحمد على دراسة مفصلة للجوانب المحاسبية للشركة ذات الغرض الخاص، وهو ما رآه هذا البحث ليس ذا أولوية وغير داخل في صلب الموضوع محل المعالجة.

المبحث الأول: تمهيد في التعريف بالتوريق والتصكيك.

المبحث الثاني: دراسة وصفية للمنشأة ذات الغرض الخاص.

المبحث الثالث: الضوابط الشرعية للمنشأة ذات الغرض الخاص تنظيراً وتطبيقاً.

والحمد لله في الأولى والآخرة، والصلاة والسلام على الحبيب محمد صلى الله عليه وسلم.

د/ حامد بن حسن ميره
HamedMerah@gmail.com

المبحث الأول

تمهيد في التعريف بالتوريق والتصكيك[١]

لما كان من أهم الأغراض التي تُنشأ المنشآت ذات الغرض الخاص من أجلها هي عمليات التوريق والتصكيك[٢]؛ فسيعرِّف الباحث بكلٍّ منهما تعريفاً موجزاً يكون معيناً على تصوُّر بعض الجوانب ذات العلاقة بالمنشأة ذات الغرض الخاص[٣].

تعريف التوريق: (Securitization)[٤]

بعد تأمل جملة من التعريفات القانونية والمالية والمصرفية للتوريق[٥] فإن الباحثَ يستطيعُ القول بأن التوريق مصطلح يتجلى معناه في تجميع

---

(١) إذا أطلق التوريق فالأصل أنه لتوريق الديون التقليدية دون مراعاة للضوابط الشرعية، بينما الأصل في التصكيك فهو للصيغ التي تتم مع محاولة التوافق مع الضوابط الشرعية، كما سيتبين من تعريف كلٍّ منهما.

(٢) ولكون عنوان البحث مختصاً بدور المنشأة ذات الغرض الخاص في هيكلة الصكوك؛ فسيتم التمهيد من خلال التعريف بالتوريق والتصكيك.

(٣) هذا وإن كانت بعض إصدارات الصكوك تقوم على تصكيك أصول قائمة (وهي بهذا الاعتبار داخلة في مفهوم التصكيك الآتي التعريف به)، فإن بعضها الآخر لا يقوم على تصكيك أصول قائمة وإنما يتم إصدار صكوك بناء على أصول جديدة ونحوه.

(٤) سيُعَرِّف الباحث بالتوريق – في هذا الموضع- بصيغته التقليدية؛ لما لذلك من أهمية في تصور المسائل محل البحث.

(٥) ينظر: التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني، د/ حسين فتحي عثمان ص: (١٧)، عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق، د/ الملحم ود/ الكندري ص: (١٤٥)، قاموس رويترز المالي The Reuter's Financial Glossary, Page: 108، أدوات وتقنيات مصرفية، مدحت صادق ص: (٢٣٧).

موجودات - كالديون الموثَّقة برهونات على اختـــــلاف أنواعها - ثمَّ بيعها لمنشأة ذات غرض خاص- تُنشأ لحفظ هذه الموجودات وإدارتها-، ثم تقوم هذه المنشأة ذات الغرض الخاص بإصدارِ أوراقٍ ماليةٍ مدعومةٍ بتلك الموجوداتِ وطرحِها في الأسواق الماليةِ ليكتتب فيها عمومُ المستثمرين.

وعليه فيمكن تلخيص معنى "التوريق" في كونه: تحويل القروض - الموثَّقة بضمانات أو رهونات- من أصول غير سائلة إلى أصولٍ نقديةٍ سائلةٍ تُستَخدَم عادةً لتمويل عملياتٍ مصرفيةٍ جديدة[١].

تصوير التوريق[٢]:

يُمكِن تصوير التوريق من خلال استعراض خطوات تنفيذه (بشكلٍ مختصر)، وذلك وفق ما يأتي:

أولاً: تقوم مؤسسة مالية لها ديونٌ موثَّقةٌ برهون أو ضمانات ببيع هذه الأصول[٣] أو بعضها بخصم - أي بثمن أقل من قيمة الديون- لمنشأةٍ ذاتِ غرضٍ خاص (SPV) يتمُّ إنشاؤها لغرض شراء هذه الأصول التي ترغب المؤسسة في توريقها.

---

(١) ينظر: التوريق، د/ فؤاد محيسن ص: (٥)، توريق الحقوق المالية، د/ سعيد عبدالخالق ص: (٦- ٧).

(2) The Rating Process and Credit Enhancement, Prof. Ian Giddy, Stern School of Business, New York University

(٣) المقصود بـ "الأصول" في سياق التعريف بالتوريق هو: الديون.

ثانياً: يتم نقل هذه الأصول بضماناتها من الذمةِ الماليةِ للمؤسسة البائعة إلى ذمة المنشأةِ ذاتِ الغرض الخاص (SPV)؛ حتى تكون هذه الأصول بمنأى عن إفلاس المؤسسة البائعة، وفي مأمنٍ عما قد ينشأ على المؤسسة البائعة من مطالباتٍ أو دعاوى.

ثالثاً: تقوم إحدى وكالات التصنيف الائتماني (Rating Agencies) - مثل: وكالة ستاندارد أند بورز S&P، أو موديز Moody's- بتصنيف الأصول محل التوريق، إذ إن لهذا التصنيف دوراً مهماً في إقبال المستثمرين على شراء السنداتِ الناشئة عن توريق هذه الأصول.

رابعاً: تُصدِرُ المنشأةُ ذات الغرضِ الخاصّ (SPV) -وتسمى (المُصْدِر)- سندات بمثل قيمة الديون محلِّ التوريق للحصولِ على السيولةِ عن طريق بيعها من المستثمرين، مع أهمية مراعاةِ ضبط كونِ فوائد هذه السندات متوافقة مع فوائد الديون المورَّقة نفسها في تواريخ دفعها.

خامساً: تدفع المنشأة ذات الغرض الخاص (SPV) قيمة الأصول المورَّقة للمؤسسة المالية البائعة، وذلك من السُّيولَة المتحَصِّلةِ من بيعِ السندات.

تعريف التصكيك:

عرفت المعايير الشرعية التصكيك بأنه: "**تقسيم ملكية الموجودات من الأعيان، أو المنافع، أو هما معاً، إلى وحدات متساوية القيمة،**

وإصدار صكوك بقيمتها"[1]، ويُراد بذلك تحويل الموجودات من الأصول والعقود - كعقود الاستهلاك، والإيجارات ونحوها-، إلى أوراق مالية متداولة.

ويتجلى ذلك في تصويره بأمثلة عِدَّة، منها: تقسيم ملكية الأعيان المؤجرة أو منافعها، أو موجودات المشروعات القائمة، أو رأس مال المضاربة، أو المشاركة، ونحو ذلك إلى صكوك متساوية القيمة قابلة للتداول؛ بحيث يكون مالك الصك مالكاً للحصةِ التي يمثلها هذا الصك في هذه الأعيان المالية، أو الحصة في رأس مال المشروع الذي يُقام بقيمة هذه الصكوك[2].

(١) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي السابع عشر، ص: (٣٠٣).

(٢) ينظر: صكوك الإجارة، حامد ميره ص: (٨٨).

المبحث الثاني

دراسة وصفية للمنشأة ذات الغرض الخاص

تعريف المنشأة ذات الغرض الخاص:

المنشأة ذات الغرض الخاص بالإنجليزية SPV اختصاراً لـ Special Purpose vehicle، وتسمى في بعض الأحيان SPC اختصاراً لـ Special Purpose Company أي الشركة ذات الغرض الخاص، وفي الإنجليزية الأمريكية تغلب تسميتها بـ SPE اختصاراً لـ Special Purpose Entity، أي المنشأة ذات الغرض الخاص.

هذا وقد عرَّف قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني[1] الشركة ذات الغرض الخاص بأنها: "الشركة التي يتم إنشاؤها لغرض تملك الموجودات التي يمكن أن تصدر مقابلها صكوك إسلامية".

وعرفتها هيئة الأوراق المالية الماليزية بأنها: "أيُّ منشأة تُصدِر أوراقاً مالية مدعَّمة بالأصول، والتي يجب أن تستوفي جميع المعايير المنصوص عليها في هذه المبادئ التوجيهية"[2].

كما عرَّفت وكالة ستاندرد أند بورز المنشأة ذات الغرض الخاص بأنها: "منشأة ذات غرض خاص بعيدة عن خطر الإفلاس (سواء في

---

(١) المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩/ ٠٩/ ٢٠١٢م.

(2) Guidelines on the Offering of Asset-Backed Securities, Securities Commission, Malaysia.

شكل هيئة أو مؤسسة أو شركة توصية أو شركة ائتمانية، أو شركة ذات مسؤولية محدودة أو أي شكل آخر) بحيث تفي بمعايير الغرض الخاص المأخوذة بعين الاعتبار"[١].

هذا وإن كان الغالب إنشاء المنشأة ذات الغرض الخاص لأغراض التوريق أو التصكيك، إلا إن إنشاءها غير مختص بذلك، بل يتم تأسيسها في عقود التمويل المهيكلة وبعض عقود المشتقات المالية، وغيرها من العقود والأدوات المالية[٢].

الشكل القانوني للمنشأة ذات الغرض الخاص:

قد تكون الترجمة الحرفية لمصطلح SPV (Special Purpose vehicle) والتي هي: (المركبة ذات الغرض الخاص) فيها شيء من الطرافة في السياق الذي نحن بصدده، إلا إنها تعكس جانباً كبيراً من الحقيقة القانونية للمنشأة ذات الغرض الخاص؛ حيث إنها أشبه بمجردِ وعاءٍ قانونيٍّ يتم تأسيسه لتحقيق جملةٍ من الأهداف والوظائف (كحفظ ملكية الأصول مستقلة عن مالكها الأول) بغض النظر عن الشكل القانوني لهذا الوعاء - مادام مؤدياً للأهداف المرجوة -، ثم ينتهي هذا الوعاء بانتهاء المهمة التي أنشئ من أجلها.

وعليه فإن كثيراً من الدول لا تخصُّ المنشأة ذات الغرض الخاصّ بقانون أو تنظيم، بل تأسيس المنشأة ذات الغرض الخاص فيها قد يكون

---

(١) التمويل المنظم (مسرد مصطلحات عمليات التوريق)، Standard & Poor's.

(2) Investopedia website, www.investopedia.com/terms/s/spv.asp#ixzz1bAx6f1OE

في صيغة رصد Trust، أو شركة ذات مسؤولية محدودة Limited Liability Company، وغير ذلك.

إلا إن الأهم من شكلها القانوني أن تتوفر فيها جملة من الخصائص، من أهمها[1]:

- محدودية المسؤولية.
- ألا يكون لها نشاط تجاري عامٌّ، باستثناء حفظ الأصول وإدارتها وفق ما ينص عليه عقد تأسيسها.
- أن تُتَّخذ إجراءات تجعلها بعيدة عن الإفلاس، ومن أهم ما يحقِّق لها ذلك[2]:

١- منع استدانتها، أو حصولها على قروضٍ.

٢- ألا يكون من صلاحياتها الاندماج مع شركة أو منشأة أخرى، وألا تكون قابلة لأن تستحوذ على شركة أخرى، ولا أن يُستَحوَذ عليها من غيرها.

- يجب أن يكون اسمها وهويتها ودفاترها المحاسبية وملكيتها القانونية مستقلة بشكلٍ كاملٍ عن منشئها.

---

(1) Report of the In-house Working Group on Asset Securitisation, Chapter 7 - Special Purpose Vehicle, Reserve Bank of India.

(٢) تختلف هذه الإجراءات من شكل قانوني لـ(لمنشأة ذات الغرض الخاص) لآخر، كما تختلف في بعض الأحيان باختلاف قوانين الدول؛ وعليه فلا يلزم أن تكون هذه الإجراءات مستوفاة في كل شكل وفي كل قانون.

- أن يُنَص في عقد تأسيسها على الغرض الذي أنشأت من أجله، وحدود صلاحياتها، وآلية تصفيتها؛ وعليه فمربط الفرس في المنشأة ذات الغرض الخاص، أن يتم توضيح الغرض (أو الأغراض) الخاصة التي أنشأت لأجلها بشكلٍ جليٍّ في مستندات تأسيسها، وتنتهي بانتهاء أداء هذا الغرض.

هذا ومن خلال الاطلاع على جملة من التجارب العالمية وقوانين كثيرٍ من الدول فإنه يمكن تأسيس المنشأة ذات الغرض الخاص في إحدى الصيغ القانونية الآتية:

١- منشأة ذات غرض خاص: وذلك في الدول التي تشتمل قوانينها على تنظيم خاص لها يُفرِدها بأحكام خاصة.

٢- شركة ذات مسؤولية محدودة، (وكثيراً ما يتم تسجيلها في مناطق الإعفاء الضريبي).

٣- صيغة رصد (عهدة مالية) Trust، أو رصد أجنبية خارجية (Offshore Trust).

٤- صندوق استثماري (Mutual Fund).

تعريف موجز بالرصد (الترست)[(١)]:

الترست Trust، والذي يُتَرجم بالعربية إلى (الرصد)[(٢)] أو (العُهَد المالية) عُرِّف بأنه: "عبارةٌ عن علاقة قانونية[(٣)] يحتفظ أحد أطرافها بسندِ ملكيةٍ قانوني لأملاك الطرف الآخر مع استثمارها وتحديد المستفيد أو المستفيدين"[(٤)].

وعُرِّف بأنه: "ترتيب قانوني يتم بموجبه نقل أموال أو ممتلكات من المالك إلى شخص آخر (الأمين)؛ لإدارتها لصالح واحد أو أكثر (المستفيدين)"[(٥)].

---

(١) نظراً لكون المنشأة ذات الغرض الخاص التي يتم تأسيسها لحفظ موجودات بعض إصدارات الصكوك إنما تتم في صيغة الرصد (الترست) فقد رأى الباحث أن من الأهمية بمكان التعريف بالرصد بشكلٍ موجز.

(٢) الترجمات المذكورة جميعها مؤدية للمعنى؛ وعليه فسيعتمد الباحث ترجمة: (الرصد) فيما يأتي؛ لكونها أخصر من (العهدة المالية).

(٣) يُعَدُّ قانون العُهَد المالية (Financial Trust Law) البحريني الصادر برقم: (٢٣) عام ٢٠٠٦م هو القانون الوحيد في الدول العربية الذي ينظم الرصد (الترست).
ومن القوانين الصادرة في الدول الإسلامية بشأنه، قانون الترست في لبوان بماليزيا (Labuan Trust Act1996)، بل إنهم أصدروا في عام ٢٠٠٨م ضوابط إلحاقية لتأسيس الرصد المتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية في لبوان (Guidelines on Sharia Compliant Trust in Labuan).

(٤) الترست الإسلامي، د/ صادق حماد.

(٥) فكرة الترست وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة، د/ حسني المصري ص: (٣٩)، وبتعريفٍ قريبٍ من ذلك عرفها:
Guidelines on Sharia Compliant Trust in Labuan, Labuan Offshore Financial Services Authority.

وعليه فالرصد عبارة عن كيانٍ قانوني يتمُّ تأسيسه، لغرض حفظِ أصولٍ وإدارتها، يتم نقلُ ملكيتها من الراصد إلى منشأة الرصد وِفق اتفاقية يتم فيها تحديد المستفيد ومالك منفعة الرصد، ومدته وكثيرٍ من الأحكام الأخرى ذات الأهمية[1].

وبذلك يتبين أن من أهم المبادئ التي يقوم عليها مفهوم الرصد الفصل بين المالك الرسمي أو القانوني للأصول - والتي ستكون باسم منشأة الرصد-، وبين مالك منفعة هذه الأصول، وهم المستفيدون المحدَّدون في نظام أو وثيقة الرصد.

كما تجدر الإشارة إلى أن الرصد قد يكون دائماً أو محدداً بمدة ينتهي فيها.

أطراف التعاقد في الرصد (الترست)[2]:

يمكن تلخيص الأطراف الرئيسة في الرصد بأربعة أطراف، هي:

١. **الراصد** (منشيء الرصد) Settler: هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي ينشيء الرصد، ويقوم بمقتضى ذلك بنقل الملكية القانونية للأصول محل الرصد إلى طرف آخر يعهد له بمتلكاته لحفظها وإدارتها، واستثمارها (في بعض الأحوال).

---

(١) ينظر: المؤسسة ذات الغرض الخاص، د/ محمد القري ص: (٢٥- ٢٨).

(2) Financial Trust Law, Central Bank of Bahrain, Labuan Trust Act 1996, Laws of Malaysia.

٢. **المستفيد** Beneficiary: هو الشخص أو الأشخاص الذين حددهم الراصد في وثيقة الرصد ليملكوا الاستفادة من منافع الرصد.

٣. **أمين الرصد** Trustee: هو الجهة أو الشخص الذين يتم نقل الملكية القانونية (الرسمية) لأصول الرصد إليه؛ ليقوم بأداء المهام والواجبات التي أنيطت به وحدِّدت في وثيقة الرصد تجاه هذه الأصول، مع استصحابه الدائم في أداء مهامه واتخاذ قراراته تحقيق أهداف الرصد ومراعاة مصالح المستفيدين.

٤. **حافظ الرصد** Trust Protector: هذا الطرف لا يلزم وجوده في كل رصد؛ حيث إن وثيقة الرصد تعطي الراصد الحق في تعيين (حافظ للرصد) تكون من أبرز مهامه: الإشراف على أمين الرصد ومحاسبته فيما يتعلق بأدائه لواجباته ومسؤولياته تجاه الرصد التي حددتها وثيقة الرصد.

وثيقة الرصد (Trust Instrument)[1]:

تعد وثيقة الرصد حجر الزاوية في هذا التعاقد إذ إنها تشتمل على تحديد كثير من الجوانب الجوهرية، ورسم الحدود الفاصلة بين أطراف هذا التعاقد من حقوق وواجبات.

---

(1) Financial Trust Law, Central Bank of Bahrain clause 4B, Labuan Trust Act 1996, Laws of Malaysia.

ومن النقاط والقضايا التي تشتمل عليها وثيقة الرصد ما يأتي[1]:

- تحديد الغرض من الرصد.
- تحديد المستفيد (أو المستفيدين من الرصد).
- تعيين الأصول محل الرصد بشكلٍ واضح.
- تحديد صلاحيات أمين الرصد، وواجباته ومسؤولياته تجاه أصول الرصد والمستفيدين.
- بيان حقوق المستفيدين، وتحديد حصصهم في منافع الأصول محل الرصد.
- تحديد حافظ للرصد، وبيان حدود صلاحياته.
- تحديد مدة الرصد.
- آلية التصرف في موجودات الرصد حال انتهائه مدته وتصفيته.

المنشأة ذات الغرض الخاص في صيغة الرصد (الترست) في إصدارات الصكوك:

بناء على ما سبق بيانه فإن المنشأة ذات الغرض الخاص التي يتم تأسيسها لحفظ موجودات الصكوك يمكن أن تكون في صيغة رصد (ترست)؛ بحيث يكون:

- **الراصد** (منشيء الرصد) Settler: هو الجهة المتمولة مصدرة الصكوك.

---

(١) بعض هذه النقاط إدراجه في وثيقة الرصد إجباري وبعضها اختياري، ويختلف ذلك باختلاف القوانين من بلد لآخر.

- **المستفيد** Beneficiary: هم حملة الصكوك.
- **أمين الرصد** Trustee: جهة مرخصة قانوناً لتكون أميناً للرصد.

وبذلك يقوم مصدر الصكوك بإرصاد الأصول محل التصكيك (موجودات الصكوك Sukuk Assets) من خلال إخراجها عن ملكيته القانونية ودفاتره المحاسبية، ونقل ملكيتها إلى أمين رصد، ويتم تحديد حملة الصكوك كمستفيدين، على أن تشتمل وثيقة الرصد على تفصيل الأحكام ذات العلاقة؛ كآلية إدارة الأصول، واستثمارها وتوزيع عوائد حملة الصكوك، وآلية الإطفاء، ومآل الأصول عند انتهاء الإصدار أو إطفائه، وغيرها.

وظائف المنشأة ذات الغرض الخاص وأغراض تأسيسها:

إنشاء المنشآت ذات الغرض الخاص تدعو له أسباب عِدَّة سواء أكان ذلك في سياق توريق الأصول[1] أو تصكيكها، أو غير ذلك، ومن أهم هذه الأسباب ما يأتي:

١. **ضمان حقوق المستثمرين (حملة الصكوك أو السندات):**

إن من أهم أهداف إنشاء المنشآت ذات الغرض الخاص، ونقل الأصول محل التصكيك أو التوريق من ملكية الجهة المصدرة وذمتها المالية ودفاترها المحاسبية إلى ملكية المنشأة ذات الغرض الخاص هو

(١) المقصود بـ "الأصول" فيما يخص التوريق – التقليدي- هو: الديون، وفيما يخص التصكيك: الأعيان أو المنافع أو الخدمات أو ما اجتمع منها ،وما قد يتبعها من نقود وديون.

ضمان حقوق المستثمرين (حملة الصكوك أو السندات) من خلال حماية هذه الأصول من إفلاس المصدر، وما قد يتبع ذلك من آثار.

بحيث إذا أفلس المصدر، أو صدر حكم قضائي بتصفيته أو تعيين حارس قضائي عليه لم يكن لدائني المصدِر حق في المطالبة بالأصول المصككة، ولا في تسييلها؛ لأنها خرجت عن ملكية المصدِر القانونية ومن دفاتره المحاسبية إلى ملكية المنشأة ذات الغرض الخاص.

وعليه فإن من الأهمية بمكان التأكد من انتقال ملكية الأصول بشكلٍ كاملٍ من الذمة المالية للمصدر إلى ملكية المنشأة ذات الغرض الخاص[1].

٢. إدارة الأصول المصككة أو المورَّقة وفق مصلحة المستثمرين (حملة الصكوك أو السندات):

إن من الوظائف المهمة التي تؤديها المنشأة ذات الغرض الخاص في التصكيك أو التوريق هي تمثيل حملة الصكوك؛ حيث إنها ذات ذمة مالية وشخصية اعتبارية مستقلة تخولها حق التملك والتصرف، وكذلك فإنها تتولى إدارة موجودات الصكوك وفق مصلحة حملة الصكوك، ويتأكد ذلك عندما تكون موجودات الصكوك تحتاج إلى إدارة واستثمار قد تتعارض قراراته مع مصالح المصدِر؛ فيكون من الأهمية بمكان

---

(١) ينظر: قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني، م: (١٠-د)،
Guidelines on the Offering of Asset-Backed Securities, Securities Commission, Malaysia, ، Money Terms website: http://moneyterms.co.uk/spvspe/.

وجـودُ منشـأة ذات غـرضٍ خـاص منفصـلة عـن المصـدِر في ملكيتهـا وإدارتها؛ لتؤدي هذه الأدوار.

٣. أسباب ذات علاقة بالضوابط الشرعية لهيكلة الإصدار:

من الأغراض التي أصبحت تُنشأ لأجلـها المنشـآت ذات الغـرض الخـاص في هيكلـة الصـكوك وغيرهـا مـن عقـود التمويـل المهيكلـة في المصارف الإسلامية هو تحقيق بعـض الضـوابط الشـرعية وِفـق اجتهـاد الهيئة الشرعية المجيزة للإصدار.

ومن خلال الاطلاع على جملة تطبيقات في هذا المجال، فقد كان من أبرز المسائل الشـرعية الـتي أُسِّسَـت المنشـآت ذات الغـرض الخـاص في هياكل الصكوك ومنتجات التمويل المهيكل لأجلها ما يأتي[(١)]:

أولاً: تقديم ضمان لرأس مال حملة الصكوك أو المستثمرين[(٢)]:

لما كان التزام المصدر أو مدير موجـودات الصـكوك بضـمان رأس مال حملة الصكوك مما صدرت بتحريمه فتاوى وقرارات مجمعية عـدة[(٣)]،

---

(١) إيراد هذه الصور لا يعني بالضـرورة موافقـة الباحـث علـى كـون تأسـيس المنشـأة ذات الغرض الخاص حلاً للإشكال الشرعي فيها، وسيأتي دراسة شيء من ذلك لاحقاً بمشيئة الله.

(٢) ينظر: ملكية حملة الصكوك وضماناتها، د/ حامد ميره.

(٣) مثل: قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم: ١٧٨ (١٩/٤)، والذي نص على مـا يـأتي: "مدير الصكوك أمين لا يضمن قيمة الصـك إلا بالتعـدي أو التقصـير أو مخالفـة شـروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار"، وفيه: "لا يجـوز إطفـاء الصـكوك بقيمتهـا الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو بالقيمة التي يُتَّفق عليها عند الإطفاء".
كذلك فقد نصت الفقرة ٥/ ١/ ٨/ ٧ من معيار صكوك الاستثمار – المعيار السابع عشر- الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسـات الماليـة الإسـلامية علـى

فقد ذهب بعض مهيكلي الصكوك وعقود التمويل المهيكلة للخروج من هذا الإشكال الشرعي إلى العدول عن تقديم الضمان المباشر من المصدِر أو مدير الإصدار إلى إنشاء منشأة ذات غرض خاص تقدِّم هذا الضمان.

ثانياً: التعهد بإعادة شراء الأصول محل التصكيك أو التمويل:

لما كانت صيغة "إجارة العين لمن باعها تأجيراً منتهياً بالتمليك" التي هُيكِلت عليها بعض إصدارات الصكوك وعقود التمويل، والتي يمكن تلخيص هيكلتها في كون المصدِر يبيع أصلاً (أو مجموعة أصول عنده) من حملة الصكوك بثمن حال (ثمن الصكوك)، ثم يعيد استئجار الأصل الذي باعه منهم تأجيراً مقترناً بوعدٍ بالتمليك، أو يستأجرها منهم مع إصداره وعداً ملزماً بإعادة شراء الأصل - الذي باعه منهم، والذي استأجره منهم طوال مدة الصك- بالقيمة الاسمية للصك.

لما كانت هذه الهيكلة محل نقدٍ شرعي عند بعض العلماء والهيئات الشرعية؛ لكونها شكلاً من أشكال بيوع العينة (الإيجارية)، ولكون هذه الصيغة إحدى آليات ضمان رأسِ مالِ حملةِ صكوك الأعيان المؤجرة[1]،

الآتي: "أن لا تشتمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدراً معيناً من الربح"، وهو ما أكده بيان المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة الصادر في البحرين عام ١٤٢٩هـ، والذي جاء فيه: "لا يجوز للمضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصكوك أو ممن يمثلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها..".

(١) سيأتي مزيد تفصيل لبيان الحكم الشرعي لهذه الصيغة في المبحث الثالث من هذا البحث: (الضوابط الشرعية للمنشأة ذات الغرض الخاص تنظيراً وتطبيقاً).

حاول بعض مهيكلي الصكوك الخروج عن الإشكال الشرعي المثار على هذه الصيغة من خلال تضمين الهيكلة منشأة ذات غرض خاص، غرضها الرئيس شراء الأصل من المصدر، ثم بيعه من حملة الصكوك (أو من يمثلهم)، ثم يستأجر المصدِر الأصل من حملة الصكوك تأجيراً مقترناً بالوعد بالتمليك (أو يستأجره مع إصداره وعداً ملزماً بإعادة شراء الأصل بالقيمة الاسمية)؛ فلا يكون بائع الأصل، والمتعهد بإعادة شرائه بالقيمة الاسمية طرفاً واحداً.

ثالثاً: معالجة تمويل مشروعٍ استثماري لمصرفٍ إسلامي بقرضٍ ربوي:

من المتقرر أنه لا يجوز تمويل صفقة استثمارية بقرضٍ ربوي حتى لو كان ذلك في بلد لا يوجد فيه تمويلٌ مباح، فضلاً عن العدول عن الحصول على تمويل مباح إلى قرضٍ ربويٍّ لكون الثاني منهما أقلَّ كلفة.

هذا وقد وقف الباحث على صفقة استثمارية لمصرفٍ استثماري إسلامي في بلدٍ أوروبي، كان من شبه المتعذر الحصول فيها على تمويلٍ مباحٍ في ذلك البلد لتمويلِ لهذه الصفقة؛ وعليه فقد قام المصرف بتأسيس منشأة ذات غرضٍ خاص ملكيتها القانونية ليست للمصرف الإسلامي (شركة يتيمة Orphan Company)، قامت هذه المنشأة ذات الغرض الخاص بالحصول على قرضٍ ربوي من بنكٍ تقليدي في ذلك البلد بضمان المصرف الإسلامي –أو كيانٍ قانوني تابعٍ له–، ثم قامت المنشأة ذات الغرض الخاص بإنشاء عقد تمويلٍ مباح لصفقة

الاستثمار التابعة للمصرف الإسلامي بمثل مبلغ القرض الذي أبرمته المنشأة ذات الغرض الخاص مع البنك الربوي، وبمثل آجال سداده.

وبذلك يرى هذا المصرف الإسلامي أنه قد خرج عن الحرج الشرعي في تمويل هذه الصفقة بقرضٍ ربوي من خلال توسيط هذه المنشأة ذات الغرض الخاص[1].

٤. أغراض تمويلية:

تلجأ بعض الشركات إلى توريق أو تصكيك بعض أصولها ونقل ملكيتها إلى منشأة ذات غرضٍ خاص لكونه يُعدُّ مصدراً تمويلياً بديلاً عن مصادر التمويل التقليدية المعروفة مثل الاقتراض (أو الحصول على تمويل) من البنوك أو المؤسسات المالية الأخرى، أو زيادة رأسِ المالِ بإصدارِ أسهمٍ جديدة، وما ينطوي عليه الخياران كلاهما من قيود ومشكلات، حيث إن التوريق والتصكيك يعدان وسيلة فاعلة للوصول إلى أسواق رأس المال، وبتلك الوسائل يكون من الممكن زيادة مصادر التمويل مع تقليل مخاطر الائتمان، وذلك من خلال نقل ملكية بعض أصول الشركة إلى منشأة ذات غرض خاص، ثم تصكيك أو توريق هذه الأصول في صيغة أوراق مالية متداولة[2].

٥. أغراض تتعلق بإدارة مخاطر الائتمان:

يؤدى التوريق ونقل ملكية الأصول محل التوريق إلى منشأة ذات

---

(١) سيشير الباحث إلى حكم مثل هذه الصورة في المبحث الآتي.

(٢) ينظر: التوريق كأداة من أدوات تطوير البورصة المصرية، د/ محمد بدوي ص: (٣٣)، الصكوك الإسلامية (التوريق)، د/ محمد عبدالحليم عمر ص: (٧).

غرض خاص إلى تقليل مخاطر الائتمان، إذ إن المؤسسة التي تورِّق بعضَ أصولِها لا تكون مسؤولةً عن الوفاء بها لحمَلَة الأوراق المالية، وبالتالي فإنها تكون بتوريقها هذه الديون قد نقلت مخاطر الائتمان إلى الغير، وقامت بتفتيتها بتوزيعها على حملة السندات، كما إن بعض الشركات قد تلجأ إلى عزل بعض أصولها ذات المخاطر العالية وتحولها إلى ملكية منشأة ذات غرض خاص[(١)].

٦. أغراض محاسبية:

جملة من الأغراض المحاسبية تكون دافعاً إلى إنشاء المنشآت ذات الغرض الخاص، ومن أبرز أمثلتها:

التحرر من قيود الميزانية العمومية:

حيث إن من المتقرِّر محاسبياً أن الأصول - الديون - محل التوريق تظهر كأحد بنود الميزانية العمومية، وعند حساب كفاية رأس المال[(٢)]

---

(١) ينظر: الصكوك الإسلامية (التوريق)، د/ محمد عبدالحليم عمر ص: (٧)، التوريق كأداة من أدوات تطوير البورصة المصرية، د/ محمد بدوي ص: (٢٠).

(٢) **كفاية رأس المال:** أو نسبة كفاية رأس المال مصطلح عرَّفه قاموس المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بأنه: "مصطلحٌ يوضِّحُ العلاقةَ بين مصادرِ رأسِ مالِ المصرف والمخاطرِ المحيطةِ بموجودات المصرف وأي عمليات أخرى. وتُعتَبَر نسبةُ كفايةِ رأسِ المال أداةً لقياس ملاءةِ المصرف أي قدرة المصرف على تسديد التزاماته ومواجهة أي خسائر قد تحدث في المستقبل".

ينظر:

http://www.ibisonline.net/Research_Tools/Glossary/GlossaryDisplayPage.aspx?TermId=726

وهو ما بيَّنته بشكلٍ أكثر وُضوحاً لائحةُ كفـــــايةِ رأسِ المال الصادرة في سلطنة عُمان -برقم: (ب م ١٤/ ٧/ ٧٨)، وتاريخ: ١٠/ ٢/ ١٩٧٨م-، وفيها: "يتعين أن يكون لدى

وقياس مخاطر الائتمان، فإن هذه الديون تُعَدَّل قيمتُها بمقدار الخطر المتَوَقَّع بعدم تحصيلِ بعضِها، وعليه فإنه يتم تخفيضُ قيمتِها المحسوبة بناء على تقدير هذه المخاطر.

وحيث إن الأصول تكون بسطاً في معادلة حساب كفاية رأس المال، فإن كفاية رأس المال لهذه المُؤسسة سوف تنخفض وتتأثر سلباً لنقص قيمة هذه الأصول من خلال ما سبق بيانه من مخاطر احتمال عدم السداد.

وعليه فإذا وُرِّقت هذه الديون فإنها سوف تُشطَب من الميزانية لأنَّ ملكيتها انتقلت إلى المنشأة ذات الغرض الخاص (SPV)، وحَلَّ محلَّها الثمن الذي دفعته الـ(SPV)؛ وبذلك ترتفع قيمة أصول هذه المؤسسة، وهو ما سينعكس إيجابياً بزيادة معدل كفاية رأس مالها[1].

تحسين هيكلة رأس المال:

يمكِّن التوريقُ البنوك والمؤسسات المالية وغيرها من تقديم القروض وتحريكها بسرعة من ميزانياتها العمومية، مما يترتب عليه تخليصها من ضرورة الاحتفاظ بمخصصات الديون المشكوك في تحصيلها؛ إذ إن أي منشأة لديها ديون على الغير يجب عليها أن تستقطع من إيراداتها نسبة معينة من قيمة الديون لتكوين مخصَّصِ الديونِ المشكوكِ في تحصيلِها بما

البنكِ قيمة صافية لكي تؤمِّن قدرة البنك على مواصلة العمل كمؤسسة تجارية مستمرة، وكي يقابلَ البنكُ في الحالِ طلباتِ المودعين والدائنين الآخرين حتى تحت ظروفٍ وأحوالٍ اقتصاديةٍ أو مالية مناوئة".

(١) ينظر: الصكوك الإسلامية (التوريق)، د/ محمد عبدالحليم عمر ص: (٦- ٧).

يقلل صافي الربح، وبالتوريق سوف يختفي رصيدُ المخصَّصِ ويُرَدُّ إلى الإيرادات، ولا يظهر في الميزانية العمومية[١].

٧.أغراض قانونية:

يتم إنشاء المنشآت ذات الغرض الخاص لمعالجة بعض الإشكالات القانونية والنظامية، مثل: أن يمنع القانونُ البنوكَ -في بلد ما- من تملك العقارات أو الأسهم أو السيارات؛ فيقوم البنك بتأسيس منشأة ذات غرض خاص لتملك هذه الأصول ثم بيعها من عملائه مرابحة، أو تأجيرها منهم تأجيراً منتهياً بالتمليك.

٨.أغراض ضريبية:

أصبحت بعض الملاجيء الضريبية كجزر كايمان والباهاما وجزر الفوكلاند وجزر فيرجن التابعة لبريطانيا مناطق جذب ضريبية يقوم بعض أصحاب الثروات وبعض الشركات إلى عزل ملكية بعض أصولها في منشآت ذات أغراض خاصة في بعض هذه المناطق المعفية ضريبياً، أو ذات الضرائب المنخفضة، وهو ما يُعَدُّ طريقاً قانونياً للتخلص من بعض الضرائب أو تخفيضها[٢].

---

(١) ينظر: المرجع السابق ص: (٧)، التوريق كأداة من أدوات تطوير البورصة المصرية، د/ محمد بدوي ص: (٣٣)،
Money Terms website: http://moneyterms.co.uk/spvspe/ .

(٢) ينظر: المؤسسة ذات الغرض الخاص، د/ محمد القري ص: (٣٤)،
Money Terms website: http://moneyterms.co.uk/spvspe/.

المبحث الثالث
الضوابط الشرعية للمنشأة ذات الغرض الخاص
تنظيراً وتطبيقاً

خاتمة مباحث هذا البحث دراسة الحكم الشرعي للمنشأة ذات الغرض الخاص من خلال بيان الضوابط الشرعية ذات العلاقة بالمنشأة ذات الغرض الخاص، يتبعها دراسة تطبيقية لأحد إصدارات الصكوك من زاوية دور المنشأة ذات الغرض الخاص في هيكلته، وتطبيق بعض ما تم بيانه من ضوابط شرعية في الواقع العملي لهذا الإصدار، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الضوابط الشرعية للمنشأة ذات الغرض الخاص[1]:

بناء على ما سبق بيانه من أن المنشأة ذات الغرض الخاص لا تأخذ شكلاً واحداً، كما إنه لا يتم تأسيسها لهدف واحد، وإنما يختلف ذلك باختلاف غرض منشئها؛ وهو ما يجعل تسميتها بـ(المنشأة ذات الغرض الخاص) أصدق بيان لحالها.

وعليه فلا يمكن إعطاء حكم شرعي عامٍّ بشأنها، بل يختلف حكمها باختلاف الغرض الذي أنشئت من أجله، إلا إنه يمكن رسم ضوابط شرعية عامة يمكن من خلالها الوصول إلى حكمها الشرعي، ومنها:

---

(١) ينظر: ملكية حملة الصكوك وضماناتها، د/ حامد ميره، المنشأة ذات الغرض الخاص، د/ عبدالعظيم أبوزيد، المؤسسة ذات الغرض الخاص، د/ محمد القري.

الضابط الأول:

إذا كان التصرف أو الالتزام غير جائز لشخصٍ (طبيعي أو اعتباري) في علاقةٍ تعاقدية، فلا يتغير حكمه بصدوره من منشأة ذات غرض خاص يؤسسها الممنوع من ذلك التصرف، أو من هو على تنسيقٍ معه [1].

هذا وإن من أجلى تطبيقات هذا الضابط في إصدارات الصكوك خصوصاً وغيرها عموماً مسائل ثلاث، تفصيلها على النحو الآتي:

أولاً: تقديم ضمان لرأس مال حملة الصكوك أو المستثمرين:

لا يجوز أن ينشيء مصدر الصكوك (أو من هو على تنسيق معه كمستشار قانوني، أو مدير الإصدار) منشأة ذات غرض خاص لغرض ضمان الإصدار (أو الاستثمار) بغض النظر عن التسجيل القانوني لاسم مالك هذه المنشأة ذات الغرض الخاص.

حيث إن الذي يظهر للباحث تحريم تقديم مصدر الصكوك أو منشأة ذات غرضٍ خاص (أنشأت بتوجيهه) ضمان قيمة الصك (رأس المال) ولا مقداراً محدداً من الأرباح، سواءٌ أكان ذلك في صيغة التزام أم تعهُّدٍ أم وعدٍ ملزم، وكذلك فإنه لا يجوز التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بشراء أصل الصكوك (أو ما تمثله الصكوك) بالقيمة الاسمية للصك عند إطفاء الصكوك، أو إنهائها قبل حلول أجل إطفائها لأيٍّ من الظروف الطارئة.

---

(١) المرجع السابق -بتصرف- ص: (٥٧).

حيث انعقد الإجماع على أن يد المضارب يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط،[١] بل ذهب جماهير أهل العلم من الحنفية،[٢] والمالكية،[٣] والشافعية،[٤] والحنابلة[٥] إلى عدم جواز اشتراط تضمين المضارب في حال عدم تعديه أو تفريطه، وحكموا بفساد هذا الشرط؛ لأن اشتراط ضمان رأس المال على المضارب يقلب العقد من مضاربة إلى قرض، ويحوّل المضاربَ من كونه وكيلاً أميناً إلى كونه مقترضاً ضامناً، فتؤول المضاربة بذلك إلى قرض جرَّ نفعاً، ومن المتقرر أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

بل إن بعض أهل العلم نفى وجود خلافٍ في بطلان اشتراط ضمان المضارب، ومن ذلك قول الإمام ابن قدامة -رحمه الله-: "متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضيعة فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً"[٦].

ولا فرق في تحريم صدور هذا التصرف من الأصيل أو من منشأة ذات غرضٍ خاص أنشأها لتقدم هذا الضمان؛ وإلا فإن كل تصرفٍ

---

(١) وممن حكى الإجماع من أهل العلم: الإمام ابن عبدالبر في الاستذكار (٢١/ ١٢٤)، وشيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣٠/ ٨٢).

(٢) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم (٧/ ٢٨٨).

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ، الباجي (٧/ ٧٢)، الشرح الصغير، الدردير (٣/ ٦٨٧-٦٨٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٧/ ٣٧١).

(٥) ينظر: الإنصاف، المرداوي (٦/ ١١٣)، كشاف القناع، البهوتي (٣/ ١٩٦).

(٦) المغني (٧/ ١٧٦).

محرَّم يمكن جعله مباحاً من خلال منشأة ذات غرضٍ خاص؛ وهو ما يتنافى من حكمة الحكيم العليم في تشريع الأحكام، وحدِّ الحدود وفرضِ الشرائع.

ثانياً: التعهد بإعادة شراء الأصول محل التصكيك أو التمويل:

لا يرى الباحث جواز إنشاء منشأة ذات غرض خاص لتقدم تعهداً بشراء أصول الصكوك من المستثمرين، ولا أن تقوم بشراء الأصول من المصدِر، ثم تبيعها من حملة الصكوك بالنقد؛ ليقوم المصدِر بإعادة شرائها من حملة الصكوك بالأجل، أو يستأجرها منهم تأجيراً منتهياً بالتمليك[1].

ثالثاً: الحصول على قرضٍ ربوي، ثم إعادة تقديمه في صيغة تمويل مشروع:

لا يجوز تأسيس منشأة ذات غرضٍ خاص - حتى لو كانت ملكيتها القانونية ليست للمصرف الإسلامي (كأن تكون شركة يتيمة Orphan Company)- لتحصل على قرضٍ ربوي، ثم تقوم هذه المنشأة ذات الغرض الخاص بتقديم هذا المبلغ الذي حصلت عليه بقرضٍ ربوي في صيغة تمويلٍ مشروع للمصرف الإسلامي أو غيره؛ حيث إن ذلك يُعَدُّ حيلة محرمة على كبيرةٍ من الكبائر، ولا يزيد توسيط المنشأة ذات الغرض الخاص في الحصول على القرض الربوي حكمه إلا تحريماً.

---

(١) سيفصل الباحث حكم هذه المسألة في الدراسة التطبيقية من هذا المبحث.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-: "فيا سبحان الله العظيم أيعود الربا الذي قد عظم الله شأنه في القرآن، وأوجب محاربة مستحله، ولعن أهل الكتاب بأخذه، ولعن آكله وموكله وشاهديه وكاتبه، وجاء فيه من الوعيد ما لم يجيء في غيره إلى أن يستحل جميعه بأدنى سعي من غير كلفة أصلاً إلا بصورة عقد هي عبث ولعب يضحك منها ويستهزئ بها؟!! أم يستحسن مؤمن أن ينسب نبياً من الأنبياء، فضلاً عن سيد المرسلين، بل أن ينسب رب العالمين إلى أن يحرم هذه المحارم العظيمة ثم يبيحها بضرب من العبث والهزل الذي لم يقصد، ولم يكن له حقيقة وليس فيه مقصود المتعاقدين قط"[(١)].

ويقول الإمام ابن حجر -رحمه الله-: "فمن نوى بعقد البيع الربا؛ وقع في الربا، ولا يخلصه من الإثم صورة البيع، ... وكل شيء قُصِد به تحريم ما أحل الله، أو تحليل ما حرم الله؛ كان إثماً، ولا فرق في حصول الإثم في التحيُّل على الفعل المحرم بين الفعل الموضوع له والفعل الموضوع لغيره إذا جعل ذريعة له"[(٢)].

الضابط الثاني:

ألا يتم استخدام المنشأة ذات الغرض الخاص لأهداف تنطوي على تغرير وغش وخداع.

مثال ذلك: أن تعمد شركة إلى إخفاء أصولها الخاسرة من خلال

---

(١) الفتاوى الكبرى (٣/ ٢٢١).

(٢) فتح الباري (١٢/ ٣٢٨).

نقلها أو بيعها بيعاً صورياً إلى منشأة ذات غرضٍ خاص، أو أن تجري عمليات بيع وشراء صورية مع منشآت ذات غرضٍ خاص تنشؤها لتحقق من خلالها أرباحاً وهمية؛ بقصدِ المخادعة والتغرير بالجهات التنظيمية أو المستثمرين في الشركة أو المستثمرين المستهدفين أو وكالات التصنيف الائتماني وغيرهم.

هذا وقد شهد الواقع المعاصر تطبيقات قد بلغت في السوء شأواً بعيداً في استخدام المنشآت ذات الغرض الخاص من هذه الزاوية.

ولعل أبرز هذه القضايا الكبار: واقعة إفلاس شركة إنرون الأمريكية للطاقة Enron، والتي كان من أبرز أسباب انهيارها الاستخدام السيء للمنشآت ذات الغرض الخاص، واستغلال الثغرات القانونية والمحاسبية في تشريعاتها، وعلى إثر ذلك تم تغيير بعض الأنظمة والقوانين ذات العلاقة بها في الولايات المتحدة، بل إن بعض الدراسات قد لخصت ذلك بقولها: قوانين المنشآت ذات الغرض الخاص بعد إنرون ليست كحالها قبلها[1].

هذا ولا شك بأن مثل هذه الاستخدامات للمنشأة ذات الغرض الخاص محرمة؛ لما فيها من الغش والخداع والتغرير التي تظافرت الأدلة من الكتاب والسنة على تحريمها، ومن ذلك:

---

(1) Cardozo Law Review: Securitization Post-Enron, Steven Schwares, Investopedia website: www.investopedia.com/terms/s/spv.asp#axzz1bAwZLy5r.

قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[1]، والحديث الذي رواه قيس بن سعد بن عباده قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (الخديعة في النار)[2].

الضابط الثالث:

لا يجوز استخدام المنشآت ذات الغرض الخاص للتستر على أموال مكتسَبة من مصادر غير مشروعة؛ كأن تكون أموالاً منهوبة أو مسروقة، أو مغتصبة أو مختلسة.

كما إنه لا يجوز الإعانة ولا تقديم المشورة ولا أي نوع من التسهيلات لمن عُلِم أنه ينشيء منشأة ذات غرض خاص للتستر على أموال مصدرها غير مشروع؛ لأن ذلك من التعاون على الإثم والعدوان الذي نهى الشارع عنه بقوله: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾[3].

ثانياً: دراسة تطبيقية على أثر المنشأة ذات الغرض الخاص في هيكلة الصكوك:

سيدرس الباحث أحد إصدارات الصكوك من زاوية موقع المنشأة ذات الغرض الخاص في هيكلته، وأثرها في حكمه الشرعي[4].

---

(١) سورة البقرة، الآية: (١٨٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم في باب النجش من كتاب البيوع.

(٣) سورة المائدة، الآية: (٢).

(٤) وعليه فلن يتعرض الباحث لبيان بعض الجوانب الأخرى في حكم الإصدار التي ليس لها علاقة مباشرة بالمنشأة ذات الغرض الخاص وأثرها في هيكلة الإصدار؛ حتى لا يخرج البحث عن نطاق الموضوع محلِّ الدراسة.

الإصدار في أرقام:

- الحجم الكلي للإصدار مليار دولار أمريكي، ما يعادل 3,750,000,000 ريال سعودي.
- مدة الإصدار خمس سنوات تبدأ من تاريخ الإغلاق ٢١/٠٧/٢٠٠٧م، وينتهي ١٦/٠٧/٢٠١٢م.
- يتكون الإصدار من عشرين دفعة؛ كل دفعة تُستحق كل ثلاثة أشهر، أي كل يوم ١٦ من شهر يناير، وأبريل، ويوليو، وأكتوبر.
- يستحق حملة الصكوك في يوم التوزيع الدوري المبلغ الذي يتكون من الآتي:
  - جزء من المبلغ الأساسي (المليار دولار)، مضافاً إليه.
  - معدل مؤشر الفائدة (هامش الربح المتفق عليه) وهو (2.25%).

شرح هيكلة الإصدار (Issue Structure):

- أولاً: أهم أطراف التعاقد إجمالاً:

١. حملة الصكوك (Certificates Holders): وهم عموم المستثمرين الذين سيدفعون الأموال لشراء الصكوك.

٢. الشركة العقارية المتموِّلة (المصدِر the Issuer): وهي شركة مساهمة[1] تمثل بجانب كونها المصدِر أدواراً عدة سيأتي بيانها

(١) رأى الباحث عدم ذكر اسم الشركة المصدرة، والاكتفاء ببيان أنها شركة عقارية، وسيتم

أثناء شرح الهيكلة، وجدير بالتنبيه أن الإصدار إنما هُيكِل في الأصل لتمويلها.

٣. "المنشأة ذات الغرض الخاص I": وهي شركة ذات مسؤولية محدودة أسست في جزر كايمان (Cayman Islands)، رأسمالها ٢٥٠ دولار أمريكي، والغرض منها تمثيل حملة الصكوك.

٤. "المنشأة ذات الغرض الخاص II" (Saudi SPV): شركة ذات مسؤولية محدودة أسست في السعودية بأقل رأس مال مصرح به للشركات ذات المسؤولية المحدودة (500,000) ريال سعودي، وهي مملوكة لشريكين ليس لهما أي علاقة قانونية بالمصدِر.

- ثانياً: توصيف خطوات الهيكلة:

بعد قراءة متأملة لنشرة الإصدار المفصلة يمكن إيجاز هيكلة هذا الإصدار في النقاط الآتية:

١- تقوم "المنشأة ذات الغرض الخاصI" بإصدار الصكوك وبيعها من المستثمرين "حملة الصكوك".

٢- تستلم "المنشأة ذات الغرض الخاصI" المبالغ النقدية حصيلة الاكتتاب في الصكوك من المستثمرين.

٣- تدفع "المنشأة ذات الغرض الخاصI" الحصيلة النقدية

الاستعاضة عن التصريح باسمها في سياق الدراسة إلى تسميتها بـ(الشركة العقارية المتمولة)، أو (المصدِر).

للاكتتاب (مليار دولار) إلى "المنشأة ذات الغرض الخاصII" كثمن شراء أصول عقارية.

٤- تستلم "المنشأة ذات الغرض الخاصII" المبلغ النقدي من "المنشأة ذات الغرض الخاصI" ثمن بيعها أصولاً عقارية.

٥- تشتري "المنشأة ذات الغرض الخاصII" أصولاً عقارية معينة من المصدِر (الشركة العقارية) وتدفع ثمنها نقداً.

٦- تسلِّم "المنشأة ذات الغرض الخاصII" العقارات المبيعة إلى "المنشأة ذات الغرض الخاصI".

٧- باعتبار "المنشأة ذات الغرض الخاصI" وكيلاً عن حملة الصكوك فإنها تؤجر الأعيان التي يملكها حملة الصكوك من المصدِر (الشركة العقارية).

٨- باعتبار "المنشأة ذات الغرض الخاصI" وكيلا عن حملة الصكوك فإنها تعيِّن المصدِرَ (الشركة العقارية) "وكيلَ خدمة servicing agent" لإدارة الأصول المستأجرة، ويقتضي ذلك تحمل المصدِرَ (الشركة العقارية) جملة من المسؤوليات بالوكالة عن حملة الصكوك، ومن هذه المسؤوليات: تنفيذ الصيانة الأساسية للأعيان المؤجرة ودفع نفقاتها، والإصلاحات الهيكلية، والضرائب، والزكاة، والتأمين.

٩- تقدم "المنشأة ذات الغرض الخاصII" تعهداً ملزماً غير مشروط وغير قابل للنقض بشراء الأعيان المؤجرة من حملة

الصكـــــوك عنـــــد عرضـــهم ووفقـــا لـــ"ســـعر التنفيـــذ Exercise Prise"، وقـد نصـت الاتفاقيـة علـى أن سـعر التنفيذ هـو مليـار دولار بالإضـافة إلى أي مسـتحقات ماليـة أخرى لم تُدفع ضمن مبالغ التوزيع الدورية (أي إعادة الشراء بأصل المبلغ مع التعهد بدفع ما قد يُتأخر في دفعه من الأرباح المقرَّرة).

١٠- يقدم المصدِر (الشركة العقارية) تعهـداً ملزمـاً غـير مشـروط وغير قابل للنقض بشراء الأعيان المـؤجرة مـن "المنشـأة ذات الغرض الخاصI" بالشروط نفسها التي قـدمتها "المنشـأة ذات الغرض الخاصII" لحملة الصكوك.

١١- يقدم المصدِرَ (الشركة العقارية) -باعتباره طرفاً ثالثاً- ضماناً غير مشروط وغير قابـل للـنقض لحملـة الصـكوك أن تقـوم "المنشأة ذات الغرض الخاصII" بتنفيذ تعهدها الملـزم بشـراء الأصول من حملة الصكوك.

وبـذلك يكـون حملـة الصـكوك - ممـثَّلين في المنشـأة ذات الغـرض الخاص I- قد اشتروا أصولاً عقاريـة بـثمنٍ نقـديٍّ (مليـار دولار) مـن المصدِر - ولكن من خلال المنشأة ذات الغرض الخاص II-، ثم أجـروا هذا الأصل من المصدِر، مع التزام المصدر بإعـادة شـراء هـذه الأصـول بقيمتها الاسمية (المليار دولار).

ويجدر بالباحث إبراز دور المنشآت ذات الخاص في هذه الهيكلة، حيث كانت:

- المنشأة ذات الغرض الخاص I: مجرد ممثلٍ لحملة الصكوك، وحافظٍ لأصول الصكوك - مثلها مثل أي شركة غرض خاص في إصدرات الصكوك الأخرى-.
- المنشأة ذات الغرض الخاص II: كانت وسيطاً بين المصدر وحملة الصكوك؛ حيث كانت هي من باع الأصول من حملة الصكوك، بينما كان المستأجر هو المصدر، ثم كان ضمان إعادة شراء الأصول مقدَّماً من المصدِر - الذي لم يكن في الهيكلة البائع المباشر للأصول من حملة الصكوك-؛ أي أنه طرف ثالث مستقل عن البائع.

الحكم الشرعي للإصدار:

يظهر للباحث - والله أعلم بالصواب- تحريم هذا الإصدار[1]؛ لكونه ضرباً من ضروب العينة المحرمة[2] التي ذهب إلى تحريمها جماهير

---

(١) ليس المقصود هنا تمام استيفاء دراسة الحكم الشرعي لهذا الإصدار، أو تمام تحرير الحكم الشرعي لمسألة: (إجارة العين لمن باعها تأجيراً منتهيا بالتمليك)، وإنما استهدف الباحث بيان ما ترجح له في حكمها مع إيراد أبرز المناقشات مختصرة فيها، ليتم توضيح أثر تأسيس الشركة ذات الغرض الخاص في محاولة معالجة هذا الإشكال.

(٢) ذكر الفقهاء لبيوع العينة صوراً عدَّة، إلا إن المقصود **ببيع العينة** عند الإطلاق هو: "أن يبيع سلعةً بثمن مؤجل، ثم يشتريها ممن باعها منه نقداً قبل حلول الأجل بأقل من ثمن البيع الأول".

أهل العلم من السلف والخلف، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة (أي القول بتحريم العينة)[1].

مناقشة ١:

نوقش ما سبق بأن العِينَةَ المحرمة قد ذكر أهل العلم لتحقق التحريم فيها شروطاً؛ يثبت التحريم بوجودها وينتفي بانتفائها، ومن هذه الشروط: ألا يتغير المبيع تغيراً يكون نقص الثمن من أجله. والصورة التي بين أيدينا من صكوك الإجارة يفصل العقد الثاني فيها عن العقد الأول مدة طويلة - كخمس أو عشر سنوات- هي كفيلة بحوالة الأسواق وتغير حال المبيع، ثم إنه قد تم الفصل بين البيعة الأولى والثانية بعقد أجنبي طويل الأمد؛ وعليه فإنه ينتفي وصف العينة عن صكوك الإجارة بهذا الاعتبار[2].

كما إن حملة الصكوك يتحملون مخاطر الأصل المصكَّك أثناء سريان مدة الإجارة - باعتبارهم مؤجراً- فلو هلكت العين أو تلفت انفسخ عقد الإجارة، وتبعاً لذلك فلن يضمن المصدر رأس مال حملة

أما الصورة المذكرة أعلاه فهي داخلة تحت تعريف **عكس العينة**، وهو: "أن يبيع سلعة بثمن حالّ ثم يشتريها ممن باعها منه بثمن مؤجل أكثر من الثمن الأول"، وهي مثل العينة في الحكم لانتفاء الفارق.

(١) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (٥/ ١٩٨- ١٩٩)، مواهب الجليل، الحطاب (٦/ ٢٩٣- ٢٩٤)، الإنصاف، المرداوي (٤/ ٣٣٥- ٣٣٦).

(٢) ينظر: اشتراط الإجارة في عقد البيع د. عبدالله العمار ص: (٤٣)، تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها لفضيلة الشيخ محمد تقي العثماني ص: (١-٢).

الصكوك؛ وبذلك يظهر الفرق بين هذه الصورة وبين بيوع العينة[1].

الجواب:

يجاب عن المناقشة السابقة بأوجه عدة، منها:

أ- العينة لم تحرم لذاتها وإنما لكونها ذريعة وحيلة على الربا. ولذلك فإذا وُجِد في عقدٍ ما حُرمت العينة له فإنه يحرم؛ وعليه فإنه وإن قيل - تنزلاً- بأن هذه الشروط قد انتفت فإن هذه الصيغة من صيغ صكوك الإجارة صيغةٌ ظاهرٌ كونُها ذريعةً إلى الربا؛ وعليه فإنها تحرُم.

ب- ثم إن الفقهاء إنما ذكروا من الشروط ما يظهر معه انتفاء الحيلة، كأن تتغير العين تغيراً يكون منقصاً لقيمتها نقصاناً بيّناً يُذهِب ما صيغت العينة لأجله من التوصل والتوسل للزيادة المحرمة من أجل الأجل؛ وهو ما لا ينطبق على هذه الصيغة من الصكوك.

ج- وأما ما ذكر من مُضي مدة طويلة -كخمس أو عشر سنوات- بين العقدين فهو أمر غير مؤثر ولا ينفي الحيلة الربوية في هذه الصيغة من صيغ صكوك الإجارة؛ وذلك لأن العِوض الثاني محدد مسبقاً، والزيادة -الأجرة- محددة سلفاً مع تعهد وضمان كامل من المصدر باستمرار الإجارة ثم الشراء بالحالة التي

---

(١) ينظر: تعقيب فضيلة أ.د/ حسين حامد حسان على بحث إجارة العين لمن باعها لفضيلة أ.د/ نزيه حماد.

تكون العين عليها وبالثمن المعلوم المحدد سلفاً.

وفي هذا المقام يَحسُن نقل كلام نفيسٍ لابن القيم - رحمه الله- حول هذه المسألة يقول فيه: "ومن الحِيل الباطلة المحرمة التحيل على جواز مسألة العينة، مع أنها حيلة في نفسها على الربا وجمهور الأئمة على تحريمها. وقد ذكر أرباب الحيل لاستباحتها عدة حيل منها: أن يُحدث المشتري في السلعة حدثاً ما تنقص به أو تتعيب؛ فحينئذٍ يجوز لبائعها أن يشتريها بأقل مما باعها، ومنها: أن تكون السلعة قابلة للتجزؤ فيمسك منها جزءً ما ويبيعه بقيمتها. ومنها: أن يضم البائع إلى السلعة سكيناً أو منديلاً أو حلقة حديد أو نحو ذلك فيملكه المشتري ويبيعه السلعة بما يتفقان عليه من الثمن. ومنها: أن يهبها المشتري لولده أو زوجته أو من يثق به فيبيعها الموهوب له ما بائعها فإذا قبض الثمن أعطاه للواهب، ومنها: أن يبيعه إياها نفسه من غير إحداث شيء ولا هبة لغيره لكن يضم إلى ثمنها خاتماً من حديد أو منديلاً أو سكيناً ونحو ذلك" ثم قال: "ولا ريب أن العينة على وجهها أسهل من هذا التكلف وأقل مفسدة وإن كان الشارع قد حرم مسألة العينة لمفسدة فيها فإن المفسدة لا تزول بهذه الحيلة، بل هي بحالها وانضم إليها مفسدة أخرى أعظم منها وهي مفسدة المكر والخداع واتخاذ أحكام الله هزواً وهي أعظم المفسدتين"[1].

د- كما إنَّ ما ذُكِر "من تحمِّل حملة الصكوك لمخاطر العين أثناء

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٣٢٣).

سريان مدة الصك؛ فلو هلكت العين أو تلفت خسروا رأس مالهم" غير دقيق في كثير من هياكل هذا النوع من أنواع الصكوك؛ إذ تنص نشراتُ إصدارِ كثيرٍ من هذه الصكوك على أن المصدِر يلتزم –أو يتعهد، أو يعد وعداً ملزماً– بشراء أصل الصكوك بقيمته الاسمية عند انتهاء مدة الصكوك (الإطفاء)، أو عند وقوع أيٍّ من الحالات الطارئة، ويذكرون في العادة منها هلاك العين أو تلفها ونحو ذلك؛ مما هو في حقيقته ضمان لرأس مال حملة الصكوك في حال انتهاء مدة الصكوك أو قبله.

مناقشة ٢:

كذلك فقد نوقش القول بالتحريم بأن ما ذكر من كون صكوك الإجارة من قبيل بيع العينة له وجاهته لو كانت العلاقة بين المصدِر وحملة الصكوك ثنائية؛ بحيث يكون حملة الصكوك قد اشتروا الأعيان من المصدِر (الشركة العقارية)، ثم استأجرَها المصدِر (الشركة العقارية) من حملة الصكوك والتزم بإعادة شرائها منهم بالقيمة الاسمية، إلا إن الواقع هنا مختلفٌ؛ حيث اشتملت الهيكلة على طرف ثالث أجنبي "المنشأة ذات الغرض الخاص II" اشترى الأعيان من المصدِر (الشركة العقارية) ثم باعها من حملة الصكوك، والمستأجر من حملة الصكوك هو المصدِر (الشركة العقارية) وليس من باع الأعيان منهم.

ثم إن من التزم بالشراء من حملة الصكوك هو الطرف الثالث "المنشأة ذات الغرض الخاص II"، والمصدِر (الشركة العقارية) إنما هو

مجرد ضامن للمتعهد بالشراء، وهو في هذه الحال طرف أجنبي؛ وعليه فلم تتحقق صورة العينة التي نص الفقهاء على تحريمها.

الجواب:

يجاب عن المناقشة السابقة بأن العينة إنما حرمت لما تؤول إليه من الربا؛ وعليه فلا ينقلب الحرام حلالاً بإدخال طرف ثالث.

يقول ابن القيم -رحمه الله-: "وللعينة صورة خامسة، وهي أقبح صورها وأشدها تحريماً، وهي أن المترابيين يتواطآن على الربا ثم يعمدان إلى رجل عنده متاعٌ فيشتريه من ا لمحتاج ثم يبيعه للمربي بثمن حالٍّ ويقبضه، ومن ثم يبيعه إياه للمربي بثمن مؤجل وهو ما اتفقا عليه، ثم يعيد المتاع إلى ربه ويعطيه شيئاً، وهذه تسمى الثلاثية؛ لأنها بين ثلاثة، وإذا كانت السلعة بينهما خاصة فهي الثنائية، وفي الثلاثية أدخلا بينهما محللا يزعمان أنه يحلل لهما ما حرم الله من الربا وهو كمحلل النكاح، فهذا محلل الربا، وذلك محلل الفروج، والله لا تخفى عليه خافية بل يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور"[1].

(١) حاشية ابن القيم على سند أبي داود. (٩/ ٢٥٠).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمده سبحانه وتعالى على ما امتن به وتفضَّل من إتمام هذه الورقة، فما كان فيها من صواب فمنه سبحانه وحده لا شريك له، وما كان فيها من خطأ فمن نفسي والشيطان. وأستغفر الله وأتوب إليه.

هذا وقد توصل الباحث إلى جملة من النتائج، أبرزها ما يأتي:

- المنشأة ذات الغرض الخاص هي مجرد وعاءٍ قانونيٍّ يتم تأسيسه لتحقيق جملةٍ من الأهداف والوظائف (كحفظ ملكية الأصول مستقلة عن مالكها الأول) بغض النظر عن الشكل القانوني لهذا الوعاء مادام مؤدياً للأهداف المرجوة، ثم ينتهي هذا الوعاء بانتهاء المهمة التي أنشئ من أجلها.
- من خلال الاطلاع على جملة من التجارب العالمية وقوانين كثيرٍ من الدول فإنه يمكن تأسيس المنشأة ذات الغرض الخاص في إحدى الصيغ القانونية الآتية:

١- منشأة ذات غرض خاص: وذلك في الدول التي تشتمل قوانينها على تنظيم خاص لها يُفرِدها بأحكام خاصة.

٢- شركة ذات مسؤولية محدودة، (وكثيراً ما يتم تسجيلها في مناطق الإعفاء الضريبي).

٣- صيغة رصد (عهدة مالية) Trust، أو رصد أجنبية

خارجية (Offshore Trust).

٤- صندوق استثماري (Mutual Fund).

- لابد أن تستجمع المنشأة ذات الغرض الخاص جملة من الخصائص - بغض النظر عن شكلها القانوني-، من أهمها:
  - محدودية المسؤولية.
  - ألا يكون لها أي نشاط تجاري باستثناء حفظ الأصول، وإدارتها وفق ما ينص عليه عقد تأسيسها.
  - أن تكون بعيدة عن الإفلاس، ومن أهم ما يحقّق لها ذلك:
    ١. منع استدانتها، أو حصولها على قروضٍ.
    ٢. استقلالية من يديرها عن الجهة المنشأة (الشركة الأم) بشكلٍ كامل.
    ٣. ألا يكون من صلاحياتها الاندماج مع شركة أو منشأة أخرى، وألا تكون قابلة لأن تستحوذ على شركة أخرى، ولا أن يُستَحوَذ عليها من غيرها.
  - أن يُنَص في عقد تأسيسها على الغرض الذي أنشأت من أجله، وحدود صلاحياتها، وآلية تصفيتها.
- الترست Trust، - الذي يُتَرجم بالعربية إلى- (الرصد) أو (العُهَد المالية) عبارة عن كيانٍ قانوني يتمُّ تأسيسه، لغرض حفظِ أصولٍ وإدارتها، يتم نقلُ ملكيتها من الراصد إلى منشأة الرصد وِفق اتفاقية يتم فيها تحديد المستفيد ومالك منفعة

الرصد، ومدته وكثيرٍ من الأحكام الأخرى ذات الأهمية.

- من أهم المبادئ التي يقوم عليها مفهوم الرصد الفصل بين المالك الرسمي أو القانوني للأصول والتي ستكون باسم منشأة الرصد، وبين مالك منفعة هذه الأصول، وهم المستفيدون المحدَّدون في نظام أو وثيقة الرصد.

الضوابط الشرعية للمنشأة ذات الغرض الخاص:

١- إذا كان التصرف أو الالتزام غير جائز لشخصٍ (طبيعي أو اعتباري) في علاقةٍ تعاقدية، فلا يتغير حكمه بصدوره من منشأة ذات غرض خاص يؤسسها الممنوع من ذلك التصرف، أو من هو على تنسيقٍ معه.

٢- ألا يتم استخدام المنشأة ذات الغرض الخاص لأهداف تنطوي على تغرير وغش وخداع، كأن تعمد شركة إلى إخفاء أصولها الخاسرة من خلال نقلها أو بيعها بيعاً صورياً إلى منشأة ذات غرضٍ خاص، أو أن تجري عمليات بيع وشراء صورية مع منشآت ذات غرضٍ خاص تنشؤها لتحقق من خلالها أرباحاً وهمية؛ بقصدِ المخادعة والتغرير.

٣- لا يجوز تأسيس المنشآت ذات الغرض الخاص للتستر على أموال مكتسَبة من مصادر غير مشروعة؛ كأن تكون أموالاً منهوبة أو مسروقة، أو مغتصبة أو مختلسة، كما إنه لا يجوز الإعانة ولا تقديم المشورة ولا أي نوع من التسهيلات لمن

عُلِم أنه يأسس منشأة ذات غرض خاص للتستر على أموالٍ مَصدرُها غير مشروع؛ لأن ذلك من التعاون على الإثم والعدوان الذي نهى الشارع عنه بقوله: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِ ﴾[1].

(١) سورة المائدة، الآية: (٢).

قائمة المراجع والمصادر

- **أدوات وتقنيات مصرفية**، د/ مدحت صادق، دار غريب - القاهرة، ط: الأولى ٢٠٠١م.
- **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار**، الإمام أبو عمر بن عبدالبر، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة والنشر - بيروت-، ط: الأولى ١٤١٤هـ.
- **اشتراط الإجارة في عقد البيع وأهم تطبيقاتها المعاصرة**. د/ عبدالله العمار، بحث مقدم للملتقى الفقهي الرابع. الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض في الفترة ٢٣-٢٤/ ١٠/ ١٤٢٤هـ.
- **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، شمس الدين محمد بن قيم الجوزية، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي -الدمام-، ط: الأولى ١٤٢٣هـ.
- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، علاء الدين أبو الحسن المرداوي، ت: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث - بيروت-، ط: الأولى ١٣٧٥هـ.
- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الإمام بن نجيم الحنفي، المطبعة العلمية، ط: الأولى.
- **البحوث وأوراق العمل المقدمة لندوة: الصكوك الإسلامية عرض وتقويم** التي عُقِدت في جامعة الملك عبدالعزيز بالتنسيق مع مجمع

الفقه الإسلامي في الفترة ١٠-١١/ ٦/ ١٤٣١هـ.

- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الكاساني، دار الكتب العلمية بيروت، ط: الثانية ١٤٠٦هـ.
- **تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها**. أ.د/ حسين حامد حسان. ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع. الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض في الفترة ٢٣-٢٤/ ١٠/ ١٤٢٤هـ.
- **تعقيب على بحث إجارة العين لمن باعها**. فضيلة الشيخ/ محمد تقي العثماني. ورقة مقدمة للملتقى الفقهي الرابع. الذي نظمه مصرف الراجحي في الرياض ٢٣-٢٤/ ١٠/ ١٤٢٤هـ.
- **التمويل المنظم (مسرد مصطلحات عمليات التوريق)**، Standard & Poor's.
- **توريق الحقوق المالية**، د/ سعيد عبدالخالق، بحث قانوني منشور في موقع البوابة القانونية: www.tashreaat.com.
- **التوريق المصرفي للديون: الممارسة والإطار القانوني**، د/ حسين فتحي عثمان، بحث مطبوع ضمن مجموعة بحوث وتوصيات مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، الذي عُقد في دبي ٦-٨/ ٣/ ٢٠٠٧م بتنظيم وإشراف كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.
- **التوريق كأداة من أدوات تطوير البورصة المصرية**، د/ محمد عبدالمطلب بدوي، مطبوع ضمن مجموعة بحوث وتوصيات مؤتمر

أسواق الأوراق المالية والبورصات، والذي عُقد في دبي خلال الفترة ٦- ٨/ ٣/ ٢٠٠٧م بتنظيم وإشراف كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

- **حاشية ابن القيم على سنن أبي داود**، ت: عبدالرحمن عثمان، المكتبة السلفية -المدينة المنورة-، ط: الثانية ١٣٨٨هـ - مطبوع على حاشية عون المعبود-.
- **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، الإمام الماوردي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ.
- **الشخصية الاعتبارية ذات الغرض الخاص**، د/ محمد علي القري،، دراسة مقدَّمة إلى هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين، منشورة على موقع الدكتور على شبكة الإنترنت، ٢٤/ ٤/ ٢٠١١م.
- **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، العلامة أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، ت: د/ مصطفى كمال وصفي، دار المعارف -القاهرة-، تاريخ النشر: لا يوجد.
- **صحيح البخاري**، الإمام أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة - بيروت-، ط: الأولى ١٤٢٢هـ.
- **صكوك الإجارة: دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية**، حامد بن حسن ميرة، دار الميمان - الرياض-، ط: الأولى ١٤٢٩هـ.

- **الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها**، د/ فؤاد محمد أحمد محيسن، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته: ١٩، والمنعقدة في إمارة الشارقة ١-٥/ ٥/ ١٤٣٠هـ.
- **الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها**، د/ محمد عبدالحليم عمر، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته: ١٩، والمنعقدة في إمارة الشارقة ١-٥/ ٥/ ١٤٣٠هـ.
- **عقد التمويل باستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة**، د/ أحمد عبدالرحمن الملحم و د/ محمود أحمد الكندري، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، ط: الأولى ٢٠٠٤م.
- **عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، دراسة تأصيلية تطبيقية**، د/ حامد بن حسن ميرة، دار الميمان - الرياض-، ط: الأولى ١٤٣٢هـ.
- **الفتاوى الكبرى**، الإمام تقي الدين ابن تيمية، تحقيق وتعليق: محمد ومصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت-، ط: الأولى ١٤٠٨هـ.
- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: محب الدين الخطيب، دار المعرفة - بيروت، تاريخ النشر: لا يوجد.

- **فكرة الترست وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة**، د/ حسني المصري، نشر المؤلف، ط: الأولى، ١٩٨٥م.
- **قاموس المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب** التابع للبنك الإسلامي للتنمية www.ibisonline.net
- **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الشيخ منصور بن يونس البهوتي، ت: محمد أمين الضناوي، دار عالم الكتب -بيروت-، ط: الأولى ١٤١٧هـ
- **المؤسسة ذات الغرض الخاص** (SPV)، د/ محمد علي القري، ، دراسة مقدَّمة إلى هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين، منشورة على موقع الدكتور على شبكة الإنترنت، ٢٤/ ٤/ ٢٠١١م.
- **مجموع فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية**، جمع: عبدالرحمن بن قاسم.
- **المعايير الشرعية ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م**، المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية -البحرين-.
- **المغني**، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: د/ عبدالله التركي و د/ عبدالفتاح الحلو، دار عالم الكتب - الرياض، ط: الثالثة ١٤١٧هـ.
- **ملكية حملة الصكوك وضماناتها**، د/ حامد بن حسن ميرة، ورقة عمل قُدِّمت لندوة البركة ٣٢ التي عقدت في جدة خلال الفترة

٩-١٠ رمضان ١٤٣٢هـ.

- **المنتقى شرح موطأ مالك**، القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، ت: حمد عطا، دار الكتب العلمية - بيروت-، ط: الأولى ١٤٢٠هـ.
- **المنشأة ذات الغرض الخاص: مهامها وضوابطها الشرعية**، د. عبدالعظيم أبوزيد، ورقة منشورة على موقع المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، www.cibafi.org، ١٣/ ٠٤/ ٢٠١٠م.
- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، أبو عبدالله محمد المغربي المعروف بالحطَّاب الرعيني، ت: زكريا عميرات، دار عالم الكتب - الرياض، تاريخ النشر: لا يوجد.

- **Cardozo Law Review**: Securitization Post-Enron, Steven Schwares, Yeshiva University, April 2005.
- **Financial Trust Law**, Central Bank of Bahrain, Law No. (23) of the Year 2006.
- **Guidelines on Sharia Compliant Trust in Labuan,** Labuan Offshore Financial Services Authority, July 2008**.**
- **Guidelines on the Offering of Asset-Backed Securities,** Malaysian Securities Commission, revised edition, 26 July 2004
- **Investopedia website,** www.investopedia.com

- **Labuan Trust Act 1996**, Laws of Malaysia, incorporating latest amendments Act A1368 of the year 2010.
- **Market Handbook**: Structures and Dynamics of Mortgage – and Asset-Backed Securities, Charles Austine Stone and Anne Zissu, Bloomberg, 1st edition 2005.
- **Money Terms website:** www.moneyterms.co.uk
- **Report of the In-house Working Group on Asset Securitisation,** Chapter 7 - Special Purpose Vehicle , Reserve Bank of India, 29 Dec 1999.
- **SPVs in structured finance transactions,**

  www.financialexpress.com/news/spvs-in-structured-finance-transactions/179279/0
- **The Rating Process and Credit Enhancement**, Prof. Ian Giddy, Stern School of Business, New York University.

إنجـــازات

(الجمعية العلمية القضائية السعودية)

قضاء لعام ١٤٣٤ هـ

قامت الجمعية بالعديد من الانجازات خلال العام ١٤٣٤ هـ

وهنا نضع لكم أبرز تلك الانجازات التي قامت بها :

(١) توقيع مذكرات التفاهم:

أ- كرسي سابك لدراسة الأسواق المالية الإسلامية.

ب- الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد.

ج- مركز التميز البحثي في القضايا المعاصرة.

د- مركز دراسات الجرائم المعلوماتية.

هـ- كلية الحقوق بجامعة دار العلوم بحي الفلاح.

و- كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف.

ز- كرسي الشيخ سعد بن عبدالله بن غنيم لدراسات تقنين وتدوين الإحكام الشرعية.

(٢) تدشين العدد الأول من مجلة قضاء بحضور معالي مدير الجامعة وإصدار العدد الثاني.

(٣) إصدار عددين من ملخصات البحوث القضائية.

(٤) تدوين الحلقات الصوتية من برنامج قضائيات التي تقدم في إذاعة القرآن الكريم للقيام بإصدار مقروء.

(٥) تقديم مع العديد من البرامج الإعلامية ومنها: شاركت الجمعية في ملتقى كلية الحقوق بجامعة الملك سعود في الأسبوع القانوني والذي كان على شرف معالي مدير الجامعة ، وقدم

ورقة كل من الدكتور أحمد بن عبدالعزيز العميرة والدكتور أحمد بن عبدالعزيز الصقيه محاضرة قضائية، كما شاركت الجمعية في المعرض المصاحب التابع له.

(٦) شاركت الجمعية في ملتقى اللجان القضائية بجدة والذي كان على شرف معالي وزير العدل رئيس المجلس الأعلى للقضاء وقد مثل الجمعية في الملتقى الدكتور احمد الصقيه.

(٧) كما شاركت الجمعية في ورشة عمل لمركز التحكيم والتسويات بالغرفة التجارية ومثل الجمعية كل من الشيخ القاضي حمد بن محمد الرزين والمحامي محمد بن ضميان العنزي.

(٨) شاركت الجمعية في ثالوثية د.محمد بن عبدالله المشوح وذلك بتقديم تعريف عن الجمعية وأعمالها وقد مثلها الدكتور سلمان بن صالح الدخيل رئيس لجنة الاستشارات والبحوث القضائية بالجمعية.

(٩) كما شارك ما يزيد عن ٢١ عضو من أعضاء الجمعية في ورش عمل أقيمت بالمعهد العالي للقضاء وكانت لتفعيل عدة محاور ومنها كيفية تفعيل برنامج الاستشارات ومذكرات التفاهم وتفعيل برامج الخطة الاستراتيجية.

(١٠)وقد استقبلت الجمعية عددًا من الزائرين؛ ومنهم :

أ - استقبال وفد ماليزي قضاة ومحققين وغيرهم.

ب- استقبال وفد من قضاة ديوان المظالم.

ت- استقبال عدد من القضاة والأساتذة في المعهد العالي للقضاء ممن يزور الجمعية.

ث- استقبال مجموعة من طلاب كلية الشريعة.

(١١) كما أقيمت عدة دورات تدريبية ومنها :

أ- دورة " المنازعات العقارية " الشيخ عبدالإله العروان.

ب- دورة " مبادئ القضاء التجاري " الدكتور أحمد الصقيه.

ت- دورة "عيوب القرارات الإدارية " الدكتور عبدالله السعدان.

ث- دورة الضوابط اللغوية لصياغة الأنظمة واللوائح والقرارات الإدارية" الدكتور سليمان العيوني.

ج- دورة " الحكم القضائي " الدكتور حمد الخضيري.

ح- دورة " قواعد وأسس الاعتراض على الاحكام الجنائية" الدكتور خميس الغامدي

خ- دورة " اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي" الشيخ ماجد المشيقح.

د- دورة " الاختصاص القضائي" الشيخ سليمان الربعي.

ذ- دورة " الحكم القضائي " الدكتور حمد الخضيري.

(١٢) تم اعتماد الدراسة المقدمة من اللجنة المختصة في برنامج الدبلوم القضائي.

(١٣) بلغ عدد أعضاء الجمعية حتى تاريخ الجمعية العمومية الثالث ٧/٦/١٤٣٤هـ (٦٥٤) عضواً .

أعضاء عاملون	أعضاء منتسبون	أعضاء شرفيون	أعضاء مجلس الإدارة
٦١٤	٤٠	١٨	٩
عدد القضاة	عدد المحامين	عدد كتاب العدل	عدد أعضاء هيئة التدريس
١٩٢	١٧٦	٢٢	٩٤
صاحب بحثين محكمين في الشأن القضائي	صاحب خبرة في المجال القضائي لمدة سنتين	بكالوريوس شريعة	حاملي الدراسات العليا ذات التخصص
١	٤	٤٠	٦٨

أبرز قرارات مجالس الإدارة لعام كامل ١٤٣٣ هـ - ١٤٣٤ هـ:

الجلسة (٩) التاسعة والمنعقدة بتاريخ: ١٨/٥/١٤٣٣ هـ

١- عرض أعمال اجتماع الجمعية العمومية.

٢- اعتماد أسماء البرامج التدريبية.

٣- إقرار السياسة المالية للجنة التدريب.

الجلسة (١٠) العاشرة والمنعقدة بتاريخ: ١٤٣٣/٦/٢هـ

١- الموافقة على إنشاء لجنة الدبلوم القضائي وتشكيل لجنة مؤقتة لدراسة الموضوع وتقديم رؤية فيه برئاسة الدكتور عبدالله السعدان.

٢- قرر المجلس تكليف لجنة لإعداد دراسة عن برنامج تقني للجمعية.

٣- تشكيل لجنة لصياغة السياسة المالية للجمعية.

٤- اعتماد (٥٧) عضوية عاملة ومنتسبة جديدة.

الجلسة (١١) الحادي عشرة والمنعقدة بتاريخ: ١٤٣٣/١١/٢٣هـ

١- أن تكون الرسوم لجميع العضوية العاملة (٤٠٠) ريال.

٢- اعتماد (١٩) عضوية عاملة ومنتسبة جديدة.

٣- الموافقة على إنشاء مركز تدريبي خاص بالجمعية.

٤- الموافقة على القيام بعقد عدة مذكرات تفاهم.

الجلسة (١٢) الثانية عشر والمنعقدة بتاريخ: ١٤٣٤/٤/١٠هـ

١- قرر المجلس الموافقة المبدئية على فتح الفروع واختيار الممثلين

٢- اعتماد برنامج الدبلوم العالي للعلوم القضائية

٣- اعتماد (٤٠) عضوية عاملة ومنتسبة جديدة.

الجلسة (١٣) الثالثة عشرة والمنعقدة بتاريخ: ١٢/٧/١٤٣٤هـ

١- قرر المجلس اعتماد التوصية من أعضاء الجمعية العمومية بالرئاسة الشرفية لصاحب السمو الملكي الأمير سلمان بن عبدالعزيز ولي العهد نائب رئيس مجلس الوزراء وزير الدفاع.

٢- اعتماد فتح فرع للجمعية ومقره بالمنطقة الشرقية.

٣- الموافقة على تكوين اللجنة الاستشارية القضائية للجمعية.

٤- قرار آلية رسوم الاشتراك على النحو الآتي:

١. رفع رسم العضوية العاملة لمبلغ (٥٠٠) ريال سنوياً.

٢. أن يكون مبلغ العضوية (٢٠٠٠) ريال لخمس سنوات عند السداد المقدم.

٣. إقرار عضوية دائمة بمبلغ (٤٠,٠٠٠) ريال على أن يلتزم العضو بشروط العضوية، وألا يخالف القواعد المنظمة للعمل بالجمعية كما في المادة السادسة، مع منح العضو أولوية في الحضور والمشاركة في مناشط الجمعية.

٤. الموافقة على تقديم خصم ٥٠% من رسوم الاشتراك بالجمعية لمدة سنة واحدة فقط, لمن يقدم بحثاً ملخصاً لرسالته العلمية (ماجستير- دكتوراه) حسب قواعد التلخيص المعتمدة من لجنة الملخصات القضائية.