



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المجلة العلمية الفقهية الشرعية السعودية



فضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثلاثون • رجب ١٤٤٤هـ • فبراير ٢٠٢٣م

رد المُحَكَّم في الدعوى التحكيمية
- دراسة تأصيلية تطبيقية

د. أنور بن حسين الحمراي

أحكام التعاملات المالية بين
الشركات القابضة والتابعة والشقيقة

د. ناصر بن عبد الله الشلاي

المتجر الإلكتروني ومقتضيات
حماية المستهلك في النظام
السعودي - دراسة تحليلية

د. إبراهيم أحمد الطيب الشمبلي

بدائل تضمين المستأجر في عقد
الإيجار التمويلي في المؤسسات
المالية الإسلامية

د. عبد الله بن عيسى العايضي

التزام المؤمن له بتقديم
البيانات المتعلقة بالخطر قبل
وقوعه والإبلاغ بوقوعه في
عقد تأمين المركبات

د. علي بن إبراهيم الدهيمي

التقادم في دعاوى الأحوال
الشخصية - دراسة فقهية تطبيقية
على «نظام الأحوال الشخصية»

د. منيرة بنت حمود المطلق

مكافحة الفساد الوظيفي -
دراسة فقهية قضائية

د. سليمان بن ضيف الله اليوسف

المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ
في النظامين المصري والسعودي

د. رضا محمد عيسى

قضاء

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثلاثون • رجب ١٤٤٤هـ • فبراير ٢٠٢٣م

✉ info@qadha.org.sa

☎ 0112584996

☎ 0538999887

📷 qadha.ksa

🐦 qdha



© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٤هـ (٢٠٢٣م)
تعتبر المواد المقدمة للنشر عن آراء مؤلفيها، ويتحمل أصحابها
مسؤولية صحة المعلومات والاستنتاجات ودقتها، وجميع الحقوق
محفوظة للجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، وعند
قبول البحث للنشر تؤول ملكية النشر من المؤلف إلى المجلة.

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

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيِّ

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

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُصْلِحِ

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

فضيلة أ. د. عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ حَمَدِ الْمَرْزُوعِ

نائب رئيس جامعة الإمام عبد الرحمن بن فيصل
أستاذ وعميد كلية الشريعة والقانون

فضيلة أ. د. مُحَمَّدُ بْنُ جَبْرِ الْأَلْفِيِّ

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

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدِ آلِ عَسْكَرٍ

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِدُ بْنُ عُمَانَ الْعُمَيْرِ

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

فضيلة الشيخ / عَبْدِ الْإِلَهِ بْنِ إِبْرَاهِيمِ الْعَرَوَانِ

محامٍ

ضوابط النشر في مجلة قضاء

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

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

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

المرحلة الثانية:

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

المرحلة الثالثة:

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

المرحلة الرابعة:

مراجعة البحث وتدقيقه ختامياً بعد وصول النسخة النهائية من قبل الباحث، وفحصه فحصاً يجعله صالحاً للنشر، وإرسال نسخة للباحث لمراجعتها قبل نشرها وإبداء رأيه فيها.

محتويات العدد

٦

كلمة التحرير

٩

أحكام التعاملات المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة
د. ناصر بن عبد الله الشلالي

٥٧

بدائل تضمين المستأجر في عقد الإيجار التمويلي في المؤسسات
المالية الإسلامية
د. عبد الله بن عيسى العايضي

١١٧

التقادم في دعاوى الأحوال الشخصية - دراسة فقهية تطبيقية على
«نظام الأحوال الشخصية»
د. منيرة بنت حمود المطلق

٢١٧

المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ في النظامين المصري والسعودي
د. رضا محمد عيسى

٣٠٧

رد المُحَكَّم في الدعوى التحكيمية - دراسة تأصيلية تطبيقية
د. أنور بن حسين الحمراي

٣٦١

المتجر الإلكتروني ومقتضيات حماية المستهلك في النظام السعودي -
دراسة تحليلية
د. إبراهيم أحمد الطيب الشمبلي

٤٤٥

التزام المؤمن له بتقديم البيانات المتعلقة بالخطر قبل وقوعه والإبلاغ
بوقوعه في عقد تأمين المركبات
د. علي بن إبراهيم الدهيمي

٥٠٩

مكافحة الفساد الوظيفي - دراسة فقهية قضائية
د. سليمان بن ضيف الله اليوسف

كلمة التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين،

وبعد:

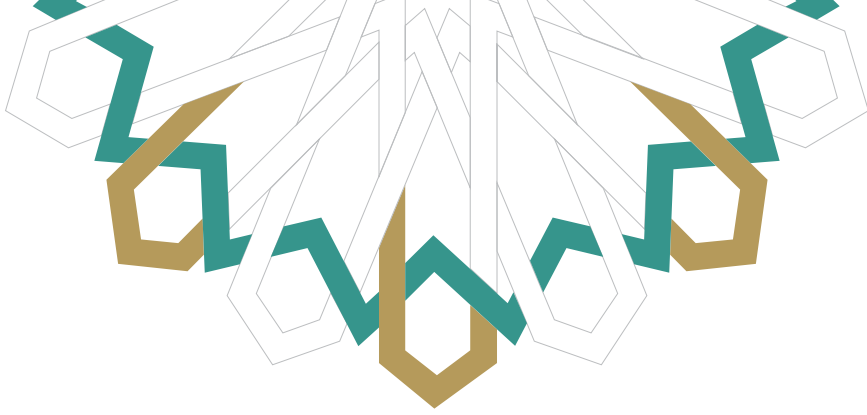
فتقدم لكم «الجمعية العلمية القضائية السعودية» العدد الثلاثين من «مجلة قضاء»، والذي احتوى أبحاثاً محكمة نوعية؛ تناولت جوانب مالية، وتمويلية، وتأمينية، وقضائية، ومدنية، وفقهية، وأحوال شخصية، مع تطبيقات قضائية تثري بعض جوانب هذه الأبحاث، وقد حرصنا في هيئة تحرير المجلة على تنوع الأبحاث المنشورة تحقيقاً لفائدة أكبر شريحة من القراء المتخصصين في المجالات المختلفة، وختاماً فإن ما ينشر عبر هذه المجلة الرصينة يمثل آراء الباحثين؛ إذ ذلك هو مقتضى استقلال الرأي العلمي، وتمثل هذه الاجتهادات الفقهية والنظامية المنشورة في هذه الأبحاث آراء أصحابها، ونشر هذه الاجتهادات يتيح مقابلتها باجتهادات أخرى قد تخالفها مما يحقق الحراك العلمي المنشود في الساحة البحثية القضائية، آملاً أن تكون هذه الأبحاث القيمة إضافة نوعية للمكتبة القضائية.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير

أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري





أحكام التعاملات المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة

د. ناصر بن عبد الله الشلاحي

الأستاذ المساعد في قسم السياسة الشرعية
في المعهد العالي للقضاء

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين،
وبعد..

فإن الأصل أن يحوز الإنسان تام الأهلية السيطرة الكاملة بشأن أملاكه،
من حيث حقوق الاستعمال والتصرف، وعند الاشتراك مع الغير في الملك
تتعارض هذه الحقوق، وعليه فلا تنفذ التصرفات إلا عند توافق مجموع
إرادات الشركاء، فلا يملك أي من الشركاء أن ينفذ تصرفاً إلا بالاتفاق أو
عبر القضاء في أوضاع مقررة فقهاً في مسائل وأبواب الشركة والقسمة.

وفي حال الشركات النظامية - وهي النمط المركب من أشكال الاشتراك
في الملك - نجد أن الأمر جرى تنظيمه بحيث يكون القرار في التصرف
والإدارة تابعاً - من حيث الأصل - لنسبة الملك، فالحالة الافتراضية هي
توزع القرار بين الملاك بحسب نسبهم في ملكية الشركة، فنكون أمام حالة
الأصل فيها أن تتحرك الشركة وفق المصالح المشتركة للشركاء، ومع ذلك
فقد نكون أمام حالات لا تتوافق فيها مصالح الشركاء، وحينئذٍ قد تتحرك
الشركة - عبر إدارتها - وفق مصالح بعض أفرادها أو بعض الشركاء فيها.

لذا قرر المنظم حقوقاً للشركاء والمساهمين يتمكنون بها من مواجهة
تلك الاحتمالات، وكل هذا منح الشركة أحكاماً خاصة تزيد على أحكام
الاشتراك البسيط في الملك، ومن أهم تلك الأحكام، فكرة «الذمة المالية
المستقلة» للشركة، والغرض الرئيس من توليد هذا الحكم للشركات

التجارية المعاصرة هو حماية ذمم الشركاء من خلال حصر حقوق الدائنين في ذمة مقدره للشركة، وهذا - في حقيقة الحال - جري على خلاف الأحكام الأصلية؛ إذ الأصل أن الذمة إنما تتعلق بالشخص الطبيعي.

ثم إن منح الشركة ذلك الاعتبار القانوني الخاص الذي يميز بينها وبين ملاكها مع عودة جميع منافعها إليهم، ولّد صوراً خاصة قد يفضي الحال فيها إلى تفويت المصالح المقصودة من ذلك الاعتبار، أو ترتيب آثار غير مقصودة، ومن ذلك حالات السيطرة (القبض) ولذا نجد أن القوانين المعاصرة وضعت تلك الحالات في أطر خاصة، فتنص غالب القوانين على شكل من أشكال الشركات تسمى «الشركة القابضة» (holding company)، وتسميها بعض القوانين «الشركة الأم»، وتأخذ تلك القوانين حالة السيطرة باعتبار خاص، في العلاقة بينها وبين الشركة «التابعة» أو «الوليدة».

وهنا نوع آخر ذو صلة بهذه الأنماط من العلاقات التجارية، وهي الشركة «الشقيقة»، وهي الشركة التي تربطها بشركة أخرى علاقة التأثير في القرار مع عدم تحقق حالة التبعية المشار إليها.

وفي كل الأحوال فإن العلاقة بين تلك الشركات إنما تتأثر بالدرجة الأولى بفكرتي (التأثير والسيطرة) و(استقلال الذمة المالية واندماجها)، وكل هذا ينعكس على أحكام التعاملات بين هذه الأنواع من الشركات، وبذلك فنناقش مسائل التعاملات بينها في هذا البحث تحت المباحث التالية:

المبحث الأول: السيطرة والتأثير في الشركات القابضة والتابعة والشقيقة.
المبحث الثاني: اتصال واندماج الذمم المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة.

المبحث الثالث: أثر السيطرة وأحكام الذمة المالية في أحكام التعاملات المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة:

وتحت هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول: عقود البيع

وتحتة أربعة فروع:

الفرع الأول: بيع أسهم التابعة على الشركة القابضة، أو بيع أسهم الشقيقة للشقيقة الأخرى.

الفرع الثاني: بيع أسهم القابضة على التابعة.

الفرع الثالث: بيع أو شراء الأصول بين القابضة والتابعة والشقيقة.

الفرع الرابع: تأثير الغرر في المبيعات بين القابضة والتابعة أو بين الشركات الشقيقة.

المطلب الثاني: عقود التمويل:

وتحتة ثلاثة فروع:

الفرع الأول: القرض.

الفرع الثاني: التمويل عن طريق البيع الآجل.

الفرع الثالث: التمويل عن طريق الطرق التمويلية الأخرى.

المبحث الرابع: طرق العرض المحاسبي للتعاملات المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة.

ثم بعد ذلك خاتمة تتضمن أهم النتائج.

هذا، وأسأل الله أن يكتب فيما أقدمه النفع، وأن يوفقنا لكل خير.



المبحث الأول

السيطرة والتأثير في الشركات القابضة والتابعة والشقيقة

القبض في حقيقته تعبير عن «السيطرة»، وهي عبارة عن القدرة التامة على اتخاذ القرارات في كيان قانوني مستقل، وقد تكون تلك السيطرة من فرد كتصرف المالك في شركة الشخص الواحد، أو تصرف الشريك في الشركة التي يملك أكثر من نصف أسهمها، وقد تكون السيطرة من شخصية اعتبارية كالوقف الذي يملك شركة أو هو شريك فيها بنسبة سيطرة، أو الشركة التي تملك شركة أخرى ولها السيطرة عليها بسبب الملك أو غيره، وكل هذه الصور تظهر فيها فكرة سيطرة وقبض كيان على كيان آخر، والذي نعنيه بقولنا: «القدرة التامة» أي أن قراراتها لا تتوقف على موافقة الغير - ولا يدخل في ذلك المتطلبات النظامية لإنفاذ التصرفات -.

وهنا نطرح سؤالاً: هل كل حالة من حالات السيطرة تعد «قبضاً» قانونياً تُراعى فيه أحكام القبض القانونية، وهل تؤثر في أحكام التعاملات بين تلك الكيانات؟

بالاطلاع على نظام الشركات السعودي^(١) نجد أنه عرّف الشركة القابضة في المادة (٢١٦) بأنها: «شركة مساهمة أو شركة مساهمة مبسطة أو ذات

(١) نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ٠١/١٢/١٤٤٣هـ، المبني على قرار مجلس الوزراء رقم (٦٧٨) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٣هـ، ويقابل هذه المادة من النظام الذي قبله المادة رقم (١٨٢) مع اختلاف في بعض الأحكام.

مسؤولية محدودة تؤسس شركات أو تمتلك حصصاً أو أسهماً في شركات قائمة تصبح تابعة لها»، ومن خلال النظر في التعريف يمكن الجواب على السؤال في النقاط التالية:

١. لا يعترف المنظم بالقبض إلا إذا كان القابض شركة مساهمة أو شركة مساهمة مبسطة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، وإذا كان التابع كذلك شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، فلا يدخل في ذلك حالات سيطرة الأفراد، ولا سيطرة الجهات الحكومية أو شبه الحكومية، ولا سيطرة الكيانات الأخرى كالأوقاف، ولا سيطرة مجموعات الأفراد (فريق مسيطر من الملاك).

٢. نصت المادة (١٨٢) من نظام الشركات الصادر عام ١٤٣٧هـ أن هدف الشركة القابضة هو السيطرة على شركات أخرى، ولم يرد ما يقابل هذا النص في النظام الجديد، ويمكن ظهور الفرق في حال كانت الشركة التي تمتلك أسهماً في شركات ولا تهدف من ذلك إلى السيطرة على قراراتها، ثم لا تمارس ذلك؛ فهل يمكن أن تعتبر شركات قابضة في الاعتبار النظامي وفقاً للنص السابق؟ أم أن حصول الشركة على نسبة تتيح لها السيطرة يعني أنها قابضة من حيث القوة والقدرة بغض النظر عن السيطرة الفعلية؟

الظاهر أن كل ذلك معتبر وفقاً للنظام السابق، فقدرة الشركة على السيطرة، واستعمالها تلك السيطرة بغض النظر عن سببه هما مناط اعتبار الشركة قابضة وفقاً للنظام السابق، ومع ذلك فإن المنظم قد رتب واجباً على الشركة القابضة يمكن من خلاله تمييز كونها قابضة، حيث نصت الفقرة (٢)

من المادة (١٨٢) على أنه: «يجب أن يقترن اسم الشركة الذي اتخذته بالإضافة إلى نوعها بكلمة (قابضة)»، وعليه فالظاهر أن المنظم جعل معيار التمييز بين الشركة القابضة وغيرها هو نية السيطرة عند القدرة عليها، وجعل علامة ذلك النص في اسم الشركة عليه، لكن هل يعني هذا أن الشركة إذا كانت في وضع يسمح لها بالسيطرة مع عدم استعمالها أن ذلك لا يجعلها شركة قابضة ما دامت لا تنوي السيطرة؟ وأن ذلك يعفيها من النص على أنها قابضة في اسمها؟ أما النظام الجديد فقد نص في المادة (٢١٧) على أن الشركة تعد قابضة في أي من الحالات التالية:

١. إذا كانت الشركة القابضة شريكاً أو مساهماً تمتلك حصصاً أو أسهماً في رأس مال الشركة التابعة تمنحها أغلبية حقوق التصويت.
٢. إذا كانت الشركة القابضة شريكاً أو مساهماً تسيطر بمفردها على تعيين المدير أو أغلبية أعضاء مجلس الإدارة، ويكون لها عزل المدير أو أغلبية أعضاء المجلس.
٣. إذا كانت الشركة القابضة شريكاً أو مساهماً تسيطر بمفردها على أغلبية حقوق التصويت، وذلك بناءً على اتفاق مع باقي الشركاء أو المساهمين.
٤. إذا كانت الشركة التابعة تتبع شركة تابعة للشركة القابضة.

وبذلك نلاحظ الفرق في معيار اعتبار الشركة قابضة في النظام السابق عنه في النظام الجديد، حيث جعل المعيار موضوعياً بقطع النظر عن نية الملاك ولو لم تنص الشركة على أنها شركة قابضة، وفي هذا موافقة لما نصت عليه

المعايير المحاسبية المعتمدة، حيث إن الاعتبار فيها باتخاذ الشركة القابضة وضع السيطرة بغض النظر عن استعمالها للسيطرة، وبغض النظر عن اتخاذها الصورة النظامية للشركة القابضة.

وبالنظر لتناول الشراح لهذه المسألة، نجد أنهم عرفوا الشركة القابضة بعدة تعريفات، فمن الشراح من عرف الشركة القابضة بأنها: «الشركة التي لها سيطرة معينة على شركة أخرى تسمى بالشركة التابعة، بحيث تستطيع الأولى أن تقرر من يتولى إدارة الشركة التابعة، أو أن يؤثر على القرارات التي تتخذها الهيئة العامة للشركة»^(١)، ومنهم من عرفها بأنها: «شركة تمتلك أسهماً في عدة شركات أخرى تسمى بالشركات التابعة»^(٢)، في حين عرفها بعضهم بأنها: «شركة متخصصة في الدرس والتخطيط والتوجيه من أجل تطوير وإدارة عمليات الاستثمار لشركات تابعة لها متخصصة في عمليات التنفيذ»^(٣)، وبملاحظة هذه التعريفات نجد أن المعنى الثابت فيها هو تحقق القبض الفعلي.

٣. أن الشركة يمكن أن تتخذ وضع السيطرة من خلال طريقتين:

الأول: السيطرة المالية، وتعني تملك أكثر من ٥٠٪ من أسهم الشركة التابعة، مما يتولد عنه حيازة حق التصويت بمقدار النسبة المملوكة، وهو

(١) الشركات التجارية، فوزي محمد سامي، ص (٥٦٣).

(٢) الوسيط في الشركات التجارية، عزيز العكيلي، ص (٤٢٠).

(٣) المرجع السابق.

ما يتيح لها الانفراد بتشكيل مجلس الإدارة أو غالبه، ومن ثم حيازة سلطة إدارية تامة بالسيطرة على مجلس الإدارة.

الثاني: السيطرة بطريق تشكيل مجلس الإدارة، وقد يتحقق ذلك من خلال النص في عقد التأسيس على حق القابضة في تشكيل المجلس، أو اتخاذ وضع مسيطر فيه، وفي حال كانت السيطرة حاصلة باتفاق مجموعة من المساهمين، سواءً كانوا طبيعيين أو اعتباريين، فإن هذا لا يعد قبضاً ذا أثر من الناحية القانونية، ومن ناحية أخرى إذا كان ذلك عن أكثر من شخص اعتباري هم في حقيقتهم تابعون لشخص اعتباري واحد فإن هذا يجعل من الشركة الأخيرة قابضة للأولى بطريق غير مباشر، ومن الصور ذات الصلة حالات السيطرة الناشئة عن توزيع الأصوات الأخرى، حيث قد يحصل أحد الشركاء على ٢٠٪ من أسهم الشركة، إلا أنه ينفرد بالقدرة على تشكيل مجلس الإدارة لتوزيع الأصوات الأخرى على عدد كبير من المساهمين وعدم ممارستهم حقهم أو عدم قدرتهم على الاتفاق، فإذا كان هذا الشريك شركة مساهمة فإنه يعد قابضاً للشركة المملوك فيها.

وبذلك يكون لدينا طريقتان لتحقيق السيطرة، الأول هو القدرة على السيطرة بتملك نصف رأس مال الشركة، والثاني السيطرة على تشكيل مجلس إدارة الشركة بأي طريق.

وفي حال تولدت السيطرة عن تملك كامل الأسهم فلهذه الصورة أحكام خاصة، وسنبرع عنها في هذا البحث بمصطلح «القبض التام»، في حين سنبرع عن الصور الأخرى بمصطلح «القبض الجزئي».

أما بالنسبة للشركة الشقيقة فهي الشركة التي تمتلك القدرة على التأثير على شركة أخرى، من دون حصول سيطرة تجعلها قابضة لها.

ومن القانونيين من يرى أن المقصود بالشقيقة هي الشركة التي تكون الجمعية العمومية لها مماثلة للجمعية العمومية لشركة أخرى، وليست إحداها تابعة للأخرى، فكل منهما مستقلة عن الأخرى وقد يتماثل مجلس الإدارة فيهما وقد يختلف^(١)، وبذلك فالشركة الشقيقة غير مسيطرة على شقيقتها بأي وجه، ومع ذلك فإنها قد تكونان خاضعتين لسيطرة شركة أخرى هي القابضة، وعليه فقد تتأثر الشركة الشقيقة بالعلاقة مع شقيقتها، تبعاً لخضوعها لسيطرة واحدة، وهذا مما له أثر على التعاملات المالية بينها خصوصاً في حالات القبض الجزئي.

ومع ذلك فالمعتبر في تمييز الشركة الشقيقة عن غيرها هو المعنى الأول، تبعاً لما أخذت به المعايير الدولية المعتمدة، وفقاً لما سيأتي بيانه في المبحث الرابع.

ملخص ما سبق أن الفكرة الرئيسة المميزة للشركة القابضة تتحدد بالسيطرة، وهي غالباً تتبع الملك، وقد تكون ناشئة عن السيطرة على مجلس الإدارة تبعاً لأسباب لا يستقل بها الملك كالنص على أحكام تولد السيطرة في عقد التأسيس أو غيره من الأسباب، وأن الشركة الشقيقة هي شركة لها القدرة على التأثير على الشركة المستثمر فيها من دون أن تحقق السيطرة.

(١) ينظر: الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، د. محمد حسين إسماعيل، ص (٤٠).

المبحث الثاني اتصال واندماج الذمم المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة

يمكن تعريف الذمة المالية بأنها: «محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي عليه»^(١)، وعرفها بعض القانونيين بأنها: «مجموع ما يخص الشخص من أموال حاضرة ومستقبلية»^(٢).

وللذمة خصائص عديدة، أهمها فيما يعيننا في هذا البحث ما يلي^(٣):

١. أنها فكرة اعتبارية غير مادية تتصل بشخص صاحبها اتصالاً معنوياً.
٢. أنها مرتبطة بالشخصية، فلا شخصية بلا ذمة، ولا ذمة بلا شخصية، سواءً كان إنساناً أم شخصاً اعتبارياً.
٣. لا يكون للشخص إلا ذمة واحدة، ولا تكون الذمة إلا لشخص واحد، ومع ذلك فقد تشترك الذمم في تحمل حق واحد كالضمان.
٤. أن الغرض الرئيس من الذمة هو في أن تكون ضماناً عاماً للدائنين، وبذلك فحقوق الدائنين لا تتعلق بعين مال المدين إنما تتعلق بذمته.

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، ص (٢٠١).
(٢) المرجع السابق (ص ٢٠٩)، وأصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، و د. أحمد أبو ستيت، ص (١٧).
(٣) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، (ص ١٩٨ - ٢١٣)، والحق والذمة، لعلي الخفيف، ص (١٠٨-١١٩).

٥. أن تحميل الذمة ما يجب على ذمة أخرى هو في حقيقته ضم للذمم في شأن الحق المعين، مع بقاء كل ذمة مستقلة في سائر أحوالها.

الذمة المالية للشركات المعاصرة:

استقرت الأنظمة والقوانين المعاصرة على اعتبار ذمة مالية لشركات الأموال، وهذه الذمة مستقلة عن ذمم ملاكها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١٥٦) من نظام الشركات الجديد على أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة: «هي شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، وتعد ذمتها مستقلة عن الذمة المالية لكل شريك فيها أو المالك لها، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، ولا يكون المالك لها ولا الشريك فيها مسؤولاً عن هذه الديون والالتزامات إلا بقدر حصته في رأس المال»^(١)، كما نصت المادة (٥٨) من النظام على أن شركة المساهمة هي: «شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر، من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، وتقتصر مسؤولية

(١) يقابل هذه المادة في نظام الشركات الصادر عام ١٤٣٧هـ المادة (١٥١)، وفيها أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة: «شركة لا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكاً، وتعد ذمتها مستقلة عن الذمة المالية لكل شريك فيها. وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها، ولا يكون المالك لها أو الشريك فيها مسؤولاً عن تلك الديون والالتزامات».

المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها»^(١)، وهذا يعني أن الحقوق الواجبة على الشركة تتعلق بذمتها ولا صلة لها بذمم الشركاء سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو شخصيات اعتبارية، ولا يتعارض هذا مع ما سبق أن قررناه من أنه لا يكون للشخص إلا ذمة مالية واحدة وذلك أن المنظم منح الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة شخصية لها ذمة مستقلة عن ذمم الملاك، وبذلك فإن للملاك حقوقاً على هذا الشركة كسائر الدائنين وفقاً للأوضاع النظامية المقررة.

فبناءً على ما سبق يظهر أن مصدر الذمة المالية المستقلة للشركة هو القانون، وعموم نصوص هذه المواد يدخل فيه الشركة القابضة والشركة التابعة والشركة الشقيقة.

ويرى بعض الباحثين أن للتبعية الإدارية أثراً في إلغاء استقلال الذمة المالية للشركات، إذ يقرر أن التبعية الإدارية التامة سبب لإلغاء الفصل بين الذمم المالية، حيث قرر أن مناط استقلال الذمة المالية للشركة التابعة عن الشركة القابضة هو وجود شركاء آخرين مع الشركة القابضة، ولا بد أن تكون ملكية الشركاء الآخرين ملكية حقيقية^(٢).

(١) يقابل هذه المادة في نظام الشركات الصادر عام ١٤٣٧هـ المادة (٥٢) على أن شركة المساهمة: «شركة رأس مالها مقسم إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة على ممارسة نشاطها».

(٢) العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة وأثرها في الزكاة، د. عبد الله العياضي، ص(٢٨-٣٦).

وقد يقال: إن مناط اعتبار الذمة المالية هو ما سبق أن ذكرناه، فلو افترضنا أن النص القانوني جاء بعكس ذلك لم يكن للشركة ذمة مالية مستقلة، ولو كانت مملوكة لعدد من الشركاء، ولو كان التصرف موكولاً لغير المالك، ويدل على ذلك أن من المقرر فقهاً أن الملك المشترك لا يولد ذمة للعين المملوكة، وأن الولي المتصرف بشركة ينحصر ملكها له وللقاصر الذي هو ولي عليه، أن ذلك لا يجعل ذمة الشركة في ضمن ذمته، كما أن المدير تام الحق في التصرف الذي نص عقد التأسيس على عدم جواز عزله لا يجعل ذمة الشركة في ضمن ذمته، وأبلغ من هذا كله شركة الشخص الواحد شركة معتبرة نظاماً وهي شركة لها ذمة مستقلة عن ملك صاحبها، ولو كان هو مديرها.

ومع ذلك فإننا نجد أن المنظم في النظام السابق (١٤٣٧هـ) ألزم الشركة القابضة بأن تعد في نهاية كل سنة مالية قوائم مالية موحدة، تشملها وتشمل الشركات التابعة لها وفق المعايير المحاسبية المتعارف عليها (المادة ١٨٥ من نظام الشركات)، والعمل وفق المعايير المحاسبية يلغي اعتبار انفصال الذمم بين الشركتين في التعاملات بينهما بمقدار الأسهم المملوكة للقابضة - كما سيأتي في المبحث الرابع من هذا البحث -.

وقد نصت المادة (١٨٦) من نظام الشركات السابق (١٤٣٧هـ) على أن «تخضع الشركة القابضة للأحكام الواردة في هذا الباب وما لا يتعارض معها من الأحكام المقررة في النظام وفقاً لنوع الشركة الذي اتخذته».

ونظام الشركات الجديد (١٤٤٣هـ) لم يتضمن تلك النصوص، وقد استغنى عنها بالفقرة (٢) من المادة (١٧) والتي نصت على أنه «يجب إعداد

قوائم مالية للشركة في نهاية كل سنة مالية وفق المعايير المحاسبية المعتمدة في المملكة»، وسيأتي في المبحث الأخير أن المعايير المعتمدة في المملكة تنص على إصدار قوائم مالية موحدة على ما سيأتي تفصيله.

فبناءً على ذلك فإن الشركة التابعة تعد مستقلة في ذمتها قبل الغير، إلا أنها فيما يتعلق بالعلاقة بينها وبين الشركة القابضة خاضعة لأحكام خاصة تلغي اعتبار انفصال الذمم، وتجعل إدارة الشركة القابضة في وضع لا يسمح لها باستغلال الوضع المسيطر بها ليحل بمصالح الأقلية، وبذلك فإن هذا الاعتبار لا يمنح الغير صلاحية لاعتبار حقوقه في مواجهة الشركة التابعة ممتدة إلى القابضة، وهذا تابع للمقرر من أن لكل من الشركتين ذمتها المستقلة فيما يتعلق بالتعاملات الأخرى، وبذلك فإن الشركة القابضة لا تُسأل عن ديون الشركة التابعة إلا في حدود ما يسأل عنه أي شريك أو مدير - بحسب الأحوال-، ومع ذلك فإننا نجد أن القضاء والاجتهاد في القانون المقارن قد حاول الخروج عن هذا الأصل في بعض الصور حيث جعل الشركة القابضة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة في أحوال عديدة، وقد حاول الاجتهاد المقارن أن يوجد تفسيراً للأحكام القضائية التي تم فيها تحميل الشركة القابضة ديون الشركة التابعة وذلك وفق نظريات عديدة ويمكن بالنظر في تلك النظريات أن نلمح فكرة عدم التسليم باستقلال الشركة التابعة عن الشركة القابضة، وعليه سنستعرض هذه النظريات، ونستعرض

بعض الأحكام التي كان القضاء فيها يسعى إلى التعامل مع الشركتين كما لو كانا كياناً واحداً في مواجهة دائني الشركة التابعة^(١).

النظرية الأولى: نظرية الظاهر:

تقوم فكرة هذه النظرية على أن ظهور الشركتين التابعة والقابضة بمظهر الشركة الواحدة أمام الغير قد يرتب اعتبار الشركة القابضة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة في مواجهة الدائنين الذين توهموا أن الشركة القابضة هي التي أبرمت التعاقدات معهم، أو أنها مسؤولة بأي وجه عن الالتزامات محل التعاقد، ومن أسباب نشوء الاعتقاد باتحاد الشركتين لدى المتعاملين التشابه في الاسم والاتفاق في المكان والأشخاص العاملين والممثلين لكلا الشركتين، بحيث لا يمكن للمتعاملين تمييز الفرق بينهما، وقد صدرت عدة أحكام قضائية من القضاء الفرنسي اعتماداً على هذه الفكرة، وتضمنت إلزام الشركة الأم بسداد ديون الشركة الوليدة بناءً على أن تصرف الشركة الأم خلق الاعتقاد لدى الغير أنهم يقومون بمشروع واحد، وكان من الأسباب التي بنيت عليها مجموعة الأحكام تلك أن الشركتين لهما مقر رئيسي واحد

(١) وجدنا أن الإشارة إلى أحكام القضاء الفرنسي وتسبباته في هذا الباب سيساعد على تصور مبررات التعامل مع الشركتين كما لو كانا كياناً ذا ذمة واحدة، فنحن ننظر إلى تلك الأحكام بما هي جهد بشري يعالج قضية قانونية موضوعية، يحاول القضاء فيها الحد من الآثار الضارة -بحسب ما يراها- التي قد تنتج عن العلاقة بين الشركتين القابضة والتابعة، كما سنعرض في نهاية كل نظرية المقارنة بينها وبين الفقه الإسلامي. كما نشير هنا إلى أن مسمى الشركة القابضة في القانون الفرنسي (الشركة الأم) ومسمى الشركة التابعة (الشركة الوليدة).

ورقم هاتف واحد، وتوقيع واحد، إحداهما تتولى صناعة مادة وتقوم الأخرى بتوزيعها^(١).

ونلاحظ هنا أن هذا المعنى متحقق كذلك في الشركات الشقيقة متى كانتا تابعتين لشركة قابضة، فتتحمل الشركة القابضة - بناءً على هذا المعنى - الديون التي نشأت عن اعتقاد الغير بأن الشركة الشقيقة الظاهرة هي الملزومة بالوفاء بالحقوق العقدية عوضاً عن الشركة الشقيقة المتعاقد معها.

وقد رأى بعض الشراح أن هذه النظرية محل انتقاد، وذلك أنها تعود في حقيقة الحال إلى وجود خطأ من الشركة القابضة تمثل في الإيهام الخادع، وحيث إن الشركة القابضة لا تدخل في عمليات تجارية مباشرة مع المتعاقدين فإن ادعاء المتعاملين مع القابضة وجود إيهام بأن العلاقة مع القابضة لا يعد ادعاءً وجيهاً^(٢).

وبكل الأحوال فإن وجود هذا الإيهام بالنسبة للشركات الشقيقة يعد أمراً وارداً، إلا أنه لا ينسب في كل الأحوال للشركة القابضة، وعليه فإن المتعين رد هذه المسألة للأحكام الأصلية للضمان (للمسؤولية المدينة) المبنية على وجود خطأ من قبل الشركة القابضة أو الشقيقة، وفي حال عدم وجود الخطأ فإن الشركة القابضة تبقى غير مسؤولة عن ديون الشركة التابعة.

(١) ينظر: تبعية الشركة التابعة للشركة القابضة في قانون الشركات الأردني، لمحمد أحمد القرشي، ص (٧٣-٧٤). وينظر كذلك: الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، لمحمد حسين إسماعيل، ص (٨٨-٨٩)، وشركة الهولدنغ، لماجد مزيم، ص (٢٨٥-٢٨٦).

(٢) ينظر: شركة الهولدنغ، لماجد مزيم، ص (٢٨٦).

النظرية الثانية: نظرية صورية الشركة القابضة:

تقوم هذه النظرية على أساس أن الشركة التابعة لشركة صورية تغطي صاحب النشاط الحقيقي الذي هو الشركة القابضة، وقد حكمت محكمة التمييز الفرنسية بتضمين شركة أم (قابضة) عن ديون شركتها الوليدة (التابعة) وتضمن التسيب أن الشركة التابعة (الفرنسية) لم تكن إلا ستاراً يغطي نشاط الشركة القابضة (الإنجليزية) في فرنسا، كما استنتج الحكم بأن الشركة التابعة ليس لها وجود حقيقي، وبناءً على ذلك فإن أي حقوق وجبت عليها فإن الشركة القابضة هي المسؤولة عنها^(١).

والواقع أن هذه الفكرة ليست محل تسليم من الناحية الشرعية بناءً على أن العديد من الحالات تكون الشركة التابعة شركة حقيقية وتمارس نشاطاً فعلياً، وفي حال كانت شركة صورية ليس لها أي وجود حقيقي فيمكن حينئذ البحث عن الفاعل الحقيقي سواءً كان شركة قابضة أو شقيقة أو غير ذلك، وبذلك فلا تصمد هذه النظرية لمد مسؤولية الشركة القابضة عن ديون التابعة.

النظرية الثالثة: الخطأ في الرقابة:

يرى بعض الشراح أن مسؤولية الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة يقوم على أساس أن الشركة القابضة تحوز السلطة المطلقة على الشركة التابعة، كما تتمكن بصورة كلية من تدبير شؤونها من خلال تعيين مجلس إدارتها،

(١) ينظر: تبعية الشركة التابعة للشركة القابضة في قانون الشركات الأردني، لمحمد أحمد القرشي، ص (٧٦-٧٥)، وشركة الهولدنغ، لماجد مزيم، ص (٢٨٩).

وقد أصدرت محكمة ابتدائية فرنسية حكماً رتبت فيه المسؤولية على شركة قابضة إنجليزية لعيب خفي في آلة تم صنعها وبيعها من قبل شركتها الوليدة (التابعة)، بناءً على أن الشركة الوليدة على الرغم من استقلالها القانوني إلا أنها في حالة خضوع عملي للشركة الأم، الأمر الذي يسمح بوضع واجب الضمان عليها^(١).

ويظهر أن ما قامت به هذه المحكمة هو من باب فكرة (المسؤولية المفترضة) وهي المعتمدة في القانون المدني الفرنسي بالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة عن أخطاء من هم تحت رقابته، كالأب بالنسبة لأخطاء أبنائه القصر. وبالنظر في هذا الأساس يظهر أنه مخالف لقواعد الضمان في الفقه الإسلامي، بيان ذلك أن متولي الرقابة لا يعد مسؤولاً عن أخطاء من هم تحت رقابته إلا في حال تعديه أو تفريطه، وعليه فإن هذه النظرية لا تتفق والقواعد الشرعية في هذا الباب، وكذلك فإن ديون الشركة التابعة في هذه الحالة ليست -بالضرورة- قائمة على أساس التعويض، بل قد تكون في كثير من الحالات ناشئة عن التزامات عقدية، وعليه فتعديتها إلى الشركة القابضة في هذه الحالة لا تتفق كذلك وقواعد المسؤولية المدنية.

خلاصة القول:

أن الاعتراف القانوني قائم بفكرة استقلال شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وأن الشركة القابضة ليست استثناءً من هذا الأصل،

(١) ينظر: تبعية الشركة التابعة للشركة القابضة في قانون الشركات الأردني، لمحمد أحمد القرشي، ص (٨٠)، وشركة الهولدنغ، لماجد مزيم، ص (١٩٥-١٩٦).

ومع ذلك فإن الواجب على الشركة القابضة إعداد قوائم مالية موحدة مع شركاتها التابعة في نهاية كل سنة مالية، وهذا يفضي إلى إلغاء اعتبار انفصال الذمم بين الشركتين في التعاملات بينهما بمقدار الأسهم المملوكة للقابضة. ووفقاً للقواعد العامة فإن الشركة القابضة قد تتحمل بعض الحقوق الواجبة على الشركة التابعة إذا كانت تلك الحقوق ناشئة عن أخطاء القابضة في إدارة التابعة، أما ما ذهب إليه بعض القضاة وشرح القانون المقارن من أن الشركة القابضة مسؤولة عن ديون التابعة وأن إفلاس التابعة يمتد إلى القابضة، فإن هذا لا يتفق والقواعد العامة للضمان والمسؤولية والتعويض في الفقه الإسلامي.



المبحث الثالث أثر السيطرة وأحكام الذمة المالية في أحكام التعاملات المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة

كثيراً ما تجري تعاملات بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة، وبالاستناد إلى ما سبق قوله في الصلة والتأثير بين تلك الشركات وأثره على الذمة المالية لها، فإن لكل ذلك آثاراً على أحكام التعاملات المالية بينها، وستتناول تلك الأحكام بحسب نوع التصرف وفقاً للمطالب التالية:

المطلب الأول: عقود البيع:

تأتي عقود البيع بين الشركة القابضة والتابعة والشقيقة على صور عديدة، وتختلف الأحكام باختلاف تلك الصور، فقد يكون المبيع أسهم إحدى الشركتين، أو قد تكون أصولاً لها، وستتناول تلك الصور في الفروع التالية:

الفرع الأول: بيع أسهم التابعة على الشركة القابضة، أو بيع أسهم الشقيقة للشقيقة الأخرى:

قد تشتري الشركة أسهماً في شركة تصير بموجب هذا الشراء قابضة لها، وذلك حينما تكون هذه المعاملة هي التي ينتج عنها السيطرة، وهنا يثور تساؤل عن أثر هذا الشراء في تقييم الأسهم محل الشراء، إذ قد تؤدي سيطرة الشركة القابضة على التابعة إلى انخفاض أو زيادة الأسعار بحسب الأثر الاستشاري للسيطرة، وذلك كأن تشتري شركة منافسة أو مكملية لنشاطها

فترتب على ذلك زيادة التنسيق، أو اتساع السوق أو التأثير في المنافسة، وكل هذا مما له أثر في قيمة السهم، وأثر في مقدار الربح الحاصل من السيطرة، ومع ذلك فإن ارتفاع قيمة السهم في هذه الحالة لم ينتج عن ارتفاع قيمة موجودات الشركة (القيمة التاريخية) ولا عن ارتفاع القيمة السوقية، بل هو متأثر بعناصر أخرى متعلقة بالمشتري، وهذه المؤثرات الخاصة لا يجب أن تؤثر في التقييم العادل، كما أن الأثر الإيجابي لعملية البيع سيمتد للأقلية، بل إن الأمر أبعد من ذلك فلو تمت العملية بأقل من سعر السوق، أو بدون أي مقابل - في حال كان ذلك جائزاً - لم يجز للأقلية الاعتراض على ذلك، ولو ترتب على هذه العملية انخفاض أسهم الشركة التابعة في السوق، وذلك أن عملية البيع هذه تمت بين أطراف أخرى، ولا صلة للأقلية بهذه العملية^(١).

الفرع الثاني: بيع أسهم القابضة على التابعة:

تمنع العديد من الأنظمة أن تشتري الشركة التابعة بعض أسهم القابضة، ومن ذلك ما صدر به نظام الشركات (١٤٤٣هـ) حيث نصت الفقرة (١) من المادة (٢١٨) على أنه: «لا يجوز للشركة التابعة امتلاك حصص أو أسهم في الشركة القابضة، ويعد باطلاً كل تصرف من شأنه نقل ملكية الحصص والأسهم من الشركة القابضة إلى الشركة التابعة»، وسبب المنع أن ذلك يفضي إلى الصورية في رأس مال التابعة، وذلك بحساب أصول التابعة مرتين، مرة بصفتها أصولاً مملوكة بصفة مباشرة، ومرة أخرى بصفتها مؤثرة في قيمة

(١) ينظر: بدائل القياس المحاسبي لتقييم حصة الشركة القابضة في رأس مال الشركة التابعة، لمحمد عبد الشكور حجازي، ص(٦).

الشركة القابضة - التي تملك فيها-، وهذا يفضي إلى تضليل المساهمين أو الدائنين بشأن القيمة الحقيقية للشركة^(١).

الفرع الثالث: بيع أو شراء الأصول بين القابضة والتابعة والشقيقة:

يحتف بمسألة شراء الشركة القابضة من الأصول المملوكة للشركة التابعة بعض الاعتبارات الخاصة التي قد تؤثر في أحكامها، وكذلك الحال في شراء الشركتين الشقيقتين المملوكتين لشركة قابضة من بعضهما، وتختلف تلك الأحكام بحسب صورة القبض (السيطرة)، وبكل الأحوال فإن الواجب على إدارة التابعة أو الشقيقة البيع بسعر المثل العادل، ولهذه المسألة عدد من الصور والأحوال:

أولاً: في حالة القبض الكلي: تملك الشركة القابضة ١٠٠٪ من أسهم التابعة، أو كان الشركاء في الشركة الشقيقة هم أنفسهم في الشركة الأخرى وبنفس النسب فالأصل صحة التصرف بأي قيمة كان، مع مراعاة حقوق الغير كالدائنين، ووجه ذلك أن الدائن يستوفي حقه من الأصول المملوكة للشركة فإذا نقلت للشركة القابضة أو الشقيقة بأقل من سعر المثل فقد يتضرر بهذا التصرف، وقد لا يتمكن من استيفاء حقه أو بعضه، وقد يكون هذا من طرق الاحتيال لتفويت حقوق الدائنين، كأن تبيع الشركة التابعة أو الشقيقة أصولها على القابضة أو الشقيقة بأقل من ٥٠٪ من قيمتها، فإذا أراد الدائنون استيفاء حقوقهم لم يجدوا في أصولها ما يكفي لتحصيل الدين.

(١) ينظر: المرجع السابق، ص (١١).

ثانياً: في حالة القبض الجزئي: فيجب عند إبرام عقود بيع بين الشركات القابضة والتابعة مراعاة حقوق الأقلية، لكن حيث قرر الفقهاء صحة تصرف الوكيل بما يتغابن به الناس عادة فهل يعتبر بالسعر الكلي أم بنصيب الأقلية إلى القيمة الكلية على اعتبار إذن الأكثرية في نصيبهم فلا يعتبر في الحساب؟ الظاهر أن المعتبر الأول، لأن الضرر واقع في نصيب كل مساهم بنصيبه، وما لا يتغابن فيه الناس عادة يلحق الضرر في نصيب كل مساهم، ولا يلغي ذلك إذن الغير؛ لأن إذهم ناشئ عن عدم تضررهم بالتصرف لعودة الأصل لهم بطريق آخر.

ثالثاً: في حالة القبض الجزئي: فالمقرر أن الواجب على ممثل التابعة رعاية مصالح المساهمين سواءً الأكثرية أم الأقلية، والتصرف وفق قواعد التصرف بالنيابة، ومع ذلك فقد تحدث تجاوزات في هذا الباب بأن يتم البيع -تحت تأثير سيطرة القابضة- بأقل من سعر السوق، أو من السعر الممكن -وهو السعر الأفضل عند اتباع طرق بيع خاصة كييع أسهم مملوكة للتابعة من خلال الطرح للتداول في سوق الأسهم- وكذلك الحال بالنسبة للشركات الشقيقة فيحتمل أن تشتري الشركة الشقيقة (أ) من الشركة الشقيقة (ب) بأقل من سعر السوق بناءً على تأثير القابضة في قرار البائعة (ب) لغرض مصلحة الشقيقة (أ)، وهو من صور شراء القابضة غير المباشر من التابعة، ويجري عليه نفس أحكامه.

وفي كل هذه الصور المذكورة هناك إضرار بالأقلية في التابعة، من خلال تخفيض العائد من بيع أصول التابعة، وفي هذا تفويت للفارق بين القيمة العادلة والقيمة المنفذة.

وفي حال تم بيع أصول الشركة التابعة للقابضة، بأقل من سعر المثل، فإن هذا يرتب مسؤولية على المتصرف بغض النظر عن علاقته بالشركة القابضة، سواءً كان مالكاً فيها، أو مديراً لها، أو استجاب لأوامر الملاك أو المديرين، وذلك أن القاعدة أن المدير مسؤول عن تصرفاته التي يجريها نيابة عن الشركة، وفي حال أخل بأي من واجباته وترتب على ذلك أي ضرر فإنه ضامن للضرر، وفقاً لأحكام المادة (٢٨) من نظام الشركات والتي تنص على أن: «يكون المدير وأعضاء مجلس الإدارة مسؤولين بالتضامن عن تعويض الشركة أو الشركاء أو المساهمين أو الغير عن الضرر الذي ينشأ بسبب مخالفة أحكام النظام أو عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس، أو بسبب ما يصدر منهم من أخطاء أو إهمال أو تقصير في أداء أعمالهم، وكل شرط يقضي بغير ذلك يعد كأن لم يكن»^(١)، كما نصت الفقرة (١) من المادة (٢٩) على أن: «للشركة أن ترفع دعوى المسؤولية على المدير أو أعضاء مجلس الإدارة بسبب مخالفة أحكام النظام أو عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس، أو بسبب ما يصدر منهم من أخطاء أو إهمال أو تقصير في أداء عملهم، وينشأ عنها أضرار على الشركة، ويقرر الشركاء أو الجمعية العامة أو المساهمون رفع هذه

(١) يقابل هذه المادة في نظام الشركات السابق (٤٣٧هـ) المادة رقم (٧٨) ونصها: «يكون أعضاء مجلس الإدارة مسؤولين بالتضامن عن تعويض الشركة أو المساهمين أو الغير عن الضرر الذي ينشأ عن إساءتهم تدبير شؤون الشركة».

الدعوى»^(١)، إلا أن من الواضح أن الأقلية في الشركة التابعة لن يتمكنوا من جعل الجمعية العامة العادية تتخذ قراراً برفع الدعوى على الإدارة بناءً على أن الأكثرية هي المستفيد من هذه الصفقة، لذا فإن الفقرة (٢) من ذات المادة نصت على أنه: «يجوز لشريك أو مساهم أو أكثر يمثلون (خمسة في المائة) من رأس مال الشركة، ما لم ينص عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس على نسبة أقل، رفع دعوى المسؤولية المقررة للشركة في حال عدم قيام الشركة برفعها، مع مراعاة أن يكون الهدف الأساس من الدعوى تحقيق مصالح الشركة، وأن تكون الدعوى قائمة على أساس صحيح، وأن يكون المدعي حسن النية، وشريكاً أو مساهماً في الشركة وقت رفع الدعوى»، كما نصت الفقرة (٤) من ذات المادة على أن: «لشريك أو المساهم رفع دعواه الشخصية على المدير أو أعضاء مجلس الإدارة إذا كان من شأن الخطأ الذي صدر منهم إلحاق ضرر خاص به»^(٢).

(١) يقابل هذه المادة في نظام الشركات السابق (١٤٣٧هـ) المادة رقم (٧٩) ونصها: «للشركة أن ترفع دعوى المسؤولية على أعضاء مجلس الإدارة بسبب الأخطاء التي تنشأ منها أضرار لمجموع المساهمين، وتقرر الجمعية العامة العادية رفع هذه الدعوى».

(٢) يقابل هذه الفقرة من النظام السابق (١٤٣٧هـ) المادة (٨٠) ونصها: «لكل مساهم الحق في رفع دعوى المسؤولية المقررة للشركة على أعضاء مجلس الإدارة إذا كان من شأن الخطأ الذي صدر منهم إلحاق ضرر خاص به، ولا يجوز للمساهم رفع الدعوى المذكورة إلا إذا كان حق الشركة في رفعها لا يزال قائماً، ويجب على المساهم أن يبلغ الشركة بعزمه على رفع الدعوى، مع قصر حقه على المطالبة بالتعويض عن الضرر الخاص الذي لحق به».

وبذلك فيكون حق المساهم في هذه الحالة هو التعويض عن مقدار النقص في الأسهم التي يملكها نتيجة للعملية محل الاعتراض، وهذه الدعوى هي التي تسمى (دعوى الشركة الفردية) وتكون عن الضرر الذي أصاب المساهم بصفته مساهماً، ووجه الضرر الذي أصاب المساهم في هذه الحالة هو أن يبيع الأصول بأقل من سعرها هو في حقيقة الحال إضعاف للمركز المالي للشركة، وذلك يؤثر في استثماراتها وعوائدها، كما يؤثر في موجوداتها عند التصفية، أما عن صفة التعويض الذي يحكم به على الإدارة للمساهم ففي ذلك خلاف على اتجاهين، الاتجاه الأول هو أن يسلم التعويض للمساهم بصفته تعويضاً عن الضرر الذي ناله من تصرف الإدارة، والاتجاه الثاني: هو أن يسلم التعويض للشركة ويقيد في سجلاتها بصفته من حقوق المساهم، وذلك هو الأوفق لطبيعة علاقة المساهم مع الشركة، كما أنه يعيد المساهم إلى الحالة التي كان عليها قبل صدور التصرف الضار من الإدارة، وذلك أن الضرر الذي ناله هو نقص قيمة السهم تبعاً لنقص موجودات الشركة، وبهذه الطريقة يعوض النقص الذي ناله فتعود حقوقه التي على الشركة إلى قيمتها التي كانت عليها، وفي حال كان القرار صادراً من ممثلي الشركة القابضة في الجمعية العمومية للتابعة فإن المسؤولية تلحق بالشركة القابضة ذاتها، ولا يلحق المدير في الشركة التابعة أي مسؤولية؛ لأنه منفذ لقرارات الجمعية العمومية وهي الجهة ذات السلطة الأعلى في الشركة^(١).

(١) ينظر: موسوعة الشركات التجارية، د. إلياس ناصيف، ص (١٠ / ٢٨١ - ٣١٩).

ويملك الأقلية في الشركة التابعة إبطال تصرف الإدارة أو الجمعية العمومية ببيع أسهمها للقابضة بأقل من سعر المثل، خصوصاً إذا كان تصرفاً ينطوي على غش جسيم، كالبيع بأقل من ٥٠٪ من قيمة المثل، وذلك أنه يعد غشاً من طرفي المعاملة، وقد لا تفي قواعد التعويض بمعالجة الضرر الذي لحق المساهمين من المعاملة، كأن يكون المديرون معسرين بمبلغ التعويض، والشركة القابضة متواطئة في الحصول على أسهم التابعة بعقد فيه غش^(١).

أما من الناحية الفقهية، فإن هذه الحالة تتصل بمسألتين، الأولى هي بيع الوكيل بأقل من سعر المثل، وفي المسألة خلاف بين المذاهب فيرى المالكية أن صاحب المال مخير بين الإمضاء والرد^(٢)، ويرى الشافعية أن الوكيل يضمن الفرق إن سلمه للمشتري، وإلا كان لصاحب المال استرداده^(٣)، أما المذهب عند الحنابلة فهو تصحيح البيع وتضمين الوكيل النقص وهو من المفردات^(٤)، وفي رواية عندهم أن البيع باطل^(٥).

وتطبيقاً لذلك فإن الشركة كيان اعتباري له حقوق وعليه واجبات، ويمثله في تصرفاته مجلس الإدارة، فإذا تصرف المجلس بأن باع بعض أصول الشركة بأقل من سعر المثل فإنه يعد نائباً متصرفاً بها يخالف قواعد النيابة، فيكون للشركة مساءلته، فعلى مذهب المالكية يكون للجمعية العمومية

(١) ينظر: نظام الشركات الجديد، المادة (٧١).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٣/٣٨٢).

(٣) ينظر: حاشية الجمل على شرح المنهج، (٣/٤٠٨).

(٤) ينظر: كشاف القناع، (٣/٤٧٥).

(٥) ينظر: الإنصاف، (٥/٣٧٩).

الخيار في إمضاء المعاملة أو ردها، وعلى مذهب الشافعية يكون الأمر متوقفاً على تسليم تلك الأصول، فإن سلمتها كان للشركة إلزام مجلس الإدارة بالتعويض عن الفرق في القيمة، وإن لم تسلمها كان للشركة إلغاء العقد، وعلى مذهب الحنابلة البيع صحيح، ويلزم مجلس الإدارة التعويض عن النقص، وعلى الرواية الأخرى في مذهب أحمد البيع باطل.

أما إن كان التصرف صادراً عن الجمعية العمومية، فلا تنطبق المسألة، ويعد المساهم صاحب حق على الشركة تضرر من تصرف إدارتها أو جمعيتها العمومية، فيكون له حق بناءً على ذلك وفق ما سبق بيانه.

أما المسألة الثانية فهي حكم بيع الوكيل على من له مصلحة في البيع له، كالنفس أو الابن أو غيرهم، وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع الوكيل على نفسه على أقوال، والجمهور على عدم الصحة إن لم يؤذن له، وذلك لأنه يلحقه في ذلك تهمة^(١)، وعن أحمد يجوز ذلك إذا تولى النداء غيره واشترى بأكثر من ثمنه في النداء أو وكل غيره في البيع وكان هو أحد المشتريين^(٢)، وفي قول للمالكية أنه يجوز له ذلك إذا لم يُجاب^(٣).

(١) هذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والمعتمد عند المالكية، ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٥/٥٢٠)، ومغني المحتاج للشرييني، (٣/٢٤٤)، وكشاف القناع للبهوتي، (٣/٤٧٣)، وحاشية الدسوقي، (٣/٣٨٧).

(٢) ينظر: الإنصاف للمرداوي، (٥/٣٧٥).

(٣) ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي، ص (٢١٦).

كما اختلفوا في حكم البيع على من تُرد شهادته له كالزوجة والابن، فعند الحنفية يجوز أن يبيع بأكثر من قيمة المثل، ولا يجوز بأقل منها^(١)، ولا يجوز بمثل القيمة عند أبي حنيفة، وعند المالكية والشافعية والحنابلة لا يجوز، على تفصيل عندهم في أحوال وصور، وعللوا ذلك بأنه يميل إلى ترك الاستقصاء عليهم^(٢)، وفي قول عند المالكية ووجه عند الحنابلة يجوز البيع لهم^(٣).

ونلاحظ هنا أن من منع من أهل العلم في تلك الصور راعى منع تعارض المصالح، وذلك أن للوكيل مصلحة تخالف مصلحة الموكل في هذه الصور، وقد تكون هذه المصلحة محتملة كما في حالة البيع على ولده وزوجه، وتطبيقاً لهذه المسألة فإن كان البائع هو الجمعية العمومية للشركة التابعة والذين يشكل ممثلو القابضة الأغلبية فيهم فتعد المسألة من صور بيع الإنسان على نفسه ملك غيره - وذلك في حدود أسهم الأقلية في التابعة - وتخريجاً على المسألة التي عرضناها قبل قليل فعلى قول الجمهور لا يجوز، إلا إن أذن صاحب الحق، وصاحب الحق في حالتنا هو الشركة وهي لا تعبر عن نفسها إلا عبر مديرها ورضاه غير مؤثر إذا كان خاضعاً لسيطرة القابضة، ولكن هل نقول في هذه الحالة بأن الرضى المؤثر هنا هو رضى الأقلية باعتبارها هي المعنية بأثر هذا العقد؟ الحقيقة أن الأقلية لا تمثل الشركة ولا تنوب عنها، وشخصية الشركة مستقلة عنها كما سبق، وعليه فحقها واجب في ذمة

(١) ينظر: الفتاوى الهندية، (٣/٥٨٩).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي، (٣/٣٨٧)، ومغني المحتاج للشربيني، (٣/٢٤٤)، وكشاف القناع للبهوتي، (٣/٤٧٤).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

الشركة، وبناءً على ذلك فتخريجاً على قول الجمهور لا يجوز للشركة القابضة في حالات القبض الجزئي أن تشتري شيئاً من أصول الشركة التابعة عبر قرار يتخذه ممثلوها في الجمعية العمومية، وإذا كان القرار صادراً من غيرهم فلا مانع من ذلك، كأن يصدر القرار بموافقة من لا يمثلون القابضة في الجمعية العمومية.

وعلى الرواية الأخرى عن أحمد والقول الثاني للمالكية يمكن أن نقول بصحة البيع إذا كان بأكثر من التقييم الصادر من جهة تقييم معتبرة، أو إذا كان البيع عن طريق طرف آخر غير الإدارة الخاضعة لسيطرة القابضة كأن تُسند التابعة بيع أحد عقاراتها إلى وكيل بيع، أو أن يباع الأصل في مزاد علني تحت إشراف المحكمة، أو إذا كان الشراء من منصة تداول محايدة تحدد الأسعار فيها من خلال تفاعل العرض والطلب.

أما إذا كان البيع بين شركتين شقيقتين، وهما خاضعتان لشركة قابضة واحدة، والقبض فيهما جزئي، فيمكن تخريجها على المسألة الثانية، وهي مسألة البيع على من لا تقبل شهادته له كالابن والزوجة، فعلى قول الجمهور لا يصح، وعلى قول عند المالكية ووجه عند الحنابلة يصح، وهو أولى من التي قبلها، وذلك إذا كان قرار البيع من ممثلي الشركة القابضة في الشركة البائعة، ونقول في الأحوال الأخرى كما قلنا في المسألة التي قبلها.

الفرع الرابع: تأثير الغرر في المبيعات بين القابضة والتابعة أو بين الشركات الشقيقة:

الغرر هو صفة في المعاملة تجعل بعض أركانها مستورة العاقبة، والأصل في الغرر أنه محرم مفسد للعقد، وذلك إذا كان في عقد معاوضة وكان كثيراً، وكان في المعقود عليه أصالة وكان مما لا تدعو الحاجة إليه^(١)، وقد تتأثر أحكام الغرر في حال كانت المعاملة بين شركة قابضة وتابعة، مثال ذلك أن تشتري الشركة القابضة من الشركة التابعة كل ما يأتيها من التعويضات في واقعة معينة، أو أن تبيع التابعة على القابضة أرضاً مقابل قيمة ما تحصله من أجره العقار المعين، أو أن تتعاقد القابضة مع التابعة على أنها تلتزم بتحمل كامل الأضرار التي تنالها من الدخول في مشروع معين مقابل نسبة من العوائد فيه، ولذلك أحوال، منها:

أولاً: في حالة القبض الكلي^(٢): لا تتأثر التعاملات بين القابضة والتابعة بالغرر من حيث فساد المعاملة بسببه، وذلك أنه ليس إخراجاً للملك على الحقيقة، بل هو نقل من وعاء إلى وعاء، فلو جرى نقل أصول مملوكة للتابعة إلى القابضة مع عدم تعيينها عند التعاقد فإن التصرف صحيح، لأنه ليس بيعاً على الحقيقة، وكذلك يظهر في القوائم المالية للشركات، ومع ذلك فإذا كان لهذه المعاملة أثر في حقوق الدائنين، فإنها تتأثر في حدود ذلك،

(١) ينظر: المعيار الشرعي رقم (٣١)، المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

(٢) المقصود بالقبض الكلي: هو تملك الشركة القابضة كامل أسهم الشركة التابعة (تملك كلي).

فإذا تبين بعد إنفاذ المعاملة أن قيمة الأصول المنقولة أقل من القيمة الفعلية فنعود للأحكام التي سبق بيانها في الفرع السابق، وهذا في حال كان النقل من الشركة التابعة للقابضة، أو من الشقيقة لشقيقتها - إذا كانتا مملوكتين لقابضة -، أما إذا كان النقل من القابضة للتابعة فلا فرق؛ إذ يملك الدائنون التنفيذ على جميع أصول القابضة بما في ذلك أسهمها في التابعة، فلا أثر للغرر ولا لما ينتج عنه من نقص قيمة العوض إن كان.

ثانياً: في حال القبض الجزئي^(١): إذا كان البيع من القابضة على التابعة والغرر كثير في مجموع العقد وقليل بالنسبة للأقلية فهناك احتمالان:

١. العقد صحيح بالنظر إلى أن الغرر إنما هو في نصيب الأقلية في الشركة التابعة، وهذا قليل بالنسبة إلى مجموع العقد.

٢. أن العقد باطل لأن العلاقة بين كيانهين مستقلين، وأن ملكية القابضة في التابعة لا تلغي أحكام الاستقلال مادام هناك ملاك آخرون.

ثالثاً: في حالة القبض الجزئي: وكان البيع من التابعة على القابضة، والغرر كثير في مجموع العقد، فيقال في هذه الحالة كالحالة الأولى، إذ إن القابضة لا غرر عليها في انتقال الملك إليها إلا إذا كان الغرر في الثمن، فيكون بحسب مقدار ملكية الأقلية في التابعة، فلا يؤثر في العقد إذا كان قليلاً.

(١) المقصود بالقبض الجزئي هو تملك الشركة القابضة أسهماً في الشركة التابعة مع وجود شريك أو شركاء آخرين (تملك جزئي).

رابعاً: حالة القبض الإداري، وذلك إذا كانت القابضة لا تملك نسبة سيطرة في التابعة، وكانت مع ذلك لها السيطرة لأسباب أخرى، فلا تؤثر السيطرة في أحكام الغرر.

المطلب الثاني: عقود التمويل:

في العديد من الحالات تحتاج الشركة التابعة للحصول على تمويل للقيام بأنشطتها، إلا أنها قد لا تتمكن من الحصول على التمويل الكافي من البنوك تبعاً لحالتها الائتمانية ومركزها المالي، فتلجأ للحصول على التمويل عن طريق الشركة القابضة التي تحصل على مبالغ تمويل أعلى، وبتكلفة أقل، ثم تقوم الشركة القابضة بتمويل الشركة التابعة، لذلك صور عديدة:

الفرع الأول: القرض:

قد تقوم الشركة القابضة بإقراض الشركة التابعة مبلغ التمويل من دون أي زيادة، وقد تقوم في بعض الأحوال بإقراضها بفائدة، فإن كانت الشركة القابضة تملك كامل أسهم الشركة التابعة، فلا يجري الربا بينهما، لأن مآل المال واحد وذلك بشرط استمرار التملك التام حتى تمام المعاملة الربوية، ويمكن تخريجه على مسألة الربا بين العبد وسيده^(١)، بجامع أن مآل مال الشركة التابعة للقباضة كمال العبد مع سيده، ومن منعه فقد بنى ذلك على

(١) هذا مشهور مذهب مالك، ورواية عند الحنابلة، ينظر: بداية المجتهد، (٤/١٥٧)، وقال في الإنصاف، (٧/٤٦٥): «قوله: (ولا يبيعه درهماً بدرهمين) يعني: أنه يجري الربا بينهما، وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم، وقال ابن أبي موسى: لا ربا بينهما؛ لأنه عبد في الأظهر من قوله: (لا ربا بين العبد وسيده) واختاره أبو بكر، قاله الزركشي وغيره، وهو رواية عن الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ، فعلى المذهب:

اعتبار حقيقة المعاملة بينهما، فمن قال أن المعاملة بينهما بيع منع الزيادة في القرض بينهما، ومن قال هو استيفاء حق للسيد في يد العبد لم يمنع منه، ولم يجعل لدائن العبد حقاً في الرجوع عليه، ويمكن أن يقال أن هذا منطبق في مسألة الباب، وحيث إن القائمة المالية تكون موحدة بين القابضة والتابعة فتسوى المعاملات بين الطرفين كما لو كانت ضمن كيان واحد، فلا أثر للزيادة في القرض بينهما.

أما إن كانت المعاملة بين شركة قابضة وتابعة، والقبض فيها قبض جزئي، فلا يجوز الإقراض بفائدة.

الفرع الثاني: التمويل عن طريق البيع الآجل:

وصورته أن تشتري الشركة القابضة أصلاً ثم تبيعه على الشركة التابعة، إما بزيادة على سعر الحال أو بغير زيادة، وهو بهذه الصورة لا إشكال فيه، أما إن كانت المعاملة بالعكس، بأن تشتري التابعة ثم تبيع على القابضة، فإن كانت مملوكة للقابضة بنسبة ١٠٠٪ فلا إشكال في المعاملة، وإن كان القبض جزئياً فيجب أن يتم البيع بسعر المثل، وفقاً لما سبق تفصيله في المطلب الأول من هذا المبحث.

الفرع الثالث: التمويل عن طريق الطرق التمويلية الأخرى:

ومن ذلك التأجير المنتهي بالتمليك، أو المشاركة المتناقصة، وغيرها، والحكم في هذه كالتالي قبلها إذا كانت المعاملة بين القابضة والتابعة فقط، لو زاد الأجل والدين: جاز ذلك، على احتمال ذكره المصنف، وغيره، والمذهب: عدم الجواز، وعليه الأصحاب.

أما إذا كان هناك أطراف أخرى فقد يختلف الحكم، كأن تبيع الشركة القابضة عيناً على طرف آخر بضمن حال، ثم تشتريه التابعة منه بضمن مؤجل أو العكس، فإذا كانت الشركة التابعة مملوكة للشركة القابضة بشكل كامل فهي من صور العينة الثلاثية، أما إذا كان مع القابضة شركاء في التابعة، أو كان التعامل بين شركتين شقيقتين فلا مانع إلا إن كان حيلة على الربا، قال في الروض المربع: «ومن باع ربويًا بنسيئة، أي مؤجل، وكذا حال لم يقبض، واعتاض عن ثمنه ما لا يباع به نسيئة، كضمن بر اعتاض عنه برا أو غيره من المكيلات، لم يجز؛ لأنه ذريعة لبيع الربوي بالربوي نسيئة... وإن اشتراه، أي اشترى المبيع في مسألة العينة أو عكسها، بغير جنسه.. أو اشتراه أبوه، أي أبو بائعه، أو ابنه، أو مكاتبه، أو زوجته، جاز الشراء ما لم يكن حيلة على التوصل إلى فعل مسألة العينة»^(١).

(١) ص (٣١٨).

المبحث الرابع

طرق العرض المحاسبي للتعاملات المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة

تعد المعايير الدولية للتقرير المالي الموافق عليها والمعدلة من مجلس إدارة (الهيئة السعودية للمحاسبين القانونيين) هي المرجع في قواعد العرض والإفصاح المحاسبي في المملكة العربية السعودية، وقد نص نظام مهنة المحاسبة والمراجعة^(١) في المادة السابعة على أن من واجب المحاسب القانوني: «التقيد بقواعد مهنة المحاسبة وسلوكها وآدابها، وبمعايير المحاسبة والمراجعة، والمعايير الفنية التي يعتمدها المجلس».

وقد نصت المعايير الدولية على أحكام خاصة لإعداد القوائم المالية الموحدة (المعيار الدولي للتقرير المالي ١٠)، وذلك لوضع مبادئ لعرض وإعداد القوائم المالية الموحدة لحالات السيطرة، وتعد المنشأة (مسيطرة) إذا كان لها سلطة على الأعمال المستثمر فيها (الشركة التابعة)، ولها حقوق وعوائد ناشئة عن ارتباطها بالمنشأة المستثمر فيها (عوائدها من الاستثمار في الشركة التابعة)، وإذا كانت قادرة على استعمال سلطتها للتأثير على العوائد من الاستثمار فيها، وهذا منطبق على حالات القبض الكلي والجزئي والقبض الإداري^(٢).

(١) نظام مهنة المحاسبة والمراجعة الصادر بالمرسوم ملكي (م/٥٩)، بتاريخ ٢٧/٠٧/١٤٤٢هـ، وقرار مجلس الوزراء رقم (٤١٦) بتاريخ ٢٥/٠٧/١٤٤٢هـ.

(٢) ينظر: الفقرات (١-١٨)، من المعيار الدولي للتقرير المالي (١٠) «القوائم المالية الموحدة».

والقاعدة أنه يجب أن توحد المنشأة القابضة (الأم) قوائمها المالية من التاريخ الذي تكتسب فيه السيطرة، ويتوقف ذلك عندما تفقد السيطرة، وفي حال عرض القائمة الموحدة فإنه يجب أن تعرض حقوق الأقلية في قائمة المركز المالي الموحدة ضمن حقوق الملكية بشكل منفصل عن حقوق ملاك القابضة (الأم)، كما تعد التغييرات في حصة القابضة في المنشأة التابعة معاملات حقوق ملكية (أي معاملات مع الملاك بصفتهم تلك)، وذلك بشرط ألا ينتج عن تلك التعاملات فقدان الشركة القابضة السيطرة على التابعة^(١).

ويكون توحيد القوائم المالية من خلال ما يلي^(٢):

١. جمع البنود المتماثلة للأصول والالتزامات وحقوق الملكية والدخل، والمصروفات والتدفقات النقدية للشركة القابضة مع التابعة.
٢. إجراء مقاصة بين المبلغ الدفترى لاستثمار المنشأة القابضة في التابعة مع حصة القابضة في حقوق ملكية التابعة.
٣. استبعاد الأصول والالتزامات، وحقوق الملكية، والدخل، والمصروف والتدفقات النقدية المتعلقة بين الشركة القابضة وشركاتها التابعة، فتستبعد الأرباح والخسائر الناتجة عن المعاملات البينية.

(١) ينظر: الفقرات (١٩-٢٣)، و(٨٨)، من المعيار الدولي للتقرير المالي (١٠) «القوائم المالية الموحدة».

(٢) ينظر: الفقرة (ب٨٦)، من المعيار الدولي للتقرير المالي (١٠) «القوائم المالية الموحدة».

وبتطبيق تلك الإجراءات ستظهر جميع المعاملات بين الشركة القابضة والشركة التابعة كما لو كانت عمليات داخلية ضمن منشأة واحدة، وهو ما يقتضي إلغاء أي اعتراف بالذمة المالية المستقلة لكل من الشركتين فيما يتعلق بالنصيب محل السيطرة، مع الاعتراف به بالنسبة للأقلية.

أما بالنسبة للشركات الشقيقة فقد عالجها (معيار المحاسبة الدولي ٢٨) «الاستثمار في المنشآت الزميلة والمشروعات المشتركة»، وقد عرّف المعيار المنشأة الزميلة بأنها: منشأة يكون للمنشأة المستثمرة تأثير مهم عليها^(١)، وكما نلاحظ أن التعريف واسع إلا أن المعيار وضح المقصود بالتأثير المهم في الفقرات (٥-٨) من المعيار، فوضح أن التأثير المهم يتحقق عندما تحتفظ المنشأة بشكل مباشر أو غير مباشر بـ ٢٠٪ من القوة التصويتية للمنشأة المستثمر فيها، ومع ذلك فقد لا يكون لهذه النسبة تأثير مهم في حال وجود أطراف مسيطرة، وقد يكون للمنشأة المستثمرة تأثير مهم ولو كانت تحتفظ بأقل من تلك النسبة، فالمعيار هو وجود التأثير، ومن علامات التأثير التمثيل في مجلس الإدارة أو المشاركة في وضع السياسات واتخاذ القرارات المهمة كتوزيع الأرباح، أو التأثير في المعاملات ذات الأهمية النسبية بين المنشأة والمنشأة المستثمر فيها، وتبادل الموظفين الإداريين.

وقد نص المعيار المذكور على أنه يجب على المنشأة التي لها سيطرة مشتركة أو تأثير مهم على منشأة مستثمر فيها أن تحاسب عن استثماراتها في المنشأة

(١) الفقرة (٣)، التعريفات، من المعيار الدولي للتقرير المالي (٢٨) «الاستثمار في المنشآت الزميلة والمشروعات المشتركة».

الشقيقة (الزميلة) باستخدام طريقة حقوق الملكية^(١)، ويكون ذلك وفقاً لما يلي^(٢):

١. يثبت الاستثمار بالتكلفة، ويتم زيادة أو تخفيض المبلغ الدفري لإثبات نصيب المنشأة المستثمرة بعد تاريخ الاستحواذ، ويثبت نصيب المنشأة المستثمرة من ربح أو خسارة المنشأة المستثمر فيها ضمن الربح والخسارة للمنشأة المستثمرة، كما تخفض توزيعات الأرباح المستلمة من المنشأة المستثمر فيها المبلغ الدفري للاستثمار.

٢. يتم توسيع نطاق القوائم المالية لتشمل نصيب المنشأة المستثمرة من الأرباح أو الخسارة بالنسبة للمنشأة المستثمر فيها.

٣. تستعمل المفاهيم التي تحكم الإجراءات المستخدمة في المحاسبة عن الاستحواذ على منشأة تابعة لحالات اقتناء استثمار في منشأة شقيقة.

٤. يتم تجاهل حيازات المنشآت الزميلة على اعتبار إثباته في قوائم المنشأة الأم، وعندما يكون منشأة زميلة منشآت تابعة أو منشآت زميلة، فإن الربح أو الخسارة والدخل الشامل وصافي الأصول المأخوذة في الحساب عند تطبيق طريقة حقوق الملكية هي تلك المثبتة في القوائم المالية للمنشأة الزميلة.

(١) الفقرة (١٦)، تطبيق طريقة حقوق الملكية، من المعيار الدولي للتقرير المالي (٢٨) «الاستثمار في المنشآت الزميلة والمشروعات المشتركة».

(٢) ينظر: الفقرات (١٠-١١)، طريقة حقوق الملكية، والفقرات (٢٦-٣٢)، إجراءات طريقة حقوق الملكية، من المعيار الدولي للتقرير المالي (٢٨) «الاستثمار في المنشآت الزميلة والمشروعات المشتركة».

٥. تثبت في القوائم المالية للمنشأة المكاسب والخسائر الناتجة عن المعاملات الصاعدة والنازلة^(١) التي تنطوي على أصول لا تشكل أعمال، بين المنشأة ومنشأتها الزميلة، بقدر حصص المستثمرين غير ذوي العلاقة.

٦. عندما توفر المعاملات النازلة دليلاً على انخفاض في صافي القيمة القابلة للتحقق من الأصول التي سيتم بيعها أو المساهمة بها أو خسارة هبوط في قيمة تلك الأصول فإنه يجب أن تثبت تلك الخسارة بالكامل من قبل المنشأة المستثمرة، وعندما توفر المعاملات الصاعدة دليلاً على انخفاض في صافي القيمة القابلة للتحقق من الأصول التي سيتم شراؤها أو خسارة هبوط في قيمة تلك الأصول فإنه يجب على المنشأة المستثمرة أن تثبت نصيبها من تلك الخسائر.

٧. يتم إثبات كامل المكسب أو الخسارة الناتجين عن المعاملات النازلة التي تنطوي على أصول تشكل أعمالاً بين المنشأة ومنشأتها الزميلة وذلك في القوائم المالية للمنشأة المستثمرة.

٨. تتم المحاسبة عن الاستثمار باستخدام طريقة حقوق الملكية من التاريخ الذي يصبح فيه منشأة زميلة (شقيقة)، وعند اقتناء الاستثمار تتم المحاسبة عن أي فرق بين تكلفة الاستثمار ونصيب المنشأة في صافي القيمة العادلة لأصول المنشأة المستثمر فيها، وذلك مع مراعاة أن تضمن الشهرة في المبلغ الدفترى للاستثمار ولا يتم إطفائها، كما تضمن أي زيادة لنصيب

(١) المعاملات الصاعدة هي: مبيعات أصول من منشأة زميلة إلى المنشأة المستثمرة، والمعاملات النازلة هي عكس ذلك.

المنشأة من صافي القيمة العادلة لأصول المنشأة المستثمر فيها على أنها دخل عند تحديد نصيب المنشأة من ربح أو خسارة المنشأة الزميلة في فترة الاستثمار. وبذلك نلاحظ أن قواعد العرض والإفصاح للشركات الشقيقة تراعي التأثير الذي تتمتع به الشركة الشقيقة، وتسمح قواعد العرض بالإفصاح عن ذلك بالقدر الذي يمنع من استعمال ذلك التأثير لتحقيق منافع غير مشروعة على حساب الأطراف الأخرى.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث الذي تناولت فيه أحكام التعاملات المالية بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة فإني أقدم ملخصاً بما توصلت إليه من نتائج، وهي:

١. يعد العنصر الأساس المميز للشركة القابضة هو عنصر السيطرة والتأثير، وقد أخذ المنظم السعودي بهذا الاعتبار في النظام الصادر عام ١٤٤٣هـ بصورة أكثر وضوحاً منه في النظام الذي قبله والذي كان صدوره عام ١٤٣٧هـ، وذلك أنه نص على الحالات التي تعد فيها الشركة قابضة وكل تلك الحالات هي من حالات السيطرة، بقطع النظر عن الاستعمال الفعلي لتلك السيطرة، وهذا ما يوافق المعايير الدولية للتقرير المالي، وهذا في حقيقة الحال يبني معيار التمييز بين الشركة القابضة مع غيرها بناءً على أساس موضوعي منضبط لا يتأثر بالاتجاه الذاتي للشركة المسيطرة.

٢. يعد العنصر المميز للشركة الشقيقة (الزميلة) هو قدرتها على التأثير على الشركة المستثمر فيها، مع عدم حصول سيطرة كلية، ولم يتناول المنظم أيّاً من أحكام الشركة الشقيقة بصورة مباشرة، إلا أنه نص على أن يتم إعداد القوائم المالية للشركات وفقاً للمعايير المحاسبية المعتمدة، وقد نصت المعايير على أحكام خاصة للإعداد القوائم المالية للشركات الشقيقة (الزميلة)، وتتفق بعض تلك المعايير مع معايير إعداد القوائم المالية للشركات القابضة والتابعة.

٣. للشركة التابعة ذمة مالية تستقل بها عن ذمم ملاكها، إلا أنه بالنسبة للمعاملات بين الشركة القابضة والتابعة فإنه يجب على الشركة القابضة أن تعد قائمة مالية موحدة ما يعبر عن اتحاد ذمتهما في التعاملات البينية وذلك أن القائمة الموحدة تتضمن جميع البنود المتماثلة للأصول والالتزامات وحقوق الملكية والدخل، والمصروفات والتدفقات النقدية للشركة القابضة مع التابعة، كما تستبعد أي أرباح أو خسائر ناتجة عن المعاملات بينهما، وذلك في حدود نسبة تملك أو أسهم الشركة القابضة في الشركة التابعة، ولا يدخل في ذلك حقوق الأقلية، ومع ذلك فلا يعني هذا حق أي من الدائنين بمطالبة الشركة القابضة بالديون أو الحقوق التي وجبت له قبلاً الشركة التابعة إلا بناءً على القواعد العامة، التي تتعلق بضمان المدير أو الملاك وفقاً للأحوال المقررة.

٤. بناءً على ما سبق فإن سيطرة الشركة القابضة تؤثر في التعاملات بينها وبين التابعة، فمن ذلك وجوب مراعاة عدالة التقييم عند شراء الشركة القابضة من أسهم الشركة التابعة، كما لا يجوز أن تشتري الشركة التابعة أسهم الشركة القابضة لما يفضي إليه ذلك من صورية رأس المال، أما فيما يتعلق ببيع الأصول الأخرى بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة فيجب على إدارات تلك الشركات أن تراعي إنفاذ البيع وفقاً للسعر المثل العادل، رعاية لحقوق الأقلية، والشركاء الآخرين غير المؤثرين، والدائنين، وفي حال الإخلال بأي من تلك القواعد فإن هذا يلحق المسؤولية بالمتصرف بحسب الأحوال.

٥. لا يؤثر الغرر في التعاملات بين الشركة القابضة والتابعة في حالات القبض الكلي، بناءً على اتحاد ذمتيهما فيما يتعلق بالمعاملات بينهما، بينما يؤثر فيما سوى ذلك كما يؤثر في أي تعاملات بين الشركات الشقيقة، وقد يراعى مقدار الغرر المتبقي بعد استبعاد النصيب المعفو عنه بحيث يعتبر في تقدير تأثير الغرر على العقد.

٦. تؤثر العلاقة بين الشركة القابضة والتابعة والشقيقة في عقود التمويل فيما يتعلق بما عدا مقدار القبض، وعليه فلا تؤثر أي من تلك التعاملات على العلاقة بين الشركتين القابضة والتابعة في حالات القبض الكلي، إلا في حال كان لذلك تأثيراً على حقوق الغير كالدائنين.

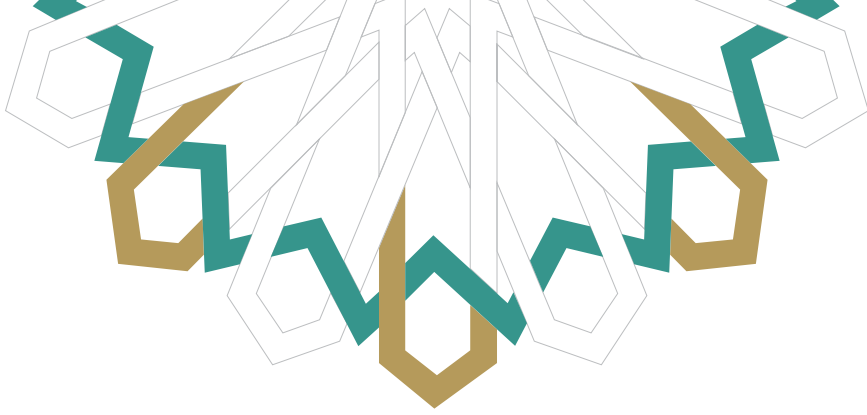
٧. تتفق المعايير الدولية المعتمدة مع الرأي المختار في مسائل العلاقة بين الشركات القابضة والتابعة والشقيقة، وهو ما يفضي في حقيقته إلى الحد من آثار الاعتراف بالذمة المالية للشركات المعاصرة في حالات السيطرة والتأثير. وبالله التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر والمراجع

١. أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، و د. أحمد أبو ستيت، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠م.
٢. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
٣. الحق والذمة المالية وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى، علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤٣١هـ.
٤. الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة.
٥. الشركات التجارية - الأحكام العامة والخاصة - دراسة مقارنة، فوزي محمد سامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
٦. الشركة القابضة وعلاقتها بشركاتها التابعة، د. محمد حسين إسماعيل، شركة شقير وعكشة للطباعة، عمان ١٩٩٠م.
٧. العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة وأثرها في الزكاة، د. عبد الله العايضي، مجلة قضاء، العدد السادس، جمادى الآخرة ١٤٣٧هـ.
٨. الفتاوى الهندية، للجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠هـ.
٩. القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزري الكلبي الغرناطي.
١٠. المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.
١١. المعايير الدولية للتقرير المالي المعتمدة في المملكة العربية السعودية، إصدار الهيئة السعودية للمحاسبين القانونيين، عام ٢٠١٧-٢٠١٨م.

١٢. الوسيط في الشركات التجارية، عزيز العكيلي، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
١٣. بدائل القياس المحاسبي لتقييم حصة الشركة القابضة في رأس مال الشركة التابعة، لمحمد عبد الشكور حجازي، المؤتمر العلمي السنوي التاسع، تطوير قطاع الأعمال في مصر، جامعة المنصورة، كلية التجارة، القاهرة، ١٩٩٢م.





بدائل تضمين المستأجر في عقد الإيجار التمويلي في المؤسسات المالية الإسلامية

د. عبد الله بن عيسى العايضي

الأستاذ المشارك بقسم الفقه بكلية الشريعة

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

من أكثر عقود التمويل انتشاراً في المؤسسات المالية الإسلامية عقود الإيجار التمويلي، فعليه تقوم كثير من هياكل صكوك الاستثمار، وبه يتمول العميل سواء كان فرداً أو شركة لتملك الأعيان.

وقد استقر القول عند المجامع الفقهية على جواز عقد الإيجار التمويلي بشرط أن تتحقق مقتضيات عقد الإجارة أثناء مدة الإجارة قبل التمليك، ومن ذلك تحميل المؤجر تبعة ملكية العين المؤجرة وتبعة هلاكها وصيانتها إذا عرض لها ما يمنع الانتفاع^(١)؛ لأن العين المؤجرة خلال مدة الإجارة باقية على ملك المؤجر فعليه تحمل تبعات هذه الملكية.

وتحميل المؤسسة المالية تبعة الملكية يضعف قدرتها على منافسة المؤسسات التقليدية؛ لأن تحمل المؤسسة المالية ضمان العين المؤجرة بسبب بقاء ملكيتها لها تعد مخاطرة ترفع من هامش ربح التمويل؛ لأن قاعدة الاستثمار في عمليات المؤسسات المالية أن هناك علاقة طردية بين المخاطر

(١) قرار مجمع الفقه الدولي رقم ١١٠ (٤/١٢) بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك الإيجار، والبند رقم (٨/٦) والبند (٨/٨) من المعيار الشرعي رقم (٨) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

والربح، فكلما زادت مخاطر التمويل زادت تكلفته على العميل، فيتحمل ربحاً أعلى للمصرف، وهذا يجعل أرباح تمويلات المؤسسات المالية أعلى من أرباح المؤسسات التقليدية؛ لأن هذه المؤسسات في تمويلاتها الربوية لا تتحمل غير المخاطر الائتمانية (مخاطر تعثر المدين في السداد)، بخلاف المؤسسات المالية في تمويلها من خلال عقد الإجارة فهي تتحمل بالإضافة إلى المخاطر الائتمانية مخاطر ملكية العين المؤجرة وضمانها، ولا شك أن عدم منافسة المؤسسات المالية الإسلامية للمؤسسات التقليدية في تقليل الأرباح قد يسبب إحصاماً عن عقود التمويل الإسلامية، وخصوصاً من الشركات التي تحرص على الحصول على تمويلات مع تحملها أقل الأرباح، باعتبارها معياراً من معايير كفاءتها في الإدارة.

لهذا تحرص المؤسسات المالية على البحث عن البدائل العملية التي تقلل من مخاطر تضمينها العين المؤجرة عند التلف أو طروء عيب يمنع الانتفاع، ومن هنا تظهر أهمية البحث.

مشكلة البحث:

مشكلة البحث الرئيسية أن ضمان العين المؤجرة يجب على المؤجر ولا يجوز تحميله المستأجر وفق ما ورد به قرار مجمع الفقه الدولي رقم (١١٠) في دورته الثانية عشرة عام ١٤٢١هـ (٢٠٠٠م)، والمعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتملك الصادر عام ١٤٣٢هـ (٢٠١٢م)، وإذا كان الضمان لا يجوز تحميله على المستأجر فما البدائل التي يمكن أن تكون مقبولة شرعاً بحيث لا يتحقق معها المحذور الذي يرد عند تحميل المستأجر الضمان،

وفي الوقت ذاته لا تكون جميع مخاطر السلعة وضمانها على المؤجر؟ ومع ذلك سيتعرض البحث لأصل المسألة لدراسة: هل يمكن القول بجواز تضمين المستأجر بعض ما يجب أن يتحملة المؤجر؟ ولهذا يحاول البحث أن يجيب عن التساؤلات الآتية:

١. إذا كان ضمان المستأجر لمخاطر التلف ومخاطر الصيانة الأساسية ممنوع شرعاً فهل يطرد هذا الحكم في عقد الإيجار التمويلي؟
 ٢. إذا قيل بمنع تحميل المستأجر مخاطر الصيانة الأساسية وبقاؤها على المؤجر فما البدائل الجائزة شرعاً التي تقلل بها هذه المخاطر على المؤجر؟
- ولهذا سيكون هدف البحث جمع البدائل التي جرى في المؤسسات المالية الإسلامية كمخارج شرعية لتجاوز إشكالية منع تضمين المستأجر وتحميله مخاطر الصيانة الأساسية.

منهج البحث:

للإجابة عن التساؤل السابق ولتحقيق هدف البحث سأحاول استقراء بدائل تضمين المستأجر المطبقة في المؤسسات المالية الإسلامية ودراستها، وذكر ما يرد عليها من احتمالات محاولاً ذكر مستند كل احتمال ومناقشته والحكم على البدائل.

الدراسات السابقة:

١. بحث بعنوان (المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات)، للدكتور حسين حامد حسان، وقد قدم البحث إلى الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي عام ١٤١٠هـ (١٩٩٠م).

٢. بحثان بعنوان (الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة وتبعية ذلك على المؤجر والمستأجر)، أحدهما للدكتور محمد بن سليمان الأشقر، والآخر للدكتور محمد بن عثمان شبير، والبحثان قدما إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي عام ١٤١٣هـ (١٩٩٣م).

٣. بحث بعنوان (مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط)، نشر البحث عام ١٤١٨هـ (١٩٩٧م) ضمن مطبوعات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

والبدائل التي هي محل البحث مما جرى تطبيقها في المؤسسات الإسلامية لم تكن محلاً للدراسة في الأبحاث المتقدمة.

خطة البحث:

جاء البحث في مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة:

المقدمة:

تتضمن مشكلة البحث ومنهجه والدراسات السابقة وخطة البحث.

المبحث الأول: مفهوم الإيجار التمويلي والفرق بينه وبين الإجارة التشغيلية.

المبحث الثاني: ضمان المستأجر في عقد التأجير التمويلي، والفرق بينه وبين الصيانة الأساسية.

المبحث الثالث: حكم اشترط الصيانة الأساسية على المستأجر في عقد التأجير التمويلي

المبحث الرابع: الحلول البديلة عن اشتراط ضمان المستأجر في عقد الإيجار التمويلي.

الخاتمة.

مراجع البحث.

أسأل الله التوفيق والإعانة والسداد.



المبحث الأول

مفهوم الإيجار التمويلي والفرق بينه وبين الإجارة التشغيلية

الإجارة في اللغة:

مأخوذة من أَجَرَ يَأْجُرُ إِجَارَةً: وهو ما أعطيت من أجر في عمل، وآجره إيجاراً ومؤاجرة^(١).

والإجارة في الاصطلاح الفقهي:

عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً^(٢).

وقيل في تعريفها: «عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم»^(٣).

والعقد يقتضي تملك المنفعة للمستأجر، ولهذا عرفها بعض الفقهاء بأنها تملك منفعة بعوض بشرطها^(٤).

والتمويل في اصطلاح الاقتصاديين: تقديم أموال عينية أو نقدية بقصد استرباح مالكها إلى شخص يتصرف فيها مقابل عائد محدد^(٥).

(١) لسان العرب (١/٧٧)، المعجم الوسيط (١/٧).

(٢) كشاف القناع (٣/٥٤٩).

(٣) منتهى الإرادات (٣/٦٤).

(٤) نهاية المحتاج (٥/٢٦١).

(٥) مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي، لمنذر قحف (ص ١٢).

ويُعرَّف عقد الإجارة التمويلية بأنه: عقد إجارة يقترن به تمكين المستأجر من تملك العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة^(١).

فهو عقد مركب من عقدين:

الأول: عقد الإجارة، ومقتضى هذا العقد أن يملك المستأجر منفعة العين أثناء مدة الإجارة، وتبقى رقبته مملوكة للمؤجر.

الثاني: عقد التملك، ومقتضاه انتقال ملكية العين إلى من كان مستأجراً لها.

ويطلق على هذا العقد الإجارة المنتهية بالتمليك، أو الإجارة مع الوعد بالتمليك، أو الإجارة مع التملك اللاحق، أو الإيجار التمويلي، والاسم الأخير هو الذي اعتمده النظام الصادر بتنظيم هذا العقد في المملكة^(٢).

وهذه التسمية أشمل؛ لأن التملك ليس وصفاً ذاتياً للعقد، فليس بالضرورة حصول التملك في نهاية مدة الإجارة، غاية ما يقتضيه العقد هو تمكين المستأجر من تملك العين، لكن قد لا يحصل التملك، فقد تبقى ملكية العين عند المؤجر إذا لم يرغب المستأجر في دفع عوض التملك، وقد يرغب الطرفان في تجديد عقد الإجارة، كما أن عقد الإيجار التمويلي يقع على أعيان

(١) التأجير التمويلي، للدكتور يوسف الشبيلي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الحادي عشر، (ص ١٤٦).

(٢) نظام الإيجار التمويلي، موقع مؤسسة النقد على الرابط:

ينتهي عمرها الافتراضي خلال مدة الإجارة فلا تبقى لها قيمة يمكن أن يقع عليها التملك^(١).

والإيجار التمويلي في البحث احتراز عن الإجارة العادية أو التشغيلية، فالإجارة في العرف المعاصر نوعان:

الأول: الإجارة العادية أو الإجارة التشغيلية، وهي التي يتكلم عنها الفقهاء في مصنفاتهم، عقد على منفعة بعوض معلوم، وليس فيها تملك أو قصد له في آخر المدة.

الثاني: الإيجار التمويلي، وهي التي يكون قصد التملك في آخر مدة الإجارة مراعيًا للطرفين، وهذا النوع له آثار تختلف عن آثار النوع الأول، فمن ذلك:

١. أجرة المثل في الإيجار التمويلي تختلف عن أجرة المثل في الإجارة التشغيلية، فالغالب أن الدفعات الإيجارية في الإيجار التمويلي يكون للتملك منها حصة.

٢. ارتفاع قيمة العين المؤجرة يعود نفعه في الإيجار التمويلي على المستأجر؛ لأن ملكيتها إليه بخلاف الإجارة التشغيلية.

٣. إذا فسخ عقد الإجارة التشغيلية لأي سبب استحق المؤجر أجرة منفعة المدة التي تسبق الفسخ، بخلاف الإيجار التمويلي فالمعالجة التي انتهى

(١) التأجير التمويلي، للدكتور يوسف الشبلي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الحادي عشر، (ص ١٤٧).

إليها المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك أن يعاد للمستأجر ما دفعه مقابل التملك^(١).
فمثل هذه الآثار يمكن أن يستند إليها في أن إعطاء الإيجار التمويلي حكم الإجارة التشغيلية من كل وجه محل نظر كما سيأتي.

(١) الفقرة (٨/٨)، من المعيار الشرعي رقم (٩)، الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.

المبحث الثاني

ضمان المستأجر في عقد التأجير التمويلي، والفرق بينه وبين الصيانة الأساسية

تتدخل بعض المصطلحات المتعلقة بالضمان في عقد الإجارة، فهناك مصطلح الضمان، وهناك مصطلح الصيانة، وعدم تحديد مفاهيم هذه المصطلحات قد يلبس معها الحكم الشرعي.

المطلب الأول: ضمان المستأجر في عقد التأجير التمويلي:

الأصل أن أي ضرر يحصل في العين المؤجرة فهو من ضمان المؤجر، إلا إذا كان بسبب تعدي المستأجر أو تفريطه، وإنما كان الضمان على المؤجر؛ لأن العين المؤجرة مملوكة له، ومن لوازم الملك ضمان العين المؤجرة أثناء مدة الإجارة قبل انتقال ملكيتها للمستأجر، والضمان الذي هو من لوازم الملك يتجه إلى ثلاثة أنواع:

١. ضمان هلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً تفوت معه المنفعة. مثل حصول كارثة طبيعية انهدم بسببها العقار حتى لم يعد بإمكان المستأجر السكنى في العقار.

٢. ضمان هلاك العين المؤجرة هلاكاً جزئياً تفوت معه بعض المنفعة، مثل ما لو كانت العين المؤجرة استراحة تتألف من مجموعة حجرات فتهدمت إحداها وأمكن الاستفادة من باقي حجرات الاستراحة، فيضمن المؤجر إقامة ما تهدم لدوام عقد الإجارة كاملاً على ما اتفقا عليه.

٣. ضمان العيوب التي تظهر في العين المؤجرة بسبب خلل في البناء، مثل ما لو هبط سقف العقار أو تشققت جدرانه أو تلفت تمديدات المياه أو تلفت تمديدات الكهرباء.

ومحل البحث هو في تحميل المستأجر ضمان النوع الثاني والثالث، أما النوع الأول فينفسخ معه عقد الإجارة لزوال المحل المعقود عليه^(١)، فهنا تلف العين المؤجرة على صاحبها ولا يكون للمؤجر على المستأجر إلا أجره المدة التي استوفى منفعتها، قال الشافعي (ت: ٢٠٤هـ) في الأم: «الدار يكثرها فيسكنها بعض السنة، ثم تنهدم في آخرها؛ يكون عليه حصة ما سكن، وتبطل عنه حصة ما لم يقدر على سكنه»^(٢).

وجاء في كشف القناع: «وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها؛ لأن المنفعة زالت بالكلية بتلف المعقود عليه، فانفسخت، سواء كان قبل قبضها أو عقبه، ولا أجره فإن تلفت العين في أثنائها، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة خاصة، وله من المسمى بالقسط»^(٣).

المطلب الثاني: الفرق بين الضمان والصيانة:

الصيانة في العرف المعاصر نوعان: صيانة أساسية، صيانة تشغيلية.

(١) هذا إذا كانت الإجارة على عين معينة، أما إن كانت الإجارة لموصوف في الذمة فلا ينفسخ عقد الإجارة، ويلزم المؤجر بعين أخرى.

(٢) الأم (١٦/٤).

(٣) كشف القناع (١١٩/٩).

النوع الأول: الصيانة الأساسية:

الصيانة الأساسية لها تعريفات متباينة.

فعرّفها المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك في الفقرة (٥ / ١ / ٧) بأنها: التي يتوقف عليها بقاء المنفعة.

وأشار مجمع الفقه الدولي في قراره رقم (٩٤) بشأن عقد الصيانة إلى أن «الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عينت تعييناً نافياً للجهالة»^١هـ.

فالصيانة الأساسية عند المجمع هي التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة، وهذا المفهوم مقارب في المعنى للمفهوم الذي اعتمده المعيار الشرعي للإجارة.

وعرّفت الصيانة الأساسية في نظام التأجير التمويلي في المادة الأولى: بأنها الصيانة التي يتوقف عليها بقاء أصل العين بحسب العرف.

وهذا التعريف مطابق لتعريف الهيئة الشرعية لبنك البلاد في الضوابط المستخلصة في الضابط (١٦٢).

والملاحظ في مفهوم الصيانة الأساسية أنها تتجه إلى إصلاح العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة وتؤثر في استيفاء المنفعة، وبهذا المعنى تكون الصيانة

أخص من الضمان، فالضمان يشمل ضمان التلف الكلي للعين المؤجرة. أما التلف الجزئي فالذي يظهر أنه يشمل مفهوم الصيانة الأساسية.

النوع الثاني: الصيانة التشغيلية:

عرّفها نظام التأجير التمويلي في المادة الأولى: بأنها الصيانة التي تحتاج إليها العين لاستمرار منفعتها بحسب العرف، وهو التعريف الذي اعتمدهته الهيئة الشرعية لبنك البلاد في الضابط (١٦٣) من الضوابط المستخلصة.

وهذا النوع منه: ما يرجع إلى المستأجر واستعماله، مثل تغيير أدوات الإضاءة التي تتلف مع كثرة الاستعمال، ومنه ما لا يرجع إليه، لأنها تتلف مع مرور الوقت وإن لم تستعمل.

ومثل هذه الصيانة يجوز تحميلها للمستأجر كما تقدم في قرار المجمع، وليست من محل البحث.

وتحميل المستأجر الصيانة الأساسية إما أن يكون باشتراطها في صلب العقد أو يكون بعقد مستقل يضمن بمقتضاه المستأجر العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة دون اعتبار بكونه مستأجراً. فهل يصح تحميل المستأجر الصيانة الأساسية بالشرط في العقد؟ وإذا قيل بالمنع، فما الحلول التي يمكن أن تعالج بها المشكلة.

المبحث الثالث

حكم اشترط الصيانة الأساسية على المستأجر في عقد التأجير التمويلي

عقد الإيجار التمويلي عند عامة المجامع الفقهية تطبق عليه أحكام الإجارة أثناء مدة الإجارة قبل حصول التملك، وهذا يقتضي أن العين المؤجرة مملوكة للمؤجر بكل ما يترتب على هذا الملك من ضمان للعين المؤجرة ووجوب صيانتها الصيانة الأساسية التي يتوقف عليها بقاء المنفعة، مثل: إصلاح العيوب التي قد تؤدي إلى تلف العين أو تؤدي إلى ضرر على المستأجر عند استيفاء المنفعة، مثل: تشققات الجدران أو خلل في تمديدات الكهرباء أو المياه.

جاء في قرار مجمع الفقه الدولي رقم (١١) في دورته الثانية عشرة في ضوابط الصور الجائزة لعقد الإيجار التمويلي: «أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من غير تلف ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة»^١هـ.

وجاء في الفقرة (٥ / ١ / ٧) من المعيار الشرعي رقم (٩) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك: «العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع تعد أو تقصير من المستأجر»^١هـ.

وفي الفقرة (٥ / ١ / ٦): «لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة»^١هـ.

وتحمل المؤجر نفقات الصيانة الأساسية فيها مخاطرة على المؤجر، فهي إن حصلت ستقلل من ربحه في عقد الإيجار التمويلي، ولهذا قد يلجأ في سبيل التقليل من هذه المخاطرة إلى حلول منها:

١. ألا يملك العين المؤجرة إلا بعد دراسة حالتها واعتمادها من مكاتب معتمدة، حتى يأمن حصول مثل هذه العيوب.

٢. أن يشترط على المستأجر أن يتحمل هو نفقة الصيانة الأساسية وإصلاح العيوب.

والعيوب التي يشترط المؤجر على المستأجر ضمانها لها حالتان:

الحال الأولى: العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة أثناء مدة الإجارة.

الحال الثانية: العيوب التي تكون قائمة عند إبرام العقد.

الحال الأولى: اشتراط صيانة العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة في عقد الإيجار التمويلي:

عامة المجامع الفقهية على وجوب تطبيق أحكام الإجارة أثناء مدة الإجارة قبل حصول التمليك، كما تقدم، وبناء على هذا فيمكن تخرج هذه المسألة على ما ذكره الفقهاء في اشتراط الضمان على المستأجر في الإجارة العادية، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح أن يشترط المؤجر أن كل ما احتاجت إليه العين المؤجرة من إصلاح فعلى المستأجر إصلاحه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١).

جاء في المبسوط: «إن اشترط المرمّة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن المرمّة على الآخر فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد، ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجرة وهو مجهول المقدار والجنس والصفة، وجهالة الأجرة تفسد الإجارة»^(٢).

وجاء في المدونة: «قلت: رأيت لو أن رجلاً أكرى داره بعشرين ديناراً سنة على أنها إن احتاجت الدار إلى مرمّة رمها المتكاري من العشرين الدينار؟ قال: سألنا مالكا^(٣) عنها فقال: لا بأس بذلك. قلت: فإن أكره على إن احتاجت الدار إلى مرمّة رمها من العشرين الدينار، وإن احتاجت إلى أكثر من ذلك زاد من عنده؟ قال: قال مالك: لا يعجبني هذا، ولا خير فيه.»^(٤).

وجاء في الوسيط في المذهب: «الإعلام بالأجرة شرط، فلو أجز الدار بعمارتها لم يجز، فإن العمارة مجهولة»^(٥).

(١) المبسوط (١٥٧/١٥)، التبصرة (١١/٥٠٣٥)، الوسيط في المذهب (٤/١٥٥)، كشاف القناع (٤/٢١).

(٢) المبسوط (١٥٧/١٥).

(٣) المتوفى سنة ١٧٩ هـ.

(٤) المدونة (٣/٥١٤).

(٥) الوسيط في المذهب (٤/١٥٥).

وجاء في كشف القناع: «أو شرط المؤجر على المكتري النفقة الواجبة لعامة المأجور لم يصح؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الإجارة»^(١).
ومستند ذلك أمران:

الأول: أن اشتراط الضمان وإصلاح العيوب على المستأجر يجعل نفقة الإصلاح جزءاً من الأجرة، وقدّر النفقة مجهول فيؤدي إلى جهالة الأجرة؛ لأن ضم المجهول إلى المعلوم يصير المعلوم مجهولاً.^(٢)
الثاني: أن هذا شرط مخالف لمقتضى العقد، والشرط المخالف لمقتضى العقد يفسده.^(٣)

ويجاب عن الثاني بما يأتي:

- أن ضمان المؤجر ليس من مقتضى عقد الإجارة حتى يكون اشتراط خلافه مخالفاً لمقتضى العقد، إنما كان ضمان المؤجر سابقاً على عقد الإجارة بمقتضى الملك الذي لم يزل بعد العقد.

- أن هذا الشرط ليس من الشروط المخالفة لمقتضى العقد، فمقتضى العقد هو تمليك المستأجر للمنفعة وانتفاعه بها، والشرط لا ينافيه، وقد قسم المالكية الشروط الفاسدة إلى قسمين: شرط ينافي مقتضى العقد يناقض

(١) كشف القناع (٢١/٤).

(٢) المبسوط (١٥٧/١٥)، التبصرة (٥٠٣٥/١١)، الوسيط في المذهب (١٥٥/٤)، كشف القناع (٢١/٤).

(٣) رد المحتار على الدر المختار (٤٦/٦).

مقصود العقد، وشرط يعود بخلل في الثمن،^(١) والأقرب أن اشتراط الضمان على المستأجر هو من الثاني.

القول الثاني: صحة اشتراط الضمان وإصلاح العيوب على المستأجر، وهذا روي عن أحمد (ت: ٢٤٢هـ)^(٢).

ومستند ذلك:

أن الأصل في الشروط الصحة، وقد قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المسلمون على شروطهم))^(٣).

والذي يظهر أن القول بمنع اشتراط إصلاح عيوب العين المؤجرة على المستأجر متوجه في الإجارة العادية، أما في عقد الإيجار التمويلي فالأقرب هو صحة هذا الشرط؛ لأمر:

الأول: أقوى ما يصح الاستدلال به في المسألة هو كون نفقة الإصلاح جزءاً من الأجرة مجهولاً، فيؤول إلى جهالة الأجرة، وهذا استدلال قوي إذا نظر فيه إلى عقد الإجارة العادية التي لا يقصد المؤجر فيها إخراج العين المؤجرة عن ملكه، فأصلاح عيوب العين التي يملكها المؤجر عوض مقصود له كما يقصد الأجرة؛ لأنه سيستفيد من هذا الإصلاح، فتعود له السلعة بعد انتهاء عقد الإجارة سالمة، وهذا ظاهر عبارات الفقهاء التي ورد فيها المنع، أما في الإجارة التمويلية فلا يظهر صحة الاستدلال بمآل الشرط إلى جهالة

(١) مواهب الجليل (٣/٣٧٣).

(٢) المغني (٥/٣٩٧).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢)، وقال: حديث حسن صحيح.

الأجرة؛ لأن المؤجر لا يقصد الزيادة في العين المؤجرة زيادة يعود نفعها عليه حتى يقال هي جزء من الأجرة مجهول، بل قصده ألا يطالبه المستأجر بالإصلاح.

الثاني: أنه ليس كل جهالة تؤثر في العقد بالإبطال، إنما تؤثر الجهالة التي تؤدي إلى النزاع، فإذا كانت الجهالة غير مفضية إلى النزاع فلا تكون مفسدة للعقد، ولهذا اغتفرت الجهالة اليسيرة لا لأنها يسيرة، فالكثرة والقلّة في الجهالة بالنسبة إلى العقود وصف طردي، إنما اغتفرت الجهالة اليسيرة لأنها غير مفضية إلى النزاع المنافي لتمام الرضى، وعلى هذا فكل جهالة لا تفضي إلى النزاع لا تفسد العقد. يقول السرخسي (ت: ٤٩٠هـ): «الجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة فهي لا تؤثر في العقد»^(١).

ويقول الكاساني (ت: ٥٨٧هـ): «الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة»^(٢). والمتأمل في شرط الصيانة وإصلاح العيوب في عقد الإيجار التمويلي يجد أنه أبعد ما يكون عن المنازعة التي تحل بالرضى، لأن المستأجر يده على العين المؤجرة كيد المالك؛ لأنه ينظر إلى مالها فلا يجد مغرمًا في صيانتها كما يجده المستأجر في الإجارة العادية.

فإن قيل: هذا يقدر في الأصل الذي بني عليه جواز عقد الإيجار التمويلي؛ لأن مبناه على تطبيق أحكام الإجارة فترة الإجارة قبل حصول التملك.

(١) المبسوط (١٥/١٦٤).

(٢) بدائع الصنائع (٤/١٩٤).

فيجاب بأمرين:

١. أن بعض آثار الملك باقية على المؤجر، فتبعة هلاك العين المؤجرة ستكون عليه، فلو تلفت العين المؤجرة تلفت على مالکها وينسخ عقد الإجارة ولا يستحق المؤجر إلا أجره المدة التي تسبق التلف.

٢. أن إعطاء حكم الإجارة العادية لعقد التأجير التمويلي لا يعني طرد جميع الأحكام دون النظر في الأوصاف التي يختلف فيها عقد الإجارة التمويلية عن عقد الإجارة العادية، ومن الأوصاف التي ينبغي أن يكون لها تأثير: نية التملك التي تكون مستصحبة في ابتداء التعاقد، وهذه النية ترفع المنازعة التي هي مناط المنع في جهالة الأجرة.

الثالث: أن علة الجهالة في الأجرة بسبب تضمين المستأجر ليست من العلل التي لها تأثير قوي في المنع، ولهذا نجد الفقهاء يغتفرونها في فروع متعددة، مثل ما إذا قضى العرف بتضمين المستأجر، فقد ذكر بعض الفقهاء صوراً يضمن فيها المستأجر ما لا يجب عليه ضمانه، ومن ذلك ما ذكره ابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ) في الأشباه والنظائر: «فيمن آجر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار أذن للمستأجر في استعماله فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر. فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمانها عليه»^(١).

ومن ذلك ما جاء في المدونة: «أرأيت إن اكرتيت راحلة إلى مكة على أن رحلتها علي؟ قال: لا بأس بذلك. قلت: أرأيت إن استأجرت دابة إلى (١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥).

موضع من المواضع ذاهبا وراجعا بعلفها أيجوز هذا الكراء في قول مالك؟ قال: نعم ذلك جائز؛ لأن مالكا قال في الأجير بطعامه: إنه لا بأس بذلك. قلت: رأيت إن استأجرت إبلا من جمال إلى مكة بكذا وكذا على أن علي طعام الجمال وعلف الإبل؟ قال: قال مالك: لا بأس بذلك؟^(١). فالأجرة هنا مجهولة؛ لأنه لم يتحقق العلم بمقدار ما سينفقه المستأجر في الرحلة، فكذلك إذا اشترطت عليه صيانة عيوب العين المؤجرة، وإذا كان هذا في الإجارة العادية ففي الإجارة التمويلية أولى.

الرابع: قرر مجمع الفقه الدولي أن اشتراط الضمان مدة معلومة على البائع في عقد البيع جائز^(٢)، وقد يزداد في الثمن مقابل الضمان، مع أن العقد يتضمن الجهالة في المعقود عليه، فالمعقود عليه هو السلعة المبيع بالإضافة إلى الضمان، وهو عمل مجهول، وإنما اغتفرت الجهالة لأنها دخلت تبعا، فكذلك يقال: في اشتراط الصيانة الأساسية في عقد الإجارة.

وعلى هذا يقال:

١. يصح أن يشترط المؤجر على المستأجر صيانة العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة.
٢. يلحق بصيانة العيوب إذا تلفت بعض أجزاء العين المؤجرة ما دام أن أصل المنفعة الأصلية المقصودة بالعقد قائمة، فيصح اشتراط الإصلاح على المستأجر.

(١) المدونة (٤٧٨/٣).

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٠٣ (٦/١١).

٣. لا يصح أن يشترط المؤجر على المستأجر ضمان تبعة هلاك العين المؤجرة.

الحال الثانية: اشتراط عدم ضمان المؤجر العيوب القائمة عند إبرام العقد:

اشتراط عدم تحمل المؤجر ضمان العيوب القائمة بالعين المؤجرة عند إبرام العقد، إما أن يكون القصد منه إلزام المستأجر بإصلاح العيوب القائمة بالعين، أو يكون القصد منه عدم مطالبة المؤجر بإصلاح العيوب.

فإن كان القصد منه إلزام المستأجر بإصلاح العيوب فقد نص بعض الفقهاء على منع هذه الصورة؛ لأن العين ملك للمؤجر فضمان العيوب وإصلاحها عليه، فإذا اشترط على المستأجر فقد اجتمع السلف والمعاوضة، فالمستأجر إذا التزم بنفقة إصلاح العيوب التي هي مما يجب على المؤجر فقد التزم بإقراضه، إلا إذا كان الإصلاح من الأجرة التي وجبت للمؤجر في ذمة المستأجر فلا ترد شبهة الجمع بين السلف والمعاوضة.

جاء في الخرشي (ت: ١١٠١هـ) على مختصر خليل: «(وشرط كنس مرحاض أو مرممة أو تطين من كراء ووجب لا إن لم يجب) الشرح: أي يجوز للمكثري أن يشترط على المكثري ما تحتاج إليه الدار أو الحمام مثلاً من المرممة، وهي إصلاح ما وهى^(١) من بنائها من كرائها الواجب»^(٢)هـ.

قال الزرقاني (ت: ١٠٩٩هـ) في شرحه على مختصر خليل: «قوله: (لا إن لم يجب) أي: فلا يجوز اشتراطه على المكثري؛ لأنه سلف وكراء»^(٣)هـ.

(١) أي ضعف أو سقط. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٦٧٤).

(٢) الخرشي على مختصر خليل (٧/ ٤٧).

(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل (٧/ ٨٧).

والذي يظهر هو جواز هذه الصورة؛ لأن العيوب القائمة معلومة عند العقد فنفقة إصلاحها معلومة فيكون ما يتحمله المستأجر جزءاً من الأجرة، وبهذا ينتفي المحذور الذي ذكره فقهاء المالكية أن ما يدفعه له حكم السلف فيكون من الجمع بين السلف والمعاوضة.

وإذا صح القول بجواز هذا الشرط في الإجارة التشغيلية فجوازه في الإيجار التمويلي أولى؛ لأنه مع وجود قصد التملك يمكن قياس الصورة على ما لو باعه وأطلععه على عيب السلعة المباعة قبل العقد ورضي به المشتري فيصح العقد.

وإن كان القصد عدم مطالبة المؤجر بإصلاح العيوب، فهو شرط صحيح، قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة، وهو ثلاثة أضرب. أحدها: مرممة لا تحتاج إلى عين جديدة، كإقامة جدار مائل، وإصلاح منكسر، وغلق تعسر فتحه. والثاني: ما يُحَوِّجُ إلى عين جديدة، كبناء، وجذع جديد، وتطين سطح، والحاجة في الضربين لخلل عرض في دوام الإجارة. الثالث: عمارة يحتاج إليها لخلل قارن العقد، بأن أجر داراً ليس لها باب ولا ميزاب. ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر، بل هي من وظيفة المؤجر، فإن بادر إلى الإصلاح، فلا خيار للمستأجر، وإلا، فله الخيار إذا نقصت المنفعة»^(١). وإثبات الخيار للمستأجر يفيد أنه يصح رضاه بالعيب القائم وعدم مطالبة المؤجر بإصلاحه.

(١) روضة الطالبين (٥/٢١٠).

المبحث الرابع الحلول البديلة عن اشتراط ضمان المستأجر في عقد الإيجار التمويلي

عامة المجامع الفقهية وجهات الاجتهاد الجماعي على منع اشتراط الضمان أو صيانة العين المؤجرة الصيانة الأساسية على المستأجر في عقد الإيجار التمويلي؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الأجرة بناء على ما قرره جمهور الفقهاء في الإجارة العادية كما تقدم.

جاء في المعيار الشرعي رقم (٩) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: «لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة»^١ هـ. وجاء أيضاً: «العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعد أو تقصير»^(١).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في ضوابط الإيجار المنتهي بالتملك ما نصه: «أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعد المستأجر، أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة»^٢ هـ.

وفي الأخذ بهذا القول مخاطرة على المصارف عند إبرام عقد الإيجار التمويلي مع العملاء، ولذلك يفضل المصرف عادة أن يكون العقار محل

(١) المعايير الشرعية (٢٤٧).

(٢) قرار مجمع الفقه الدولي رقم (١١٠)، بشأن الإيجار المنتهي بالتملك، وذكور التاجر.

عقد الإيجار التمويلي عن طريق مطورين معتمدين لدى المصرف حتى تقل احتمالية ظهور عيوب في العقار تحتاج إلى صيانة، لكن قد يرغب بعض العملاء في استئجار عقار يختاره هو من غير المطورين المعتمدين لدى المصرف، فتعظم المخاطرة عند دخول المصرف في تمويل تملك العميل هذا العقار؛ لاحتمال ظهور عيب في العقار من العيوب التي يتوقف عليها بقاء العقار أو تمكين المستأجر من المنفعة، ومثل هذه العيوب ضماها على المؤجر، ولمعالجة هذا الإشكال ظهرت بعض الحلول المقترحة، منها:

١. التزام العميل بتحمل نفقات الصيانة الأساسية بتعهد أو عقد مستقل عن عقد الإيجار التمويلي.
٢. أن يشترط المصرف على العميل الصيانة الأساسية بما لا يتجاوز حداً معيناً.
٣. التزام العميل بعدم مطالبة المصرف بنفقات الصيانة الأساسية إذا قام بالإصلاح.
٤. أن تكون نفقات الصيانة أحد مكونات الأجرة المتغيرة في عقد الإيجار التمويلي.

المطلب الأول: التزام العميل بتحمل نفقات الصيانة الأساسية بتعهد أو عقد مستقل عن عقد الإيجار التمويلي.

تقوم هذه الفكرة على أساس انفصال ضمان المستأجر عن عقد الإجارة، فبدلاً من أن يشترط المصرف على المستأجر صيانة العيوب التي تطرأ على العقار، يطلب منه الالتزام بضمان مستقل، وله صورتان:

الصورة الأولى: أن يوقع العميل مع المصرف تعهداً مستقلاً سابقاً على عقد الإجارة يتعهد فيه العميل بصيانة العقار الذي يطلب العميل استئجاره، ثم يوقع عقد الإجارة خالياً عن هذا الشرط.

الصورة الثانية: إبرام عقد صيانة مع العميل يكون العميل فيه هو الأجير الملتزم بعمل الصيانة والمصرف هو المستأجر مقابل عوض معلوم، ثم تحصل المقاصة بين ما للمصرف في عقد الإيجار التمويلي وما للعميل في عقد الصيانة.

إيضاح الصورة الأولى وحكمها:

في هذه الصورة يقوم العميل بتوقيع تعهد مع المصرف يلتزم فيه العميل بصيانة عيوب العين المؤجرة الذي يرغب العميل في استئجارها، ثم يبرم المصرف مع المستأجر عقد الإيجار التمويلي دون أن يتضمن العقد شرطاً بتحمل العميل نفقات الصيانة الأساسية للعين المؤجرة.

وهذا الالتزام له حالتان:

الحال الأولى: أن يكون التزاماً بضمان العيوب القائمة بالعين بالمؤجرة عند إبرام عقد الإجارة سواء كانت عيوباً خفية أو كانت عيوباً ظاهرة.

وهذه الصورة لا إشكال في صحتها إذا لم تعطل هذه العيوب المنفعة، حتى لو قيل بمنع اشتراط الضمان على المستأجر؛ لأن المستأجر يكون قد رضي بالعين المؤجرة بحالتها بالمنفعة التي وقع عليها العقد هي المنفعة التي تضمنتها العين المؤجرة مع وجود العيب.

الحال الثانية: أن يكون التزاماً أو تعهد بضمان العيوب التي ستطراً مستقبلاً على العين المؤجرة، فعلى هذا يكون العميل ضامناً أي عيب يطرأ على العقار سواء تم تنفيذ عقد الإيجار أو لم يتم، سواء استمر العميل في العقد أو فسخ؛ لأن الضمان الذي التزم به العميل غير مرتبط بعقد الإيجار. ويتوجه في حكم هذه الصورة احتمالان:

الأول: جواز العقد، فيجوز للعميل توقيع تعهد سابق على عقد الإجارة فإذا أبرم عقد الإيجار التمويلي بعد ذلك وطرأ عيب يكون العميل ضامناً له بمقتضى هذا التعهد.

وإذا لم يبرم عقد الإيجار التمويلي فيبقى تعهد العميل قائماً؛ لأن العميل وعد المصرف بالضمان وكان دخول المصرف في العقد معلقاً على هذا الوعد فيلزمه الوفاء به وإن كان جمهور الفقهاء على عدم لزوم الوفاء بالوعد^(١)،

(١) المبسوط (٧/٧٧)، البيان والتحصيل (٨/١٨)، روضة الطالبين (٥/٣٩٠)، كشاف القناع (٦/٢٨٤).

لكن إذا كان الوعد معلقاً على فعل يفعله الموعود فإن هذا الوعد مما ينبغي الإلزام به، فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية أن «المواعيد في صور التعاليق لازمة»^(١)، وذكر القرافي (ت: ٦٨٤هـ) أن «الوعد غير لازم إلا أن يدخل الموعود في خطر أو يترتب عليه تعليق كما في هذه المسألة فيلزم نفي للضرر وفاء بالشرط»^(٢)هـ.

ويمكن أن يبنى القول بالجواز على أصل مقرر عند بعض الفقهاء وهو أن القصود غير معتبرة في العقود.

وهذا الأصل ذهب إليه الشافعي، فهو يصحح العقود اعتباراً بالظاهر، ولا يؤثر في صحة العقد القصد إلى ما هو ممنوع، ولهذا صحح بيع العينة، قال الشافعي (ت: ٢٠٤هـ): «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع»^(٣)هـ.

وبناء على هذا الأصل صحح الشافعية بعض الصور التي وقع فيها العقد على صورة صحيحة في الظاهر، مع أن فيها قصد لو روعي لفسد العقد، ومن ذلك:

١. أن الشافعية يرون عدم صحة المشاركة بالعروض، ومع ذلك يرون أنه لو باع كل واحد من الشريكين نصف عرضه لصاحبه بنصف عرض

(١) مجلة الأحكام العدلية (٢٦).

(٢) الذخيرة (٣٦٦/٥).

(٣) الأم (٧٥/٣).

الآخر فإن الشركة تصح، حيث يصير جميع العرضين بينهما نصفين ويكونا فيه شريكين^(١).

٢. أن تعليق الوكالة لا يصح على أصول مذهب الشافعية، فلا يجوز أن يقول شخص لآخر: وكلت في بيع متاعي إذا جاء رمضان، لكن المخرج من ذلك عندهم: أن يوكله توكيلاً ناجزاً ويعلق التصرف على مجيء رمضان^(٢).

وعند الحنفية ما يقرب من هذا، فقد ذكروا أنه لو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب، فالحيلة في ذلك أن يقرض رب المال جميع المال للمضارب إلا درهماً واحداً، ويسلمه إليه ويشهد على ذلك، ثم يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهماً ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما نصفين، ثم بعد ذلك يعمل المقرض لوحده في المال، فإن هلك المال في يده كان القرض على حاله مضموناً عليه، ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط^(٣).

وقد ذكر ابن القيم (ت: ٧٥١هـ) عن الحنابلة: لو أجره الأرض بأجرة معلومة وشرط عليه أن يؤدي خراجها لم يجز؛ لأن الخراج على المالك لا على المستأجر، لكن يجوز أن يؤجره إياها بمبلغ مع زيادة تكون بقدر الخراج ثم يطلب منه أن يدفع خراجها من القدر الزائد على أجرتها^(٤).

(١) الحاوي الكبير (٦/٤٧٢).

(٢) تحفة المحتاج (٥/٣١٢).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٨٧).

(٤) إعلام الموقعين (٥/١٣١).

فقد يقال: يستفاد من هذه الفروع أنه إذا أمكن إيجاد طريق شرعي لتصحيح المعاملة فإنها تصحح به حتى لو كان قصد المتعاقدين تحقيق الغاية التي ستحقق لو سلكا الطريق الذي هو محل إشكال شرعي، وبناء على هذا يصح أن يتعهد العميل بصيانة العين التي سيستأجرها، ثم إذا أبرم عقد الإجارة صح العقد، ولو كان لهما قصد إلى الضمان عند توقيع عقد الإجارة استناداً إلى المفاهمة السابقة.

الاحتمال الثاني: لا يصح إبرام عقد الضمان قبل توقيع عقد الإجارة.

ووجه ذلك أمران:

الأول: أن الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له.

وهذا الذي رجحه ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ) ونسبه إلى أحمد (ت: ٢٤١هـ)، وإن كان المشهور من مذهب أحمد خلاف هذا القول^(١). ورجحه كذلك ابن القيم (ت: ٧٥١هـ) وانتصر له في إعلام الموقعين، وأيده بعدد من المؤيدات منها^(٢):

١. أنه «لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن؛ إذ مفسدة الشرط المتقدم لم تزل بتقدمه وإسلافه، بل مفسدته مقارناً كمفسدته متقدماً، وأي مفسدة زالت بتقدم الشرط إذا كانا قد علما وعلم الله تعالى والحاضرون إنما عقدا على ذلك الشرط الباطل المحرم وأظهروا صورة العقد مطلقاً وهو مقيد في نفس الأمر بذلك الشرط المحرم».

(١) القواعد النورانية (٣٠٢).

(٢) إعلام الموقعين (٤/ ٥٥١).

٢. القول بأن الشرط المتقدم لا يؤثر شيئاً فتح لباب الحيل، بل هي أصل الحيل وأساسها، ويؤدي إلى تناقض الشريعة، فالشريعة لا تفرق بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقدم لفظ أو تأخره مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى والقصد.

وإذا قيل بهذا الأصل فلا يجوز للمصرف أن يتفق مع العميل قبل عقد الإجارة على تضمينه للعقار عن طريق عقد يوقع بينهما قبل إبرام عقد الإجارة؛ لأن الشرط السابق الذي تضمنه عقد الضمان ملحوظ لهما عند توقيع عقد الإجارة، ولهذا فالمصرف حتى يؤكد هذا الشرط يحرص في الغالب على الإشارة إلى عقد الضمان في مقدمة عقد الإجارة. ولو فرض عدم الإشارة إلى عقد الضمان في مقدمة عقد الإجارة فالطرفان ما أبرما عقد الضمان إلا لأجل عقد الإجارة، وإذا كان اشتراط الضمان على المستأجر مفسد لعقد الإجارة، فلا فرق بين اشتراطه أثناء العقد أو اشتراطه قبله.

الثاني: أن القصد معتبرة في العقود.

فإذا كان قصد المتعاقدين هو الوصول إلى تضمين المستأجر الممنوع شرعاً، فيمنع التوصل إلى هذا القصد بأي طريق، وهذا ينسجم مع مذهب المالكية الذين يعملون قاعدة سد الذرائع أكثر من غيرهم^(١).

والذي يظهر أنه على القول بمنع اشتراط تضمين المستأجر في عقد الإيجار التمويلي، وهو خلاف ما انتهى إليه الباحث فيما تقدم، فينبغي أن

(١) الفروق، للقرافي (٢/٣٢-٣٣).

يشترط لتعهد المستأجر بالصيانة الأساسية تعهداً مستقلاً عن عقد الإيجار التمويلي بشرطين:

الأول: ألا يكون عقد الضمان سابقاً لعقد الإجارة؛ لأن سبق عقد الضمان لعقد الإجارة يجعله شرطاً ملحوظاً في العقد، فلا يكون استقلال الضمان عن عقد الإجارة استقلالاً حقيقياً، ويمكن أن يفهم هذا الشرط من المعيار الشرعي للضمانات الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، فقد نصت الفقرة (٢ / ٢ / ٢) على منع اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار، ثم استثنت الحال التي يكون الضمان فيها بعقد منفصل عن عقد الوكالة بالاستثمار إذا كان عقد الضمان تالياً لعقد الوكالة بالاستثمار، جاء في الفقرة (٢ / ٢ / ٢): «أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل فإنه يكون كفيلاً لا بصفة كونه وكيلاً، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلاً»^١. هـ، فالعطف بـ(ثم) يشعر أن المقصود هو أن تكون الكفالة بعد عقد الوكالة الخالي من شرط الكفالة.

الثاني: ألا يترتب على عدم الوفاء بالضمان فسخ لعقد الإجارة، كما لا يترتب على فسخ الإجارة فسخ للضمان، بل تبقى مقتضيات العقد دون ارتباط بينهما؛ لأن الربط بينهما يجعل الضمان في حكم الشرط، وهذا يمكن تخريجه على ما قرره المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في أكثر من موضع، حيث نص على جواز الاتفاق على بعض الشروط التي تمنع في العقد إذا كان الاتفاق في عقد منفصل تبقى معه آثاره

حتى لو فسخ العقد الأصلي، جاء في الفقرة (٢ / ٨) من معيار المضاربة: «الأصل عدم جواز الجمع بين الربح في المضاربة والأجرة، على أنه إذا اتفق الطرفان على قيام أحدهما بعمل ليس من أعمال المضاربة بأجر محدد وكان الاتفاق بعقد منفصل عن عقد المضاربة بحيث تبقى إذا تم عزله عن ذلك العمل فلا مانع من ذلك شرعاً»^١هـ.

ووجه ذلك: أن الالتزام الذي التزم به المستأجر في هذه الحال يكون في حكم التزام الطرف الثالث المستقل عن طرفي عقد الإجارة، وقد اشترط مجمع الفقه الدولي في القرار رقم (٣٠) لجواز ضمان الطرف الثالث في عقد المضاربة: «أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه»^١هـ، فيخرج على هذا ضمان المستأجر إذا كان مستقلاً عن عقد الإجارة بحيث يمكن أن يكون في حكم الطرف الثالث.

ويمكن أن يرد هنا إشكال: وهو أن ضمان الطرف الثالث الذي نصت المجامع الفقهية في عقد المضاربة أو عقد الوكالة بالاستثمار شرطه أن يكون الطرف الثالث ذمته مستقلة عن ذمة الأمين^(١)، وقد جاء في قرار مجمع الفقه الدولي بشأن صكوك المقارضة: «ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل»^١هـ.

(١) حماية رأس المال، للدكتور يوسف الشبيلي، دراسات المعايير الشرعية (٤/ ٣١٠٢).

وعلى هذا فلا يكفي أن يكون هناك عقد -يتضمن ضمان المستأجر- مستقلاً عن عقد الإجارة، ما دام أن الضامن هو المستأجر. ويمكن أن يجاب بأمرين:

١. أن المحذور الذي لأجله منع ضمان الأمين في عقد المضاربة والوكالة بالاستثمار هو مآله إلى القرض الذي يجز منفعة محرمة، ولهذا منع ضمان الأمين وجاز ضمان الطرف الثالث، واشترط لذلك انفصال الذمة المالية للطرف الثالث حتى لا يؤول إلى نفس المحرم، أما المحذور الذي لأجله منع ضمان الأمين في عقد الإجارة فهو الغرر، والغرر تحريمه أخف من تحريم الربا، ولهذا جاز للحاجة والمصلحة الراجحة، وجاز اليسير منه، بخلاف الربا.

٢. أن الغرر الذي هو الذي سبب المنع منشؤه أن الضمان جزء من الأجرة مشروط في العقد، وهذا احترز عنه بإضافة قيد آخر وهو ألا يكون عقد الضمان المنفصل سابقاً على عقد الإجارة، فيبعد والحالة هذه أن يكون كالشرط في عقد الإجارة.

الصورة الثانية من صور تقديم العميل ضماناً سابقاً على عقد الإجارة:

إبرام عقد صيانة مع العميل يكون العميل فيه هو الأجير الملتزم بعمل الصيانة والمصرف هو المستأجر مقابل عوض معلوم، ثم تحصل المقاصة بين ما للمصرف في عقد الإيجار التمويلي وما للعميل في عقد الصيانة.

وفي هذه الصورة يضمن العميل صيانة العين المؤجرة لا بصفته مستأجراً، فعقد الصيانة الذي يلتزم فيه العميل بصيانة العين المؤجرة مستقل يمكن للمصرف أن يوقعه مع العميل ويمكن أن يوقعه مع غيره.

ويكون للعميل عوض مقابل التزامه بالصيانة، لكن لكون العميل مديناً للمصرف بالدفعات الإيجارية، فالمصرف يحسم من الدفعات الإيجارية ما وجب للعميل مقابل الصيانة وسيطالب العميل بباقي الأجرة^(١).

وقد أجازت هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة أعيان للإجارة والاستثمار إبرام عقد صيانة منفصل عن عقد الإجارة بعوض معلوم للعميل مقابل صيانته ثم يحصل التقاص بين الطرفين، وغالباً ما يزيد المصرف في الأجرة بقدر العوض الذي سيكون مقابل الصيانة. جاء في فتاوى أعيان (١/ ٢٣٧): «لا يجوز إبرام عقد الإجارة مع اشتراط تحميل المستأجر تكاليف صيانة الأجزاء الأساسية للعين المؤجرة... وترى الهيئة أنه يجوز إبرام عقدين منفصلين غير مشروط أحدهما في الآخر، الأول عقد إجارة تكون الشركة هي المؤجر والعميل هو المستأجر، والعقد الثاني عقد صيانة تكون الشركة هي المصون له، ويكون العميل (المستأجر) هو الصائن، فإذا أبرم العقد الثاني جاز التقاص بين طرفي العقدين بما لكل طرف على الآخر»^(٢).

(١) والواقع أن المصرف عند حساب الأجرة سيراعي نفقات الصيانة التي وجبت للصائن ويحملها على الأجرة.

(٢) فتاوى أعيان (١/ ٢٣٦-٢٣٧).

وجاء في الضابط (١٦٤) من الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد أنه «يجب أن تكون الصيانة الأساسية في الإجارة المنتهية بالتمليك على المالك... ولا مانع من توقيع المالك عقد صيانة مع شركة خارجية تكون هي المسؤولة عن الصيانة، أو مع المستأجر نفسه»^١هـ. ويشترط للجواز شروط^(١):

١. أن يكون العوض الذي للمستأجر مقابل التزامه بالصيانة معلوماً.
٢. أن يحدد العمل الذي يجب على المستأجر القيام به في عقد الصيانة تحديداً نافياً للجهالة.
٣. أن يحدد الذي يجب عليه توفير المواد التي تتطلبها الصيانة، فإن كانت على المؤجر وجب العلم بثمنها نفيًا للجهالة.

المطلب الثاني: أن يشترط المصرف على العميل الصيانة الأساسية بما لا يتجاوز حداً معيناً:

مناطق منع اشتراط المصرف على العميل الصيانة الأساسية كما تقدم هو الغرر في الأجرة، حيث تصبح تكاليف الصيانة جزءاً من الأجرة التي يستحقها المؤجر، وهذا الجزء مجهول فيؤدي إلى الغرر، ومن الحلول في ذلك: أن يشترط المصرف على العميل أن عليه تحمل الصيانة الأساسية بما لا تزيد عن حد معلوم للطرفين، فيشترط المصرف على العميل الصيانة الأساسية بما لا تزيد عن خمسين ألف ريال مثلاً، فإذا زادت عن هذا القدر تحمله المصرف.

(١) قرار مجمع الفقه الدولي رقم (١٠٣) في الدورة الحادية عشرة ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

وبهذا الحل يدفع المصرف عن نفسه مخاطر تحمله تكاليف الصيانة إذا كانت أقل من هذا الحد، وتبقى مخاطره فيما لو زادت تكاليفها عن الحد المتفق عليه. وحكم هذه الصورة فيما يظهر هو الجواز، ووجه ذلك: أن الأجرة في هذه الحال هي المبلغ المتفق عليه بالإضافة إلى القدر الذي جعل حداً للصيانة، فصارت الأجرة معلومة، فإن لم تحتج العين إلى صيانة أسقط المؤجر ما زاد المبلغ المتفق عليه أولاً، وإذا احتاجت إلى صيانة بنفقة أقل من الحد المنصوص عليه أسقط المؤجر ما زاد عن التكاليف التي أنفقت على صيانة العين.

وقد نص بعض الفقهاء على صورة قريبة من هذه الصورة، جاء في المحيط البرهاني^(١): «وإذا شرط المرمة على المستأجر بطلت الإجارة؛ لأن المرمة مجهولة إلا أن يسمى دراهم معلومة ويأمره بأن يصرفها في المرمة»^١هـ. جاء في المدونة^(٢): «قلت: وإن كان أكثرى على أن ما احتاجت الدار إليه من مرمة أنفق عليها المتكاري من الكراء الذي أكثرى الدار به فلا بأس بذلك في قول مالك قل أو أكثر؟ قال: نعم لا بأس بذلك إذا كان من الكراء بعينه ولم يشترطه من غير الكراء»^١هـ.

وكما يمكن أن يقل الغرر بتحديد الحد الأعلى للنفقة التي يتحملها المستأجر في صيانة العين المستأجرة يمكن تقليل الجهالة في الأجرة بأن يحدد المصرف للعميل الأشياء التي تشملها الصيانة، والأعمال التي يجب على العميل فعلها إذا طرأ الخلل، ومواصفات الإصلاح، ويستقصي المصرف ما

(١) المحيط البرهاني (٦/١٣٤).

(٢) المدونة (٣/٥١٤).

أمكنه ذلك حتى تقل الجهالة، فإذا حددت الأشياء التي تشملها الصيانة قل الغرر فصح العقد، جاء في حاشية الدسوقي بعد تقريره منع اشتراط مرممة الدار وتطيين جدرانها على المستأجر^(١): «اعلم أنها إن كانا مجهولين فلا يجوز اشتراطهما على المكثري إلا من الكراء لا من عند نفسه، كأن يقول كلما احتاجت لمرمة أو تطيين فرمها أو تطيينها من الكراء. وأما إن كانا معلومين كأن يعين للمكثري ما يرمه أو يشترط عليه التطيين مرتين أو ثلاثة في السنة فيجوز مطلقاً سواء كان من عند المكثري أو من الكراء بعد وجوبه أو قبله وهو في المعنى إذا كان من عند المكثري جزء من الثمن»^{١.هـ}.

المطلب الثالث: التزام العميل بعدم مطالبة المصرف بنفقات الصيانة الأساسية إذا قام بالإصلاح:

الفقهاء إنما نصوا على منع اشتراط الصيانة إذا كان هذا التزاماً على المستأجر في عقد الإجارة بحيث يكون مقصوداً للمؤجر، وهذا يؤدي إلى جهالة الأجرة، لكن يمكن تجاوز هذا الإشكال بأن يتفق الطرفان على أن ما تحتاج إليه العين المؤجرة من الصيانة فإن المستأجر يلتزم بعدم مطالبة المؤجر بها، فإن شاء المستأجر أصلح العين المؤجرة بنفسه، وإن شاء تركها وانتفع بالعين المؤجرة بحالتها، وإن لم يرض فله الفسخ، لكن إذا كان الخلل الذي طرأ على العين المؤجرة تزول معه المنفعة فيفسخ العقد بكل حال.

ولا يلزم من هذه المعالجة أن عقود الإيجار التمويلي التي يبرمها المصرف ستكون عرضة للفسخ وهو أمر غير مرغوب للمصرف، لأن الواقع أن

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٧).

العميل المستأجر سيرضى بهذا الشرط؛ لأنه هو المستفيد الأول من صيانة العين المؤجرة؛ لأنها ستؤول إليه ملكيتها؛ ولهذا كان في هذه المعالجة عدالة للطرفين.

والحكم على هذه المسألة يتطلب النظر في مسائل:

المسألة الأولى: حكم إلزام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة:

اختلف الفقهاء في حكم إلزام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة على قولين: القول الأول: أنه لا يجب إلزام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة، فإذا طرأ على العين المؤجرة خلل، فإن بادر المؤجر إلى إصلاحها فلا خيار للمستأجر، وإن لم يبادر إلى إصلاحها ثبت للمستأجر الخيار، وله فسخ العقد فيما بقي من المدة، وهذا هو مقتضى كون صيانة العين المؤجرة على المالك. وهذا الذي عليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) وهو المذهب عند الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

جاء في بدائع الصنائع^(٥): «وتطيين الدار، وإصلاح ميزابها، وما وهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر، لأن الدار ملكه وإصلاح المالك على المالك، لكن لا يجبر على ذلك؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه،

(١) بدائع الصنائع (٤/٢٠٨)، مجمع الأنهر (٢/٣٩٩).

(٢) المدونة (٣/٥٢٦)، الذخيرة (٥/٥٣٥).

(٣) الحاوي الكبير (٧/٤٤٤)، روضة الطالبين (٥/٢١٠)، تحفة المحتاج (٥/٨٧).

(٤) الإنصاف (١٤/٤٦٤)، كشاف القناع (٤/٢١).

(٥) بدائع الصنائع (٤/٢٠٨).

وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤجر ذلك؛ لأنه عيب بالمعقود عليه،
والمالك لا يجبر على إزالة العيب عن ملكه»^١هـ.

وجاء في المدونة^(١): «قلت: أرأيت إن تكاريت بيتاً من رجل، فهطل عليّ
البيت في الشتاء؛ أيكون لي أن أخرج أم يجبر رب الدار على تطين البيت؟
قال: إن طينه رب البيت فالكراء لازم، وإن أبي أن يطينه كان لك أن تخرج
إذا كان هطله ضرراً بيناً، ولا يجبر رب الدار على أن يطينه إلا أن يشاء....
قلت: أرأيت إن استأجرت داراً فسقط منها حائط أو بيت، أو سقطت الدار
كلها؛ فقال رب الدار: أنا أبني ما سقط منها أو لا أبنيها، والذي سقط من
الحائط قد كشف عن الدار، أيكون على رب الدار أن يبنيها في قول مالك أم
لا؟ قال: ليس على رب الدار أن يبنيها إلا أن يشاء، فإن انكشف من الدار
ما يكون ضرراً على المتكاري؛ قيل للمتكاري: إن شئت فاسكن وإن شئت
فاخرج ولم يجبر رب الدار على أن يبني إلا أن يشاء ذلك، فإن بناها رب
الدار في بقية من وقت الكراء، وقد كان المتكاري خرج لم يكن عليه الرجوع
لاستتمام ما بقي، وإن كان ما انهدم منها ما لا يضر بسكنى المتكاري فيها ولم
يبين ذلك رب الدار لزم المتكاري أن يسكن، ولم يكن أن ينقض الإجارة، ولا
يخرج منها، ولا يوضع عنه من الإجارة لذلك شيء إلا أن يكون كان له في
ذلك سكنى ومرفق؛ فيوضع عنه من الكراء قدر ذلك»^١هـ.

(١) المدونة (٣/٥٢٦).

وقال النووي (ت: ٦٧٦هـ) في روضة الطالبين بعد ذكره أنواع ما تحتاج إليه الدار من العمارة والإصلاح^(١): «ولا يجب شيء من هذه الأضراب على المستأجر، بل هي من وظيفة المؤجر، فإن بادر إلى الإصلاح، فلا خيار للمستأجر، وإلا، فله الخيار إذا نقصت المنفعة»^{١.هـ}.

وجاء في الإنصاف^(٢): «لو احتاجت الدار تجديداً. فإن جدد المؤجر وإلا كان للمستأجر الفسخ. ولو عمر فيها المستأجر بدون إذنه لم يرجع به... وليس له إجباره على التجديد. على الصحيح من المذهب»^{١.هـ}.

وجاء في كشاف القناع^(٣): «ويلزمه أي المؤجر (عمارتها) أي العين المؤجرة داراً كانت أو حماماً أو غيرهما (سطحاً وسقفاً بترميم) ما يحتاج إلى الترميم (بإصلاح منكسر، وإقامة مائل، وعمل باب، وتطيين ونحوه) مما تدعو الحاجة إليه؛ لأنه به يتوصل إلى الانتفاع ويتمكن منه (فإن لم يفعل) المؤجر ذلك (فللمستأجر الفسخ إزالة لما يلحقه من الضرر بتركه)»^{١.هـ}.

ووجه ذلك أمران:

الأول: أن العين المؤجرة ملك للمؤجر، ومن هنا كان إصلاح عيبتها من التزاماته، لكن لا يجبر عليه؛ لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه؛ لأن إجباره على إصلاح ملكه فيه إضرار به.

(١) روضة الطالبين (٥/٢١٠).

(٢) الإنصاف (١٤/٤٦٤).

(٣) كشاف القناع (٤/٢١).

الثاني: أن الواجب على المؤجر هو تسليم العين المؤجرة^(١)، أما المحافظة على بقاء المنفعة فليس هذا من التزاماته، وما يترتب على فوات المنفعة من ضرر يلحق المستأجر يمكن رفعه بالفسخ، كما أن العيوب التي تطرأ على العين المباعة ترفع بإثبات خيار العيب للمشتري^(٢).

القول الثاني: أن المؤجر يجبر على إصلاح العين المؤجرة، وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة^(٣).

وعند بعض المالكية يجبر إذا كان العيب الطارئ الذي يحتاج إلى إصلاح يسيراً لا يضر المؤجر إصلاحه^(٤).

ووجه ذلك: أن عقد الإجارة عقد لازم، فيجب على المؤجر التزام العقد بتسليم المنفعة للمستأجر ولا يتحقق ذلك إلا بإجباره على إصلاح العين حتى تسلم المنفعة للمستأجر كاملة.

ويناقش: بأن الواجب إنما هو تسليم العين خالية مما يمنع الانتفاع عند التسليم، أما بقاء المنفعة كاملة فليس هذا مما يلزم المؤجر^(٥)، ولا يلزم من لزوم عقد الإجارة وجوب الإصلاح لأن اللزوم إنما يكون في حال عدم

(١) الذخيرة (٥/٥٣٥).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/٨٠)، تحفة المحتاج (٥/١٨٧).

(٣) الإنصاف (١٤/٤٦٤)، روضة الطالبين (٥/٢١٠).

(٤) التوضيح شرح جامع الأمهات (٧/١٩١)، حاشية البنائي على شرح الزرقاني (٧/٩٦).

(٥) الذخيرة (٥/٥٣٥)، مغني المحتاج (٣/٤٦٨).

ظهور عيب، كما أن البيع وإن اقتضى اللزوم إلا أنه لا يلزم مع العيب ويثبت فيه الخيار للمشتري.

ولهذا فالذي يظهر أن مذهب الجمهور هو الأقرب للصواب؛ لأنه لا يصح رفع الضرر عن المستأجر بإيقاع ضرر على المؤجر وإلزامه بإصلاح ملكه.

وبناء على هذا فيصح أن يشترط المصرف على العميل المستأجر عدم مطالبته بالصيانة الأساسية للعقار، ويكون للمستأجر في حال عدم رضاه بالعين المؤجرة بحالتها حق الفسخ.

على أنه إذا هلكت العين هلاكاً كلياً وفاتت المنفعة المقصودة من العين فيفسخ العقد لفوات محله، ولهذا لا يصح أن يشترط المؤجر بقاء العقد حتى في هذه الحال.

المسألة الثانية: رجوع المستأجر على المؤجر بنفقة صيانة العين المؤجر:

التزام العميل بعدم مطالبة المصرف بنفقة الصيانة الأساسية لا تكون حلاً عملياً إلا إذا لم يترتب على ذلك رجوع المستأجر على المصرف بما أنفقه، فإذا كان يترتب على ذلك رجوع العميل على المصرف فلا يتحقق غرضه في نفي مخاطر الصيانة الأساسية التي يجب أن يتحملها المصرف.

عامة الفقهاء على أن المستأجر إذا أنفق على العين المؤجرة في عمارتها وإصلاح ما تهدم منها فليس له الرجوع، ما لم ينفق على الإصلاح والعمارة بإذن المؤجر ولم يكن متبرعاً.

جاء في الخرشي على مختصر خليل: «فإن أنفق المكري من عنده شيئاً في إصلاح العين المكتراة فإنه يحمل على التبرع»^(١) هـ.١.

جاء في نهاية المحتاج: «(فلا تصح) إجارة لدار (بالعمارة) لها... فإن صرف وقصد الرجوع به رجوع وإلا فلا»^(٢) هـ.١.

وجاء في المغني: «وإن أنفق [أي: أنفق المستأجر على إصلاح العين المؤجر] من غير إذنه [أي: إذن المؤجر]، لم يرجع بشيء؛ لأنه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك، فأشبهه ما لو عمر داراً له أخرى»^(٣) هـ.١. وفي كشف القناع: «(وإن أنفق) المستأجر من غير إذنه لم يرجع بشيء؛ لأنه متبرع»^(٤) هـ.١.

فيفهم منه جواز تبرع المستأجر بالنفقة على عمارة العين المؤجرة؛ ولهذا يصح التزامه بعدم الرجوع، فمن حق المالك أن يقول للمستأجر لا آذن لك بإصلاح العين المؤجرة إذا كان يترتب على ذلك الرجوع، ولا أمنعك من إصلاحها.

وبناء على هذا لو أنفق العميل على العين المؤجرة لأجل الصيانة الأساسية فلا يجب له على المصرف مقدار هذه النفقة إلا إذا آذن له المصرف بالنفقة على أن يعوضه عنها بمقدار ما أنفق.

(١) الخرشي على مختصر خليل (٥٢/٧).

(٢) نهاية المحتاج (٢٦٦/٥).

(٣) المغني (٤٣١/٥).

المسألة الثالثة: إذا احتاجت العين المؤجرة إلى صيانة، فهل يسقط من الأجرة الواجبة ما يقابل التلف في العين المؤجرة؟

قد يشكل على الحل المقترح أن العين المؤجرة إذا تهدم منها شيء واحتاج إلى إصلاح ولم يبادر المؤجر بإصلاحها فإن الأجرة التي تقابل ما تهدم تسقط عن المستأجر، فلا يكون هذا المقترح مناسباً للمصرف؛ لأن تعريض بعض الأجرة للسقوط فيه مخاطرة على المصرف.

التلف الذي يعرض للعين المؤجرة ويحول دون تمام انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ثلاثة أنواع^(١):

النوع الأول: أن يكون التلف مؤثراً في الأجرة، لكنه لا يمنع الانتفاع، فهذا لا يسقط به شيء من الأجرة.

النوع الثاني: أن يكون التلف تلفاً لجزء متميز من العين المؤجرة يمنع الانتفاع به يمكن معرفة ما يقابله من الأجرة، مثل ما لو كان محل الإجارة عقارين متساويين في الأوصاف والقيمة والمنفعة انهدم أحدهما، فيسقط عن المشتري نصف الأجرة.

النوع الثالث: أن يكون التلف تلفاً لبعض أجزاء العين المؤجرة مما لا تزول معه المنفعة، لكن لا يحصل للمشتري تمام الانتفاع. فهذا يكون المستأجر مخيراً بين الفسخ أو الاستمرار في العقد.

(١) المقدمات المهمات (٢/٢١٦).

وقد اختلف الفقهاء في وجوب إسقاط بعض الأجرة عند تلف بعض العين المؤجرة تلفاً تبقى معه المنفعة إذا اختار المستأجر عدم الفسخ، على قولين:

القول الأول: لا يجب إسقاط شيء من الأجرة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، ووجه عند الشافعية.

جاء في بدائع الصنائع بعد إثباته الفسخ لعيب في العين المؤجرة: «وإذا ثبت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ ومضى على ذلك إلى تمام المدة فعليه كمال الأجرة؛ لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل»^(١).

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: «لو انهدم حائط الدار أو إحدى حجرها ولم يفسخ المستأجر الإجارة، وسكن في باقيها لم يسقط شيء من الأجرة»^(٢).

وجاء في المقدمات الممهديات: «الثالث: أن يبطل أكثر منافع الدار، أو منفعة البيت الذي هو وجهها أو يكشفها بانهدام حائطها وما أشبه ذلك، فهذا يكون المكتري فيه مخيراً بين أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج، فإن أراد أن يسكن على أن يحط عنه ما ينوب ما انهدم من الكراء، لم يكن ذلك له إلا أن يرضى بذلك رب الدار، ... وإن سكت وسكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء»^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٤/١٩٦).

(٢) مجلة الأحكام العدلية (٩٨).

(٣) المقدمات الممهديات (٢/٢١٦).

وجاء في كشف القناع: «والعيب الذي يفسخ به) في الإجارة (ما تنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الأجرة) فيفسخ بذلك (إن لم يزل) العيب (بلا ضرر يلحقه) أي المستأجر... (فإن رضي) المستأجر (بالمقام ولم يفسخ) الإجارة (لزمه جميع الأجرة) المسماة «أ.هـ»^(١).

ووجه ذلك أمران:

الأول: أن إسقاط ما يقابل التلف فيه جهالة تؤدي إلى النزاع، فلا يعلم القدر الذي يقابل التالف إذا بقيت المنفعة، قال ابن يونس (ت: ٤٥١هـ) في الجامع لمسائل المدونة: «ولا يجوز أن يسكن ويؤدي بحساب ما بقي، وإن رضي؛ لأن ما يخص ذلك مجهول» أ.هـ^(٢).

الثاني: أنه استوفى جميع المنفعة، ورضي بسكنائها ناقصة، فلزمه جميع المسمى، كما لو اشترى سلعة، فوجد بها عيباً ولم يردّها.^(٣)

القول الثاني: أنه تسقط من الأجرة ما يقابل الجزء التالف، وهذا وجه عند الشافعية.

جاء في البيان للعمري (ت: ٥٥٨هـ): «وإن استأجر داراً فتشعثت: لزم المكري إصلاحها، فإن أصلحها فلا كلام، وإن لم يصلحها فللمستأجر الخيار في فسخ الإجارة؛ لأن ذلك عيب بها. وإن لم تفسخ حتى مضت مدة الإجارة فهل يلزمه جميع الأجرة؟ فيه وجهان:

(١) كشف القناع (٢٤/٤).

(٢) الجامع لمسائل المدونة (١٨٧/١٦).

(٣) البيان للعمري (٣٦٢/٧).

أحدهما: لا يلزمه جميع الأجرة؛ لأنه لم يستوف جميع المنفعة، فهو كما لو سكنها بعض المدة، فانهدمت^(١).

فوجه هذا القول: القياس على ما لو استوفى المستأجر المنفعة في بعض مدة الإجارة ولم يستوف باقيها فيسقط عنه من الأجرة ما يقابل المدة التي لم تستوفها، فكذلك نقصت المنفعة بتلف بعض أجزاء العين المؤجرة.

والذي يظهر هو أن القول الأول أقرب للصواب؛ لأنه لا يمكن معرفة ما يقابل الجزء التالف إذا أمكن بقاء المنفعة، وبهذا يرد القياس، ففرق بين المدة التي يمكن معرفة ما يقابلها، وبين أجزاء العين المؤجرة التي لا يمكن معرفة النقص الحاصل في منفعة العين المؤجرة.

وبناء على ما تقرر في المسائل المتقدمة فيجوز للمصرف أن يشترط على العميل عدم مطالبته بالصيانة الأساسية، ويكون للعميل الخيار إذا لم يقيم المصرف بالصيانة الأساسية؛ وهذا الحل قد يكون ملائماً لعمل المصارف وتحولاتها لأمر:

١. المصرف بصفته مؤجراً لا يجبر قضاءً على إصلاح العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة على الصحيح من أقوال أهل العلم، وهذا الذي عليه العمل.

(١) البيان للعمري (٧/٣٦٢).

٢. العميل في الغالب لن يختار الفسخ؛ لأنه ما دخل في العقد إلا لغرض تملك العين المؤجرة، وما يدفعه من دفعات إيجارية تعد خسارة عليه إذا لم يتحقق غرضه في التملك.

٣. إذا قام المستأجر بإصلاح العيوب على نفقته، فلا يحق له أن يرجع ليطالب المصرف بنفقة الإصلاح إلا إذا أذن له المصرف بالإصلاح على أن يدفع له النفقات.

٤. المصرف يستحق الأجرة كاملة حتى لو تلف أو تعطل شيء من العين المؤجرة ما دامت المنفعة الأصلية كمنفعة السكنى ممكنة في العين المؤجرة.

المطلب الرابع: أن تكون نفقات الصيانة أحد مكونات الأجرة في عقد الإيجار التمويلي:

قد يتفق المصرف مع المستأجر في عقد الإيجار التمويلي على أن تكون الأجرة مكونة من جزئين، الجزء الأول هو الأجرة الأساسية، والجزء الثاني أجرة تكميلية لتغطية مصروفات الصيانة الأساسية، ولذلك صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون الأجرة التكميلية مبلغاً مقطوعاً بالإضافة إلى الأجرة الأساسية ويلتزم المصرف ألا يستوفي من هذا المبلغ إلا بقدر ما تحمله من نفقات الصيانة وما زاد عن ذلك يتنازل عنه للمستأجر.

وهذه الصورة لا إشكال في جوازها؛ لأن العلم بالأجرة متحقق، وقد نص بعض الفقهاء على صورة قريبة من هذه الصورة، جاء في المحيط

البرهاني^(١): «وإذا شرط المرمة على المستأجر بطلت الإجارة؛ لأن المرمة مجهولة إلا أن يسمي دراهم معلومة ويأمره بأن يصرفها في المرمة»^{١.هـ}.

جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٢٠٩) بتاريخ ١٠/٠٧/١٤٣١هـ، ٢٢/٠٦/٢٠١٠م، بشأن جعل جزء من الأجرة مبلغاً مقطوعاً لا يُستوفى منه إلا ما تكبده المؤجر لمصلحة العين من تكاليف الصيانة والتأمين ونحوها: «يجوز الاتفاق على أن يكون جزء من الأجرة مبلغاً مقطوعاً لتغطية تلك التكاليف ويتعهد المؤجر بألا يقطع منه إلا ما تكبده فعلاً»^{١.هـ}.

الصورة الثانية: أن تكون نفقات الصيانة الأساسية التي تحملها المصرف أجرة تكميلية للأجرة المتغيرة التي تتحدد عند بداية كل فترة إجارة.

معلوم أن من صور تحديد الأجرة في عقد الإيجار التمويلي أن تكون الأجرة متغيرة بحيث تقسم الدفعات الإجارية إلى فترات (كل سنتين أو كل ثلاث سنوات مثلاً) وفي بداية كل فترة تحدد الدفعات الإجارية لتلك الفترة وفق معادلة معلومة عند التعاقد تربط عادة بمؤشر منضبط وهو مؤشر سعر الفائدة، فتتكون الأجرة من عنصر ثابت يضاف إلى عنصر متغير يتأثر بالمؤشر الذي يتغير كل فترة، وقد صدر قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين المنعقدة عام ١٤٣٦هـ (٢٠١٥م): «يجوز عقد الإجارة بأجرة متغيرة مرتبطة بمؤشر منضبط معلوم

(١) المحيط البرهاني (٦/١٣٤).

للطرفين، يوضع له حد أعلى وأدنى، شريطة أن تكون أجرة الفترة الأولى محددة عند العقد، وأن تحدد أجرة كل فترة في بدايتها»^١هـ.

لكن لا يقتصر المصرف على أن يكون العنصر المتغير في الأجرة هو المؤشر فقط، بل يضيف إلى ذلك تكاليف الصيانة التي يتحملها المؤجر في الفترة الإيجارية السابقة ويضمها إلى أجرة الفترة اللاحقة.

فقد يقال بمنع هذه الصورة بناء على منع تحميل المستأجر نفقات الصيانة الأساسية؛ لأن نفقاتها واجبة على المؤجر فتحميل المستأجر لها يعود على الأجرة بالجهالة، لأن هذه النفقات قد تزيد وقد تنقص وليس لها معيار ثابت منضبط كالمؤشر.

والغالب أن المصرف يوكل المستأجر في تنفيذ الصيانة الأساسية ويطالبه بفواتير ليحملها له في أجرة الفترة اللاحقة، لكن في واقع الأمر يقوم المستأجر بتحمل نفقات الصيانة الأساسية دون أن يقدم فواتيرها للمؤجر ليحملها عليه في أجرة الفترة اللاحقة.

وعلى أي حال فقد تقدم القول بصحة تحمل المستأجر الصيانة الأساسية لوجود الفرق بين الإجارة التشغيلية والإجارة التمويلية؛ من جهة أن المستأجر يقصد تملك العين المؤجرة فلا يكون ما دفعه في صيانتها جزءاً من الأجرة كالإجارة التشغيلية.



الخاتمة

في ختام البحث هذا تلخيص لأهم النتائج التي تضمنها البحث:

١. يجوز اتفاق المصرف مع المستأجر في عقد الإيجار التمويلي على تحميل المستأجر الصيانة الأساسية للعين المؤجرة، ولا يرد عليه محذور جهالة الأجرة الذي ذكره الفقهاء في تحميل المستأجر ضمان العين المؤجرة في الإجارة التشغيلية؛ لأن ما يصرفه المستأجر في ضمان العين المؤجرة وصيانتها في الإجارة التشغيلية جزء من الأجرة مجهول فيعود على الأجرة بالجهالة، لكن في الإيجار التمويلي المستأجر يصرف على عين تؤول ملكيتها إليه فلا يؤدي هذا إلى الجهالة المفضية للنزاع.

٢. يقتصر جواز الضمان على تحمل المستأجر الصيانة الأساسية ولا يجوز أن يتفق المصرف مع العميل على تحمل تبعة الهلاك الكلي للعين المؤجرة.

٣. على القول بمنع اشتراط تحمل المستأجر الصيانة الأساسية يمكن القول بجواز أن يتعهد المستأجر بالصيانة الأساسية تعهداً مستقلاً عن عقد الإيجار التمويلي بشرطين:

الأول: ألا يكون عقد الضمان سابقاً لعقد الإجارة؛ لأن سبق عقد الضمان لعقد الإجارة يجعله شرطاً ملحوظاً في العقد، فلا يكون استقلال الضمان عن عقد الإجارة استقلالاً حقيقياً.

الثاني: ألا يترتب على عدم الوفاء بالضمان فسخ لعقد الإجارة، كما لا يترتب على فسخ الإجارة فسخ للضمان، بل تبقى مقتضيات العقد دون ارتباط بينهما؛ لأن الربط بينهما يجعل الضمان في حكم الشرط.

٤. من التطبيقات التي يمكن تطبيقها للتقليل من مخاطر تحمل المؤجر ضمان العين المؤجرة أن يتفق الطرفان على حد أعلى للنفقات التي يتحملها المستأجر من الصيانة الأساسية.

٥. يجوز أن يتفق المصرف مع المستأجر على أن العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة ولا تزول معها المنفعة بالكلية لا يلزم المصرف بإصلاحها، ويكون المشتري بالخيار إما أن يستمر في العقد أو يفسخ العقد، والغالب استمرار المستأجر لأنه يراعي تملكه للعين في آخر المدة.

٦. يجوز أن تتكون الأجرة في عقد الإيجار التمويلي من جزئين: الأول: أجرة أساسية متفق عليها، والثاني: أجرة تكميلية تكون مبلغاً مقطوعاً لتغطية نفقات الصيانة الأساسية، ويلتزم المصرف ألا يستوفي من هذا المبلغ إلا بقدر ما تحمله من نفقات الصيانة وما زاد عن ذلك يتنازل عنه للمستأجر.

٧. على القول بمنع اشتراط تحميل المستأجر الصيانة الأساسية؛ لا يجوز أن تكون بعض مكونات الأجرة المتغيرة للفترة اللاحقة ما يتحمله المصرف من نفقات الصيانة الأساسية.

مراجع البحث

١. الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، للبعلي، علي بن محمد بن عباس، تحقيق: أحمد الخليل، دار العاصمة.
٢. الأشباه والنظائر، لابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية ١٤١٩هـ.
٣. إعلام الموقعين، لابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، ط ١، المملكة العربية السعودية، ابن الجوزي للنشر والتوزيع.
٤. الإنصاف، المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، ط ٢، بيروت، دار إحياء التراث.
٥. البحر الرائق، لابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، دار الكتاب الإسلامي.
٦. بحوث في قضايا معاصرة، للعثماني، محمد تقي، ط ١، دمشق، دار القلم، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
٧. بدائع الصنائع، الكاساني، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ.
٨. البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمرائي، أبو الحسين يحيى بن أبو الخير اليمني، ط ١، دار المنهاج، بيروت، ١٤٢١هـ.
٩. التبصرة، اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، ط ١، قطر، وزارة الشؤون الإسلامية، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
١٠. تحفة المحتاج، للهيتمي، محمد بن علي بن حجر، دار إحياء التراث العربي.
١١. التهذيب في اختصار المدونة، للبراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، تحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ط ١، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.

١٢. التوضيح شرح جامع الأمهات، للجندي، خليل بن إسحاق، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط ١، مركز نجيويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.
١٣. الجامع لمسائل المدونة، لابن يونس، أبو بكر محمد بن عبد الله، تحقيق: مجموعة باحثين، ط ١، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
١٤. الحاوي الكبير، للهاوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
١٥. حماية رأس المال، للشبيلي، يوسف بن عبد الله، دراسات المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، البحرين، ٢٠١٥م.
١٦. الذخيرة، للقرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، ط ١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م.
١٧. رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ط ٢، بيروت، دار الفكر، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
١٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام النووي، أشرف على التحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
١٩. شرح الزرقاني على مختصر خليل، للزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠٢م.
٢٠. شرح مختصر خليل، للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشبي، بيروت، دار الفكر.

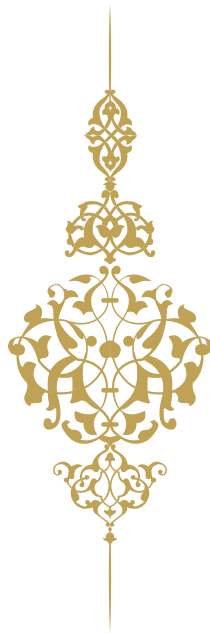


٢١. شرح منتهى الإيرادات، لابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
٢٢. صحيح البخاري المسمى الجامع الصحيح، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ.
٢٣. الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة وتبعية ذلك على المؤجر والمستأجر، للأشقر، محمد بن سليمان، أبحاث الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي، عام ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.
٢٤. صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ.
٢٥. فتاوى أعيان، هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة أعيان للإجارة والاستثمار، الكويت، ٢٠٠٢م.
٢٦. الفروع، لابن مفلح، أبو عبد الله، شمس الدين محمد المقدسي، تحقيق: عبد الله التركي، ط١، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
٢٧. الفروق، للقرافي، أبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، السعودية، عالم الكتب.
٢٨. فقه البيوع على المذاهب الأربعة، للعثماني، محمد تقي، مكتبة المعارف، باكستان، كراتشي، ١٤٣٦هـ، ٢٠١٥هـ.
٢٩. في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، لحما، نزيه، ط١، دمشق، دار القلم، ١٤٢٨هـ.
٣٠. القواعد النورانية، لابن تيمية، أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم، تحقيق: أحمد الخليل، ط١، المملكة العربية السعودية، ابن الجوزي، ١٤٢٢هـ.

٣١. القوانين الفقهية، للغرناطي، أبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي.
٣٢. الكافي، لابن قدامة، محمد بن أحمد المقدسي، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤ م.
٣٣. كشاف القناع، للبهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية.
٣٤. المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت ١٤١٤هـ.
٣٥. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، ط ١، كراتشي، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ.
٣٦. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة التعاون الإسلامي.
٣٧. مجموع الفتاوى، لابن تيمية، جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، جمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥ م.
٣٨. المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، صلاح الدين خليل كيكليدي، تحقيق: محمد بن عبد الغفار، ط ١، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤ م.
٣٩. المحلى بالآثار، لابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، بيروت، دار الفكر.
٤٠. المحيط البرهاني، لابن مازة، أبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤ م.



٤١. مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، لنزيه حماد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط ٢، جدة، ١٤٢٠هـ.
٤٢. المدونة الكبرى، دار السعادة، مصر، الطبعة الأولى.
٤٣. المغني، لابن قدامة، موفق الدين أبو محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله التركي، ط ٢، دار هجر، ١٤١٢هـ.
٤٤. المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات، لحسين حامد حسان، أبحاث الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، عام ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.
٤٥. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للخطاب، أبي عبد الله محمد بن محمد المغربي، وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق، أبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، ط ١، دار الكتب العلمية.
٤٦. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بدولة الكويت.
٤٧. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، شمس الدين بن شهاب الدين، دار الفكر، ١٤٠٤هـ.
٤٨. الهداية، للمرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، تحقيق: طلال يوسف، ط ١، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
٤٩. الوسيط في المذهب، للغزالي، أبي حامد محمد بن محمد، ط ١، القاهرة، دار السلام، ١٤١٧هـ.





التقادم في دعاوى الأحوال الشخصية

دراسة فقهية تطبيقية على «نظام الأحوال الشخصية» الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٧٣) وتاريخ ١٤٤٣/٨/٦هـ

د. منيرة بنت حمود المطلق

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة

في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

الحمد لله الذي حرّم الظلم على نفسه، وجعله محرّماً بين عباده، وصلاته وسلامه على خير خلقه، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإنّ للقضاء منزلة عظيمة في الإسلام، وبه يُقام بما أمر الله تعالى به من العدل بين الناس ويمنع التظالم بينهم، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايِ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾^(١).

وهذا الهدف السامي للقضاء لا يتحقق إلا بمقتضيات منها التنظيمات الإدارية والقضائية التي تنظّم أحوال الناس المتنوعة، ومن أخصّها تلك المتعلقة بالشؤون الأسرية التي لا يكاد ينفكُّ منها كل فرد في المجتمع بشكل يوميّ؛ ولذا بذل الفقهاء المتقدمون والمعاصرون جهوداً جليّة لبيان ذلك والتأليف فيه؛ خدمة للشرع الحنيف ونفعاً للناس وإيضاحاً لحكمة التشريع وكماله.

واستشعاراً من القيادة الحكيمة في المملكة العربية السعودية لأهمية كيان الأسرة التي هي أساس المجتمع؛ اتخذت عدداً من الإجراءات بهذا الصدد منها:

١- تخصيص محاكم يقتصر عملها على هذا النوع من القضايا بمسمى «محاكم الأحوال الشخصية»، وقد نصت على ذلك المادة التاسعة من

(١) النحل: ٩٠.

«نظام القضاء» الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

٢- صدور عدد من التعليمات للمحاكم المتضمنة توجيهه بسرعة البتّ في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية.

٣- اتخاذ الإجراءات التي تعين على تسريع تنفيذ الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، واستحداث المباني والمرافق المعينة على تنفيذ أحكام الزيارة والرؤية وما أشبهها على الوجه الأمثل الذي يحقق أفضل النتائج المرجوة للمستفيدين.

٤- المبادرة بإصدار «نظام الأحوال الشخصية»، وذلك بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٧٣) وتاريخ ٦/٨/١٤٤٣هـ.

وهذا النظام هو النظام الثاني من الأنظمة القضائية الحديثة التي من شأنها أن تحقّق نقلة نوعية كبرى في منظومة التشريعات العدلية وترسخ مبادئ مؤسسة على مرجعيات ثابتة في العمل القضائي، حيث سبقه صدور «نظام الإثبات» الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، ويلحقه: «نظام المعاملات المدنية»، و«النظام الجزائي للعقوبات التعزيرية»، ولا شك أنّ هذه الأنظمة تسهم بشكل فعّال في تطوير المنظومة التشريعية في المملكة العربية السعودية؛ بما يسهم في رفع جودتها

وتعزيز أداء الأجهزة العدلية بالنظر إلى أن هذه الأنظمة ركائز أساسية في تحقيق الشفافية والعدالة^(١).

و«نظام الأحوال الشخصية» متعلق بالأحكام الموضوعية الخاصة بالأحوال الشخصية؛ لأنَّ الناحية الشكلية قد نُظِّمَتْ بمواد «نظام المرافعات الشرعية» الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ ولوائحه التنفيذية، و«نظام الإثبات» الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٤٣) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ، لكن لفت نظري أنَّ «نظام الأحوال الشخصية» قرر مبدأ «عدم سماع الدعوى» في بعض قضايا الأحوال الشخصية، وهو مبدأ حديث في التنظيم السعودي في قضايا الأحوال الشخصية، وقد كان من المشاكل التي تواجه القضاة والمتقاضين أنَّ كثيراً من المدَّعين يتأخرون في تقديم دعاوهم المتعلقة بالمطالبة بنفقة أو غير ذلك عدة سنواتٍ ثم يتقدمون بعدها بدعاوى تشغل الخصم بالبحث في أوراقه وسجلاته القديمة ما يقوِّي دفوعه، كما أنها تشغل القاضي بالاجتهاد في القضية والنظر في ملابساته، لكن «نظام الأحوال الشخصية» أنهى ذلك الأمر وقرر مبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم.

فرغبت في بحث هذا الموضوع تحت عنوان (التقادم في دعاوى الأحوال الشخصية). دراسة فقهية تطبيقية) بجمع المسائل التي قرر الفقهاء فيها

(١) من تصريحات صاحب السمو الملكي الأمير محمد بن سلمان بن عبد العزيز ولي العهد، نائب رئيس مجلس الوزراء، المنشورة في جريدة الرياض في عددها الصادر بتاريخ ٢٥/٥/١٤٤٣هـ الموافق ٢٩/١٢/٢٠٢١م.

الأخذ بمبدأ سقوط الدعوى بسبب التقادم في دعاوى الأحوال الشخصية، ثم دراستها ومقارنتها بما قرره النظام حيالها.

ضابط البحث:

يشمل دعوى الأحوال الشخصية التي نص الفقهاء و«نظام الأحوال الشخصية» على أنها لا تسمع بسبب التقادم في تقديم الدعوى فيها. أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

- جدة الموضوع وحداثته؛ لأنه لم يسبق بحث الموضوع بشكل مستقل لحداثة صدور «نظام الأحوال الشخصية».
- تعلق الموضوع بحقوق الناس بصفة عامة، والأسر بصفة خاصة ومعلوم أن الحقوق مبنية على المشاحة فوجب التدقيق في أحكامها.
- التأكيد والتوضيح على أن الأنظمة في المملكة العربية السعودية مستمدة من الشريعة الإسلامية ومتوافقة معها.
- تعلق الموضوع بباب القضاء والذي يعد من أهم أبواب الفقه.
- بيان أسبقية الفقه في مجال تحديد المدد والمواعيد والإلزام بها.
- بيان أن تحديد مدة من الزمان لا تسمع بعدها الدعوى في قضايا معينة يؤدي إلى قطع النزاع في الأسرة لاسيما إذا تعلقت بفئات كثيرة (الزوجين، الوالدين، الأبناء، الأقارب)، وبالتالي سرعة فضّ الخلافات الأسرية قبل أن تتفاقم ويحصل الطلاق أو العقوق أو قطيعة الرحم، كما أنه يؤدي إلى تخفيف

تكس القضايا الأسرية في محاكم الأحوال الشخصية، وتوفير الوقت والجهد للقضاء وكذلك الأموال التي تدفع للمحامين في النظر في الدعاوى التي لا تسمع وكذلك إراحة الأطراف المتنازعة من عناء مراجعة المحاكم.

- كون هذه الدراسة إضافة عملية إلى المكتبة الفقهية القضائية.
- أن في دراسته تنمية للملكة الفقهية والتي ينبغي على كل طالب علم الاهتمام بها؛ لأنها تنمي القدرة على استنباط الحكم القضائي من وقائع الدعوى متماشياً مع «نظام الأحوال الشخصية».
- رغبتني في دراسة هذا الموضوع والاستزادة من مسأله الشرعية لتعلقها بمجال تخصصي وهو (الفقه).

أهداف الموضوع:

- جمع ما تفرق من مسائل الموضوع من كتب الفقه ومقارنتها بـ«نظام الأحوال الشخصية» ودراستها دراسة فقهية مقارنة، وربط المسائل الفقهية التي تناولها الفقه حول سماع الدعوى للتقادم بـ«نظام الأحوال الشخصية».
- تسهيل الاستفادة من هذه المسائل وذلك بجعلها في بحث واحد.
- إثراء المكتبة الإسلامية بالبحوث الفقهية التي تهتم المسلمون في أمورهم.
- التدقيق في أمر الدعاوى وما يتعلق بالمطالبة بالحقوق وارتباطها بالفترة الزمانية ومراعاة المبادرة بإقامة الدعوى لمن رغب وعدم إهمالها ثم الرجوع والمطالبة بها.

- الإسهام في تلبية حاجة القضاء إلى معرفة الأحكام الفقهية المتعلقة بعدم سماع الدعوى للتقادم في باب الأحوال الشخصية.
- إثراء البحث العلمي بالفروع الفقهية المتعلقة بعدم سماع الدعوى للتقادم في فقه الأسرة.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتقصي لم أجد بحثاً درس هذا الموضوع، أما الأبحاث التي لها صلة -تبعد أو تقرب- به فعلى النحو الآتي:

١- سقوط الدعوى التأديبية بالتقادم: لناصر عبد الله حجاب، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، تحدث فيه عن الدعوى التأديبية وذاتيتها، والفرق بين السقوط والتقادم والأحكام النظامية للتقادم وفق نظام التأديب، والرقابة القضائية على سقوط الدعوى بالتقادم. إلا أن بحثي يختلف عنه في تفاصيل تأصيل التقادم، وكذلك ما يتعلق بربطها ومقارنتها بالفروع الفقهية المتعلقة بـ«نظام الأحوال الشخصية».

٢- تقادم دعوى الإلغاء والتعويض في المملكة العربية السعودية: لتركبي زيد العسكر، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، درس فيه مفهوم دعوى الإلغاء والتقادم والتميز بين التقادم في دعوى الإلغاء والتعويض والتقادم في الفقه، وأثر ميعاد رفع دعوى التعويض وحالات وقف وانقطاع مواعيد رفع دعوى التعويض فقهاً ونظاماً.

إلا أنّ بحثي يختلف عنه في التفصيل في تعريف الدعوى والتقادم والأحوال الشخصية وتأسيس ذلك، مع ربطه بالفروع الفقهية التي تمت الإشارة إليها في «نظام الأحوال الشخصية».

٣- عدم سماع الدعوى للتقادم - دراسة مقارنة: لمحمد عبد الهادي العمري، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، وقد تكلم فيه عن مفهوم الدعوى والتقادم وتمييزها عمّا سواها، وتأسيس وشروط وتكييف عدم سماع الدعوى للتقادم في الفقه والنظام ومجال تطبيق عدم سماع الدعوى للتقادم في الفقه والنظام.

يتفق بحثي مع هذا البحث في التمهيد لمفهوم الدعوى والتقادم، إلا أنه فارقه في أن بحثي اقتصر على ما يتعلق بالفروع الفقهية التي لها علاقة بـ«نظام الأحوال الشخصية».

٤- آثار التقادم على دعاوى الجرائم وعقوباتها: لأبو طالب علي أبو طالب الحسني، وهو بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه، من المعهد العالي للقضاء، وقد تكلم الباحث فيه عن التعريف بمفردات البحث، وأثر التقادم على دعاوى الجرائم، وفصل في ذلك كبحثه عن: الشهادة والإقرار والإثبات بالقرائن المعاصرة، وجرائم التعزير وجرائم القصاص والحدود وغيرها.

ويتضح الفرق بين بحثه الذي فصل فيه عن التقادم في جانب الجرائم وعقوباتها، وبين بحثي الذي يدرس التقادم في جانب الأحوال الشخصية.

٥- الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي: لعبد اللطيف بن عبد العزيز آل الشيخ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، بتاريخ ١٤٠٣هـ، تكلم فيها الباحث عن حق الملكية والتملك وتقسيم الحقوق بالنسبة للتكاليف الشرعية، وحق الملكية، والمال المتقوم وغير المتقوم، وتعريف الحيازة وأدلة مشروعيتها وشروطها وأقسامها وما تتم به، وتعريف التقادم وما يتحقق به ترك الدعوى للتقادم، وأثر الحيازة، فهذه الرسالة وإن تشابهت مع بحثي فيما يتعلق بالتقادم إلا أنه يختلف عنها في كثير من المباحث لاسيما أن بحثي يقتصر على دراسة الفروع الفقهية التي وردت في «نظام الأحوال الشخصية».

٦- أحكام التقادم في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة لنيل درجة الدكتوراه، لمحمد أحمد حسن إبراهيم، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، قسم الباحث رسالته على بابين: الباب الأول ذكر فيه (تعريف التقادم، وطبيعته، وأساسه، ونطاقه، وانقطاعه، وأثره)، وفي الباب الثاني ذكر فيه بعض مسائل التقادم في الفقه الإسلامي (تقادم العبادات، تقادم المعاملات، تقادم الجرائم والعقوبات).

يتفق بحثي مع هذا البحث في التمهيد لمفهوم الدعوى والتقادم، إلا أنه فارقه في أن بحثي اقتصر على ما يتعلق بالفروع الفقهية التي لها علاقة بـ«نظام الأحوال الشخصية».

٧- أحكام التقادم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، للباحث: النور إدريس آدم، جامعة أم

درمان الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، ٢٠٠٦م، قسم الباحث رسالته إلى ثلاثة فصول: الفصل الأول: أنواع التقادم وشروطه، الفصل الثاني: التقادم وأساسه وآثاره، الفصل الثالث: وقف وانقطاع مدة التقادم.

يتفق بحثي مع هذا البحث في التمهيد لمفهوم الدعوى والتقادم وذلك في الفصل الثاني من بحثه، إلا أنه فارقه في أن بحثي اقتصر على ما يتعلق بالفروع الفقهية التي لها علاقة بـ«نظام الأحوال الشخصية»، وليس في كل ما يتعلق بالتقادم.

منهج البحث:

أتبعت في دراسة هذا البحث منهجاً محدداً، من أهم ملامحه ما يأتي:

١. الاعتماد على المصادر الأصلية في جمع المادة العلمية.
٢. بحث المسألة الخلافية على ضوء العناصر الآتية:
 - أ. بيان المراد بالمسألة.
 - ب. تحرير محل النزاع فيها.
 - ج. ذكر الأقوال والأدلة والمناقشة.
 - د. الترجيح، مع بيان أسبابه.
٣. عزو الآيات القرآنية إلى المصحف، بذكر اسم السورة ورقم الآية.
٤. تخريج الأحاديث من كتب السنة، مع بيان درجة الحديث إن لم يكن في الصحيحين أو أحدهما.

خطة البحث:

انظمت خطة البحث في مقدمة، وتمهيد، وخمسة مباحث، وخاتمة:

المقدمة:

وفيها أهمية الموضوع وأسباب اختياره، وأهدافه، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته.

التمهيد (التعريف بمفردات العنوان):

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الدعوى.

المطلب الثاني: تعريف عدم سماع الدعوى.

المطلب الثالث: تعريف التقادم في الدعوى.

المطلب الرابع: تعريف الأحوال الشخصية.

المطلب الخامس: تأصيل عدم سماع الدعوى للتقادم في الفقه والنظام.

المطلب السادس: لمحة عن «نظام الأحوال الشخصية» وأهميته.

المبحث الأول: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى نفقة الزوجة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف النفقة.

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى نفقة الزوجة في الفقه.

المطلب الثالث: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى نفقة الزوجة في النظام.

المبحث الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد في الفقه.

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد في النظام.

المبحث الثالث: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين في الفقه.

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين في النظام.

المبحث الرابع: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع بنفقة القريب:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع بنفقة القريب في الفقه.

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع بنفقة القريب في النظام.

المبحث الخامس: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى اللعان:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف اللعان.

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى اللعان في الفقه.

المطلب الثالث: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى اللعان في النظام.
الخاتمة:

وفيها أهم نتائج البحث والتوصيات.

الفهارس.

أخيراً فما كان في هذا البحث من توفيق وصواب فمحض فضل من الله، وما كان فيه من نقص وخطأ فمن نفسي والشيطان، وأستغفر الله من ذلك، وصلى الله وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد (التعريف بمفردات العنوان)

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الدعوى:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الدعوى في اللغة:

الدعوى لغة: اسم من «دعا»، يقال: ادَّعى يدَّعي ادِّعاءً ودَعْوَى، والجمع دعاوى، بكسر الواو وفتحها، والفتح أولى^(١)، وأصل الفعل من مادة (دعو)، وتطلق الدعوى ويراد بها في اللغة عدة معان، منها:

- ١- الدعاء: ومنه قوله تعالى: ﴿دَعَوْنُهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَعَآخِرُ دَعْوَانَهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾^(٢)
- ٢- الطلب والتمني: ومنه قوله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مِمَّا يَدْعُونَ﴾^(٣).

(١) ينظر: مقاييس اللغة، باب الدَّالِ وَالْعَيْنِ وَمَا يَتْلُوهُمَا (٢/ ٢٧٩)، لسان العرب، مادة (دعو) (١٤/ ٢٦٢)، المصباح المنير، مادة (دعو) (١/ ١٩٤).

(٢) يونس: ١٠.

(٣) يس: ٥٧.

٣- الزعم: تقول: ادّعت الشيء زعمته لي حقاً كان أو باطلاً، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْهُ زُلْفَةً سَيِّئَتْ وُجُوهُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدْعُونَ﴾ (٢٧) (١)

٤- الإخبار: يقال: «فلان يدّعي بكرم فعاله»، أي: يخبر بذلك عن نفسه (٢).

ويتبين بذلك أنّ الدعوى - في اللغة - تطلق على الطلب والإخبار والزعم، فالمدّعي يطلب ويزعم حقاً على المدّعى عليه وقد يكون الزعم والطلب حقاً أو باطلاً، وهو يخبر عن حقه ويطلب سماعه.

والمعنى اللغوي المراد للدعوى في هذا البحث إذا قيل: «ادّعى على شخص شيئاً»، أي: «نسبه إليه وخاصمه فيه عند القاضي، وأقام الدعوى عليه، وقاضاه» (٣).

المسألة الثانية: تعريف الدعوى في الاصطلاح:

وفيها فرعان:

(١) الملك: ٢٧.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، باب الدالِّ والعينِ وما يثُلُثُهُمَا، (٢/ ٢٧٩)، المخصص، (الدعاء) (٤/ ٥٧)، أساس البلاغة، مادة (دعو) (١/ ٢٨٨)، مختار الصحاح مادة (دعا)، ص (٢٠٦)، لسان العرب، مادة (دعو) (١٤/ ٢٥٧-٢٦٢)، المصباح المنير، مادة (دعو) (١/ ١٩٤)، القاموس المحيط، مادة (دعو) (١٢٨٢).

(٣) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة (دعو) (١/ ٧٤٨).

الفرع الأول: تعريف الدعوى في الفقه:

اختلفت تعاريف الفقهاء في بيان معنى الدعوى بناء على اختلافهم في تكييفها:

- ١- فمن نظر إلى أنّ المقصود بالدعوى هو الطلب^(١) وأنها تشتمل على المطالبة بالحق عرّفها بأنها: «طلب حق من خصم عند حاكم»^(٢).
- ٢- ومن نظر إلى أنّ المقصود بالدعوى هو الإخبار بالحق، عرّفها بأنها: «إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم»^(٣).
- ٣- ومن نظر إلى الدعوى على أنها قول، عرّفها بأنها: «قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير لنفسه»^(٤).

(١) ينظر: نظرية الدعوى ص (٧٨).

(٢) الإنصاف (١١/٣٦٩)، وعرفت كذلك بأنها: «طلب معنى أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب له عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة»، أنوار البروق في أنواء الفروق (٤/١٥٣)، الذخيرة (١١/٥)، وعرفت كذلك بأنها: «مُطَالِبَةٌ حَقٌّ فِي مَجْلِسٍ مَنْ لَهُ الْحَقُّ عِنْدَ ثُبُوتِهِ»، شرح العناية على الهداية (٨/١٥٢).

(٣) تحفة المحتاج (١٠/٢٨٥)، نهاية المحتاج (١/٣١٤)، حاشية الجمل (٥/٤٧)، حاشية القليوبي (٤/٣٣٥)، وعرفت بأنها: «خبر عن حق يتعلق بالمخبر على غيره». أنوار البروق في أنواء الفروق (٤/١٥٣).

(٤) الاختيار لتعليل المختار (٢/١٣١)، وعرفت بأنها «قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه»، رد المحتار على الدر المختار (٤/٤١٩)، تنوير الأبصار وجامع البحار (١/٣٧١)، وعقود الجواهر (٢/٥٧).

٤- ومن نظر إليها على أنها إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء وأنه ذو صفة في دعواه عرفها بأنها: «إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة»^(١).
وتعريف الدعوى بأنها: «طلب حق من خصم عند حاكم» هو الأوفق؛ فكلمة «طلب» عامة تشتمل على الطلب بالقول أو الكتابة أو بالإشارة، كما أنها صريحة في طلب الادعاء من الحاكم أو القاضي، وكلمة «حق» عامة شاملة لجميع الحقوق التي يمكن المطالبة بها، وكلمة «خصم» تدل على عدم اتفاق بين الطرفين فأكثر، وعلى وجود خلاف بين المدعي والمدعى عليه، والنص على «الحاكم» لا يدخل الطلب في غير مجلس القضاء لكونه لا يسمى «دعوى» من الناحية الفقهية.

الفرع الثاني: تعريف الدعوى في النظام:

لم أقف على تعريف للدعوى في الأنظمة السعودية، ولذا سأستعين بما أورده بعض من كتب في الفقه والنظام من المعاصرين.
فمن تعاريف الدعوى نظاماً:

١- أنها: «قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته»^(٢).

(١) تبين الحقائق (٤/٢٩١)، البحر الرائق (٧/١٩١)، وعرفت بأنها: «إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته»، المبدع (٨/٢٤٨)، الإنصاف (١١/٣٦٩)، كشاف القناع (٦/٤٨٧)، المغني (١٤/٢٧٥)، الإقناع (٤/٤١٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/٥١٨).

(٢) نظرية الدعوى، ص (٨٣).

- ٢- «قول أمام الحاكم، يطلب به قائله إثبات حق على الغير»^(١).
- ٣- وأنها: «الوسيلة القضائية المشروعة لطلب الحق»^(٢).
- ٤- وأنها: «إضافة الإنسان إلى نفسه أو من يمثله شيئاً مما في يد غيره أو في ذمته أمام القضاء»^(٣).
- ٥- كما عرّفت الدعوى بأنها: «طلب إنسان حقاً على غيره لدى الحاكم»^(٤).
- وهذا التعريف الأخير أولى؛ لأنه يشمل الحق الوجودي والحق العدمي^(٥).
- وأما القانونيون فقد اختلفت تعاريفهم للدعوى بناء على اختلاف وجهات النظر في كون الدعوى هي الوسيلة أو الحق ذاته أو الطلب:
- ١- فمن رأى أنّ الدعوى هي الوسيلة عرفها بأنها: «الوسيلة التي يتمتع بها أي شخص له حق يعترف القانون بوجوده في أن يلتجئ إلى القضاء لإقرار هذا الحق إذا جُحِد أو حمايته إذا هُدِّد أو رده إذا سُلِب»^(٦).

(١) معجم لغة الفقهاء، ص (٢٠٩).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته (٨/٣٨٦).

(٣) قواعد المرافعات الشرعية، ص (٩٩).

(٤) مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٦١٣).

(٥) ويقصد بالحق الوجودي مختلف أنواع الحقوق كالملكية وغيرها، وبالعدمي حق الإنسان في ألا يتعرض أحد لحقه الوجودي، ينظر: موجز في المرافعات الشرعية، ص (٣).

(٦) الإجراءات الإدارية، ص (٥٣).

٢- ومن رأى أن الدعوى هي الحق ذاته عرّفها بأنها: «حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به»^(١).

٣- ومن رأى أن الدعوى هي الطلب وهو الأقرب لتعاريف الفقهاء عرّفها بأنها: «الطلب الذي يرفع إلى القضاء للحصول على حكم باقتضاء حق أو حمايته أو تقريره»^(٢).

المسألة الثالثة: العلاقة بين المعنى اللغوي والفقهى والنظامي:

عند النظر فيما سبق يتضح وجود ارتباط بين المعنى اللغوي للدعوى والمعنى الفقهى والنظامي، حيث إن من أبرز معاني «الدعوى» اللغوية: الطلب والإخبار، وهو ما يذكره أكثر الفقهاء والقانونيين في الدعوى القضائية، فالمطالبة بالحق من أهم أسس الدعاوى، فيتبين أن بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً، حيث إن المعنى اللغوي أعمّ والمعنى الاصطلاحي أخصّ، حيث اقتصر على الخصومة والنزاع.

المطلب الثاني: مفهوم عدم سماع الدعوى:

عدم سماع الدعوى هو عدم نظر المحكمة لموضوع الدعوى من الأساس، من غير نظر في أحقية المدعى في ادعائه ولا في ثبوت حقه من عدمه.

(١) الدعوى وإجراءاتها في القضاء العادي والإداري، ص (٧)، وعرفت كذلك بأنها: «حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية». نظرية البطلان في قانون المرافعات، ص (١٧).

(٢) أصول المرافعات، ص (٣٠٩).

وقد استخدمت الأنظمة السعودية عبارة «عدم سماع الدعوى» وعبارة «سقوط الدعوى»؛ بمضي المدة، بدلاً من مبدأ «التقادم» المقرر في القوانين الوضعية.

وهذا الاستخدام موجود في عدد من الأنظمة السعودية؛ حيث ورد في المادة (٨) من «نظام المرافعات أمام ديوان المظالم»، والمادة (٢٣٤) من «نظام العمل»، والمادة (٤٧) من «نظام العلامات التجارية»، والمادة (٨٤) و(١١٦) من «نظام العلامات التجارية»، والمادة (٧٨) من «نظام الشركات»، والمادة (٥٨) من «نظام السوق المالية».

وبما أنه لا مشاحة في الاصطلاح فإن استعمال الأنظمة السعودية لعبارة «عدم سماع الدعوى» بدلاً من «التقادم» سائغ وصحيح، وهو من إطلاق السبب على المسبب.

وعدول الأنظمة السعودية عن استعمال «التقادم» لم يكن لمخالفتها لأحكام الشريعة، فقد استخدمها الفقهاء -كما سيأتي-، ولكن لما قد يوحيه لفظ «التقادم» من سقوط الحق من الأساس وانتهائه، وأما استعمال النظام فهو أصرح وأوضح بأنه اقتصر على موضوع إقامة الدعوى من عدمها، وليس في ذات الحق، ولذا عبر بعدم سماع الدعوى، وبسقوط الدعوى؛ ليتضح أن مقصد المنظم هو المدة التي يسقط بمضيها الحق في التقدم بالمطالبة أمام القضاء، مع بقاء الحق قائماً في ذمة الغير.

المطلب الثالث: تعريف التقادم في الدعوى:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف التقادم في اللغة:

التَّقَادُمُ لغة: مصدر، أصله من مادة (قَدِمَ)، يقال: تقادم الشيء يتقادم تقادماً، فهو مُتَقَادِمٌ.

والتَّقَادُمُ: مرورُ زمنٍ طويلٍ على الشَّيْءِ، يُقال: تقادمَ الشَّيْءُ، أي: طال عليه الزَّمَنُ والأَمَدُ وصارَ قَدِيماً، وأصله من السَّبَقِ والتَّقَدُّمِ على الغَيْرِ، والقَدِيمِ: العَتِيقُ السَّالِفُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ^(١).

المسألة الثانية: تعريف التقادم في الاصطلاح:

وفيها فرعان:

الفرع الأول: تعريف التقادم في الفقه:

لم أقف للفقهاء المتقدمين على تعريف للتقادم، مع أن بعضهم استخدم هذا المصطلح وتكلم عن آثاره في عدة أبواب؛ ككلامهم عن أثر التقادم في

(١) ينظر: مقاييس اللغة، باب القاف والذال والميم (٥/٦٥)، مختار الصحاح، مادة (قدم)، ص (٢٤٩)، لسان العرب، مادة (قدم) (١٢/٤٦٥)، القاموس المحيط، مادة (قدم) (١١٤٧)، المعجم الوسيط، مادة (قدم)، (٢/٧٢٠)، وعرف معجم اللغة العربية المعاصرة التقادم بأنه: «مضي مدة محدودة تسقط بانقضائها المطالبة بحق أو بتنفيذ حكم» (٣/١٧٨٥).

وضع اليد والحيازة، وفي الحدود والجنايات^(١)، وهذا الاستعمال لا يخرج عن استعمال اللغويين الذي هو مطلق القَدَم. وأما المعاصرون من أصحاب الصناعة الفقهية فقد وقفت على عدة تعاريف لهم، يمكن اعتبارها صالحة وملخّصة لكلام الفقهاء عن «التقادم»، ومنها:

- ١- أنه: «مضي الزمن الطويل على وجود الشيء»^(٢).
- ٢- أنه: «مرور الزمن الطويل على وضع اليد، ومرور الزمان الطويل على ترك الحق بلا مانع»^(٣).
- ٣- أنه هو: «أن تمضي مدة يسقط بعدها الدين من المدين إذا سكت دون عذر»^(٤).

- (١) ينظر في بحث المالكية للتقادم تحت مسألة (الحيازة): تبصرة الحكام (٢/٨٦)، وكذلك في مدونة الإمام مالك، فصل في كتاب الشهادات بعنوان: (في شهادة السماع في الدور المتقادم حيازتها)، المدونة (١٣/٢٢).
- ومن بحوثهم في أثر التقادم في الحدود: قول ابن نجيم: «والأصل أنّ الحدود الخالصة لله تعالى تبطل بالتقادم» البحر الرائق (٥/٢١)، وقولهم بالتقادم لحد الشرب بزوال الريح من فم الشارب، ينظر: المرجع السابق، والبنية شرح الهداية (٦/٣٤٩).
- (٢) معجم لغة الفقهاء، ص (١٠٥)، وينظر: مجلة الأحكام العدلية (٥/١٦٨).
- (٣) النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي، ص (٩)، وينظر: معجم لغة الفقهاء، ص (١٠٥).
- (٤) الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ص (٤١٣).

الفرع الثاني: تعريف التقادم في النظام:

لم أجد أن الأنظمة السعودية استخدمت مصطلح «التقادم» - كما سبق بيانه^(١)، وبالتالي فلا يوجد تعريف للتقادم في الأنظمة السعودية، ولذا فإني سألجأ - والحال هذه - إلى تعاريف القانونيين للتقادم، ومن ذلك:

١ - أنه: «مضي مدة معينة من الزمن على وضع أحدهم يده على حق من دون أن يعرف له مالكا، أو مضي تلك المدة على سكوت أحدهم عن المطالبة بحقه فيمن وضع يده عليه في تلك المدة الزمنية»^(٢).

٢ - أنه: «انقضاء فترة معينة من الزمن على حدوث أمر أو واقعة معينة يترتب عليه زوال الأثر القانوني المترتب على هذا الأمر أو تلك الواقعة»^(٣).

ومما تقدم يظهر أن التقادم من الوجهة القانونية يشتمل على نوعين:

الأول: التقادم المُسقط؛ بأن يعيّن النظام مدى الوقت الأقصى لبدء إجراءات المطالبة.

الثاني: التقادم المُكسب؛ وهو سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأصلية^(٤).

(١) في المطلب الثاني من هذا المبحث (مفهوم عدم سماع الدعوى).

(٢) التقادم بين الشريعة والقانون، ص (٢)، مجلة النبأ، العدد: (٤٢).

(٣) أحكام التقادم في مجال القانون العام، ص (٥)، وينظر: تقادم الدعوى في عقد النقل البحري، ص (٢١).

(٤) ينظر: الجانب العملي والتطبيقي في التقادم المكسب والمسقط في ضوء القانون المدني والمستحدث من القضاء، ص (١٠).

وهذا البحث يقتصر على النوع الأول الذي يمكن تعريفه بأنه: «مضي مدة زمنية يسقط بعدها الحق في المطالبة وإقامة الدعوى أمام القضاء، مع بقاء الحق قائماً في ذمة الغير».

المسألة الثالثة: العلاقة بين المعنى اللغوي والفقهي والنظامي:

لا يخرج التقادم في معناه الفقهي والنظامي عن معناه اللغوي، فالتقادم يدل على السبق والقدم، أي: مرور الزمان على الحق في المطالبة وإقامة الدعوى - وهو مقصود البحث -.

المطلب الرابع: تعريف الأحوال الشخصية:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الأحوال الشخصية في اللغة:

الأحوال لغة: جَمْعُ حَالٍ وَحَوْلٍ، وأصله من مادة (حول) وهو كُلُّ ما تَحَرَّكَ أو تَغَيَّرَ، وَأَصْلُ الحَوْلِ: تَغْيِيرُ الشَّيْءِ وَانْتِقَالُهُ، يُقال: حَالَ الشَّيْءُ، حَوْلًا، وَتَحَوَّلَ، أي: انْتَقَلَ مِنْ مَوْضِعٍ إلى مَوْضِعٍ، والحَوْلُ والحالُ أيضًا: ما يَخْتَصُّ به الإنسانُ وَغَيْرُهُ من الأُمُورِ المتغيِّرةِ، وَمِنْ معانيه أيضًا: الأَزْمانُ، والأَوْصافُ، والهَيْئاتُ^(١).

(١) ينظر: المخصص، (أسماء الحال)، (٤٥٩/٣)، لسان العرب، مادة (حول) (١١/ ١٨٤)، المصباح المنير، مادة (حول) (١/ ١٥٧)، تاج العروس، مادة (حول) (٢٨/ ٣٦٥/ ٣٦٨)، المعجم الوسيط، مادة (حول) (١/ ٢٠٨).

الشخصية: أصلها من مادة (شخص)، والجمع أشخاص وشُخص، وشِخاص، والشخص: سواد الإنسان وغيره، والشخص كل جسم له ارتفاع أو ظهور^(١).

ويقال: شَخَّص الشيء عَيْنَهُ ومَيَّزَهُ مما سواه^(٢)، والشخصية: «الصفات التي تميز بها الشخص عن غيره»^(٣).

ويمكن مما سبق فهم المعنى اللغوي لمصطلح «الأحوال الشخصية» وتعريفه بأنه: الأمور المتغيرة في حياة الإنسان الأسرية.

المسألة الثانية: تعريف الأحوال الشخصية في الاصطلاح:

وفيها فرعان:

الفرع الأول: تعريف الأحوال الشخصية في الفقه:

لم يكن مصطلح «الأحوال الشخصية» موجوداً في كتب الفقهاء المتقدمين، فقد كان المتقدمون يدرجون المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ضمن فقه المعاملات، وبعضهم يطلق عليها «المناكحات».

(١) ينظر: لسان العرب، مادة (شخص) (٤٥ / ٧)، القاموس المحيط، مادة (شخص) (٦٢١ / ١).

(٢) المعجم الوسيط، مادة (حول)، ص (٤٧٥).

(٣) معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة (شخص) (١١٧٤ / ٢).

لكن قبل مطلع القرن العشرين الميلادي شاع استعمال هذا المصطلح، وهم يطلقونه على نوع من المسائل الفقهية المتعلقة بشخص الإنسان وذاته^(١). وقد عرّف هذا المصطلح بأنه: «القواعد التي تحكم علاقات وحقوق الأسرة، أو المسائل التي تتعلق بوضع الشخص في أسرته»^(٢). وعرّف كذلك بأنه: «الأحكام والمبادئ والمسائل المنظمة للعلاقات داخل الأسرة، بما يشمل أحكام الخطبة والزواج، والمهر، ونفقة الزوجة، وواجباتها تجاه زوجها، والطلاق وتفريق القاضي بين الزوجين والخلع والنسب والرضاع وحضانة الأولاد والميراث والوصية والوقف»^(٣). وعرّف كذلك بأنه: «الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقه، والتزامات أدبية أو مادية»^(٤).

- (١) ويقال: بأن أول من استعمل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي «محمد قدرى باشا» في كتابه: «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية» وهو كتاب صنفه في مواد قانونية بلغت ٦٤٧ مادة، أخذها كلها من القول الراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة، كما صدرت عدة قوانين عربية بهذا الاسم وخصّصت مقررات جامعية تدرس في كليات الشريعة والحقوق والقانون بذات الاسم.
- (٢) ينظر: معجم القانون، ص (٤٤)، شرح قانون الأحوال الشخصية (١ / ١١)، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ص (٣٦).
- (٣) السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص (٣٩).
- (٤) الفقه الإسلامي وأدلته (٧ / ٤٨٥).

الفرع الثاني: تعريف الأحوال الشخصية في النظام:

وأما عن نطاق هذا المصطلح فإنَّ الأحوال -عند القانونيين- نوعان: نوع ذو طابع شخصي ويسمى بالأحوال الشخصية، ونوع ذو طابع مالي يسمى بالأحوال العينية.

والناظر في كلام الفقهاء المعاصرين ممن كتبوا في الأحوال الشخصية يدرك أنهم يدرجون في هذا المصطلح سائر الأحكام المنظمة للعلاقات الأسرية مثل: الزواج والطلاق والولاية، وكذلك الأحكام الخاصة بالإنسان كالأهلية، إلا أنَّ هنالك أحكاماً أخرى هي محل اختلاف بين الفقهاء إذ يرى بعضهم دخولها في نطاق الأحوال الشخصية، ويرى آخرون خروجها عنها ودخولها في الأحوال العينية، ومن ذلك الوصية والهبة والوقف والمهر، واتجه آخرون إلى إخراج الهبة والوصية والموارث من دائرة الأحوال الشخصية وقصروها على نطاق الزواج والطلاق وآثارهما، وحقوق الأولاد كالنسب والنفقة والولاية والوصاية.

وأما عن الأنظمة السعودية فقد اتجهت إلى توسيع نطاق الأحوال الشخصية، حيث جاء في المادة (٣٣) من «نظام المرافعات الشرعية» الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ ما يأتي: «تختص محاكم الأحوال الشخصية بالنظر في الآتي:

أ- جميع مسائل الأحوال الشخصية، ومنها:

- ١- إثبات الزواج والطلاق، والخلع، وفسخ النكاح، والرجعة، والحضانة، والنفقة، والزيارة.
 - ٢- إثبات الوقف، والوصية، والنسب، والغيبة، والوفاة، وحصر الورثة.
 - ٣- الإرث، وقسمة التركة بما فيها العقار إذا كان فيها نزاع، أو حصة وقف أو وصية، أو قاصر، أو غائب.
 - ٤- إثبات تعيين الأوصياء، وإقامة الأولياء والنظار، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن المحكمة، وعزلهم عند الاقتضاء، والحجر على السفهاء، ورفع عنهم، وتحديد لوائح النظام الإجراءات اللازمة لذلك.
 - ٥- إثبات توكيل الأخرس الذي لا يعرف القراءة والكتابة.
 - ٦- تزويج من لا ولي لها، أو من عضلها أولياؤها.
- ب- الدعاوى الناشئة عن مسائل الأحوال الشخصية.
- ج- الدعاوى المرفوعة لإيقاع العقوبات المنصوص عليها في نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم^(١).
- وقد سار على هذا المبدأ «نظام الأحوال الشخصية» الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٧٣) وتاريخ ٦/٨/١٤٤٣هـ، حيث تكوّن من سبعة أبواب، على النحو الآتي:

(١) المادة (٣٣) من «نظام المرافعات الشرعية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ.

الباب الأول: الزواج، ويشتمل على: الخطبة، وأحكام عامة للزواج، وأركان عقد الزواج وشروطه، وحقوق الزوجين.

الباب الثاني: آثار عقد الزواج، ويشتمل على: النفقة، والنسب.

الباب الثالث: الفرقة بين الزوجين، ويشتمل على: أحكام عامة للفرقة، والطلاق، والخلع، وفسخ عقد الزواج.

الباب الرابع: آثار الفرقة بين الزوجين، ويشتمل على: العدة، والحضانة.

الباب الخامس: الوصاية والولاية، ويشتمل على: أحكام عامة للوصاية والولاية، والوصي، والولي المعين من المحكمة، وتصرفات الوصي والولي المعين من المحكمة، والغائب والمفقود.

الباب السادس: الوصية، ويشتمل على: أحكام عامة للوصية، وأركان الوصية وشروطها، ومبطلات الوصية.

الباب السابع: التركة والإرث، ويشتمل على: أحكام عامة للتركة والإرث، وميراث أصحاب الفروض، والحجب والتعصيب والعول والرد، وميراث ذوي الأرحام، وميراث المفقود والحمل ومنفي النسب، والتخارج في التركة.

المطلب الخامس: تأصيل عدم سماع الدعوى للتقادم في الفقه والنظام:

الأصل في باب القضاء من الناحية الفقهية أن للشخص الذي له حق عند غيره أن يطالبه بحقه أو أن يسكت عنه وأنه إن شاء طالب بحقه وإن شاء

تركه، وأن له المطالبة بحقه متى شاء دون تحديد مدة معيّنة^(١)، إلا أن المصلحة قد تقتضي تقييد هذا الحق؛ وذلك بتحديد مدة من الزمان يسقط بعدها الحق في التقدم بالمطالبة وهو ما يطلق عليه: «عدم سماع الدعوى للتقادم»، بحيث يوضع حد للمنازعة وقطع الخصومة فلا يمكن إثارتها ورفعها بعد مضي تلك المدة المحددة، حفاظاً على مبدأ استقرار المجتمع وفصل النزاع في الإثبات، فهو مجرد إجراء للمصلحة لتلافي التزوير والتحايل، ولكون طول المدة قد يفوت الحقوق وذلك بضياعها أو موت أحدهما^(٢).

كما أن فيه مراعاة لحال المدعى عليه؛ لأنه قد لا يحتفظ بالحقوق أو الأوراق والمستندات عنده مدة طويلة، وقد يمتد الأمر إلى الورثة وتلحقهم المطالبة بطول المدة متى ما عرض للمدعى أن يطالب بحقه بعد سكوته عنه^(٣).

وحيث إن «نظام الأحوال الشخصية» متعلق بشؤون الأسرة التي هي لبنة المجتمع وأساسه، فإن تقرير مبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم ضروري؛ لإنهاء كثير من النزاعات التي تنشأ من حظوظ النفس وتلحق المضارة بالطرف الآخر، وتزيد في زعزعة كيان الأسرة؛ لذا قرّر النظام هذا المبدأ

(١) ينظر: مواهب الجليل (٢٢١/٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢٣٤)، رد المحتار (٤/٥٣٢).

(٢) ينظر: ميعاد رفع دعوى الإلغاء، ص (٣٨)، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، ص (١١)، الموسوعة الفقهية، (١٣/١١٨)، وقد نبه إلى ذلك ابن نجيم حيث ذكر أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضي السنين وإن الرجل إذا ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة بدون مانع ثم ادعى لم تسمع دعواه حيث إن هذا ليس قضاء بالسقوط بل عدم سماع الدعوى للتقادم، ينظر: البحر الرائق (٧/٢٢٨).

(٣) ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٤/٥٣٢)، مواهب الجليل (٦/٢٢١).

حفظاً للحقوق، فلا يكلف الشخص مادياً ونفسياً بأعباء ونفقات متراكمة بجمع الأدلة والإثباتات والأوراق ونحوها لديه طول الدهر بزعم أنه قد يطلب منه الإثبات يوماً ما.

ولا بدّ من الإشارة إلى أنّ من مبادئ تقرير هذا المبدأ - أيضاً - أنّ تصرّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة^(١)، ومن أولى المصالح وأحراها بالاعتبار ألاّ تخالف تلك المصلحة الشرع الحنيف، ويتم مراعاة ذلك بأن يوكل الإمام الأمر بالتقييد إلى طائفة من أهل الاجتهاد والاختصاص بحيث لا يتعارض الاجتهاد مع نصّ شرعي قطعي الدلالة والثبوت أو يتعارض مع الإجماع، وليكون هذا التقييد متوافقاً مع دلالات الشرع وحكمه^(٢).

ومن مبادئ تقرير هذا المبدأ - أيضاً - العمل بالقاعدة الفقهية (تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص) حيث إنه يجوز لولي الأمر أن يخصص القاضي الذي يعينه لسماع قضايا محددة، أو أزمنة محددة، أو في مناطق محددة، ويجب على القاضي العمل بما أمر به ولي الأمر وليس له مخالفته، وعليه ألاّ يسمع الدعوى التي تخالف توجيه ولي الأمر؛ لأنّ ولايته تكون حينئذ قاصرة وإذا حكم فإنّ حكمه لا يعدّ نافذاً ويجب نقضه^(٣).

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٣١/١)، المنشور في القواعد للزركشي (٢٠٩/١)، المدخل إلى السياسة الشرعية، ص (٩٥)، الموافقات، (١١/٢).

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للأمدي (٢٠٩/٤)، المدخل إلى السياسة الشرعية، ص (١٥٤).

(٣) ينظر: إتحاف الأبصار بتبويب الأشباه والنظائر، ص (٢٩٥)، مطالب أولي النهى (٤٦١/٦)، معين الحكام، ص (١٤).

ويمكن للناظر في كلام بعض فقهاء الحنفية والمالكية أن يلخص شروط عدم سماع الدعوى للتقادم فيما يأتي^(١):

١- أن يعلم المدعي تسلط خصمه بوضع يده على الحق محل الدعوى وتصرفه فيه تصرف الملاك، وسكوت المدعي عن ذلك، أو يغلب على ظن القاضي علم المدعي بذلك^(٢).

٢- ألا يوجد مانع للمدعي من المطالبة طيلة هذه الفترة، كخوف من سلطان، أو وجود قرابة ونحو ذلك^(٣).

٣- أن يمضي على الحق الذي لم يطالب به مدة طويلة، بحيث يغلب على الظن كذبه في دعواه، واختلفوا في تحديد تلك المدة^(٤).

(١) وقد شرح هذه الشروط مفصلة محمد سعد العمري في رسالته (عدم سماع الدعوى للتقادم دراسة مقارنة)، ص (٥١).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي (٤/٢٣٤)، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣/٢٠٢)، تبصرة الحكام (٢/١٠١)، شرح الخرشي (٧/٢٨٥).

(٣) ينظر: رد المحتار (٤/٥٣٢)، مواهب الجليل (٦/٢٢٢).

(٤) ينظر: رد المحتار (٤/٥٣١)، الفروق (٤/٧٤)، حاشية الدسوقي (٤/٢٣٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، (٢/٨)، ومقدار مدة التقادم تختلف بحسب الآراء الفقهية والأحوال، وقد رأى بعض الفقهاء أن مدة التقادم التي تمنع من سماع الدعوى هي ثلاث وثلاثون سنة، وقيل: ست وثلاثون سنة، وقيل: ثلاثون سنة، وقد أفتى بعضهم بمنع القاضي من سماع الدعوى بعد مرور خمس عشرة سنة إلا في بعض الأبواب كالوقف والإرث فيرجع فيها للحاكم، وهم الحنفية. ينظر: البحر الرائق (٧/٢٢٨)، حاشية ابن عابدين (٤/٤٨٢)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٢/٣٣٨)، الدر المختار (٥/٤١٩).

أما المالكية فهم يفرقون في مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى بين الأقارب من جهة وغير الأقارب فمدة التقادم في الأقارب خمسون سنة، وقدر مدة غير الأقارب عشر =

٤- أن يكون المدعى عليه مُنكراً ملكية المدعي للحق موضوع الدعوى،
ناسباً الملكية لنفسه^(١).

وأما عن مبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في النظام السعودي فقد قرر
في عدة أنظمة؛ كما ذكر سابقاً^(٢).

وقد أوردت بعض القرارات والتعليقات شروطاً لعدم سماع الدعوى
للتقادم، كما زاد عليها بعض الباحثين استنباطاً من أنظمة أخرى، ولذا

= سنوات وقيل: ثمان سنوات. أنوار البروق في أنواء الفروق (٧٤ / ٤)، التاج والإكليل
على مختصر خليل (٢٧٥ / ٨).

وأما الشافعية فلم يعرف عنهم تحديد لمدة تقادم الدعوى، وأفتى فقهاؤهم المتأخرون
بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة. ينظر: حاشية الجمل (١٣ / ٥).
وأما الحنابلة فلم أقف على رأي لهم في تحديد مدة تقادم الدعوى.

وذلك أن لتقادم المدة والسكوت عن المطالبة، وعدم رفع الدعوى مدة طويلة من الزمن
مع التمكن عنه، والقدرة على ذلك، وعدم وجود العذر الشرعي، وذلك دليل بين
وعلامة على عدم الحق، لاسيما وإذا أحضر المدعي شهوداً فقد يحتمل الأمر وجود شبهة
تزوير واحتيال، كما يصعب على المدعي عليه بعد طول المدة إثبات الرفع لإثبات موت
الشهود أو ظروف البينات عليهم كما أن سكوت المدعي عن المطالبة بحقه بلا سبب يعدُّ
كالإقرار بأنه لا حق له وهذا مخالف للعرف. ينظر: تبصرة الحكام (١٠٣ / ١)، الطرق
الحكمية ص، (١٠٤)، البحر الرائق (٢٢٨ / ٧)، رد المحتار (٥٢٣ / ٤)، الفروق
(٧٣ / ٤)، الشرح الكبير للدسوقي (٢٢٤ / ٤)، وينظر فيما يتعلق بمدة التقادم: الحق
في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص (٢٣٣)، الجانب العملي والتطبيقي في التقادم
المكسب والمسقط في ضوء القانون المدني والمستحدث من القضاء، ص (٢٠)، وانقضاء
الخصومة بغير حكم «سقوط الخصومة وانقضاءها بالتقادم واعتبارها كأن لم تكن
وتركها»، ص (٣٠).

(١) ينظر: رد المحتار (٥٣٢ / ٤)، الشرح الكبير (٢٣٥ / ٤).

(٢) في التمهيد، المطلب الثاني: مفهوم عدم سماع الدعوى.

فيمكن القول بأنَّ شروط عدم سماع الدعوى للتقادم من الناحية النظامية هي^(١):

١- أن يكون ثمة حق بصفة راتب أو ما في حكمه قد نشأ وتكامل في ذمة الدولة.

٢- أن تكون المطالبة بالحق أمراً سهلاً وميسوراً من جهة النظام.

٣- أن يتخلف صاحب الحق أو وكيله أو ورثته عن المطالبة بها مدة سريان التقادم، دون أن يكون هناك سبب مشروع حال بينه وبين تلك المطالبة^(٢).

٤- مضي المدة المقررة نظاماً^(٣).

٥- مضي المدة بغير انقطاع^(٤).

٦- عدم سقوط الدعوى العامة بسبب آخر من قبل^(٥).

(١) وقد فصل فيها محمد العمري في رسالته (عدم سماع الدعوى للتقادم)، ص (٦٠).
 (٢) وردت هذه الشروط في قرار مجلس الوزراء رقم (٩٦٨)، تاريخ (١٦/٩/١٣٩٢هـ).
 (٣) ينظر: أصول المحاكمات الجزائية (١/٢٣٩).
 (٤) ينظر: المرجع السابق.
 (٥) ينظر: المرجع السابق.

ولا بد من الإشارة في خاتمة هذا المبحث إلى أن هذا التأصيل متوجه إلى سماع الدعوى وليس إلى ذات الحق، فإنَّ حق الإنسان لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء عملاً بالقاعدة الفقهية (الحق لا يسقط بتقادم الزمان)^(١).

المطلب السادس: لمحة عن «نظام الأحوال الشخصية» وأهميته:

كان العمل قبل صدور «نظام الأحوال الشخصية» على ما قرره الفقهاء المتقدمون من قرارات يشوب كثيراً منها صبغة الزمان والمكان الذي قررت فيه، وكان على القاضي الاجتهاد في اختيار الرأي الفقهي والترجيح بين أقوال الفقهاء، ثم الاجتهاد في تنزيل الرأي الذي يترجح له على الواقعة القضائية المعروضة عليه، ويحصل في خلال ذلك - مع كثرة القضايا وتنوعها واختلاف الأعراف - خلل يتمثل في التأخر بفض النزاعات لتعدد مراحل اجتهاد القاضي ثم ينجم عن ذلك - أيضاً - تفاوت وتباين في الأحكام القضائية.

لكن بصدور «نظام الأحوال الشخصية» بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٧٣) وتاريخ ٦/٨/١٤٤٣هـ انتهت كثير من السلبات التي كانت ملحوظة قبل صدور النظام.

وقد بُني «نظام الأحوال الشخصية» وفق مقاصد الشريعة الإسلامية، والأخذ بأفضل الممارسات القضائية والدراسات الحديثة؛ ليكون نظاماً متواكباً مع المتغيرات، ويستجيب للتحديات والتحديات.

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص (١١٩)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٢/٣٥٣).

ويسهم «نظام الأحوال الشخصية» في سرعة إنجاز القضايا المتعلقة بالأسرة، ويُعزز القدرة على التنبؤ بالأحكام القضائية واستقرارها، ويحد من تباينها، كما أنه يرفع جودة وكفاءة الأحكام^(١).

والمضامين الشاملة لـ«نظام الأحوال الشخصية» تسهم في صون كيان الأسرة وحقوقها، ومراعاة مصالحها، وتأطير العلاقة بين أفرادها.

كما أنّ نظام الأحوال الشخصية يسهم في ضبط السلطة التقديرية للقاضي، واستقرار مرجعيته والحدّ من التفاوت في الأحكام القضائية، وسرعة الفصل في النزاع المتعلقة بالأسرة، بما يُعزز شعور أفراد المجتمع بالعدالة وثقتهم بالسلطة القضائية^(٢).

(١) من تصريحات وزير العدل السعودي رئيس المجلس الأعلى للقضاء الدكتور وليد الصمغاني لجريدة الشرق الأوسط في عددها الصادر بتاريخ ٥/٨/١٤٤٣هـ الموافق ٨/٣/٢٠٢٢م.

(٢) من تصريحات رئيس ديوان المظالم رئيس مجلس القضاء الإداري الدكتور خالد اليوسف لجريدة الشرق الأوسط في عددها الصادر بتاريخ ٥/٨/١٤٤٣هـ الموافق ٨/٣/٢٠٢٢م.

المبحث الأول

عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى نفقة الزوجة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف النفقة:

وفيه مسألتان:

تحدث الفقهاء على عدم سماع الدعوى بسبب التقادم في عدة مسائل في أبواب الأحوال الشخصية، كما نصَّ «نظام الأحوال الشخصية» على عدم سماع الدعوى للتقادم في عدة مواضع منه، منها أربعة مواضع خاصة بالنفقة وهي النفقة على الزوجة وعلى الولد وعلى الوالدين وعلى القريب -على تفصيل سيأتي-، وقد خصصتُ لكل واحد منها مبحثاً مستقلاً، لكن أبتدئ قبل تفصيل الكلام في تلك المواضع الأربعة بتعريف النفقة لغة واصطلاحاً على النحو الآتي:

المسألة الأولى: تعريف النفقة في اللغة:

النَّفَقَةُ لغة: من الفعل أَنْفَقَ يُنْفِقُ إنفاقاً، مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك، وتعني الانقضاء والانتهاء، يقال: «نفقت الدابة» إذا ماتت، و«أنفق الرجل» إذا افتقر وذهب ماله؛ سميت بذلك لما فيها من صرف المال وإهلاكه^(١).

(١) ينظر: مقاييس اللغة، باب النون والفاء والقاف (٥/ ٤٥٤)، مختار الصحاح، مادة (نفق)، ص (٣١٦)، تاج العروس، مادة (نفق) (١٣/ ٤٦٤).

وهي: «ما يبذله الإنسان من الدراهم ونحوها على نفسه أو على من يعول»^(١).

المسألة الثانية: تعريف النفقة في الاصطلاح:

عرّف الفقهاء النفقة بعبارات مختلفة، ومن ذلك: «كِفَايَةُ مَنْ يَمُونُهُ خُبْرًا وَإِدَامًا وَكِسْوَةً وَسَكَنًا وَتَوَابِعَهَا»^(٢).

وأما النفقة في النظام السعودي فهي: «المال الواجب على الشخص إنفاقه على من يستحقه شرعاً»^(٣).

العلاقة بين المعنى اللغوي والشرعي:

بالنظر إلى المعنيين اللغوي والشرعي نجد أنّ المعنى الشرعي أخصّ، فقد قيّد بالكفاية الواجبة، بخلاف المعنى اللغوي الذي يفيد حصول معنى النفقة على مطلق الإنفاق سواء أكانت واجبة أم غير واجبة، وسواء كان على من يمونه أو غيرهم.

الأدلة على وجوب نفقة الزوج على زوجته:

دلت الأدلة الشرعية على وجوب نفقة الزوج على زوجته، ومن ذلك:

- (١) لسان العرب، مادة (نفق) (١٠/٣٥٧).
- (٢) شرح منتهى الإرادات (٣/٢٢٥)، وينظر في تعريف النفقة عند باقي المذاهب: تبيين الحقائق (٣/٥٠)، الفواكه الدواني (٣/٢٣)، تحفة المحتاج (٢/٣٨٥).
- (٣) نصّ «تنظيم صندوق النفقة» على هذا التعريف في مادته الأولى، وتنظيم صندوق النفقة صادر بموافقة مجلس الوزراء بقراره رقم (٦٧٩) وتاريخ ١٥/١١/١٤٣٨ هـ.

- قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾^(١).

أي: لينفق الزوج على زوجته^(٢)، وقوله: (لينفق) أمر، والأمر للوجوب، وأمره بالنفقة مع يسار الزوج وإعساره فيه دلالة على الوجوب^(٣).

- ومن هذه الأدلة قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُؤْطِئَنَّ فُرُوشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاصْرِبُوهُنَّ صَرْبًا غَيْرَ مُبْرَحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ))^(٤)، فدلَّ الحديث على وجوب نفقة الزوجة وكسوتها على الزوج^(٥).

(١) الطلاق: ٧.

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٣/ ٢٢٥).

(٣) ينظر: المغني (٨/ ١٩٥)، الجامع لأحكام القرآن (١٨/ ١١٢)، العناية (٤/ ٣٧٨)، العدة في أصول الفقه (١/ ٢٢٤)، بدائع الصانع (٤/ ٢٤)، كنز الدقائق (١/ ٣١٣)، الشرح الكبير للدردير (٢/ ٥٠٩)، روضة الطالبين (٩/ ٤١)، الكافي لابن قدامة (٣/ ٢٣٢)، كشاف القناع (٥/ ٤٦٠).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رقم (١٢١٨)، (٢/ ١٩٠).

(٥) ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم (٨/ ٤١٣).

- وقد أجمع الفقهاء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها^(١)، وأنها تعدُّ من حقوق عقد الزواج الصحيح^(٢).

كما اتفق الفقهاء على وجوب الكسوة للزوجة على زوجها ويرجع تقديرها إلى العرف^(٣)، كما اتفقوا على وجوب توفير السكن المناسب للمرأة^(٤)، واتفقوا على سقوط النفقة عن الزوجة الناشز^(٥)، واختلفوا في تقدير ما عداها كالطعام والشراب والكسوة ونفقة العلاج والخادم^(٦).

وأما مسألة التقادم في دعوى نفقة الزوجة فصورتها:

أن يترك الزوج الإنفاق على زوجته مدة من الزمن سواء في حضوره أو غيابه وتنفق هي على نفسها من مالها أو من مال غيرها، من غير أن تطالب الزوجة بحقها من النفقة أو أن تقيم دعوى عند القاضي بذلك، فهل يحق لها أن تقيم الدعوى بذلك متى ما أرادت؟ أو يسقط حقها في ذلك؟

(١) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع للفاسي (٢/٥٥)، الإقناع لابن المنذر (١/٣١٢)، مراتب الإجماع ص (٨٠).

(٢) يمكن للنظر في كلام الفقهاء تلخيص شروط وجوب نفقة الزوجة بأنها:
١- أن يكون الزواج صحيحاً مكتمل الأركان والشروط. ٢- عدم نشوز الزوجة.
٣- تسليم الزوجة نفسها لزوجها تسليماً تاماً. ٤- إمكانية وطء الزوجة. ٥- أن يكون الزوج بالغاً. ٦- أن يكون الزوج قادراً على النفقة.

ينظر: بدائع الصانع (٤/١٦)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٤/١٨٢)، الحاوي الكبير (١١/٤٤٠)، المغني (٨/١٩٥).

(٣) ينظر: الإشراف (٥/١٧٥)، بداية المجتهد (٢/٥٤).

(٤) ينظر: روضة الطالبين (٩/٥٢).

(٥) ينظر: مراتب الإجماع ص (٧٩).

(٦) ينظر: المبسوط (٥/١٨٢)، التاج والإكليل (٥/٥٤٤)، كشف القناع (٥/٤٦٠).

وتنقسم دراسة هذه الصورة إلى قسمين، بناءً على الجانبين الفقهي والنظامي:

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى نفقة الزوجة في الفقه:

- اتفق الفقهاء على أن الزوجة إذا عفت عن نفقتها الحاضرة أو الماضية الثابتة في ذمة زوجها فإنها تسقط^(١).

- كما اتفق الفقهاء كذلك على أن الزوج إذا ترك نفقة زوجته وقد فرض لها الحاكم النفقة فإنه يلزم بالنفقة الماضية^(٢).

ووقع الخلاف بينهم فيما إذا سكتت عن المطالبة بالدعوى حتى تقادم الزمن فهل يحق لها المطالبة؟ فيه قولان:

القول الأول:

يسقط حق الزوجة في إقامة دعوى النفقة مع تقادم الزمن - ما لم يفرضها الحاكم، أو كان الزوجان قد تصالحا على النفقة من قبل -، وهو مذهب الحنفية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢٣/٤)، أسنى المطالب (٤٣٨/٢)، شرح منتهى الإرادات (٦٣/٣).

(٢) ينظر: البحر الرائق (٢١٣/٤)، الأم (٣٤٥/٥)، المحلى (٢٤٩/٩)، المغني (١٩٥/٨)، حاشية الروض المربع (١٢٠/٧).

(٣) ينظر: البحر الرائق (٣١٣/٤)، حاشية ابن عابدين (٣١٥/٥).

(٤) المغني (١٩٥/٨)، الفروع (٢٩٨/٩).

القول الثاني:

لا يسقط حق الزوجة في إقامة دعوى النفقة مطلقاً مع تقادم الزمن، ولا يسقط حقها إلا بالأداء أو الإبراء، وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول -القائلون بأنه يسقط حق الزوجة في إقامة دعوى النفقة مع تقادم الزمن بناء على سقوط حق النفقة مع التقادم ما لم يفرضها الحاكم، أو كان الزوجان قد تصالحا على النفقة من قبل - بما يأتي:
الدليل الأول:

أنها نفقة تجب يوماً فيوماً، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم قياساً على نفقة الأقارب، وذلك لمضي وقتها فيترتب عليه سقوط حقها في إقامة الدعوى^(٤).

(١) ينظر: الفواكه الدواني (٢/١١٠)، حاشية العدوي (٢/١٧٤)، التاج والإكليل (٥/٥٥٩).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج (٣/٥١٣)، مغني المحتاج (٤/٢٢٦)، روضة الطالبين (٩/٤٢).

(٣) المغني (٨/١٩٥)، الفروع (٩/٢٩٨)، منتهى الإرادات (٤/٤٤٧).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢٩)، المغني (٨/١٩٥)، المبدع (٧/١٥٣).

مناقشة الدليل:

أن نفقة الزوجة تفارق نفقة الأقارب، حيث إن نفقة الأقارب يُراعى فيها حال اليسار والإعسار فتجب حال اليسار وتسقط حال الإعسار، وإذا مضى زمنها استغنى عنها، بخلاف نفقة الزوجة فهي تجب بكل الأحوال مقابل الاستمتاع والتمكين^(١).

الدليل الثاني:

أن هذه النفقة وإن كانت تشبه الأعواض لأنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها وقيامها بشؤونه لكنها ليست بعوض حقيقة، فهي تجري مجرى الصلة، وهي تشبه الصلة لكون المنافع المترتبة على الاحتباس عائدة على كلا الزوجين فيكون واجبا عليها فلا تستحق شيئا على الزوج، ونظرا لشبهها بالصلة فإنها تسقط بمضي المدة من غير قضاء، ولشبهها بالعوض فإنها تكون ديناً بالقضاء بها، ولذلك سهاها الله تعالى رزقا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢).

والرزق اسم للصلة، والصلوات لا تملك بأنفسها بل بقرينة معها وهي القبض^(٣)، فهي لا تجب في ذمة الزوج إلا بالقضاء أو التراضي، فإذا لم يحصل أحدهما فليست النفقة واجبة، فتسقط عن الزوج^(٤).

(١) ينظر: المغني (٨/ ١٩٥)، المبدع (٧/ ١٥٣).

(٢) البقرة: ٢٣٢.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٥)، البحر الرائق (٤/ ٢٠٣).

(٤) ينظر: الدر المختار (٣/ ٦٢٣)، المغني (٨/ ١٩٥).

مناقشة الدليل:

يمكن أن يناقش الدليل بأنه وإن كانت النفقة على الزوجة نوع صلة لكن لا يمنع ذلك وجوبها على الزوج حتى مع تقادم الزمن لاسيما وأنها حق ثبت في الذمة فيجب الوفاء به حتى مع وجود التقادم، كما لا يُسَلَّم أن النفقة لا تجب إلا بالقضاء أو تصالح الزوجين عليها، بل هي واجبة بأصل الشرع. فالنفقة على الزوجة نوع عوض؛ لأن النفقة شرعت عوضاً عن الاحتباس الذي يجب للزوج على زوجته.

الدليل الثالث:

حديث هند بنت عتبة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا التي اشتكت زوجها إلى الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال لها: ((حُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ))^(١).

ووجه الدلالة:

أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يأمرها بأخذ النفقة الماضية.

أدلة القول الثاني:

استدلَّ أصحاب القول الثاني -القائلون بعدم سقوط حق الزوجة في إقامة دعوى النفقة مع تقادم الزمن- بما يأتي:

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم (٥٣٦٤)، (٧/٦٤).

الدليل الأول:

الأثر الموقوف: «كَتَبَ عُمَرُ إِلَى أَمْرَاءِ الْأَجْنَادِ: أَنْ ادْعُ فَلَانًا وَفُلَانًا - نَاسًا قَدْ انْقَطَعُوا مِنَ الْمَدِينَةِ وَخَلَوْا مِنْهَا-، فَإِمَّا أَنْ يَرْجِعُوا إِلَى نِسَائِهِمْ، وَإِمَّا أَنْ يَبْعَثُوا إِلَيْهِنَّ بِنَفَقَةٍ، وَإِمَّا أَنْ يُطَلِّقُوا وَيَبْعَثُوا بِنَفَقَةٍ مَا مَضَى»^(١).

ووجه الدلالة:

أنَّ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أمر من غاب من الأزواج أن يرسلوا نفقة ما مضى، وهذا يدلُّ على بقائها في ذمتهم وعدم سقوطها وبالتالي عدم سقوط حق المطالبة بها حتى مع تقادم الزمان.

مناقشة وجه الدلالة:

أنَّ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إنما أمر الأزواج إذا طلقوا أن يبعثوا بنفقة ما مضى، ولم يأمرهم أنه إذا قدموا أن يدفعوا نفقة ما مضى، ولا يلزم من الإلزام بالنفقة الماضية بعد الطلاق وانقطاعها بالكلية الإلزام بها إذا عاد الزوج إلى النفقة والإقامة^(٢).

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف، كتاب العدة والنفقة، باب الرجل يغيب عن امرأته، فلا ينفق عليها، رقم (١٢٣٤٦)، (٩٣/٧) وينظر: السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته (٧٧٢/٧)، رقم (١٥٧٠٦)، أخرجه الشافعي في المسند (٦٥/٢)، كتاب النكاح، باب في النفقات رقم (٢١٣).

(٢) المغني (٨/١٩٥)، مطالب أولي النهى (٥/٦٢٥).

يمكن أن يجاب عن المناقشة:

أنه لا فرق بين ثبوت النفقة قبل الطلاق وبعده، فهي تجب في الحالتين حيث إنها حق ثابت عن مدة سابقة.

الدليل الثاني:

أنَّ النفقة عوض واجب مع يسار الرجل وإعساره، فلا تسقط النفقة بتقادم الزمن كالأجرة والديون، بجامع أنَّ كلاً منهما حقٌّ من حقوق العباد، وقد ثبت وجوبها ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها، وبالتالي فلا يسقط حق إقامة الدعوى بها^(١).

مناقشة الدليل:

أنَّ هذا حكم الواجب مطلقاً لا حكم الواجب عن طريق الصلة بل حكمه أنه يسقط بمضي الزمان كنفقة الأقارب^(٢).

الدليل الثالث:

أنَّ نفقة الزوجة وجبت بالعقد فلا تحتاج إلى حكم الحاكم أو إلى تراضي الزوجين في جعلها ديناً بعد العقد كالصداق^(٣).

(١) ينظر: تحفة المحتاج (٣/٥١٣)، المغني (٨/١٩٥)، المهذب (٣/١٥٥)، مطالب أولي النهى (٦/٦٢٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢٦).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/١٨٥).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلتها يتضح أنّ منشأ الخلاف من الناحية الفقهية هو: «أنّ نفقة الزوجة لها شبهان: شبه بالعوض، وآخر بالصلة عطاء من غير عوض، فهي ليست عوضاً من كل وجه وليست صلة من كل وجه، أما شبهها بالعوض فلأنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها وقيامها بشؤون البيت ورعاية الأولاد، وأما شبهها بالصلة فلكون المنافع المترتبة على الاحتباس عائدة على كلا الزوجين فيكون واجباً عليها فلا تستحق به شيئاً على الزوج، فنظراً لشبهها بالصلة تسقط بمضي المدة من غير قضاء ولا تراض من الزوجين كنفقة الأقارب، ولشبهها بالعوض تصير ديناً بالقضاء بها أو التراضي عليها»^(١).

ومن حيث الترجيح فإنه مع قوة ما استدللّ به القائلون بعدم سقوط حق الزوجة في إقامة دعوى النفقة مع تقادم الزمن، لا سيما الاستدلال بأنّ الأصل أنّ ما وجب على الشخص يبقى في ذمته ديناً حتى يوفيه أو يبرئه منه صاحبه، لكن حيث إنّ المسألة هنا ليست في سقوط الحق من ذمة الزوج بل سقوط حق الزوجة في إقامة الدعوى القضائية فإنّ الظاهر يترجح على الأصل، ويكون سكوت الزوجة عن المطالبة مدة من الزمن كفيل بإسقاط حقها في إقامة الدعوى نظراً إلى أنّ الظاهر أنّ سكوتها لرضى أو تنازل أو أنّ الزوج قائم بالنفقة، وقد يعجز عن إثبات ذلك لا سيما إذا تقادم الزمان^(٢)،

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢٠ / ٧).

(٢) ينظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٦٦١).

فترجيح القول الأول القائل بسقوط حق الزوجة في إقامة دعوى النفقة مع تقادم الزمن هو المتوجه وهو الأوفق الذي تنقطع به كثير من الخصومات التي منشؤها الإضرار والتعنت لا مجرد الحصول على الحق.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية عند كلامه عن النفقات الماضية: «فلا بدَّ من التفصيل في الماضي مطلقاً في هذا الباب، وهذه المعاني من تدبرها تبين له سرُّ هذه المسألة، فإنَّ قبول قول النساء في عدم النفقة في الماضي، فيه من الضرر والفساد ما لا يحصيه إلا رب العباد»^(١).

المطلب الثالث: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى نفقة الزوجة في النظام:

أخذ «نظام الأحوال الشخصية» بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى نفقة الزوجة؛ حيث نصَّت الفقرة الثانية من المادة (الثانية والخمسين) من «نظام الأحوال الشخصية» على أنه: «لا تسمع الدعوى بنفقة الزوجة عن مدة سابقة تزيد على (ستين) من تاريخ إقامة الدعوى».

لكنَّ النظام أكَّد على أنَّ الأخذ بهذا المبدأ لا يعني سقوط النفقة الماضية من ذمة الزوج ولا براءته منها، حيث نصَّ في الفقرة الأولى من المادة (الثانية والخمسين) وهي الفقرة السابقة للفقرة المذكورة آنفاً على أنه: «لا يسقط حق الزوجة في النفقة إلا بالأداء أو الإبراء».

والمأمل في وجهة النظام يلحظ فيها إقامة العدل بين الزوجين؛ بعدم إضاعة حق الزوجة حيث أتاح لها مدة ستين وهي مدة كافية لإقامة الدعوى (١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٤ / ٨١).

ومطالبتها بأخذ حقها وعدم السكوت والإهمال، وكذلك حفظ حق الزوج بعدم تكليفه بنفقة سنين عديدة ترهقه، وقد تستنفد ثروته ورأس ماله. وبذلك يتبين أن من العدل حمل الزوجة على أن تطلب حقها أولاً بأول، بحيث لا تتأخر أكثر من سنتين، وذلك عن طريق منع سماع دعاوها بعد مضي هذه المدة.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن «نظام الأحوال الشخصية» قد استثنى حالة واحدة من المبدأ الذي قرره المادة (الثانية والخمسون) فأجاز سماع الدعوى فيها ولو كانت المطالبة عن مدة سابقة تزيد على سنتين من تاريخ إقامة الدعوى، وهي: إذا لم يوثق الزوج المراجعة ولم تعلم بها الزوجة.

فقد نصّت الفقرة الثالثة من المادة (الثانية والتسعين) من «نظام الأحوال الشخصية» على أنه: «إذا لم يوثق الزوج المراجعة ولم تعلم بها الزوجة، فلها المطالبة بالنفقة عن المدة السابقة، وذلك استثناء من الفقرة (٢) من المادة (الثانية والخمسين) من هذا النظام».

المبحث الثاني

عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد

وفيه مطلبان:

دلت الأدلة الشرعية على وجوب نفقة الولد على أبيه، ومن ذلك قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وَأَبْدَأُ بِمَنْ تَعُولُ))^(١)، وحديث هند بنت عتبة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا السابق: ((خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ))^(٢).

وقد أجمع الفقهاء على وجوب نفقة الوالد الموسر على أولاده الأطفال الذين لا مال لهم^(٣).

وأما مسألة التقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد، فصورتها: أن يترك الأب الموسر الإنفاق على ولده مدة من الزمن سواء في حضوره أو غيابه، وتنفق الأم على الولد من مالها إن كانت موسرة، وإن كانت معسرة فينفق من تجب عليه النفقة في حالة عدم الأب، ناوياً - حين إنفاقه - الرجوع

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، حديث رقم (٥٣٥٥)، (٦٣/٧).

(٢) سبق تخريجه ص (١٦٠).

(٣) ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص ٩٢)، الإشراف (١/١٢٩)، المغني (٨/١٩٥)، وعند الحنفية رواية أن النفقة على الولد تكون بالمشاركة بين والديه، فالأب يدفع ثلثي النفقة والأم الثلث الباقي، والمذهب عندهم على الإجماع السابق، ينظر: بدائع الصنائع (٣٢/٤).

على الأب، فهل يحق لهما أن يقيما الدعوى على الأب متى ما أرادا؟ أو يسقط حقهما في ذلك؟
ويمكن تقسيم الكلام في ذلك إلى مسألتين لبحث الجانب الفقهي والنظامي:

المطلب الأول: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد في الفقه:

الأصل في النفقة الماضية على الولد هو السقوط وعدم الاستحقاق إلا بفرض حاكم وذلك عند الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٤/٣٨)، الاختيار لتعليل المختار (٤/١٣).

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٦٢٩).

(٣) مغني المحتاج (٤/٢٢٦).

(٤) جاء في الإنصاف: «قوله: (وإن ترك الإنفاق الواجب مدة: لم يلزمه عوضه) هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقدمه في الفروع، وقال: أطلقه الأكثر وجزم به في الفصول. وقال المصنف، والشارح: فإن كان الحاكم قد فرضها: فينبغي أن تلزمه. لأنها تأكدت بفرض الحاكم، فلزمته. كنفقة الزوجة. قال في الرعايتين: ومن ترك النفقة على قريبه مدة: سقطت إلا إذا كان فرضها حاكم. وقيل: ومع فرضها، إلا أن يأذن الحاكم في الاستدانة عليه أو القرض. زاد في الكبرى: أو الإنفاق من مالها لترجع به عليه لغيته أو امتناعه. قال الشيخ تقي الدين رَحْمَةُ اللَّهِ: من أنفق عليه بإذن حاكم: رجع عليه، وبلا إذن فيه خلاف. وقال في المحرر: وأما نفقة أقاربه: فلا تلزمه لما مضى. وإن فرضت إلا أن تستدين عليه بإذن الحاكم. قال في الفروع: وظاهر ما اختاره شيخنا: وتستدين عليه. فلا يرجع إن استغنى بكسب، أو نفقة متبرع» (٩/٤٠٣)، وينظر: الكافي (٣/٢٤٢)، المغني (٨/١٩٥).

فيمكن القول بأن الفقهاء أخذوا بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد.

وتعليهم لذلك: أن هذه النفقة وجبت لإحياء النفس وسد حاجتها وقد حصل المقصود^(١)، وقالوا: إن النفقة على الولد إنما وجبت صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه، فهي وجبت لترجية الحال، فإذا فات زمانها استغنى عنها، كما لو استغنى عنها بيساره^(٢).

وقد وقع الخلاف بين الفقهاء فيما إذا أعسر الأب بنفقة أولاده، ولم يكن للولد أقارب غير أمه وكانت الأم موسرة، فهل يجب عليها النفقة وهل ترجع على الأب إذا أيسر بنفقة ما مضى من الزمن وبالتالي هل يحق لها إقامة دعوى التقادم بنفقة الوالد على ابنه؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

يجب على الأم الموسرة الإنفاق على ولدها، وهذا مذهب الحنفية^(٣)، ...

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٤/١٣)، مغني المحتاج (٤/٢٢٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٣٨)، المغني (٨/١٩٥).

(٣) ونص بعضهم على أنها ترجع على الأب إذا أيسر، قال السرخسي: «والأم موسرة أمرت بأن تنفق من مالها على الولد، ويكون ذلك دينا على الأب إذا أيسر»، المبسوط (٥/٢٢٣)، وفي رواية عندهم أنه إذا توفي الأب فإن النفقة تكون على الجد والأم أثلاثاً كالميراث ثلثها على الأم وثلثها على الجد، وقد اختلفوا فيما بينهم في رجوع الأم وغيرها من الأقارب على الأب فيما إذا أنفقوا على الابن الكبير السن، وأما الصغير فمحل اتفاق بينهم. ينظر: المبسوط (٥/٢٢٣)، بدائع الصنائع (٤/٣٣)، شرح كنز الدقائق (٣/٥٥).

.... والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

القول الثاني:

لا يجب على الأم الموسرة الإنفاق على ولدها مطلقاً مع وجود الأب أو عدمه سواء أكانت الأم موسرة أم معسرة، وهذا مذهب المالكية^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول -القائلون بأنه يجب على الأم الموسرة الإنفاق على ولدها- بما يأتي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾^(٤).

(١) ورأى الشافعية أنها تجب على الجد أبي الأب ثم آباءه وإن علوا دون الأم، سواء مات الأب أو أعسر ثم تنتقل إلى الأم، وقد استدلوا على أنها تجب على الجد أولاً ثم الأم بأنه لما قام الجد مقام الأب في الولاية واختص دون الأم بالتعصيب وجب أن يقوم مقامه في التزام النفقة على الأبناء. ينظر: الحاوي الكبير (٧٩/١٥)، المهذب (٣/١٥٩).

(٢) وقد اتفق الحنابلة مع رأي بعض الحنفية في وجوب النفقة أثلاثاً على الجد والأم وقالوا لاحقاً للأم في الرجوع على الأب عند يساره؛ لأن الأم كالأب فإذا أنفق الأب على ابنه فليس له حق الرجوع على أحد فكذا الأم. ينظر: المغني (٨/١٩٥)، منتهى الإرادات (٤/٤٦٢)، كشاف القناع (٥/٤٦٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل (٤/٢٠٢)، الشرح الكبير للدردير (٢/٥٢٤).

(٤) البقرة: ٢٣٢.

وجه الدلالة:

أنه لما وجب على الأم ما عجز عنه الأب من الرضاع، وجب عليها ما عجز عنه من النفقة^(١).

الدليل الثاني:

قياس الأم على الأب، فكما أنه يجب على الأب الإنفاق على ولده؛ لأنه بعضه، فكذلك يجب على الأم الإنفاق على ولدها؛ لأنَّ البعضية قائمة بينها^(٢)، وحينما وجبت على الأب وولادته من جهة الظاهر فلأنَّ تجب على الأم وولادتها من جهة القطع أولى^(٣).

الدليل الثالث:

أنَّ الأم تشبه الأب في أنَّ بينها وبين ولدها قرابة، توجب رد الشهادة ووجوب عتق أحدهما على الآخر^(٤).

الدليل الرابع:

أنَّ الأم أحد الوالدين فتجب عليها النفقة عند إعسار الأب كوجوبها على الأب عند يساره^(٥).

(١) ينظر: تحفة المحتاج (٣/٥١٣)، نهاية المحتاج (٧/٢١٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٧٩)، مغني المحتاج (٤/٢٢٦).

(٣) المهذب (٣/١٥٩).

(٤) ينظر: المهذب (٢/٢١٢)، المغني (٨/١٩٥)، الشرح الكبير لابن قدامة (٩/٢٧٦).

(٥) ينظر: المغني (٨/١٩٥).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني -القائلون بأنه لا يجب على الأم الموسرة الإنفاق على ولدها مطلقاً- بما يأتي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾^(١).

وجه الدلالة:

أن الله تعالى قد أوجب الإنفاق على النساء من أموال الأزواج، ولم يوجب النفقة عليهنّ وذلك لضعفهن^(٢).

يمكن مناقشة وجه الدلالة:

بأنه ليس في الآية إشارة إلى أن الإنفاق على الأب حتى ولو كان معسراً، وإنما يفهم منها وجوبها على الأب حال يساره.

الدليل الثاني:

قوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة رضي الله عنها: ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف))^(٣).

(١) النساء: ٣٤.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧٩ / ١٥).

(٣) سبق تخريجه ص، (١٦٠).

وجه الدلالة:

أنَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أباح لهند رَضِيَ اللهُ عَنْهَا الأخذ من مال زوجها والنفقة على أولادها، ولو كانت النفقة واجبة على الأم لما أمرها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالأخذ من مال زوجها.

المناقشة:

يمكن أن يناقش وجه الدلالة من الحديث بما نوقش به وجه الدلالة من الآية في الدليل السابق.

الدليل الثالث:

حديث أم سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلْ لِي مِنْ أَجْرٍ فِي بَنِي أَبِي سَلَمَةَ أَنْ أُنْفِقَ عَلَيْهِمْ وَلَسْتُ بِتَارِكْتِهِمْ هَكَذَا وَهَكَذَا، إِنَّمَا هُمْ بَنِيَّ؟ قَالَ: ((نَعَمْ، لَكَ أَجْرٌ مَا أَنْفَقْتِ عَلَيْهِمْ))^(١).

وجه الدلالة:

أنَّ أم سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا عندما سألت عن حصول الأجر بالنفقة على الأولاد لم تعتقد الوجوب عليها، ولم ينبه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى مسألة الوجوب بل أقرها على ثبوت الأجر، فدلَّ على عدم وجوب النفقة على الأم حتى لو كانت موسرة وحتى لو كان الأب ميتاً ولم يترك مالاً^(٢).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب وعلى الوارث مثل ذلك وهل على المرأة منه شيء. (٥/٢٠٥٤)، رقم (٥٠٥٤).

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٣/١٧).

المناقشة:

يمكن أن يناقش وجه الدلالة: بأنَّ الحديث ليس فيه إلا تقرير ثبوت الأجر لها، وليس بيان حكم النفقة على الأم.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في المسألة الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الأول القائل بأنه يجب على الأم الموسرة النفقة على ولدها إذا كان الأب معسراً، وليس لها حق الرجوع على الأب إذا أيسر.

وذلك لقوة ما استدلوا به، ولأنه لما وجب على الولد نفقة أبيه؛ وجب أن يتحمل أبواه نفقته، ولأن الأم تقاس على الأب، فإذا أنفق الأب على ابنه فليس له حق الرجوع على أحد؛ فكذا الأم إذا أنفقت على ولدها ليس لها الرجوع على أحد^(١)، ولورود المناقشة على أدلة القول الثاني، ولأنَّ أدلة القول الثاني ترتبط بكون الأب موسراً ولم ينفق.

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد في النظام:

أخذ «نظام الأحوال الشخصية» بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد؛ حيث نصت المادة (التاسعة والخمسون) من «نظام الأحوال الشخصية» على أنه: «في حال عدم إنفاق الأب الموسر أو غيابه ولم يكن له مال يمكن الإنفاق منه على الولد، تنفق

(١) ينظر: المغني (٨/ ١٩٥).

الأم إن كانت موسرة، وإن كانت معسرة فينفق من تجب عليه النفقة في حالة عدم الأب، وتكون ديناً على الأب يرجع بها من أنفق إن كان قد نوى الرجوع على الأب حين إنفاقه، ولا تسمع دعوى الرجوع بنفقة تزيد على (سنة) سابقة لتاريخ إقامة الدعوى».

وقد نصَّ «نظام الأحوال الشخصية» في المادة (الثامنة والخمسين) على أنه «تجب على الأب منفرداً نفقة الولد الذي لا مال له، إذا كان الأب موسراً أو قادراً على الكسب»، والنظام بذلك موافق لإجماع الفقهاء.

كما أن ما جاء في المادة (التاسعة والخمسين) من النظام موافق لنصوص الشرع وأحكامه المبنية على المصلحة، ففي حال عدم إنفاق الأب الموسر إما لإهماله أو غيابه فإنه ينفق على الولد من مال الأب إن وجد، فتنفق الأم على ولدها من مال الأب بالمعروف على قدر الكفاية دون الرجوع للقاضي.

أما إذا كان الأب معسراً ولم يكن له مال للإنفاق على الولد فإنه يجب على الأم الإنفاق على الولد إذا كانت موسرة على رأي جمهور الفقهاء، وأما إن أنفق غيرها بنيت الرجوع على الأب إذا أيسر فإن له حق الرجوع، على أنه لا تُسمع دعوى الرجوع بنفقة الولد لمدة تزيد على سنة سابقة لتاريخ إقامة الدعوى.

وهذا القول هو الأقرب لمصلحة جميع الأطراف، ففيه -أولاً- حفظ لحق الولد بوجوب النفقة عليه إما من الأب أو الأم الموسرة أو من غيرهما.

وفيه -ثانياً- حفظ لحق الأب بسقوط حق رفع دعوى التقادم بالنفقة بعد مرور سنة سابقة لتاريخ إقامة الدعوى وذلك بعدم تكليفه نفقة سنوات بعد سكوت المنفق وإهماله عن إقامة الدعوى مع تمكنه من ذلك، لاسيما بعد إيسار الأب وقدرته على سداد ما دفع عن ابنه.

وفيه -أيضاً- حفظ لحق المنفق المنقذ للولد الذي أنفق عليه أولاً بنية الرجوع على الأب إذا أيسر، فله حق المطالبة وإقامة الدعوى على ألا تزيد عن سنة سابقة لإقامة الدعوى؛ لأن مدة السنة كافية في إقامة الدعوى والمطالبة بحقه عند القاضي.

المبحث الثالث

عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين

وفيه مطلبان:

تجب نفقة الوالدين الفقيرين على الأبناء الموسرين بقدر إرثهم، وتجب النفقة «كاملة» إذا كان المنفق عليه لا يملك شيئاً، أو «تتمتها» إذا كان لا يملك البعض، لأبويه وإن علوا^(١).

ومن أدلة ذلك:

من القرآن:

قول الله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾^(٢).

وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾^(٣).

(١) يرى الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة أنه إذا تعدد الأولاد الموسرون فإنَّ النفقة تُوزَّع على قدر الميراث، وأما المالكية فالراجح عندهم أنَّ النفقة بقدر اليسار حيث تفاوتوا فيه. وقال بعضهم: توزَّع على حسب الرؤوس فالذكر كالأنثى، وقال بعضهم: توزَّع بحسب قواعد الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين. ينظر: فتح القدير (٣/٣٤٣)، حاشية ابن عابدين (٢/٩٢٧)، الدر المختار (٢/٩٢٦)، اللباب (٣/١٠٥)، المغني (٨/١٩٥)، الروض المربع (ص ٦٢٢)، وأما النظام السعودي فقد نصت المادة السابعة من «نظام حقوق كبير السن ورعايته» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٧) وتاريخ ١٤٤٣هـ/٦/٣ على ما يأتي: «تكون نفقة رعاية كبير السن المحتاج وفقاً لمقتضيات النفقة الشرعية».

(٢) الإسرائيل: ٢٣.

(٣) العنكبوت: ٨.

وجه الدلالة:

أن في الآيتين وجوب الإنفاق على الوالدين بدليل قوله تعالى: ﴿وَقَضَى﴾، أي: ألزم وأوجب، فليس من الإحسان عدم الإنفاق على الوالدين إذا كانا فقيرين، أو أحدهما بل الإنفاق عليهما هو من أحسن الإحسان^(١).

ومن السنة:

ما ثبت من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه قال: قال رجل: أيُّ الناس أَحَقُّ مِنِّي بِحُسْنِ الصَّحْبَةِ؟ قَالَ: ((أُمَّكَ))، قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: ((أُمَّكَ))، قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: ((أُمَّكَ))، قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: ((أَبُوكَ))^(٢).

وجه الدلالة:

أن الحديث دلَّ على أن صحبة الوالدين مقدمة على أي أحد، ومن أهم دلائل الصحبة: النفقة على الوالدين إذا كانا محتاجين.

ومن الأدلة - أيضاً - حديث أن رجلاً جاء إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومعه أبوه، فقال: «يا رسول الله، إنَّ لي مالاً، وإنَّ لي أباً وله مال، وإنَّ أبي

(١) ينظر: تفسير القرآن العظيم (٥ / ٦٥)، المهذب (٣ / ١٦٦)، كشف القناع (٥ / ٤٦٠)، الروض المربع، ص (٦٢٢).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب بر الوالدين وأنها أحق به، رقم الحديث (٢٥٤٨)، (٤ / ١٩٧٤).

يريد أن يأخذ مالي»، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أنت ومالك لأبيك، إنَّ أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإنَّ ولده من كسبه))^(١).

وجه الدلالة:

أنَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد أضاف مال الابن إلى مال الأب بلام التملك وظاهره يقتضي أن يكون للأب في مال ابنه حقيقة الملك، فإن لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التملك عند الحاجة، لا سيما وأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد أطلق للأب حق الأكل من كسب ولده بل عدَّ كسب الرجل أطيب المأكول فيفهم وجوب نفقة الوالد من كسب الابن لأنه منه^(٢).

وقد أجمع أهل العلم على أنَّ نفقة الوالدين الفقيرين اللذَّين لا كسب لهما، ولا مال، واجبة في مال الولد^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده، رقم (٣٥٢٨)، (٢٨٨/٣)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب الحث على المكاسب، رقم (٢١٣٧)، (٢٦٩/٣)، وأحمد في مسنده رقم (٢٤١٤٨) (١٧٩/٤٠)، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٣/٣٢٥، وفي سنن أبي داود علَّق عليه شعيب الأرئوط بأنه «صحيح لغيره، وهذا إسناد حسن»، ينظر: سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرئوط ومحمد كامل (٣٩٠/٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣١/٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٣١/٤)، الكافي في فقه أهل المدينة (٦٢٩/٢)، المهذب (١٦٥/٣)، المغني (١٩٥/٨).

ومن المعقول:

أنَّ ولد الإنسان جزء منه، وهو جزء والده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله فكذلك ينفق على جزئه وأصله^(١).

وأما مسألة التقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين فصورتها: أن يكون للوالدين أو أحدهما أكثر من ولد، وينفق أحد الأولاد من ماله على والده مدة من الزمن ناوياً - حين إنفاقه - الرجوع على إخوته بما ينفق على والده، فهل يحق له أن يقيم الدعوى على إخوته متى ما أراد؟ أو يسقط حقه في ذلك؟

ويمكن تقسيم الكلام في ذلك إلى مطلبين لبحث الجانب الفقهي والنظامي:

المطلب الأول: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين في الفقه:

الأصل في النفقة الماضية على الوالد هو السقوط وعدم الاستحقاق إلا بفرض حاكم، وذلك عند الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) المغني (٨/١٩٥).

(٢) بدائع الصنائع (٤/٣٨)، الاختيار لتعليل المختار (٤/١٣).

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٦٢٩).

(٤) مغني المحتاج (٤/٢٢٦).

(٥) الكافي (٣/٢٤٢)، المغني (٨/١٩٥).

ولذا يمكن القول بأن الفقهاء أخذوا بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين.

وتعليهم لذلك -كتعليهم في النفقة على الولد الوارد في المبحث السابق- هو: أن هذه النفقة وجبت لإحياء النفس وسد حاجتها، وقد حصل المقصود، وأنها وجبت لتزجية الحال، فإذا فات زمانها استغنى عنها، كما لو استغنى عنها بيساره^(١).

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين في النظام:

أخذ «نظام الأحوال الشخصية» بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين؛ حيث نصت المادة (الثالثة والستون) من «نظام الأحوال الشخصية» على أنه: «إذا أنفق أحد الأولاد على والديه أو أحدهما ولم ينو الرجوع على إخوته فليس له مطالبتهم، فإن نوى حين إنفاقه الرجوع عليهم -فيما زاد على نصيبه- فله ذلك، على ألا تسمع الدعوى بها عن مدة سابقة تزيد على (مائة وثمانين) يوماً من تاريخ إقامة الدعوى».

وقد نصّ «نظام الأحوال الشخصية» في المادة (الثانية والستين) على أنه: «تجب للوالدين غير الموسرين النفقة كلها أو تكميلها على الأولاد الموسرين -بقدر إرثهم- كباراً أو صغاراً ولو كان الوالدان قادرين على التكسب»، والنظام بذلك موافق لإجماع الفقهاء.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٣٨)، الاختيار لتعليل المختار (٤/١٣)، مغني المحتاج (٤/٢٢٦)، المغني (٨/١٩٥).

كما أنّ النظام متوافق مع الفقه في أنه إذا أنفق أحد الأولاد على والديه أو أحدهما ولم ينو الرجوع على إخوته فليس له مطالبتهم بما سبق من نفقة؛ لأنه لم ينو الرجوع أصلاً.

لكن إن كان نوى عند النفقة على والديه الرجوع على إخوته بما زاد على نصيبه في وجوب النفقة (مقدار ميراثه) فإنّ له الرجوع، كما ذكر ذلك الفقهاء.

لكن المنظم السعودي أضاف قيداً وهو أنه إذا نوى الرجوع فلا تسمع الدعوى بها عن مدة سابقة تزيد على (مائة وثمانين) يوماً من تاريخ إقامة الدعوى.

وهذه المادة تعطي الولد الحق في الرجوع على إخوته بما أنفق على الوالدين حتى لا يضيع حقه ولا ينقطع برُّ الأولاد لأبائهم بسبب انتظار الأولاد مشاركة إخوتهم في النفقة بقدر أنصبتهم بل يبادر الولد بالنفقة على والديه مع نية الرجوع بما زاد على نصيبه في وجوب النفقة.

وفي ذلك حفظ لمصلحة الوالدين بعدم ترك نفقتهم كلياً، أو انتظار جميع الأولاد للنفقة.

المبحث الرابع

عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع بنفقة القريب

وفيه مطلبان:

دلت الأدلة الشرعية على وجوب النفقة على الأقارب المعسرين^(١)، ومنها من القرآن الكريم: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾^(٢).

ووجه الدلالة:

أن الله في الآية: ﴿يَأْمُرُ﴾ والأمر للوجوب، وقد جاء: ﴿وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾ في معرض هذا الأمر فيكون واجباً^(٣).

(١) يمكن للنظر في كلام الفقهاء تلخيص شروط وجوب الإنفاق على القريب المعسر بأنها:

١- كون المنفق موسراً قادراً على نفقة قريبه المعسر. ٢- كون المنفق عليه فقيراً. ٣- عجز المنفق عليه عن الكسب. ٤- أن يكون المنفق قريباً للمنفق عليه ذا رحم محرم منه، مستحقاً للإرث منه في مذهب الحنفية. أما في رأي الحنابلة فيشترط أن يكون المنفق وارثاً. وأما عند المالكية فأن يكون أباً أو ابناً، وعند الشافعية أن يكون من الأصول أو الفروع.

ينظر: البحر الرائق (٢٥/٤)، حاشية عابدين (٦٢٢/٣)، الكافي لابن عبد البر (٦٢٩/٢)، روضة الطالبين (٨٣/٩)، الكافي لابن قدامة (٣٧٥/٣).

(٢) النحل: ٩٠.

(٣) ينظر: تفسير القرآن العظيم (٥٩٦/٢).

ومن أدلة وجوب النفقة على الأقارب المعسرین قوله تعالى: ﴿فَقَاتِ ذَا
الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ﴾^(١).

ووجه الدلالة:

أن الله أمر بإيتاء الأقارب الفقراء جزءاً من المال؛ صلة للرحم وبراً بهم
لأنهم أحق الناس بالشفقة^(٢).

ومن أدلة السنة على وجوب النفقة على الأقارب المعسرین قول النبي
صلى الله عليه وسلم: ((إِنَّ اللَّهَ يُوصِيكُم بِأُمَّهَاتِكُمْ، ثُمَّ يُوَصِيكُمْ بِآبَائِكُمْ، ثُمَّ
الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ))^(٣).

وجه الدلالة:

قوله صلى الله عليه وسلم: ((ثم الأقرب فالأقرب)) فيه دلالة على وجوب
النفقة على الأقارب الأقرب فالأقرب بالتدرج حيث إنَّ القريب الأقرب
أحق بالبر والإنفاق من القريب الأبعد وإن كانا جميعاً فقيرين حيث لم يمكن
في مال المنفق إلا ما يكفي أحدهما فقط بعد كفايته^(٤).

(١) الروم: ٣٨.

(٢) ينظر: تفسير المراغي (٥١ / ٢١).

(٣) أخرجه ابن ماجه، كتاب الأدب، باب بر الوالدين، رقم (٣٦٦١)، (٤ / ٦٣١)، وعلّق
عليه شعيب الأرناؤوط بأن: «إسناده حسن»، وأخرجه أحمد في المسند رقم (١٧١٨٧)
(٢٨ / ٤٢٤)، وصححه الألباني في صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، ص (٥٣).

(٤) ينظر: نيل الأوطار (٦ / ٣٨٧).

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المذاهب الأربعة قد اختلفت في القرابة الموجبة للنفقة، وأضيق المذاهب في ذلك المذهب المالكي ثم الشافعي ثم الحنفي ثم الحنبلي.

فأما المالكية فيرون: أن النفقة الواجبة هي للأبوين والأبناء مباشرة فحسب دون غيرهم، فتجب النفقة للأب والأم، وللولد ذكراً أو أنثى، ولا تجب للجد والجددة، ولا لولد الولد^(١).

وأما الشافعية فيرون: أن النفقة واجبة للأصول والفروع وأن القرابة التي تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وإن علوا، وقرابة الأولاد وإن سفلوا^(٢).

وأما الحنفية فيرون: أن النفقة تجب للقرابة المحرمة للزواج، أي: لكل ذي رحم محرم ممن لا يكون أصلاً ولا فرعاً، ولا تجب لقريب غير محرم من الإنسان^(٣).

وأما الحنابلة فيرون: أن النفقة تجب للأصول والفروع ولجميع الوارثين دون غيرهم من الأقارب، فيرون أنها تجب لكل قريب وارث بالفرض أو التعصيب من الأصول والفروع والحواشي كالإخوة والأعمام وأبنائهم، وكذا من ذوي الأرحام إذا كانوا من عمود النسب كأب الأم، وابن البنت، سواء أكانوا وارثين أم محجوبين^(٤).

(١) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٢٤)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٦٢٩).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج (٣/ ٥١٣)، المهذب (٣/ ١٥٦)، روضة الطالبين (٩/ ٨٣).

(٣) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/ ٥٣٠)، بدائع الصنائع (٤/ ٣٠)، حاشية عابدين (٣/ ٦٢٢).

(٤) ينظر: المبدع (٧/ ١٦٥)، المغني (٨/ ١٩٥).

وأما مسألة التقادم في دعوى الرجوع بنفقة القريب، فصورتها:

أن يترك القريب الموسر الإنفاق على قريبه المعسر مدة من الزمن سواء في حضوره أو غيابه، فينفق عليه شخص لا تجب عليه النفقة أصلاً بنية الرجوع، فهل يحق للمنفق أن يقيم الدعوى على القريب الموسر متى ما أراد؟ أو يسقط حقه في ذلك؟

ويمكن تقسيم الكلام في ذلك إلى مطلبين لبحث الجانب الفقهي والنظامي:

المطلب الأول: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع بنفقة القريب في الفقه:

الأصل في النفقة الماضية على القريب المعسر هو السقوط وعدم الاستحقاق إلا بفرض حاكم وذلك عند الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢)، وأما المالكية والشافعية فلا يرون وجوب النفقة على الأقارب - كما تقدم بيانه-. ولذا يمكن القول بأن الفقهاء أخذوا بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى القريب المعسر على قريبه الموسر.

وتعليقهم لذلك -كتعليقهم في النفقة على الولد الوارد في المبحث السابق-: أن هذه النفقة وجبت لإحياء النفس وسد حاجتها، وقد حصل

(١) بدائع الصنائع (٤/٣٨)، الاختيار لتعليل المختار (٤/١٣).

(٢) الكافي (٣/٢٤٢)، المغني (٨/١٩٥).

المقصود، وأنها وجبت لتزجية الحال، فإذا فات زمانها استغنى عنها، كما لو استغنى عنها بيساره^(١).

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع بنفقة القريب في النظام:

أخذ «نظام الأحوال الشخصية» بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى الرجوع بنفقة القريب؛ حيث نصت المادة (السادسة والستون) من «نظام الأحوال الشخصية» على أنه: «مع مراعاة ما تقضي به المادة (التاسعة والخمسون) من هذا النظام تسقط نفقة القريب بمضي المدة ما لم ينفق عليه غير من وجبت عليه بنية الرجوع، ولا تسمع دعوى الرجوع بنفقة تزيد على (مائة وثمانين) يوماً من تاريخ إقامة الدعوى».

والمادة (التاسعة والخمسون) المشار إليها هي المتعلقة بدعوى الرجوع على الأب بنفقة الولد، والتي نصت على أنه: «في حال عدم إنفاق الأب الموسر أو غيابه ولم يكن له مال يمكن الإنفاق منه على الولد، تنفق الأم إن كانت موسرة، وإن كانت معسرة فينفق من تجب عليه النفقة في حالة عدم الأب، وتكون ديناً على الأب يرجع بها من أنفق إن كان قد نوى الرجوع على الأب حين إنفاقه، ولا تسمع دعوى الرجوع بنفقة تزيد على (سنة) سابقة لتاريخ إقامة الدعوى».

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٣٨)، الاختيار لتعليل المختار (٤/١٣)، مغني المحتاج (٤/٢٢٦)، المغني (٨/١٩٥).

وبذلك يظهر أن النظام السعودي وافق الفقه الإسلامي الذي اعتبر أن الأصل في النفقة الماضية على القريب المعسر هو السقوط بتقادم المدة.

لكن المنظم السعودي استثنى مسألة وهي ما إذا أنفق على القريب المعسر غير قريبه الموسر بنية الرجوع بالنفقة والمطالبة بحقه، وهذا فيه حفظ لحق القريب المعسر بالنفقة عليه وإحياء نفسه.

وفيه حفظ لحق المنفق الأجنبي بالرجوع على القريب الموسر والمطالبة بما أنفق على قريبه إذا كانت بقدر الحاجة والكفاية.

وقد وضع المنظم السعودي قيماً للرجوع وهو أنه لا تسمع دعوى الرجوع بنفقة تزيد على (مائة وثمانين) يوماً من تاريخ إقامة الدعوى.

المبحث الخامس عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى اللعان

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف اللعان:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف اللعان في اللغة:

اللعان لغة: مصدر لَاعَنَ يُلَاعِنُ لِعَانًا وملاعنة، واللعان: هو الطرد والإبعاد من الخير^(١)، وقيل: هذا إذا كان من الله عَزَّوَجَلَّ، وإذا كان من الناس فهو السب والدعاء^(٢).

المسألة الثانية: تعريف اللعان في الاصطلاح:

عرّف الفقهاء اللعان بعبارات مختلفة، ومن ذلك:

«شهادات مؤكّدت بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب»^(٣).

(١) ينظر: الصحاح، مادة (لعن) (٢/٢١٩٦)، مختار الصحاح، مادة (لعن)، ص (٢٥٠).

(٢) ينظر: لسان العرب، مادة (لعن) (١٣/٣٨٧).

(٣) كشاف القناع (٥/٣٩٠)، وينظر في تعريف اللعان عند باقي المذاهب: حاشية ابن عابدين (٣/٤٨٢)، التاج والإكليل (٥/٤٥٦)، حاشية الشرقاوي (٢/٣٢١).

العلاقة بين المعنى الشرعي واللغوي:

بالنظر إلى المعنيين الشرعي واللغوي نجد أنّ المعنى الشرعي أخصّ، فاللعان شرعاً أيان مؤكدة بلعن تؤدّي على صفة مخصوصة نصّ الله تعالى عليها وعلى صفتها في كتابه الكريم.

وأما عن مشروعية اللعان فقد دلت نصوص الكتاب والسنة والإجماع على مشروعيتها، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (٦) (١).

وجه الدلالة:

أنّ الآية دلت على أنّ الزوج إذا قذف زوجته وتعسر إقامة البينة فإنه يلاعنها (٢).

وكذلك ما ورد في سبب نزول هذه الآية لما سئل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الرجل إذا وجد امرأته على فاحشة كيف يصنع (٣).

(١) النور: ٦.

(٢) ينظر: تفسير القرطبي (١٢/ ١٨٥).

(٣) وهو الحديث الطويل الذي رواه سعيد بن جبير، ينظر: صحيح مسلم، كتاب اللعان، حديث رقم (١٤٩٣)، (٢/ ١١٣).

وقد أجمع الفقهاء على أن اللعان حكم ثابت بالشرع إذا قذف الزوج زوجته بالزنا وأن للرجل أن ينفي نسب الولد^(١).

وقد شرع الله اللعان تخفيفاً على الزوج؛ لأن الزوج قد يقذف زوجته ليبعد العار والنسب الفاسد عنه؛ لأنه لا بينة لديه فجعل الله اللعان بينة له حيث إن سبب اللعان إسقاط حد القذف عن الزوج ونفي الولد أو الحمل^(٢).

المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى اللعان في الفقه:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن المرأة إذا ولدت ولداً وأراد الزوج نفيه فإن حق الزوج في نفي نسب الولد لا يسقط ولا يقيد بمدة مادام معذوراً، وأنه إذا لم يسارع في النفي سقط حقه في النفي^(٣).

(١) على خلاف بينهم في بعض التفاصيل. ينظر: بداية المجتهد (٢/١١٥)، فتح الباري (٩/٥٢٠).

(٢) ينظر: الإنصاف (٩/٢٣٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٢٤٦)، جواهر الإكليل (١/٣٨٢)، مغني المحتاج (٣/٣٨١)، المغني (٧/٤٢٤)، الكافي لابن قدامة (٣/٢٨٨)، ومن الأعداء التي ذكرها بعض الفقهاء كالحنابلة تأخير نفي النسب بسبب الأكل أو الشرب أو بسبب الحاجة للنوم أو اللبس أو لأداء صلاة حضر وقتها. ينظر: المراجع السابقة.

كما اتفقوا على سقوط حق الزوج في طلب اللعان في حال تقدم من الزوج إقرار بالولد ولو دلالة كسوته عند التهنئة، وتسميته الولد والعقيقة^(١).
ثم اختلفوا في حق الزوج في نفي نسب الولد إذا لم يوجد عذر يمنعه من النفي هل هو على التراخي أم على الفور، على قولين:

القول الأول:

أنه على التراخي وهو مذهب الحنفية^(٢)، والشافعية في القديم^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤).

- (١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/٢٤٦)، المذهب (٤/٤٥٤)، كشاف القناع (٥/٣٩٠).
- (٢) قالوا إذا كان الزوج حاضراً فولدت المرأة فيكون مقدار المدة التي يقبل فيها نفي الولد قدر مدة قبول التهنئة أو شراء متاع الولادة، وأما إذا ولدت وهو غائب ولم يعلم حتى قدم فله النفي في تلك المدة بعد قدومه، ويكون تحديد تلك المدة مفوضاً إلى رأي الحاكم، وقد روي عن أبي حنيفة أن تلك المدة محددة بثلاثة أيام، وروي عنه أيضاً أنها محددة بسبعة أيام، وذلك لأن هذه المدة مدة العقيقة. ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/١٧١)، البحر الرائق (٢/١٣٢)، تبيين الحقائق (٣/٢١)، وفي رواية: أن المدة التي يقبل فيها نفي الولد هي مدة النفاس أربعون يوماً، وبداية المدة من حين الولادة إذا كان الزوج حاضراً، أما إذا كان غائباً ولم يعلم حتى قدم فبداية المدة بعد قدومه، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن، بدليل أن النفاس أثر الولادة فيصح نفي الولد ما دام أثر الولادة. ينظر: بدائع الصنائع (٣/٣٨٤).
- (٣) فقالوا: إن المدة التي يقبل فيها نفي الولد ثلاثة أيام من حين الولادة أو علمه بالولادة. ينظر: مغني المحتاج (٣/٣٨٢)، روضة الطالبين (٨/٣٥٩)، المذهب (٤/٤٥٤).
- (٤) ينظر: الإنصاف (٩/٢٥٦)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/٢٨).

القول الثاني:

أنه على الفور، وهذا مذهب المالكية^(١)، والشافعية في الجديد^(٢)، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(٣).

أدلة القول الأول:

استدلَّ أصحاب القول الأول -القائلون بأنه على التراخي- بما يأتي:

الدليل الأول:

أنَّ الزوج إذا نفى الولد بعد الولادة فإنَّ النسب ينتفي بالإجماع، ولو لم ينفه حتى طالت المدة لم يكن له نفيه بالإجماع، فلا بد من حد فاصل لضبط المدة، ومعلوم أنَّ الإنسان لا يشهد عليه بنسب ولده، وإنما يستدل على ذلك بقبوله التهتئة ونحوها، فإذا فعل ذلك أو مضى مدة يفعل فيها ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافاً ظاهراً منه فلا يصح نفيه بعده^(٤).

(١) ينظر: المنتقى للباجي (٧٥ / ٢)، التاج والإكليل (٢٤٢ / ٥).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣٥٩ / ٨)، المهذب (٤٥٤ / ٤)، أسنى المطالب (٣٨٧ / ٣).

(٣) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٢٨ / ٥)، الإنصاف (٢٥٤ / ٩)، وقال بعض الحنابلة إنَّ المدة التي يقبل فيها نفي الولد من حين علمه بالولادة إلى أن يقوم من مجلس علمه بالولادة فيجوز للزوج تأخير نفي الولد مادام في مجلس علمه، ينظر: الإنصاف (٢٥٤ / ٩)، المغني (٤٢٤ / ٧).

(٤) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٣ / ١٧١)، بدائع الصنائع (٣ / ٣٨٤)، فتح القدير (٤ / ٢٩٥)، مغني المحتاج (٣ / ٣٨٤)، كشف القناع (٥ / ٤٠٣).

مناقشة الدليل:

يمكن أن يناقش هذا الدليل بأن قبول التهنئة وإن كان يُعدُّ دليلاً على الإقرار بنسب الولد فإنه لا يعني أن مضي زمن هذه الأمور يُعدُّ دليلاً على الإقرار بنسب الولد وذلك لعدم انضباط زمن تلك الأشياء^(١).

الدليل الثاني:

يرد الأمر للإمام في تقدير مدة التهنئة ونحوها وذلك لاختلاف الزمان والبلدان في تقدير تلك المدة^(٢).

الدليل الثالث:

أنَّ الغالب إذا لم يعلم بالولادة فبداية مدة النفي من حين علمه بالولادة وذلك؛ لأنه لا يجوز أن يلزمه النسب مع عدم علمه فصار حال علمه كحالة الولادة^(٣).

الدليل الرابع:

أنَّ المدة التي يقبل فيها نفي الولد ثلاثة أيام من حين الولادة أو علمه بالولادة بأنَّ الزوج قد يحتاج إلى التفكير والنظر فيما يقدم عليه من النفي وذلك حتى لا يقع في نفي ولده أو استلحاق ولد غيره وكلاهما حرام، فجعل ثلاثة أيام حداً لأنه قريب بدليل قوله تعالى: ﴿وَيَقَوْمٌ هَذِهِ نَاقَةُ اللَّهِ لَكُمْ

(١) ينظر: تبين الحقائق (٣/ ٢١).

(٢) ينظر: تبين الحقائق (٣/ ٢١).

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٧١).

آيَةٌ فَذَرُوهَا تَأْكُلْ فِي أَرْضِ اللَّهِ وَلَا تَمْسُوهَا بِسُوءٍ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ ﴿٦٤﴾ (١).

ثم فسر القريب بالثلاث فقال: ﴿فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ (٢)(٣).

مناقشة الدليل:

بأنه لا يوجد دليل ينصُّ على أنَّ القريب محصور بثلاث أيام فقط ولا يشمل ما هو دون ذلك، لاسيما وأنَّ تحديد المدة بالرأي لا يجوز وهو تحكم بلا دليل (٤).

أدلة القول الثاني:

استدلَّ أصحاب القول الثاني -القائلون بأنَّ المدة التي يقبل فيها في نفى الولد على الفور فإذا علم بالولادة ولم ينف الولد لم يكن له نفية - بما يأتي:

الدليل الأول:

أنَّ تخيير الزوج بين إلحاق الولد ونفيه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على الفور كخيار الشفعة والرد بالعيب (٥).

(١) هود: ٦٤.

(٢) هود: ٦٥.

(٣) ينظر: تبين الحقائق (٣/٢٠)، المهذب (٤/٤٥٤).

(٤) ينظر: المبسوط (٧/٥١)، المغني (٧/٤٢٤).

(٥) ينظر: مغني المحتاج (٣/٣٨٢)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/٢٨).

الدليل الثاني:

أن تأخير نفي الولد بعد علمه بولادته دليل على الإقرار به فلم يكن له نفيه^(١).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في المسألة الذي يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول الأول، وهو أن المدة التي يقبل فيها نفي الولد على التراخي، وأن مردها إلى نظر الحاكم وتحديده كما ذكر بعض الحنفية، وذلك لما يأتي:
أولاً: عدم وجود دليل صريح في هذه المسألة.

ثانياً: أن وقائع اللعان والنفي تختلف من زوج لآخر؛ لأن التأخير قد يكون للنظر والتأمل حتى لا ينفي الولد بغير حق، وقد توجد بعض الأحوال غير الاعتيادية حسب البلدان والأزمنة تستدعي عدم تحديد المدة بوقت معين إلا حسب ما يراه الحاكم ويحدده بناء على المصلحة العامة.

وأما بالنسبة لتحديد المدة بمدة النفاس فلا يسلم ذلك؛ لأن النفاس وإن كان أثر الولادة فإنه لا توجد علاقة بين نفي الولد والنفاس حتى تقام المدة التي يقبل فيها نفي الولد مقام مدة النفاس.

وأما ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من جعل المدة على الفور فلا يصح؛ لأنه لا بد للزوج من مدة يتأمل فيها ويفكر كيلا يكون نفيه بغير

(١) ينظر: المبدع (٨/ ٩٥).

حق^(١)، حتى لا يقع في نفي ولده أو استلحاق ولد غيره، وكلاهما حرام كما سبق.

المطلب الثالث: عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى اللعان في النظام:

أخذ «نظام الأحوال الشخصية» بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى اللعان؛ حيث نصت المادة (الثالثة والسبعون) من «نظام الأحوال الشخصية» على أنه: «في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالولادة في عقد الزواج، فليس للرجل أن ينفي نسب الولد إليه إلا باللعان من خلال التقدم بدعوى، إذا توفر الشرطان الآتيان:

١- أن يتم تقديم الدعوى خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ علمه بالولادة.

٢- ألا يتقدم على النفي إقرار بأبوته صراحة أو ضمناً.

ومما جاء في نصّ المادة (السابعة والستين) من نظام الأحوال أنه: «لا يثبت نسب الولد إلى أبيه إلا بالولادة في عقد زواج صحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة».

وجاء في المادة (الثانية والسبعين): «إذا ثبت النسب وفقاً لما تقضي به المادة (السابعة والستون) من هذا النظام، فلا تسمع الدعوى بنفيه».

(١) ينظر: تبين الحقائق (٣/ ٢١).

وبذلك يتضح أنّ النظام موافق لنصوص الشرع وأحكامه المبنية على المصلحة، كما أنّ ما جاء في المواد سالفة الذكر قد نصّ عليه الفقهاء المتقدمون؛ حيث نصّوا على أنه لا يثبت نسب الولد إلى أبيه إلا بالولادة في عقد زواج صحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة، وأنه لا تسمع الدعوى بنفي النسب بعد ثبوته.

وأما عن أخذ «نظام الأحوال الشخصية» بمبدأ عدم سماع الدعوى للتقادم في دعوى اللعان واشترائه أن يتم تقديم الدعوى خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ علمه بالولادة، وألاً يتقدم على النفي إقراراً بأبوته صراحة أو ضمناً، فإنّ في ذلك حفظاً لمصالح الأب والولد، فأما الأب ففيه حفظ لمصلحته من جهة عدم الاستعجال في إلحاق الولد به رغم نفيه له، وفيه إمهال للأب للنظر والتأمل ومراجعة أمره بعد ولادة الولد مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالولادة وهي مدة كافية لمراجعة الأمر والتفكير فيه بشرط ألاّ يصدر منه ما يدل على إقراره بالنص صراحة أو ضمناً.

كما أنّ فيه حفظاً لحق الولد من جهة تقليل المدة المتاحة للأب حيث إنّ مدة نصف الشهر تعد مدة قصيرة لا تؤثر عادة في مصالح الصغير المتعلقة بإثبات نسبه.

الخاتمة

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

في نهاية هذا البحث توصلت الباحثة إلى نتائج وهي:

- عدم سماع الدعوى للتقادم هو عدم نظر المحكمة لموضوع الدعوى بعد مضي مدة من الزمان، من غير نظرٍ في أحقية المدعي في ادعائه ولا في ثبوت حقه من عدمه.

- «نظام الأحوال الشخصية» هو القواعد التي تحكم علاقات وحقوق الأسرة أو المسائل التي تتعلق بوضع الشخص في أسرته.

- سقوط حق الزوجة في إقامة دعوى النفقة مع تقادم الزمن فقهاً وسقوط حقها في إقامة دعوى النفقة نظاماً عن مدة سابقة تزيد على سنتين من تاريخ إقامة الدعوى.

- سقوط دعوى الولد على إخوته بنفقة الوالدين للتقادم إذا لم ينو الرجوع فقهاً وسقوطها كذلك نظاماً إذا لم ينو الرجوع على إخوته على ألا تسمع الدعوى بها عن مدة سابقة تزيد على مائة وثمانين يوماً من تاريخ إقامة الدعوى.

- سقوط دعوى الرجوع بنفقة القريب المعسر على قريبة الموسر للتقادم إلا إذا فرضها الحاكم عند من يرى وجوب النفقة على القريب من الفقهاء وسقوط تلك الدعوى نظاماً ولا تسمع دعوى الرجوع بنفقة تزيد على مائة وثمانين يوماً من تاريخ إقامة الدعوى.

- المدة التي يقبل فيها نفي الولد يكون مردّها إلى الحاكم فقهاً، أما نظاماً فلا بدّ أن يتم اللعان خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالولادة ولا تسمع الدعوى بعدها للتقادم.

التوصيات:

توصي الباحثة بما يأتي:

- أن يطلع المختصون من المحامين والقضاة خاصة على مثل هذه الدراسات للوقوف على المسائل التي حصل فيها الاتفاق أو الخلاف فيما يتعلق بتقادم الدعوى ومقارنتها بـ«نظام الأحوال الشخصية».

- قيام الجهات المختصة بعقد دورات تدريبية وندوات للمختصين في جانب القضاة والمحاماة حول ما يتعلق بموضوع تقادم الدعوى من حيث سماعها وعدم ذلك.

- وضع دليل إرشادي يوضح فيه نظام الأحوال الشخصية السعودي للدعاوى وما يسمع منها وما لا يسمع.

- تعيين لجان مختصة لفرز القضايا التي تسمع والتي لا تسمع والتي ترد عليهم قبل الرفع بها إلى مجلس القضاء حتى لا يثقل كاهل المحكمة بمثل الدعاوى التي لا تسمع أساساً.

- دعم مثل هذه الأبحاث والكتابات من قبل الجهات المختصة في وزارة العدل والجامعات للاستفادة منها.

- قيام الجهات المختصة بشرح «نظام الأحوال الشخصية»؛ لأنه لا يوجد له حتى الآن أي شرح.
- نشر الأحكام الشرعية وأنظمة الأحوال الشخصية التي تتعلق بسقوط دعوى التقادم عبر الوسائل المتاحة.
- والله أسأل أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن يوفقني فيه للصواب.
- وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.



فهرس المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. إتحاف الأبصار بتبويب الأشباه والنظائر، الشيخ محمد أبو الفتح، المطبعة الوطنية بالإسكندرية، ١٣٥٢هـ.
٣. الإجراءات الإدارية، د. عدنان الخطيب، معهد البحوث التابع لجامعة الدول العربية، ١٩٦٨م.
٤. الإجماع، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق ودراسة: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
٥. أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، عبد الحميد الشورابي، وأسامة عثمان، الناشر: الإسكندرية، منشأة المعارف.
٦. أحكام التقادم في مجال القانون العام (دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي في ضوء أحداث الأحكام الصادرة من محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والتمييز)، د. صبري محمد السنوسي، محمد عبد اللطيف محمد، مجلة الحقوق، الكويت، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.
٧. الأحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، (دمشق، بيروت).
٨. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصللي الحنفي، مطبعة الحلبي، القاهرة، النشرة ١٣٥٦هـ.
٩. إرواء الغليل في تحريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.
١٠. أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري جار الله، تحقيق: محمد باسل عيون السود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

١١. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٢. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
١٣. الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
١٤. الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
١٥. أصول المحاكمات الجزائية، د. جلال ثروت، بيروت، ١٩٧٩م.
١٦. أصول المرافعات: التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، أحمد مسلم، القاهرة، دار الفكر العربي.
١٧. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجراوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت، لبنان.
١٨. الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.
١٩. الإقناع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، الناشر: (بدون)، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.



٢٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سلمان بن أحمد المرادوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة الثانية.
٢١. انقضاء الخصومة بغير حكم (سقوط الخصومة وانقضاؤها بالتقادم واعتبارها كأن لم تكن وتركها)، د. أحمد أبو الوفا، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.
٢٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، باكستان كراتشي.
٢٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، الناشر: دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
٢٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
٢٥. البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م.
٢٦. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
٢٧. التاج والإكليل على مختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ، ١٩٩٤م.
٢٨. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

٢٩. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م.
٣٠. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، للإمام شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، دار الكتب العلمية، ٢٠١١م.
٣١. تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، المحقق: سامي بن محمد السلامة، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م
٣٢. تفسير المراغي، أحمد بن مصطفى المراغي، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٦٥هـ، ١٩٤٦م.
٣٣. تقادم الدعوى في عقد النقل البحري (دراسة مقارنة في التشريع الوطني والإتفاقيات الدولية)، د. إيمان الجميل، الناشر: المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م.
٣٤. التقادم بين الشريعة والقانون، حيدر البصري، مجلة النبأ، العدد (٤٢)، ٢٠٠٠م.
٣٥. تنوير الأبصار وجامع البحار في الفقه على المذهب الحنفي، محمد عبد الله الغزي التمرتاشي، دار الكتب العلمية، ٢٠١٧م.
٣٦. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي = تفسير القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ، ١٩٦٤م.
٣٧. الجانب العملي والتطبيقي في التقادم المكسب والمسقط في ضوء القانون المدني والمستحدث من القضاء، د. علي الدين زيدان، شركة آل طلال للنشر، طبعة ٢٠١٥م، مصر.



٣٨. جريدة الشرق الأوسط، العدد الصادر بتاريخ ٥/٨/١٤٤٣هـ، الموافق ٨/٣/٢٠٢٢م.
٣٩. جريدة الشرق الأوسط، العدد الصادر بتاريخ ٥/٨/١٤٤٣هـ، الموافق ٨/٣/٢٠٢٢م.
٤٠. جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل، الشيخ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، تصحيح: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
٤١. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، محمد أمين ابن عابدين الحنفي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
٤٢. حاشية الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل، دار الفكر.
٤٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي المالكي، دار الفكر.
٤٤. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، الناشر: (بدون ناشر)، الطبعة الأولى، ١٣٩٧هـ.
٤٥. حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب شرح التحرير تنقيح اللباب، زكريا الأنصاري، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر.
٤٦. حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة، أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، مصر، القاهرة.
٤٧. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر، بيروت، بدون طبعة.

- ٤٨ . حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- ٤٩ . الأم، محمد بن إدريس العباس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.
- ٥٠ . الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
- ٥١ . الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، د. محمد جبر الألفي، الجمعية الفقهية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ، الرياض.
- ٥٢ . الحياة والتقادم في الفقه الإسلامي مقارنةً بالقانون الوضعي، عبد اللطيف آل الشيخ، دار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى.
- ٥٣ . الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
- ٥٤ . الدعوى وإجراءاتها في القضاء العادي والإداري، محمد نصر الدين كمال، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.
- ٥٥ . الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: الأستاذ: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي.
- ٥٦ . رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين الشهير بابن عابدين، دراسة وتحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
- ٥٧ . الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، الناشر: دار المؤيد، مؤسسة الرسالة.

٥٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ، ١٩٩١م.
٥٩. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
٦٠. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، المحقق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.
٦١. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ.
٦٢. السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، عبد الفتاح عمرو، دار النفائس، الأردن.
٦٣. شرح الخرشي على مختصر خليل، محمد الخرشي، الناشر: المطبعة الأميرية الكبرى، ١٣١٧هـ.
٦٤. شرح العناية على الهداية، محمد بن محمد محمود البابرتي، المطبوع بهامش فتح القدير لكمال ابن الهمام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٦٥. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، محمد بن محمود بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر.
٦٦. الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

٦٧. شرح صحيح مسلم = المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.
٦٨. فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، محمد عبد الواحد السيواسي ابن الهمام، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م، ١٤٢٤هـ.
٦٩. شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، الناشر: دار الوراق، ٢٠٠١م.
٧٠. شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، الناشر: دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٧١. شرح منتهى الإرادات، منصور البهوتي الحنبلي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٧٢. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.
٧٣. صحيح الأدب المفرد، الإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، حقق أحاديثه وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: دار الصديق للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٧٤. صحيح البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي، تحقيق: جماعة من العلماء، الطبعة السلطانية، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، ١٣١١هـ، بأمر السلطان عبد الحميد الثاني، ثم صوّرها بعنانيته: د. محمد زهير الناصر، وطبعها الطبعة الأولى عام ١٤٢٢هـ لدى دار طوق النجاة، بيروت، مع إثراء الهوامش بترقيم الأحاديث لمحمد فؤاد عبد الباقي.



٨٣. فتح القدير على الهداية، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي ويليهِ: تكملة فتح القدير المسماة: «نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار»، تأليف: شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده بمصر (وصورتها دار الفكر، لبنان)، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ، ١٩٧٠ م.
٨٤. الفروع ومعه تصحيح الفروع، علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣ م.
٨٥. الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الناشر: عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٨٦. الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، د. وهبة مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة المعدلة بالنسبة لما سبقها، (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة).
٨٧. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥ م.
٨٨. القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، تحقيق: مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧ م.
٨٩. قرار مجلس الوزراء، رقم (٩٦٨)، تاريخ (١٦/٩/١٣٩٢هـ)، في قواعد تعويض الموظفين الذين يفصلون بطريقة غير نظامية.
٩٠. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦ م.



٩١. القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي.
٩٢. الكافي في فقه المدينة الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.
٩٣. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
٩٤. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، راجعه وعلق عليه: الشيخ هلال مصيلحي، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
٩٥. كنز الدقائق، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، المحقق: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
٩٦. اللباب في الفقه الشافعي، أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعي، المحقق: عبد الكريم بن صنيان العمري، الناشر: دار البخاري، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
٩٧. لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، دار الفكر، بيروت.
٩٨. المبدع شرح المقنع، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٩٩. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.

١٠٠. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء، المحقق: نجيب هوويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.
١٠١. مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.
١٠٢. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، الناشر: دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٠٣. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
١٠٤. المخصص، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحقق: خليل إبراهيم جفال، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م.
١٠٥. المدخل إلى السياسة الشرعية، عبد العال أحمد عطوة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٤هـ.
١٠٦. المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
١٠٧. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت.
١٠٨. مسند الإمام أحمد بن حنبل، الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.



١٠٩. المسند، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، صححت هذه النسخة: على النسخة المطبوعة في مطبعة بولاق الأميرية والنسخة المطبوعة في بلاد الهند، ١٤٠٠هـ.
١١٠. المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، اعتنى به: الأستاذ يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
١١١. المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق ودراسة: مركز البحوث وتقنية المعلومات، الناشر: دار التأصيل.
١١٢. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
١١٣. معجم القانون، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، ١٤٢٠هـ.
١١٤. معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.
١١٥. المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
١١٦. معجم لغة الفقهاء، د. محمد قلعجي، ود. حامد صادق قنبي، دار النفائس، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
١١٧. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١١٨. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.

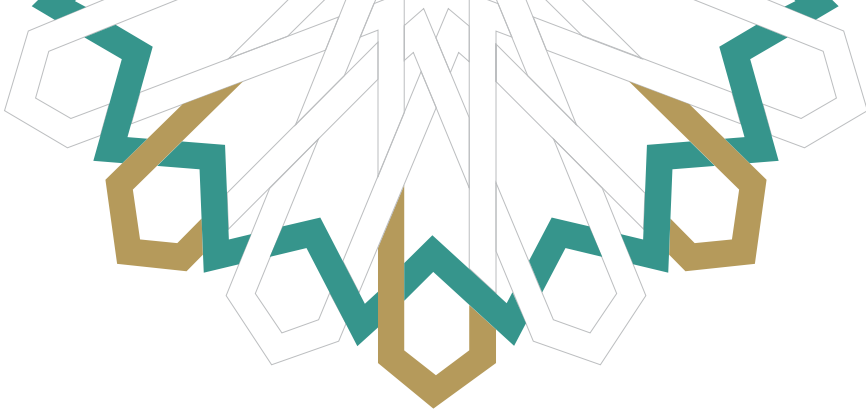
١١٩. المغني، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه، تحقيق: د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
١٢٠. مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجليل، بيروت.
١٢١. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، الناشر: مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.
١٢٢. منتهى الإيرادات مع حاشية ابن قائد، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
١٢٣. المنشور في القواعد، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي الزركشي، تحقيق: د تيسير فائق أحمد محمود، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية (طباعة شركة الكويت للصحافة)، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.
١٢٤. المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الناشر: دار الكتب العلمية.
١٢٥. الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
١٢٦. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.



١٢٧. موجز في المرافعات الشرعية، أحمد إبراهيم، مطبعة الفتوح الأدبية، ١٩٥٢م.
١٢٨. موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، محمد عزمي البكري، دار محمود للنشر.
١٢٩. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مجموعة من المؤلفين، الطبعة: من ١٤٠٤-١٤٢٧هـ.
١٣٠. ميعاد رفع دعوى الإلغاء، سمير صادق، دار الفكر العربي.
١٣١. نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١)، وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.
١٣٢. نظرية البطلان في قانون المرافعات، د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، الناشر: دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
١٣٣. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، د. محمد نعيم ياسين، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
١٣٤. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، د. محمد نعيم ياسين، دار النفائس، الأردن، ٢٠١١م.
١٣٥. النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، د. محمد سعود المعيني، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.
١٣٦. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
١٣٧. نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.

١٣٨. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني،
أبو الحسن برهان الدين، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث
العربي، بيروت، لبنان.





المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ في النظامين المصري والسعودي

د. رضا محمد عيسى

أستاذ القانون المدني المساعد

جامعة الملك سعود

مقدمة البحث

مفهوم قضاء التنفيذ وأهميته

للتنفيذ القضائي أهمية كبيرة في الحياة القانونية، حيث يعد التنفيذ الثمرة الحقيقية من التقاضي وإقامة الدعوى والمرافعة فيها، ويعد التنفيذ الروح لجسد الحكم فلا عبرة بحكم لا نفاذ له، «ولا خير في قضاء لا نفاذ له». والهدف الأساسي من وجود قضاء التنفيذ، هو أن تتم إجراءات الحجز والتنفيذ الجبري تحت سمع وبصر قاضي التنفيذ لضمان صلاحية السند التنفيذي وسلامة الإجراءات القانونية.

وتباشر محاكم التنفيذ الفصل في منازعات التنفيذ مهما كانت قيمتها، وتتألف من دوائر متخصصة، وتضم كل دائرة قاضٍ واحد أو أكثر، ولها سلطة التنفيذ الجبري والإشراف عليه. ونظراً لأهمية التنفيذ فقد نصت المادة (١٩) من «نظام القضاء السعودي» على تخصيص دوائر تختص بنظر منازعات التنفيذ داخل المحاكم العامة في المملكة فنصت على أن: «تؤلف المحاكم العامة في المناطق من دوائر متخصصة، يكون من بينها دوائر للتنفيذ وللإثباتات الإنهائية -وما في حكمها- الخارجة عن اختصاصات المحاكم الأخرى وكتابات العدل...». وهذا النص يؤكد على ضرورة وجود دوائر قضائية تختص بالنظر في طلبات التنفيذ ومراقبة مدى صحة إجراءات التنفيذ تحت سمع وبصر قاضي التنفيذ.

وقد تضمن «قانون المرافعات المصري» النص على إجراءات التنفيذ القضائي في المواد من (٢٧٤) إلى (٤٨٦)، فنصت المادة (٢٧٤) على أنه:

«يجرى التنفيذ تحت إدارة للتنفيذ تنشأ بمقرر كل محكمة ابتدائية، ويجوز بقرار من وزير العدل إنشاء فروع لها بدائرة محكمة جزئية».

لمحة تاريخية عن قضاء التنفيذ:

كان التنفيذ في المملكة العربية السعودية يتم عن طريق الملك ومن ينيبه وفقاً لنص المادة (٥٠) من «النظام الأساسي للحكم» الصادر عام ١٤١٢هـ، وأيضاً نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من «نظام المناطق» الصادر عام ١٤١٢هـ بأن يتولى أمير كل منطقة تنفيذ الأحكام القضائية بعد اكتساب صفة النهائية، «ونستخلص من ذلك أن الحاكم الإداري كان هو المنوط بتنفيذ الأحكام القضائية». وبعد صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦١) في ١٢/٠٨/١٤٣٣هـ بالموافقة على «نظام التنفيذ» وصدر مرسوم ملكي برقم (م/٥٣) في ١٣/٠٨/١٤٣٣هـ وتم نشره في صحيفة أم القرى أصبح نافذاً بتاريخ ١٨/٠٤/١٤٣٤هـ. وبصدور هذا النظام ولائحته التنفيذية أحيلت مهمة التنفيذ من الحاكم الإداري إلى قاضي التنفيذ وأصبح اختصاصاً أصيلاً ومباشراً.

وفي مصر تضمن «قانون المرافعات المدنية والتجارية» الصادر بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م إجراءات التنفيذ ضمن اختصاصات القضاء المستعجل ودوائر التنفيذ في المحاكم الابتدائية، فتم العمل بنظام قاضي التنفيذ في كل محكمة ابتدائية يكلف أساساً بالإشراف على جميع إجراءات التنفيذ والفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية، ويفصل في منازعات التنفيذ الموضوعية بحكم موضوعي، ويفصل في منازعات التنفيذ

الوقتية بحكم وقتي بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة، وظل الأمر على ذلك إلى أن صدر القانون رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٧م بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م بإدخال ما يسمى بإدارة التنفيذ وتحديد اختصاصاتها بالإشراف الإداري على إجراءات التنفيذ.

مشكلة البحث:

قاضي التنفيذ باعتباره أحد رجال القضاء، والذي يختص بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في الدعاوى المدنية والتجارية، ومنوط به - قانوناً - مراقبة إجراءات التقاضي أمام محكمة التنفيذ التي يرأسها، ومن هنا نفرق بين مصطلحي القضاء والتقاضي، فالمقصود بالقضاء هو الحكم الصادر عن القاضي المختص بعد نظر الدعوى والسير فيها، أما المقصود بالتقاضي فهو الإجراءات التي نص عليها القانون لنظر الدعوى القضائية والسير فيها، أي أن مرحلة التقاضي تسبق مرحلة القضاء والحكم في الدعوى.

وتكمن مشكلة البحث في ضرورة دراسة المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ عن المرحلتين: مرحلة التقاضي ونظر طلب التنفيذ وإجراءات التنفيذ وما يقع فيها من أخطاء أو تجاوزات أو إهمال وتقصير ويترتب عليه إلحاق الضرر بأطراف الدعوى التنفيذية أو الغير، وكذا مرحلة إصدار قاضي التنفيذ للحكم أو القرار، ومسؤوليته عن الأخطاء المهنية في إصدار القرارات المتعلقة بطلب التنفيذ، وهذا النوع من المسؤولية يخضع فيه كغيره من القضاة للواجبات والالتزامات المهنية في العمل القضائي.

منهجية البحث ومبرراته:

وتقوم منهجية هذا البحث على الدراسة الموضوعية التحليلية للمسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ، في ضوء كل من القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية والقواعد الخاصة بمخاصمة القضاة، باعتبار قاضي التنفيذ هو أحد رجال السلطة القضائية، وهو ما يتطلب استعراض قواعد هذه المسؤولية المدنية في النظامين المصري والسعودي؛ وصولاً لتحديد مسؤولية قاضي التنفيذ عن أخطائه الشخصية وأخطاء معاونيه، ومدى التزام الدولة بتعويض المضرور من هذه الأخطاء، ومن الجدير بالذكر أنه تم اختيار القانون المصري في الدراسة المقارنة باعتباره قد تضمن قواعد مسؤولية القضاة بصورة واضحة ونصوصاً صريحة وخاصة فيما يتعلق بنظام مخاصمة القضاة وتفصيل أحكامها.

الدراسات السابقة:

من خلال مطالعة الأبحاث والدراسات السابقة في موضوع المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ، لم يتم العثور على دراسة مماثلة في هذا الموضوع، ولكن تبين وجود دراسات سابقة قريبة من مجال البحث ومنها على سبيل المثال ما يلي:

- مسؤولية القاضي في الفقه الإسلامي، الباحث/ عبد الله ماجد محمد المكحل، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، عام ١٩٩٥م.

- المسؤولية المدنية للقضاة، للدكتور/ جلال محمد إبراهيم، بحث محكمة ومنشور بمجلة كلية الحقوق للدراسات القانونية والاقتصادية، بجامعة حلوان، مصر، عام ٢٠٠٤م.
- ضمان الأضرار الناتجة عن التقاضي، للدكتور/ ناصر بن إبراهيم المحيميد، بحث منشور بمجلة القضائية، العدد الأول لعام ١٤٣٢هـ.
- المسؤولية القضائية ومساءلة القضاة، ريم البطمة، جميل سالم، بحث منشور، معهد الحقوق - جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٠م.
- مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، الباحثة/ كوثر بنداحي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية والاقتصادية (القسم المدني)، جامعة بن زهر، المغرب، ٢٠٢١م.

مصطلحات البحث:

- قضاء التنفيذ: هو الجهة القضائية المختصة بالفصل في إجراءات وطلبات التنفيذ القضائي.
- السند التنفيذي: الدليل الذي يستند إليه طالب التنفيذ عن تقديم الطلب لمحكمة التنفيذ.
- منازعات التنفيذ: هي المشاكل والمعوقات الموضوعية والإجرائية أثناء نظر طلب التنفيذ.
- دعوى الإعسار: دعوى يرفعها المدين مدعي الإعسار أمام قاضي التنفيذ لإثبات إعساره.

طلب التنفيذ: هو الطلب المقدم من الدائن صاحب الحق إلى قاضي التنفيذ ضد المدين.

دعوى مخاصمة القضاة: دعوى قضائية يرفعها المضرور ضد أحد القضاة في حالات حددها القانون لإثبات مسؤوليته المدنية وإبطال تصرفه.

معاونو قاضي التنفيذ: من يستعين بهم قاضي التنفيذ في إجراءات التنفيذ سواء من داخل محكمة التنفيذ أو من خارجها.

مبحث تمهيدي اختصاصات قاضي التنفيذ

يختص قاضي التنفيذ اختصاصاً نوعياً بجميع إجراءات التنفيذ، بداية من قيد طلب التنفيذ المقدم لمحكمة التنفيذ وتحديد الجلسات ومتابعة إجراءات الحجز والبيع بالمزاد العلني وتوزيع حصيلة التنفيذ على الدائنين، كما أنه يختص محلياً بنظر قضايا التنفيذ على العقارات الواقعة في دائرة اختصاصه، وعلى المنقول لدى المدين الذي يقع في دائرة محكمة التنفيذ، ومن خلال مطالعة نصوص كل من «نظام التنفيذ السعودي» و«قانون المرافعات المصري»^(١) يمكننا تحديد اختصاصات قاضي التنفيذ فيما يلي:

أولاً: الإشراف على موظفي إدارة التنفيذ للقيام بإجراءات التنفيذ ومراقبة سلامتها.

أعطى «نظام التنفيذ السعودي» لقاضي التنفيذ اختصاص الإشراف على إجراءات التنفيذ الجبري، فنصت المادة الثانية من النظام على أنه: «عدا الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا الإدارية والجنائية، يختص قاضي التنفيذ بسلطة التنفيذ الجبري والإشراف عليه، ويعاونه في ذلك من يكفي من مأموري التنفيذ، وتتبع أمامه الأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية ما لم ينص هذا النظام على خلاف ذلك».

(١) ولعله من الفوائد البحثية المستفادة من عرض القانون المصري في أعقاب السعودي بيان مدى تطور المنظم السعودي في بيان وتفصيل منظومة التنفيذ القضائي ومقارنته بما استقر عليه القانون المصري باعتباره الأسبق تاريخياً في الناحية العملية.

وذلك على عكس «قانون المرافعات المصري» المعدل في ٢٠٠٧م، حيث أسند لإدارة التنفيذ الاختصاص بالإشراف الإداري على إجراءات التنفيذ، فنصت المادة (٢٧٤) على أنه: «يجرى التنفيذ تحت إشراف إدارة للتنفيذ تنشأ بمقرر كل محكمة ابتدائية، ويجوز بقرار من وزير العدل إنشاء فروع لها بدائرة محكمة جزئية. ويرأس إدارة التنفيذ قاضٍ بمحكمة الاستئناف ويعاونه عدد كافٍ من قضاةها يندبهم وزير العدل...».

ثانياً: الفصل في منازعات ومشكلات التنفيذ:

أكدت المادة الثالثة من «نظام التنفيذ السعودي» على أن يختص قاضي التنفيذ بالفصل في منازعات التنفيذ مهما كانت قيمتها، وفقاً لأحكام القضاء المستعجل، ويختص كذلك بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ، وله الأمر بالاستعانة بالشرطة أو القوة المختصة، وكذلك الأمر بالمنع من السفر ورفع، والأمر بالحبس والإفراج، والأمر بالإفصاح عن الأصول، والنظر في دعوى الإعسار.

ونصت المادة (٢٧٥) من «قانون المرافعات المصري» على أن: «يختص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية أيًا كانت قيمتها. ويفصل قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ الوقائية بوصفه قاضياً للأمر المستعجل».

ويشكل قاضي التنفيذ في القانون المصري محكمة مستقلة قائمة بذاتها، ولا يعد دائرة من دوائر المحكمة الجزئية التي يعمل في مقرها، ويترتب على ذلك اختصاص قاضي التنفيذ وحده بجميع المسائل المتعلقة بمنازعات

التنفيذ مهما كانت قيمتها، ولو كانت تزيد عن نصاب اختصاص المحكمة الجزئية المنتدب إليها^(١). وتكون جميع قرارات قاضي التنفيذ نهائية وتخضع جميع أحكامه في منازعات التنفيذ، ودعوى الإعسار للاستئناف ويكون حكم الاستئناف نهائياً^(٢).

ثالثاً: مراقبة إجراءات التنفيذ والبيع بالمزاد العلني وتوزيع حصيلته:

وهذا الاختصاص الأصيل لقاضي التنفيذ نصت عليه المادة الخامسة من «نظام التنفيذ السعودي» بقولها: «إذا تعددت الدوائر المختصة بالتنفيذ؛ فيكون لقاضي التنفيذ -الذي قام بأول إجراء تنفيذي- الإشراف على التنفيذ وتوزيع حصيلته، وله أن ينيب قاضي تنفيذ في دائرة أخرى للتنفيذ على مال المدين، وتحدد اللائحة الأحكام اللازمة لذلك». إلا أن هذا الاختصاص تم إسناده في «قانون المرافعات المصري» المعدل رقم (٧٩) لسنة ٢٠٠٧م إلى إدارة تسمى (إدارة التنفيذ)، حيث نصت المادة (٢٧٤) منه على أنه: «يجرى التنفيذ تحت إشراف إدارة للتنفيذ تنشأ بمقرر كل محكمة ابتدائية، ويجوز بقرار من وزير العدل إنشاء فروع لها بدائرة محكمة جزئية».

ومفاد هذه المادة في القانون المصري هو قصر الإشراف على إجراءات التنفيذ الجبري على إدارة التنفيذ، لأن الغرض الأساسي من إنشاء إدارة التنفيذ هو الإشراف على التنفيذ بعد التداعيات السلبية التي صاحبت نظام

(١) د. رمضان إبراهيم علام، أعمال التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ وإدارة التنفيذ، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م، ص ١٧٢، الدكتور، فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة ١٩٩٨م، ص ٥٠.

(٢) المادة السادسة من «نظام التنفيذ السعودي».

قاضي التنفيذ الذي كانت تجتمع في يده كل السلطات بدءاً من الإشراف على إجراءات التنفيذ وانتهاءً بالفصل في المنازعات التي تُثار بصدده، وخلص الإشراف على التنفيذ لإدارة التنفيذ، كما خُص لقاضي التنفيذ الفصل في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية^(١). ووفقاً للقانون المصري يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى^(٢).

ولضمان مراقبة ضبط وقيّد طلبات التنفيذ المقدمة إلى محكمة التنفيذ المختصة أوجب القانون أن يُعد بكل إدارة تنفيذ سجل خاص تُقيد فيه طلبات التنفيذ التي تُقدم إلى مدير إدارة التنفيذ. وينشأ لكل طلب ملف تودع به جميع الأوراق المتعلقة بالطلبات. ويعرض الملف على مدير إدارة التنفيذ أو أي من قضاتها عقب كل إجراء، ويثبت به ما يصدره من قرارات وأوامر، وما يصدره قاضي التنفيذ من أحكام^(٣).

رابعاً: اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية اللازمة لضمان إتمام التنفيذ:

وأوجبت المادة السابعة من «نظام التنفيذ السعودي» على القاضي ضرورة اتخاذ الإجراء المناسب في حالة حدوث أي واقعة أو مخالفة أو جريمة يترتب عليها تعطيل إجراءات التنفيذ، سواء من المدين أو الغير، فنصت على أنه: «إذا وقع تعدُّ، أو مقاومة، أو محاولة لتعطيل التنفيذ، وجب على قاضي

(١) د. رمضان إبراهيم علام، أعمال التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ وإدارة التنفيذ، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٢) المادة (٢٩٧) من «قانون المرافعات المصري».

(٣) المادة (٢٧٨) من «قانون المرافعات المصري».

التنفيذ اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية، وله الأمر على الجهات المختصة بتقديم المعونة المطلوبة، ولا يجوز لمأموري التنفيذ كسر الأبواب، أو فتح الأقفال بالقوة لإجراء التنفيذ، إلا بعد استئذان قاضي التنفيذ، وتوقيع محضر بذلك». وهذه القاعدة نصت عليها المادة (٢٧٩) من «قانون المرافعات المصري» أنه: «... وإذا وقعت مقاومة أو تعدد على معاون التنفيذ وجب عليه أن يتخذ جميع الوسائل التحفظية وله في سبيل ذلك - بعد عرض الأمر على مدير إدارة التنفيذ- أن يطلب معونة القوة العامة والسلطة المحلية».

ويلاحظ أن النظام السعودي أوجب على قاضي التنفيذ اتخاذ الإجراءات التحفظية في حالة حدوث تعدد أو مقاومة يترتب عليه تعطيل التنفيذ، في حين أوجب «قانون المرافعات المصري» على معاون التنفيذ نفسه اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية، ولم يلزمه بعرض الأمر على قاضي التنفيذ إلا في حالتي طلب معونة القوة العامة أو السلطة المحلية.

وأوضحت «اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ السعودي» المقصود بالمقاومة بأنها مقاومة التنفيذ التي تقع من المدين، إذا هدد، أو تعدى هو بنفسه - أو بوساطة غيره - على موظف، أو مُرخص له يقوم بالتنفيذ، أو قام بأي من ذلك ضد المنفذ له، وأي فعل آخر غير مشروع قام به بقصد مقاومة التنفيذ^(١)، أو تعمد تعطيل التنفيذ بأن أقام دعوى قصد منها تعطيل التنفيذ وإذا وقع تعدد، أو مقاومة، أو محاولة لتعطيل التنفيذ، فعلى مأمور التنفيذ إعداد محضر بذلك، ورفع لقاضي التنفيذ.

(١) راجع تفصيلاً المادة السابعة فقرة (١، ٢) من اللائحة التنفيذية، والمادة الثامنة والثمانون من «نظام التنفيذ السعودي».

الفصل الأول

المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ
وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية

تمهيد:

تنقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين هما: المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، والمقصود بالمسؤولية التقصيرية بوجه عام هي جزاء الإخلال بالواجب القانوني الذي يفرضه القانون على الشخص بعدم الإضرار بالغير^(١). فالمسؤولية التقصيرية تقوم إذا كنا بصدد إخلال بالتزام قانوني، أو بعبارة أخرى: هي المسؤولية التي تقوم على إلزام القانون بتعويض الضرر الذي ينشأ دون علاقة عقدية بين المسؤول عنه والذي كان ضحيته.

وتنقسم المسؤولية التقصيرية في القانون المدني إلى ثلاثة أقسام، هي:

١. المسؤولية عن الأعمال الشخصية.

٢. المسؤولية عن فعل الغير.

٣. المسؤولية عن الأشياء.

وسوف نتعرف في هذا الفصل لجوهر المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، والتي تقوم على ضرورة توفر أركانها من حيث الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، ووفقاً لما تقتضيه

(١) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م، ص ٢٢٣.

طبيعة عمل قاضي التنفيذ والتزامه ببذل عناية الشخص الحريص وليس عناية الشخص العادي. وهو ما يتطلب بيان الأساس القانوني لمسؤولية قاضي التنفيذ في المبحث الأول، ثم نتناول في المبحث الثاني أقسام المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ، وفي المبحث الثالث نتعرف على أركان المسؤولية التقصيرية لقاضي التنفيذ، في محاولة لخصر ودراسة ما يقع منه من أخطاء شخصية أو مهنية، وكذا الأضرار التي تلحق بالمتقاضين أثناء إجراءات التنفيذ التي يأمر بها القاضي أو بسبب خطأ معاونيه بدائرة محكمة التنفيذ التي يرأسها، وذلك من خلال المباحث الثلاثة التالية.



المبحث الأول

الأساس القانوني لمسؤولية قاضي التنفيذ

الدولة هي الطرف الثالث في عملية التنفيذ القضائي باعتبارها السلطة العامة ممثلة في قاضي التنفيذ ومعاونه، وهم الأشخاص الذين تسند إليهم الدولة مهمة القيام بالأعمال والإجراءات القانونية للتنفيذ لاقتضاء حق الدائن طالب التنفيذ.

ولبحث المسؤولية التقصيرية لقاضي التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية لا بد من النظر إلى اعتبارين على درجة من الأهمية، هما:
أولاً: اعتبار قاضي التنفيذ أحد أعضاء السلطة القضائية يتعين عليه الالتزام بواجباته القضائية المنوط به القيام بها.

وثانياً: اعتباره الرئيس الإداري الأعلى المكلف بإدارة مرفق عام قضائي هو محكمة التنفيذ، وأعطاه القانون سلطات وصلاحيات واسعة في إدارة هذا المرفق القضائي الهام وتحقيق أهدافه.

وهناك نظريات قانونية وفقهية في تحديد هذا الأساس للمسؤولية المدنية في إطار الموازنة بين مفهوم المسؤولية التقصيرية وبين الغاية المفترضة من التعويض عن التسبب في الضرر. ومن أهم النظريات الشائعة في تفسير هذه المسؤولية: النظرية القائمة على أساس الخطأ، وكذا نظرية تحمل التبعة وما ينتج عنها من تحمل التبعة، وهو مصطلح قانوني للتعبير عن أثر فعل معين وما له من نتائج، ويقابل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي نظرية الضمان،

الذي يقع على عاتق المسؤول عن ضرر حاصل للمتضرر وما يترتب عنه من التزام بالتعويض^(١).

ويرجع الأساس القانوني لمسؤولية قاضي التنفيذ إلى سلطة الإشراف على إجراءات التنفيذ، حيث إن نظام قضاء التنفيذ هو نظام يهدف إلى تخصيص دائرة قضائية في كل محكمة لشؤون التنفيذ تُقدم إليها أوراق التنفيذ، ولكن لا يعني ذلك أن القضاة أنفسهم هم الذين يقومون بالتنفيذ، وإنما التنفيذ الفعلي يتم بواسطة موظف إداري بقلم كتاب المحكمة يتولى مباشرة أعمال التنفيذ تحت إشراف القاضي المختص وهو رئيس دائرة التنفيذ تحت أوامره وتوجيهاته^(٢).

ويجب الموازنة بين حق القاضي في توفير الضمانات له، وبين حق المتقاضى في الاطمئنان بأن قاضيه مقيد بالعدل في حكمه، فإن جنح عنه لم يغلق الأبواب في وجهه فله أن ينزله منزلة الخصومة يدين بها قضاءه ليبطل أثره، وهذا كله يجد حده الطبيعي في أن القضاء ولاية تقدير وأمانة تقرير، وأن مجرد الخلاف أو الخطأ لا يسقط بهما منطلق العدل، وإنما يسقطه الجور والانحراف في القصد^(٣).

(١) راجع تفصيلاً: الدكتور جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، طبعة ١٩٩٨م.

(٢) د. عادل عامر، إشكالات التنفيذ العيني الجبري، بحث منشور بموقع المركز الديمقراطي العربي للدراسات، ص ١٣. <http://democraticac.de>

(٣) حكم نقض في الطعن (٨٥٦٩) لسنة ٦٦ ق، جلسة ٨/٧/١٩٩٧م، الطعن رقم (١١٠٢٨) لسنة ٨٦ قضائية، جلسة ١٩/١٢/٢٠١٦م.

ووفقاً للقاعدة الفقهية المتفق عليها أنه: «لا ضرر ولا ضرار»، وتطبيقاً لقواعد المسؤولية المدنية المستقرة في جميع النظم القانونية أن «كل فعل سبب ضرراً يلزم مرتكبه بالتعويض»، فإن كل فعل يقع من قاضي التنفيذ أو أحد معاونيه يشكل خطأ شخصياً أو مهنياً ويسبب ضرراً لأحد أطراف التنفيذ أو الغير، يترتب عليه تطبيق قواعد المسؤولية المدنية ويلتزم المخطئ بالتعويض المناسب لجبر الضرر الذي وقع للمضرور.

ومن هنا فإن الأساس القانوني لمسؤولية قاضي التنفيذ يقوم -من وجهة نظرنا- على محورين متكاملين:

المحور الأول: «الصفة القضائية»: لكونه رئيساً لدائرة التنفيذ التي يُقدم إليها طلب التنفيذ من الدائن طالب التنفيذ وفقاً للنظام القانوني لإجراءات التنفيذ وقواعد المرافعات والتقاضى أمام المحاكم.

والمحور الثاني: «الصفة الإدارية»: كون قاضي التنفيذ هو الرئيس الإداري الأعلى والمباشر لمحكمة التنفيذ باعتبارها مرفقاً قضائياً عاماً تديره الدولة، ومنوط به الإشراف والرقابة والمتابعة على الجهاز الإداري المساعد له في إجراءات التنفيذ من بدايتها إلى نهايتها، ومنحه القانون العديد من الصلاحيات الإدارية والإجرائية ومخاطبة الجهات الرسمية لتحقيق هذا الهدف.

ويؤيد ذلك ما ذهب إليه أحد الباحثين بقوله: «إن قاضي التنفيذ يمارس أعمالاً من طبيعة قضائية بحتة، عن طريق الفصل في منازعات التنفيذ الموضوعية والوقوتية، ويمارس أيضاً أعمالاً من طبيعة ولائية، وذلك بإصداره للأوامر الولائية المتعلقة بالتنفيذ الجبري في حدود الاختصاص الاستثنائي

المخول له، كما يباشر أعمالاً إدارية بحتة، فيصدر قرارات إدارية تتعلق بالتنفيذ الجبري - استثناءً^(١).

ولذا كان الأصل القانوني هو عدم مسؤولية القاضي عما يصدر منه من تصرف في أثناء عمله، لأنه يستعمل في ذلك حقاً خوله له القانون وترك له سلطة التقدير فيه، ولكن قرر القانون مسؤوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها، ومن ثم فإنه لا تجوز مقاضاته بالتضمينات عن التصرفات التي تصدر منه إبان عمله إلا في هذه الأحوال^(٢).

كما أن الخطأ المهني الجسيم الذي يُجيز مساءلة القاضي هو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان لیساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً، ويستوي أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف الدعوى، وتقدير مبلغ جسامه الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التي تدخل في التقدير المطلق لمحكمة الموضوع^(٣). فلا تتحقق المسؤولية التقصيرية إلا بتمام وجود العلاقة بين الخطأ والضرر التقصيري، بمعنى أن الخطأ يتسبب وبشكل مباشر بحدوث الضرر، على الرغم من صعوبة تحديد علاقة السببية في كثير من الأحيان.

(١) د. رمضان إبراهيم علام، أعمال التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ وإدارة التنفيذ، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

(٢) حكم نقض، الطعن رقم (١٢٩٨) لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩/٦/١٩٨٠م، مج أحكام محكمة النقض س ٣١، ص ١٧٨٨

(٣) حكم نقض، الطعن رقم (٤١٠) لسنة ٥٦ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٩٠م، مج أحكام النقض س ٤٢ ع ٢ ص ١٨٢٣.

المبحث الثاني

أقسام المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ

سوف نتعرض بالبحث والدراسة في هذا المبحث لأقسام مسؤولية قاضي التنفيذ وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، ونركز فيها على قسمين رئيسيين هما: مسؤولية قاضي التنفيذ عن أفعاله وأخطائه الشخصية، ثم مسؤوليته عن غيره من الأشخاص العاملين معه تحت إشرافه وتوجيهه وهم معاونو قاضي التنفيذ، لأن القسم الثالث المتعلق بمسؤولية الأشياء نرى أنه غير منطبق على مسؤولية قاضي التنفيذ، لأنه يخلي مسؤوليته بمجرد قيامه بتعيين حارس على الأشياء المحجوزة، وهذه النقاط محل البحث في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: المسؤولية عن الأخطاء الشخصية لقاضي التنفيذ.

المطلب الثاني: مسؤولية قاضي التنفيذ عن أخطاء معاونيه.

المطلب الأول: المسؤولية عن الأخطاء الشخصية لقاضي التنفيذ:

بما أن الضرر هو السبب في دعوى المسؤولية التقصيرية والمصلحة هي أساسها، فحيث لا يوجد ضرر لا توجد مصلحة، وحيث لا توجد مصلحة فلا مسوغ لرفع الدعوى قانوناً. ودعوى التعويض هي الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الذي أصابه. بتعويض ما أصابه من ضرر شخصي عن طريق القضاء.

والقاعدة في مصر هي مسؤولية رجال القضاء الشخصية، والتي نظمها قانون المرافعات في المواد من (٤٩٤) إلى (٥٠٠) تحت عنوان (دعوى المخاصمة)، والتي لا تُقبل إلا لأسباب عينها القانون وأحاط دعوى المخاصمة بضمانات تميزها عن غيرها من الدعاوى الأخرى، كما أنه قرر مسؤولية الدولة مع القاضي المخاصم^(١).

وبالنسبة للمسؤولية المهنية للقضاة نصت المادة الرابعة من «نظام القضاء السعودي» على أنه: «لا تجوز مخاصمة القضاة إلا وفق الشروط والقواعد الخاصة بتأديبهم». ولم يرد في النصوص الخاصة بتأديب القضاة بـ«نظام القضاء السعودي» أي نص يتعلق بدعوى المخاصمة التي يمكن أن ترفع من أحد الخصوم في الدعوى ضد القاضي، لأن جميع هذه النصوص تتعلق بالدعاوى التأديبية وليس المدنية. وإنما نصت المادة (٥٨) من هذا النظام على أنه: «مع عدم الإخلال بما للقضاء من حياد واستقلال، وبما للمجلس الأعلى للقضاء من حق الإشراف على المحاكم والقضاة وأعمالهم، يكون لرئيس كل محكمة حق الإشراف على قضاتها وحق تنبيههم إلى ما يقع منهم مخالفاً لواجباتهم أو مقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم...».

ونصت المادة (١٢ / ١، ٥) من «لائحة التفتيش القضائي في المملكة»^(٢) على أن: «تختص إدارة التفتيش القضائي: ١. بالتفتيش الدوري على قضاة محاكم الاستئناف، ومحاكم الدرجة الأولى؛ وذلك لجمع البيانات التي تؤدي (١) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني (قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام) دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة ١٩٨٦م، ص ٦٩.

(٢) الصادرة بالقرار رقم (٣٠ / ٥ / ٣٦٤) وتاريخ ١١ / ٠٢ / ١٤٣٠هـ.

إلى معرفة كفايتهم، ومدى حرصهم على أداء واجبات وظيفتهم، ... ٥. فحص الشكاوى التي يُقدّمها القضاة، أو تُقدم ضدهم، في المسائل المتصلة بأعمالهم، المحالة إليها من الرئيس، أو من يُنيبه، والتحقّق منها...». ومن ثم تعتبر لائحة التفتيش القضائي أساساً واضحاً لتحديد مسؤولية القاضي في حالة ثبوت وقوع مخالفات من جانبه بعد إجراءات التفتيش أو التحقيق في الشكاوى المقدمة ضده من المتقاضين^(١).

وفيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للقضاة في «نظام المرافعات الشرعية السعودي» لم يتضمن نصوصاً تتعلق بدعوى مخاصمة القضاة، ولذا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في دعوى المسؤولية المدنية للقاضي، وضرورة توفر أركانها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية كشرط للحكم على القاضي بالتعويضات والتضمينات اللازمة لجبر الضرر. لأن من أوصاف القضاة ينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهيماً مستقيماً، وأميناً مكيناً متيناً^(٢).

(١) وفي مصر نصت المادة (٧٨) من «قانون السلطة القضائية» رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢م على أن تشكل بوزارة العدل إدارة التفتيش القضائي على أعمال القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية وتؤلف من مدير ووكيل يختاران من مستشاري محكمة النقض أو محاكم الاستئناف ومن عدد كاف من المستشارين والرؤساء بالمحاكم الابتدائية، ويضع وزير العدل لائحة للتفتيش القضائي بموافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ويجب أن يحاط القضاة علماً بكل ما يودع في ملفات خدمتهم ملاحظات أو أوراق أخرى، وتقدر الكفاية بأحدي الدرجات الآتية: كفاء، فوق المتوسط، متوسط، أقل من المتوسط.

(٢) المادة (١٧٩٢) من مجلة الأحكام العدلية وهي مجلة وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية، وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي. وهي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاباً.

وقد تضمن «نظام القضاء السعودي» قاعدة مهمة في المسؤولية المدنية للقضاة، حيث نصت المادة (٦٣) منه على أنه: «تنقضي الدعوى التأديبية باستقالة القاضي، ولا تأثير للدعوى التأديبية على الدعوى الجزائية أو المدنية الناشئة عن الواقعة نفسها»، وبناء على ذلك فإن صدور قرار أو حكم تأديبي في حق القاضي لا يؤثر في دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن ذات الخطأ أو المخالفة التي ارتكبها القاضي وتم معاتبته تأديبياً عنها. وقد أقر ديوان المظالم في أحكامه المتعاقبة مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن الخطأ الشخصي الذي يرتكبه موظفوها، مع تحملها المسؤولية فقط عن الخطأ المرفقي وحدد نطاقه في المسؤولية المدنية دون الجزائية^(١)، وهو ما يعني مسؤولية الدولة عن الأخطاء المهنية المرفقية التي تقع من القاضي أثناء عمله القضائي. وبناء على ذلك يجوز في النظام السعودي لكل متضرر من أخطاء أو تصرفات قاضي التنفيذ القيام برفع دعوى المسؤولية التقصيرية ضد قاضي التنفيذ للمطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار مادية أو أدبية من جراء هذا الخطأ المهني أو الشخصي، إذا ثبت في حقه الإهمال أو التقصير في عمله القضائي بمحكمة التنفيذ.

والقاعدة الشرعية في الفقه الإسلامي هي أن: «الضرر يُزال»، فإذا لم يمكن إزالة الضرر عيناً بأن كان الواقع منه لا يرتفع، فإنه يُتدارك هذا الضرر عن طريق التعويض المالي العادل، وهذا التعويض يعبر عنه الفقهاء بالضمان

(١) مجموعة السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، مجلد رقم (٥) لسنة ١٤٣٢ هـ، ص ١٦٧١، مجلد رقم (١١) لسنة ١٤٢٣ هـ، ص ٣٩٥، مجلد رقم (٣) لسنة ١٤٢٧ هـ، ص ١٢١١.

للدلالة على ما يلتزمه الإنسان في ذمته من المال المثلي أو النقود في الحالات الموجبة لثبوت المال في الذمة، لأن الفقه الإسلامي ينظر إلى مُحدث الضرر على أنه مسؤول تجاه المضرور بضمان هذا الضرر وفق قواعد محددة لتلك المسؤولية^(١).

المطلب الثاني: مسؤولية قاضي التنفيذ عن أخطاء معاونه:

وهذا النوع من المسؤولية يحكمه القواعد العامة في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه في القانون المدني، وعن تعويض الأضرار التي تنتج عن التصرفات الضارة التي تقع من غيره من الأشخاص الذين هم تحت إشرافه أو له عليهم سلطة الرقابة والإشراف والمتابعة.

ونعني بالبحث هنا في مسؤولية قاضي التنفيذ عن تصرفات معاونه أثناء إجراءات التنفيذ.

ويشترط لتحقيق مسؤولية المتبوع عن فعل التابع شرطان هما:

١. علاقة التبعية.

٢. وقوع الفعل الضار من التابع حال تأديته وظيفته أو بسببها.

أولاً: علاقة التبعية بين المتبوع والتابع:

أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في التوجيه والرقابة على التابع، ويترتب على ذلك أنه لا يشترط لتوفر علاقة التبعية وجود عقد بل يكفي توفر السلطة الفعلية، كما لا يشترط أن يكون المتبوع حراً في اختيار التابع، وفي

(١) د. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٩٨٣.

ذلك قضت محكمة النقض المصرية أن أساس مسؤولية المتبوع عن تابعه متى كان الضرر واقعاً منه حال تأدية وظيفته وبسببها، وأن علاقة التبعية لا تقتضي أن يكون التابع مأجوراً على نحو دائم بل يكفي اعتقاد المضرور بصحة الظاهر من أن التابع يعمل لحساب المتبوع^(١). وعلاقة التبعية بين قاضي التنفيذ ومعاونيه تقوم في جوهرها على عنصري الإشراف والمتابعة من جانبه على كل من يتلقى منه الأوامر والتعليقات المتعلقة بإجراءات التنفيذ القضائي، لأن قاضي التنفيذ وفقاً لطبيعة عمله يملك سلطة الرقابة والتوجيه على مساعديه من الناحية الإدارية، وإن لم يملك سلطة تعيينهم أو عزلهم من الناحية القانونية.

وهذا المبدأ القانوني استقرت عليه أحكام القضاء، فقضت محكمة النقض المصرية بأنه: «يجب أن يكون للمتبوع سلطة فعلية على التابع، وهي ما يستوجب الرقابة والتوجيه في عمل معين، على خلاف متولي الرقابة الذي له سلطة فعلية عامة لا تختص بعمل معين، فإذا لم يوجد ذلك انعدمت مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، ولا يشترط أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة من الناحية الفنية بل يكفي أن يملكها من الناحية الإدارية، فتقوم علاقة التبعية كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة والتوجيه، ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية، طالما أن الضرر الذي حاق بالمضرور مصدره أحد تابعي المتبوع»^(٢).

(١) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (١٥٦٦) لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٣/١١ م.

(٢) الطعن رقم (٢٤٨٤) لسنة ٦٥ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ٢٠١٩/٨/١ م.

وجاء في حكم ديوان المظالم بالمملكة أن: «من ضوابط مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال تابعه، أن مسؤولية أي شخص عن أعمال الغير لا تقوم إلا إذا كان هذا الغير يعمل تحت إشراف وتوجيه الشخص الأول بالفعل، بحيث يمكن اعتباره تابعاً له، وبالتالي تقوم مسؤولية المتبوع عن التابع»^(١).

ثانياً: وقوع الفعل الضار من التابع حال تأديته وظيفته أو بسببها:

لا شك أن طبيعة عمل معاوني قاضي التنفيذ تتطلب أن يكون لهم دور واضح ومحدد في إجراءات التنفيذ، ولذا فإن وقوع أخطاء منهم أثناء العمل يتطلب سرعة التدخل من قاضي التنفيذ بصفته المشرف على تلك الإجراءات ومنوطاً به ضمان صحة الإجراءات القانونية اللازمة لإتمام عملية التنفيذ.

ولا تقوم مسؤولية قاضي التنفيذ عن أخطاء معاونيه إلا إذا توفر الشرطان مجتمعين معاً، وهما:

(١) تحقق مسؤولية أحد معاوني قاضي التنفيذ:

فوفقاً للقواعد العامة يجب أن تقوم المسؤولية في حق التابع أولاً، أي أن يرتكب فعلاً غير مشروع يترتب عليه ضرر للغير. ولا تتحقق هذه المسؤولية إلا بعد ثبوت الخطأ في حق الموظف المختص بمحكمة التنفيذ بعد إجراء تحقيق إداري في المخالفة وصدور قرار بالإدانة من السلطة المختصة، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات هذا الخطأ من أحد معاوني قاضي التنفيذ.

(١) مجموعة مبادئ القضاء السعودي، حكم ديوان المظالم رقم (٧٤٣/ت/١)، لسنة ١٤١١هـ.

ومن ثم فإنه يشترط لقيام مسؤولية قاضي التنفيذ عن خطأ أحد معاونيه أولاً ثبوت مسؤولية وخطأ التابع، وهو ما أكدته محكمة النقض بقولها: «لما كانت مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الواقع منه حال تأدية وظيفته أو بسببها بمقتضى المادة (١٧٤) من القانون المدني، قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسؤوليته هو، بحيث إذا انتفت مسؤولية التابع فإن مسؤولية المتبوع لا يكون لها أساس تقوم عليه، وإذا كانت مسؤولية التابع لا تتحقق إلا بتوفر أركان المسؤولية الثلاثة، وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر»^(١). ويعد من صور المسؤولية التقصيرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة، كون خطأ التابع جسيماً أو مدفوعاً فيه بعوامل شخصية قصد بها مجرد النكايه أو الإيذاء أو تحقيق منفعة ذاتية له أو لغيره، وعلة ذلك هو انتفاع المتبوع من نشاط تابعه ومن ثم وجوب تحمل الأول المسؤولية عن خطأ الأخير^(٢).

(٢) وقوع هذا الفعل الضار حال تأديته وظيفته أو بسببها:

فلا بد أن يقع الفعل الضار أثناء تأدية الوظيفة، سواء كان بأمر مباشر من قاضي التنفيذ أم لا، وسواء حدث بعلمه أم بغير علمه، فيكون قاضي التنفيذ مسؤولاً عن هذا الخطأ باعتبار هذا الموظف أحد معاونيه ويكون تابعاً له ويخضع لإشرافه ورقابته أثناء وقوع الخطأ. وقد اختلف الفقه في أساس مسؤولية المتبوع فقبل النيابة القانونية، وقيل الحلول أي امتداد (١) الطعن رقم (٢٧١١) لسنة ٥٣، جلسة ١٨ / ٠١ / ١٩٨٤م، مع مكتب فني ٣٥ صفحة رقم (٥٧).

(٢) الطعن رقم (٢٥٩٧) لسنة ٨٤ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ١ / ٦ / ٢٠٢٠م.

شخصية المتبوع وحلؤها في شخصية التابع وقيل الضمان أي أن المتبوع ضامن أو كفيل للتابع. حيث يرى جانب من الفقه أن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة الضمان، على أساس أن المتبوع كفيل متضامن للتابع في مواجهة الغير، وهذا ما يفسر جواز رجوع المضرور على المتبوع قبل الرجوع على التابع، لأن الكفيل المتضامن ليس له الحق في الدفع بوجوب الرجوع على المدين الأصلي وتجريده من أمواله، كما يجوز رجوع المتبوع على التابع بما دفعه من تعويض^(١). وبناء على ذلك يجوز للمضرور من أخطاء معاوني قاضي التنفيذ أن يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية على وزارة العدل ممثلة في قاضي التنفيذ ومعاونه. وقضت محكمة النقض بأن علاقة التبعية تقوم على توفر الولاية في الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية - طالمت مدتها أو قصرت - في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع وفي الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها حتى ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار التابع^(٢).

(١) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨٤.
 (٢) الطعن (٢٤٤٦) لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٨/٥/١٩٩٢م، مج مكتب فني ٤٣ ج ١ ق ١٥٨، ص ٧٦٦.

المبحث الثالث

أركان المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ

وأركان المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ وفقاً للمعيارين السابقين المتعلقين بطبيعة عمله، ووفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، هي: ركن الخطأ، أي وقوع خطأ شخصي أو مهني من قاضي التنفيذ، وركن الضرر، ويقصد به كل ما يلحق المتقاضين أو الغير من أضرار مادية أو أدبية جراء حدوث خطأ من قاضي التنفيذ أو أحد معاونيه، والركن الثالث هو علاقة السببية بين خطأ القاضي أو معاونيه والضرر الذي لحق بالمضروب، وهو ما نتناوله بالبحث فيما يلي.

المطلب الأول: وقوع خطأ شخصي أو مهني من قاضي التنفيذ:

الخطأ ركن مهم في المسؤولية المدنية، فلا يكفي أن يحدث الضرر بفعل شخص حتى يلزم بتعويضه، بل يجب أن يكون ذلك الفعل يشكل خطأ بالمعنى القانوني.

أولاً: مفهوم الخطأ في حق قاضي التنفيذ:

المستقر عليه فقهاً وقضاً أن الخطأ في المسؤولية المدنية هو الإخلال بالتزام قانوني من شخص مميز، مع إدراكه لهذا الإخلال^(١)، فهو في المسؤولية التقصيرية إخلال بالتزام قانوني، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية إخلال

(١) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، طبعة ١٩٩٢م، ص ٣٧٠، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م، ص ٢٣١.

بالتزام عقدي، والالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام ببذل عناية، وهو أن يلتزم الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان لديه القدرة على التمييز، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية^(١).

وعليه فإن الخطأ الموجب لمسؤولية قاضي التنفيذ هو كل سلوك أو تصرف من جانبه يخرج عن موجبات اليقظة والتبصر في عمله القضائي، ويمثل إخلالاً من جانبه بالتزامه ببذل العناية المطلوبة لمن هو في مثل عمله، وهي عناية الرجل الحريص في عمله حرصاً يمنع من الإضرار بالغير... وهذا المعيار أخذت به محكمة النقض المصرية عند تعريفها للخطأ بقولها: «الخطأ هو الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر»^(٢)، ويقوم الخطأ بهذا المفهوم على عنصرين، وهما:

١. **العنصر المادي:** هو التعدي أو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، وهو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، بإحداث الضرر به أو بهال من أمواله.

٢. **العنصر المعنوي:** وهو الإدراك، أي ضرورة القصد أو على الأقل التمييز فيجب لقيام الخطأ التقصيري أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي، مدركاً لها أي قادراً على التمييز بين الخير والشر.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ٧٧٨، ٧٧٩، فقرة ٥٢٧.

(٢) نقض مدني جلسة ٣٠/١٠/١٩٧٨، طعن رقم (٤٠) لسنة ٤٣ ق.

ونظراً لأن الخطأ إخلال بالتزام قانوني، فإن هذا الإخلال يتحقق إذا انحرف الشخص في سلوكه فأضر بالغير، يستوي في هذا أن يتمثل الانحراف في صورة تعمد الإضرار بالغير، كما في الجرائم، أو أن يكون في صورة إهمال أو تقصير، وهذا الانحراف الذي يضر بالغير يمكن أن يُنظر له بالنسبة إلى شخص من وقع منه^(١)، ويقوم ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية لقاضي التنفيذ إذا وقع منه خطأ شخصي أو مهني، جسيماً كان هذا الخطأ أو يسيراً، وهذا النوع من المسؤولية التقصيرية هو المسؤولية عن الأعمال الشخصية عن عمل شخصي يصدر عن المسؤول نفسه، فهي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات وليس خطأ مفترضاً، بل يكلف الدائن إثباته في جانب المدين^(٢)، فهي مسؤولية الشخص عن تصرفاته الشخصية والأخطاء التي يقع فيها وتسبب ضرراً للغير.

ومن هنا فالخطأ الشخصي في المسؤولية الإدارية هو الخطأ الذي يرتكبه الموظف العام إخلالاً بالتزامات وواجبات قانونية يقرها إما القانون المدني فيكون الخطأ الشخصي للموظف العام خطأ مدنياً يرتب مسؤوليته الشخصية، أو يكون الإخلال بالتزامات والواجبات القانونية الوظيفية المقررة والمنظمة بواسطة قواعد القانون الإداري فيكون الخطأ الشخصي

(١) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨٧م، ص ٢٣٢.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٧٧٥، فقرة ٥٢٣.

للموظف العام هنا خطأ تأديبياً يقيم مسؤولية الموظف التأديبية، فهو الخطأ الذي يمكن فصله عن أعمال الوظيفة وواجباتها فصلاً مادياً ومعنوياً^(١). والخطأ يكون شخصياً عندما يصدر فعل ضار من الموظف في تأديته لوظيفته، ويكون هذا الفعل مطبوعاً بطابع شخصي يتميز بعدم الحرص والتبصر ويكشف عن وهن الإنسان وأهوائه عدّ هذا الخطأ شخصياً. ومن ثم فالخطأ الشخصي يُسأل عنه الموظف شخصياً. فإذا كان الموظف قصد بعمله تحقيق أغراض شخصية لا علاقة لها بالوظيفة أو الاستفادة من سلطات وظيفته فإن الخطأ يعتبر شخصياً، وإذا قصد بعمله تحقيق أغراض الوظيفة فإن الخطأ يعد مرفقياً^(٢).

ولا يميز القانون في نطاق المسؤولية التقصيرية بين الخطأ العمدي وغير العمدي ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فكل منهما يوجب تعويض الضرر الناشئ عنه، وأنه يكفي لقيام المسؤولية مجرد إهمال ما توجبه الحيلة والحذر^(٣)، فيشترط في الخطأ الموجب للتعويض أن يكون هو السبب المباشر لوقوع الضرر^(٤)، ويترتب على الأخذ بهذا المعيار الشخصي أن استحقاق المضروور للتعويض أو عدم استحقاقه يتوقف على طبيعة شخص من وقع (١) د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨م، ص ٤١٦ وما بعدها. (٢) د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠م. (٣) نقض مدني، الطعن رقم (١٠٨٥) لسنة ٥٠ ق، جلسة ١٧/٢/١٩٨٦م. (٤) مجموعة السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، مجلد رقم (٥) لسنة ١٤٣٢هـ، ص ١٦٧١، مجلد رقم (٥) لسنة ١٤٣٥هـ، ص ١٦٦٥.

منه الضرر، فيجب أن نعرف حقيقة هذا الشخص لكي نقف على درجة يقظته أو إهماله، حتى نتبين ما إذا كان هناك انحراف في سلوكه أم لا^(١).

ونرى أن الخطأ المرفقي (المصلحي) الذي يُنسب إلى المرفق العام يشكل إخلالاً بالالتزامات وواجبات قانونية من موظف عام بسبب التقصير أو الإهمال، ويرتب المسؤولية الإدارية، ومن ثم فالخطأ المرفقي في طبيعة جوهره هو خطأ شخصي للموظف العام، ولكن نظراً لاتصاله بالوظيفة العامة صبغ بصبغتها فتحول إلى خطأ وظيفي، ويقوم الخطأ هنا على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر، لأنه لم يؤدِّ الخدمة العامة وفقاً للقواعد التي يسير عليها، سواء أكانت هذه القواعد خارجية وضعها المشرع أم داخلية وضعها المرفق ذاته^(٢).

ثانياً: بعض صور الخطأ الشخصي لقاضي التنفيذ:

تتلخص صور الأخطاء الشخصية لقاضي التنفيذ في مخالفته لقواعد القانون المتعلقة باختصاصاته وواجباته في نظر القضايا أو طلبات التنفيذ المقدمة إليه، ومن خلال دراسة واقع العمل القضائي يمكننا عرض بعض الأمثلة على الأخطاء الشخصية لقاضي التنفيذ التي تقع منه أثناء العمل ومنها:

(١) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٣٢، ٢٣٣.

(٢) في ذات المعنى: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الثاني، قضاء التعويض)، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨٦م، ص ١٣٩، ١٤٠.

(١) الجهل بأحكام وقواعد التنفيذ المعمول بها:

فلا يُعذر القاضي بجهله بالقانون، ولا يعفى من ذلك بحجة حداثة تعيينه أو نقله حديثاً للعمل بوظيفة قاضي التنفيذ، فوفقاً لما تقتضيه طبيعة عمل قاضي التنفيذ يجب أن يكون على دراية كاملة بالأحكام القانونية المتعلقة بالتنفيذ القضائي، ومن ثم ضرورة التزامه في القيام بعمله ببذل عناية الشخص الحريص وليس عناية الشخص العادي، ونرى أن عدم دراية قاضي التنفيذ بالقواعد القانونية المتعلقة بالتنفيذ القضائي يعد صورة من صور الخطأ السلبي الذي يقع فيه القاضي، الذي تتحقق به مسؤوليته التقصيرية عند حدوث ضرر لأحد أطراف عملية التنفيذ القضائي.

ومن صور الخطأ السلبي على سبيل المثال قيام قاضي التنفيذ في دعاوى الإعسار بإثبات الإعسار دون أن يُثبت في ضبط القضية ما يدل على تحري الجهات المعنية عن أموال المدين مدعي الإعسار^(١)، أو إصداره حكماً بتقسيم المبلغ المحكوم به أو تأجيل تسليمه عن وقت حلول أجله دون أخذ موافقة المحكوم له وتدوين ذلك في محاضر الضبط^(٢).

ويؤيد فكرة الخطأ السلبي من قاضي التنفيذ ما ذهب إليه أحد الباحثين بقوله: «في المسؤولية التقصيرية يُعد الخطأ السلبي صورة من صور الخطأ التقصيري بشكله العام، بل هو الوجه الثاني للخطأ التقصيري، وهو

(١) مدونة التفتيش القضائي، وزارة العدل السعودية، الإصدار الأول، ١٤٣٦هـ، الملحوظة رقم (١٣٤)، ص ١١٤.

(٢) مدونة التفتيش القضائي، المرجع السابق، الملحوظة رقم (١٦٦)، ص ١٤٠.

الالتزام باحترام حقوق الأشخاص، والتَّحَلِّي بنوع من اليقظة والحيلة، والتي يصعب تحديد ما يجب أن يتحلَّى به الشخص من حيطة ويقظة، إلا من خلال معيار الشخص الاعتيادي المجرَّد من ظروفه الشخصية، ويعاقب من يرتكب فعلاً ضاراً، أو من يحصل منه خطأ إيجابي كان، أو خطأ سلبي يقع على شخص آخر، فالنصوص التشريعية الإسلامية توجب مؤاخذته بتحمُّل ما اقترفَ عملاً هو مأمور به، في حالة الخطأ السلبي، فعندئذٍ تقع على من أخطأ المسؤولية بالضمان، والضمان يقابله في القوانين المدنية (التعويض)، بعد أن تتحقَّق أركان المسؤولية التقصيرية من: خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما^(١).

(٢) المخالفة الصريحة لقواعد وإجراءات التنفيذ التي نص عليها القانون:

عند مخالفة قاضي التنفيذ لقواعد وأحكام الحكم بالإعسار الواردة بالفصل الأول من الباب الخامس من «نظام التنفيذ السعودي»، فليس كل مدين يدعى الإعسار يصدر القاضي حكماً بإعساره، وإنما يخضع الأمر لشروط وإجراءات تسبق النظر في دعوى الإعسار يجب على قاضي التنفيذ القيام بها، من حيث استكمال إجراءات الإفصاح عن أموال المدين، واستجوابه عن سبب ديونه، ثم تتبع أموال المدين والإعلان عن واقعة الإعسار^(٢). لأن

(١) أ. باسل حسن محمد علي لايد العيساوي، التعويض عن الخطأ السلبي في المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة، مقال منشور بموقع قانون العرب بتاريخ ٢٢ أغسطس ٢٠٢٠م، <https://www.law-arab.com>.

(٢) راجع تفصيلاً: د. عبد العزيز بن عبد الرحمن الشبرمي، شرح نظام التنفيذ، مدار الوطن للنشر، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ، ٢٠١٤م، ص ٢٨٣، ٢٨٤.

واجب الدولة (ممثلة في قاضي التنفيذ) هو الحفاظ على حقوق الدائنين تجاه مدنيهم وفق الإجراءات النظامية^(١).

وكذلك عند مخالفة قاضي التنفيذ لقواعد الحبس التنفيذي للمدين، فقد نصت المادة (٨٣) من «نظام التنفيذ السعودي» أنه: «يصدر قاضي التنفيذ -بناءً على أحكام هذا النظام- حكماً بحبس المدين إذا ثبت له امتناعه عن التنفيذ، ويستمر الحبس حتى يتم التنفيذ»؛ لأن ذلك يدخل في الاختصاص الولائي لقاضي التنفيذ وفقاً لأحكام النظام بحبس المدين الممتنع والمتحدي لجهات التنفيذ، والذي يرفض الرضوخ لتنفيذ الحكم القضائي وسداد الدين امتناعاً مجرداً عن دعوى الإعسار دون عذر تقبله المحكمة^(٢). ولا يجوز الإفراج عنه إلا بموافقة طالب التنفيذ، أو بموجب حكم خاضع للاستئناف، فيما عدا الحالات المنصوص عليها في الفقرة (١) من اللائحة التنفيذية^(٣)، وتعتبر المخالفة التي يقع فيها القاضي في هذه الحالة خطأ شخصياً وليس مرفقياً، لأنها تتعلق بكفاءته الشخصية في العمل وعلمه بالقوانين الواجب عليه الإحاطة بها لكي يتمكن من القيام بمهام وظيفته في العمل القضائي.

- (١) مجموعة السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، المجلد رقم (١٠) لسنة ١٤١٤هـ، ص ٢٨، مجلد ١٠ لسنة ١٤٢٢هـ، ص ١٠٥.
- (٢) د. عبد العزيز بن عبد الرحمن الشبرمي، شرح نظام التنفيذ، المرجع السابق، ص ٣٠٦.
- (٣) المادة (١/٨٣) من «اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ»، والمعدلة بقرار وزير العدل رقم (١٣) / ت / ٧٠١٧، بتاريخ ٢٣ / ٢ / ١٤٣٩هـ.

(٣) الخطأ الجسيم عند الأمر بالحجز أو البيع بالمزاد العلني:

كأن يُصدر قاضي التنفيذ الأمر بالحجز أو البيع بالمزاد العلني دون تقديم مستندات من الدائن، أو دون إبلاغ المدين في حالة الحجز على العقار أو عند حجز ما للمدين لدى الغير، أو عدم النظر في دعوى استرداد المنقولات المحجوزة، أو تجاهله دعوى الاستحقاق الفرعية المرفوعة من صاحب الشأن في منازعات التنفيذ على العقار. أو عدم التحقق من ملكية المدين للعقار المرهون في حالة طلب الدائن الحجز على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني^(١)، والخطأ المهني الجسيم هو وقوع القاضي في خطأ فاضح أو إهمال مفرط ما كان له أن يتردى فيها لو اهتم بواجبات وظيفته ولو بقدر يسير، لا يفرق بين هذا الخطأ في جسامته عن الغش سوى كونه أتي بحسن نية، يستوي في ذلك أن يتعلق الخطأ بالمبادئ القانونية أو بالوقائع المادية^(٢). فيُعد من صور الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية انحراف الشخص عن السلوك المألوف أو التعسف في استعمال الحق، فإذا انحرف صاحب الحق وهو يأتي رخصة قانونية سواء تقاضى أو تعاقد أو نشر، فإذا أمعن الشخص في الإضرار بخصمه باستعمال إجراءات التقاضي في غير ما وضعت له يعد لعداً في الخصومة وكان ذلك خطأ يحقق مسؤوليته^(٣).

(١) الباحث/ حمزة بن حسم محمد بشور، التنفيذ على العقار المرهون، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام، ١٤٣٥هـ.

(٢) حكم نقض، الطعن رقم (١١٠٢٨) لسنة ٨٦ قضائية، جلسة ١٩/١٢/٢٠١٦م.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٨١١ وما بعدها.

المطلب الثاني: الضرر بأحد أطراف الدعوى التنفيذية أو الغير:

والركن الثاني في المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ هو ركن الضرر، ويقصد به كل ما يلحق أحد المتقاضين أو الغير من أضرار مادية أو أدبية جراء حدوث خطأ مهني أو شخصي من قاضي التنفيذ نفسه أو أحد معاونيه أثناء نظر طلب وإجراءات التنفيذ.

ومفهوم الضرر في الاستعمال الشرعي يشمل جميع المضار التي ترجع إلى أحد الأسباب، أو استعمال الإنسان حقه على وجه الإخلال بمقصود الشرع، أو إهمال الإنسان في بذل العناية الواجبة عليه تجاه الآخرين بالتفريط فيما ينبغي لهم^(١)، والضرر بمعناه القانوني هو إخلال بمصلحة مالية مشروعة للمضرور، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية^(٢)، ويجب أن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو سيقع حتماً^(٣). فإذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية لأنه لا دعوى بغير مصلحة، وعلى من يدعى الضرر أن يثبته بكافة طرق الإثبات.

(١) د. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار بن عفان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، ص ٤٠ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٨٥٧، ٨٥٨، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ٢٥٢، د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٨م، ص ٣٢٩ بند ٤٢٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٦٠ وما بعدها.

أولاً: أنواع الضرر في المسؤولية المدنية:

يتجه معظم الفقه والقضاء حديثاً إلى تقسيم الضرر إلى نوعين:

(١) الضرر المادي:

وهو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو بمصلحة، سواء كان الحق حقاً مالياً أو غير مالي، كما قد يترتب عن الضرر المادي المساس بسلامة جسم الإنسان، ويترتب عن ذلك خسارة مالية كان ضرراً مادياً. ولا يعتد بالضرر المادي إلا إذا توفّر فيه شرطان هما: أن يكون الضرر محقق الوقوع، وأن يصيب حقاً أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور^(١).

(٢) الضرر المعنوي^(٢):

فهو الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته.

وتتعدد الجهات التي يمكن أن يقع عليها الضرر أثناء إجراءات التقاضي، كالمدعي والمدعى عليه والشهود وجهات التنفيذ والحارس القضائي، فإذا وقع الضرر على أحد أطراف الدعوى فإنه يتم حصر هذا الضرر والجهات التي تكون طرفاً في الدعوى ويقع عليها نوع من أنواع الضرر، وعند وقوع

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٥٥، ٨٥٦، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٦٤ وما بعدها.

الضرر فإن من لحقه هذا الضرر الحق في حصره وبيانه ثم المطالبة بالتعويض عنه، وهذا حق له تحفظه الجهات القضائية لكل من وقع عليه أي نوع من أنواع الضرر^(١).

وقد ينشأ الضرر بسبب تعسف قاضي التنفيذ أو أحد الموظفين بمحكمة التنفيذ في استعمال سلطته الوظيفية أثناء إجراءات التنفيذ. ولذا - كما ذهب د. أحمد موافي - يعد التعسف في استعمال الحق أحد السبل المؤدية إلى وقوع المضار واتساع دائرتها في حياة الناس، بل هو أحد العُمد الرئيسية التي يقيم عليها بناء الضرر في هذه الحياة، وأن منع التعسف في استعمال الحق يبنني عليه قطع المضار وتضييق دائرة وقوعها، فيكون المنع عاملاً في نطاق مراعاة الشريعة للضرر سواء تعطيلاً له أو تقليلاً منه^(٢).

وتتحقق المسؤولية التقصيرية عند حصول الخطأ السلبي، ويتحتم التعويض بموجب ذلك ويستحقه الشخص الذي لحقه الضرر الذي كان بسبب الخطأ السلبي، بعد أن يثبت المتضرر أن الخطأ السلبي أو الإهمال حصل من قبل الشخص الآخر، وفقاً للقاعدة التي تقول: إنَّ عبء الإثبات يقع على عاتق المضرور^(٣)، والضرر أمر مادي فيجوز إثبات وقوعه بكافة طرق الإثبات القانونية، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه، وذلك وفقاً لما

(١) د. ناصر بن إبراهيم المحيميد، ضمان الأضرار الناتجة عن التقاضي، مرجع سابق، ص ١١٩

(٢) د. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٤٤.

(٣) أ. باسل حسن محمد علي لايد العيساوي، التعويض عن الخطأ السلبي في المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق.

تقضي به القاعدة العامة من أن المدعى هو المكلف بإثبات ما يدعيه «البينة على من ادعى»، وإثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع.

وتتحقق المسؤولية المدنية للقاضي بمجرد وقوع ضرر سواء أكان بسيطاً أم جسيماً طالما توفرت شروط المساءلة المدنية، إلا أنه إذا كان الضرر جسيماً بحيث لا يعقل وقوعه دون إهمال جسيم أو قصد فإن المسؤولية تصبح مفترضة، وهذا يعني أنه ليس بالضرورة أن تبحث المحكمة عن الإهمال أو سوء القصد طالما أن الضرر كان جسيماً فيكفي للمحكمة أن تنظر في الضرر فقط لتقرر مسائلة القاضي^(١).

ثانياً: شروط الضرر في المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ:

المجالات التي يمكن أن يحدث فيها ضرر عند التقاضي هي القاضي والشاهد والمدعي والمدعى عليه وأهل الخبرة، وقد اتفق الفقهاء على أن القاضي إذا تعمد الجور في حكمه وحكم بغير الحق فإنه يضمن ما فات بذلك من جناية أو تلف متعلقة بالمال^(٢).

(١) محمد صالح علي، قاضي المحكمة العليا الاتحادية بالسودان، مسؤولية القاضي التقصيرية عن أخطائه المبدئية، مقال منشور بموقع قانون العرب بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠١٧م. <https://www.law-arab.com/2017/03/blog>

(٢) د. ناصر بن إبراهيم المحيميد، ضمان الأضرار الناتجة عن التقاضي، بحث منشور بمجلة القضائية، (مجلة علمية محكمة تصدر عن وزارة العدل السعودية)، العدد الأول لعام ١٤٣٢هـ، ص ١١٤.

وهنا يلتزم قاضي التنفيذ بتعويض الضرر الذي يلحق بالدائن أو المدين المنفذ ضده أو الغير، في حالة ثبوت الخطأ العمدي في حقه رغم تنبيه أحد الأطراف له بذلك، أو في حالة الإهمال الجسيم من جانبه في الحفاظ على المستندات أو الصكوك أو السندات التنفيذية المسلمة إليه بالجلسات أو المقيدة رسمياً بمحاضر الجلسات أو عند تقديم طلب التنفيذ للمحكمة المختصة.

وإذا أمكن تصحيح الخطأ أو الرجوع عنه فإنه يُصار إلى ذلك، مثال ذلك لو حكم بعين لرجل ثم ظهر له بطلان حكمه فيرجع عنه ويحكم فيها لصالحه، وإذا فات محل الحكم وفني فإنه يتم ضمانه بالمال من بيت المال على الصحيح، وقال بعض أهل العلم: إنه يضمن من مال القاضي. وهو قول مرجوح^(١). ومن هنا يشترط في الضرر الموجب للحكم بالتعويض^(٢) في المسؤولية التقصيرية لقاضي التنفيذ عن أخطائه الشخصية أو المهنية ضرورة توفر الشروط التالية:

(١) الإخلال بحق مالي أو مصلحة مالية:

من القواعد المهمة في دعاوى المسؤولية التقصيرية وطلب التعويض أنه يجب لوقوع الضرر أن يكون هناك إخلال بحق مالي أو بمصلحة مالية

(١) د. ناصر بن إبراهيم المحيميد، ضمان الأضرار الناتجة عن التقاضي، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج ٢، د م ج، ط ١٩٩٩م، ص ١٥٣، ١٥٦.

للمضور^(١)، وأن يكون هذا الحق المالي حقاً يحميه القانون، ويشترط أن تكون المصلحة مشروعة لوجوب تعويض الأضرار. ومن ثم يجب أن يترتب على خطأ قاضي التنفيذ إلحاق ضرر بحق مالي أو مصلحة مالية مشروعة على أحد أطراف دعوى التنفيذ أو الغير، وكان الضرر ناشئاً عن خطأ قاضي التنفيذ.

(٢) أن يكون الضرر محققاً:

لكي يتوفر ركن الضرر الموجب للحكم بالتعويض لا بد أن يكون الضرر محققاً، ويتحقق هذا الشرط إذا كان الضرر قد وقع فعلاً، أو أنه مؤكد الوقوع في المستقبل، أما الضرر المحتمل وهو ما يكون غير محقق في المستقبل، فلا تعويض عنه، إلا إذا تحقق فعلاً^(٢). فيشترط للقضاء بالتعويض أن يكون الضرر محقق الوقوع في الحال أو في المستقبل، أي وقع بالفعل أو تأكد وقوعه حتماً في المستقبل، فلا يكفي في هذا الشأن الضرر الاحتمالي^(٣). وهذا الشرط أكدته أحكام القضاء الصادرة عن كل من محكمة النقض المصرية وديوان المظالم بالسعودية بأن: «الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتماً، أما الضرر الاحتمالي غير المحقق الوقوع، فإن التعويض عنه

(١) د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

(٢) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ٢٥٢، ٢٥٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٦٨٨٦) لسنة ٤٥ ق عليا، جلسة ١/١/٢٠٠٥م، الدائرة الأولى عليا.

لا يُستحق إلا إذا وقع فعلاً»^(١)، «ومن ثم عدم جواز التعويض عن الضرر المحتمل»^(٢).

(٣) أن يكون الضرر شخصياً:

وهذا الشرط ينصرف القصد فيه إلى أنه إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلاً، فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصياً من ضرر، وإذا كان طلب التعويض بصفة أخرى فالإثبات يكون للضرر الشخصي لمن تلقى الحق عنه. وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: «أن الحكم بالتعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر متوقفاً لهذا الضرر أو غير متوقع، ويقوم الضرر المباشر وفقاً للمادة (١ / ٢٢١) من القانون المدني»^(٣).

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يتوفر ركنها الخطأ والضرر، بل يجب أن يتوفر ركن ثالث هو علاقة السببية بين الخطأ والضرر، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وإلا انعدمت المسؤولية. فإذا ثبت الخطأ الشخصي أو المهني في حق قاضي التنفيذ، فلا تتحقق مسؤوليته التقصيرية إلا بتوفر ركن السببية، بأن يكون هذا الخطأ

- (١) نقض مدني، جلسة ١٣ / ٥ / ١٩٦٥ م، جلسة ٢٧ / ٣ / ١٩٧٩ م، الطعن رقم (٦٣٤) لسنة ٤٥ ق مجموعة المكتب الفني س ١٦، ص ٥٧٠.
- (٢) مجموعة السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، المجلد رقم (٦) السنة ١٤٢٩ هـ، ص ٣٠٧٦، مجلد ٦ لسنة ١٤٣٦ هـ، ص ٣١٦٧.
- (٣) حكم نقض مدني، الطعن رقم (١٣٤٢٤) لسنة ٨٣، جلسة ٨ / ٤ / ٢٠١٨ م.

قد ترتب عليه ضرر مباشر لأحد أطراف عملية التنفيذ القضائي أو الغير، أي أن يكون الضرر الذي وقع بالفعل هو نتيجة خطأ قاضي التنفيذ، فإذا انتفت أو انقطعت علاقة السببية تلك فلا تقوم المسؤولية التقصيرية لقاضي التنفيذ. وعلاقة السببية شرط جوهري في دعوى المسؤولية التقصيرية إثباتاً أو نفيًا، فلكي يُحكّم للمضرور بالتعويض عن الضرر الذي لحقه فيجب أن يُثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

وتنقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا قام سبب أجنبي؛ لأنه لا يعدم علاقة السببية وحدها، فالسبب الأجنبي لا يعدم علاقة السببية وحدها ولكن يعدم معها الخطأ أيضاً^(١). وذات المبدأ القضائي أقرته محاكم ديوان المظالم الإدارية بعدم تحقق مسؤولية جهة الإدارة في حال انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر^(٢). فلا تتحقق المسؤولية التقصيرية إلا بتمام وجود العلاقة بين الخطأ والضرر التقصيري، بمعنى أن الخطأ يتسبب وبشكل مباشر بحدوث الضرر، على الرغم من صعوبة تحديد العلاقة السببية في كثير من الأحيان.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٨٧٤
فقرة ٥٨٢.

(٢) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لديوان المظالم، المجلد رقم (٥)، السنة ١٤٢٨هـ، ص ٢٣٩٦، مجلد رقم (٤) لسنة ١٤٣٣هـ، ص ٢١٤٧، مجلد رقم (٦) لسنة ١٤٣٦هـ، ص ٣٠٢١، <https://www.bog.gov.sa> موقع ديوان المظالم.

إثبات علاقة السببية ونفيها:

رابطة السببية ركن مستقل، وعلى من يدعي التعويض أن يثبت أركان المسؤولية جميعاً بما فيها رابطة السببية. فيجب على من يدعى وقوع خطأ قاضي التنفيذ إثباته، كما يلتزم طالب التعويض بإثبات الضرر الذي لحق به وكذا إثبات العلاقة بين خطأ القاضي والضرر المادي أو المعنوي الذي أصابه في نفسه أو ماله أو تجارته أو تعاملاته المالية أو سمعته التجارية. ويُشترط لقيام علاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر أن تكون علاقة محققة بين الفعل الضار والضرر، وأن تكون مباشرة. ومتى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يُحدث عادةً هذا الضرر فإن القرينة تقوم لصالح المضرور على توفر علاقة السببية وللمسؤول نقض هذه القرينة^(١).

(١) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (٧٧٠١) لسنة ٧٨ بتاريخ ٢٠١٦/٤/٦ م.

الفصل الثاني

مسؤولية قاضي التنفيذ وفقاً لنظام مخاصمة القضاة

تمهيد:

بما أن الضرر هو السبب في دعوى المسؤولية والمصلحة هي أساسها، فحيث لا يوجد ضرر لا توجد مصلحة، وحيث لا توجد مصلحة فلا مسوغ لرفع الدعوى قانوناً. والوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه من تصرفات أعضاء السلطة القضائية هي ما يطلق عليها (دعوى مخاصمة القضاة)، والتي أجاز القانون بموجبها لأحد المتقاضين مخاصمة القاضي الذي يقوم بنظر قضيته، إذا توفرت إحدى حالات المخاصمة.

وإذا كان الأصل أن القاضي غير خاضع في نطاق عمله للمساءلة القانونية والاستثناء أن القانون أجازها وحصرها في نطاق ضيق بالنص على أسبابها في قانون المرافعات المدنية المصري هو مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في المواد من (٤٩٤) إلى (٥٠٠)، وحدد حالاتها على سبيل الحصر. وهو ما يتطلب دراسة دعوى مخاصمة القضاة في القانون المصري، لكي نتعرف على مفهوم دعوى المخاصمة وأساسها القانوني، وإجراءات نظر دعوى المخاصمة والحكم فيها وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم دعوى المخاصمة في النظامين المصري والسعودي.

المبحث الثاني: شروط مخاصمة قاضي التنفيذ.

المبحث الثالث: إجراءات نظر دعوى المخاصمة والحكم فيها.

المبحث الأول مفهوم دعوى المخاصمة في النظامين المصري والسعودي

المطلب الأول: دعوى المخاصمة في النظام السعودي:

المسؤولية في مختلف الأنظمة لها ثلاث صور، هي: المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية. ومسؤولية القضاة بالنسبة لجميع هذه الصور تخضع لبعض القواعد الخاصة التي تميزهم عن غيرهم من الأفراد أو الموظفين العموميين، إلا أنه لا توجد قواعد خاصة تحكم مسؤوليتهم: المدنية، العقدية أو التقصيرية، خارج نطاق العمل القضائي، وإنما يخضعون للقواعد التي يخضع لها غيرهم من الأفراد، القواعد الخاصة التي ينفرد بها القضاة تكون في مجال المسؤولية عن الأعمال القضائية، وهذه الخصوصية تنصرف عادة إلى الجوانب الإجرائية.

ودعوى المسؤولية المدنية التي ترفع على القضاة تنفرد بتسمية خاصة، حيث يصطلح عليها اسم (دعوى المخاصمة). ودعوى المخاصمة من حيث المفهوم والهدف هي دعوى مسؤولية تُرفع من أحد الخصوم على القاضي أو عضو النيابة في الحالات ووفقاً للشروط والإجراءات المحددة قانوناً، يُطالب فيها بصفة أساسية بالتعويض عما ناله من ضرر نتيجة الحكم الذي صدر أو التصرف الخطأ المنسوب إلى القاضي^(١).

(١) د. محمد قدرى حسن، التعويض عن أعمال القضاة - دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي، الإمارات العربية المتحدة، المجلد رقم (٢٧)، العدد رقم ١٠٤،

وفيمما يتعلق بالمسؤولية المدنية للقضاة في «نظام المرافعات الشرعية السعودي» لم يتضمن نصوصاً صريحة تتعلق بدعوى مخاصمة القضاة، ولذا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في دعوى المسؤولية المدنية للقاضي، وضرورة توفر أركانها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية كشرط للحكم على القاضي بالتعويضات والتضمينات اللازمة لجر الضرر، باعتبار القاضي مسؤولاً عن حماية العدالة وتحقيق فيه أوصاف القضاة، فينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهيماً مستقيماً، وأميناً مكيناً متيناً^(١).

وبشأن دعوى المخاصمة في النظام السعودي فقد نصت المادة الرابعة من «نظام القضاء السعودي» على أنه: «لا تجوز مخاصمة القضاة إلا وفق الشروط والقواعد الخاصة بتأديبهم». إلا أنه لم يرد في النصوص الخاصة بتأديب القضاة بـ«نظام القضاء السعودي» أي نص يتعلق بدعوى المخاصمة التي يمكن أن ترفع من أحد الخصوم ضد القاضي، لأن جميع هذه النصوص تتعلق بالدعاوى التأديبية وليس المدنية.

وقد تضمن «نظام القضاء السعودي» قاعدة هامة في المسؤولية المدنية للقضاة حيث نصت المادة (٦٣) منه على أنه: «تنقضي الدعوى التأديبية باستقالة القاضي، ولا تأثير للدعوى التأديبية على الدعوى الجزائية أو المدنية الناشئة عن الواقعة نفسها»، وبناء على هذا النص فإن صدور قرار أو حكم

يناير ٢٠١٨م، ص ٣٢٦.

(١) المادة (١٧٩٢)، من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق.

تأديبي في حق القاضي لا يؤثر في دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن ذات الخطأ أو المخالفة التي ارتكبها القاضي أثناء العمل وتم معاتبته تأديبياً عنها. ونرى أن المنظم السعودي قد ترك تحديد المسؤولية المدنية للقضاة لتكون وفق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي لجبر ضرر المضرور من أخطاء القضاء، وفقاً لقاعدة: «الضرر يُزال»، فإذا لم يمكن إزالة الضرر عيناً، فإنه يُتدارك هذا الضرر عن طريق التعويض المالي العادل، وهذا التعويض يعبر عنه الفقهاء بـ(الضمان) للدلالة على ما يلتزمه الإنسان في ذمته من المال المثلي أو النقود في الحالات الموجبة لثبوت المال في الذمة، لأن الفقه الإسلامي ينظر إلى مُحدث الضرر على أنه مسؤول تجاه المضرور بضمان هذا الضرر وفق قواعد محددة لتلك المسؤولية^(١).

ومن ثم فقد ترك المنظم السعودي المجال واسعاً للتفتيش القضائي في الرقابة والمتابعة لأعمال القضاة بكافة جهات القضاء، ومنها قضاء التنفيذ وذلك من خلال النظر في كفاءة القضاة والتحقيق في الشكاوى المقدمة ضدهم من المتقاضين لإثبات تحقق أركان المسؤولية المدنية في حالة ثبوت صحة المخالفة المنسوبة إلى القاضي.

وهذا الاختصاص الواسع هو ما نصت عليه المادة الثامنة من «لائحة التفتيش القضائي» في المملكة بقولها: «التفتيش القضائي إدارة قضائية رقابية، في المجلس الأعلى للقضاء، تقوم بالتفتيش والتحقيق، وتُعنى بالرقابة

(١) د. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٩٨٣.

العامة على أعمال المحاكم وقضاتها، وانتظام سير العمل فيها، وتطوير الأداء القضائي، والارتقاء به».

المطلب الثاني: دعوى المخاصمة في القانون المصري:

وتعتبر دعوى المخاصمة دعوى تعويض من نوع خاص خاضعة لإجراءات معينة حددها القانون، أما القانون الفرنسي فاعتبرها طريقاً من طرق المراجعة تقضي بإبطال الحكم الصادر عن القاضي المشكوف فيه^(١)، فهي دعوى عن أخطاء شخصية، وإن تحملت الدولة بالتعويض فهي دعوى في طبيعتها دعوى مسؤولية، وجزاؤها التعويض، ومن آثارها في القانون بطلان تصرفات المخاصم فيها^(٢). كما أن دعوى المخاصمة لا تُقبل إلا لأسباب عينها القانون وأحاط دعوى المخاصمة بضمانات تميزها عن غيرها من الدعاوى الأخرى، كما قرر القانون مسؤولية الدولة مع القاضي المخاصم^(٣). فهي دعوى مدنية يرفعها أحد الخصوم في الدعوى لإثبات الغش أو التدليس أو الخطأ المهني الجسيم الذي وقع فيه القاضي أو أعضاء النيابة وطالباً فيها الحكم ببطلان التصرف الذي اتخذته أعضاء النيابة أو

(١) د. نزيه نعيم شلالا، مخاصمة القضاة-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٩م، ص ٦٣.

(٢) د. جلال محمد إبراهيم، المسؤولية المدنية للقضاة، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان، عدد يناير، ديسمبر ٢٠٠٤م ص ٤٠، ٤٢.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني (قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام)، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة ١٩٨٦م، ص ٦٩.

القضاة والحكم بالتعويضات اللازمة والمصاريف وينظم قانون المرافعات قواعد مخاصمة أعضاء النيابة العامة والقضاة.

وقد وردت حالات مخاصمة القضاة بالمادة (٤٩٤) من «قانون المرافعات المصري»، وهي:

١. إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملها غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم.

٢. إذا امتنع القاضي من الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم، وذلك بعد إعداره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة إلى الأوامر على العرائض، وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية، وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى. ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر إعدار.

٣. في الأحوال الأخرى التي يقضى فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات.

وإذا كان الأصل هو عدم مسؤولية القاضي عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله لأنه يستعمل في ذلك حقاً خوله له القانون وترك له سلطة التقدير فيه ولكن المشرع رأى أن يقرر مسؤوليته على سبيل الاستثناء إذا انحرف عن واجبات وظيفته وأساء استعمالها في أحوال معينة وردت في المادة (٤٩٤) من «قانون المرافعات» على سبيل الحصر، ومن بينها إذا وقع منه خطأ مهني

جسيم وهو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان لیساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي أو لإهماله في عمله إهمالاً مفراطاً^(١).

وبناء على هذا النص يجوز مخاصمة قاضي التنفيذ في الحالات التي يجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة، حيث يعتبر نصاً خاصاً بمخاصمة القضاة في حالات محددة، وتخضع دعوى مخاصمة قاضي التنفيذ والفصل فيها لذات الإجراءات التي نص عليها «قانون المرافعات». وإذا كانت دعوى المخاصمة تعتبر أساساً دعوى تعويض، فإنها تتضمن في ذات الوقت طلب بطلان الحكم الصادر من القاضي المخاصم، وذلك لأن بطلان التصرف أو الحكم إذا قضى بصحة المخاصمة يعتبر التعويض الحقيقي للخصم المضرور منه، وبطلان الحكم يعد نتيجة تبعية للحكم على القاضي بالتعويض فهو غرض غير مباشر من دعوى المخاصمة^(٢).

والمقصود بالغش والتدليس انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه واجب القانون قاصداً هذا الانحراف إثارةً لأحد الخصوم أو نكايه في آخر، أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي، والخطأ المهني الجسيم هو وقوع القاضي في خطأ فادح أو إهمال مفراط، ما كان له أن يتردى فيها لو اهتم بواجبات وظيفته ولو بقدر يسير بحيث لا يفرق هذا الخطأ في جسامته عن الغش سوي كونه أتي بحسن نية، ويستوي في ذلك أن يتعلق الخطأ بالمبادئ

(١) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (٨٥٦٩) لسنة ٦٦ ق جلسة ٨/٧/١٩٩٧م، ومجموعة أحكام النقض س ٤٨ ج ٢، ص ١٠٨٩.

(٢) د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة برنامج الدراسات القانونية كلية الحقوق، جامعة بنها، ص ١٨، ١٩.

القانونية، أو الوقائع المادية^(١). كما يجوز رفع دعوى المخاصمة ضد القاضي استناداً إلى وقوع خطأ مهني جسيم من جانبه. وقد اشترط المشرع جسامه الخطأ لإمكان مخاصمة القاضي عنه، أما الخطأ اليسير فلا يسأل عنه، ويقصد بالخطأ المهني الجسيم، الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح ما كان لیساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي^(٢).

ويعد الخطأ الجسيم أحد درجات الخطأ غير العمدي الذي يتميز بشكل عام بانعدام نية إحداث الضرر لدى مرتكبه، ولكن فاعله يرتكب خطأ على درجة كبيرة من الجسامه لا يرتكبها إلا الشخص المهمل أو عديم الاكتراث، ولكنه ليس أقصى درجة في سلم الأخطاء غير العمديه، وإنما يعلوه في ذلك الخطأ غير المغتفر^(٣). ومن ثم فإن الخطأ الذي يستوجب مسؤوليه القاضي هو الخطأ الفاحش أو الفاضح أو الجسيم، ولا يشترط فيه القصد أو سوء النية، فهو يقوم على الإهمال أو الجهل بما يتعين على القاضي معرفته. والمقصود بالإهمال -هنا- أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب، ومثال الخطأ المهني الجسيم: الجهل الذي لا يغتفر بالوقائع الثابته بملف الدعوى، والخطأ بالمبادئ الأولية للقانون^(٤).

(١) الطعن رقم (١٢٣٦) لسنة ٥١ ق جلسة ٢٩/٣/١٩٨٩م، ص ٣٨ ص ٤٨٧.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (٨٥٦٩) لسنة ٦٦ ق جلسة ٨/٧/١٩٩٧م، ومجموعة أحكام النقض س ٤٨ ج ٢، ص ١٠٨٩.

(٣) د. جلال محمد إبراهيم، المسؤولية المدنية للقضاة، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٤) د. الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ١٩.

ويخرج عن دائرة هذا الخطأ تحصيل القاضي لفهم الواقع في الدعوى وتقديره للأدلة والمستندات فيها، وكل رأي أو تطبيق قانوني يخلص إليه بعد إمعان النظر والاجتهاد في استنباط الحلول القانونية للمسألة المطروحة عليه، ولو خالف في ذلك أحكام القضاء وإجماع الفقهاء. وتقدير مبلغ جسامته الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التي تدخل في التقدير المطلق لمحكمة الموضوع^(١).

(١) الطعن رقم (١٨٨٠٨) لسنة ٨٣ القضائية، جلسة ٢ من يونيه سنة ٢٠١٤ م.

المبحث الثاني

شروط مخاصمة قاضي التنفيذ

أسباب المخاصمة وردت في نص المادة (٤٩٤) من «قانون المرافعات المصري» على سبيل الحصر. عندما يقع من القاضي تدليس أو انحراف، والمقصود بالتدليس والضرر هو الانحراف عن العدالة عن قصد وبسوء نية؛ إثارة لأحد الخصوم أو نكاية في خصم أو تحقيقاً لمصلحة خاصة، فلا يجوز القياس عليها أو رفع دعوى المخاصمة لغيرها من الأسباب^(١). كما يجوز رفع دعوى المخاصمة ضد القاضي استناداً إلى وقوع خطأ مهني جسيم من جانب القاضي. ويقصد بالخطأ المهني الجسيم هو الخطأ الفاحش أو الفاضح، ولا يشترط فيه القصد أو سوء النية، فهو يقوم على الإهمال أو الجهل بما يتعين على القاضي معرفته، والمقصود بالإهمال هو الإهمال في أداء الواجب الذي ينبغي على القاضي القيام به، ومثال الجهل الذي لا يغتفر الجهل بالوقائع الثابتة بملف الدعوى، والخطأ بالمبادئ الأولية للقانون^(٢).

وتقدر المحكمة مدى جسامة الخطأ في دعوى المخاصمة، وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه في مجال مسؤولية القضاة من خلال دعوى المخاصمة أن: وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، وإصدار الدائرة المخاصمة قراراً وقتياً بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لاستشفافها من ظاهر

(١) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (٥٩٨) لسنة ٥٧ ق جلسة ٤/٦/١٩٨٧م، مجموعة أحكام النقض س ٣٨ ج ١، ص ٧٧٨
 (٢) د. الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ١٨.

الأوراق جدية أسباب الطعن ورجحان نقض الحكم المطعون فيه وفق ما ورد بمذكرتها. وهو ما لا ينطوي على الخطأ المهني الجسيم على النحو الذي عنته المادة (٤٩٤) من قانون المرافقات فيكون النعي «بوقف تنفيذ الحكم رغم تمام تنفيذه» غير صحيح، وأن تأسيس دعوى المخاصمة على كونه خطأ جسيم يكون على غير أساس^(١).

ومن ثم يشترط لقبول دعوى مخاصمة قاضي التنفيذ ضرورة توفر إحدى الحالات التالية:

(١) الانحراف عن العدالة بسوء نية:

ويعني انحراف القاضي في قضائه بقصد تحقيق أغراض لا علاقة لها بالعدالة لدوافع خاصة، كمحاباة أحد الخصوم أو تحقيق مصلحة شخصية أو الانتقام من أحد الخصوم وذلك من خلال تعمد إخفاء مستند من مستندات الدعوى.

(٢) الخطأ المهني الجسيم:

وهو الخطأ الفاحش الذي يستبعد صدوره من قاض عادي في إدراكه وحيطته واهتمامه بعمله، كالجهل الفاضح بمبادئ القانون. أما تحديد مفهوم الخطأ المهني فهو الخطأ الذي يتصل بالأصول الفنية لممارسة المهنة، كخطأ الطبيب في تشخيص المرض، أما الخطأ العادي فهو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاوله مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية للمهنة^(٢).

(١) الطعن رقم (١٨٨٠٨) لسنة ٨٣ القضائية، جلسة ٢ من يونيه سنة ٢٠١٤ م.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٨٢٢.

(٣) إنكار العدالة:

وذلك بأن يمتنع القاضي عن الإجابة على عريضة دعوى قدمت إليه، أو يمتنع عن الفصل في قضية صالحة للحكم دون عذر مقبول.

والقاضي يعد مرتكباً للغش أو التدليس إذا انحرف في عمله عما يقتضيه القانون وكان يقصد هذا الانحراف، فالغش أو التدليس هو الانحراف عن العدالة بقصد وسوء نية؛ لاعتبارات خاصة تتعارض مع النزاهة، كالرغبة في إثارة بعض الخصوم أو الانتقام منهم أو تحقيق مصلحة للقاضي، أو غير ذلك من الاعتبارات الخاصة، مستعيناً في ذلك بما له من سلطة أو نفوذ في قضائه. وإذا رفعت دعوى المخاصمة على أساس الغش أو التدليس أو الغدر، فإنه يلزم على رافع الدعوى إثبات سوء نية القاضي وأنه قصد الانحراف^(١)، أما الغدر فهو كل تصرف للقاضي يتعمد به الحصول لنفسه أو لغيره على منفعة مادية على حساب الخزانة العامة والإضرار بأحد الخصوم، مستعيناً في ذلك بما له من سلطة أو سلطان أو نفوذ في قضائه^(٢).

(١) د. الأنصاري حسن النيداني، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها.

(٢) د. الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ١٩، ٢٠.

المبحث الثالث

إجراءات نظر دعوى المخاصمة والحكم فيها

وحول إجراءات نظر دعوى المخاصمة تطلّب القانون أن تُنظر دعوى المخاصمة المرفوعة ضد القاضي من محكمة أعلى درجة من المحكمة التي ينتسب إليها القاضي، وإذا ثبت صحة دعوى المخاصمة وتم قبولها فيتم الحكم على القاضي بالتعويض مع بطلان القرار أو التصرف الذي صدر عنه. وقد نصت المادة (٤٩٥) من «قانون المرافعات المصري» على إجراءات نظر دعوى المخاصمة والحكم فيها وفقاً لما يلي:

- ترفع دعوى المخاصمة بتقرير في قلم كتاب محكمة الاستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة، يوقعه الطالب أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً.
- وعلى الطالب عند التقرير أن يودع مائتي جنيه على سبيل الكفالة، ويجب أن يشتمل التقرير على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها وأن تودع معه الأوراق المؤيدة لها.

- وتعرض الدعوى على إحدى دوائر محكمة الاستئناف بأمر من رئيسها بعد تبليغ صورة التقرير إلى القاضي أو عضو النيابة.

- تنظر دعوى المخاصمة في غرفة المشورة في أول جلسة تعقد بعد ثمانية الأيام التالية للتبليغ، ويقوم قلم الكتاب بإخطار الطالب بالجلسة.

وحددت المادة (٥٠٠) من ذات القانون طريقاً واحداً فقط للاعتراض على الحكم الصادر في دعوى المخاصمة بقولها: «لا يجوز الطعن في الحكم الصادر في دعوى المخاصمة إلا بطريق النقض».

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن: «قضاء المحكمة بصحة المخاصمة مؤداه: الحكم على القاضي المخاصم بالتضمينات وبطلان تصرفه طبقاً (للمادة ٤٩٩ - مرافعات)، إذا قضت المحكمة بصحة المخاصمة حكمت على القاضي المخاصم بالتضمينات وبطلان تصرفه أي ببطلان العمل الذي وقع فيه الغش أو الخطأ المهني الجسيم»^(١).

ولكن ما هو المقصود بالتضمينات في النص المتقدم؟ الذي يفهم من النص أن الحكم الصادر على القاضي في هذه الحالة يعد دليلاً على قيام مسؤوليته التقصيرية ويصلح أساساً قانونياً لرفع دعوى التعويض على القاضي وإلزامه بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن أخطائه الشخصية أو المهنية أثناء نظر الدعوى.

وعليه يجوز قانوناً رفع دعوى المسؤولية التقصيرية (التعويض) ضد قاضي التنفيذ، في الحالات التي يثبت فيها وقوع خطأ أو مخالفة للقانون من جانبه، وهذا المبدأ يخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية. وأيدته محكمة النقض بقولها جواز مخاصمة القضاة إذا وقع منهم في عملهم خطأ مهني جسيم، إن الخطأ المهني الجسيم الذي يميز مخاصمة القاضي هو الخطأ الذي يرتكبه القاضي لوقوعه في غلط فاضح أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً، ويستوي أن يتعلق بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف الدعوى^(٢). وإذا كان من حق المحكمة - عملاً بالمادة (٤٩٦) من «قانون

(١) الطعن رقم (٨٧٨٥) لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٧/٩/١٩٩٤م، س ٤٥ ج ٢، ص ١٢٤١.
(٢) نقض مدني في الطعن رقم (٤١٠) لسنة ٥٦ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٩١م، س ٤٢ ع ٢، ص ١٨٢٣.

المرافعات - أن تبحث مدى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوي لتقضي بقبولها أو عدم قبولها فإن هذا لا يتأتى لها إلا باستعراض أدلة المخاصمة لتبين مدى ارتباطها بأسبابها^(١). وتقدير مدى جسامة الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التي تدخل في التقدير المطلق لمحكمة الموضوع^(٢).

كما صدر العديد من الأحكام القضائية عن «ديوان المظالم السعودي» بالتعويض الجزئي للمدعي عن تفويت الفرصة التي انعقد سبب وجودها، وحق المدعي في التعويض الجابر للأضرار عن تفويت الفرصة وضمان ما يثبت من تفويت المنفعة بمقتضى تقرير أهل الخبرة^(٣).

(١) حكم نقض في الطعن رقم (١٢٩٨) لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩/٦/١٩٨٠م، س ٣١، ص ١٧٨٨، الطعن رقم (١٧٥٨) لسنة ٥٠ ق جلسة ١٧/٥/١٩٨٤م، س ٣٥، ص ١٣٣٨.

(٢) الطعن رقم (٤١٠) لسنة ٥٦ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٩١م، س ٤٢ ع ٢، ص ١٨٢٣.

(٣) د. أحمد محمد صبحي، مبادئ التعويض عن أضرار الإدارة في قضاء ديوان المظالم السعودي، بحث منشور بمجلة القضائية، العدد الحادي عشر، ربيع الثاني ١٤٣٦هـ، ص ٢٥٢، ٢٥٣.

الفصل الثالث

ضمان الدولة لمسؤولية قاضي التنفيذ ومعاونه

تمهيد:

سبق وحددنا هدفاً في بداية هذا البحث هو ضرورة تحديد مسؤولية قاضي التنفيذ بصفته الرئيس الإداري الأعلى والمباشر لمحكمة التنفيذ، وهي تعد مرفقاً عاماً قضائياً تديره الدولة تحت إشراف وزارة العدل ضمن مهام الإدارة القضائية التي تقوم بها الوزارة وفقاً للقانون، وكذا بصفته رئيس دائرة التنفيذ القضائي، ويصدر الأوامر والقرارات القضائية المتعلقة بإجراءات التنفيذ، وعلى هذا الأساس نجد أنه من الضروري بحث مسؤولية الدولة عن أخطاء قاضي التنفيذ بصفته أحد أعضاء السلطة القضائية، وكذا مسؤولية الدولة عن أخطاء معاوني قاضي التنفيذ أثناء إجراءات التنفيذ القضائي، كل في مبحث مستقل فيما يلي.

المبحث الأول: مسؤولية وزارة العدل عن أخطاء قاضي التنفيذ.

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة عن أخطاء معاوني قاضي التنفيذ.

المبحث الأول مسؤولية وزارة العدل عن أخطاء قاضي التنفيذ

المطلب الأول: تطور مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء:

أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ مسؤولية القاضي عما يقع منه من أخطاء، وأقرت مبدأ تعويض الضرر ومسؤولية الدولة عن أعمالها عند حدوث الضرر، فإذا أخطأ القاضي خطأ جسيماً فإنه يُسأل عن هذا الخطأ، وتترتب مسؤولية بيت مال المسلمين عنه، لأن القاضي في الإسلام يستمد ولايته من عامة المسلمين، ولأن أساس المسؤولية في حالة الضمان من بيت مال المسلمين، ولأن القاضي يعمل لدى الدولة، فوجب أن تكون مسؤولة عن أخطائه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه^(١).

وقد اتجه المشرع المصري إلى إقرار مبدأ مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء السلطة القضائية، بعد أن استقر مبدأ عدم المسؤولية على أساس انتفاء علاقة التبعية بين الدولة والقضاء، وما تضمنه دستوراً ٢٠١٢م و٢٠١٤م من إقرار مبدأ مسؤولية الدولة عن التعويض عن أضرار الحبس الاحتياطي^(٢). وكان هذا الاتجاه راجعاً إلى تغير نشاط الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة الاجتماعية من حماية الحقوق والحريات وانتشار الديمقراطية، وكذا تزايد

(١) د. محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٥، ٦.

(٢) د. شريف مصطفى أبو العينين، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، التعويض عن الحبس الاحتياطي - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م، ص ١٩.

الاعتراض على مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، وانتشار فكرة حقوق الإنسان، وكان لهذا التطور دور كبير في دعم التحول نحو قاعدة مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها^(١).

وقد اعتنق المشرع الفرنسي في عام ١٩٧٢م مبدأ مسؤولية الدولة عن أخطاء السلطة القضائية، وتخلي عن دعوى المخاصمة، وأحل محلها نظاماً جديداً أطلق عليه اسم (دعوى الرجوع)، وأصبحت بمقتضاه دعوى التعويض عن أخطاء القضاة تُرفع على الدولة وليس على القاضي، حيث أصبحت الدولة مسؤولة عن تعويض المتضررين من أخطاء السلطة القضائية، ولكن لا تقوم هذه المسؤولية إلا في حالتها الخطأ الجسيم وإنكار العدالة، وتضمن الدولة تعويض المتضررين من الأخطاء الشخصية للقضاة، مع حقها في الرجوع عليهم بهذه التعويضات فيما بعد^(٢).

ونرى أن قاضي التنفيذ باعتباره صاحب سلطة عامة يعمل في مؤسسة قضائية، بل هو على رأس هذه المؤسسة وهي محكمة التنفيذ، فإن وقوع خطأ مهني من جانبه أو امتناعه عن تنفيذ حكم قضائي نهائي أو تعطيل إجراءات تنفيذه بدون مبرر قانوني كاف، أو ارتكابه هو أو أحد معاونيه خطأ جسيماً في إجراءات التنفيذ، يعتبر خطأ شخصياً من جانبه وخطأً مرفقياً منسوباً إلى الجهة القضائية التي يمثلها ومن ثم يستوجب مسؤولية وزارة العدل في التعويض عنه.

(١) د. محمد قدري حسن، التعويض عن أعمال القضاء-دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي، ص ٣٢٤، ٣٢٥.

(٢) د. جلال محمد إبراهيم المسؤولية المدنية للقضاة، مرجع سابق، ص ٢٠.

وأكدت محكمة النقض المصرية مسؤولية وزير العدل بصفته الممثل القانوني للوزارة في حالة الخطأ من أحد القضاة التابعين للوزارة بأن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الوزير هو الذي يمثل وزارته فيما ترفعه الوزارة والمصالح والإدارات التابعة لها، أو يرفع عليها من دعاوى وطعون، إلا إذا منح القانون الشخصية الاعتبارية لجهة إدارية معينة منها وأسند صفة النيابة عنها إلى غير الوزير، فتكون له عندئذ هذه الصفة، في الحدود التي يعينها القانون، بصفته هو الممثل القانوني للوزارة أمام القضاء^(١) فتكون جهة الإدارة (الدولة) مسؤولة عن الخطأ المرفقي الذي يقع من موظفيها، وتكون مسؤولة كذلك عن الأضرار الناتجة بسبب أعمالها دون خطأ من جانبها^(٢).

وقرر «قانون المرافعات المصري» عدم مسؤولية القاضي عما يصدر منه من تصرفات أثناء عمله، إلا إذا انحرف عن واجبات وظيفته أو أساء استعمالها وذلك في أحوال مخاصمة القضاة الواردة على سبيل الحصر في المادة (٤٩٤) مرافعات، ومنها الخطأ المهني الجسيم. الذي تقدر محكمة الموضوع جسامته وفق سلطتها التقديرية. ويؤيد ذلك ما ذهب إليه بعض الفقه القانوني أن الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي يعتبر بمثابة قرار إداري سلبي

(١) نقض مدني الطعن رقم (١٤٣٩٣) لسنة ٨٥ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ١٧/٥/٢٠٢١م. حكم منشور بموقع محكمة النقض المصرية https://cc.gov.eg/civil_judgments

(٢) مجموعة السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، مجلد ١١ لسنة ١٤٢٣هـ، ص ٣٩٥، مجلد ٥ لسنة ١٤٢٨هـ، ص ٤٠١، مجلد ٦ لسنة ١٤٣٦هـ، ص ٣١٣٠.

مخالف للقانون، ومن ثم فهو من قبيل الأخطاء المرفقية التي تحرك مسؤولية الإدارة، وأكدت محكمة القضاء الإداري ذلك بقولها: «إن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي نهائي حائز لقوة الأمر المقضي هو مخالفة قانونية صارخة تستوجب مسؤولية الحكومة عن التعويضات»^(١).

وقد تكون مسؤولية الشخص المعنوي المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوي عام كمجلس من مجالس المديریات أو المجالس البلدية أو غيرها من الأشخاص العامة، فتتحقق مسؤولية الشخص المعنوي على النحو الذي تتحقق به مسؤولية الأفراد أو الهيئات الخاصة، وقواعد المسؤولية التقصيرية واحدة للفريقين، ويختص القضاء الإداري بنظر هذه المسؤولية^(٢).

المطلب الثاني: صور الخطأ المهني لقاضي التنفيذ الموجب لمسؤولية الدولة:

وفقاً لأحكام وقواعد التنفيذ القضائي هناك عدة أمور تخرج عن نطاق صلاحيات قاضي التنفيذ، ومن ثم لا يجوز له التصدي لها، وإذا وقع فيها القاضي تشكل في حقه خطأ مهنيًا. وهذه الأخطاء نوجزها فيما يلي:

(١) د. عادل عامر، معوقات تنفيذ الأحكام، بحث منشور بموقع دنيا الوطن بتاريخ ١٣/٨/٢٠١٣م، ص ١٨ وما بعدها <https://pulpit.alwatanvoice.com>.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٨٠٨ فقرة ٥٤٢.

١. تفسير الأحكام القضائية: فلا يجوز لقاضي التنفيذ تفسير الحكم المقدم للتنفيذ، ولكن يجوز له أن يستوضح من المحكمة التي أصدرت الحكم عما يرد فيه من غموض، كما ينبغي أن يكون طلب التفسير منحصراً في حدود منطوق الحكم، ولا يتجاوز إلى إحداث وقائع جديدة، كما يجوز لصاحب المصلحة أن يطلب من المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ولا يجوز لقاضي التنفيذ أن يقوم بتفسير الحكم والغموض الوارد فيه بنفسه.

٢. المساس بأصل الحق: يخرج من اختصاص قاضي التنفيذ كل أمر يتناول المساس بأصل الحق موضوع التنفيذ كالادعاء بطلان السند لمخالفته النظام العام أو سقوط الالتزام بالتقادم أو ادعاء المدين بتزوير السند أو إنكار التوقيع أو البراءة من الالتزام، ويجب أن يلتزم قاضي التنفيذ بأصل الحق عند إصدار الحكم في طلب التنفيذ وأن يقتصر في مراجعته على ما ورد بالسند التنفيذي فقط، دون الرجوع إلى أصل الحق ما لم يخالف النظام العام وفقاً للأمر الملكي رقم (١٧٢٦٠) في ٢١/٣/١٤٣٣هـ. ولكن يجوز لقاضي التنفيذ إذا ظهر له جدية المنازعة في أصل الحق أن يقرر وقف السير بالإجراءات التنفيذية، ويمنح المنفذ عليه مهلة ليراجع خلالها القضاء العادي لكي يطلب تصحيح الأخطاء المادية الواقعة في الحكم الصادر في موضوع الحق.

٣. منح المدين مهلة للوفاء أو سداد الدين دون موافقة الدائن طالب التنفيذ: فلا يجوز لقاضي التنفيذ من تلقاء نفسه منح المنفذ ضده مهلة للسداد،

وخاصة إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه لم يتضمن منح المدين مهلة للوفاء أو تقسيط الدين، لأن الأصل في الدين أن يؤدي حالاً، حيث إن منح المدين مهلة أو آجالاً لينفذ فيها التزامه يدخل في صلاحيات قاضي الموضوع، وليس قاضي التنفيذ، على أن ذلك لا يحول دون اتفاق الطرفين الرضائي أمام دائرة التنفيذ بمنح الأجل أو توزيع الالتزام على أقساط بكفالة أو بدونها.

٤. عدم الالتزام بما ورد بالسند التنفيذي: حيث يجب على قاضي التنفيذ عند إصدار الحكم في طلب التنفيذ أن يتم اتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين وفقاً لما جاء بالسند التنفيذي فقط، وليس بالزيادة التي يطلبها طالب التنفيذ، ويحق له الامتناع عن طلب تنفيذ ما زاد على أصل الحق المطالب به.

٥. تعطيل الفصل في القضايا أو طلبات أو منازعات التنفيذ دون سبب معقول^(١).

٦. إصدار الأحكام ضد صريح النص: استهتاراً بالقانون أو استهتاراً بقصد المشرع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين.

٧. تجاوز إجراءات العدالة دون سبب معقول^(٢).

(١) جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية، في شرح المادة (١٨٢٨) ما نصه: «لا يجوز للقاضي تأخير الحكم إذا حضرت أسباب الحكم وشروطه بتمامها»، المجلد الرابع، ص ٦٦٣.

(٢) محمد صالح على، قاضي المحكمة العليا الاتحادية بالسودان، مقال بعنوان: مسؤولية القاضي التقصيرية عن أخطائه المبدئية، منشور بموقع قانون العرب بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠١٧م <https://www.law-arab.com/2017/03/blog>

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي من ناحية أنه لا ينسب له التمييز، فإن كثيراً من الأحكام تجعل مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال ممثليه هي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، فتصل بذلك إلى تقرير المسؤولية بالتضامن بين الشخص المعنوي وممثليه، فقد يحدث الخطأ الذي يوجب المسؤولية يكون قراراً صادراً عن أحد هيئات الشخص المعنوي، فلا بد إذاً من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوي ذاته^(١).

وتعد وزارة العدل أحد الأشخاص المعنوية التابعة للدولة ولها سلطة الإشراف على جميع المحاكم وجميع القضاة وفقاً لأحكام نظام القضاء، ويؤيد وجهة نظرنا في تحقق مسؤولية وزارة العدل عن أخطاء قاضي التنفيذ ما جاء بنص المادة (٥٨) من «نظام القضاء السعودي» قولها: «مع عدم الإخلال بما للقضاء من حياد واستقلال، وبما للمجلس الأعلى للقضاء من حق الإشراف على المحاكم والقضاة وأعمالهم، يكون لرئيس كل محكمة حق الإشراف على قضاتها وحق تنبيههم إلى ما يقع منهم مخالفاً لواجباتهم أو مقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم. ويكون التنبيه مشافهة أو كتابة، وفي الحالة الأخيرة تبلغ صورة منه للمجلس الأعلى للقضاء...».

ووفقاً للنص المتقدم ونظراً لأن وزارة العدل لها سلطة الإشراف والرقابة على أعمال القضاة من خلال أجهزة التفتيش القضائي ومجلس القضاء الأعلى، لذا نرى أنه من متطلبات هذه السلطة أن تنشأ مسؤولية وزارة العدل عن

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٨٠٧
فقرة ٥٤١.

أخطاء قاضي التنفيذ، وفقاً لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ولوجود سلطة فعلية وقانونية لوزارة العدل في الإشراف والرقابة على قضاة محاكم التنفيذ، وهو ما أكدته أحكام ديوان المظالم بأنه وفقاً لسلطة الإشراف والرقابة تكون الدولة مسؤولة عن الخطأ المرفقي لموظفيها؛ وفقاً لقاعدة (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه)، وتقتصر مسؤوليتها على المسؤولية المدنية دون الجزائية^(١). كما أرست محكمة النقض مبدأ مسؤولية كل وزير في وزارته باعتباره نائباً عن الدولة نيابة قانونية وذلك في حكم جاء فيه «جرى قضاء هذه المحكمة على أن تمثيل الدولة هو نوع من النيابة القانونية، وأن الوزير هو الذي يمثل الدولة في الشؤون المتعلقة بوزارته، بحسبانه هو المشرف على تنفيذ السياسة العامة للدولة»^(٢).

المطلب الثالث: تضامن الدولة مع قاضي التنفيذ في التعويض:

ووفقاً لقاعدة (التضامن في المسؤولية) بين الدولة وقاضي التنفيذ، تلتزم الدولة بالتعويض في حالة ثبوت خطأ قاضي التنفيذ أو أحد معاونيه أثناء إجراءات التنفيذ القضائي، وهذا المبدأ القانوني نصت عليه صراحة المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري بقولها: «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما

(١) مجموعة السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، مجلد رقم (١٠) لسنة ١٤١٨هـ، ص ٢٨١، مجلد ١١ لسنة ١٤٢٥هـ، ص ٤٤٧، مجلد رقم (٣) لسنة ١٤٢٧هـ، ص ١٢١١، مجلد رقم (٦) لسنة ١٤٣٥هـ، ص ٣٣٠٤.

(٢) مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم (٥٤٣٢) لسنة ٧٠ القضائية، جلسة ١٥ من أبريل سنة ٢٠٠٧م، المكتب الفني، الدائرة المدنية، الجزء الأول، السنة ٥٢، ص ١١.

بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض». ولا تقتصر سلطة وزارة العدل على الإشراف الفني والمهني على أعمال القضاة بل يشمل أيضاً الإشراف الإداري والمالي على جميع المحاكم، ومن بينها أيضاً محاكم التنفيذ، ولا شك أن إجراءات التنفيذ القضائي تشمل النواحي المهنية والإدارية والمالية داخل وخارج محكمة التنفيذ، وهذا النطاق الواسع في الإشراف أشارت إليه المادة (٧١) من «نظام القضاء السعودي» بقولها: «مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في هذا النظام، تتولى وزارة العدل الإشراف الإداري والمالي على المحاكم وكتابات العدل».

وتتحقق مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية بصفة غير مباشرة عن طريق مخاصمة القضاة، التي تثير المسؤولية الشخصية للقاضي، لأن القاضي الذي يُخل بمقتضيات منصبه يُسأل مدنياً عن هذا الإخلال تجاه المتضرر في الحالات التي تجوز فيها مخاصمته^(١). وذهب الدكتور الطماوي إلى أن الخطأ المرفقي قد يأخذ شكل الأعمال الإيجابية التي تؤدي بها الإدارة خدماتها ولكن على وجه سيء مما يتسبب في الإضرار بالغير، وقد يكون الخطأ المرفقي في صورة عمل مادي أو في صورة قرار إداري مخالف للقانون^(٢)، وهو ما يعني أن أي ضرر يلحق بأحد الناس من جراء الخطأ المرفقي المنسوب لأحد المرافق العامة للدولة، ومن بينها مرفق القضاء، يبرر

(١) كوثر بنداحي، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية والاقتصادية (القسم المدني)، جامعة بن زهر، المغرب، ٢٠٢١م، ص ٤١.
(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، مصر، طبعة ١٩٧٤م، ص ١١٨ وما بعدها.

للمضور المطالبة عنه بالتعويض، سواء أكان الخطأ في صورته الإيجابية أم السلبية.

ويؤكد جانب آخر من الفقه القانوني مسؤولية الدولة عن خطأ القاضي، وأن عدم مسؤولية القاضي نظراً لوجود نص خاص لا ينفي وجود الخطأ، وكل ما في الأمر أنه قام به سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية بالضمان أو السياج الذي أحاطه به القانون، وهذا سبب خاص بالقاضي نفسه، أما مسؤولية متبوعه وهو الدولة، فلم يرقم به سبب يمنع من مساءلته عن خطأ تابعه أو سوء اختياره لهذا التابع، فكانت المسؤولية عن التعويض في هذه الحالة على عاتق الدولة، وليس على عاتق القاضي^(١). فإذا قضت المحكمة بصحة المخاصمة فإنها تحكم على القاضي المخاصم بالتعويضات والمصاريف فضلاً عن بطلان صرفه، وتكون الدولة مسؤولة عما يُحكم به من تعويضات على القاضي بسبب الأفعال التي ارتكبها وأدت إلى مخاصمته، ولها حق الرجوع عليه^(٢).

ونظراً لأن أعمال السلطة القضائية لا تقتصر على العمل القضائي، وإنما تشمل أعمالاً أخرى كثيرة قضائية وإدارية ليست لها خصائص العمل القضائي، فالوظيفة القضائية يتمثل نشاطها أساساً في العمل القضائي، ولكنها تقوم بجانب هذه الوظيفة بأعمال الإدارة القضائية التي يقوم بها القضاء كمرفق عام لترتيب وتنظيم العمل في جهات القضاء، كما تقوم

(١) د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، الخطأ المهني الجسيم ومخاصمة القضاة، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الأولى ١٩٥٧م، العدد الثاني، ص ٩٥٤.

(٢) كوثر بنداحي، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، مرجع سابق، ص ٤٥، ٤٦.

بالإجراءات القضائية التي يحتم القانون عليها استخدامها^(١). فيكون قاضي التنفيذ مسؤولاً أيضاً في حالة الإنابة القضائية في التنفيذ على العقار وفقاً للمادة الرابعة من «نظام التنفيذ السعودي»، وذلك عندما يصدر قراراً بإنابة قاضي التنفيذ في البلد التي يقع العقار في ولايتها، حيث تبقى المعاملة الأساسية لديه ويرسل نسخة فقط إلى القاضي النائب^(٢)، ويؤكد جانب من الفقه أن مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة القضائية التي يقوم بها مرفق القضاء لتنظيم سير العمل في جهات القضاء، ليست محل اعتراض من جانب الفقه أو القضاء، كأعمال الضبطية القضائية ومساعدتي القضاء، فتكون الدولة مسؤولة عن أعمال المحضرين كما هو الشأن بالنسبة لسائر الموظفين باعتبارهم من معاوني القضاء في أداء وظائفهم فتُسأل وزارة العدل عن أخطائهم وإهمالهم في القيام بأعمالهم^(٣).

كما استقرت أحكام القضاء الإداري على أن مناط مسؤولية الجهة الإدارية -توفر أركانها الثلاثة: من خطأ وضرر وعلاقة سببية- ضرورة أن يكون الخطأ هو السبب المنتج والفعال للضرر، وأن يكون الضرر نتيجة

(١) د. محمد قدرتي حسن، التعويض عن أعمال القضاء-دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٢) القاضي/ ناصر بن عبد الله الجربوع، إجراءات التنفيذ على العقار في نظام التنفيذ السعودي، بدون تاريخ نشر

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، طبعة ١٩٨٦م، ص ٦٤، ٦٥.

طبيعية للخطأ المنسوب إلى جهة الإدارة، ولم يكن هناك سبب أجنبي - كخطأ الغير - قد استغرق خطأ الجهة الإدارية^(١).



(١) من أحكام المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم (٤٠٨١) لسنة ٤٧ ق عليا، جلسة ١/١/٢٠٠٥م، الدائرة الأولى عليا، مجموعة السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، مجلد رقم (٥) لسنة ١٤٣٢هـ، ص ١٦٧١، مجلد ٥ لسنة ١٤٣٥هـ، ص ١٦٦٥.

المبحث الثاني

مسؤولية الدولة عن أخطاء معاوني قاضي التنفيذ

المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية الدولة عن أخطاء معاوني قاضي التنفيذ:

من المبادئ القضائية الهامة التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في مصر: مبدأ (التضامن في المسؤولية المدنية بين التابع والمتبوع)، ومن هنا يحق للمضرور من أخطاء أحد معاوني قاضي التنفيذ، وثبتت مسؤولية التابع، أن يقوم برفع دعوى التعويض عليهما معاً، ويلتزم بالتعويض متضامنين فيما بينهما، فقضت بأن «التابع والمتبوع متضامنان ومسؤولان عن تعويض المدعي عما أصابه من أضرار نتيجة خطأ المتبوع، ويحق للمضرور الرجوع عليهما بالتعويض»^(١).

واشترطت محكمة النقض المصرية أنه لكي يكتسب العاملون في خدمة مرفق عام صفة الموظف العام يجب أن يكون هذا المرفق يتم إدارته بمعرفة الدولة عن طريق الاستغلال المباشر^(٢)، وأنه يجب أن تتحمل جهة الإدارة تبعات إخلالها بمسؤوليتها في الرقابة والإشراف على المرافق العامة وتصرفات موظفيها التابعين لها^(٣).

(١) حكم إدارية عليا في الطعن رقمي (١٢٣٣٤) لسنة ٤٦ عليا، (٣٣٨) لسنة ٤٧ ق عليا، جلسة ٢٠٠٥/٦/١٨م (الدائرة الأولى عليا).

(٢) الطعن رقم (٢١٢٥) لسنة ٥٠، جلسة ١٩٨١/٠٢/٠٩م، مج مكتب فني ٣٢، صفحة رقم (١٤٧).

(٣) مجموعة السوابق القضائية لأحكام ديوان المظالم الإدارية، المجلد رقم (١٠) لسنة ١٤٢٢هـ، ص ٣، مجلد رقم (١٠) لسنة ١٤٢٥هـ، ص ١٦، مجلد رقم (٥) لسنة ١٤٢٨هـ، ص ٢٢٦، مجلد رقم (٦) لسنة ١٤٣٦هـ، ص ٣٠٥٦.

وقضت محكمة الاستئناف الإدارية بأنه يشترط لقيام مسؤولية المتبوع توفر ثلاثة شروط: وهي:

- أولاً: قيام رابطة التبعية بين المتبوع والتابع.
- ثانياً: ارتكاب التابع لعمل غير مباح «خطأ» يلحق ضرراً بالغير.
- ثالثاً: حدوث العمل أثناء تأدية العمل أو بسببه.

فمتى توفرت هذه الشروط كان المتبوع مسؤولاً عن أعمال تابعه وكان ملزماً بجبر الضرر المترتب على تلك المسؤولية^(١).

وكما يجوز لقاضي التنفيذ قبول طلبات التنفيذ على الشخص المعنوي (الاعتبارية) كالشركات والجمعيات والمؤسسات، وأن مواجهه بالتنفيذ سجنًا وغرامة هو الممثل النظامي أو الموظف الذي أعاق التنفيذ، فإن الدولة ممثلة في وزارة العدل وهي شخص معنوي عام، فإنه يجوز -وفقاً للقواعد العامة في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه- لكل من لحقه ضرر بسبب أخطاء وتصرفات أحد الأشخاص التابعين لوزارة العدل أن يطالب بالتعويض المناسب لجبر الضرر الذي لحقه من هذا الخطأ المنسوب إلى المرفق القضائي. كما أن الأخطاء التي تحدث أثناء سير العمل بالمرفق العام تكون كلها تقريباً نتيجة لفعل أو نشاط موظف أو أكثر، لأن الأشخاص الإدارية هي أشخاص معنوية تعمل بواسطة موظفيها، وأن الخطأ المصلحي أو

(١) حكم محكمة الاستئناف الإدارية بديوان المظالم في القضية رقم (٢١٧٥)/ق لعام ١٤٣٦هـ.

المرفقي رغم حدوثه عادة بفعل موظف أو أكثر، فإنه ينسب إلى المرفق العام ويعتبر صادراً منه ويسأل بالتالي عنه دون الموظف^(١).

وفي حالة ثبوت وقوع الخطأ من أحد معاوني قاضي التنفيذ أو أي موظف بمحكمة التنفيذ يترتب عليه ضرر بأحد أطراف التنفيذ أو الغير أثناء إجراءات التنفيذ، تلتزم الدولة بتعويض المضرور وفقاً لقاعدة (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه)، كما سبق بيان ذلك في موضعه. وبعد دفع التعويضات يحق للدولة الرجوع على هذا الموظف وفقاً لمبدأ الرجوع في حالات التضامن في المسؤولية بين الدولة وموظفيها، فإذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض.

المطلب الثاني: نطاق مسؤولية الدولة عن أخطاء معاوني قاضي التنفيذ:

والأساس القانوني لقيام مسؤولية الدولة عن أخطاء وأعمال موظفيها هو علاقة التبعية، ووفقاً لقاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، لأن الموظف يكون في مركز التابع للدولة، وأن شروط مسؤولية الدولة تتمثل في قيام خطأ الموظف، وارتباط الخطأ بالوظيفة، لأن واجبات الموظف هي عبارة عن تنفيذ عمل مأمور به لحساب جهة الإدارة^(٢).

(١) راجع في ذات المعنى: د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) د. عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٩٩م، ص ٢١، ٢٢.

وتقوم مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يُحدثه تابعه بعمله غير المشروع على خطأ مُفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس متى كان العمل قد وقع منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو ساعدته هذه الوظيفة أو هيأت له إتيان فعله غير المشروع^(١). ويعتبر الخطأ قد وقع أثناء الوظيفة حتى ولو وقع من أحد معاوني قاضي التنفيذ خارج المحكمة، طالما أنه حدث أثناء القيام بأحد إجراءات التنفيذ كإجراء الحجز على العقار أو المنقول أو البيع بالميزاد العلني أو توزيع حصيلة التنفيذ.

وتناولت محكمة النقض تفصيل هذه المسؤولية بقولها: «أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها إنما أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس يرجع إلى سوء اختيار تابعه وتقصيره في رقابته، وإذ حدد القانون نطاق هذه المسؤولية بأن يكون الفعل الضار غير المشروع واقعاً من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها لم يقصد أن تكون المسؤولية مقصورة على عمل التابع وهو يؤدي عملاً داخلياً في طبيعة وظيفته أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه، بل تتحقق المسؤولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان الفعل الضار، سواء أكان الباعث الذي دفعه متصلاً بالوظيفة أو لا علاقة له بها»^(٢).

(١) الطعن رقم (٢٤٨٤) لسنة ٦٥ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ١/٨/٢٠١٩م.
 (٢) الطعن رقم (١٣٣٠) لسنة ٤٩، جلسة ٦/٠١/١٩٨٠م، مج المكتب الفني سنة ٣١، صفحة رقم (٥١).

وتنشأ مسؤولية الدولة عن أخطاء سائر موظفيها بصرف النظر عن الدرجة التي يشغلونها، ولا يلزم لذلك أن تكون الدولة حرة في اختيارهم، فقد يوجب القانون في بعض الأحيان اختيار الموظفين عن طريق المسابقات، أو عن طريق أجهزة متخصصة، وسواء كان الموظف يعمل لدى الدولة في وظيفة دائمة أم تستخدمه الدولة لأداء وظائف مؤقتة^(١). وقد يقع الفعل الضار بسبب الوظيفة وليس أثناء إجراءات التنفيذ، ويشترط في هذه الحالة أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الفعل الضار والوظيفة أو العمل المكلف به أحد معاوين قاضي التنفيذ، بحيث لولا هذه الوظيفة لما وقع الفعل الضار، كأن يقوم موظف محكمة التنفيذ المكلف بإتمام إجراءات البيع بالمزاد العلني، باستخدام نفوذه في التأثير على إجراءات المزاد العلني، أو ترسية المزاد على شخص أو جهة أو شركة بالمخالفة للقانون.

ومبدأ السبب في الضرر هو ما يُعبّر عنه في الفقه الإسلامي بـ: «نظرية الضمان» إذا كان الضرر الواقع نتيجة المباشرة لزم الضمان المباشر، وإذا كان نتيجة التسبب لزم ضمان المتسبب في الحالات التي لا يتخلف فيها الضرر يتفق الفقهاء على أنه يلزم ضمان المتسبب^(٢).

وأكدت محكمة النقض المصرية على أن الدولة ضامنة في الوفاء بتعويض المضرور عن خطأ أحد موظفيها باعتباره خطأً مرفقياً، فقضت بأن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة تقوم على فكرة الضمان القانوني، فيعتبر

(١) د. عادل أحمد الطائي، المرجع السابق، ص ٢٦، ٢٧.

(٢) د. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٩٨٤، ٩٨٥.

المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد^(١). كما أكدت أيضاً على مسؤولية الدولة عن تعويض المضرور من تصرفات أو أخطاء موظفيها في حكم جاء فيه: «وإن كانت الإدارة مسئولة مع الموظف أمام المضرور عن التعويض المستحق له عما يصيبه من ضرر بسبب الخطأ الذي يرتكبه هذا الموظف على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع المنصوص عليها في المادة (١٧٤) من القانون المدني سواء كان هذا الخطأ مرفقياً أو شخصياً، إلا أنه ليس لها أن ترجع على هذا الموظف بما حكم به عليها من تعويض إلا إذا كان الخطأ الواقع منه خطأ شخصياً وليس خطأ مصلحياً أو مرفقياً»^(٢).

وبناء على ذلك يجوز للمضرور من أخطاء معاو ني قاضي التنفيذ أن يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية على وزارة العدل للمطالبة بالتعويض عن أعمال معاو ني القضاء، بعد إثبات ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، فترفع الدعوى على المتبوع وهي وزارة العدل لافتراض يسارها، والتزام وزارة العدل بالتعويض في هذه الحالة يحقق ضمانة لحصول المضرور على تعويض يكفي لجبر الضرر الذي لحقه من جراء خطأ الموظف، وهو الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الإدارة بتعويض الضرر الذي يحدثه أحد موظفيها،

(١) نقض مدني، جلسة ٢٢/٢٢/١٩٦٨م مجلة إدارة قضايا الحكومة س ١٣، ص ١٨٣.
(٢) نقض مدني، طعن رقم (٣٠٢١) لسنة ٦٨ القضائية، جلسة ١١ من مايو سنة ١٩٩٩م، المكتب الفني، الجزء الأول، السنة ٥٠، ص ٦٤١.

وذلك لتوفير ضمانات له بتقديم مدين مليء وغير مماثل يعوضه عما أصابه من ضرر جراء النشاط الخاطئ للموظف^(١).



(١) د. عادل أحمد الطائي، المرجع السابق، ص ١٦٥.

خاتمة وتوصيات البحث

تناولنا في هذا البحث دراسة المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ في مبحث تمهيدي وثلاثة فصول. تضمن المبحث التمهيدي اختصاصات وصلاحيات قاضي التنفيذ، وفي الفصل الأول تناولنا المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، من خلال دراسة الأساس القانوني لمسؤولية قاضي التنفيذ، وأركان مسؤوليته المدنية وأقسامها، ثم تناولنا في الفصل الثاني مسؤولية قاضي التنفيذ وفقاً لنظام مخاصمة القضاة في القانون المصري، ثم تناولنا في الفصل الثالث دراسة مسؤولية الدولة عن أخطاء قاضي التنفيذ ومعاونه، وخلصنا إلى النتائج التالية:

أولاً: الخطأ الموجب لمسؤولية قاضي التنفيذ هو كل سلوك أو تصرف من جانبه يخرج عن موجبات اليقظة والتبصر في عمله القضائي، ويمثل إخلالاً من جانبه بالتزامه ببذل العناية المطلوبة لمن هو في مثل عمله، وهي عناية الرجل الحريص في عمله حرصاً يمنعه من الإضرار بالغير.

ثانياً: يشترط لقيام مسؤولية قاضي التنفيذ عن خطأ أحد معاونه أولاً ثبوت مسؤولية وخطأ التابع، لأن هذه المسؤولية قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسؤوليته هو، وإذا انتفت مسؤولية التابع فإن مسؤولية المتبوع لا يكون لها أساس تقوم عليه، ومسؤولية التابع لا تتحقق إلا بتوفر أركان المسؤولية الثلاثة، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ثالثاً: يجوز مخاصمة قاضي التنفيذ في الحالات التي يجوز فيها مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة، وتخضع دعوى مخاصمة قاضي التنفيذ والفصل فيها

لذات الإجراءات التي نص عليها «قانون المرافعات المصري». وإذا كانت دعوى المخاصمة تعتبر أساساً دعوى تعويض، فإنها تتضمن في ذات الوقت طلب بطلان الحكم الصادر من القاضي المخاصم.

رابعاً: يشترط «قانون المرافعات المصري» أن ترفع دعوى المسؤولية المدنية ضد القضاة من خلال طريق واحد فقط وهو دعوى المخاصمة عند تحقق شروطها، وهذا التضييق من المشرع المصري فيه إهدار لحقوق المتقاضين ضد أخطاء القضاة ومن بينهم قاضي التنفيذ، وهو التضييق الذي خلا منه «نظام المرافعات الشرعية السعودي»، وهو ما يجعل الباب مفتوحاً أمام المتقاضين في رفع دعوى التعويض والمسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة في حالة توفر أركانها.

خامساً: المقصود بالتضمنات في نص المادة (٤٩٤) من «قانون المرافعات» أن الحكم الصادر ضد القاضي في دعوى المخاصمة يعد دليلاً على قيام مسؤوليته التقصيرية، ويصلح أساساً قانونياً لرفع دعوى التعويض على القاضي وإلزامه بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن أخطائه الشخصية أو المهنية أثناء نظر الدعوى، وعليه يجوز قانوناً رفع دعوى المسؤولية التقصيرية (التعويض) ضد قاضي التنفيذ، في الحالات التي يثبت فيها وقوع خطأ أو مخالفة للقانون من جانبه.

سادساً: تنشأ مسؤولية وزارة العدل عن أخطاء قاضي التنفيذ وفقاً لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ولوجود سلطة فعلية وقانونية لوزارة العدل في الإشراف والرقابة على قضاة محاكم التنفيذ. ولأن وزارة العدل لها سلطة

الإشراف والرقابة على أعمال القضاة من خلال أجهزة التفتيش القضائي ومجلس القضاء الأعلى، ومن متطلبات سلطة الإشراف والرقابة أن تكون الدولة مسؤولة عن الخطأ المرفقي لموظفيها وفقاً لقاعدة (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه)، وتقتصر مسؤوليتها على المسؤولية المدنية دون الجزائية.

سابعاً: يحق للمضروب من أخطاء معاوني قاضي التنفيذ أن يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية على وزارة العدل ممثلة في قاضي التنفيذ ومعاونه، فيقوم المضروب برفع الدعوى على المتبوع لافتراض يساره، ويحق للمتبوع أن يرجع على التابع بما دفعه ضماناً له.

توصيات البحث:

أولاً: النص في «قانون المرافعات المصري» و«نظام القضاء السعودي» على السماح لوزارة العدل وفقاً لقواعد قانون التأمين بإبرام عقود التأمين التعاوني ضد المسؤولية المدنية للقضاة بصفة عامة ولقضاة التنفيذ بصفة خاصة، في حالة وقوع الأخطاء الشخصية للقضاة أسوة بتأمين المسؤولية المدنية للأطباء والمهندسين والمحامين وغيرهم، ورفعاً للحرج عن الدولة وعن مؤسسة القضاء في حالات رفع دعاوى التعويض عن أخطاء القضاة.

ثانياً: تحديد قواعد المسؤولية المدنية للقضاة بنصوص واضحة، والفصل بين حالات المسؤولية عن الأخطاء الشخصية للقضاة، وبين قواعد المسؤولية التأديبية في حالة الخطأ المهني للقاضي والذي لا يلحق ضرراً بالأفراد، وإنما يُسيء إلى سمعة مرفق القضاء وينم عن عدم الشعور بالمسؤولية المهنية للقاضي.

ثالثاً: النص صراحة على حق أطراف الدعوى التنفيذية أو الغير في مطالبة الدولة ممثلة في وزارة العدل بالتعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية الناتجة عن أخطاء القضاة بصفة عامة وأخطاء قضاة التنفيذ بصفة خاصة، متى ثبت هذا الخطأ بعد تحقيقات رسمية، وعدم الاكتفاء بإلغاء الحكم فقط ولكن لابد من تعويض الأضرار الناتجة عن هذا الحكم الملغى.

رابعاً: تقرير مبدأ التضامن في المسؤولية المدنية لقاضي التنفيذ بين الدولة ممثلة في وزارة العدل والقاضي الذي يثبت عليه الخطأ المهني أو الشخصي في عمله القضائي، والتزام الدولة بدفع التعويض عن أخطاء القضاة، مع الحق في الرجوع على القاضي المخطئ إذا رأت وزارة العدل ذلك مناسباً.

خامساً: الاعتراف بالحق القانوني في المطالبة بالتعويض لكل من أصابه ضرر من أخطاء أحد معاوني قاضي التنفيذ وفي مطالبة الدولة ممثلة في وزارة العدل بدفع التعويض بعد ثبوت الخطأ من الموظف العام بمحكمة التنفيذ، وفقاً لقاعدة (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه) و(مسؤولية الدولة عن أخطاء معاوني قاضي التنفيذ)، مع حق الدولة في الرجوع على المتسبب في الضرر فيما بعد.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع قانونية عامة.

١. د. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٢. د. أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د م ج، الجزائر، ط ١٩٩٤م.
٣. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة برنامج الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بنها.
٤. د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج ٢، د م ج، طبعة ١٩٩٩م.
٥. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، طبعة ١٩٩٢م.
٦. د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، مصر، طبعة ١٩٧٤م.
٧. د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة ١٩٨٦م.
٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
٩. د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م.
١٠. د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القضاء الإداري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة ١٩٩٨م.

١١. د. محمد فؤاد مهنا، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠م.
١٢. د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.
١٣. د. فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات، طبعة ١٩٨٠م.
١٤. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة ١٩٩٨.

ثانياً: مراجع قانونية متخصصة:

١٥. د. أحمد محمد صبحي، مبادئ التعويض عن أضرار الإدارة في قضاء ديوان المظالم السعودي، بحث منشور بمجلة القضائية، العدد الحادي عشر، ربيع الثاني ١٤٣٦هـ.
١٦. أ. باسل حسن محمد علي لايد العيساوي، التعويض عن الخطأ السلبي في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، مقال منشور بموقع قانون العرب، بتاريخ ٢٢ أغسطس ٢٠٢٠م، <https://www.law-arab.com/2020/08>
١٧. د. جلال محمد إبراهيم، المسؤولية المدنية للقضاة، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان، عدد يناير، ديسمبر ٢٠٠٤م.
١٨. الباحث/ حمزة بن حسم محمد بشور، التنفيذ على العقار المرهون، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام، ١٤٣٥هـ.
١٩. د. رمضان إبراهيم علام، أعمال التنفيذ الجبري بين قاضي التنفيذ وإدارة التنفيذ، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.

٢٠. د. شريف مصطفى أبو العينين، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، التعويض عن الحبس الاحتياطي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م.
٢١. د. عبد القادر الشيخلي، الخير في العملية القضائية، بحث منشور بالمجلة القضائية (مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن وزارة العدل السعودية)، العدد السادس جمادي الأولى ١٤٣٤هـ، <https://adlm.moj.gov.sa/Alqadaeya>
٢٢. د. عادل عامر، معوقات تنفيذ الأحكام، بحث منشور بموقع دنيا الوطن بتاريخ ١٣/٨/٢٠١٣م.، <https://pulpit.alwatanvoice.com>.
٢٣. د. عادل عامر، إشكالات التنفيذ العيني الجبري، بحث منشور بموقع دنيا الوطن بتاريخ ٢٥/٥/٢٠١٥م.، <https://pulpit.alwatanvoice.com/articles>
٢٤. د. عبد العزيز بن عبد الرحمن الشبرمي، شرح نظام التنفيذ، مدار الوطن للنشر، طبعة ١٤٣٥هـ، ٢٠١٤م.
٢٥. عبد العزيز بن صالح البراهيم، اختصاصات قاضي التنفيذ وتطبيقاتها في النظام السعودي، رسالة ماجستير، نوقشت بجامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، عام ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.
٢٦. د. عزمي عبد الفتاح، نظام قاضي التنفيذ في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٨م.
٢٧. أ. كوثر بنداحي، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية والاقتصادية (القسم المدني)، جامعة بن زهر، المغرب، ٢٠٢١م.

٢٨. د. محمد قدرى حسن، التعويض عن أعمال القضاء (دراسة مقارنة)، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي، الإمارات العربية المتحدة، المجلد رقم (٢٧)، العدد رقم (١٠٤)، يناير ٢٠١٨م.
٢٩. د. محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
٣٠. محمد صالح علي - قاضي المحكمة العليا الاتحادية بالسودان، مقال بعنوان (مسؤولية القاضي التقصيرية عن أخطائه المبدئية)، منشور بموقع قانون العرب، بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠١٧م. <https://www.law-arab.com/2017/03/blog>
٣١. د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، الخطأ المهني الجسيم ومخاصمة القضاة، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٥٧م.
٣٢. د. ناصر بن إبراهيم المحميد، ضمان الأضرار الناتجة عن التقاضي، بحث منشور بمجلة القضائية، (مجلة علمية محكمة تصدر عن وزارة العدل السعودية)، العدد الأول لعام ١٤٣٢هـ.
٣٣. القاضي/ ناصر بن عبد الله الجربوع، إجراءات التنفيذ على العقار (شرح نظام التنفيذ السعودي).

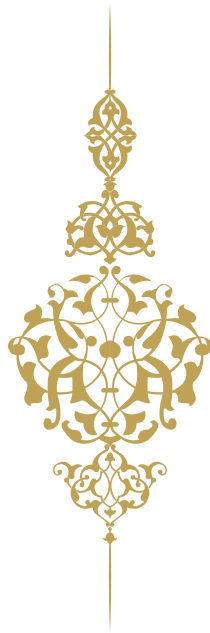
ثالثاً: أنظمة وقوانين ولوائح:

٣٤. قانون السلطة القضائية المصري، رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢م.
٣٥. قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م، والمعدل بالقانون رقم (١٩١) لسنة ٢٠٢٠م.
٣٦. نظام القضاء السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

٣٧. نظام المرافعات الشرعية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) في ٢٢/١/١٤٣٥هـ.
٣٨. نظام التنفيذ السعودي، تاريخ الإصدار ١٣/٠٨/١٤٣٣هـ، تاريخ النشر ١٣/١٠/١٤٣٣هـ.
٣٩. اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ السعودي، المعدلة والصادرة بقرار وزير العدل السعودي رقم (١٣/ت/٧٠١٧) بتاريخ ٢٣/٢/١٤٣٩هـ.
٤٠. لائحة القواعد والإجراءات المنظمة لأعمال أعوان القضاء، والصادرة بموجب قرار معالي وزير العدل بالمملكة العربية السعودية رقم (٥٠٣٣٥) وتاريخ ٨/٧/١٤٣٥هـ.
٤١. لائحة مقدمي خدمات التنفيذ، الصادرة بموجب قرار معالي وزير العدل المملكة العربية السعودية رقم (١١٣٢٦) بتاريخ ١٤/٥/١٤٣٧هـ.

رابعاً: مجموعات ودوريات:

٤٢. مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، منشورة بموقع محكمة النقض المصرية: https://cc.gov.eg/judgment_single
٤٣. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لأحكام ديوان المظالم، المملكة العربية السعودية، منشورة بالموقع الرسمي لديوان المظالم: <https://www.bog.gov.sa>
٤٤. مدونة التفتيش القضائي، الصادرة عن وزارة العدل السعودية، الإصدار الأول. تاريخ ١٨/١/١٤٣٦هـ.
٤٥. مجلة الأحكام العدلية، مجلة وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية. وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي. وهي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاباً.
٤٦. مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا بجمهورية مصر العربية، الموسوعة القانونية للتشريعات: egyption-law.com › category





رد المُحَكَّم في الدعوى التحكيمية

دراسة تأصيلية تطبيقية

د. أنور بن حسين الحمراني

أستاذ الدراسات القضائية المساعد بجامعة أم القرى

كلية الدراسات القضائية والأنظمة

جامعة أم القرى، مكة المكرمة

المقدمة

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

فإن التحكيم كثرت رغبة المتنازعين في اختياره -بأخرة- كأسلوب من أساليب فض النزاع وخاصة في النزاعات التجارية؛ لما يتميز به من سرية وسرعة ومرونة لا وجود لمثلها في القضاء، ولا شك أن المُحَكِّم يعد من أهم أركان التحكيم، بل هو أهمها حيث إن جميع إجراءات التحكيم وأحكامه تتأثر به، لذا فقد كان محل عناية الباحثين والمختصين ببحث المسائل المتعلقة بتعيينه وشروطه ووجباته، ومن المسائل التي لا تقل أهمية عن ذلك ما يتعلق بـ«رد المُحَكِّم»، تكمن أهمية هذه المسألة في الآتي:

- كونها تتعلق بأهم ركن في التحكيم وهو المُحَكِّم.
- أن رد المُحَكِّم يعد أكثر مسألة تثار في عدم صلاحية المُحَكِّم للنظر؛ لأن موانع النظر الأخرى ليست مجالاً للاختلاف فيها.
- أن رد المُحَكِّم له آثار عديدة ومختلفة وبعضها -كما سنبينه إن شاء الله- يكون سبباً للبطلان والتعويض.

وقد سلكت في هذا البحث عدة مناهج على حسب ما يقتضيه طبيعة البحث، منها: المنهج التحليلي فيما يتعلق بنصوص النظام السعودي، وكذا المنهج الاستقرائي فيما يتعلق بالمسائل ذات العلاقة الموحدة، وكذا المنهج الاستنباطي في ما يتعلق ببيان حكم المسكوت عنه.

ويمكن تفصيل ذلك في الآتي:

- استقراء النصوص المتعلقة بالرد في النظام السعودي.
- تحليل هذه النصوص وتوجيه الأسئلة عليها.
- التأصيل الفقهي لمسائل رد المُحكّم وآثاره.
- استقراء الأحكام الصادرة من المحاكم المختصة المتعلقة بالرد وإضافة نماذج منها للبحث.

وقد التزمت بأصل البحث العلمي المتمثلة في: العناية بعزو الآيات وتخريج الأحاديث، وصياغة البحث بلغة واضحة وسليمة قد الإمكان، والعناية بالعزو لأهل العلم متحرّيا الأمانة العلمية في ذلك. ولقد جاءت هذه الدراسة في مقدمة ومبحث تمهيدي وأربعة مباحث رئيسية وخاتمة، على النحو التالي:

مقدمة:

ضممتها: أهمية البحث ومنهجه وخطته.

المبحث التمهيدي:

وضمته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف رد المُحكّم.

المطلب الثاني: الأصول الشرعية للرد المُحكّم.

المطلب الثالث: موانع نظر المُحكّم في النظام السعودي.

المبحث الأول: أسباب رد المُحكَّم:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عدم حياد المُحكَّم أو عدم استقلاله.

المطلب الثاني: عدم حيازة المُحكَّم للمؤهلات المتفق عليها.

المبحث الثاني: إجراءات رد المُحكَّم:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اتفاق الأطراف على إجراءات معينة في رد المحكم.

المطلب الثاني: عدم وجود اتفاقية لإجراءات رد المحكم.

المبحث الثالث: آثار رد المُحكَّم.

المبحث الرابع: قضايا تطبيقية.

خاتمة:

ضممتها: أهم النتائج والتوصيات.

أسأل الله السداد والتوفيق لما قصدته، والعصمة فيه من الخطأ و الزلل،
وأن يجعل ذلك خالصاً لوجهه الكريم، وإنه ولي ذلك والقادر عليه، وصلى
الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وهذا أوان الشروع في المقصود.

المبحث التمهيدي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف رد المُحكَّم:

الرَّدُّ في اللغة:

صَرَفُ الشَّيْءِ وَرَجْعُهُ^(١).

وفي التنزيل: ﴿لَوْ يَرُدُّونَكُمْ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِكُمْ كَقَارِئًا﴾ [البقرة:

١٠٩]، أي: يرجعونكم^(٢).والمُحكَّم^(٣) في اللغة:

من جعل له الحكم في الأمر، يقال: يقال: حَكَمْتُ الرَّجُلَ - بِالشَّدِيدِ -

فَوَضْتُ الحُكْمَ إِلَيْهِ، وَحَكَمْتُهُ فِي مَالِي، إِذَا جَعَلْتَ إِلَيْهِ الحُكْمَ فِيهِ^(٤).

(١) لسان العرب، لابن منظور (٣/ ١٧٢)، مادة (ردد).

(٢) المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني (٣٤٩).

(٣) مُحَكَّمٌ بِضَمِّ المِيمِ وَفَتْحِ الحَاءِ وَتَشْدِيدِ الكَافِ المُفْتُوحَةِ، وَمُحَكَّمٌ مِنْ بَابِ التَّفْعِيلِ بِصِيغَةِ اسْمِ المَفْعُولِ أَمَّا المُحَكَّمُ بِضَمِّ المِيمِ وَفَتْحِ الحَاءِ وَتَشْدِيدِ الكَافِ المُكْسُورَةِ مِنْ بَابِ التَّفْعِيلِ بِصِيغَةِ اسْمِ الفَاعِلِ فَقَدْ أُسْتُعْمِلَ فِي تَعْبِيرٍ عَنِ الحُصْمَيْنِ، دَرَرِ الحُكَامِ شَرَحَ مَجْلَةَ الأَحْكَامِ، لِعَلِي حِيدَر (٤/ ٥٧٨).

(٤) الصحاح، للجوهري (٥/ ١٩٠٢)، مادة (ح ك م).

واصطلاحًا:

«هو الشخص الطبيعي^(١) الذي يوليه الخصمان أو من ينوب عنهما ليحكم بينهما في قضية خاصة». وهذا يتضح من خلال ما يذكره أهل الاصطلاح في بيان معنى التحكيم، ومن ذلك قولهم: «هو تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما^(٢)»، وقيل: «هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاها لفصل خصومتها ودعواهما»^(٣). وقيل: هو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاها شخصاً آخر حكماً بينهما لفصل خصومتها»^(٤).

المقصود برد المُحكّم:

إقالته عن التحكيم جبراً بقرار قضائي أو من مؤسسة التحكيم، إذا كان التحكيم يتبع مؤسسة معينة، أو بناء على طلب أحد أطراف التحكيم لوجود سبب من أسباب الرد، مثل عدم حيده أو استقلاله عن أحد طرفي النزاع^(٥). وقيل: عدم تمكين المُحكّم من النظر في المنازعة التحكيمية موضوع النزاع لتوفر سبب من الأسباب التي تشكك في حياده واستقلاله^(٦).

- (١) أما الشخص المعنوي فلا يصح اتخاذه محكّمًا، وهذا ظاهر من عدم تحقق شروط المحكم في نظام التحكيم. انظر: المادة (١٤).
- (٢) الدر المختار، للحصفي (٥/٤٢٨).
- (٣) البحر الرائق، لابن نجيم (٧/٢٤).
- (٤) المدخل الفقهي العام، للزرقا (فقرة ٢٠٠).
- (٥) التحكيم في القوانين العربية، حداد (٢٤٦).
- (٦) رد المحكم في التحكيم التجاري الدولي، كسنة المداني (٧).

وقيل: تنحيته بناء على طلب الخصم أو تنحيه من تلقاء نفسه من نظر الدعوى التحكيمية أو سماعها أو الحكم فيها متى اشتمل على سبب من أسباب الرد^(١).

وهي عبارات متقاربة تتفق في:

١- أنه منع للمحكّم وعدم تمكين له من النظر والحكم في القضية المتنازع فيها.

٢- أن هذا المنع لا يكون إلا إذا وجدت أسبابه.

والمختار في تعريف رد المُحكّم: هو صرف المُحكّم عن نظر المنازعة التحكيمية بناء على طلب من أطراف النزاع لوجود سبب من أسباب الرد فيه.

المطلب الثاني: الأصول الشرعية لرد المُحكّم:

لقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن القاضي -ومثله المُحكّم- يُمنع من النظر في النزاع والحكم فيه بالتهمة، وأن الحاكم يشترط أن يكون عدلاً من أهل الشهادة^(٢)، وأن الأصل: أن ما يمنع الشهادة يمنع القضاء، ومن عباراتهم في ذلك:

(١) التفهيم، لابن خنين (١٢٣).

(٢) انظر في ذلك: مجموع الفتوى لشيخ الإسلام (٢٨/٢٥٩)، إعلام الموقعين (٧٧)، كشف القناع (٣١/١٥).

- قال في شرح أدب القاضي: «الأصل في هذا الباب أن القضاء يعتبر بالشهادة، فكل من جازت شهادته له نفذ قضاؤه له، وإلا فلا»^(١).
- وقال في تحفة الفقهاء: «وَلَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ لِنَفْسِهِ وَلَا لِأَبُوَيْهِ وَإِنْ عَلُوا، وَلَا لَزَوْجَتِهِ وَلَا لِأَوْلَادِهِ وَإِنْ سَفَلُوا، وَلَا لِكُلِّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُمْ»^(٢).
- قال صاحب الكافي في فقه أهل المدينة: «ولا يجوز له أن يقضي لأبيه ولا لابنه ولا لمن لا تجوز شهادته له»^(٣).
- قال في الشرح الكبير على مختصر خليل: «(ولا يحكم) أي لا يجوز لحاكم أن يحكم (لمن لا يشهد له) كأبيه وابنه وزوجته (على المختار)»^(٤).
- قال في الأم: «لا يكون له أن يحكم لنفسه ولو حكم رُدَّ حكمه، وكذلك لو حكم لولده أو، والده، ومن لا تجوز له شهادته»^(٥).
- وقال في الطرق الحكمية: «وهذا من كمال فقه الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فَإِنَّهُمْ أَفْقَهُ الْأُمَّةِ وَأَعْلَمَهُمْ بِمَقَاصِدِ الشَّرْعِ وَحُكْمِهِ، فَإِنَّ التَّهْمَةَ مُؤَثَّرَةٌ فِي بَابِ الشَّهَادَاتِ وَالْأَقْضِيَةِ وَالْإِقْرَارِ»^(٦).

(١) شرح أدب الخصاص، للصدر الشهيد (٣/ ٢٦٢).

(٢) تحفة الفقهاء (٣/ ٣٧١).

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٩٥٨).

(٤) الشرح الكبير على مختصر خليل (٤/ ١٥٢).

(٥) الأم، للشافعي (٦/ ٢٣٣).

(٦) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم (٢/ ٥٣١).

ويمكن أن يستدل على ذلك بجملة من الأصول الشرعية من أهمها:

- قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ووجه الدلالة: أن من مقاصد الشريعة التي دلت عليها هذه الآية: البعد عن مواطن الريب والشك في الشهادة، والتهمة ريبة^(١)، فإن كانت التهمة مؤثرة في باب الشهادة فإن منصب القضاء أبعد عن التهم^(٢).

- ما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بطرق متعددة أحسنها ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر^(٣) على أخيه^(٤))، وحديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا مرفوعاً: ((لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة ولا ذي غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع أهل البيت لهم ولا ظنين في ولاء ولا قرابة^(٥))).

(١) الحاوي الكبير، للهاوردي (١٧/١٥٩).

(٢) قال في الذخيرة: «فإن امتنعت الشهادة فإن منصب القضاء أبعد عن التهم»، (١٠/١٠٩).

(٣) أي: حقد، انظر: النهاية، لابن الأثير (٣/٣٨٤).

(٤) رواه أبو داود في سننه: كتب الأقضية، باب الشهادات حديث رقم (٣٦٠٠)، وسكت عنه، وقواه ابن حجر في التلخيص، (٤/٤٨٠)، وحسنه الألباني في إرواء الغليل، (٨/٢٨٣).

(٥) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، برقم (٢٢٩٨)، والبيهقي في سننه في كتاب الشهادات، باب من قال لا تقبل شهادته، برقم (٢٠٥٧٠) وقال: «لا يصح في هذا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شيء يعتمد عليه».

- من القواعد الفقهية التي حكي فيه الإجماع: أن التهمة قاذحة في تصرفات الغير^(١).

غير أنه من المهم التنبيه على: أنه ليس كل تهمة تمنع الحاكم من النظر وتؤثر في حكمه، بل لا بد أن تكون تهمة قوية، حيث إن أهل العلم ذكروا أن التهمة على ثلاث درجات^(٢):

- عليا: وهي التهمة القوية وهي المؤثرة إجماعاً.

- دنيا: وهي الضعيفة غير المؤثرة إجماعاً.

- ووسطى: وهي التي يقع الخلاف فيها غالباً.

وقد نص فقهاء الإسلام في آداب القاضي -وينبغي أن يراعيها المُحَكَّم- على: أن يتعد عن مواطن التهمة ومواقع الريبة^(٣)، وأن يتحرز عن كل ما يقدح في أحكامه؛ حتى لا يجعل نفسه غرضاً لسوء الظن، ولعل ذلك يتحقق في التحكيم بأمرين:

- عدم قبول المُحَكَّم لعقد التحكيم إذا غلب على ظنه أنه يكون فيه متهماً.

- التنحي عند ظهور ما يدعو للتهمة في تصرفات المُحَكَّم أو عند تقديم طلب الرد من أحد الأطراف.

(١) الفروق الفقهية، للقرافي (٤/١٠٣)، الذخيرة، للقرافي (١٠/١٠٩).

(٢) انظر قواعد الحكم، للغز بن عبد السلام (٢/٣٦)، الفروق، للقرافي (٤/١٠٣).

(٣) معين الحكم، للطرابلسي (١٥).

والأصل في ذلك: ما ثبت في حديث صفية رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ معتكفاً، فأتيته أزوره ليلاً، فحدثته، ثم قمتُ لأنقلب، فقام معي ليقبلني، وكان مسكنها في بيت أسامة بن زيد، فمر رجلان من الأنصار، فلما رأيا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَسْرَعَا في المشي، فقال: ((على رسلكما إنما هي صفية بنت حبي))، فقالا: سبحان الله يا رسول الله، فقال: ((إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم، وإني خفتُ أن يقذف في قلوبكما شرّاً، أو قال: شيئاً))^(١).

قال ابن دقيق العيد: «وفيه دليل على التحرز مما يقع في الوهم نسبة الإنسان إليه، مما لا ينبغي. وقد قال بعض العلماء: إنه لو وقع ببالها شيء لكفرا. ولكن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أراد تعليم أمته. وهذا متأكد في حق العلماء، ومن يقتدي بهم، فلا يجوز لهم أن يفعلوا فعلا يوجب ظن السوء بهم، وإن كان لهم فيه مخلص؛ لأن ذلك تسبب إلى إبطال الانتفاع بعلمهم»^(٢).

المطلب الثالث: موانع نظر المُحكّم في النظام السعودي:

المستقرئ لنظام التحكيم يجد أن الأحوال التي يكون القاضي فيها ممنوعاً من النظر ثلاثة:

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الخلق، باب صفة إبليس، برقم (٣٢٨١)، ومسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب استحباب القول: هذه فلانة؛ ليدفع ظن السوء به، برقم (٢١٧٥).

(٢) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (٢/ ٤٥).

١. عدم استيفاء شروط المُحكّم:

حيث نصت المادة الرابعة عشرة: «يشترط في المُحكّم ما يأتي:
أولاً: أن يكون كامل الأهلية.

ثانياً: أن يكون حسن السيرة والسلوك.

ثالثاً: أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفى بتوافر هذا الشرط في رئيسها».

فإن تخلف أحد هذه الشروط في المُحكّم ثبتت عدم صلاحيته للتحكيم، وكان ممنوعاً من النظر والحكم في النزاع التحكيمي، وليس لاتفاق الأطراف أثر في إسقاط هذه الشروط.

٢. منع المُحكّم:

حيث نصت المادة السادسة عشرة من نظام التحكيم: «٢- يكون المُحكّم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها - ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم - في الحالات نفسها التي يمنع فيه القاضي».

وهذه الحالات بيّنتها المادة الرابعة والتسعون من نظام المرافعات الشرعية:

«يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم في الأحوال الآتية:

أ- إذا كان زوجًا لأحد الخصوم أو كان قريبًا أو صهرًا له إلى الدرجة الرابعة.

ب- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته.

ج- إذا كان وكيلًا لأحد الخصوم، أو وصيًا، أو قيمًا عليه، أو مظنونة وراثته له، أو كان زوجًا لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم.

د- إذا كان له مصلحة في الدعوى القائمة أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلًا عنه أو وصيًا أو قيمًا عليه.

هـ- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضيًا أو خبيرًا أو محكمًا، أو كان قد أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها».

وهذه الأسباب إذا ظهرت في المُحَكَّم صح تصدي الجهة المختصة -سواء الهيئة التحكيمية ابتداءً أو محكمة الاستئناف المختصة- ولو لم يطلب ذلك أحد الأطراف.

وهل تكون موافقة أطراف النزاع على من تحققت فيه بعض هذه الأسباب مؤثرة في عدم منعه؟

ظاهر عبارة المنظم أن هذه الأسباب من النظام العام وأنه لا أثر للاتفاق على اطراحها، لكن ذهب بعض المختصين إلى أن باب التحكيم أوسع من القضاء وأن رضی الطرفين كاف في قبول من قام به سبب من أسباب المنع^(١).

٣. رد المُحكَّم:

حيث نصت المادة السادسة عشرة: «٣- لا يجوز رد المُحكَّم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده أو استقلاله، أو لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها طرفا التحكيم وذلك بما لا يخل بها ورد في المادة (الرابعة عشرة) من هذا النظام».

وهذا المانع هو محل ما جاء البحث كاشفاً عن أسبابه ومعالجاً لأحكامه في مباحثه ومسائله.

(١) التفهيم، لابن خنن (١٢٣).

المبحث الأول أسباب رد المُحكّم

لما كان التحكيم من أساليب فض النزاع وجب أن تتوفر فيه الضمانات الكافية لتحقيق أعلى درجات العدالة بين الخصوم، لذا حرص المنظم السعودي - كغيره - على إحاطة العملية التحكيمية بمجموعة من الضمانات المهمة حتى يكون من شأنها فض النزاع بين الأطراف على أكمل وجه، وعلى رأس هذه الضمانات: نزاهة المُحكّم وألا يكون متهماً في نظره، وأنه متى ما ثبت لدى الأطراف ضد ذلك: كان لهم تقديم طلب رد المُحكّم المتضمن منعه من نظر الدعوى التحكيمية.

غير أنه من المقرر شرعاً: أن الأصل في المُحكّم هو النزاهة والسلامة من التهمة، فالأصل هو عدم التهمة؛ لأن الأصل في الأشياء العدم^(١)، وأن من ادعى غير ذلك وقع عليه عبء الإثبات؛ ولذا وضح المنظم هذه القاعدة بقوله: «لا يجوز رد المُحكّم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده أو استقلاله أو لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها طرفا التحكيم...»^(٢)، فجعل الأصل هو رفض رد المُحكّم - بعد انعقاد الهيئة التحكيمية - إلا استثناء.

ولقد حصر المنظم أسباب الرد في أمرين لا ثالث لهما، هما:

- عدم حياده واستقلاله.

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٤٣).

(٢) المادة (١/١٦) من نظام التحكيم السعودي.

- عدم حيازته للمؤهلات المتفق عليها.

ولم يُجَلَّ على أسباب رد القاضي كما فعل في النظام السابق^(١)، وأيضاً كما فعل في أسباب منع المُحكَّم حيث نص على: «يكون المُحكَّم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها - ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم - في الحالات نفسها التي يمنع فيها القاضي»، ولكن بينها في حالتين: عدم حياد المُحكَّم أو عدم استقلاله، وأمر آخر وهو: عدم حيازته لمؤهلات اتفق عليها أطراف التحكيم؛ ولعل السبب في ذلك: هو أن التحكيم له طبيعته الخاصة، التي من شأنها أن تجعل أسباب رد المُحكَّم أوسع وأكثر شمولاً دون حصر، وهي مسألة تقديرية لنظر هيئة التحكيم تختلف باختلاف ظروف كل دعوى وملاساتها.

وسوف أعقد لكل سبب من أسباب رد المُحكَّم مطلباً.

المطلب الأول: عدم حياد المُحكَّم أو عدم استقلاله:

الحياد والاستقلال، من واجبات المُحكَّم وتخلفهما مؤثر جداً في العدالة المنشودة، لذا كان السبب الأول من أسباب رد المُحكَّم: عدم الحياد والاستقلال.

(١) المادة (١٢) من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي (م/٤٦) تاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ، ونصها: «يطلب رد المُحكَّم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي... إلخ».

وعند البحث عن مدلول هذين المصطلحين: نجد أن المنظم لم يجعل لهما تعريفاً كاشفاً ولا حداً معيناً، ولم يحرصهما في صور معدودة، وإنما جعل النظر في ذلك إلى الدلالة العلمية التي يفصح عنها المدلول اللغوي والاصطلاحي. لذا سأذكر الدلالة اللغوية والاصطلاحية لهما:

الحياد في اللغة:

قال ابن فارس: الحاء والياء والذال أصل واحد، وهو الميل والعدول عن طريق الاستواء^(١).

وقال الجوهري: حاد عن الشيء يحيد حيوذاً وحيدةً وحيدودَةً: مال عنه وعدل^(٢).

وفي التنزيل: ﴿وَجَاءَتْ سَكْرَةُ الْمَوْتِ بِالْحَقِّ ذَلِكَ مَا كُنْتَ مِنْهُ تَحِيدُ﴾ [ق: ١٩] أي: تميل^(٣).

وفي الحديث: «بينما النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حَائِطِ بَنِي النَّجَارِ عَلَى بَغْلَةٍ لَهُ وَنَحْنُ مَعَهُ إِذْ حَادَتْ بِهِ»^(٤)، أي: مالت عن الطريق ونفرت^(٥).

وقال طرفة:

(١) مقاييس اللغة (١٢٣/٢).

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، للجوهري (٤٦٧/٢).

(٣) معالم التنزيل، للبغوي (٨٩٣/٦).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجنة وصفة نعيمها وأهلها، باب عرض مقعد الميت من الجنة والنار عليه، برقم (٢٨٦٧) (١٦٠/٨).

(٥) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي (٢٠٢/١٧).

أبا منذر رمت الوفاء فهبته

وحدت كما حد البعير عن الدحض^(١)

وقد استعمله العرب - أيضاً - بمعنى: الصدُّ والمجانبة.

يقول الجوهري: وحايدهُ مُحَيِّدَةٌ وحِيَادًا: جانبُهُ^(٢).

وقال الأزهري: وَالرَّجُلُ يَمِيدُ عَنِ الشَّيْءِ إِذَا صَدَّ عَنْهُ خَوْفًا وَأَنْفَةً^(٣).

واعتماداً على هذا المعنى، عرّف مجمع اللغة بالقاهرة هذه المفردة بقوله: (الحياد) عدم الميل إلى أي طرف من أطراف الخُصومة^(٤).

وهذا المعنى قريب من المعنى الاصطلاحي لحياد المُحَكِّم.

وحياد المُحَكِّم في الاصطلاح:

عرف بتعريفات متقاربة، منها:

- عدم انحياز المُحَكِّم إلى أحد أطراف النزاع أو وقوفه ضد أحد الطرفين لأسباب خاصة أو شخصية^(٥).

- وقيل: هو عدم الميل إلى جانب أحد الخصمين^(٦).

(١) ديوان طرفة بن العبد.

(٢) الصحاح (٤٦٧/٢).

(٣) تهذيب اللغة (١٢٣/٥).

(٤) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (٢١١/١).

(٥) الآثار القانونية لطلب رد المُحَكِّم، لابي شربي (٥٦).

(٦) القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، للكردي (٤٦).

- وقيل: أن يقتصر دور المُحَكَّم -أو القاضي- على تلقي الأدلة التي يتقدم بها الخصوم ثم يتولى تقديرها في حدود دلالاته، وألَّا يستند إلى دليل تحراه بنفسه لأحد الخصوم^(١).

- والمختار في تعريفه: فهو عدم تمييزه وميله لأحد طرفي النزاع في الترافع والإثبات والحكم.

وأما الاستقلال في اللغة:

فهو مصدر استقلَّ أو استقلَّ ب..

ويأتي في اللغة لمعان منها:

- الارتفاع، يقال: استقلت السماء: أي ارتفعت^(٢).

- ويأتي بمعنى: الاستبداد، يُقال: هُوَ مُسْتَقِلٌّ بِنَفْسِهِ، أي ضابطٌ أمره^(٣).

- ويأتي بمعنى: الارتحال والمضي، يقال: استقلَّ القوم إذا مضوا وارتحلوا^(٤).

- ويأتي بمعنى: عدَّ الأمر قليلاً، يقال: استقلَّه، أي: عدَّه قليلاً^(٥).

(١) المورد القانوني (١٨١).

(٢) الصحاح، للجوهري (١٨٠٤/٥)، لسان العرب، لابن منظور (٥٦٦/١١)، مادة (قلل) فيها.

(٣) تاج العروس، للزبيدي (٢٨١/٣٠)، مادة (قلل) فيه.

(٤) الصحاح، للجوهري (١٨٠٤/٥)، مادة (قلل) فيه.

(٥) المصدر السابق.

ولعل أقرب معنى من هذه المعاني اللغوية للمعنى الاصطلاحي المعنيان الأوليان: الارتفاع حيث إن المُحَكِّم يرتفع عن كل ما يؤثر عليه في إصدار الحكم في القضية المنظورة، وكذلك المعنى الثاني: الاستبداد الذي يعني: (الانفراد)^(١)، حيث إن المُحَكِّم ينفرد بإصدار الحكم في القضية المنظورة دون تدخل من غيره ولا تأثير عليه؛ لذا جاء تعريف الاستقلال في معجم اللغة العربية المعاصرة بأنه: تحرُّر من أيَّة سُلطة خارجية^(٢).

واستقلال المُحَكِّم في الاصطلاح:

عُرِّف بتعريفات عديدة منها:

- سلامته من كل ما يؤثر عليه في إجراءاته وقراراته وحكمه من مصالح خاصة تتعلق بموضوع النزاع، وكذا سلامته من مصالح يرتبط بها مع أطراف النزاع سواء عينوه في التحكيم أو شاركوا في تعيينه أو عينته المحكمة، وكذا سلامته من نفوذ أطراف النزاع فلا يكون لهم سلطة عليه بتوجيهه واتباعه لأوامرهم وكذا سلامته من تدخل غير هؤلاء في أحكامه كائنا من كان فرداً أو دولة^(٣).

وقيل -في تعريف استقلال القاضي وهو بنحوه-:

- (١) القاموس المحيط، للفيروزبادي (٢٦٧)، مادة (بدد).
- (٢) معجم اللغة العربية المعاصرة، لأحمد مختار (٣/١٨٥٣).
- (٣) التفهيم، لابن خنين (١١٩-١٢٠).

- إنه: سلامة القاضي من نفوذ غيره عليه في قضاؤه فرداً أو دولة رئيساً له أو غيره^(١).

- وقيل: هو عدم جواز التدخل في عمل القضاء أو التأثير عليه من أي جهة، وبأية وسيلة كانت مباشرة أو غير مباشرة بصورة مادية أو معنوية، ظاهرة أو خفية^(٢).

- وقيل: هو انفراده بإصدار الأحكام في الوقائع بالطرق الشرعية وفق اجتهاده دون تدخل من غيره ولا تأثير عليه^(٣) وهو التعريف المختار.

والعلاقة بين الحياد والاستقلال يصعب فصل أحدهما عن الآخر - كما ذكر بعضهم^(٤) -، ولعل السبب في ذلك: هو أن عدم الحياد أثر من آثار عدم استقلال المُحَكَّم، فإذا اختل استقلال المُحَكَّم كان من آثاره ميله لأحد أطراف الخصومة، لكنه ليس محصوراً فيه بمعنى: قد يكون المُحَكَّم منحازاً لأحد الأطراف بسبب غير عدم استقلاله كجهله مثلاً.

والذي يظهر للباحث: أن الحياد في الأصل ميل نفسي أو ذهني لأحد طرفي النزاع، لكن يستدل عليه بأسبابه التي يكون معها المُحَكَّم متهماً في حياده، وذلك إما لوجود علاقة مع أحد الأطراف دون الآخر أو لخصوصية موضوع النزاع:

(١) الفتوى، لابن خنين (١/ ١٧٥)، عند بيانه لمعنى: استقلال المفتي.

(٢) موانع النظر القضائي، للعايد (٢٧٥).

(٣) استقلال القضاء في الفقه الإسلامي، للسحيم (١٢٣).

(٤) ينظر: التفهيم، لابن خنين (١٢٠).

أولاً: العلاقة بين المُحَكَّم وأحد أطراف التحكيم:

وهذه العلاقة لها صور عديدة منها:

- علاقة شخصية: كأن يكون بينهما قرابة^(١) أو مصاهرة أو رضاع أو صداقة أو عداوة أو جوار أو غير ذلك.
- علاقة مالية: كأن يكون شريكاً لأحدهما أو وكيلاً له بأجر أو وارثاً أو مهدي إليه أو غير ذلك.

ثانياً: خصوصية موضوع النزاع:

ولذلك صور أيضاً منها:

- أن تكون له أو لمن له به علاقة شخصية أو مالية مصلحة في النزاع.
- أو أن يكون له أو لمن له به علاقة شخصية أو مالية خصومة مماثلة.
- أن يتصرف تصرف الوكيل بالخصومة لمن اختاره محكماً، سواء في مرحلة الترافع بتلقيه أو الدفع مثلاً، أو في مرحلة المداولة بين أعضاء الهيئة التحكيمية، أو بالتواصل مع من اختاره محكماً خارج جلسات النظر في الدعوى وتوجيهه ونحو ذلك مما يعتبر سبباً لرده.

ومما يجب أن يراعيه المُحَكَّم في ذلك: أنه بمجرد توقيع اتفاق التحكيم فإنه يكتسب ولاية قضائية ومركزاً قانونياً، يعتبر حينئذ حكماً وقاضياً وليس وكيلاً عن من اختاره^(٢).

(١) المقصود بالقرابة هنا: ما عدا القرابة المذكورة في أسباب منع المحكم.

(٢) علاقة القضاء السعودي بالتحكيم المحلي، (٢١٠).

ولم يجعل المنظم وجود هذه الأسباب كافياً لرد المُحَكَّم - كما هو الشأن في رد القاضي ببعضها-، بل اشترط أن تثير هذه الأسباب شكوكاً جدية على حياده واستقلاله، بحيث يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى عند إصدار الحكم.

والأصل الشرعي لمبدأ حياد المُحَكَّم واستقلاله أدلة كثيرة، من أهمها:

- عموم الآيات الأمرة بالعدل، منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾، وقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾، وقوله: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾، ومن مال مع أحد الأطراف لم يكن ممثلاً لهذا الأمر.

- حديث بريدة بن الحصيب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثان في النار، فرجل عرف الحق ففضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار))^(١)، ووجه الدلالة: أن من مال مع أحد الخصوم فقد جار في الحكم فهو في النار.

- حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن قریشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا: من يكلم فيها رسول الله؟ فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فكلمه أسامة فقال رسول

(١) رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطئ، برقم (٣٥٧٣)، والترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في القاضي، برقم (١٣٢٢).

الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أتشفع في حد من حدود الله؟))، ثم قام فاخطب ثم قال: ((إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد...)) الحديث، ووجه الاستدلال: هو قياس حقوق العباد على حقوق الله في عدم قبول الشفاعة لأحد الخصوم فيها بجامع عدم الإسقاط في كلِّ.

المطلب الثاني: عدم حيازته للمؤهلات المتفق عليها:

ذكر المنظم من أسباب رد المُحَكِّم: إذا لم يكن المُحَكِّم حائزاً للمؤهلات اتفق عدم حيازته لمؤهلات اتفق الطرفان عليها^(١)، بما لا يخل بشروط المُحَكِّم^(٢).

ومن صور ذلك: أن يكون النزاع في المقاولات فيتفق الطرفان على فض النزاع بالتحكيم ويشترطان في المُحَكِّمين أو في أحدهم أن يكونوا خبراء في المقاولات، فإن فقد هذا المؤهل في المُحَكِّم سبب من أسباب رده.

والأصل الشرعي لهذا: أن الاتفاق بمثابة الشرط، والقاعدة الشرعية: أن الأصل في الشروط بين المتعاقدين الصحة واللزوم، إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله^(٣)، والأدلة الشرعية لهذه القاعدة كثيرة، منها:

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾، ووجه الدلالة: أن الوفاء بحيازة المُحَكِّم مؤهلاً مأموراً به.

(١) نظام التحكيم، المادة السادسة عشرة، فقرة (٢).

(٢) الواردة في المادة الرابعة عشرة من نظام التحكيم.

(٣) مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٣٣/٢٩).

- حديث عقبة بن عامر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج))^(١)، ووجه الدلالة: أن الشروط عموماً يجب الوفاء بها، ولكن شروط النكاح أهم وأكد بالوفاء.

وظاهر عبارة المنظم: أن أي سبب من أسباب الرد مؤثر في الهيئة التحكيمية عموماً، سواء في محكم كل طرف أو في رئيسها، وأنه متى ما ظهر لأي طرف من أطراف التحكيم ذلك كان له طلب الرد، إلا أن المنظم قعد قاعدة في ذلك إلا وهي: «أن تعيين أحد طرفي التحكيم للمحكم أو الاشتراك في تعيينه مسقط لحقه في طلب الرد إلا فيما ظهر من أسباب تجيز رده بعد التعيين»، ولعل ذلك يرجع لأمرين:

- لأن تعيينه رضياً ضمنياً بما كان قائماً به من أسباب^(٢).

- حتى لا يتخذ أحد الأطراف طلب الرد وسيلة لتأخير إجراءات التحكيم.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر، برقم (٢٧٢١)، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح باب الوفاء بالشروط في النكاح، برقم (١٤١٨).

(٢) التفهيم، لابن خنين (١٢٥).

المبحث الثاني إجراءات رد المُحكَم

المنظم أوجب على المُحكَم أن يُفصح كتابة لطرفي التحكيم عن كل سبب من شأنه أن يثير شكوكاً في حياده واستقلاله، حيث جاءت المادة السادسة عشرة: «١- يجب ألا يكون للمحكَم مصلحة في النزاع، وعليه - منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم - أن يصرح كتابة لطرفي التحكيم بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يسوغها حول حياده واستقلاله إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها».

والمُحكَم إذا قامت به أسباب تدعو للشك في حياده وأفصح عن ذلك لأطراف التحكيم، فإنهم حينئذ لا يخلو حالهم من أمرين:

الحالة الأولى:

أن يرضوا به محكماً لكون هذه الأسباب لا تشكل خطراً على حياده واستقلاله، وحينئذ يجوز استمراره محكماً؛ لأن أسباب الرد لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز لطرفي التحكيم اختيار المُحكَم ولو تلبس بشيء منها متى كان ذلك باطلاعها ورضاهما^(١).

ويترتب على الرضى بذلك: هو عدم جواز طلب رد المُحكَم بتلك الأسباب؛ لأنه أسقط حقه ذلك برضاه موافقاً في ذلك لما هو مقرر في القواعد الفقهية: «أن الساقط لا يعود»^(٢).

(١) التفهيم، لابن خنن (١٢٥).

(٢) شرح القواعد الفقهية، للزرقا (٢٦٥).

فإن ظهرت أسباب أخرى تدعو للشك بعد ذلك عاد له الحق في طلب رده بها.

الحالة الثانية:

عدم الرضى بذلك، وحينئذ يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب رده خلال خمسة أيام من ذلك، كما دلت عليه المادة السابعة عشرة من نظام التحكيم، وفيها: «يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة أو بالظروف المسوغة للرد».

وهل عدم تقديمه للطلب في هذه المرحلة لذات الأسباب يعد مانعاً من طلبه بعد ذلك؟

ظاهر عبارة المنظم: أن ذلك يعد مانعاً ويكون طلبه حينئذ غير مقبول شكلاً لفوات الميعاد، وقد أحسن المنظم في ذلك؛ لأن طلب رد المُحكّم له آثار عديدة، منها: إيقاف إجراءات التحكيم التي من شأنها تأخير البت في القضية محل النزاع.

ولما كانت إجراءات التحكيم قد يتفق الأطراف على تعيينها وقد لا يتفقان، ناسب أن يعقد لكل حالة منها مطلباً.

المطلب الأول: اتفاق الأطراف على إجراءات معينة في رد المحكم:

أجاز المنظم السعودي لأطراف التحكيم الاتفاق على إجراءات معينة لرد المُحكّم، كما قضى بذلك مفهوم المخالفة للمادة السابعة عشرة: «إذا لم

يكن هناك اتفاق بين طرفي التحكيم حول إجراءات رد المُحكّم...»، وهذا يعني: أن هذه الإجراءات ليست من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

ومن أمثلة ذلك: أن يتفقا على تطبيق قواعد مركز تحكيم دولي كمركز التحكيم الدولي بسنغافورة، أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أو غرفة التجارة الدولية بباريس، على إجراءات رد المُحكّم من حيث الاختصاص، والمدد، وأسباب الرد، وغير ذلك.

المطلب الثاني: عدم وجود اتفاقية لإجراءات رد المحكم:

يُن نظام التحكيم إجراءات رد المحكم - إذا لم يكن هناك اتفاق بين طرفي التحكيم على إجراءات رد المحكم -، من حيث الاختصاص والميعاد والاعتراض وهو ما سيبينه البحث من خلال المسائل التالية:

المسألة الأولى: تقديم الطلب في ميعاده لجهة الاختصاص:

ينعقد الاختصاص للنظر في طلب رد المُحكّم للهيئة التحكيمية، فهي المختصة بنظره كما جاء ذلك مصرحاً به في نظام التحكيم: «يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة أو بالظروف المسوغة للرد»^(١).

واشترط المنظم في طلب الرد شروطاً هي:

(١) المادة (١٧/١) من نظام التحكيم.

١- أن يكون الطلب مكتوباً؛ لأن الكتابة من أهم وسائل التوثيق، وهذا جنوح من المنظم إلى الشكلية، فإن قدم الطلب شفويّاً لم يجب البت فيه.

٢- أن يبين في الرد الأسباب الداعية للرد؛ لأن الأصل هو عدم الرد، ومن ادعى خلاف ذلك وقع عليه عبء الإثبات، فإن جاء الطلب من غير أسباب لم يجب البت فيه لأنه لا يعدو أن يكون ادعاء.

٣- أن يكون في ميعاده وهو: خلال خمسة أيام، ويبدأ حساب هذه المدة من حصول علمه بأحد أمرين: بتشكيل الهيئة التحكيمية الذي يكون بحصول التبليغ المعتد به كما نصت عليه المادة الخامسة من النظام، أو علمه بالظروف المسوغة للرد؛ ولعل تقييد الطلب بهذه الفترة جاء استصلاحاً فالحاجة في الدعوى التحكيمية داعية للاستعجال.

وينتهي ميعاد تقديم طلب الرد في حالات ثلاث:

- بانتهاء الأيام الخمسة، وذلك كما هو مفهوم المادة السابعة عشرة المشار إليها سابقاً.

- بقفل باب المرافعة في الدعوى التحكيمية، كما جاء ذلك مصرحاً به في المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم: «٢- لا يقبل طلب الرد بعد قفل باب المرافعة».

- بصدور الحكم النهائي؛ قياساً على الحالة السابقة بل هي أولى منها^(١).

(١) أشار لهذه الحالة صاحب كتاب: مبادئ التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي، رقم (٣٤) لسنة ١٤٣٣هـ، (٢٢٣).

٤- ألا يكون قد سبق تقديم طلب رد المُحكَّم نفسه لذات الأسباب، وقد جاء الإشارة لذلك في المادة السابعة عشرة من النظام: «٢- لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المُحكَّم نفسه في التحكيم نفسه للأسباب ذاتها».

المسألة الثانية: أحكام بت الهيئة التحكيمية في طلب رد المُحكَّم:

إذا تم تقديم طلب الرد مستوفياً شروطه السابقة، فإن الطلب يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي المرحلة التي تكون الهيئة التحكيمية ممنوعة من البت في طلب الرد.

وهي مرحلة جعلها المنظم لتنحي المُحكَّم من تلقاء نفسه، أو اتفاق أطراف التحكيم على رده.

أما تنحي المُحكَّم: فهو لما قد يستشعره من الحرج في ذلك، فقد أجاز المنظم تنحيه من تلقاء نفسه، ولم يبين إجراءات ذلك، ولكن الذي يظهر أن ذلك يكون بتقديم قرار مكتوب إلى الهيئة التحكيمية ولو لم يُبد أسباب ذلك، ويثبت في ملف القضية.

ولا يعني تنحي المُحكَّم الإقرار منه بصحة الأسباب التي استند عليها طالب الرد كما جاء ذلك في المادة الخامسة من اللائحة: «١- للمحكَّم التنحي عن نظر النزاع إذا طلب رده دون أن يبدي أسباب تنحيه، ولا يعد هذا إقراراً منه بصحة الأسباب التي استند إليها طالب الرد».

- وأما اتفاق أطراف التحكيم على الرد، فأشار إليها المنظم بقوله: «فإذا لم يتنح المحكّم المطلوب رده، أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد خلال خمسة أيام من تقديمه»^(١)، وهي بمثابة عزل المُحكّم من قبل من ولاه، وقد جاء وصفه بذلك في المادة الثامنة عشرة: «١-... ولم يتفقا طرفا التحكيم على عزله».

وظاهر عبارة المنظم: أن اتفاق الأطراف على الرد موجب لذلك، سواء كان طلب الرد لرئيس الهيئة التحكيمية أو لأعضائها، وسواء كان التعيين من قبل أطراف التحكيم أو من قبل المحكمة المختصة، إلا أنه قد جاء استثناء المُحكّم المعين من قبل المحكمة المختصة فلا سلطان لأطراف النزاع على عزله^(٢).

وهذه الفقرة لا تخالف ما سبق تقريره من أنه: «لا يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب رد المُحكّم الذي عينه أو اشترك في تعيينه...»؛ لأنها خاصة في طلب الرد ابتداءً، وأما المادة محل الشرح فهي في الموافقة على رده المقدم من الطرف الآخر.

فإذا تنحى المُحكّم المطلوب رده، أو اتفق الأطراف على رد المُحكّم المطلوب رده، قبل انتهاء ميعاد هذه المرحلة وهي: خمسة أيام من تاريخ تقديم الطلب، لم يكن هناك حاجة لنظر الهيئة التحكيمية في طلب الرد لحصول المقصود لطالبه.

(١) المادة (١٧) فقرة (١) من نظام التحكيم.

(٢) المادة (١٨) فقرة (١) من نظام التحكيم.

المرحلة الثانية: وهي المرحلة التي يجب على الهيئة التحكيمية البت في طلب الرد.

إن انقضت المرحلة الأولى، قبل حصول المقصود من طلب الرد، وجب على الهيئة التحكيمية أن تتصدى للنظر في طلب الرد وتصدر حكماً بقبول الطلب أو برفضه، من خلال تحققها في الأسباب المذكورة ومدى تأثيرها في حياد المُحكَّم واستقلاله - إن كان سبب الرد يعود إلى عدم حياده واستقلاله -، أو التحقق من المؤهلات إن كان سبب الرد عدم حيازته لما اتفق عليه منها، حيث جاء في المادة السابعة عشرة: «فإذا لم يتنح المُحكَّم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ تقديمه فعلى هيئة التحكيم أن تبت فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليمه».

وظاهر هذه المادة: أن الحكم يصدر من المُحكَّم نفسه المطلوب رده إن كانت الهيئة التحكيمية مكونة من محكم واحد، وأما إن تكونت من أكثر من محكم فيكون بالإجماع أو الأغلبية.

وظاهر عبارة المنظم -أيضاً-: أن المُحكَّم المطلوب رده يشارك الهيئة التحكيمية في البت في طلب رده، فقد جاءت العبارة عامة من غير استثناء.

المسألة الثالثة: الاعتراض على طلب الرد:

إذا صدر قرار من الهيئة التحكيمية في طلب الرد، فإنه لا يكون نهائياً بل قابلاً للاعتراض عليه أمام محكمة الاستئناف المتخصصة بنظر النزاع، شريطة أن يكون طلب الاعتراض في ميعاده وهو ثلاثون يوماً كما دلت عليه

المادة الثامنة عشرة: «١-... ولطالب الرد في حالة رفض طلبه التقدم به إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً».

ولم يبين المنظم: المعتبر في بدء سريان المدة هل هو: من تاريخ إصدار القرار من الهيئة التحكيمية، أم من تاريخ تبليغه به؟

والأقرب في ذلك أن الاعتبار بتاريخ التبليغ، قياساً على الاعتراض على حكم التحكيم بالبطلان، حيث جاء في المادة الحادية والخمسين من النظام: «١- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم من أي طرفه خلال ستين يوماً التالية لتاريخ إبلاغ ذلك الطرف بالحكم».

وظاهر عبارة المنظم: أن حق الاعتراض على قرار الهيئة التحكيمية برفض طلب الرد ثابت لطالبه، ولم تبين المادة مدى أحقية الطرف الآخر بالاعتراض على قرار الهيئة التحكيمية في حالة قبوله، والذي يظهر أن اعتراضه مقبول؛ لأن له مصلحة في ذلك متمثلة في عدم تضرره من التأخر الذي يقضي به إعادة تعيين محكم بديل، وأيضاً تضرره بما قد يتكبده من تعويضات للمحكم المعزول.

وبناء على تقديم الاعتراض على قرار الهيئة التحكيمية المتعلق بطلب الرد، وجب على محكمة الاستئناف المختصة أن تتصدى للحكم فيه، وقد نص المنظم على أن حكمها في ذلك يكون نهائياً غير قابل للاعتراض.

ولم تبين المادة محل الشرح: المدة التي يجب على المحكمة المختصة الحكم خلالها في الاعتراض المقدم، مما قد يكون سبباً في إطالة مدة التحكيم^(١).



(١) ينظر: الوجيز في شرح نظام التحكيم، للزيد ص (١٨٣).

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على طلب رد المُحَكَّم والحكم فيه

رد المُحَكَّم من المسائل المؤثر في الدعوى التحكيمية؛ كونه مسلطاً على الهيئة التحكيمية التي تعتبر أحد أهم أركان التحكيم، لذا فإن له آثاراً مختلفة يمكن بيانها في الآتي:

أولاً: الآثار المترتبة على طلب الرد:

يترتب على تقديم أحد طرفي النزاع طلباً برد المُحَكَّم: وقف إجراءات التحكيم، ويقصد بإجراءات التحكيم: السير في الخصومة التحكيمية، من بدايتها المتمثلة باستلام أحد الأطراف طلب التحكيم من الطرف الآخر^(١)، وحتى نهايتها المتمثلة بصدور الحكم النهائي المنهي للخصومة أو بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء إجراءاته^(٢)، كما جاء ذلك في المادة السابعة عشرة من النظام: «٣- يترتب على تقديم طلب الرد أمام هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم».

ومن أهم هذه الإجراءات: قطع ميعاد حكم التحكيم، فإنه في حالة عدم وجود اتفاق في أمد التحكيم فإنه يجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تأريخ بدء إجراءاته^(٣)، وعليه: فلا تحسب من تلك المدة زمن إيقافها بسبب طلب رد المُحَكَّم.

(١) المادة (٢٦) من نظام التحكيم.

(٢) المادة (٤١) من نظام التحكيم.

(٣) المادة (٤٠) من نظام التحكيم.

ولا تستكمل الهيئة التحكيمية السير في إجراءات التحكيم بعد ذلك إلا في حالتين:

- إذا حكمت هيئة التحكيم برفض طلب الرد، حتى لو طعن في هذا الحكم أمام المحكمة المختصة كما جاء ذلك في المادة السابعة عشرة من النظام: «٣-.... ولا يترتب على الطعن في حكم هيئة التحكيم برفض الطلب وقف إجراءات التحكيم».

وهذا ما لم يصدر من محكمة الاستئناف حكم يبطلان ما حكمت به الهيئة التحكيمية برفض طلب الرد^(١).

- إذا تم تعيين محكم بديل في حالتي تنحي المُحكَّم من تلقاء نفسه، أو اتفاق الأطراف على عزله، فإن الهيئة التحكيمية تستأنف الإجراءات ولا تعيدها. جاء ذلك موضعاً في المادة السادسة من اللائحة التنفيذية: «إذا انتهت مهمة المُحكَّم في الحالات الواردة في المادة التاسعة عشرة من النظام^(٢) - عدا حالة انتهاء مهمة المُحكَّم برده - فتوقف إجراءات التحكيم إلى أن يعين محكم بديل وفق النظام».

وعلى ذلك: فإن على المُحكَّم البديل - منفرداً أو رئيساً للتحكيم أو عضواً فيه - دراسة مذكرات المرافعات للدعوى التحكيمية ومحاضرتها وجميع ما يتعلق بها من مرافعات وله حق الاستيضاح عن نقاط يراها

(١) التفهيم، لابن خنين (١٣٢).

(٢) الحالات المذكورة في المادة (١٩) هي: الوفاة، رد المُحكَّم، عزله، تنحيه، عجزه، أو أي سبب آخر.

جديرة بالاستيضاح وسماح ما يقتضيه الحال شفويًا من الخصوم مع هيئة التحكيم»^(١).

ثانياً: الآثار المترتبة على الحكم برد المُحكَّم:

١. تعيين محكم بديل:

يجب تعيين محكم بديل عن المُحكَّم المردود سواء كان ذلك بتنحيه، أو باتفاق أطراف النزاع على رده أو حكم الهيئة التحكيمية برده.

ويجب أن يتم التعيين هنا موافقاً للإجراءات التي اتبعت في اختياره أولاً^(٢)، جاء ذلك مبيناً في المادة التاسعة عشرة من النظام: «إذا انتهت مهمة المُحكَّم بوفاته أو برده أو بعزله أو تنحيه أو عجزه أو لأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المُحكَّم الذي انتهت مهمته.

٢. امتداد ميعاد حكم التحكيم:

إذا تنحى المُحكَّم من تلقاء نفسه أو عُزل باتفاق أطراف التحكيم أو حُكم برده -سواء بحكم من الهيئة التحكيمية أو بحكم من المُحكَّم المختصة- ثم عُين محكمٌ بديل امتد ميعاد حكم التحكيم ثلاثين يوماً، كما جاء ذلك في

(١) التفهيم، لابن خنن (١٤١).

(٢) كما جاء موضحاً في المادة (١٥) من النظام.

المادة الأربعين من النظام: «٤- إذا عُين محكمٌ بدلاً من محكم - وفقاً لأحكام ها النظام- امتد الميعاد المحدد للحكم^(١) ثلاثين يوماً».

وبهذا يعلم أن مدة التحكيم تتأثر بطلب رد المُحكَّم من جهتين:

- بالإيقاف - كما سبق بيانه قريباً- فور تقديم طلب الرد للهيئة التحكيمية.

- بمد الأجل ثلاثين يوماً في حالة الحكم برد المُحكَّم وتعيين محكم بديل عنه.

٣. بطلان إجراءات التحكيم السابقة:

إذا حكم برد المُحكَّم سواء من الهيئة التحكيمية أو من المحكمة المختصة، وجب اعتبار ما تم من إجراءات التحكيم باطلة كأن لم تكن، جاء بيان هذا الأثر في المادة السابعة عشرة من النظام: «٤- إذا حُكم برد المُحكَّم سواء من هيئة التحكيم أم من المحكمة المختصة عند نظر الطعن، ترتب على ذلك: اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم -بما في ذلك حكم التحكيم- كأن لم يكن».

وعلى الهيئة التحكيمية بعد تعيين المُحكَّم البديل استئناف الإجراءات من جديد، وعدم البناء على ما تم سابقاً من إجراءات قبل تقديم طلب رد المُحكَّم، وهذا ما تم التأكيد عليه في اللائحة التنفيذية باستثناء حالة رد

(١) وهو اثنا عشر شهراً منذ بدء إجراءاته فيما لم يكن اتفاق في تحديده بين أطراف النزاع، المادة (٤٠) من نظام التحكيم.

المُحكّم في مادتها السادسة: «إذا انتهت مهمة المُحكّم في الحالات الواردة في المادة التاسعة عشرة من النظام - عدا حالة انتهاء مهمة المُحكّم برده - فتوقف إجراءات التحكيم إلى أن يعين محكم بديل وفق النظام».

ولعل وجه إبطال هذه الإجراءات هو: الاحتياط لعدالة العملية التحكيمية، حيث إن تلك الإجراءات - أعني: ما كان خاصاً بحالة رد المُحكّم - تكون مشوبة بالشك في عدالتها و إنصافها، وهذا ظاهر فيما إذا كان سبب رد المُحكّم هو مخالفته لمبدأ الحيطة والاستقلال، وأما إن كان سببه عدم حيازته لمؤهلات اتفق عليه الطرفان فقد يكون وجهه: أن تلك الإجراءات تكون مشوبة بالشك في جريانها على أصول ما يجب أن يقرره من حاز تلك المؤهلات.

ويرى الباحث أنه لو قيل في تلك الإجراءات السابقة: إن الأصل هو صحة تلك الإجراءات وأنها تكون محلاً للبطلان متى ما حكمت به الهيئة التحكيمية بناء على ما يثبته طالب الرد، لكان أولى للأمر التالية:

أولاً: مراعاة للقواعد الشرعية الحاكمة بأن اليقين لا يزول بالشك^(١)، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه^(٢)، وغير ذلك.

(١) ينظر في شرح القاعدة وأدلتها: موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (١/١٠٠).

(٢) ينظر في شرح القاعدة وأدلتها: شرح القواعد الفقهية، للزرقا (٨٧) وما بعدها.

ثانياً: أن اعتبار ما تم من إجراءات التحكيم -بما في ذلك الحكم التحكيمي- كأن لم يكن في كل الأحوال إطالة لأمد التحكيم، ومخالفة لأعظم خاصية من خصائص التحكيم ألا وهي: السرعة في الإجراءات^(١).

ثالثاً: أن المنظم اعتبر صحة الإجراءات التحكيمية السابقة قبل تقديم طلب الرد في حالة تنحي المُحكَّم وعزله، وصحح البناء عليها بعد تعيين المُحكَّم البديل -كما سبق بيانه- فليقس على ذلك ما لم يظهر جلياً من هذه الإجراءات مخالفته للعدالة.

٤. تعويض المُحكَّم:

يجوز للمحكّم الذي صدر حكم برده سواء من الهيئة التحكيمية أو من محكمة الاستئناف المختصة، المطالبة بالتعويض عن ذلك كما جاء مبيناً في المادة الثامنة عشرة من النظام: «٤-.... وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه».

وهذا التعويض مبني على ما تقرر من: أن الضرر من أركان الضمان^(٢)، وهو متسق مع الأصول الشرعية والقواعد الفقهية ومنها:

- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٣).

- القاعدة الفقهية: الضرر يزال.

(١) انظر: أصول العدل في التحكيم، للمهداوي (٩٨).

(٢) نظرية الضمان، للزحيلي (٢٤).

(٣) رواه مالك في الموطأ مرسلاً عن يحيى المازني، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، برقم (٢٧٥٨)، وحسنه النووي في الأربعين (٣٢).

والضرر بمعناه العام هو: كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته^(١).

ولم تبين المادة الجهة المختصة في ذلك، والذي يظهر أنه يقدم طلباً بذلك إلى الهيئة التحكيمية، وهي الجهة التي تقدر الخسارة التي لحقت المُحَكَّم كونها الخبير الأول في القضية، ثم تضمن ذلك في حكمها النهائي.

(١) المدخل الفقهي العام، للزرقا (فقرة ٥٨٦).

المبحث الرابع مسائل تطبيقية^(١)

القضية الأولى:

أولاً: بيانات القضية:

محكمة الاستئناف، منطقة مكة المكرمة، رقم القرار: ٥٤١، تاريخه:
٢٤/٦/١٤٤١هـ.

ثانياً: نص الحاجة من وقائع الحكم:

وأن موكلته تطلب رد المحكم المختار من المدعى عليها المحامي / (...).
لأنه بدأ حياته المهنية كمحام متدرب في مكتب المحامي (...)، والذي هو
وكيل المحكمة. وبإحالة طلب الرد موضوع هذه القضية لهذه الدائرة
حددت لنظرها جلسة ١٧/٦/١٤٤١هـ وفيها أكد وكيل المدعية على طلبه
رد المحكم المحامي (...). لأنه بدأ حياته المهنية كمحام متدرب في مكتب
المحامي (...). والذي هو وكيل المحكمة وأن هيئة التحكيم أصدرت
قرارها ولم تقبل طلب الرد ورفضته لما ذكرته من أسباب عدم توفر ما يؤثر
على حياد المحكم ولزوال الأسباب التي بنت عليها طالبة الرد طلبها، وفي
جلسة اليوم لم يظهر حضور من يمثل المدعى عليها وأكد وكيل طالبة الرد
على طلبه مكتفياً بما ذكره.

(١) مصدر هذه القضايا هي: البوابة العلمية القضائية بوزارة العدل (<https://sjp.moj.gov.sa/>).

نص الحاجة من الأسباب:

وبما أن هذه الدائرة اطّلت على طلب الرد المقدم وقامت بدراسته والاطلاع على ما ورد في قرار هيئة التحكيم المشار إليه، ولأن ما أورده طالب الرد من أسباب تعد غير كافية لرد المحكم المختار من قبل المدعى عليها فضلاً عن أن قرار هيئة التحكيم قد تضمن الرد عليها، وتنتهي معه الدائرة إلى رفض الطلب.

ثالثاً: منطوق الحكم.

حكمت الدائرة: برفض طلب رد المحكم المقدم في هذه الدعوى.

القضية الثانية:

أولاً: بيانات القضية:

المحكمة العليا، الهيئة الدائمة، الرياض، رقم القضية، القرار: ٤١١٦٦٢٧٢، تاريخها: ١٩/١٠/١٤٤١ هـ.

ثانياً: نص الحاجة من الوقائع:

حيث تقدم المعارض باعتراض أحيل إلى هذه الدائرة وطلب فيه نقض الحكم للأسباب الواردة فيه، وحيث إن المعارض يطلب نقض الحكم وقد كان الحكم المعارض عليه صادراً في طلب رد المحكم، وقد نصت المادة (١/١٧) من نظام التحكيم على أنه: «إذا لم يكن هناك اتفاق بين طرفي التحكيم حول إجراءات ردّ المحكم يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل

الهيئة أو بالظروف المسوغة للردّ فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طالب الردّ خلال خمسة أيام من تاريخ تقديمه فعلى هيئة التحكيم أن تبتّ فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليمه، ولطالب الرد في حالة رفض طلبه التقدم به إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً ويكون حكمها في ذلك غير قابل للطعن بأي من طرق الطعن»، ولما كان الأمر كذلك وكان هذا الحكم غير قابل للطعن بمقتضى النظام، فإنه لا يجوز النظر في الاعتراض.

ثالثاً: (منطوق الحكم):

قررت الدائرة: عدم جواز نظر الاعتراض. وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

التعليق على القضيتين:

جاءت القضية الأولى موافقة لما قرره النظام في مادته (١٦ / ٣): «لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده أو استقلاله...».

وجاءت القضية الثانية موافقة لما قرره المنظم في مادته (١٧ / ١): «... ولطالب الرد في حالة رفض طلبه التقدم به إلى المحكمة المختصة خلال (ثلاثين) يوماً ويكون حكمها في ذلك غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن».

الخاتمة

في ختام البحث أُورد ما خرج به من نتائج وتوصيات:

أولاً: النتائج:

- أن المراد برد المحكم: هو صرف المحكم عن نظر المنازعة التحكيمية بناء على طلب من أطراف النزاع لوجود سبب من أسباب الرد.
- أن رد المحكم له من الأصول الشرعية ما يستمد منه مشروعيته.
- أن أسباب رد المحكم ليست من النظام العام.
- رد المحكم يفارق موانع نظر المحكم الأخرى في حقيقته وآثاره.
- لا يقبل رد المحكم إلا إذا ثبت من الأسباب المدعاة أنها تؤثر بشكل قوي في حياده واستقلاله.
- الأصل في المحكم بعد تعيينه عدم التهمة.
- مكّن المنظم السعودي لأطراف النزاع لحریتهم واعتدّ بها في مواضع من النظام منها: الاتفاق على إجراءات رد المحكم.

ثانياً: التوصيات:

- 1- يوصي البحث بأن تضمن اللائحة التنفيذية - في حالة إعادة إصدارها - المسائل التالية:
 - بيان موقف المحكم المطلوب رده - فرداً أو هيئة - من نظر الطلب المقدم لرده.

- بيان المعتبر في بدء سريان مدة الاعتراض أمام المحكم المختصة على رفض هيئة التحكيم لطلب الرد.
- بيان مدى أحقية الطرف الآخر في الاعتراض على قرار هيئة التحكيم في حالة قبولها لطلب الرد والحكم به.
- تحديد المدة التي يجب فيها على المحكمة المختصة الحكم في الاعتراض المقدم؛ حتى لا يكون ذلك سبباً في إطالة أمد التحكيم.
- بيان الجهة المختصة بنظر طلب التعويض المقدم من قبل المحكم المعزول.
- ٢- يوصي الباحث بإعادة النظر في إجراءات التحكيم التي شارك فيها المحكم المرذود والتي تمت على وجه صحيح، أو رضي بها أطراف النزاع.



المراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الآثار القانونية لطلب رد المحكم، المؤلف: تغريد أبو شربي، رسالة ماجستير من كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن. ٢٠١٤م.
٣. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، المؤلف: ابن دقيق العيد، الناشر: مطبعة السنة المحمدية، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٤. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ.
٥. استقلال القضاء في الفقه الإسلامي، المؤلف: د. محمد السحيم، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ١٤٣٦هـ.
٦. أصول العدل في التحكيم دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المؤلف: د. علي أحمد المهداوي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية عدد خاص، ديسمبر ٢٠١٢م.
٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن القيم، تحقيق: رائد صبري، الناشر: دار طيبة، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ.
٨. الأم، المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ)، الناشر: دار المعرفة، بيروت، الطبعة: بدون طبعة.
٩. البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع تكملته، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ)، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١٣٨هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، بدون تاريخ.

١٠. تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق: جماعة من المختصين الناشر: وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت ١٤٢٢
١١. تحفة الفقهاء، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت نحو ٥٤٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ.
١٢. التحكيم في القوانين العربية، المؤلف: حمزة أحمد حداد، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع، تاريخ النشر: ٢٠١٤م.
١٣. التفهيم شرح نظام التحكيم، المؤلف: معالي الشيخ عبد الله بن محمد آل خنين، الناشر: دار الحضارة الطبعة: الأولى تاريخ النشر: ١٤٤١هـ.
١٤. تهذيب اللغة، المؤلف: محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور (ت ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.
١٥. الحاوي الكبير، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.
١٦. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المؤلف: محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدين الحِصْكَفِي الحنفي (ت ١٠٨٨هـ)، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.
١٧. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المؤلف: علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.



١٨. ديوان طرفة بن العبد، المؤلف: طرفة بن العبد بن سفيان بن سعد البكري الوائلي أبو عمرو الشاعر الجاهلي (ت ٥٦٤ م)، المحقق: مهدي محمد ناصر الدين، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٣هـ.
١٩. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت ٦٨٤هـ)، المحقق: محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
٢٠. رد المحكم في التحكيم التجاري الدولي، المؤلف: كسنة المداني، رسالة ماجستير بكلية الحقوق بجامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ٢٠١٧م.
٢١. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (٢٠٢ - ٢٧٥هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ.
٢٢. سنن الترمذي، المؤلف: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٦م.
٢٣. السنن الكبرى، المؤلف: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٣٨٤ - ٤٥٨هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ.
٢٤. شرح «أدب القاضي للخصاف (ت ٢٦١هـ)»، المؤلف: برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد (المتوفى شهيداً: سنة ٥٣٦هـ)، المحقق: محيي هلال السرحان، الناشر: مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، الطبعة: الأولى، ١٣٩٧هـ.
٢٥. شرح القواعد الفقهية للزرقا، شرحه: مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف)، الناشر: دار القلم دمشق، الطبعة: العاشرة، ١٤٣٣هـ.

٢٦. الشرح الكبير على مختصر خليل، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٧. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة: الرابعة، ١٤٠٧هـ.
٢٨. صحيح البخاري، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، المحقق: د. مصطفى ديب البغا، الناشر: (دار ابن كثير، دار اليمامة)، دمشق، الطبعة: الخامسة، ١٤١٤هـ.
٢٩. صحيح مسلم، المؤلف: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٦-٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، (ثم صورته دار إحياء التراث العربي ببيروت، وغيرها)، عام النشر: ١٣٧٤هـ.
٣٠. الطرق الحكمية، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١هـ)، المحقق: نايف بن أحمد الحمد، راجعه: سليمان بن عبد الله العمير، إبراهيم بن علي العبيد، الناشر: دار عطاءات العلم (الرياض)، دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الرابعة، ١٤٤٠هـ.
٣١. علاقة القضاء السعودي بالتحكيم المحلي، المؤلف: د. عمرو محمد عبد الغني، بحث محكم منشور في مجلة روح القوانين، العدد (٩١)، ٢٠٢٠م.
٣٢. الفتوى في الشريعة الإسلامية، المؤلف: معالي الشيخ عبد الله بن محمد آل خنين، الناشر: مكتبة العبيكان الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ.
٣٣. الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت ٦٨٤هـ)، ضبط: خليل المنصور، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.



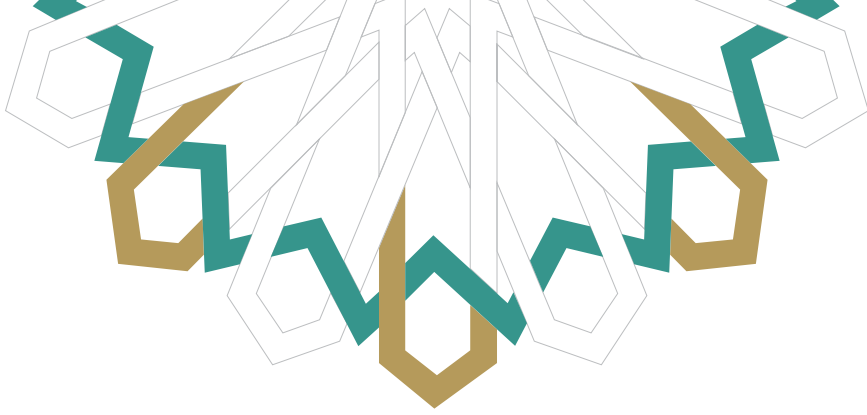
٣٤. القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، المؤلف: جمال محمد الكردي، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، تاريخ النشر: ١٩٩٨م.
٣٥. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المؤلف: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسليمان العلماء (ت ٦٦٠هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.
٣٦. الكافي في فقه أهل المدينة، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ) المحقق: محمد أحمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ.
٣٧. كشاف القناع عن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ)، تحقيق وتخرّيج وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، الناشر: وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ - ١٤٢٩هـ.
٣٨. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت ٧١١هـ)، الحواشي: لليازجي وجماعة من اللغويين، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.
٣٩. مبادئ التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي، المؤلف: أ. د. الشهاب إبراهيم الشراقي، ود. يحيى الشريف، الناشر: دار الإجازة، الطبعة: الثانية، ١٤٤٢هـ.
٤٠. مجموع فتاوى شيخ الإسلام، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت ٧٢٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.

- ٤١ . المدخل الفقهي العام، المؤلف: مصطفى الزرقا، الدار: مطبعة طرين، دمشق، الطبعة: العاشرة، ١٣٨٧هـ.
- ٤٢ . معجم اللغة العربية المعاصرة، المؤلف: د أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت ١٤٢٤هـ)، بمساعدة فريق عمل، الناشر: عالم الكتب الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ.
- ٤٣ . المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة الناشر: دار الدعوة.
- ٤٤ . معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المؤلف: أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت ٨٤٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٤٥ . المفردات في غريب القرآن، المؤلف: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ)، المحقق: صفوان عدنان الداودي، الناشر: دار القلم، الدار الشامية، دمشق بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.
- ٤٦ . مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ.
- ٤٧ . المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.
- ٤٨ . موانع النظر القضائي في الفقه الإسلامي مقارناً بالنظام السعودي، المؤلف: د. محمد بن صالح العايد، بحث محكم منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمنهور، العدد الخامس، ٢٠٢٠م.



٤٩. المورد القانوني؛ تعريف موجز مفهرس هجائياً بالمصطلحات القانونية وفق القوانين العراقية وبعض المصطلحات الفقهية الواردة في أحكام القضاء العراقي، المؤلف: عبد الحسين الحسون الناشر و سنة النشر: بدون.
٥٠. موسوعة القواعد الفقهية، المؤلف: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.
٥١. الموطأ، المؤلف: مالك بن أنس، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ.
٥٢. نظرية الضمان، المؤلف: أ. د. وهبة الزحيلي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: العاشرة، ١٤٣٩هـ.
٥٣. النهاية في غريب الحديث والأثر، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق: ظاهر الزاوي، الدار: دار الفكر، بيروت.
٥٤. الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، المؤلف: د. ناصر الزيد، الناشر: دار الصميعي، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨هـ.





المتجر الإلكتروني ومقتضيات حماية المستهلك في النظام السعودي دراسة تحليلية

د. إبراهيم أحمد الطيب مصطفى الشمبلي

أستاذ جامعي، مستشار قانوني ومحكم دولي ممارس

عضو الجمعية العلمية القضائية السعودية

عضو الهيئة السعودية للمحامين

المقدمة

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه، وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين، أما بعد:

فإنَّ فكرة المتجر الإلكتروني ظهرت كظاهرة اقتصادية منذ أن بدأ الإنسان يستخدم الإنترنت ووسائل الاتصالات الحديثة في ممارسة الأنشطة والأغراض التجارية، وتطورت هذه الفكرة مع تطور أساليب ممارسة النشاط التجاري في عصر العولمة. وقد ساعدت البنية التقنية القوية في المملكة العربية السعودية على انتشار هذا المتجر الذي يتخذ من شبكة الإنترنت وسيلة لعرض منتجاته وخدماته وتسويقها والإعلان عنها لتوسيع مداه الجغرافي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، وضمان عملاء جدد بأساليب كانت مقصورة في السابق على الشركات الكبرى.

ويعد المتجر الإلكتروني أحد المكونات الأساسية للتجارة الإلكترونية، ويتميز بعدد من الخصائص التي يختلف فيها عن المتجر التقليدي: فهو يتسم بسرعة وسهولة الاتصالات، وتسليم المنتجات والخدمات إلكترونياً والوفاء بالنقود الإلكترونية، وإثبات المعاملات بالمستندات الإلكترونية، وعدم الاعتماد على السلع المادية والنقود العادية، والتعامل بالأوراق والمستندات الورقية كدليل للإثبات، وعرض وبيع المنتجات مع إمكانية فرزها وتنظيمها وتصنيفها حسب النوع والسعر عبر نظام ذكي، وفريق عمل من الكوادر

البشرية مع وجود منتجات ووسيلة دفع إلكتروني ووسيلة توصيل مضمونة لتسليم المنتجات للمستهلك.

ويواجه المتجر الإلكتروني تحديات متعددة أبرزها: عدم إتاحة الفرصة للمستهلك لفحص المنتجات قبل شرائها، وصعوبة التحقق من شخصية البائع أو المشتري، واحتمالية تعرضه والحسابات الخاصة بالسلع والمنتجات للاختراق وانتهاك الخصوصية، بالإضافة لإمكانية التلاعب بمعلومات وبيانات المستهلك الشخصية، وصعوبة الحفاظ على حقوق مالك المتجر الإلكتروني من السرقة أو استغلالها بطريقة غير قانونية أو غير مشروعة أو ينسبها أحد لنفسه.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في البحث في القواعد التي تحكم المتجر الإلكتروني لسد الثغرات القانونية في حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني في النظام السعودي من خلال دراسة وتحليل العديد من الإشكاليات المحيطة بالمتجر الإلكتروني التي عاجلها المنظم السعودي في «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ١٤٤٠/١١/٧ هـ ولائحته التنفيذية، و«الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية»، وتعليمات الترخيص والاعتماد الصادرة بموجبه.

وتهدف هذه الدراسة إلى التأطير للمتجر الإلكتروني؛ ابتداءً بإيضاح المقصود بماهية المتجر الإلكتروني في النظام السعودي، وخصائصه وعناصره، وطبيعته القانونية، والبيانات الأساسية التي يجب إبرازها فيه،

والنظام القانوني الذي يخضع له في تسجيله، وتوضيح الخطوات التي يجب اتباعها لزيادة موثوقيته، وتحديد المقصود بخصوصية التعاقد من خلال المتجر الإلكتروني، مع تبيان بيانات العقود الإلكترونية مع المستهلكين، وطريقة التعاقد من خلال المتجر الإلكتروني، وتوضيح الالتزامات الواقعة على عاتق كل من البائع الإلكتروني والمستهلك، ومدى إمكانية الوفاء بالثمن إلكترونياً، وآليات حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني، وبيان ضوابط الإعلان التجاري الإلكتروني، وسبل الحماية من التضليل والخداع، والقواعد القانونية التي تقرر الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني التي تستطيع على أساسها المحاكم السعودية أن تفصل في النزاع، وتشجع المستهلك على الشراء، وتحفيز وتطوير عمل المتجر الإلكتروني من خلال الإجابة على التساؤلات المطروحة في إشكالية الدراسة.

وتكمن مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤل الرئيس فيها، وهو: ما هي القواعد الكفيلة بسد الثغرات القانونية في حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني في النظام السعودي؟

وأما تساؤلات الدراسة التفصيلية فهي: ما المقصود بماهية المتجر الإلكتروني في النظام السعودي؟ وما هي الخطوات التي يجب اتباعها لزيادة موثوقيته؟ وما المقصود بخصوصية التعاقد من خلال المتجر الإلكتروني؟ وما هي الالتزامات الواقعة على عاتق كل من البائع الإلكتروني والمستهلك؟ وما هي آليات حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني؟ وما هي القواعد القانونية التي تقرر الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني التي تستطيع على أساسها المحاكم السعودية أن تفصل في النزاع؟

وبعد بحثٍ عن الدراسات السابقة المتعلقة بالموضوع، والتتبع والسؤال في مظانّ البحوث والدراسات العلمية المسجلة في الجامعات، لم أجد - فيما اطّلت عليه - دراسات سابقة تناولت هذا الموضوع بالبحث والدراسة، نظراً لجدّة الموضوع، ومن خلال البحث والتقصي في فهارس المكتبات، خاصة مكتبة الملك فهد الوطنية، ومركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، والبحث في الشبكة العنكبوتية، لم أجد من استقل ببحث هذا الموضوع تحديداً أو تكلم عنه في النظام السعودي.

ولدراسة الموضوع سنقوم باتباع كل من المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي في الكشف عن الخلفية القانونية للمواد المراد تحليلها، ومقاصد الفقهاء. ومن خلال أعمال التأمل الذاتي، والمناقشة العلمية، والحجج المنطقية، نتبع المنهج النقدي.

وسنقسّم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين: يتناول المبحث الأول المفهوم القانوني للمتجر الإلكتروني في النظام السعودي، أما الثاني فسيتناول حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني في النظام السعودي، ثم نختم الدراسة بأهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول المفهوم القانوني للمتجر الإلكتروني في النظام السعودي

في هذا المبحث نتناول «المفهوم القانوني للمتجر الإلكتروني في النظام السعودي» من خلال مطلبين: المطلب الأول يتناول ماهية المتجر الإلكتروني في النظام السعودي، والمطلب الثاني يتناول خصوصية التعاقد من خلال المتجر الإلكتروني في النظام السعودي.

المطلب الأول: ماهية المتجر الإلكتروني في النظام السعودي:

نشأت فكرة المتجر الإلكتروني كظاهرة اقتصادية منذ أن بدأ الإنسان يستخدم الإنترنت ووسائل الاتصالات الحديثة في ممارسة الأنشطة والأغراض التجارية، وتطورت هذه الفكرة مع تطور أساليب ممارسة النشاط التجاري في عصر الانفتاح وسرعة الاتصال وسهولة التواصل والتطور الرقمي السريع والكبير واتخاذ التاجر اسماً خاصاً لمتجره الإلكتروني لكي يميزه عن غيره من المتاجر الإلكترونية، وقيامه بعرض وبيع السلع والمنتجات فيه للمستهلكين؛ مما أدى إلى تكوين عناصر المتجر الإلكتروني. وفي المملكة العربية السعودية سارع المنظم نحو إصدار نظام ينظم التجارة الإلكترونية، ويضع بنوداً وتشريعات صارمة لكافة المتاجر الإلكترونية التي تعمل بالسعودية؛ بغرض وضع إطار قانوني خاص ينظم عمل المتجر ويحفظ حقوق التاجر والمستهلك، وخلال هذه النقاط التالية سوف نوضح ماهية المتجر الإلكتروني في النظام السعودي:

أولاً: تعريف المتجر الإلكتروني في النظام السعودي:

لقد عرّف المنظم السعودي المتجر الإلكتروني في المادة الأولى من «نظام التجارة الإلكترونية» الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ٧/١١/١٤٤٠هـ، والتي جاء فيها ما يأتي: «المحل الإلكتروني: منصة إلكترونية تتيح لموفر الخدمة عرض منتج أو بيعه، أو تقديم خدمة، أو الإعلان عنها أو تبادل البيانات الخاصة بها»^(١). ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد اهتم بالجانب الفني، وأهمّل الجانب القانوني، فمصطلح المتجر الإلكتروني يتضمن جانبين: أحدهما «فني» وهو المتعلق بآلية المنصة الإلكترونية التي تمكن التاجر من عرض سلعه، وتقديم خدماته أو بيعها، والتي بيّنها التعريف السابق بوجه عام، وثانيها «قانوني» والذي لم يُشر إليه التعريف السابق بالرغم من أهميته، وهو ما يتعلق بخصائص المتجر الإلكتروني وعلاقته بالمستهلكين والمتسوقين إلكترونياً، فالمتجر الإلكتروني يستند إلى جملة من القواعد، والأسس المتعلقة بتنظيم المكان الذي يمارس فيه التاجر أعماله التجارية، وتسجيل الاسم التجاري الذي يخضع لقاعدة الأسبقية في التسجيل بحيث لا يجوز لأكثر من متجر إلكتروني أن يكون له الاسم التجاري نفسه؛ فلكل متجر إلكتروني اسم تجاري خاص به يميزه عن غيره من المتاجر الإلكترونية الأخرى، مما حدا بالاسم التجاري لأن

(١) نظام التجارة الإلكترونية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ٧/١١/١٤٤٠هـ، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

يكون عنصراً معنوياً من عناصر المتجر الإلكتروني مثله في ذلك مثل العلامة التجارية والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية^(١).

ولم يدخر الفقهاء جهداً في سبيل وضع تعريف محدد للمتجر الإلكتروني، فظهرت العديد من المحاولات التي قامت بتعريفه، ينظر كل تعريف إليه من منظور معين، وذلك بهدف الوصول إلى تحديد معالمه، ولكنه لم يأت بتعريف جامع ومانع، فذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى تعريف المتجر الإلكتروني على أنه: «خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الإنترنت ومفتوحة لكل مستعمليها، وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها»، ويفهم من هذا التعريف أن المتجر الإلكتروني هو خدمة تقدمها شبكة الويب أو شبكة الإنترنت؛ حيث تسمح لك بإنشاء متاجر افتراضية، والقيام بعمل (كتالوج) للمنتجات أو (ألبوم) لعرضها، مع حساب رسوم شحنها لأي مكان في العالم، وسعرها، وإمكانية الدفع من خلال الإنترنت، ولا تحتاج إلى خبرات برمجية فكل ما تحتاجه لوحة المفاتيح والمتصفح فقط. ويعاب على هذا التعريف تركيزه الشديد على الجانب الفني للمتجر الإلكتروني بقدر يفوق الجانب القانوني مع أن كلا الجانبين يتمتع بالأهمية ذاتها. فضلاً عن أنه قام بإدخال الأسس الفنية للمتجر الإلكتروني على

(١) رامي علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء موقع الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٢٢، (٢٠٠٥م)، ص ٢٤٢.

(٢) د. أسامة مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، (٢٠٠٣م)، ص ١٣.

التعريف القانوني لهذا المتجر، ولا يخلو هذا الأمر من خلط يناقض المنطق القانوني السليم.

وذهب البعض الآخر^(١) إلى تعريف المتجر الإلكتروني بأنه: «كتلة من العناصر تساهم في مجموعها في إنجاز العمل التجاري الإلكتروني»، وقد أبرز هذا التعريف أمراً مهماً ومؤثراً جداً وهو أن المتجر الإلكتروني مجموعة قائمة بذاتها لا مجرد عناصر إفرادية، وأنه يستمد صفته من هذه المجموعة من العناصر المادية وغير المادية. ولكن يعاب على هذا التعريف أنه اهتم بالجانب القانوني، وأهمل الجانب الفني تماماً، ناهيك عن أنه لم يبرز أهمية العناصر غير المادية التي تفوق العناصر المادية أهمية وقيمة؛ ذلك لأن المتجر الإلكتروني هو مجموعة من المنقولات غير المادية (المعنوية)، وهو قد يوجد بوجود العناصر المعنوية، ولو لم تكن هنالك عناصر مادية كالbضائع والعدد الصناعية والتجهيزات.

ويبدو أن أفضل تعريف وُضع للمتجر الإلكتروني هو التعريف الذي يجمع بين خصائص المتجر الإلكتروني القانونية، وأسسها الفنية، فالمتجر الإلكتروني وفقاً لهذا التعريف هو «المحل التجاري عبر الإنترنت: (وهو مجموعة من العناصر التي تتميز بقدرتها على جذب الزبائن للخدمات التجارية التي يقدمها عبر مواقع الإنترنت، ويشترط فيه أن يكون مشتملاً على عناصر المحل التجاري التقليدي لا سيما عنصر الاتصال بالعملاء)

(١) حنان مليكة، مقال: المتجر الإلكتروني، مجلة جامعة البعث للعلوم الإنسانية، سورية، العدد ٥٥، المجلد ٤٠، (٢٠١٨م)، ص ١٤.

فالمحل التجاري عبر الإنترنت هو المكافئ الإلكتروني للمحل التجاري التقليدي»^(١).

وقد عرف بعض الباحثين المتجر الإلكتروني بأنه: «متجر افتراضي، يكون من خلال امتلاك موقع إلكتروني على شبكة الإنترنت، بهدف ممارسة مهنة تجارية (بيع وشراء للسلع والخدمات وتبادل المعلومات والأموال)»^(٢).

ومن خلال التعريفات السابقة يظهر لنا التقارب في المعنى، والذي يدور حول تحديد معالم المتجر الإلكتروني، ولكنها لم تبيّن أنه بواسطة هذا المتجر يمكن تنفيذ كل مكونات العملية التجارية إلكترونياً ابتداءً من مرحلة البحث عن السلعة التي تكون متوفرة عبر المتجر الإلكتروني، واقتناع المشتري بهذه السلعة، مروراً بمرحلة التفاوض الإلكتروني، وعقد الصفقات، وحتى الدفع الإلكتروني، وانتهاءً بتسليم المنتجات والخدمات.

ومما سبق، يتضح لنا أنّ المتجر الإلكتروني يمكن النظر إليه من خلال تقسيم هذا المصطلح إلى مقطعين: المقطع الأول، وهو المتجر، وهو يعنى في مفهومه التقليدي محل التاجر الذي يمارس فيه أو من خلاله الأنشطة التجارية من البيع والشراء، وهو مكان التقابل بين البائع والمشتري، وهو يعنى في مفهومه الإلكتروني المنصة التي يتم فيها أو من خلالها بيع وشراء

(١) محمد الإبراهيمي، إشكالية حماية الاسم التجاري للمحلات التجارية عبر الإنترنت في القانون العراقي، مجلة جامعة ذي قار، المجلد ١٣، العدد ٣، (أيلول ٢٠١٨م)، ص ٥٤.

(٢) عبد الرزاق عمر جاجان الزايد، حقيبة مقرر قانون التجارة الإلكترونية، جامعة الملك عبد العزيز الدراسات العليا، جدة، المملكة العربية السعودية، (د. ت)، ص ٢٩.

المنتجات وتداول السلع والخدمات بين الشركات والمؤسسات والأفراد وتحكمها عدة قواعد وأنظمة يمكن القول بأنه معترف بها دولياً.

أما المقطع الثاني، وهو الإلكتروني وهو نوع من التوصيف والتحديد لمجال ووسيلة أداء النشاط المحدد في المقطع الأول، ويقصد به القيام بالنشاط التجاري من خلال منصة إلكترونية؛ باستخدام الوسائط والأساليب الإلكترونية مثل الإنترنت أو تقنية استعمال وسائل بصرية، أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة.

وبناء عليه، نستطيع تعريف المتجر الإلكتروني بتعبير موجز دون الخوض في الكثير من التفاصيل بأنه: محل التاجر على الإنترنت، الذي يحوي مجموعة من السلع والأموال المنقولة اللازمة للاستغلال التجاري، (مشملاً على العناصر التي تتميز بقدرتها على جذب الزبائن للخدمات التجارية التي يقدمها عبر الإنترنت كالسمعة التجارية، وعنصر الاتصال بالعملاء، وقادراً على تنفيذ كل مكونات العملية التجارية إلكترونياً).

ثانياً: خصائص المتجر الإلكتروني:

ينفرد المتجر الإلكتروني بخصائص تميزه بشكل دقيق عن بقية المتاجر التقليدية؛ وتُعطيه طابعاً خاصاً يمتاز به دون غيره، ومن ذلك^(١): أنه وسيلة سهلة وسريعة للوصول إلى السلع والمنتجات في أي وقت وفي أي مكان، وأنه يلبي رغبات واحتياجات المستهلكين من المنزل دون الحاجة إلى الذهاب

(١) راجع: د. طارق طه، التسويق بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، (٢٠٠٤-٢٠٠٥م)، ص ٤٩.

إلى مراكز التسوق، وأنه يوفر وسائل دفع آمنة عبر العديد من طرق الدفع المختلفة، وأنه يتسم بسرعة وسهولة الاتصالات وتصفح المنتجات والبحث عنها بدون أي تعقيدات، علاوة على أنه يتميز بعدم وجود أي وثائق ورقية متبادلة في إجراء المعاملات، إذ إن كافة الإجراءات والمراسلات بين طرفي المعاملات تتم إلكترونياً دون استخدام أي أوراق، فقد حلت الدعائم الإلكترونية محل الدعائم الورقية، وأصبح المستند الإلكتروني هو السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء أي نزاع بينهما^(١). فضلاً عن أنه يمتاز بتسليم بعض المنتجات إلكترونياً من خلال شبكة الإنترنت أو عن طريق التسليم المعنوي للمنتجات، مثل: الكتب، برامج الحاسب، الأبحاث، التقارير، التسجيلات الصوتية، وأفلام الفيديو إلى جانب بعض المنتجات والخدمات الأخرى. كما أنه يتميز بقدرته على إدارة معاملاته التجارية بكفاءة من أي مكان في العالم، ذلك لأن مجلس العقد الإلكتروني مجلس افتراضي بلا جدران، ومقر المعلومات الخاص بالمتجر الإلكتروني يمكن أن يتواجد في أي مكان دون أن يؤثر ذلك على الأداء. فقد يكون البائع في مكان والمشتري يبعد عنه آلاف الأميال، وقد يختلف التوقيت الزمني أيضاً بين مكاني البائع والمشتري.

وقد يغيب العنصر البشري تماماً، وتقوم الأجهزة بالتراسل الإلكتروني فيما بينها وهو ما يعرف بالوكيل الإلكتروني، حيث يستطيع كل شخص الحصول على احتياجاته الضرورية من مأكّل وملبس وغيرها عن طريق (١) د. أشرف شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، (١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م)، ص ٤٣٢.

شبكة الإنترنت التي تقوم بنقل التعبير عن الإرادة إلكترونياً لكل من الطرفين المتعاقدين في ذات اللحظة رغم انفصالهما مكانياً، وعادةً ما تصل الرسالة الإلكترونية^(١) في ذات اللحظة إلى الطرف الآخر، وإذا حدث غير ذلك فإنَّ مقدم خدمة الإنترنت يكون مسؤولاً عن عدم وصول الرسالة أو وصولها متأخرة، أو وصولها في الميعاد ولكن يوجد بها غلط أو تحريف. وأما إذا حدث الخطأ من المستهلك في أي خطاب إلكتروني ولم تتح له تقنية الاتصال تداركه، فله أن يبلغ موفر الخدمة بموضع الخطأ فور علمه به خلال (٢٤) أربع وعشرين ساعة من وقت إرسال الخطاب، ويعد هذا الإبلاغ تداركاً للخطأ وفقاً للمادة الرابعة من «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي ولائحته التنفيذية إن لم يكن المستهلك قد استفاد من منتج موفر الخدمة أو خدمته أو حصل على منفعة من أي منهما. وبالمقابل يجوز لموفر الخدمة أن يشترط في العقد أن له الحق في تصحيح الخطأ غير المقصود الذي قد يقع منه في الخطاب الإلكتروني الموجه للمستهلك، على أن يبلغ المستهلك بالخطأ

(١) وتكون لهذه الرسالة حجية في الإثبات، ويكون حق الاحتجاج بها غير مقصور على المرسل إليه، بل إنَّ لكل من تتضمن الرسالة دليلاً لصالحه أن يحتج بها على المرسل متى كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة، وهذا ما قرره هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم في حكم لها، حيث قضت بما يلي: «أما قول المدعي بأنَّ رسالة الفاكس المنسوبة إليه ليس عليها توقيعه أو خاتمه فمردود بأنَّ رسالات الفاكس يكتفى فيها بتوضيح اسم مرسل الرسالة ورقم الفاكس». راجع الحكم رقم (٨٧/ت/٤) لعام (١٤١٣هـ)، مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم، الأعوام (١٤٠٧-١٤٢٣هـ)، جمع/ إبراهيم بن عبد الله العجلان، عضو الدائرة التجارية الثالثة بديوان المظالم، إعداد وتنسيق/ إبراهيم بن شايح الحقييل، رئيس الدائرة التجارية الثانية بديوان المظالم، غير مطبوعة، ص ٨٠.

فور علمه به وقبل شحن المنتج أو البدء في تنفيذ الخدمة، وللمستهلك الخيار في هذه الحالة بين الاستمرار في تنفيذ العقد بعد تصحيح الخطاب الإلكتروني أو فسخ العقد واسترداد ما دفعه مقابل المنتج أو الخدمة وغير ذلك من التكاليف المترتبة على هذا الخطأ^(١).

ومما سبق، يمكن تلخيص خصائص المتجر الإلكتروني الأساسية في: جودة المحتويات، وسهولة الاستخدام، وتكامل البيانات، وحماية أمن وسلامة المعلومات والبيانات، والدفع بطريقة إلكترونية، وحصول المستهلك على خدمات ما بعد البيع، وهي مزايا من شأنها أن تبني الجانب الولائي للمستهلك في المتجر^(٢).

ثالثاً: الطبيعة القانونية للمتجر الإلكتروني:

أثارت الطبيعة القانونية للمتجر الإلكتروني جدلاً كبيراً في الفقه، وذلك نظراً للأحكام التي تنظمه، والدور الذي يؤديه، فاتجهت بعض الآراء إلى اعتبار المتجر الإلكتروني محلاً تجارياً افتراضياً يكافئ المحل التجاري التقليدي الذي اختلف الفقه في تحديد طبيعته القانونية، انطلاقاً من وحدة عناصره المادية والمعنوية، وقد استقر الرأي^(٣) على أن المحل التجاري

(١) حمودي ناصر، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، الجزائر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (٢٠١٢م)، ص ٢١، والدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ٢٢.

(٢) د. طارق طه، التسويق بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٣) د. سميحة القليوبي، المحل التجاري، دار النهضة العربية، (٢٠٠٠م)، ص ٣٢٥، و د. فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، (٢٠٠٦)، ص ٦٤.

(المتجر الإلكتروني) هو وحدة واحدة مستقلة عن العناصر المكونة له، بيد أن الخلاف قد دب حول تكييفه القانوني:

فمن ناحية أولى ذهب البعض^(١) إلى أنَّ المتجر ليس سوى مجموعة واقعية من الأموال، تقتضي اجتماع عدة عناصر مادية ومعنوية بقصد مباشرة استغلال تجارى دون أن يترتب على ذلك استقلال في الذمة المالية أو الوجود القانوني، ويترتب على هذا المذهب أن التنازل عن المتجر لا يترتب عليه التنازل عن الحقوق والالتزامات، ويؤخذ على هذا المذهب أن القانون لا يعرف اصطلاحاً يسمى المجموع الواقعي.

ومن ناحية ثانية يرى البعض الآخر^(٢) أنَّ المتجر هو وحدة مستقلة لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة التاجر، فهو مجموعة عناصر معنوية منفصلة عن ذمة التاجر المالية تستقل بحقوقها والتزاماتها عن بقية حقوق والتزامات التاجر، ويترتب على هذا المذهب أنَّ دائن المتجر ينفرد بالتنفيذ عليه دون مزاحمة من الدائنين الآخرين لهذا التاجر، كما يترتب على هذا المذهب أيضاً أنَّ الضمان العام للدائن لا يترتب إلا على أموال الذمة التي يسكن دَيْنه في ناحيتها السلبية. ولقد اعتنق هذا المذهب بعض القوانين الحديثة مثل القانون

(١) د. علي حسن يونس، المحل التجاري، دون طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي، (١٩٧٤م)، ص ٥١، وحرورية بورنان، تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري، مجلة الفكر، العدد الثالث، ص ٩٩.

(٢) كامران الصالحي، بيع المحل التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٩٩٨م)، ص ١١١، و د. زهير كريم، مبادئ القانون التجاري، عمان، مكتبة دار الثقافة و النشر (١٩٩٥م)، ص ١٢٢.

الألماني، حيث أصبح المتجر شخصاً اعتبارياً له حياة خاصة مستقلة عن حياة التاجر، وله نفس الحقوق والالتزامات الموجودة عند أي شخص معنوي. ومن ناحية ثالثة يرى بعض الفقهاء^(١) أنّ حق التاجر على متجره ليس إلا حق ملكية معنوية، وأنّ المتجر ما هو في الحقيقة إلا عنصر واحد أساسي وهو عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وهو العنصر الجوهرية، أما باقي العناصر فهي وسائل لوجود هذا العنصر.

وغاية الأمر، فإنّ الملكية المعنوية للمتجر هي نوع من أنواع الملكية الفكرية تسمى بالملكية التجارية، فكما يكون لصاحب العلامة التجارية حق ملكية صناعية على علامته التجارية فإنّ صاحب المتجر له ملكية تجارية على متجره وهذه الملكية تخوله أن يحتكر استغلال المتجر وأن يتمتع بالحماية القانونية المخصصة له^(٢).

ومما سبق، يتضح لنا أنّ التكييف القانوني للمتجر الإلكتروني هو مجموعة من الأموال يجمعها التاجر لتحقيق غرض مشترك، ويشكل ملكية معنوية، والحق الممنوح لصاحبها يعتبر شبيهاً بالحقوق الممنوحة لسائر الملكيات المعنوية الأخرى حيث يستطيع التاجر استثمار متجره، وحماية عنصر العملاء الذي يعد الركيزة الأساسية فيه، وأنّ من آلت إليه ملكية

(١) د. رشا خطاب ود. مها خصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والأربعون، (٢٠١١م)، ص ٣٤٧.

(٢) عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية ماهيتها وحمايتها، عمان، الأردن، دار الجيب للنشر والتوزيع، ط ١، (١٩٩٨م)، ص ٦٩.

المتجر لا يحل محل المتصرف في الحقوق والتعهدات الناشئة عن العقود المتصلة بالمتجر إلا إذا اتفق على غير ذلك، وتبقى ذمة المتصرف مشغولة بالديون المتصلة بالمتجر قبل تاريخ شهر التصرف إلا إذا أبرأه الدائنون. وهو ما أكدته المنظم السعودي الذي كان موقفه واضحاً في تحديد الطبيعة القانونية للمتجر الإلكتروني بأنه منقول معنوي، وذلك من خلال تعريفه بأنه «منصة إلكترونية» وتحديد الجهات التي تتولى توثيقه والإشراف المباشر عليه من قبل وزارة التجارة، وتقييد اسم التاجر الذي يزاول التجارة الإلكترونية في سجلات لدى الوزارة، والإفصاح عن بيانات المتاجر الإلكترونية وجهة التوثيق.

رابعاً: عناصر المتجر الإلكتروني:

يتكون المتجر الإلكتروني من مجموعة من الأموال اللازمة للاستغلال التجاري، تمثل هذه الأموال العناصر المكونة له وقد تكون هذه العناصر مادية كالمنتجات والبضائع، وقد تكون معنوية كالاتصال بالعملاء والسمعة التجارية، على أن هذه العناصر التي يتكون منها المتجر الإلكتروني ليست على درجة واحدة من الأهمية بالنسبة لوجود هذا المتجر، بل تختلف حسب نوع النشاط التجاري الذي يمارسه التاجر.

وغني عن البيان أن هذه العناصر لا يلزم توفرها في كل متجر لكي يعد من قبيل المتاجر الإلكترونية، سوى عنصر الاتصال بالعملاء، الذي يجب أن يتوفر في كافة المتاجر الإلكترونية؛ لكونه يمثل العنصر الجوهري الذي يتوقف عليه وجود المتجر الإلكتروني وانقضاؤه. وتطبيقاً لذلك فقد

كرس القضاء الفرنسي الطابع الجوهري لهذا العنصر في قرار مبدئي ينص في حيثياته على أنه «من كافة العناصر المستعملة لتكوين المحل التجاري يمثل الاتصال بالعملاء العنصر الجوهري، ولا يمكن تصور محل تجاري دونه، ويجب أن يكتسب عنصر الاتصال بالعملاء طابعاً فعلياً وأكيداً، والبحث عن هذين الشرطين يعتبر من اختصاص قضاة الموضوع»^(١).

ويُقصد بعنصر الاتصال بالعملاء اعتياد واستقرار بعض المستهلكين في التعامل مع متجر معين، ويرجع ذلك إلى ثقة المستهلك بالمتجر بالإضافة إلى جودة السلع وموقع المتجر والتسهيلات المقدمة منه للمستهلك. كما يُقصد بعنصر الاتصال بالعملاء مجموع المستهلكين الذين يعتادون التعامل مع المتجر الإلكتروني. ولا يشترط لتوفر عنصر الاتصال بالعملاء في المتجر الإلكتروني أن يكون هناك مستهلكون فعلاً يتم التعامل معهم، بل يكفي إمكانية الدخول في علاقات مع المستهلكين، وهو ما يتحقق عندما يتم الاستعداد للدخول في معاملات تجارية، ولو لم يتم هذا التعامل بالفعل^(٢).

وترتيباً على ما تقدم؛ لا يقوم المتجر الإلكتروني دون أن يتوفر الاستعداد للدخول في علاقات نظامية مع المستهلكين، أو أن يتوفر عنصر الاتصال بالعملاء الذي يلعب دوراً مهماً في تحقيق السمعة التجارية، وإكساب مالك المتجر الإلكتروني حق الملكية المعنوية أو الحقوق المتعلقة بالعملاء التي تعتبر الغاية منها هي الحفاظ على حقوق المالك من السرقة أو استغلالها بطريقة

(١) أشار إلى هذا القرار د. فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، مرجع سابق، ص ١٩.
(٢) د. رشا خطاب ود. مها، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

غير قانونية أو غير مشروعة أو ينسبها أحد لنفسه، وتوجد أيضاً غايات منفعية ومادية وهي استثمار هذا الإبداع الفكري وتحقيق المكاسب المادية، فمثلاً اختراع منتجات معينة نتيجة الإبداع والابتكار عمل يكلف الكثير من الجهد والمال، كما أن اختراع جهاز إلكتروني معين قد يكلف كثيراً من المال، فإذا لم تتم حمايته بشكل محدد فسيتم تقليده من المنافسين ويبيعه بثمان زهيد لا تدخل فيه تكلفة إبداعه وابتكاره، مما يصد البعض عن الاستثمار في مجال لا تتم حماية منتجاتهم فيه، وهذا ينعكس على الجميع. لا سيما أن حقوق الملكية المعنوية تمنح صاحب المتجر الإلكتروني حقاً مزدوجاً يتمثل في حقه المعنوي في نسبة الفكرة إليه كنسبة الابن إلى أبيه، ونسبة الإبداع الفكري أو الاختراع إليه باعتباره امتداداً لشخصيته، وحقه المادي المتمثل في نقل هذه الحقوق من عالم التفكير المجرد إلى عالم التنفيذ المادي الملموس ذي الأثر النفعي بحيث يرتب له حقوقاً حصرية مطلقة يستطيع بموجبها أن يستثمر وينتفع من هذا الإنتاج الفكري، ومما يندرج تحت هذا البند أيضاً من علامات تجارية وكل ما يتعلق بها ويخص المتجر الإلكتروني من أسماء وشعارات ورسومات وأشكال وصور ونصوص ومقاطع ورموز وأيقونات وبرمجيات وتصاميم، فلا يجوز استخدامها أو استغلالها أو توزيعها أو إعادة إنتاجها أو إعادة نشرها أو إرسالها أو نقلها بأي وسيلة أو شكل لأنها محمية بموجب الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية^(١).

(١) د. محمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢، (٢٠٠٩م)، ص ٤٣٢، ود. حورية بورنان، تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري، مجلة الفكر، العدد الثالث، ص ٩٨.

وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم بأن: «الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها، كما أنه يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي»^(١).

خامساً: توثيق المتجر الإلكتروني:

يعد بناء ثقة المستهلك في المتجر الإلكتروني من أهم وأكبر التحديات التي تواجه المتاجر الإلكترونية، ولما كانت هذه الثقة غاية لا تُدرَك بسهولة؛ فقد كان لزاماً على أصحاب المتاجر الإلكترونية الراغبين في تحسين تجارتهم الإلكترونية، خلق قاعدة كبيرة لمتاجرهم من المهتمين بمنتجاتهم، وصنع سمعة تجارية ممتازة لدى المستهلكين، والعمل بجِد ونشاط على بناء جسور من الثقة بين متاجرهم الإلكترونية وجموع المستهلكين.

وأمام هذه التحديات لم يقف المنظم السعودي عاجزاً فقد أوكل لوزارة التجارة مهمة الإشراف على قطاع التجارة الإلكترونية، وإصدار القواعد اللازمة لتنظيمه بحسب الحاجة بما يعزز دور المتاجر الإلكترونية، ويحمي سلامة التعاملات بها، ويشمل ذلك تنظيم جهات توثيق المحلات الإلكترونية كمنصة (معروف) التي أطلقتها وزارة التجارة السعودية

(١) الحكم رقم (٢٠٤/ت/٤) لعام (١٤١٧هـ)، مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم، الأعوام (١٤٠٧-١٤٢٣هـ)، مرجع سابق، ص ٦٥.

من أجل توثيق المتاجر الإلكترونية المختلفة، والتأكد من جودة المنتجات والخدمات التي تقدمها هذه المتاجر.

فالثقة في المتجر الإلكتروني تكون من خلال التأكد من صحته بشهادة معتمدة من (منصة معروف)، وهي: منصة خدمية لجميع المتعاملين في التجارة الإلكترونية سواء بائعين أو مشتريين، تهدف لتعزيز الثقة بين البائع والمشتري، وتمكّن البائع من الوصول بسهولة لشريحة أكبر، كما تعطي صورة واضحة عن جودة خدمات المتجر، وهو ما يخدم صالح كافة المتعاملين في التجارة الإلكترونية سواء المستهلك أو التاجر، ويسهم في تمتع المتاجر الإلكترونية بالموثوقية والأمان اللازمين لزيادة أعداد المتسوقين والمتصفحين داخل هذه المتاجر^(١).

ويعد توفر البيانات اللازمة لتوثيق المتجر الإلكتروني وتسليمها لجهات التوثيق أساساً لاعتماده وتسجيله، وهنا أتت المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية السعودي معرّفةً هذه البيانات باسم موفر الخدمة، وعنوانه ووسائل التواصل معه، وبيان ما إذا كان تاجراً أم ممارساً، وسعودياً أم أجنبياً، وبيانات هوية الممارس أو السجل التجاري للتاجر، وأسماء المفوضين في التوقيع عن موفر الخدمة إذا كان شخصاً اعتبارياً، وأسماء من

(١) الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ١٩.

يتولون إدارته، والمنصة التي يزاول موفر الخدمة أعمال التجارة الإلكترونية من خلالها، والتراخيص الصادرة عن الجهات المختصة^(١).

وتحظى منصة (معروف) الإلكترونية والمتاجر المسجلة فيها بالمتابعة الدورية من قبل وزارة التجارة لضمان عدم مخالفتها للوائح والأنظمة، إذ ينطبق على (معروف) جميع أنظمة وزارة التجارة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية ومكافحة الغش التجاري وغيرها من الأنظمة، وتمتاز هذه المنصة بعدد من المميزات التي تتمثل في التالي:

١. لا تتطلب خدمة (معروف) أي شروط ولا تفرض قيود صعبة على الاشتراك، وتسجيل مختلف المتاجر الإلكترونية داخل موقع الخدمة على الإطلاق، ناهيك عن أنها تمكن البائع من الوصول بسهولة إلى شريحة أكبر.

٢. تعطي صورة واضحة عن جودة خدمات المتجر الإلكتروني، وتعد فرصة تسويقية فعالة لكافة أصحاب المتاجر الإلكترونية من أجل التسويق لمتاجرهم دون مقابل أو إنفاق مزيد من الأموال من خلال تعليقات المستهلكين وتقييمهم.

٣. تساعد المستهلك على التأكد من جودة المتاجر الإلكترونية التي يتعامل معها، وتقضي بشكل قاطع على كل حيل النصب والاحتيال من

(١) د. سليمان محمد الشدي، طرق حماية التجارة الإلكترونية: دراسة في أنظمة المملكة العربية السعودية وبعض القوانين العربية والعالمية مقارنة بالفقه الإسلامي، ط١، (١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م)، ص ٢٦٧، واللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد (٤٨١٦).

قبل هذه المتاجر، وتمكن التاجر من تمييز متجره الإلكتروني من خلال عدة وسائل؛ أبرزها ربطه بسجله التجاري الذي يمنحه شهادة (معروف) الذهبية، وكذلك صحة وجودة المنتجات المباعة داخله.

٤. إنَّ خدمة (معروف) تعتبر بمثابة ختم جودة متميز يبعث على مزيد من الثقة في المتاجر المسجلة بموقع الخدمة، وتمكن صاحب المتجر الإلكتروني من إضافة حساباته في وسائل التواصل الاجتماعي وموقعه الإلكتروني ووسائل الاتصال به؛ مما يسهل عملية الوصول إليه.

٥. الترويج المجاني لمختلف المتاجر الإلكترونية المسجلة به، ومساعدتها على الانتشار والوصول الموثوق إلى مزيد من المتسوقين؛ حيث يروج لتلك المتاجر على منصات شهيرة أخرى خاصة بالخدمة، وتمكن المستهلك من كتابة تعليقاته في صفحة التاجر وتقييم تجربة الشراء والاطلاع على تعليقات وتجارب المستهلكين الآخرين.

٦. تساعد خدمة (معروف) المستهلك على سهولة الوصول إلى المتاجر الموثوقة التي يرغب فيها وتمكنه من الحصول على احتياجاته بمزيد من الثقة والأمان، وتمنح التاجر فرصة لتسويق متجره الإلكتروني في منصات معروف المختلفة من خلال التقييمات التي يضعها المستهلكين الآخرين مع مختلف المتاجر الإلكترونية المسجلة بخدمة (معروف)^(١).

(١) الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ١٩.

المطلب الثاني: خصوصية التعاقد من خلال المتجر الإلكتروني في النظام السعودي:

لا غرو أن عقود البيع والشراء عبر الإنترنت والمتجر الإلكتروني هي عبارة عن عقود تجارة إلكترونية، وقد ورد تعريف التجارة الإلكترونية في المادة الأولى من النظام السعودي بأنها: «نشاط ذو طابع اقتصادي يباشره موفر الخدمة والمستهلك - بصورة كلية أو جزئية - بوسيلة إلكترونية؛ من أجل بيع منتجات أو تقديم خدمات أو الإعلان عنها أو تبادل البيانات الخاصة بها»، وقد عالج المنظم السعودي أحكام هذه التجارة في «نظام التجارة الإلكترونية» لعام ١٤٤٠هـ، ولائحته التنفيذية لعام ١٤٤١هـ، و«الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية»، إضافة لإرشادات الأمن السيبراني.

ومما له دلالة في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي لم يكن بمعزلٍ عن هذه التطورات التقنية، إذ تصدّى فقهاء الإسلام لمختلف المسائل والقواعد التي تنظم التجارة الإلكترونية، من تكييف المصطلحات والمفاهيم، ووضع الأحكام، وتبيين الحلال والحرام، مع جعل الوسائل والمعالجات وفق الاجتهادات الشرعية لكل مسألة. ومن بين هذه المسائل ضوابط البيع والشراء عن طريق شبكة الإنترنت، وهي ذاتها اللازمة لعقد البيع إذا تم بالطريقة العادية، فعقد البيع والشراء الإلكتروني يحتاج لنفس الأركان والشروط للعقد العادي، ولا عبرة باختلاف الوسائل أو الأماكن ما دام أن الأركان والشروط متحققة.

وعقد التجارة الإلكترونية - مثله مثل العقد التقليدي - يتمثل في تلاقى إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فهو عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في تنظيم العقد التقليدي في المسائل التي لم يصدر بشأنها تنظيم خاص للأحكام الخاصة به، والتي تتماشى مع صفته الإلكترونية. وخلال هذه النقاط التالية سوف نعالج مسألة خصوصية التعاقد من خلال المتجر الإلكتروني في النظام السعودي على النحو التالي:

أولاً: تعريف عقد التجارة الإلكترونية في النظام السعودي:

لقد عرّف «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ٧/١١/١٤٤٠هـ، في مادته الأولى المخصصة لتعريفات عقد التجارة الإلكترونية بما نصه^(١): «العقد: الاتفاق الذي يُبرم إلكترونياً بين الأطراف الذين يتعاملون بالتجارة الإلكترونية». وقد بين هذا التعريف أنّ المقصود بالعقد الإلكتروني هو تعاقد بين طرفين تاجر ومستهلك يتم إبرامه إلكترونياً بدون التواجد المادي والمتزامن لهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين، وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالتجارة الإلكترونية. وتشتمل عملية التعاقد الإلكتروني - بخلاف الإيجاب والقبول الإلكتروني - على العديد من العمليات والمعاملات الإلكترونية، مثل:

(١) نظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

العروض والإعلان عن السلع والخدمات، وطلبات الشراء الإلكترونية، والفواتير الإلكترونية، وأوامر الدفع الإلكترونية.

ولقد عرّف بعض الفقه^(١) عقد التجارة الإلكترونية بأنه: «العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى أو في نفس الدولة وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة ومنها شبكة الإنترنت بقصد إنشاء التزامات تعاقدية».

كما عرّفه جانب من الفقه^(٢) بأنه: «هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية».

وذهب البعض الآخر من الفقه^(٣) إلى تعريف عقد التجارة الإلكترونية بأنه: «اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل».

ومما سبق، يمكن أن نعرف عقد التجارة الإلكترونية بأنه العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص طبيعيين أو

(١) د. أحمد سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، ط ١، (٢٠٠٢م)، ص ٦٨.

(٢) خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط ١، (٢٠٠٦م)، ص ٧٣.

(٣) د. أسامة مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، (٢٠٠٠م)، ص ٣٩.

اعتباريين في دول أخرى أو في نفس الدولة إلكترونياً عبر الإنترنت بقصد إنشاء التزامات تعاقدية بغية تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالتجارة الإلكترونية.

وبالرجوع إلى تعريف عقد التجارة الإلكترونية أعلاه نجد أن الخطوات العملية التي تسبق انعقاده تبدأ عادةً بالبحث عن السلعة إلكترونياً عبر الإنترنت، وباقتناع المشتري بالسلعة يتم الانتقال إلى الخطوة الثانية، وهي التعاقد على البيع، ويتم بمجرد الموافقة على السلعة ليعرض البائع عقد البيع المتعلق بالسلعة، ومضمون هذا العقد، وما يتعلق بألية الدفع، وشروط التعاقد، وإمكانية إعادة البيع، وكفالة البيع، وما تغطيه هذه الكفالة، والتسليم ووقته، وأجور النقل، وأخيراً القانون الذي يحكم العقد ليتم الانتقال إلى التسليم الإلكتروني أو تسليم السلعة بعد إبرام العقد طالما تم قبض الثمن أو السلعة.

ثانياً: خصائص عقد التجارة الإلكترونية:

يتميز عقد التجارة الإلكترونية بخصائص تُميزه بشكل دقيق عن بقية العقود التقليدية؛ وتُعطيه طابعاً خاصاً يمتاز به دون غيره، ومن ذلك:

أ. أن عقد التجارة الإلكترونية يغلب عليه الطابع التجاري والاستهلاكي، لأنه غالباً ما يتم بين تاجر ومستهلك، ومن ثم فإنه يعتبر - في الغالب - من قبيل عقود الاستهلاك^(١). ولذلك فإنه يخضع للقواعد الخاصة

(١) د. محمد منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، (٢٠٠٣م)، ص ١٩.

بحماية المستهلك، على نحو ما جاء في «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي، ومن أهم هذه القواعد والالتزامات: الالتزام العام بالإعلام، وهو أن يحيط التاجر المستهلك علماً بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع وبكافة الشروط المحددة، والبيانات والمعلومات التي تتصل بالخصائص الأساسية والسّمات الجوهرية للمنتجات^(١).

ب. أن السمة الأساسية لعقد التجارة الإلكترونية أنه ينتمي إلى طائفة العقود عن بُعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنت فيما بين أطراف العقد، فيشارك مع بعض العقود في صفة الإبرام عن بُعد مثل التعاقد بالتلفزيون، أو بالتليفون، ولكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة ومرئية عبر الإنترنت، ويُسمح بالتفاعل بينهم^(٢).

ج. تمتاز عقود التجارة الإلكترونية باستخدامها للوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، لذلك فهي تعتمد أسلوب الكتابة الإلكترونية التي تقوم على الدعائم الإلكترونية، التي تعد من أهم مظاهر الخصوصية فيها، بل إنها هي أساسها^(٣).

(١) د. مصطفى موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دار النهضة العربية، (٢٠٠٠م)، ص ٢٩٠.

(٢) د. أسامة بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٩٥.

(٣) د. أشرف محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، القاهرة، جامعة الدول العربية، (١٧-١٨ يناير ٢٠٠٤م).

د. تتميز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود التقليدية باستخدامها لوسائل الدفع الإلكترونية، كالنقود الإلكترونية، والذهب الإلكتروني، والشيك الإلكتروني، والتحويل الإلكتروني، وخدمة الصراف الآلي، وخدمة نقاط البيع، وخدمات المقاصة الإلكترونية^(١).

هـ. يتميز عقد التجارة الإلكترونية عن العقد التقليدي بأنه يُبرم ويُنفذ عبر الإنترنت مع إمكانية تسليم بعض المنتجات إلكترونياً، مثل برامج الحاسب، التسجيلات، والكتب، إلى جانب بعض الخدمات التجارية الأخرى^(٢).

و. يمتاز عقد التجارة الإلكترونية باقترانه بحق العدول، فعلى الرغم من أنه متى تم التقاء الإيجاب بالقبول أبرم العقد وترتبت آثاره، إلا أن المستهلك الإلكتروني يتمتع بحق العدول عن هذا العقد، لأن طبيعة هذا العقد لا تُمكنه من معاينة السلعة معاينة فعلية قبل إبرام العقد^(٣).

(١) د. على قاسم، قانون الأعمال (وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع)، دار النهضة العربية، ط ٢، (٢٠٠٠م)، ٣٨٦.

(٢) محمد الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ط ١، (٢٠٠٤م)، ص ٧٣.

(٣) وقد تبنت بعض الأحكام القضائية هذا الاتجاه؛ إذ قضت هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم بأن: «... إخلال أحد الطرفين يترتب عليه أن يكون الطرف الآخر في حل من التزاماته...». راجع الحكم رقم (٩٣/ت/٤٩ لعام (١٤١٢هـ)، مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم، الأعوام (١٤٠٧-١٤٢٣هـ)، مرجع سابق، ص ٨٢.

ز. من حيث الإثبات، فعلى عكس ما يجري في العقود التقليدية فإنَّ الدعامة الإلكترونية هي التي تجسد الوجود المادي لعقود التجارة الإلكترونية، حيث يتم إثباتها عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالأول، هو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتها القانونية، والثاني، هو الذي يضيف عليها الحجية القانونية^(١).

ر. أنَّ عقد التجارة الإلكترونية يغلب عليه الطابع الدولي، لأنه ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن طريق شبكة الإنترنت الدولية، التي تثير طبيعتها العديد من المسائل القانونية الهامة، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد، وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر، ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد المحكمة المختصة، والقانون الواجب التطبيق.

ثالثاً: الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية:

لقد اختلف الفقه في التكييف القانوني لعقد التجارة الإلكترونية: هل هو عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين المتعاقدين؟ أم هو عقد إذعان لا يكون للمستهلك فيه حرية الإرادة التي تمكنه من مناقشة شروط العقد أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها؟ وعلّة هذا الخلاف هو ما يتميز به هذا العقد من أحكام، لذلك انقسم الفقهاء في تكييف الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية إلى مذهبين:

(١) محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، (٢٠٠١م)، ص ٢٣.

أ. المذهب الأول: عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان:

ويرى أصحاب هذا المذهب أنّ عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان بالنسبة للمستهلك^(١) باعتباره الطرف الضعيف دائماً وأنه بحاجة إلى الحماية، وذلك برفع مظاهر الإذعان التي قد يتضمنها العقد، ويستند هذا الرأي إلى بعض الفقه في القانون الإنجليزي الذي يرى أن عقد التجارة الإلكترونية هو بمثابة عقد إذعان، لأنّ المستهلك لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في المتجر الإلكتروني على الإنترنت: على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة، وعلى الثمن المحدد سلفاً الذي لا يملك مناقشته أو تعديله، وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية. لا سيما أنّ هذا العقد تغلب عليه النمطية؛ إذ يُعدّ مسبقاً من المتجر الإلكتروني الذي يستقل وينفرد بفرض شروطه وبنوده، ويقتصر دور المستهلك على مجرد قبول هذه الشروط كما هي دون تعديل، فلا يملك مناقشتها، فننعدم بذلك المفاوضة والمساومة بين طرفي العقد^(٢).

ب. المذهب الثاني: عقد التجارة الإلكترونية عقد رضائي:

وذهب أصحاب هذا المذهب إلى أنّ عقد التجارة الإلكترونية عقد رضائي، فعملية المساومة متأصلة في العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها، وتظهر الرضائية جلياً في الدور البارز الذي يلعبه المستهلك الذي

(١) د. أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، مرجع سابق، ص ١٩١.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول للجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، كلية شرطة دبي، (٢٦-٢٨ أبريل ٢٠٠٣م).

لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً، بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم يقبل الشروط المعروضة على المتجر الإلكتروني، ويستطيع الانتقال من متجر إلى آخر دون إذعان، واختيار ما يرغب من السلع والمنتجات^(١).

وبناء على ما سبق، نستطيع أن نقول: بما أن المستهلك يستطيع الترجيح والمفاضلة فيما بين العروض المطروحة على المتجر الإلكتروني من سلع وخدمات قبل الأقدام على الشراء، وبما أن التفاوض^(٢) قائم، حيث نجد التاجر على سبيل المثال يرسل عرضاً يتضمن سلعة معينة ومبلغاً محدداً، فيرد عليه المستهلك بأنه يوافق بشرط معين وهو مثلاً: الحصول على نسبة خصم معينة، أو الحصول على قطعة إضافية مجانية من المنتج المباع، فتبدأ عملية المساومة بين الطرفين، ويتم تبادل الآراء ووجهات النظر إلكترونياً حول

(١) د. سمير برهان، العقود والاتفاقيات في التجارة الإلكترونية (إبرام العقد في التجارة الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، (٢٠٠٧م)، ص ٩.

(٢) وتعبر محكمة النقض المصرية عن التفاوض بقولها: «إنّ المفاوضات ليس إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل، إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن إتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية» راجع: نقض مدني، مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة ٢١، جلسة (٩/٢/١٩٦٧م)، ١٨، ص ٣٣٤.

شروط التعاقد، والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه، وبما أنّ المستهلك يستطيع الانتقال من متجر إلكتروني إلى آخر بحرية؛ فإنّ التكييف القانوني لعقد التجارة الإلكترونية يكون عقداً رضائياً.

رابعاً: بيانات عقد التجارة الإلكترونية:

يتكون عقد التجارة الإلكترونية من عدد من الشروط والأحكام والالتزامات المتبادلة التي تحتاج للتوضيح والتفصيل، لذلك عند إبرام هذا العقد بين المتجر الإلكتروني والمستهلك يجب إيضاح هذه الشروط والأحكام بطريقة سهلة وواضحة، لأنّها تعد بمثابة عقد أو اتفاق بين طرفين أو أكثر يترتب على تنفيذه حقوق والتزامات متبادلة بين أطرافه، فالعقد يكون ملزماً للطرفين أو متبادلاً عندما يلتزم الطرفان المتعاقدان تجاه بعضهم بشكل متبادل، وتُعدّ حقوق والتزامات الطرفين من البنود الأساسية في شروط وأحكام المتاجر الإلكترونية، فعندما توجد حقوق والتزامات على المتجر يوجد في المقابل أيضاً التزامات على المستهلك، وقد تمتد هذه الالتزامات لتشمل الخلف العام الذي يحل محل السلف الذي يتلقى منه كافة عناصر هذه الالتزامات^(١).

(١) وقد قرر مجلس القضاء الأعلى ببيئته الدائمة في هذا الاتجاه، المبدأ القضائي التالي: «إذا التزم العاقل بأمر يقدر على فعله، وقبض ثمن ما التزم به ألزم به، لأن عدم إلزامه يفتح باباً للمتلاعبين لأكل أموال الناس، وهو مما لا تأتي به الشريعة الكاملة». انظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا وهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ، مركز البحوث، وزارة العدل السعودية، الرياض، ط ١، (١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م)، (م ق د)، (٤/١٤٧)، ١٩/٢/١٤٢٠هـ، ص ٣٩.

وقد ألزم المنظم السعودي^(١) موفر الخدمة بتقديم بيان للمستهلك يوضح فيه أحكام العقد المزمع إبرامه وشروطه، على أن يشتمل البيان على الإجراءات الواجب اتخاذها لإبرام العقد، والبيانات المتعلقة بموفر الخدمة، والخصائص الأساسية للمنتجات أو الخدمات محل العقد، وإجمالي السعر شاملاً جميع الرسوم أو الضرائب أو المبالغ الإضافية المتعلقة بالتسليم إن وجدت، وترتيبات الدفع والتسليم والتنفيذ، وبيانات الضمان إن وجد، والبيانات الأخرى التي تحددها اللائحة.

وقد حددت اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية بمقتضى المادة (٧) الضوابط اللازمة للبيانات التي يلتزم موفر الخدمة بتقديمها وفقاً لطبيعة كل عملية بما يلي^(٢):

١. مع مراعاة حكم المادة (٧) من النظام، يلتزم موفر الخدمة بتضمين البيان المقدم إلى المستهلك بشأن أحكام العقد المزمع إبرامه وشروطه، الإشارة إلى حق المستهلك في فسخ العقد وفق الفقرة (١) من المادة (١٣) من النظام متى كان الفسخ جائزاً، والتكاليف التي يتحملها المستهلك حال ممارسته هذا الحق، وما يجب على المستهلك اتخاذه إذا أراد فسخ العقد، أو الإشارة إلى أنه لا يحق للمستهلك فسخ العقد لتحقيق إحدى الحالات الواردة في الفقرة (٢) من المادة (١٣) من النظام أو المادة (١١) من اللائحة،

(١) راجع المادة (٧) من «نظام التجارة الإلكترونية»، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد (٤٨١٦).

وبيان تفاصيل السعر المطلوب دفعه، كالثمن الأصلي، وتكاليف التوصيل، والضرائب، إضافة إلى أي تكاليف أخرى قد تحسب مستقبلاً، مع بيان كيفية حسابها وشروط استحقاقها، وخدمات ما بعد البيع، وشروط تقديمها، ومدة العقد وتاريخ انقضائه، وأحكام الدفع، والدفعات المتكررة، وأحكام الشحن والتوصيل.

٢. على موفر الخدمة أن يوضح للمستهلك الإجراء الذي يترتب عليه إبرام العقد، بأن يذكر في الخانة المخصصة ما يفيد أنه بمجرد النقر عليها يكون العقد قد أبرم، ويترتب على ذلك الالتزام بالدفع، وذلك بطريقة واضحة ويسيرة.

وخلاصة القول: أن تقديم المتجر الإلكتروني بياناً للمستهلك يوضح البنود والمعلومات التي يشتمل عليها عقد التجارة الإلكترونية، والإجراءات الواجب اتخاذها لإبرام هذا العقد، يجعل المستهلك يُقدم على التعاقد وهو مطمئن من عدم وجود غش أو خداع من قبل المتجر، وفي التطبيق العملي يشتمل هذا البيان على سبيل التفصيل وليس الحصر على: مقدمة عن الشروط والأحكام، وصف الخدمة المعروضة في المتجر، البيانات المتعلقة بموفر الخدمة وكيفية الوصول إلى المتجر والتجهيزات اللازمة للوصول، الموافقة والعضوية، وشروط تسجيل حساب، والاستخدامات المشروعة والمحظورة أثناء استخدام المتجر، والضمانات والالتزامات، والخصائص الأساسية للمنتجات أو الخدمات محل العقد، وإجمالي السعر شاملاً جميع الرسوم أو الضرائب أو المبالغ الإضافية المتعلقة بالتسليم،

وإخلاء المسؤولية، والتعويض، وحقوق الملكية الفكرية وتشمل حقوق التأليف والنشر والعلامات التجارية، والدعاية والنشرات الإلكترونية، الروابط الخارجية للأطراف الأخرى، ترتيبات الدفع والتسليم والتنفيذ، والقوة القاهرة، والتعديلات والتغييرات على هذه الشروط، ومدة وطريقة إنهاء الاستخدام، وبنود متعددة تشمل الاتفاق الكامل، والأمان، والقابلية، والسرية، والتنازل، والتواصل^(١).

خامساً: فسخ عقد التجارة الإلكترونية:

يُقصد بفسخ عقد التجارة الإلكترونية حَلُّه وتجرُّده من قوته المُلزِمة، ويكون ذلك في الغالب على سبيل الجزاء، فعندما يُجَلُّ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته جاز للآخر أن يُطالب بفسخ العقد معه، وبالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب ذلك الإخلال. وينبني الأساس القانوني للتعويض على المسؤولية العقدية، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول وقام العقد صحيحاً فإنَّ تنفيذه يصبح مُلْزِماً ولا رجعة فيه. ولكن نظراً لأن المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول، ومن ثم تعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية السليمة للمستهلك، وذلك حتى لا يستفيد موفر الخدمة من قِصر الوقت المتاح للمستهلك للنظر في العقد المعروض عليه ليحصل منه على التوقيع بصرف النظر عن احتمالات

(١) د. سمير برهان، العقود والاتفاقيات في التجارة الإلكترونية، (إبرام العقد في التجارة الإلكترونية)، مرجع سابق، ص ٥١.

اعتراض المستهلك على بعض البنود في وقت لاحق على التوقيع حيث تكون لا فائدة من اعتراضه^(١).

وانطلاقاً مما سبق؛ فقد أقر المنظم السعودي أحقية المستهلك في فسخ العقد خلال الأيام السبعة التالية لتاريخ تسلمه المنتج أو لتاريخ التعاقد على تقديم الخدمة، ما دام أنه لم يستخدم مُنتجَ موفر الخدمة أو لم يستفد من خدمته أو لم يحصل على منفعة من أيٍّ منهما، بشرط أن يتحمل المستهلك التكاليف المترتبة على فسخ العقد ما لم يتفق أطراف العقد على غير ذلك، باعتبار أن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يرى المنتج أو السلعة، فقد يتسلم منتجاً لا يتفق والمواصفات المتعاقد عليها، ومن ثم يحق له فسخ العقد خلال الفترة المذكورة أعلاه في جميع الأحوال باستثناء الحالات المنصوص عليها حصراً في النظام وهي:

الأولى: إذا كان محل العقد منتجات مصنعة بناء على طلب المستهلك أو وفقاً لمواصفات حددها، ويستثنى من ذلك المنتجات التي بها عيب أو غير المطابقة للمواصفات المتفق عليها.

والثانية: إذا كان محل العقد أشرطة فيديو أو أسطوانات أو أقراصاً مدمجة أو برامج معلوماتية جرى استخدامها.

والثالثة: إذا كان العقد يتناول شراء صحف أو مجلات أو منشورات أو كتب.

(١) مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، (٢٠٠٩)، ص ٢٠٩.



والرابعة: إذا ظهر عيب في المنتج بسبب سوء حيازة المستهلك.

والخامسة: إذا كان العقد يتناول تقديم خدمات إيواء أو نقل أو إطعام.

والسادسة: إذا كان العقد يتناول شراء منتجات تحميل البرامج عبر الإنترنت، ويستثنى من ذلك البرامج التي بها عيب يحول دون إتمام التحميل أو غير المطابقة لما اتفق عليه.

والسابعة: الحالات الأخرى التي تحددها اللائحة وفق ما تستدعيه طبيعة المنتجات أو الخدمات^(١).

وقد حددت اللائحة التنفيذية للنظام^(٢) سبع حالات فقط لا يجوز فيها فسخ العقد ما لم يُتفق على خلاف ذلك:

الأولى: إذا كان محل العقد منتجاً معرضاً للتلف خلال مدة جواز فسخ العقد.

والثانية: إذا كان محل العقد منتجاً لا يمكن إعادة بيعه لأسباب صحية.

والثالثة: إذا كان محل العقد منتجاً يتضمن عدة عناصر تم دمجها ولا يمكن معه إعادتها إلى حالتها الأصلية.

(١) راجع المادة (١٣) من «نظام التجارة الإلكترونية»، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

(٢) راجع المادة (١١) من اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد (٤٨١٦).

والرابعة: إذا كانت الخدمة محل العقد جزءاً فندقياً، أو حجز تذاكر سفر، أو تأجير مركبات، أو نقل، أو خدمة تنظيم فعاليات.

والخامسة: إذا كان محل العقد منتجاً تم تصميمه وإنتاجه خصيصاً للمستهلك وفقاً لمواصفات طلبها.

والسادسة: إذا انعقد العقد في مزاد علني.

والسابعة: إذا كان محل العقد منتجاً أو خدمة يمكن أن يتغير سعرها خلال المدة التي يجوز فيها فسخ العقد، اعتماداً على سوق يتسم بالتقلب السعري المستمر بشكل لا يتحكم فيه موفر الخدمة، كالذهب والفضة.

ولعل الذي قرره المنظم في الحالات المذكورة آنفاً قد استقر عليه القضاء السعودي في العديد من أحكامه، حيث قضت هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم في حكم لها: «بأن الفسخ القضائي لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم، والصحيح أن العقد في هذا الجزء قد انفسخ من تلقاء نفسه، إذ الواقع في الدعوى أن التزام المؤسسة المدعية بعمل الفيلم السينمائي قد استحال تنفيذه في نهاية مدة العقد بسبب لا يد لها فيه وهو عدم اكتمال مشروع الإسكان -موضوع تصوير الفيلم- في مواعده لأسباب وظروف خاصة بالعلاقة بين الشركة المدعى عليها ووزارة الإسكان، وتعذر عمل فيلم نهائي لما تم تصويره حتى نهاية مدة العقد لأن الفيلم سيكون في هذه الحالة -كما قرر الطرفان- مبتوراً ولن تقبله وزارة الإسكان، وعلى ذلك يكون هذا الالتزام قد انقضى لاستحالة تنفيذه طبقاً لشروط العقد، ولما

كان التزام الشركة المدعى عليها بدفع باقي قيمة العقد - وهو (٨٠,٠٠٠) ثمانون ألف ريال - مقابل التزام الشركة المدعى عليها بعمل الفيلم النهائي، فإنه ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأخير، وينفسخ العقد في هذا الشق من تلقاء نفسه؛ مما يكون معه طلب المؤسسة المدعية بإلزام المدعى عليها بدفع هذا المبلغ على غير أساس وجديراً بالرفض»^(١).

(١) راجع الحكم رقم (٧٢/ت/٤) لعام ١٤٠٩هـ، مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم، مرجع سابق، ص ٦١.

المبحث الثاني

حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني في النظام السعودي

نتناول في هذا المبحث «حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني في النظام السعودي» من خلال مطلبين: المطلب الأول يتناول الضمانات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني، والمطلب الثاني يتناول الشروط والضوابط الأساسية لحماية المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول: الضمانات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني:

كان المركز القانوني للمستهلك في المملكة العربية السعودية خاضعاً للقواعد العامة المتمثلة في وجوب تنفيذ العقد طبقاً لمبدأ حسن النية، وتحديد مضمونه طبقاً لما هو من مستلزماته وفقاً للنظام والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام. هذا بالإضافة إلى القواعد الخاصة بعقود الإذعان. بينما تطور الوضع في الوقت الحاضر في هذا الصدد لمواجهة تغير الأوضاع التعاقدية والتقنية الحديثة بهدف توفير حماية خاصة للمستهلك.

وتُمثّل هذه الحماية حجر الزاوية في الفقه الإسلامي الذي أحرز قصب السبق في وضع وسائل وآليات متعددة لحماية المستهلك من المحترف، باعتبار المستهلك الطرف الضعيف غالباً في العقد الإلكتروني، كما وضع قواعد وشروطاً حازمة للحفاظ على حقوق المتعاقدين من أي تعدد، سواء أكان من البائع أم المشتري، وذلك من خلال أن يكون المحل واضحاً بيّناً،

كأن يكون المبيع مكيلاً أو موزوناً، فلا يجوز البيع من دونها، وإذا كان المبيع مشاهدةً، فلا يجوز من دون المشاهدة، وإذا كان كلياً، فيجب أن يكون موصوفاً، فإن وصف بدقة صح البيع، وإن لم يكن حسب ما وصف خارجاً، كان له حق الخيار، كما وضع العديد من القواعد والإجراءات التي تحمي المستهلك، كالقواعد الفقهية، والخيارات، ونظام الحسبة، وإرشاد الجاهل، وتنبيه الغافل^(١).

وانطلاقاً مما سبق فقد سعى المنظم السعودي إلى إيجاد ضمانات وقواعد قانونية تنظم مسألة الحماية القانونية للمستهلك، بما يكفل حقوقه بلا ضرر أو إضرار بمصالح الآخرين أو بالصالح العام، فظهرت الأنظمة التي تنظم حماية المستهلك في العقود التقليدية، ثم تطورت لتشمل أيضاً عقود التجارة الإلكترونية التي تُبرَم عبر الإنترنت. وتتسم الضمانات والقواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلك في هذا الصدد بالطبيعة الآمرة، وتعدُّ أوجه ومجالات تطبيقها فيما يتعلق بتأمين المعاملات الإلكترونية، في مجال الوفاء والتسليم والإثبات، وفي مجال حماية البيانات الشخصية للمستهلك، وفي مجال الدعاية والإعلان عن السلع والخدمات^(٢).

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، (١١٥/٤)، ومنصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (٢٤٩/٣)، وابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، (١٦/٢)، وعلي بن أحمد المرادوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، (٤٠٤/٤).

(٢) قدري محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، القاهرة، دار النهضة العربية، (٢٠١٤م)، ص ٥٢.

وخلال هذه النقاط التالية سوف نتناول الضمانات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني:

أولاً: اشتراط وضوح المقصود بالمستهلك الإلكتروني^(١):

يُبين «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ٧/١١/١٤٤٠هـ، في مادته الأولى المخصصة للتعريفات المقصود بالمستهلك الإلكتروني^(٢) بقوله: «المستهلك: الشخص الذي يتعامل بالتجارة الإلكترونية رغبةً في الحصول على المنتجات أو الخدمات التي يوفرها موفر الخدمة». ويتضح من هذا التعريف أنَّ المستهلك الإلكتروني هو كل شخص طبيعي أو معنوي يسعى إلى الحصول على سلعة أو خدمة أو معلومة أو برنامج بواسطة جهاز إلكتروني مرتبط بشبكة الإنترنت.

ويُجمع الفقه^(٣) على أنَّ المستهلك الإلكتروني هو المستهلك التقليدي، ويكون الفرق بينهم في وسيلة التعاقد، حيث إنَّ المستهلك الإلكتروني يتعاقد عن بُعد عبر وسائل إلكترونية، وهو في هذا الإطار -أي في نطاق التعامل

(١) عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (٢٠١٢م)، ص ٣٤.

(٢) نظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

(٣) د. عبد الفتاح حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، (٢٠٠٥م)، ص ١٨، وقدرى محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٢.

عن بعد- هو ذاته المستهلك التقليدي في عملية التعاقد التقليدية، لكنه فقط يتعامل عبر وساط إلكترونية، أو يستفيد من الخدمات الإلكترونية. وفي القانون المقارن، فإنَّ معظم الأنظمة والتقنيات لم تتطرق إلى مصطلح المستهلك الإلكتروني، وذلك لقلّة التطبيقات العملية فيها من حيث الاستهلاك الإلكتروني، إذ إنَّ معظم عمليات الاستهلاك تتم بشكل تقليدي، ولذا فقد ذهبت إلى تعريف المستهلك من خلال الهدف الذي يسعى إليه وليس من خلال الوسيلة التي يستخدمها أثناء التعاقد.

وعلى سبيل المثال وليس الحصر فقد عرف القانون العراقي^(١) المستهلك بأنه: «الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الاستفادة منها»، وعرف القانون الإماراتي^(٢) المستهلك بأنه: «كل من يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل إشباعاً لحاجاته الشخصية أو حاجات الآخرين»، وذهب القانون المصري^(٣) إلى تعريف المستهلك بأنه: «كل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية أو غير الحرفية أو غير التجارية، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص». وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون المصري في ذات المادة

(١) انظر: قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠م، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٨/٢/٢٠١٠م.

(٢) انظر: القانون الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حماية المستهلك.

(٣) انظر: قانون (١٨١) لسنة ٢٠١٨م بشأن حماية المستهلك، المنشور بالجريدة الرسمية العدد (٣٧) تابع بتاريخ ١٣/٩/٢٠١٨م.

الأولى من هذا القانون الخاصة بالتعريفات قد عرّف التعاقد عن بعد بأنه: «عمليات عرض المنتجات أو بيعها أو شرائها باستخدام شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، أو أي وسيلة من وسائل الاتصال المرئية والمسموعة والمقروءة، أو عن طريق الهاتف أو أي وسيلة أخرى»، وهو يقصد بذلك المستهلك الإلكتروني دون أن يصرح بمصطلح المستهلك الإلكتروني نصاً، لأنَّ المستهلك في نطاق معاملات التجارة الإلكترونية هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية، لكنه فقط يتعامل من خلال وسائط إلكترونية.

وعلى أي حال فإنَّ خير تعريف للمستهلك الإلكتروني في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر هو التعريف الذي يبرز صفة المستهلك التي لا تتضح إلا بتوفر شروط ثلاثة هي: أن يكون المستهلك شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وأن يبغى من تصرفه القانوني الإلكتروني الحصول على سلع أو خدمات، وأن يهدف من اقتناء هذه السلع أو الخدمات لإشباع حاجات شخصية أو مهنية غير متخصص فيها. ويبدو أنَّ المنظم السعودي لم يتوسع في تعريف مصطلح المستهلك الإلكتروني، وقد ترك الأمر لتفسير الفقه والقضاء، وحسناً فعل؛ فلا يستقيم مع فن الصياغة التشريعية أن يتطرق النظام لكل التفاصيل، خصوصاً بالنسبة للتعريفات وبيان المفاهيم التي لا خلاف عليها سواء أكان هذا في الفقه أم القضاء.

ثانياً: اشتراط حفظ البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني:

أصبحت المتاجر الإلكترونية أسواقاً تختار منها السلع بالجودة التي تريدها، وبالسعر الذي تختاره دون أن تدخل في نطاق أسواق الاحتكار،

ونظراً إلى أن المستهلك في سوق افتراضي لا يعرف معنى الاحتكار، فإن هذا التعدد قد جعل من حمايته في عقود التجارة الإلكترونية مطلباً ملحاً وضرورياً، وذلك لأن الخطر الذي يتعرض له أكبر وأسرع، ولذلك فقد اتجه المنظم السعودي إلى وضع المستهلك في قائمة أولوياته، والعلة في ذلك أن هذه التجارة عبارة عن نظام معلومات تُتناول خلاله المليارات من المنتجات والسلع والخدمات، ويبقى المستهلك هو الحلقة الأضعف في العملية التعاقدية، وعليه فلا بد من حمايته من مخاطر الاستغلال، ومن مغبة الوقوع في أخطاء فنية عند التعاقد أو في تضليله من قبل المتجر الإلكتروني الذي يتعامل معه عبر سوق افتراضي، ويكون ذلك بفرض إجراءات حماية صارمة تحارب الاستغلال والسرقة والاحتيال، وتشجع المستهلك على الشراء الإلكتروني، وتزيد من الثقة والموثوقية في المتاجر الإلكترونية^(١).

ولذلك فإن «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي قد عزز جهود حماية المستهلك، وشدّد على حفظ البيانات الشخصية، والاتصالات الإلكترونية للمتعاملين بالتجارة الإلكترونية، وأولى أهميةً كبرى لحفظ خصوصية المستهلك، فألقى على عاتق المتجر الإلكتروني المسؤولية الكاملة عن بيانات المستهلك سواءً كانت بحوزته أو لدى الجهات التي يتعامل معها، وأكد على حماية بيانات المستهلك، واتخاذ الوسائل اللازمة لذلك، ومنع المتجر من استخدام البيانات لأغراض غير مصرح لها أو مسموح بها، ونص على

(١) د. محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، عمان، الأردن، دار الثقافة، (٢٠١١م)، ص ٦٠، ود. مصطفى العطيّات، الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الإلكترونية، عمان، الأردن، دار وائل، (٢٠١١م)، ص ٢٨١.

ذلك تفصيلاً في المادة (٥) منه، مقروءة مع المادة (٥) من اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، وألزم المتاجر الإلكترونية في الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية بتحقيق الاشتراطات الآتية^(١):

١. لا يجوز لموفر الخدمة الاحتفاظ ببيانات المستهلك الشخصية أو اتصالاته الإلكترونية، إلا في المدة التي تقتضيها طبيعة التعامل بالتجارة الإلكترونية.

٢. يجب على موفر الخدمة اتخاذ الوسائل اللازمة لحماية البيانات الشخصية والاتصالات الإلكترونية، والحفاظ على خصوصيتها خلال مدة احتفاظها بها.

٣. في حال تعرّض بيانات المستهلك الشخصية للاختراق، يجب على موفر الخدمة إشعار الهيئة الوطنية للأمن السيبراني والمستهلك خلال يوم واحد من تاريخ علمه بذلك، ويوضح في الإشعار نطاق الاختراق وآثاره، والتدابير المتخذة لمعالجته، ثم يقدم تقريراً تحليلياً يبين فيه الأسباب الرئيسية لهذا الاختراق، ولا يترتب على الإشعار إعفاء موفر الخدمة من مسؤوليته تجاه المستهلك.

٤. مسؤولية موفر الخدمة عن حماية البيانات الشخصية التي تكون في عهده أو تحت سيطرة الجهات التي يتعامل معها أو مع وكلائها.

(١) الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ١٣.

٥. لا يجوز استعمال بيانات المستهلك لأغراض غير مصرح لها أو مسموح بها، أو الإفصاح عنها لجهة أخرى، بمقابل أو بدون مقابل، إلا بموافقة المستهلك.

ثالثاً: حماية المستهلك من التطورات التقنية في التجارة الإلكترونية:

فرض المنظم السعودي على مالك المتجر الإلكتروني مراعاة كافة حقوق المستهلك في التجارة الإلكترونية، وشجَّعه على تقديم مزايا إضافية لكسب رضى وثقة المستهلك، لا سيما أن المستهلك الإلكتروني يتعاقد لشراء سلعة لم يعاينها مباشرة أو يتلمَّسها بيديه ليكشف عيوبها ومدى مطابقتها للمواصفات المعلن عنها في المتجر الإلكتروني، ناهيك عن التطور الهائل الذي تشهده التجارة الإلكترونية، وما أفرزته من ظهور طرق وأساليب جديدة أثرت تأثيراً كبيراً على اختيارات المستهلك الإلكتروني، وعلى قانون العرض والطلب. لذلك نجد أن المنظم السعودي قد عالج بعض المسائل المتعلقة بحقوق المستهلك الإلكتروني التقنية والفنية في التجارة الإلكترونية، كحق المستهلك في الحصول على فاتورة، وحقه في الاسترجاع، وحقه في إلغاء العملية، والتزام التاجر عند التأخير، وحق المستهلك في تصحيح الأخطاء، ونستعرض هذه الحقوق في المسائل التالية:

أ. حق المستهلك الإلكتروني في الحصول على فاتورة:

ليس هناك من شك في أن استقلال طبيعة المعاملة الإلكترونية، وبروز سماتها الذاتية من حيث أسلوب الإعلان عنها والتفاوض بشأنها وكيفية إبرامها وتنفيذها، ونمط التسليم والدفع والإثبات فيها؛ قد أنتج حقاً من حقوق المستهلك مهماً ومؤثراً جداً في استقرار المعاملات، وهو حق المستهلك

في الحصول على فاتورة مكتوب فيها كافة المعلومات الضرورية التي يحتاج إليها، وتمكّنه من معرفة المتجر الإلكتروني الذي أبرم معه العقد لشراء المنتجات أو الخدمات، وتوضح هذه الفاتورة كافة البيانات والمعلومات التفصيلية المتعلقة بالشراء.

وقد عالج المنظم السعودي هذه المسألة في المادة (٨) من «نظام التجارة الإلكترونية» مقروءة مع المادة (٨) من اللائحة التنفيذية بالنص على إلزام موفر الخدمة أن يقدم إلى المستهلك بعد إبرام العقد فاتورة قابلة للحفظ، تتضمن اسم موفر الخدمة إن كان ممارساً، أو اسمه التجاري إن كان تاجراً، ووصف المنتج أو الخدمة محل العقد، وتأكيد إبرام العقد وتاريخ انعقاده، والسعر الإجمالي للمنتج أو الخدمة وقيمة الضرائب، مع إيضاح تفاصيل السعر وكيفية حسابه وشروط استحقاقه، وأجور الشحن والنقل والتوصيل، والرقم الضريبي لموفر الخدمة، وميعاد توصيل المنتج أو تقديم الخدمة، واسم الناقل الذي يتولى توصيل المنتج، وبيانات تتبع مسار التوصيل، وموجزاً بأحكام الاستبدال والإرجاع في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، وطريقة أداء الثمن وبيان تمام السداد إذا تم فعلاً^(١).

ب. حق المستهلك في الاسترجاع:

عالج المنظم السعودي مسألة استرجاع السلع والمنتجات واستبدالها بنصوص قاطعة، وألزم المتجر الإلكتروني بتوضيح شروط الاسترجاع

(١) د. خالد أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، القاهرة، دار النهضة العربية، (١٩٩٦م)، ص ١، ونظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

والاستبدال بصيغة واضحة، وبلغة يفهمها المستهلك، وبصورة تتوافق مع طبيعة كل منتج أو سلعة، وبالقدر الذي يضمن حقوق التاجر والمستهلك. وإذا لم يتم المتجر الإلكتروني بتزويد المستهلك بوثيقة ضمان المنتج على الرغم من أنها تحت الضمان ومعلن عن ذلك، أو أنّ المنتج أو السلعة لا تصلح لما طُلبت من أجله، أو أنّ السلع أو المنتجات تحتوي على علامة تجارية مقلدة أدت إلى تضليله، أو يوجد تلاعب في المنتجات، أو أنها تخالف المواصفات القياسية^(١)؛ فإنّ المستهلك يحق له الاستفادة من شروط الاستبدال والاسترجاع. وبعبارة أخرى فإذا توفرت أي من الحالات السابقة يحق للمستهلك طلب استرجاع المنتج أو استبداله بما يتوافق مع سياسة المتجر الإلكتروني التي لا تخالف النظام ولكنها تختلف من متجر لآخر حسب نشاط ونوع المنتجات التي يبيعها المتجر الإلكتروني^(٢).

(١) اشترى المدعى سيارات ثم ادعى أنّ بها خللاً مصنعياً، وطلب فسخ البيع لهذا العيب. حكمت الدائرة: برد الدعوى بناءً على أنّ هيئة المواصفات والمقاييس -وهي خبرة فنية مختصة- قد قدمت شهادتين بخصوص نوع السيارات محل النزاع تفيدان أنّ هاتين السيارتين مطابقتان للمواصفات والمقاييس الخليجية للسيارات، إضافة إلى عجز المدعي عن إثبات هذا العيب. راجع الحكم رقم (١٠/ت/٣) لعام ١٤١٨هـ، مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم، الأعوام (١٤٠٧-١٤٢٣هـ)، مرجع سابق، ص ٦١، ٦٢.

(٢) د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨م، ص ٩٧ وما بعدها، والدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ٢٢.

وقد مكن المنظم السعودي^(١) المستهلك من القيام باسترجاع السلعة أو ما قدمه مقابل الخدمة خلال سبعة أيام من تاريخ عملية الشراء والتعاقد في حال عدم استخدام المنتج أو عدم الاستفادة من الخدمة، أو في حال عدم الحصول على منفعة من أي منهما، بشرط أن يتحمل المستهلك التكاليف المترتبة على عملية الاسترجاع إذا لم يتفق أطراف العقد على غير ذلك، واستثنى المنتجات والخدمات الآتية:

١. منتجات مصنعة بناء على طلب المستهلك أو وفقاً لمواصفات حددها، ويُستثنى من ذلك المنتجات التي بها عيب أو غير المطابقة للمواصفات المتفق عليها.
٢. منتجات تحميل البرامج عبر الإنترنت، ويُستثنى من ذلك البرامج التي بها عيب يحول دون إتمام التحميل أو غير المطابقة لما اتفق عليه.
٣. أسطوانات أو أقراص مدمجة أو برامج معلوماتية جرى استخدامها.
٤. الصحف أو المجلات أو المنشورات أو الكتب.
٥. خدمات الإيواء أو النقل أو الإطعام.
٦. إذا ظهر عيب في المنتج بسبب سوء حيازة المستهلك.

(١) د. أحمد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، (١٩٩٥م)، العدد الثالث، السنة ١٩، جامعة الكويت، ص ٢٠٤، والدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ٢٢.

ج. حق المستهلك في إلغاء العملية:

حسم المنظم السعودي هذه المسألة بالنص الصريح على أن موفر الخدمة إذا تأخر عن التسليم أو التنفيذ مدة تزيد على (١٥) يوماً من تاريخ إبرام العقد أو عن الموعد المتفق عليه، فإنَّ المستهلك يحق له إلغاء العملية، وله استرداد ما دفعه بمقتضى العقد مقابل المنتج أو الخدمة أو غير ذلك من تكاليف ترتبت على هذا التأخير، ما لم يكن التأخير بسبب قوة القاهرة، أو كان هنالك اتفاق مسبق بين موفر الخدمة والمستهلك على مدة أخرى لتسليم محل العقد أو تنفيذه^(١).

د. التزام التاجر عند التأخر:

لقد ألزم المنظم السعودي^(٢) موفرَ الخدمة بإبلاغ المستهلك عن أي تأخير متوقع أو صعوبات يكون لها تأثير جوهري في تسليم محل العقد أو تنفيذه. ويعد الإبلّاغ عن موضع الخطأ في العقد الإلكتروني خلال (٢٤) ساعة من وقت إرسال الخطاب تداركاً للخطأ إن لم يكن المستهلك قد استفاد من منتج موفر الخدمة أو خدمته أو حصل على منفعة من أي منهما.

(١) الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ٢١.
 (٢) د. خالد إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، (٢٠٠٧م)، ص ٣٥، والمادة (١٣) من «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

هـ. تمكين المستهلك من تصحيح الخطأ إلكترونياً:

تعزيراً للثقة بين المستهلك والمتجر الإلكتروني أوجب المنظم السعودي على موفر الخدمة تمكين المستهلك من تصحيح الأخطاء إلكترونياً بطريقة سريعة وبشكل آلي، وتوفير قنوات للتبليغ في حال تعذر القيام بذلك تقنياً. وهذا ما أوضحتها المادة (٤) من «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي بما نصه^(١): «إذا حدث خطأ من المستهلك في خطاب إلكتروني ولم تتح له تقنية الاتصال تداركه، فله أن يبلغ موفر الخدمة بموضع الخطأ فور علمه به خلال المهلة التي تحددها اللائحة، ويعد هذا الإبلاغ تداركاً للخطأ إن لم يكن قد استفاد من منتج موفر الخدمة أو خدمته أو حصل على منفعة من أي منهما». وقد حددت اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية^(٢) تصحيح الخطأ بطرق ثلاث:

الأولى: أن يكون تصحيح المستهلك للخطأ الوارد في الخطاب الإلكتروني مقبولاً إذا قام بإبلاغ موفر الخدمة عنه خلال (أربع وعشرين) ساعة من وقت إرسال الخطاب.

(١) نظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

(٢) راجع المادة (٤) من اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد (٤٨١٦).

والثانية: أن يقوم موفر الخدمة بتصحيح الخطأ المبلغ عنه وفقاً للفقرة (١) من المادة (٤) ذاتها، ما لم يكن المستهلك قد استفاد من منتج موفر الخدمة أو خدمته أو حصل على منفعة من أي منهما.

والثالثة: أن يشترط موفر الخدمة في العقد أن له الحق في تصحيح الخطأ غير المقصود الذي قد يقع منه في الخطاب الإلكتروني الموجه للمستهلك، على أن يبلغ المستهلك بالخطأ فور علمه به وقبل شحن المنتج أو البدء في تنفيذ الخدمة، وللمستهلك الخيار في هذه الحالة بين الاستمرار في تنفيذ العقد بعد تصحيح الخطاب الإلكتروني، أو فسخ العقد واسترداد ما دفعه مقابل المنتج أو الخدمة وغير ذلك من التكاليف المترتبة على هذا الخطأ.

رابعاً: منع الإعلان الإلكتروني المضلل:

الأصل أن عقد التجارة الإلكترونية الذي يُبرم عبر الإنترنت يتجسد في المحرر الذي يتم توقيعه بين الطرفين المتعاقدين، حيث يتضمن شروط ومضمون التعاقد. بالإضافة إلى بعض المستندات التي يقدمها أحد المتعاقدين للآخر وتدخل في النطاق العقدي، كالمستندات والكتيبات والأوراق الدعائية المطبوعة التي يسلمها أو يرسلها أحد الطرفين للآخر بقصد إعلامه وحثه على التعاقد. وتكمن أهمية الأوراق الدعائية المطبوعة في أنَّ الفقه المعاصر يذهب إلى أن مثل هذه الأوراق، بالرغم من أنها تمثل مجرد إعلان دعائي، إلا أنها بما تتضمنه من تفاصيل تؤثر على الرضى بالتعاقد، ومن ثم ينبغي اعتبارها جزءاً من العقد، وإلزام من أصدرها بما ورد فيها حماية للمستهلك من الدعاية المغرضة الخادعة للمستهلك.

وتطبيقاً لذلك فقد قرر مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة في هذا الاتجاه، المبدأ القضائي التالي: «الرضا إذا بُني على خطأ أو خديعة فلا يكون مُلزمًا، ويتأكد ذلك إذا كان من شريك لشريكه، وللبنائع المطالبة بعدم إمضاء العقد»^(١).

وقد عالج المنظم السعودي بمقتضى المادة (١٠/١) من «نظام التجارة الإلكترونية»^(٢) هذه المسألة، وعدَّ الإعلان الإلكتروني من الوثائق التعاقدية المكملة للعقود وملزمة لأطراف العقد، حيث قررت هذه المادة ما نصه: «يُعد الإعلان الإلكتروني من الوثائق التعاقدية المكملة للعقود وملزمة لأطراف العقد».

كما نص «نظام التجارة الإلكترونية» على ضرورة الالتزام باشتراطات الإعلانات التجارية الإلكترونية، ومنع موفر الخدمة من عرض أي معلومات مضللة أو مخادعة للمستهلك في محتويات الإعلان أو طريقة صياغته حفظاً لحقوق المستهلك ومنعاً للتحايل، وحصر محتويات الإعلان الإلكتروني في اسم المنتج أو الخدمة المعلن عنها، واسم موفر الخدمة، وأي بيان مميز له، ما

(١) انظر: المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ، مركز البحوث، الرياض، ط ١، (١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م)، (م ق د)، (٦/٣٢٨)، ٤٥/٦/١٤٢٠هـ، ص ٤٥.

(٢) عبد الله الجربوع، وأسماء أكلي، حماية المستهلك من الإعلانات المضللة في النظام السعودي والقانون الإماراتي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ص ١، (١٠) ٩، ونظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

لم يكن مسجلاً لدى إحدى جهات توثيق المحلات الإلكترونية، ووسائل الاتصال بموفر الخدمة، وأي بيانات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية للنظام. وقد حددت اللائحة التنفيذية للنظام البيانات الأخرى بما يلي^(١):

١. مع مراعاة حكم المادة (العاشرة) من النظام، يجب أن يتضمن الإعلان الإلكتروني عند نشره أو إرساله بياناً واضحاً بأنه مادة إعلانية، والمعلومات ذات الصلة بالمنتج أو الخدمة التي تتيح للمستهلك اتخاذ قراره بوعي وإدراك.

٢. على موفر الخدمة أن يتيح للمستهلك وسيلة لطلب وقف إرسال الإعلانات الإلكترونية إليه، وعلى موفر الخدمة التوقف عن إرسالها حال تلقيه هذا الطلب.

٣. على موفر الخدمة الالتزام بأحكام الأنظمة ذات العلاقة بالإعلانات وضوابطها، والحصول على التراخيص اللازمة بحسب طبيعة المنتج أو الخدمة.

وتكريساً لمبدأ الحماية القانونية حظر المنظم السعودي بمقتضى المادة (١١) من «نظام التجارة الإلكترونية» تضمين الإعلان الإلكتروني عرضاً أو بياناً أو ادعاءً كاذباً أو مصوغاً بعبارات من شأنها أن تؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع المستهلك أو تضليله، وشعاراً أو علامة تجارية لا يملك موفر الخدمة حق استعمالها، أو علامة مقلدة^(٢).

(١) راجع المادة (١٠) من اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد (٤٨١٦).

(٢) راجع تفصيلاً: سلام الفتلاوي، ومحمد الأسدي، ورزاق الغراوي، وسائل حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون: الالتزام بالإعلام

المطلب الثاني: الشروط والضوابط الأساسية لحماية المستهلك الإلكتروني:

اهتم المنظم السعودي بالشروط والضوابط التي تحمي المستهلك الإلكتروني، وتشمل هذه الشروط والضوابط كافة البنود المرتبطة بالاستخدام، وكل ما يتعلق بأهداف ونشاط المتجر، وطريقة عمل حساب إلكتروني على المتجر، والضوابط التي تحكم استخدام الحساب الخاص بالمستهلك، كما أنها تحتوي على التفاصيل التي تمنع وقوع التجاوزات أو الخلافات، بالإضافة إلى تفاصيل التواصل مع المتجر والتراخيص، ومعلومات الشحن، مثل: اسم شركة الشحن، ومدة الشحن، وعنوان الشحن، وطرق الحماية من النصب والاحتيال، ونوع العملات التي يتعامل بها المتجر الإلكتروني. وتساعد الشروط والضوابط الأساسية لحماية المستهلك الإلكتروني في تنظيم عمل المتاجر الإلكترونية وتحديد الحقوق والواجبات، فمن خلالها يمكن تحديد الضوابط العامة للاستخدام للحد من الانتهاكات، وتحديد المسؤولية، وحدود استخدام معلومات المستهلكين والاطلاع عليها، وشروط الاسترجاع والاستبدال، وشحن وتوصيل المنتجات في أوقاتها المحددة، وتقديم منتجات للمستهلكين توافق التفاصيل التي تم نشرها على المتجر الإلكتروني، ورد المبالغ لأصحابها إذا ما وجد خطأ في المنتج المقدم، وتوفير حماية لبيانات المستهلك من التعرض

القانون أنموذجاً، مجلة الكوفة، العدد (٤٤)، ص ٣٠، ونظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

لانتهاكات. وخلال هذه النقاط التالية سوف نوضح الشروط والضوابط الأساسية لحماية المستهلك الإلكتروني على النحو التالي:

أولاً: شروط الاستخدام وحماية المستهلك من منظور تقني:

قد ينال منتج معين معروض عبر الإنترنت أو المتاجر الإلكترونية رضى المستهلك، ويسعى في تملكه، خاصة لو كان سعره مغرياً أو مواصفاته ممتازة. فما هي الضوابط التي تحكم عملية البيع والشراء من تلك المتاجر؟ وما هي شروط الاستخدام؟ وما الواجب على المستهلك الاطلاع عليه ومراجعته قبل إتمام عملية الشراء أو البيع من تلك المتاجر؟

لقد أصدر المنظم السعودي «الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية» مشتملاً على جميع الشروط والتعليقات التي تحمي المستهلك، وتُلزم المتجر الإلكتروني بتوضيح شروط الاستخدام، وسياسة الخصوصية، وطرق الاسترجاع والاستبدال، والدعاية والإعلان، وطريقة الدفع والسداد، وعنوان المتجر الإلكتروني، وبياناته، وأرقام التواصل، وخصائص السلع والخدمات، ورقم السجل التجاري وإجراءات تلقي الشكاوى، والرقم الضريبي، والروابط التي تقود إليها، والخطوات الفنية التي يجب على المستهلك اتباعها لإبرام العقد الإلكتروني، إضافة إلى البيانات المتعلقة بالبائع، ووصف الخصائص الأساسية للخدمات والمنتجات، وأسعارها شاملة الرسوم والضرائب، وترتيبات الدفع والتسليم ومكانه وبيانات الضمان، والترتيبات المتعلقة بالدفع والتسليم والتنفيذ، وتقديم فاتورة للمستهلك تبين التكاليف، وحق المستهلك في فسخ العقد المبرم

إلكترونياً إذا تأخر المتجر الإلكتروني خمسة عشر يوماً من تاريخ إبرام العقد، وحق المستهلك في استرداد ما دفعه مقابل الخدمة أو المنتج ما لم يكن ذلك بسبب قوة القاهرة^(١).

وعلاوة على ما سبق ذكره، فقد ألزم المنظم السعودي المتجر الإلكتروني بتوضيح طرق استرجاع المنتج وتوضيح طريقة معالجة حالة التأخير في التسليم، ووفقاً لما سيأتي بيانه لاحقاً في هذه الدراسة فإنَّ المستهلك يحق له أن يفسخ العقد المبرم إلكترونياً خلال سبعة أيام من تاريخ تسلُّمه للسلعة أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة، ما دام أنَّه لم يقيم باستخدام المنتجات أو البضائع أو الخدمات التي تسلمها أو حصل منها على أي منفعة، ويتحمل المستهلك تكاليف إرجاعها، ولا يجوز للمستهلك وفقاً للنظام ممارسة الحق المنصوص عليه فيما سبق في عدد من الحالات، تتضمن السلع التي صنعت بناءً على طلبه، ومنتجات المحتوى المرئي أو الصحف والمجلات والكتب، أو إذا كان العيب راجعاً لسوء استخدام من المستهلك، وكذلك في حالة ظهور عيب نتيجة استخدام أو خدمات إيواء أو نقل أو إطعام، أو إذا كان العقد يتضمن شراء خدمة تحميل برامج عبر الإنترنت، إلا في حال وجود مشاكل في البرامج حالت دون إتمام التحميل^(٢).

(١) الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ٤.

(٢) د. فيصل عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، مصر، دار النهضة العربية، ط ١، (٢٠٠٦م)، ص ١٦٣، والدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ٢٢.

ثانياً: اشتراط احترام حق المستهلك في الخصوصية:

تنبع أهمية شرط الخصوصية في المتاجر الإلكترونية من ناحيتين:

الناحية الأولى: هي حماية خصوصية المستهلكين، المتمثلة في بياناتهم الشخصية، ونوع البيانات والمعلومات التي تقوم هذه المتاجر بتخزينها أو الحصول عليها وكيفية استخدام تلك المعلومات من قبل المتجر، ولهذا السبب فإن سياسة الخصوصية تعتبر من السياسات الضرورية جداً، والتي لا يمكن الاستغناء عنها بالنسبة للمتاجر الإلكترونية، لا سيما أن المستهلك يقوم بإدخال بياناته الشخصية بالكامل وبيانات أخرى تتعلق بحساباته البنكية أو بطاقته الائتمانية. وقد عالج المنظم السعودي بمقتضى المادة (١/٥) من «نظام التجارة الإلكترونية» لعام ١٤٤٠هـ هذا الشرط، حيث قررت هذه المادة أنه: «ما لم يتفق موفر الخدمة والمستهلك على مدة أخرى، ودون إخلال بما يقضي به نظام آخر، لا يجوز لموفر الخدمة الاحتفاظ ببيانات المستهلك الشخصية أو اتصالاته الإلكترونية إلا في المدة التي تقتضيها طبيعة التعامل بالتجارة الإلكترونية، ويجب اتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها والحفاظ على خصوصيتها خلال مدة احتفاظه بها، ويكون موفر الخدمة مسؤولاً عن حماية البيانات الشخصية للمستهلك أو اتصالاته الإلكترونية التي تكون في عهده أو تحت سيطرة الجهات التي يتعامل معها أو مع وكلائها»^(١).

(١) د. عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص ٥٢، ونظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

وقد حددت اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية بمقتضى المادة (١ / ٥) البيانات الشخصية التي يجب المحافظة على خصوصيتها وفقاً لأهميتها^(١) بما نصه: «يعد من بيانات المستهلك الشخصية واجبة الحماية أي بيان - مهما كان مصدره أو شكله - يؤدي إلى معرفة شخصية المستهلك على وجه التحديد، ومن ذلك: الاسم، وبيانات الهوية، والعنوان، وأرقام التواصل، وأرقام الرخص والسجلات والممتلكات الشخصية، وأرقام الحسابات والبطاقات البنكية، والصور الثابتة والمتحركة».

هذا فيما يتعلق بأهمية شرط الخصوصية من الناحية الأولى.

أما الناحية الثانية: فهي تتعلق بتوضيح الجهات الأخرى التي قد تطلع على البيانات الشخصية للمستهلك، والمعلومات التي تقوم المتاجر الإلكترونية بتخزينها أو الحصول عليها كشركة الاستضافة مثلاً. وقد عالج المنظم السعودي بمقتضى المادة (٢ / ٥) من «نظام التجارة الإلكترونية» هذه المسألة، حيث قررت هذه المادة أنه: «لا يجوز لموفر الخدمة استعمال بيانات المستهلك الشخصية أو اتصالاته الإلكترونية لأغراض غير مصرح لها أو مسموح بها، أو الإفصاح عنها لجهة أخرى، بمقابل أو بدون مقابل، إلا بموافقة المستهلك الذي تتعلق به البيانات الشخصية أو إذا اقتضت الأنظمة

(١) د. سليمان محمد الشدي، طرق حماية التجارة الإلكترونية: دراسة في أنظمة المملكة العربية السعودية وبعض القوانين العربية والعالمية مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٦٦، واللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦ / ٦ / ١٤٤١ هـ، العدد (٤٨١٦).

ذلك». ويجب على المستهلك معرفة اسم شركة الاستضافة لأن هذه البيانات تمر عبرها من أجل إرسال البيانات واستقبالها^(١).

وقد عاجلت اللائحة التنفيذية للنظام^(٢) مسألة في غاية الأهمية، وهي مسألة الالتزامات النظامية المترتبة على موفر الخدمة وانعكاساتها على بقاء شرط الخصوصية ذاته قائماً بين المتجر الإلكتروني والمستهلك ومرتباً بآثاره، فألزم المنظم موفر الخدمة بحماية بيانات المستهلك الشخصية من الوصول إليها أو كشفها أو إفشائها أو تبديلها، أو معالجتها لغير الأغراض المشروعة، وذلك بتطبيق التدابير الفنية والإدارية بما يتناسب مع طبيعة تلك البيانات، وألزمه بعدم الاحتفاظ ببيانات المستهلك الشخصية إلا لغرض الوفاء بالتزامات موفر الخدمة، وحظر استعمالها لأي أغراض أخرى، كالإعلان أو التسويق، دون الحصول على موافقة صريحة مسبقة من المستهلك، كما ألزم موفر الخدمة بإشعار الوزارة والمستهلك، إذا تعرضت بيانات المستهلك الشخصية للاختراق، خلال ثلاثة أيام من تاريخ علمه بذلك، مع توضيح نطاق الاختراق وآثاره، والتدابير المتخذة لمعالجته، ولا يترتب على الإشعار إعفاء موفر الخدمة من مسؤوليته تجاه المستهلك، كما أوجب على موفر الخدمة الالتزام بما يصدر عن الجهات المختصة بهذا الخصوص، ومراعاة أحكام الأنظمة واللوائح المتعلقة بحماية البيانات التي تصدرها الجهات المختصة.

(١) نظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

(٢) راجع المادة (٢/٥) من اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد (٤٨١٦).

وفي سياق متصل فقد حرص المنظم السعودي في مجال الخصوصية على ضرورة أن يُعامل طرفا العقد الإلكتروني على قدم المساواة، وأن تهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض أسبابه ومسوغاته والتعبير عن إرادته (سلباً أو إيجاباً) فيما يتعلق بمسألة احتفاظ المحل الإلكتروني ببيانات المستهلك الشخصية، وقد عاجلت اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية بمقتضى المادة (٣/٥) هذه المسألة، حيث قررت هذه المادة أنه: «إذا كانت علاقة المستهلك بالمحل الإلكتروني مستمرة وتقتضي إنشاء حساب له لتسهيل إبرام العقود مستقبلاً، فيجوز لموفر الخدمة بعد الحصول على موافقة المستهلك الاحتفاظ ببيانات المستهلك الشخصية إلى أن يطلب المستهلك إغلاق هذا الحساب، وعلى موفر الخدمة أن يتيح للمستهلك إمكانية إغلاق الحساب بطريقة واضحة ويسيرة»^(١).

وأخيراً، فإنَّ المعول عليه هنا هو أنَّ شرط الخصوصية في المتاجر الإلكترونية يوضح ما إذا كانت البيانات الشخصية للمستهلك والمعلومات التي تقوم المتاجر بتخزينها أو الحصول عليها يتم الاحتفاظ بها فقط أو بيعها أو تأجيرها لشركات التسويق أو شركات تحليل البيانات أو عدم بيعها مطلقاً، ولهذا فإنَّ شرط الخصوصية أصبح شرطاً أساسياً بالنسبة للمتاجر الإلكترونية.

(١) د. عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص ٥٣، وراجع: اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد (٤٨١٦).

ثالثاً: إبراز البيانات والمعلومات الجوهرية في المتجر الإلكتروني:

حق الإعلام في مجال التجارة الإلكترونية هو التزام عام سابق على التعاقد، بموجبه يلتزم التاجر الإدلاء بكافة المعلومات والبيانات عن: شخصيته ومحلّه وعنوانه، وعن السلعة أو الخدمة محل التعاقد، وعن جميع ما يتعلق بالعقد من شروط وضوابط، لذلك فقد شدد المنظم السعودي على ضرورة الإفصاح عن بيانات التاجر ومقر عمله المحدد في السجل التجاري، وإذا لم يكن له مقر عمل يؤخذ بمحل إقامته. ويعزز النظام سبل الإفصاح عن بيانات التواصل مع المتجر الإلكتروني بما يحفظ كافة الحقوق، وبيان الخصائص الأساسية للسلع والخدمات، كما يحمي البيانات الشخصية للمستهلك ويحدد مسؤوليتها ويمنع استخدامها لأغراض غير مصرح لها أو مسموح بها، وتنظيم جهات توثيق المتاجر الإلكترونية والمنصات الإلكترونية التي تؤدي دور الوساطة بين التاجر والمستهلك. وعلى هذا نصت المادة (٦) من «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي^(١) بما نصه: «يلتزم موفر الخدمة بالإفصاح في محله الإلكتروني عن البيانات الآتية: أ) اسمه أو أي بيان مميز له، وعنوانه، ما لم يكن مسجلاً لدى إحدى جهات توثيق المحلات الإلكترونية. ب) وسائل الاتصال به. ج) اسم السجل المقيّد فيه ورقمه إن كان مقيّداً في سجل تجاري أو سجل آخر متاح للعموم. د) البيانات الأخرى التي تحددها اللائحة».

(١) نظام التجارة الإلكترونية، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ٢١/١١/١٤٤٠هـ، العدد (٤٧٨٩).

وقد حددت اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية^(١) البيانات الأخرى بما يلي:

١. مع مراعاة حكم المادة (٦) من النظام، على موفر الخدمة الإفصاح في محله الإلكتروني عن سياسة الخصوصية، على أن تتضمن تدابير حماية بيانات المستهلك الشخصية، ونطاق التعامل مع ملفات التعريف بالمستخدم، والإجراءات والوسائل المتبعة لتلقي شكاوى المستهلكين ومعالجتها، والرقم الضريبي لموفر الخدمة.

٢. على موفر الخدمة أن يتيح الوصول إلى البيانات الواردة في المادة (السادسة) من النظام والفقرة (١) من هذه المادة بتوفير رابط لها في محله الإلكتروني، مع توضيح أي تعديل يطرأ عليها.

وقد حرص المنظم السعودي على ضرورة إبراز البيانات الأساسية في المتجر الإلكتروني بما يحمي سلامة التعاملات به، ويزيد الموثوقية في المنتجات والخدمات التي يقدمها، ويُشعر المستهلك بالأمان أثناء عملية شراء السلع والحصول على الخدمات، ويُسهّل عملية التواصل بين أطراف العملية الشرائية، ويُمكن كافة الجهات من الوصول السريع إلى القائمين على المتجر وإبلاغهم بالمستجدات أو شكاوى المستهلكين للعمل على معالجتها وكسب ثقتهم وتطبيق أحكام «نظام التجارة الإلكترونية» بحقهم، وتنفيذاً لذلك فقد نص في الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية على البيانات الأساسية

(١) راجع المادة (٦) من اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد (٤٨١٦).

التي يجب على التاجر إبرازها في متجره الإلكتروني^(١) وهي: اسم التاجر أو أي بيان مميز له، وعنوانه، ما لم يكن مسجلاً لدى إحدى جهات توثيق المتاجر الإلكترونية مثل (معروف)، واسم السجل المقيد فيه ورقمه، ووسائل الاتصال به، والإجراءات المتبعة لتلقي شكاوى المستهلكين ومعالجتها.

وعلى كلِّ فإنَّ المكان لا يُعدُّ مقر عمل لمجرد أنه يضم المعدات والتقنية الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه التاجر في إبرام العقد، أو يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني، ولذلك فإنَّ النظام السعودي ألزم التاجر بقيد محله الإلكتروني في السجل التجاري وفقاً لنظام السجل التجاري، كما ألزمه بإيضاح البيانات الصحيحة في متجره الإلكتروني بحسب طبيعة عمله، وجعل مقر العمل المعتد به - في حال كان للتاجر أكثر من مقر عمل، ولم يحدد أحدها - هو المقر الأوثق صلة بالعقد، مع مراعاة الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو توقعوها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

رابعاً: حماية المستهلك من مخاطر الوفاء الإلكتروني:

يتم الدفع الإلكتروني من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، مما يجعل احتمالية السطو على رقم البطاقة المصرفية أثناء عملية السداد فرضية قائمة، وعليه فإنَّ عملية الدفع الإلكتروني تتطلب وجود نظام مصرفي مُعد مسبقاً لدى طرفي العقد يتيح الدفع بصورة آمنة، من خلال أجهزة تقوم بإدارة هذه

(١) الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، مطبوعات وزارة التجارة السعودية، ص ٢٢.

العمليات التي تتم عن بعد، بآليات من شأنها أن توفر الثقة لدى المتعاملين بها.

ويوفر القطاع المصرفي والمالي السعودي منظومة متكاملة من النظم والبرامج بهدف تسهيل إجراءات عملية الدفع الإلكتروني الآمنة، وتعمل هذه المنظومة تحت مظلة من القواعد والقوانين التي تضمن سرية، وتأمين، وحماية إجراءات الشراء، وضمان وصول الخدمة. وتهدف أنظمة الدفع الإلكتروني إلى ضمان فاعلية تحويل الأموال فيما بين المصارف والمؤسسات التجارية، وسهولة إدارة الأموال، وإتاحة فرصة لتقديم خدمات جديدة في القطاع المصرفي والمالي وتقليل تكلفة طباعة النقود. وتكمن أهميتها في الوثوق بها وفعاليتها التي تُمكن من سهولة تعامل المشاركين فيها كالحكومة ومؤسساتها، والمصارف، والمؤسسات المالية، والشركات، والمجموعات، والمستهلكين.

وتهتم المتاجر الإلكترونية بتوضيح شروط الدفع ووسائله المختلفة التي تتيحها للمستهلك، والتي قد تكون استخدام البطاقات الائتمانية أو الدفع عند استلام الطلب، وتحتوي أيضاً على بنود خاصة بحماية البطاقات الائتمانية المستخدمة في الدفع، والتأكيد على وجوب استخدام بطاقات سارية المفعول، وأن تكون البيانات صحيحة ودقيقة عند إتمام الدفع من حاملها أو من المصرح له باستخدامها^(١).

(١) راجع: شبيب البوسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الإلكترونية، القاهرة، مركز الغندور، (٢٠١٠م)، ص ١٧، وأحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكتروني، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، (٢٠٠٨) ٣٣.

وتقدم المتاجر الإلكترونية هذه الخدمات لتوفير أقصى درجات الرضى لعملائها في الحصول على منتجاتهم، فهي تدرك أهمية حصول المستهلك على منتجاته بكل سهولة ويسر، وبأقصى سرعة ممكنة، وفي الوقت المناسب، وبنفس حالتها الممتازة. لذلك تقوم هذه المتاجر بإدراج سياسة خاصة بشحن وتوصيل المنتجات، وتُبيّن في هذه السياسة شركات الشحن التي تعمل معها، وأوقات شحن الطلبات، ورسوم شحن الطلب، والأماكن التي يمكنها توصيل الطلبات إليها وإجراءات شحن المنتجات، والإجراءات المتبعة في حال وجود خسائر أو فقد في المنتجات أثناء شحنها، وهذه البنود أو العناصر تختلف حسب سياسة كل متجر وكل دولة يتبعها المتجر الإلكتروني^(١).

وعليه، فالدفع الإلكتروني يعني تسوية المعاملات المالية إلكترونياً تنفيذاً لعمليات الدفع عبر أجهزة وتقنيات الحاسوب أو بواسطة الناقل الإلكتروني، وهي شبكة الإنترنت أو الاتصالات الحديثة كوسائل جوهرية، والهدف منه تغطية المنفعة الاقتصادية بالنسبة للمتعاملين بالتجارة الإلكترونية، وهو أهم التزام يترتب على المستهلك، يقابله التزام المتجر الإلكتروني بتسليم المبيع: الخدمة أو السلعة المشتراة.

وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم^(٢) برد دعوى المدعية التي طالبت فيها بالزام المدعى عليها أن تدفع لها مبلغاً تعويضاً عن

(١) عمر زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط ١، (٢٠٠٧م)، ص ٣٠١، ويورك برس، الشراء والبيع عبر الإنترنت، مكتبة لبنان، (٢٠٠٢م)، ص ٤٠.

(٢) راجع الحكم رقم (٧/ت/٤) لعام ١٤١٥ هـ مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم، الأعوام (١٤٠٧-١٤٢٣هـ)، مرجع سابق، ص ٦٢.

الأضرار التي تكبدها بسبب إخلال المدعى عليها بعقد التوريد. فدفعت المدعى عليها بأنها قامت بفتح اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء بثمن البضاعة، وأنه نظراً لانقضاء الأجل المحدد لشحن البضاعة دون أن تقوم المدعية بشحنها فقد تم إلغاء الاعتماد من قبل البنك؛ مما يؤكد أن التقصير من جانبها في عدم شحن البضاعة.

وينبغي أن يكون واضحاً أنه على الرغم من اتخاذ العديد من الاحتياطات لحماية المستهلك من التصرفات الاحتيالية على الإنترنت في التعاملات مع المتجر الإلكتروني، إلا أنه لا يزال هناك تزايد مستمر في أعداد الشكاوى التي تصدر من المستهلكين الذين يتعرضون لأفعال احتيالية على الإنترنت، وتزداد خطورة هذا الأمر بمعرفة مدى التنوع الكبير في أشكال وصور هذا الاحتيال التي تتغير بشكل طردي مع التقدم في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وازدياد التعاملات الإلكترونية التي تنطوي على قدر من الخسائر ينجم عن غياب المعلومات التي تتاح بسهولة في الصفقات التقليدية، والتي ترتبط بالخصائص الاجتماعية^(١) وسمات الأعمال الرئيسية سواء للبائع أو المستهلك، والتي تستخدم لتوفير المصدقية والثقة في التعاملات التجارية.

(١) وتتمثل أبرز تلك الخصائص والسمات في: المظهر، وتعبيرات الوجه، ولغة الشخص، والصوت، والملبس. والتي جميعها لا يكون بالإمكان التعرف عليها حال إتمام الصفقة على الإنترنت في التعاملات مع المتجر الإلكتروني، راجع: محمد مجيد كريم الإبراهيمي، معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، (٢٠١٧م)، ص ٦٨٤.

وخلاصة القول: إنَّ فاعلية حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني في النظام السعودي تعتمد على بناء بيئة قانونية آمنة للمستهلك من خلال توفير ضمانات قانونية له، يلجأ إليها عند الفصل في النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية. ولتحقيق ذلك شكَّلت المنظمُّ السعودي لجنة للنظر في دعاوى التجارة الإلكترونية بموجب المادة (١٩) من «نظام التجارة الإلكترونية»، واعتبرها الجهة المنوط بها النظر في الشكاوى والتظلمات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، أو حتى الدعاوى الجزائية المتعلقة بمخالفة أحكام «نظام التجارة الإلكترونية» أو لائحته التنفيذية، بدلاً من اللجوء إلى القضاء العادي؛ ضماناً لسرعة الفصل في مثل هذه النزاعات بالاستفادة من التقنية في إبلاغ الخصوم بالدعاوى المقامة أمام لجنة النظر في دعاوى التجارة الإلكترونية، وكذلك الإبلاغ بالقرار الصادر من اللجنة للطعن خلال ستين يوماً من تاريخ التبليغ بهذا القرار، وذلك عن طريق البوابة الإلكترونية عبر التسجيل فيها، ومنح كل خصم أو صاحب دعوى اسم مستخدم ورقماً سرياً لمتابعة موضوعه، حيث إن ذلك أكثر أماناً ويضمن سرعة وصول التبليغ إلى المدعى عليه أو المدعى عليهم في حال تعددهم، وفي هذا ضمان لتحقيق العدالة والمساواة لجميع الأطراف، ويحقق العلم بالقرارات التي يترتب عليها الطعن فيها أمام ديوان المظالم بأسرع وقت ممكن، وفقاً للمادة (٢٠) من «نظام التجارة الإلكترونية» التي أجاز فيها المنظمُّ السعودي التظلم من قرارات اللجنة أمام المحكمة الإدارية بديوان المظالم، وفقاً لأحكام نظام المرافعات أمام ديوان المظالم.

الخاتمة

في هذه الدراسة سعينا لإثارة جملة من التساؤلات بشأن ما يمكن تسميته «المتجر الإلكتروني ومقتضيات حماية المستهلك في النظام السعودي» في بلد يُعلي قيم المعلوماتية، ويسعى للإفادة منها لإنتاج أنظمة توافق احتياجاته، وتعكس تعاملًا موضوعيًا ومعظمًا مع إفرزات عصر التقنية، الذي صارت فيه التكنولوجيا الرقمية عصب بيئة الأعمال التجارية، وأضحت المتاجر الإلكترونية ظاهرةً حديثةً اجتاحت الأسواق السعودية والعالمية.

وفي ختام دراسة الموضوع توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات نُبيِّنُها في النقاط التالية:

أولاً: النتائج:

١. تبين لنا أنَّ المتجر الإلكتروني - بالرغم من حدوثه في السوق السعودية - سجل انتشاراً واسعاً، وأصبح من أهم المؤسسات التجارية على المستوى الوطني؛ بسبب تطور البنية التحتية الرقمية للاتصالات وتقنية المعلومات في المملكة العربية السعودية.

٢. أظهرت الدراسة أنَّ المتجر الإلكتروني - رغم تنظيمه بنصوص واضحة ضمن «نظام التجارة الإلكترونية» السعودي - مازال يعترض طريقه العديد من العقبات التي تحتاج إلى إصدار نظام خاص مستقل ينظم أحكامه.

٣. أصدرت المملكة العربية السعودية «نظام التجارة الإلكترونية» (١٤٤٠هـ/٢٠١٩م)، لتعزيز الثقة في معاملات التجارة الإلكترونية، وتوفير الحماية الكافية للمستهلك، ودعم التجارة الإلكترونية، وتعزيز الحماية القانونية للمتاجر الإلكترونية، وتوفير الحماية الأمنية، وتوفير بيئة إلكترونية جاذبة لممارسة التجارة، وإصدار نموذج موحد لعقود التجارة الإلكترونية يحفظ حقوق جميع الأطراف، ويحد من انتشار عقود الإذعان التي تفرض شروطاً مجحفة أحياناً على المشتري المضطر للشراء وتسلب حقوقه.

٤. يعد المتجر الإلكتروني وسيلة سهلة وسريعة وممتعة لجني الأرباح، وتساهم في حفظ الوقت والجهد، وخفض التكاليف، والترويج للسلع والخدمات بيسر وسهولة، وإتاحة المجال للمستهلك بالاطلاع على أحدث المنتجات ببساطة وبدون عناء، وذلك من خلال الدخول على موقع المتجر أو الحساب المتخصص عبر الإنترنت دون حاجة للانتقال بدياً من مكان لآخر.

٥. يواجه المتجر الإلكتروني تحديات متعددة، أبرزها: عدم إتاحة الفرصة للمستهلك بفحص المنتجات قبل شرائها، وصعوبة التحقق من شخصية البائع أو المشتري، واحتمالية تعرُّضه والحسابات الخاصة بالسلع والمنتجات للاختراق وانتهاك الخصوصية، بالإضافة لإمكانية التلاعب بمعلومات وبيانات المستهلك الشخصية.

٦. يعتبر عنصر الاتصال بالعملاء غاية المتجر الإلكتروني، ويتجسد العنصر الجوهري فيه بقدرته على جذب العملاء.
٧. تمنح حقوق الملكية الفكرية صاحب المتجر الإلكتروني حقاً مزدوجاً يتمثل في حقه المعنوي في نسبة الفكرة إليه، وحقه المادي المتمثل في نقل هذه الحقوق من عالم التفكير المجرد إلى عالم التنفيذ المادي الملموس ذي الأثر النفعي بحيث يرتب له حقوقاً حصرية مطلقة في استثمارها.
٨. إنَّ فاعلية حماية المستهلك في التعاملات مع المتجر الإلكتروني في النظام السعودي تعتمد على بناء بيئة قانونية آمنة للمستهلك، من خلال توفير ضمانات قانونية له يلجأ إليها عند الفصل في النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية.
٩. إنَّ أركان وشروط البيع والشراء عن طريق المتجر الإلكتروني هي ذاتها اللازمة لعقد البيع إذا تمَّ بالطريقة العادية في المتجر التقليدي، فعقدُ البيع الإلكتروني يحتاج لنفس الأركان والشروط للعقد العادي، ولا عبرة باختلاف الوسائل أو الأماكن ما دام أن الأركان والشروط متحققةً.
١٠. من مزايا المتجر الإلكتروني مساهمته في زيادة حجم التبادل التجاري، ودعم الاقتصاد السعودي، وفعالية وسرعة الاتصال حول العالم بشكل متواصل وعلى مدار (٢٤) ساعة، وسهولة الوصول لكافة شرائح المجتمع، وعدم الحاجة لموظفين ومقر عمل.

١١. يتكون عقد التجارة الإلكترونية من مجموعة من البنود أو الشروط التي تختلف بحسب طبيعة ونشاط كل متجر، ويترتب على أساس هذا العقد الذي يتم عبر شبكة الإنترنت حقوق والتزامات وواجبات لكل من المتجر الإلكتروني والمستهلك.

١٢. إنَّ من أهم ميزات عقود التجارة الإلكترونية أنها غالباً ما تكون عقوداً ذات طابع دولي، ومن هنا تظهر أهم العقبات التي تعترض طريق إسناد الاختصاص التنظيمي والقضائي لهذه العقود، خاصة وأن ضوابط الإسناد التقليدي تتطلب تركيز المعاملات التجارية تركيزاً مكانياً وهو ما يتناقض مع طبيعة المعاملات التجارية الإلكترونية.

١٣. إنَّ نجاح المتجر الإلكتروني يعتمد على بناء بيئة قانونية آمنة للمستخدمين من خلال توفير ضمانات قانونية عند الفصل في النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، ولتحقيق ذلك شكّل المنظم السعودي لجنة للنظر في دعاوى التجارة الإلكترونية بدلاً من اللجوء إلى القضاء العادي ضماناً لسرعة الفصل في مثل هذه النزاعات.

ثانياً: التوصيات:

في ضوء النتائج المتقدمة فإنَّ أهم التوصيات التي يمكن إبدائها في نهاية هذا البحث هي ما يلي:

١. ضرورة إصدار نظام خاص ينظم أحكام المتجر الإلكتروني بصورة مستقلة عن «نظام التجارة الإلكترونية»: يعزز من مكانته، ويدفع المستثمرين

في هذا المجال إلى الحرص على توفير المقومات اللازمة للنجاح في العمليات التجارية عبر الإنترنت.

٢. حرص المنظم السعودي على تعريف المتجر الإلكتروني تعريفاً دقيقاً في المادة الأولى من «نظام التجارة الإلكترونية»، والذي مهما بلغ سيكون قاصراً عن الإحاطة بالمتغيرات المتسارعة في مجموعة المعارف التقنية المتزايدة، لذا كان من الأجدى الاكتفاء بتحديد العناصر الواجب توفرها في المتجر الإلكتروني، وترك الأمر لتفسير الفقه والقضاء، فلا يستقيم مع فن الصياغة التشريعية أن يتطرق النظام لكل التفاصيل.

٣. ضرورة إلزام المتاجر الإلكترونية بكتابة اسم المنتج، وصفاته، وسعره، وتاريخ الاستلام، والمدة الزمنية للتوصيل، وإدراج صور فوتوغرافية واضحة، وبتوفير المنتجات والسلع عند الطلب.

٤. ضرورة إصدار التعليمات والقواعد القانونية الواضحة التي توفر السند القانوني والتسهيلات لأصحاب المتاجر الإلكترونية، وتحمي حقوق المستهلك والتاجر، وتمنع من أعمال القرصنة الإلكترونية على الأنشطة المالية التي تتم عبر الإنترنت.

٥. لم يُشر المنظم السعودي لإجراءات رهن المتجر الإلكتروني، ولم يضع القواعد المنظمة له، إذ يستلزم الأمر أن يُبيّن في «نظام التجارة الإلكترونية» أن يكون رهن المتجر الإلكتروني أو تقرير حق الانتفاع عليه حجة على الغير من تاريخ التأشير بذلك في سجل التجارة الإلكترونية.

٦. نشر الأحكام القضائية الصادرة في دعاوى التجارة الإلكترونية بشكل دوري.

٧. الحرص على التعاون مع الأشخاص الذين يمتلكون الحرفية في مجال التسوق والتجارة عبر الإنترنت والبحث عن الموهوبين في مجال التكنولوجيا والبرمجيات من أجل التطوير المستمر للنشاط التجاري، وهذا هو من أهم مقومات نجاح المتجر الإلكتروني.

٨. نشر الوعي العلمي والثقافي لدى الأفراد والشركات وتعليمهم طريقة التعامل الصحيحة عبر تكنولوجيا العصر الحديثة، مع توفير الحماية للمستهلك والتاجر من عمليات النصب والاحتيال؛ حتى يكون هناك ثقة متبادلة بين الطرفين من خلال التعامل عبر المتجر الإلكتروني.

٩. إنَّ عدم الاستعداد في الجانب القضائي للتصدي لمشكلات التعاملات الإلكترونية يشكل عائقاً وتحدياً كبيراً لتطبيق نظام التعاملات الإلكترونية، لذا نوصي بتأهيل القضاء لمواجهة مشاكل المتعاملين بالتجارة الإلكترونية بجميع أنواعها من انتهاكات واختلاسات وتجاوزات وخداع وغيرها، فكل هذه المشاكل بحاجة لقضاء مؤهل ومستعد لحلها.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

١. ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر.
٢. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية.
١. أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكتروني، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، (٢٠٠٨م).
٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، (٢٠٠٢م).
٣. د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، (٢٠٠٠م).
٤. د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، بدون سنة نشر.
٥. د. أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
٦. د. أسامة مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، (٢٠٠٣م).
٧. د. حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، (٢٠٠٠م).
٨. د. حسني الجندي، الحماية الجنائية للمستهلك، دار النهضة العربية.
٩. حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، الجزائر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (٢٠١٢م).

١٠. د. خالد إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الإسكندرية، الدار الجامعية، (٢٠٠٧م).
١١. د. خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، القاهرة، دار النهضة العربية، (١٩٩٦م).
١٢. د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، (٢٠٠٢م).
١٣. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، (٢٠٠٦م).
١٤. د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، عمان، مكتبة دار الثقافة والنشر، (١٩٩٥م).
١٥. د. سليمان محمد الشدي، طرق حماية التجارة الإلكترونية: دراسة في أنظمة المملكة العربية السعودية وبعض القوانين العربية والعالمية مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، (١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م).
١٦. د. سميحة القليوبي، المحل التجاري، دار النهضة العربية، (٢٠٠٠م).
١٧. د. سمير برهان، العقود والاتفاقيات في التجارة الإلكترونية، (إبرام العقد في التجارة الإلكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، (٢٠٠٧م).
١٨. شبيب ناصر البوسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الإلكترونية، القاهرة، مركز الغندور، (٢٠١٠م).
١٩. د. طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية، الدار الجامعية، (٢٠٠٣م).
٢٠. د. طارق طه، التسويق بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، (٢٠٠٤م-٢٠٠٥م).



٢١. عامر محمود الكسواني، الملكية الفكرية ماهيتها وحمايتها، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، دار الجيب للنشر والتوزيع، (١٩٩٨م).
٢٢. د. عبد الفتاح حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، (٢٠٠٥م).
٢٣. د. عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
٢٤. د. عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، (٢٠٠٢م).
٢٥. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (٢٠١٢م).
٢٦. علي بن أحمد المرادوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي.
٢٧. د. علي حسن يونس، المحل التجاري، القاهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، (١٩٧٤م).
٢٨. د. علي سيد قاسم، قانون الأعمال (وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، (٢٠٠٠م).
٢٩. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، (٢٠٠٧م).
٣٠. د. فرحة زراوي صالح، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، (٢٠٠٦م).
٣١. د. فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، (٢٠٠٦م).



٣٢. قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، القاهرة، دار النهضة العربية، (٢٠١٤م).
٣٣. كامران الصالحي، بيع المحل التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٩٩٨م).
٣٤. د. محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، عمان، الأردن، دار الثقافة، (٢٠١١م).
٣٥. د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨م.
٣٦. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، (٢٠٠٤م).
٣٧. د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، (٢٠٠٩م).
٣٨. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، (٢٠٠٣م).
٣٩. محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، (٢٠٠١م).
٤٠. د. مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دار النهضة العربية، (٢٠٠٠م).
٤١. د. مصطفى العطيّات، الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الإلكترونية، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، (٢٠١١م).
٤٢. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، (٢٠٠٩م).
٤٣. منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.



٤٤ . يورك برس، الشراء والبيع عبر الإنترنت، مكتبة لبنان، طبعة (٢٠٠٢م).

ثانياً: البحوث المنشورة في المجلات والدوريات:

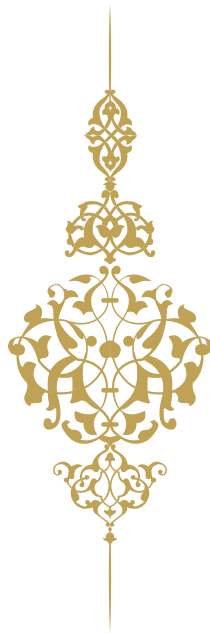
١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحق مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول للجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، كلية شرطة دبي، (٢٦-٢٨ أبريل ٢٠٠٣م).
٢. د. أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة التاسعة عشرة، جامعة الكويت، (١٩٩٥م).
٣. د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، (١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م).
٤. د. أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، القاهرة، جامعة الدول العربية، (يناير ٢٠٠٤م).
٥. رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء موقع الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٢٢، (٢٠٠٥م).
٦. د. رشا محمد تيسير خطاب ود. مها يوسف خصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والأربعون، (٢٠١١م).
٧. سلام الفتلاوي، ومحمد الأسدي، ورزاق الغراوي، وسائل حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون - الالتزام بالإعلام القانون أنموذجاً، مجلة الكوفة، العدد (٤٤).

٨. حنان مليكه، مقال: المتجر الإلكتروني، مجلة جامعة البعث للعلوم الإنسانية، سورية، العدد رقم ٥٥، المجلد ٤٠، سنة ٢٠١٨ م.
٩. د. حورية بورنان، تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجاري، مجلة الفكر، العدد الثالث.
١٠. عبد الرزاق عمر جاجان الزايد، حقبة مقرر قانون التجارة الإلكترونية، جامعة الملك عبد العزيز الدراسات العليا، جدة، المملكة العربية السعودية، (د. ت.).
١١. عبد الله الجربوع وأسماء أكلي، حماية المستهلك من الإعلانات المضللة في النظام السعودي والقانون الإماراتي، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ١، (١٠).
١٢. م. م. محمد مجيد كريم الإبراهيمي، إشكالية حماية الاسم التجاري للمحلات التجارية عبر الإنترنت في القانون العراقي، مجلة جامعة ذي قار، المجلد الثالث عشر، العدد الثالث، أيلول (٢٠١٨ م).
١٣. محمد مجيد كريم الإبراهيمي، معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها - دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٧ م.

ثالثاً: القوانين والتشريعات:

١٤. نظام التجارة الإلكترونية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٦) وتاريخ ١٤٤٠/١١/٧هـ، المنشور في جريدة أم القرى بتاريخ ١٤٤٠/١١/٢١هـ العدد ٤٧٨٩.

١٥. اللائحة التنفيذية لنظام التجارة الإلكترونية، الصادرة بقرار وزير التجارة والاستثمار رقم (٢٠٠) وتاريخ ١٩/٥/١٤٤١هـ، المنشورة في جريدة أم القرى بتاريخ ٦/٦/١٤٤١هـ، العدد ٤٨١٦.
١٦. الدليل الإرشادي للمتاجر الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية، لسنة ٢٠١٩م، مطبوعات وزارة التجارة السعودية.
١٧. القانون الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٢٤)، لسنة ٢٠٠٦م في شأن حماية المستهلك.
١٨. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١)، لسنة ٢٠١٠م، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٨/٢/٢٠١٠م.
١٩. القانون المصري رقم (١٨١)، لسنة ٢٠١٨م بشأن حماية المستهلك، المنشور بالجريدة الرسمية العدد (٣٧) تابع بتاريخ ١٣/٩/٢٠١٨م.
٢٠. مجموعة المبادئ التي قررتها هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم، الأعوام (١٤٠٧-١٤٢٣هـ)، جمع / إبراهيم بن عبد الله العجلان، عضو الدائرة التجارية الثالثة بديوان المظالم، إعداد وتنسيق / إبراهيم بن شايح الحقييل، رئيس الدائرة التجارية الثانية بديوان المظالم، غير مطبوعة.
٢١. مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة ٢١.





التزام المؤمن له بتقديم البيانات المتعلقة
بالخطر قبل وقوعه والإبلاغ بوقوعه في عقد
تأمين المركبات

د. علي بن إبراهيم بن عبد الله الدهيمي

أستاذ القانون الخاص المشارك، قسم القانون

كلية العلوم والدراسات الإنسانية بحريملاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

يفرض عقد التأمين على المؤمن له تقديم كافة البيانات التي تمكن المؤمن من تقدير حقيقة الخطر المؤمن منه عند إبرام عقد التأمين، ويستمر هذا الالتزام طيلة فترة التغطية التأمينية فيلتزم المؤمن له بإحاطة المؤمن بالظروف التي من شأنها زيادة المخاطر أثناء تنفيذ العقد، وهذه البيانات تساعد المؤمن على تحديد موقفه من التأمين، وتحديد قيمة مبلغ التأمين بناءً على درجة جسامته الخطر، ويستمر التزام المؤمن له حتى بعد وقوع الخطر المؤمن منه، بواجب إخطار المؤمن بوقوع الخطر، وتفرض بعض عقود التأمين عادة هذا الواجب خلال مدة معينة، ليتمكن المؤمن من اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب، فيستوثق من الخطر وحقيقته، والمسؤولية الناجمة عنه، ويعمل على عدم ازدياد الخطر وتفاقمه، ورغم أهمية هذه الالتزامات إلا أننا نجد أن عقود التأمين درجت على تعديل قواعد المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بهذه الالتزامات، لتصل إلى تشديدها، بتملك اشتراك التأمين رغم فسخ العقد، أو بتعطيل حق المؤمن له في الحصول على التعويض التأميني، الأمر الذي دعا إلى بحث ماهية التزام المؤمن له بتقديم البيانات وإخطار المؤمن بوقوع الحادث، وتوصيف نطاق هذه الالتزامات، وأثر إخلال المؤمن له بها، ضمن عنوان الدراسة (التزام المؤمن له بتقديم البيانات المتعلقة بالخطر قبل وقوعه والإبلاغ بوقوعه في عقد تأمين المركبات).



أهمية البحث:

يحقق التأمين مزايا عدة للمؤمن له، يحول دونها عدم قيام المؤمن له بالتزاماته بتقديم البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه قبل وقوعه، وإخطار المؤمن بعد وقوعه خلال مدة معينة، ومن هنا تظهر أهمية هذه الدراسة في بيان ماهية هذه الالتزامات، وحقيقتها، وطريقة تنفيذها، والآثار الناجمة عن الإخلال بها، وتزيد أهمية الدراسة عندما يظهر من عقود التأمين تشديد آثار الإخلال بهذه الالتزامات، لتصل إلى عدم استحقاق المؤمن له للتعويض التأميني في جانب، وفي جانب آخر تملك الاشتراك التأميني مع إفراغ العقد من محله بفسخه، ما يستلزم بحث الموقف النظامي من تلك الشروط المشددة.

مشكلة البحث:

تتجسد مشكلة الدراسة في تأثير التزام المؤمن له بتقديم البيانات عند التعاقد وأثناء تنفيذ العقد، والإبلاغ عند وقوع الخطر، على استحقاقه للتعويض التأميني، مع اكتناف هذه الالتزامات بعض الغموض في تحديد نطاقها، وكيفية تحقق قيام المؤمن له بها، مع تشديد مسؤوليته عند الإخلال بهذه الالتزامات، الأمر الذي يطرح عدة تساؤلات عن ماهية التزام المؤمن له بتقديم البيانات، والتزامه بإبلاغ المؤمن عند وقوع الحادث، ونطاق هذه التزامات، وكيفية الوفاء بها، وما أثر إخلال المؤمن له بها؟ وما مدى جواز تشديد المسؤولية العقدية لتصل إلى تملك الاشتراك رغم فسخ العقد، أو إسقاط حق المؤمن له في الحصول على التعويض التأميني عند التأخر في إبلاغ المؤمن له عند وقوع الخطر؟ وما هي الحماية النظامية التي قدمها

النظام لتحقيق التوازن في حماية طرفي عقد التأمين؟ وما موقف لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية من إخلال المؤمن له بهذه الالتزامات؟ والشروط المشددة للمسؤولية؟ كل هذه التساؤلات نجيب عنها من خلال هذه الدراسة.

منهج البحث:

تعتمد الدراسة في سبيل الإجابة على مشكلاتها على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال وصف موضوع الدراسة، وتحليل عناصرها المحيطة بها وتفسيرها، بما يتحقق معه أهداف الدراسة، مع الاعتماد وبشكل ثانوي على المنهج المقارن للوقوف على الآلية التي سعى من خلالها القانون المصري والقانون الكويتي والقانون الأردني والقانون الإماراتي في حماية أطراف عقد التأمين فيما يتصل بتشديد المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات، للنظر في الحلول الأكثر ملاءمة والخروج بتوصيات تساهم في تحقيق التوازن بين مصالح المؤمن والمؤمن له، مع الاستعانة بالمنهج التطبيقي بإلقاء الضوء على بعض القرارات التي صدرت بشأن هذه الالتزامات.

خطة الدراسة:

تقوم الدراسة على عنصرين أساسيين: الأول يتعلق ببيان ماهية الالتزام وتوصيف نطاقه، والثاني في أثر الإخلال به؛ لذا يظهر لنا أن الاعتماد في خطة الدراسة على التسلسل الشائبي كفيلاً بتحقيق غاياتها، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المقدمة:

وتحوي أهمية البحث ومشكلته ومنهجه وخطة الدراسة.

المبحث الأول: نطاق التزام المؤمن له بتقديم البيانات، والإخطار في عقد

تأمين المركبات:

المطلب الأول: التزام المؤمن له بتقديم البيانات قبل وقوع الخطر.

المطلب الثاني: التزام المؤمن له بإخطار المؤمن بوقوع الخطر.

المبحث الثاني: أثر إخلال المؤمن له بتقديم البيانات، والإخطار في عقد

تأمين المركبات:

المطلب الأول: أثر إخلال المؤمن له بتقديم البيانات قبل وقوع الخطر.

المطلب الثاني: أثر إخلال المؤمن له بالإبلاغ عند وقوع الخطر.

الخاتمة:

وتحوي النتائج والتوصيات.

قائمة المراجع.

التمهيد

يرتب عقد التأمين نقل عبء آثار الخطر المؤمن منه من المؤمن له إلى المؤمن، لذلك كان من لوازم العقد معرفة المؤمن لحقيقة الخطر ودرجته، ليتمكن من تحديد قدرته التأمينية على تغطية هذا الخطر من عدمها، وتحديد مبلغ الاشتراك المناسب، والمؤمن عند إبرام عقد التأمين يبني التأمين على ما يحيط بالخطر من ظروف وقت التعاقد، دون أن يمكنه التنبؤ بما قد يحصل في المستقبل، وإذا كان الخطر هو العنصر المؤثر في التزام المؤمن فإن هذا يقتضي عدم تعديله أو تغييره، إلا أن هذا غير متحقق في عقود التأمين، لكون ظروف الخطر قابلة للتغيير والتعديل سواءً بفعل المؤمن له أو بغير فعله، بما يرتب زيادة في جسامه الخطر المؤمن منه، لذلك كان لزاماً على المتعاقد أن يحيط المؤمن بالظروف التي تزيد من المخاطر، حتى يحدد المؤمن مصير العقد بعد التغير الطارئ على المحل، لتحقيق التوازن العقدي، ثم إذا وقع الخطر المؤمن منه التزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض التأميني، لذا وجب إخطاره وإبلاغه بوقوع الخطر ليتسنى له التحقق من وقوع الحادث وفقاً لشروط وثيقة التأمين، واتخاذ الإجراءات اللازمة للحد من الخطر، بالإضافة إلى معرفة آثاره ونتائجه وما يلتزم به من تعويض، حتى يعمل على ضبط حساباته ويتأكد من حجم التزاماته قبل عملائه.

ورغم أهمية هذه الالتزامات قد يخفى على المؤمن له ماهية البيانات اللازم تقديمها، وماهية الظروف المؤثرة في الخطر المؤمن منه، ووقت تقديمها، كما قد يواجه المؤمن له ظروفاً تساهم في تأخره عن إبلاغ المؤمن، ومن هنا

ولأهمية هذه الالتزامات كان من الجدير تسليط الضوء عليها، ودراسة آثار الإخلال بها، من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: نطاق التزام المؤمن له بتقديم البيانات، والإخطار في عقد تأمين المركبات

المبحث الثاني: أثر إخلال المؤمن له بتقديم البيانات، والإخطار في عقد تأمين المركبات.

المبحث الأول

نطاق التزام المؤمن له بتقديم البيانات، والإخطار في عقد تأمين المركبات

تتدرج التزامات المؤمن له في عقد التأمين فيما يتصل بالخطر المؤمن منه، بين التزامات سابقة لوقوع الخطر تبدأ من مرحلة إبرام عقد التأمين، وتستمر طيلة فترة التنفيذ بالتزامه بإبلاغ المؤمن بأية ظروف من شأنها زيادة الخطر المؤمن منه، حتى إذا ما وقع الخطر التزم المؤمن له بإخطار المؤمن بوقوع الخطر خلال مدة محددة، ولذا ظهر لنا تقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين: الأول لدراسة التزامات المؤمن له قبل وقوع الخطر، والثاني لالتزامه بإخطار المؤمن بعد وقوع الخطر.

المطلب الأول: التزام المؤمن له بتقديم البيانات قبل وقوع الخطر:

يعد الخطر هو محل عقد التأمين الرئيسي، لذا كان من الواجب على المؤمن له أن يحيط المؤمن إحاطة تامة بكافة البيانات اللازمة لتمكينه من تقدير الخطر المؤمن منه، وبجميع الظروف التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى زيادة هذا الخطر، ويتعين على المؤمن له تقديم البيانات اللازمة وقت إبرام عقد التأمين؛ لأنه الوقت الذي يقرر فيه المؤمن قبول التأمين ويحدد فيه مقدار الاشتراك، فيجب أن يكون المؤمن في هذا الوقت محيظاً بمدى جسامته الخطر الذي يؤمنه حتى يكون دخوله في العقد على بينة، ولا يمكن له ذلك ما لم يقم المؤمن له بتقديم جميع البيانات اللازمة^(١).

(١) ينظر: الوسيط، للسهنوري، ١٢٤٨/٧.

وهذا الالتزام تفرضه القواعد العامة التي تقضي بأن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة^(١)، كما أكدت اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني على أن: «يكون الطلب الصادر من العميل أو من يمثله هو الأساس للمعلومات الواردة في الوثيقة، وعند تعبئة الطلب يجب الأخذ في الاعتبار بالآتي: ٢...- الإدلاء بجميع الحقائق الجوهرية المتعلقة بمحل التأمين»^(٢).

وفي هذا الإطار نصت اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين على أنه: «يجب إبلاغ العملاء عن واجبهم بالإفصاح عن معلومات دقيقة وذات صلة عنهم في كل مراحل التعامل مع الشركة، على سبيل المثال لا الحصر عند تعبئة نموذج طلب التأمين...»^(٣)، كما نصت فيما يتعلق بـ «التزامات العميل: ... ٤٢. قبل إبرام وثيقة التأمين، يجب على الشركات تبليغ العملاء بالتزاماتهم الرئيسية بموجب وثيقة التأمين لدفع الأقساط في وقتها، وتوفير

(١) ينظر: مصادر الالتزام أنور سلطان، ص ١٠١. على أنه يوجد خلاف عند بعض شراح القانون حيال تحديد أساس الالتزام حول تأسيسه على القواعد العامة المتعلقة بصحة الرضى، أو المتعلقة بتعيين المحل، أو تأسيسه على فكرة الطبيعة الاحتمالية لعقد التأمين أو فكرة ضمان العيوب الخفية، أو مبدأ حسن النية، أو الالتزام السابق على التعاقد. ينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٠٠. وينظر: التأصيل القانوني للالتزام بالإعلان عن الخطر في عقد التأمين، ص ٥٣.

(٢) المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٥٩٦/١)، وتاريخ ١/٣/١٤٢٥هـ.

(٣) المادة (٣٢) من اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين، الصادرة بتاريخ ١٦/٩/٢٠٠٨م.

إفصاح كامل وعادل عن كافة المعلومات ذات الصلة والضرورية لتحديد احتياجات التأمين وتغطية المخاطر»^(١).

وإذا اتضحت الغاية من هذا الالتزام والمتمثلة في تحديد المؤمن لموقفه من قبول التأمين وتحديد الاشتراك، كان جلياً عدم اقتصار البيانات على الخطر وحده، وإنما تتجاوزه لكل ما من شأنه التأثير في قرار المؤمن، مما يعلمه المؤمن له، ويخفى على المؤمن، فالبيانات التي يلتزم المؤمن له بتقديمها، هي التي تتحقق فيها ثلاثة أوصاف:

الأول: أن تكون البيانات مؤثرة في الخطر:

يلتزم المؤمن له بأن يحيط المؤمن علماً بكل بيان متعلق بالخطر، إذا كان من شأنه التأثير في جسامته الخطر أو في تحديد آثاره، أو أوصافه، والبيانات التي تؤثر في الخطر، وتمكن المؤمن من تقديره نوعان:

أ. بيانات موضوعية: تتعلق بموضوع الخطر المؤمن منه، فتشمل الصفات الجوهرية للخطر، وما يحيط به من ظروف وملابسات يكون من شأنها تكييفه تكييفاً دقيقاً، وبمعرفة هذه البيانات يتمكن المؤمن من تقدير الاشتراك المناسب للخطر، ومقدار ما يحمل محفظته التأمينية، ويدخل ضمن هذه البيانات نوع السيارة المؤمن عليها، وقوتها، وتاريخ صنعها، وتاريخ شرائها، وقيمتها السوقية وقت التأمين، والأغراض التي تستعمل فيها، والملحقات التي تمت إضافتها، ومهنة صاحب السيارة.

(١) المادة (٤٢) من اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين.

ب. بيانات شخصية: تتعلق بشخص المؤمن له، تجعل المؤمن يطمئن حيال قدرة المؤمن له في تجنب الخطر، ومدى جديته في تنفيذ التزاماته، ومنها على سبيل المثال عمر المؤمن له، والحوادث المرورية السابقة، وإن كان لديه مركبات لم يؤمن عليها^(١).

الثاني: أن تكون البيانات معلومة للمؤمن له:

وهذا الوصف بدهي، لأنه لا يمكن تكليف المؤمن له بما لا يعرفه، ومن التعتت إلزامه بتقديم بيانات يجهلها، والمعتبر استطاعة العلم، ولا يشترط العلم الفعلي، فكل بيان يعلمه المؤمن له أو يستطيع معرفته، ويكون من شأنه التأثير على الخطر، يتعين عليه تقديمه للمؤمن عند إبرام العقد، مع ملاحظة الفرق بين جهل المؤمن له لواقعة تتعلق بالخطر، وبين تقديم معلومات خاطئة أو ترك تقديم معلومات تتعلق بالخطر رغم معرفته بها بحسن نية، إذ انتفاء العلم ينفي وجود الالتزام، وعدم تقديم المعلومة ولو بحسن نية قد يثير مسؤوليته^(٢).

(١) ينظر: الوسيط، للسهنوري، ٧/ ١٢٥٠. وينظر: المسؤولية المدنية لأطراف العلاقة التأمينية، الشلاحي، ص ٢٥٦. وينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٢٠. وينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٥٩. وعُرِّفَت الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي الحقيقة الجوهرية التي يتعين على المؤمن له الإدلاء بها عند إبرام عقد التأمين في الفقرة (١٦) من التعريفات بأنها: «أي معلومة قد تؤثر على قرار الشركة في تحديد الاشتراك بنسبة ٢٥٪ وأكثر أو على شروط الوثيقة أو قبول المطالبة».

(٢) ينظر: الوسيط، للسهنوري، ٧/ ١٢٥٣. وينظر: المسؤولية المدنية لأطراف العلاقة التأمينية، الشلاحي، ص ٢٥٦. وينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٢٣. وينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٦٣.

الثالث: أن تكون البيانات مجهولة للمؤمن:

يلزم أن تكون البيانات التي لدى المتعاقد مجهولة من جانب المؤمن، لأن الحكمة من هذا الالتزام إعلام المؤمن ليكون قادراً على اتخاذ قراره، ويتنافى مع هذه الحكمة علم المؤمن المسبق بالخطر وظروفه، لأن إخباره لن يؤثر في قراره؛ لمعرفته السابقة، إلا أن عبء إثبات معرفة المؤمن يقع على عاتق المؤمن له، ومن الأمثلة التي يمكن ذكرها، ما لو كان المؤمن له قد تعرض لحادث مروري في السنة السابقة لطلب التأمين وكان عميلاً للمؤمن وقدم إليه طلب التعويض عن الأضرار، أو أن يخبر المؤمن مثلاً بأن قطع الغيار لسيارته المؤمن عليها مرتفعة القيمة لدى وكالتها؛ لأن هذه المعلومة ينبغي أن يكون المؤمن محيطاً بها لأنها هي مجال عمله واختصاصه^(١).

والمرجع في تقدير ما إذا كانت البيانات متعلقة ومؤثرة في الخطر ومقدار الاشتراك من عدمه هو المؤمن نفسه^(٢)، إذ هو الذي يقوم بعمليات التأمين وإعداد الإجراءات الإحصائية اللازمة له، وهذا الأمر جعل شركات التأمين تلجأ إلى وضع نماذج موحدة تتضمن كافة البيانات المؤثرة، وإن كان النموذج لا يعني بالضرورة عدم التزام المؤمن له بتقديم بيانات أخرى قد تكون مهمة، إلا أن ترك المؤمن لها وعدم تضمينها النموذج قد يعني المؤمن له حسن النية؛ فلا يجعله مسؤولاً في مواجهة المؤمن، لأن المؤمن له

(١) ينظر: المسؤولية المدنية لأطراف العلاقة التأمينية، الشلاحي، ص ٢٥٧. وينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٢٤.

(٢) ينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١١٩. وينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٥٩.

العادي عادة ما يجهل أهمية البيانات التي لديه^(١)، ولذلك أشارت اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين إلى أنه: «لا يتوقع من العميل أن يفصح لشركة سوى عن المعلومات التي تعتبر معلومات ذات صلة بنظر الشخص العادي»^(٢)، فالمعيار لمسؤولية المؤمن له تبصر الشخص العادي وقدرته على معرفة البيانات ذات الأهمية والصلة وما لا يمكنه إدراكه^(٣).

كما يحسن التفريق في تلك النماذج بين ما يجب عنه المؤمن له بخلاف الحقيقة، وما يتركه دون إجابة، فما يجب عنه بخلاف الحقيقة يثير مسؤوليته، أما ما يتركه المؤمن له دون إجابة إما لعدم فهمه للسؤال، أو اعتقاده عدم أهميته، فالقول فيه يحتاج إلى استحضار أمرين: الأول: أن وضع المؤمن للمعلومات المطلوبة في النموذج يعني أنها ذات أهمية، وأنها جوهرية في العقد لذا يجب على المؤمن له تقديمها، وأن عدم تقديمها يعد تقصيراً منه وتفريطاً^(٤)، والأمر الثاني: أن قبول المؤمن للنموذج فارغاً من الإجابة على بعض البيانات يعد بمثابة التنازل من جانبه عن التمسك بجوهرية البيان^(٥)، والذي يظهر وجوب تغليب الأمر الثاني على الأول لعدة أمور، منها قلة خبرة المؤمن له في مقابل احترافية المؤمن، لذا فإن ما يقع على عاتق الأخير

(١) ينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٢٧. وينظر: الوسيط، للسهنوري،

١٢٥٥ / ٧. وينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢١٠.

(٢) المادة (٤٢) من اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين.

(٣) ينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٦١.

(٤) ينظر: الوسيط، للسهنوري، ١٢٥٥ / ٧.

(٥) ينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٦٢.

ينبغي أن يكون مناسباً لما لديه من القدرات، بالإضافة إلى أن ما تجري عليه بعض الوثائق من تعدد صفحاتها وكثرة البيانات المطلوبة فيها، وتضمنها لبيانات جوهرية وغير جوهرية يشق على المؤمن له، لاسيما مع ما يلاحظ عند بعض الشركات من قيام الموظف المختص بطلب الإجابة على بيانات يحددها بنفسه، تاركاً بقية البيانات بما يوحي بعدم أهميتها، وأهم من هذا وذلك أن قبول المؤمن لاحقاً على تقصير المؤمن له فهو تنازل منه ورضى، وإن كان هذا القول لا يعني إغفال مسؤولية المؤمن له كلية، فما يكون من البيانات مؤثراً بشكل يظهر من ترك الإجابة عليه سوء النية فإن مثل هذه البيانات لا ينبغي إعفاء المؤمن له عن مسؤولية سكوته عنها^(١)، وتقدير هذا الأمر يرجع إلى قاضي الموضوع، ولذا نجد أن اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين أوجبت على الشركات التي تقوم ببيع وثائق التأمين أن تستكمل نموذج تقصي بيانات العميل، ونصت على أنه: «إذا لم يكن نموذج تقصي الحقائق في الملف أو تمت تعبئته على نحو ضعيف أو بصورة غير كاملة، فمن المحتمل أن يؤدي ذلك إلى تسوية الخلاف لمصلحة العميل»^(٢).

(١) ولذلك نجد أن الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي فرقت في الفقرة الثانية من المادة الثامنة بين جزاء الإدلاء بمعلومات غير صحيحة وجزاء إخفاء المعلومات، فجعلت جزاء الإدلاء بمعلومات غير صحيحة حق شركات التأمين في الرجوع على المؤمن له مطلقاً، وأما في حالة عدم ذكر المعلومات فجعلت الجزاء فيه الرجوع إذا كان الإخفاء لحقيقة جوهرية.

(٢) المادة (٣٩) من اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين. وتؤكد بعض وثائق التأمين على ضرورة التزام المؤمن له بالإجابة على طلب التأمين، وأن مسؤولية الشركة تتوقف على قيام المؤمن له بهذا الالتزام ومن ذلك ما ورد في وثيقة التأمين الشامل لشركة ميد غلف: «إن مراعاة وتنفيذ أحكام هذه الوثيقة إلى المدى الذي يتعين على المؤمن له =

كما يقع على المؤمن له بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، وبموجب عقد التأمين، الالتزام بإخبار المؤمن بكل ما يستجد من ظروف تؤثر في الخطر محل التأمين، حتى يكون المؤمن على بينة من المخاطر التي تطرأ على عقد التأمين أثناء سريانه، وينصبُّ هذا الالتزام على البيانات التي تؤثر جوهرياً على الخطر، إما بزيادة نسبة احتمال وقوعه، أو بزيادة درجة جسامته، بحيث يترتب على ذلك ظهور الخطر بحالة لو كانت موجودة وقت إبرام العقد لكان المؤمن قد اتخذ موقفاً مغايراً، إما بعدم التعاقد، أو التعاقد نظير مقابل أكبر يناسب حالة الخطر الجديدة، كأن يقوم المؤمن له بتغيير استعمال سيارته من الاستعمال الخاص، إلى النقل العام سواء للأشخاص أو البضائع، أو أن يضيف عربة للأمتعة ملحقة بالمركبة^(١).

وتشكل القواعد العامة أساساً لهذا الالتزام، لأن عقد التأمين يعد من العقود مستمرة التنفيذ، فما يطرأ على المحل يجب بيانه، منعاً للجحالة، بالإضافة إلى ما جرى عليه العرف التأميني^(٢)، والأعراف تعد مصدراً من

= أو شخص يطالب بالتعويض.. وكذلك صدق إقراراته وإجاباته على الأسئلة الواردة في طلب التأمين، تعد شرطاً أساسياً على ترتب أية مسؤولية من قبل الشركة لدفع أي مبلغ بموجب هذه الوثيقة».

(١) ينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢١٢. وينظر: المسؤولية المدنية لأطراف العلاقة التأمينية، الشلاحي، ص ٢٦٠. وعلى سبيل المثال نصت وثيقة تكافل الراجحي للتأمين الشامل في الفقرة العاشرة من الأحكام العامة على أنه: «يجب أن يقدم المشترك إشعاراً خطياً للشركة خلال (١٠) عشرة أيام عمل بأي تعديلات تحدث للمركبة، ويمكن أن تؤثر بشكل جوهري في تقدير الشركة في البت في قبول الخطر أو رفضه، أو قبوله بشروط إضافية مع دفع قسط اشتراك إضافي».

(٢) ينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٦٥.

مصادر الالتزام؛ لأن تحديد مستلزمات أي عقد إما أن يكون من خلال الشروط المكتوبة في العقد^(١)، أو النصوص النظامية المتعلقة بالعقد، أو الأعراف، أو طبيعة العقد^(٢).

وغالباً ما تسعى شركات التأمين إلى تلافي بعض الظروف التي تزيد من الخطر باستبعادها من التغطية التأمينية في عقد التأمين، لضمان عدم زيادة الخطر المؤمن منه ومن ثم حدوث اختلال في التوازن العقدي، ومن ذلك تضمين بعض وثائق التأمين شرط استبعاد تركيب مقطورة سحب خلف

(١) وجاء النص على هذا الالتزام في الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي على المركبات حيث ورد في الفقرة الأولى من المادة السابعة: «على المؤمن له إشعار الشركة خلال عشرين يوم عمل عن أي تغيير جوهري في شيء صرح به في نموذج التأمين، وعلى الشركة إخطار المؤمن له في حال رغبتها في زيادة مبلغ إضافي على الاشتراك أو إعادة جزء منه في حال خفض الاشتراك، وعدم إخطار الشركة للمؤمن له يعني موافقتها على استمرار التغطية بذات الاشتراك المتفق عليه عند التعاقد». ومن النصوص التي توردها الشركات في وثائقها حول هذا الالتزام ما جاء في وثيقة شركة ميد غلف للتأمين الشامل في الفقرة (١٤) من الشروط: «على المؤمن له إشعار الشركة كتابياً خلال عشرين يوم عمل عن أي تغيير جوهري صرح به في نموذج طلب التأمين، ويجب على الشركة إشعار المؤمن له خلال ثلاثة أيام عمل تبدأ من تاريخ تلقيها الإشعار المذكور في حال رفض تغطية المؤمن له تأمينياً». ومن ذلك ما جاء في وثيقة تكافل الراجحي للتأمين الشامل في الفقرة (١٠) من الأحكام العامة: «يجب أن يقدم المشترك إشعاراً خطياً للشركة خلال عشرة أيام عمل بأي تعديلات تحدث للمركبة، ويمكن أن تؤثر بشكل جوهري في تقدير الشركة في البت في قبول الخطر أو رفضه، أو قبوله بشروط إضافية مع دفع قسط اشتراك إضافي».

(٢) ينظر: شرح القانون المدني، د. عدنان السرحان ود. نوري حمد، ص ٢٣٨، وينظر: مصادر الالتزام في القانون المدني، د. أنور سلطان، ص ٢٠٨. وينظر: مصادر الالتزام، د. عبد القادر الفار، ص ١٢٦.

المركبة من التغطية التأمينية^(١)، واستبعاد التأمين عند استخدام السيارة خارج الطرق المعبدة، أو استخدامها في السباقات^(٢)، وفي هذه الحالات لا يلتزم المؤمن له بإبلاغ المؤمن بتلك الظروف عند تحققها؛ لأنها مستبعدة أصلاً من ضمان المؤمن، ومن ثم فإن أي حادث أو تلف يحدث بسببها يكون خارج التغطية التأمينية^(٣).

ويتحدد نطاق الالتزام بإخبار المؤمن بالظروف التي تؤدي إلى تفاقم الخطر، إذا توفر في تلك الظروف الشروط الآتية:

الأول: أن تكون الظروف مستجدة بعد إبرام العقد: أما الظروف السابقة على التعاقد والتي تؤثر في فكرة الخطر لدى المؤمن فإنها تخرج من نطاق الالتزام بالإخبار بتزايد الخطر، لأن محل الإخبار بها عند التعاقد، وعدم ذكرها أثناء التعاقد إخلال من قبل المؤمن له.

الثاني: أن تكون الظروف اللاحقة مؤثرة في الخطر المضمون: فمن ناحية يجب أن تكون الظروف متعلقة بالخطر المضمون، ومن ناحية يجب أن تكون مؤثرة فيه، ويتجلى هذا التأثير في صورتين:

(١) ومن ذلك ما جاء في وثيقة التأمين الشامل لشركة التعاونية تحت بند الاستثناءات: «لن تكون الشركة مسؤولة عن التعويض عما يلي: ٧. الخسارة أو الضرر لأي مقطوع إلا إذا أعلن عنها صراحة وبالتحديد في جدول الوثيقة»، ومثلها في وثيقة التأمين الشامل لشركة أسيج في الفقرة (د) من الاستثناءات.

(٢) ومن ذلك: وثيقة التأمين الشامل لشركة التعاونية في الفقرة (١٠) من الاستثناءات. والفقرة (ج) من الاستثناءات في وثيقة التأمين الشامل لشركة أسيج. والفقرة (١٥) من الاستثناءات في وثيقة التأمين الشامل لشركة تكافل الراجحي.

(٣) ينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢١٨، و ٢٢٣.

أ. أن تكون الظروف مؤثرة في درجة احتمال وقوع الخطر: بحيث تزيد من فرص تحققه، ويُضرب مثالاً لذلك بتغيير نشاط المركبة من الاستعمال الخاص، إلى النقل التجاري، أو أن يقرر في التأمين الشامل أن وقوف السيارة ليلاً في الكراج، ثم يتغير ليصبح وقوفها في الخارج^(١).

ب. أن تكون الظروف مؤثرة في درجة جسامته الخطر: بحيث يصبح الخطر عند وقوعه أشد وطأة وأعظم وقعاً، ومثال ذلك أن يضيف المؤمن له في مركبته خزاناً إضافياً للوقود^(٢).

فإذا توفر أحد هذين الوصفين أو كلاهما تحقق التزام المؤمن له في إخبار المؤمن، ولا يعفيه من مسؤولية عدم القيام بالالتزام إثبات أن وقوع الخطر -إذا وقع- لا يرجع لتلك الظروف^(٣)، ويقع عبء إثبات تحقق هذا الشرط على المؤمن له، ويرجع تقديره للقضاء^(٤).

(١) تهتم بعض شركات التأمين بمعلومة مكان ركن السيارة ليلاً ومن ذلك تضمن استمارة طلب التأمين الشامل لشركة التعاونية سؤالاً «كيف توقف سيارتك ليلاً؟ في المرآب الخاص بي، في موقف للسيارات، على قارعة الطريق».

(٢) وقد عرفت الوثيقة الموحد للتأمين الإلزامي التغيير الجوهرية في الفقرة السابعة عشرة من التعريفات بأنه: «التغيير الذي يؤدي إلى زيادة نسبة احتمال وقوع الخطر أو يؤدي إلى زيادة جسامته».

(٣) ينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٦٨-٢٧٠. وينظر: الوسيط للسنة ١٢٥٨/٧.

(٤) ينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٢٠.

الثالث: أن تكون الظروف الحادثة معلومة للمؤمن له: فإذا جهلها لم يكن ملتزماً بالإخطار عنها^(١).

فإذا طرأت الظروف التي تساهم في زيادة الخطر وفقاً للشروط المتقدمة كان على المؤمن له أن يخطر المؤمن بهذه الظروف، وفي تحديد وقت الإخطار يميز شراح القانون بين فرضين:

الأول: أن تكون هذه الظروف من فعل المؤمن له كما إذا حول نشاط سيارته الخاصة المؤمن عليها إلى نشاط النقل العام، ففي هذه الحالة يذهب شراح القانون إلى وجوب إخطار المؤمن له قبل إحداث هذه الظروف التي تزيد في الخطر، فيكون إخطاره عن عزمه بتحويل نشاط سيارته إلى النقل العام، ويكون عن عزمه لأن الالتزام ينصب على الإخطار لا الاستئذان، إلا إذا كان الاتفاق العقدي يتطلب موافقة المؤمن قبل التغيير الجوهرية.

والفرض الثاني: ألا يكون للمؤمن له يد في إحداث هذه الظروف، وفي هذه الحالة يلتزم بإخطار المؤمن خلال مدة معينة من علمه بها، وتحديد هذه المدة يرجع إلى الاتفاق العقدي، فإن خلا منه وجب أن يكون خلال مدة معقولة عرفاً وهذه المدة تخضع لتقدير قاضي الموضوع^(٢)، والذي يظهر أن المرجع في كلا الحالتين للاتفاق العقدي، والغالب في وثائق التأمين عدم

(١) ينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٧٠. وينظر: الوسيط للسنة ١٢٦٠/٧. وينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٢٠.

(٢) ينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٧٥. وينظر: الوسيط للسنة ١٢٦٣/٧. وينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٢٤. وينظر: المسؤولية المدنية لأطراف العلاقة التأمينية، الشلاحي، ص ٢٦٣.

التفريق على أساس مصدر التغيير، وإنما تتوحد نصوصها في أن الالتزام الذي يقع على المؤمن له ينصب على الإخطار عند وجود التغيير الجوهرية، وخلال مدة معينة تحددها بعض الوثائق بعشرة أيام وبعضها يزيد على ذلك^(١)، وتحدد الوثيقة شكل الإخطار وعادة ما يكون كتابياً على عناوين مدونة في الوثيقة.

وإذا نفذ المؤمن له التزامه التعاقدى بالإخطار عن الظروف الجديدة والتغيرات الجوهرية، فإن الخطر المؤمن منه يبقى ضمن التغطية التأمينية، إلى حين اتخاذ المؤمن لموقفه من الظروف الجديدة، وللمؤمن حق اتخاذ أحد ثلاثة مواقف: إما إنهاء العقد؛ لأن الظروف الحادثة غيرت في شروط التعاقد، والقواعد العامة تقضي بأن أي تغيير أو تعديل في شروط العقد بدون موافقة الطرف الآخر يعطي الأخير الحق في طلب الفسخ^(٢)، أو إبقاؤه

- (١) الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي حددت المدة خلال ٢٠ يوم عمل. بينما وثيقة تكافل الراجحي للتأمين الشامل حددت المدة بـ ١٠ أيام عمل. ومثلها وثيقة التعاونية للتأمين الشامل والتأمين ضد الغير، رغم أن ما يرد في الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي يمثل الحد الأدنى من الحقوق، ويحظر على شركات التأمين والمؤمن له الاتفاق على تخفيض حدود المسؤولية عما جاء فيها، تنظر المادة الأولى من الوثيقة الموحد للتأمين الإلزامي.
- (٢) على أنه وإن كانت أهمية تقديم البيانات تتعلق بتقدير المؤمن لقدرته وموقفه من قبول التأمين من عدمه فإن هذا غير متحقق بصدد التأمين من المسؤولية لأنه تأمين إلزامي ولا يتأتى للمؤمن رفض التأمين ما دامت المركبة مستوفية للشروط النظامية، وقد راعت الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي هذا الجانب في المادة السابعة عندما قصرت خيارات المؤمن على زيادة مبلغ الاشتراك أو تخفيضه أو إبقاء العقد دون تعديل. ينظر: الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، ص ٤٥. وينظر: الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي، المادة السابعة.

مع زيادة مبلغ الاشتراك، وفي هذه الحالة لا بد من موافقة المؤمن له على الزيادة؛ لأنه تعديل للعقد يستلزم رضی الطرفين، فإن رفض المؤمن له زيادة مبلغ الاشتراك اقتصر حق المؤمن على فسخ العقد فقط، كما أن للمؤمن حق إبقاء عقد التأمين دون زيادة^(١)، وعادة ما تنص وثائق التأمين على أن عدم رد المؤمن على إخطار المؤمن له يعني استمرار العقد كما هو^(٢).

(١) ينظر: الوسيط للسنهوري، ١٢٦٤/٧. وينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٢٥. وينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٥٥.

(٢) جاء في الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي على المركبات: «على المؤمن له إشعار الشركة خلال عشرين يوم عمل عن أي تغيير جوهري في شيء صرح به في نموذج التأمين، وعلى الشركة إخطار المؤمن له في حال رغبتها في زيادة مبلغ إضافي على الاشتراك أو إعادة جزء منه في حال خفض الاشتراك، وعدم إخطار الشركة للمؤمن له يعني موافقتها على استمرار التغطية بذات الاشتراك المتفق عليه عند التعاقد». وجاء في وثيقة شركة ميد غلف للتأمين الشامل: «على المؤمن له إشعار الشركة كتابياً خلال عشرين يوم عمل عن أي تغيير جوهري صرح به في نموذج طلب التأمين، ويجب على الشركة إشعار المؤمن له خلال ثلاثة أيام عمل تبدأ من تاريخ تلقيها الإشعار المذكور في حال رفض تغطية المؤمن له تأمينياً». ومثل النص الأخير ورد في وثيقة التأمين لشركة التعاونية، وحوله في وثيقة شركة أسيج، بينما جاء في وثيقة تكافل الراجحي للتأمين الشامل نصين متعارضين تحت عنوان الأحكام العامة لجميع التغطيات الأول تحت بند الالتزام (٤/١/ج) وفيه: «يلتزم المشترك (المؤمن له) بإشعار الشركة كتابياً خلال عشرة أيام عمل عن أي تغيير جوهري صرح به في نموذج طلب التأمين، ويجب على الشركة إشعار المشترك (المؤمن له) خلال ثلاثة أيام عمل تبدأ من تاريخ تلقيها الإشعار المذكور في حال رفض تغطية المشترك (المؤمن له)»، والثاني تحت بند الإخطارات والإشعارات (٤/١٠) وفيه: «يجب أن يقدم المشترك إشعاراً خطياً للشركة خلال (١٠) عشرة أيام عمل بأي تعديلات تحدث على المركبة، ويمكن أن تؤثر بشكل جوهري في تقدير الشركة في البت في قبول الخطر أو رفضه، أو قبوله بشروط إضافية مع دفع قسط اشتراك إضافي. وسوف تنتهي التغطية التأمينية ابتداءً من تاريخ حصول»

ويبقى التزام المؤمن له بإخطار المؤمن مستمراً حتى انتهاء عقد التأمين، وإذا وقع الخطر خلاله كان ملتزماً بإخطار المؤمن بوقوع الخطر، ونبين أحكام هذا الالتزام من خلال المطلب التالي.

المطلب الثاني: التزام المؤمن له بإخطار المؤمن بوقوع الخطر:

إذا تحقق الخطر المؤمن منه، التزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين، واستحق المؤمن له هذا التعويض، غير أن لهذا الاستحقاق شروطاً، من بينها أن يكون ما وقع هو الخطر المؤمن ضده، وهذا الأمر يقتضي تثبت المؤمن من الخطر ووقوعه، بالإضافة إلى الوقوف على آثاره، والعمل على اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالحد من أضراره والتخفيف منها، وتحديد المسؤول عنها بغرض الرجوع عليه، بالإضافة لضبط حساباته وحجم التزاماته قبل عملائه، ولا يمكن للمؤمن القيام بهذه الإجراءات إلا إذا علم بوقوع الخطر، لذلك لا يكاد يخلو عقد تأميني من فرض هذا التزام على المؤمن له، وإلى جانب هذا الالتزام يلتزم المؤمن له بإخبار السلطات المختصة بمباشرة الحوادث،

= تلك التعديلات ما لم يحصل المشترك على موافقة خطية من الشركة على هذا التعديل»، فالنص الأول أشار إلى أن الأصل سريان التغطية التأمينية ما لم يرد من الشركة إشعار خلال ثلاثة أيام عمل بالرفض، والثاني جعل الأصل وقف سريان التغطية التأمينية من تاريخ حصول التعديل ما لم يحصل المؤمن له على موافقة الشركة، وأعتقد أنه وإن كان النص الأول عاماً في كل تغيير والثاني خاصاً بالتعديلات التي تلحق بالمركبة، بما يمكن معه رفع التعارض إلا أن تفريق الشركة بين الالتزامين والفصل بينهما يشير إلى وجود تعارض وعدم تحقيق مبدأ حسن النية بشكل صحيح؛ إذ من المفترض الجمع بين الالتزامين في مكان واضح، ويتم إبرازهما، وأن يكون النص أكثر وضوحاً في التفريق، ولذا أعتقد أن مبدأ حسن النية يقوي عدم اعتداد الجهة القضائية بالنص الثاني.

فإخطار المؤمن يختلف عن إبلاغ الجهات الرسمية المعنية بمباشرة الحوادث المرورية، لأن الغايات التي ترحى من كل التزام تختلف عن الآخر^(١). ويتضمن الإخطار تقديم البيانات الأساسية التي استطاع المؤمن له الوقوف عليها، كمكان وقوع الحادث ووقته ونتائجه، وتقرير الجهة المباشرة للحادث، وتقديم المستندات المتعلقة بالحادث، وما استطاع الوقوف عليه من ظروف وملابسات تفيد المؤمن في المحافظة على حقوقه، وفقاً لشكل الإخطار المتفق عليه في عقد التأمين، وتتجاوز بعض الوثائق في التأمين من المسؤولية إلى اشتراط إبلاغ المؤمن بجميع المراسلات أو المطالبات القضائية التي صدرت من المضرور^(٢).

وعادة ما تقرر عقود التأمين مدة محددة للقيام بهذا الالتزام، وفي حال لم تنص الوثيقة على موعد محدد للإخطار فإن الواجب أن يتم الإخطار خلال مدة معقولة^(٣)، تبدأ من تاريخ علم المؤمن له بوقوع الحادث، لا بمجرد وقوعه، كما لو تعرضت مركبته لحادث وهي متوقفة أمام منزله أثناء سفره،

(١) ينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٧٨. وينظر: الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، ص ٥٥.

(٢) ينظر: الوسيط للسهنوري، ٧/ ١٣٢٢. وينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٨٣.

(٣) الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي لم تحدد وقت وإنما جعلت القيام به بأسرع وقت، وكذلك وثيقة التأمين الشامل لشركة ميد غلف، بينما حددت وثيقة التعاونية للتأمين الشامل ووثيقة تكافل للتأمين الشامل بـ ٩٠ يوماً.

فإن التزام المؤمن له بالإخطار إنما يقوم عند علمه بوقوع الحادث، ولا يعد مَخَلًّا في الفترة السابقة لعلمه^(١).

وهنا يجب ملاحظة أن التزام المؤمن له بإخطار المؤمن بوقوع الخطر يختلف في التأمين من المسؤولية أي التأمين ضد الغير، عن التأمين الشامل، ففي حين يلتزم المؤمن له في التأمين الشامل بإخطار المؤمن عند وقوع ضرر أو تلف على السيارة، فإن مفهوم تحقق الخطر في التأمين من المسؤولية يختلف، لأن الخطر المؤمن منه يحدث عند مطالبة الغير بالتعويض، فعند المطالبة تقوم مسؤولية المؤمن له وهذا هو الخطر المؤمن منه، وعندها يلتزم المؤمن بالتعويض، فلا يكفي مجرد حدوث الواقعة المادية للحادث المؤمن منه، بل يشترط فوق ذلك وجود مطالبة بالتعويض من قبل المضرور^(٢)، وبناء عليه إذا قام المتضرر بمطالبة شركة التأمين، فلا مكان لالتزام المؤمن له بإخطار المؤمن لأن مطالبة الغير تحقق الغاية بعلم المؤمن^(٣)، إلا أنه يجوز للمؤمن أن يشترط في الوثيقة أن يلتزم المؤمن له بالإخطار بمجرد حصول مقدمات الخطر، وهو ما تجري عليه عادة وثائق التأمين حيث نصت الوثيقة الموحدة

(١) ينظر: الوسيط للسهنوري، ٧/ ١٣٢٥. وينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٩٣.

(٢) نصت المادة (٩٣٠) من القانون المدني الأردني على أنه: «لا ينتج التزام المؤمن أثره في التأمين من المسؤولية المدنية إلا إذا قام المتضرر بمطالبة المستفيد بعد وقوع الحادث الذي نجمت عنه هذه المسؤولية». وذات النص في المادة (١٠٣٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) ينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٧٩. وينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٩٦.

للتأمين الإلزامي في المادة السابعة على أنه يجب على المؤمن له إخطار الشركة بأسرع وقت بمجرد علمه بقيام دعوى أو تحقيق أو تحريات خاصة بالحادث المذكور ما لم يكن التأخير لعذر مقبول، وتذهب بعض وثائق التأمين إلى فرض هذا الالتزام بمجرد وقوع حادث قد تنشأ عنه مطالبة^(١)، فيلتزم المؤمن له بإخطار المؤمن بمجرد علمه بوقوع حادث قد تنشأ عنه مطالبة، ويُقصد بالعلم هنا العلم بتوفر الواقعة المادية للحادث، والعلم بنتائجه الضارة المحتملة على نحو يكون من شأنه إعمال ضمان المؤمن، فتعليق الشرط على حادث «قد تنشأ عنه مطالبة» تعليق على وجود احتمال، والتزام المؤمن له لا يكون متحققاً إلا إذا كان احتمال تحقق الخطر محل التأمين قوياً، أما إذا تبين من الظروف أن الحادث لن يؤدي إلى إعمال ضمان المؤمن كما لو ظهر من تصرفات المضرور ما يدل على التنازل وعدم الإبلاغ أو المطالبة، فعندئذ لن يكون المؤمن له ملزماً بالإخطار^(٢)، ويلاحظ أن هذا الشرط يقوم على تقدير المؤمن له لاحتمال وقوع الخطر بمطالبة المتضرر، وتكمن الخطورة في أن تخلف المؤمن له عن الإخطار في الميعاد المحدد يستتبع جزاءات تضر

(١) كوثيقة ميد غلف للتأمين الشامل، حيث تنص على أنه يجب على المؤمن له في حالة وقوع حادث قد تنشأ عنه مطالبة بمقتضى الوثيقة أن يخطر الشركة بذلك في أسرع وقت ممكن، وأن يمدها بجميع تفاصيل الحادث وكل خطاب مطالبة أو إعلان أو استدعاء أو دعوى يجب إبلاغها أو تسليمها إلى الشركة فوراً، كما يتعين إخطار الشركة فوراً بمجرد أن يصل إلى علم المؤمن له التهديد بإقامة دعوى أو إجراء تحقيق أو تحريات تتصل بمثل هذا الحادث.

(٢) ينظر: الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، بهاء الدين مسعود، ٥٧.

بمصلحته، مع صعوبة تحديد درجة الاحتمال وإثباتها، الأمر الذي يحتم أن يكون الاعتداد بمدى تقدير المؤمن له لاحتمال وقوع الخطر^(١).
 وإذا حددت وثيقة التأمين شكلاً للإخطار وجب الالتزام به^(٢)، وإلا كان للمؤمن له أن يخطر بأي شكل، بخطاب مرسل أو مكالمة هاتفية أو غيرها من الأشكال، مع ملاحظة أن عبء إثبات القيام بهذا الالتزام يقع على عاتق المؤمن له، لذا يحسن تنفيذه بالشكل الذي يوثق قيامه به^(٣).
 فإذا قام المؤمن له بتنفيذ التزاماته كان مستحقاً للتعويض التأميني، وإذا قصر فيها كان مخلاً بالعقد، ومن خلال المبحث الثاني نتناول جزاء هذا الإخلال.

- (١) ينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٩٦.
 (٢) كوثيقة ميد غلف للتأمين الشامل نصت على أن: «كل إخطار أو تبليغ يكون من المتعين تقديمه وفقاً لهذه الوثيقة يجب أن يوجه إلى الشركة كتابياً»، بينما وثيقة التعاونية للتأمين الشامل حددته بـ«إحضار أصل تقرير الشرطة، وورقة الإصلاح، وصورة من رخصة السير، والاستمارة، وصورة بطاقة الأحوال، وصورة رخصة القيادة، وتقديمها لمركز التعويضات، وتعبئة الاستمارة الخاصة بتقديم المطالبة».
 (٣) ينظر: المسؤولية المدنية لأطراف العلاقة التأمينية، الشلاحي، ص ٢٧٠.

المبحث الثاني

أثر إخلال المؤمن له بتقديم البيانات، والإضرار في عقد تأمين المركبات

يشير إخلال المؤمن له بالتزامه في تقديم البيانات المتعلقة بالخطر، سواءً عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، وكذلك إخلاله بإبلاغ المؤمن بوقوع الخطر، ومسؤوليته فترتب عليه جزاء، هذا الجزاء يختلف باختلاف مصدره، إذ الأصل الرجوع للقواعد العامة في العقود، والنظر في تأثير إخلال المؤمن له بقواعد الرضى، بالإضافة إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، بيد أن تلك القواعد العامة قد لا تكون وحدها مناط التطبيق، إذ إن وثائق التأمين عادة ما تتضمن جزاءات محددة يتم الاتفاق عليها تُعدل قواعد المسؤولية العقدية، وقد يتدخل النص التشريعي في تنظيم أثر الإخلال، فينص على جزاءات معينة تشدد على المؤمن له^(١)، وتارة تحمي فيها المؤمن له من التعسف في الجزاءات الاتفاقية^(٢)، نبين هذه الأحكام من خلال المطالبين التاليين:

(١) كما في المادة (٩٢٨) من القانون المدني الأردني ونصها: «إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه أو إذا أخل عن غش بالوفاء بما تعهد به كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب».

(٢) كما في المادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني ونصها: «يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: ١. الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جنائية أو جنحة قصدية. ٢. الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخبارها أو في تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول. ٣. كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر إذا كان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي =

المطلب الأول: أثر إخلال المؤمن له بتقديم البيانات قبل وقوع الخطر.

المطلب الثاني: أثر إخلال المؤمن له بالإبلاغ عند وقوع الخطر.

المطلب الأول: أثر إخلال المؤمن له بتقديم البيانات قبل وقوع الخطر:

يظهر الإخلال بهذا الالتزام في صورتين: الأولى: كتمان البيانات، والثانية: الإدلاء بها على وجه غير صحيح. وهذان العملان من قبل المؤمن له يندرجان تحت أحكام التدليس، التي راعتها أحكام الشريعة الإسلامية فجعلت للمؤمن الخيار بين فسخ عقد التأمين بأثر رجعي، وبين إمضائه^(١)، ويشهد لذلك ما رواه أبو هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: ((لا تصروا^(٢) الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر))^(٣)، فالنبي

= إلى بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له. ٤ شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين. ٥. كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه».

(١) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ٥/٤٤. شرح مختصر خليل، الخرشي، ٥/١٣٤. المهذب، الشيرازي، ٢/٤٧. الانصاف، المرادوي، ٤/٣٩٩.

(٢) التصرية: تفعيل بمعنى الحبس يقال صرى الماء إذا حبسه ومنه المصراة، وذلك أن يريد بيع الناقة أو الشاة فيحقن اللبن في ضرعها أيما لا يحتلبه ليُرى أنها كثيرة اللبن. ينظر: غريب الحديث، للقاسم بن سلام، ٢/٢٤٠. وينظر: الفائق في غريب الحديث والأثر، الزمخشري، ٢/٢٩٣.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، واللفظ له، باب النهي للبائع ألا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة، رقم (٢١٤٨)، ٣/٧٠. ورواه مسلم، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، رقم (١٥١٥)، ٣/١١٥٥.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ التَّصْرِيحِ لِلْبَيْعِ؛ لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ تَدْلِيْسًا، يَجْعَلُ الشَّاهِدَ حَالَهَا الظَّاهِرَ يَخَالِفُ حَقِيقَتَهَا، وَجَعَلَ لَهَا حَكْمًا هُوَ الْخِيَارُ لِلْمَشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يَمْسِكَ أَوْ يَرُدَّ، فَكَانَ هَذَا دَلِيلًا عَلَى ثُبُوتِ خِيَارِ التَّدْلِيْسِ، وَالتَّدْلِيْسُ يَكُونُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الْكِتْمَانُ^(١)، وَالتَّدْلِيْسُ الَّذِي يَثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ هُوَ مَا كَانَ الثَّمَنُ يَخْتَلِفُ لِأَجَلِهِ، أَمَا إِنْ كَانَ التَّدْلِيْسُ فِي أَمْرِ يَسِيرٍ لَا يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ لِأَجَلِهِ فَلَا يَثْبِتُ مَعَهُ خِيَارًا، كَأَنْ يَصِفَ سَيَارَتَهُ بِأَنْ سَنَةَ صَنْعِهَا ٢٠٠٢ م وَهِيَ ٢٠٠٣ م، أَوْ أَنْ يَكُونَ عَمْرُهُ ٣٧، وَيَكْتُبُ فِي نَمُودَجٍ طَلَبَ التَّأْمِينِ ٣٥، مَا لَمْ يَكُنْ لِهَذَا الْاِخْتِلَافِ أَثَرٌ فِي تَحْدِيدِ مَبْلَغِ الْاِشْتِرَاكِ، لِأَنَّ شَرَكَاتِ التَّأْمِينِ عَادَةً مَا تَقْسِمُ الْفَنَائَاتِ الْعَمْرِيَّةَ إِلَى شَرَائِحَ تَكُونُ مَوْثِرَةً فِي تَحْدِيدِ مَبْلَغِ الْاِشْتِرَاكِ، فَمَثَلًا تَدْلِيْسٌ مِنْ عَمْرِهِ ١٧ فَيَجْعَلُهُ فِي النَّمُودَجِ ١٨ مَوْثِرًا؛ لِأَنَّ مِنْ دُونَ الثَّمَانَةِ عَشْرَةَ يَدْخُلُ فِي شَرِيحَةِ أُخْرَى فِي تَقْيِيمِ مَبْلَغِ الْاِشْتِرَاكِ، لِاِعْتِبَارَاتٍ مَخْتَلِفَةٍ تَقْدَرُهَا شَرَكَاتُ التَّأْمِينِ.

وَكذلك إِخْلَالُ الْمُؤْمَنِّ لَهُ بِالتَّزَامِهِ فِي إِخْطَارِ الْمُؤْمَنِّ بِأَيَّةِ تَغْيِيرَاتٍ جَوْهَرِيَّةٍ عِنْدَمَا يَكُونُ هَذَا الْخِيَارُ مُشْتَرَطًا فِي وَثِيقَةِ التَّأْمِينِ، فَإِنَّهُ يُعْطَى الْمُؤْمَنُّ الْخِيَارَ فِي إِمضَاءِ الْعَقْدِ، أَوْ فِسْخِهِ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ^(٢)، وَإِذَا كَانَ هَذَا الْاِلْتِزَامُ لَمْ يُنْصَ عَلَيْهِ فِي الْعَقْدِ فَتَفْرُضُهُ الْقَوَاعِدُ الْعَامَّةُ الَّتِي تَوْجِبُ أَنْ يَكُونَ مَحَلَّ الْعَقْدِ مَعْلُومًا عِلْمًا نَافِيًا لِلْجَهَالَةِ إِضَافَةً إِلَى الْأَعْرَافِ، وَمَا جَرَى الْعَرَفُ بِهِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ١١/ ١٢٨.

(٢) المغني، ٤/ ٢٨٢. الموسوعة الفقهية، ٢٠/ ١٥٤.

به والقاعدة الفقهية (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)^(١)، و (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^(٢)، ومن ثم إذا أحل المؤمن له بهذا الالتزام كان للمؤمن الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه.

وإلى جانب حق المؤمن في فسخ العقد، يكون للمؤمن الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار^(٣) التي تحصل له نتيجة لإخلال المؤمن له بالتزامه في الإدلاء بالبيانات الصحيحة عند التعاقد، أو الإبلاغ بالتغيرات الجوهرية في محل عقد التأمين^(٤).

وما سبق يمثل أحكام القاعدة العامة في الفقه الإسلامي، والقانون^(٥)، ومن ذلك ما جاء في القانون الأردني والإماراتي: «إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد»^(٦)،

(١) شرح القواعد الفقهية، الزرقا، ص ٢٤١. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الزحيلي، ١/ ٣٤٩.

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤/ ٢٠٦. شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، ص ٢٣٧. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الزحيلي، ١/ ٣٤٥.

(٣) ينظر: مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، التونجي، ص ٢٤٦. ينظر: نظرية الضمان، الزحيلي، ص ٢٩.

(٤) ينظر: مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، التونجي، ص ٢٦٩. ينظر: نظرية الضمان، الزحيلي، ص ٣١.

(٥) ينظر: مصادر الالتزام، الفار، ص ٧٧. وينظر: شرح القانون المدني، د. عدنان السرحان و د. نوري حمد، ص ١٥٧. وينظر: مصادر الالتزام في القانون المدني، د. أنور سلطان، ص ٨٥. وينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٤٢.

(٦) المادة (١٤٥) من القانون المدني الأردني. والمادة (١٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية.

وحوله القانون المصري^(١) والقانون الكويتي^(٢)، والتي تؤكد ضرورة اقتران التدليس بغبن فاحش يؤثر في القيمة أو قرار المؤمن في قبول التأمين من عدمه ليكون له الخيار في فسخ العقد، وإزاء هذه الأحكام العامة عملت بعض شركات التأمين على تعديل قواعد المسؤولية عبر شروط ضمنتها في وثائق التأمين، بل حتى الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي على المركبات الصادرة بقرار محافظ البنك المركزي^(٣)، تضمنت تعديلاً لمسؤولية المؤمن له، وتنهض أسباب التعديل - كما يبرره بعض شراح القانون - على الاعتبارات العملية التي أثبتت عدم ملاءمة القواعد العامة؛ لسببين: الأول: أن جواز فسخ العقد حكم لا يثبت إلا إذا كان التدليس الذي وقع للمؤمن جوهرياً مؤثراً في القيمة أو دافعاً له على التعاقد، وعلى هذا إذا كان إخلال المؤمن له غير مؤثر تأثيراً جوهرياً فليس للمؤمن الحق في فسخ العقد ولو ترتب عليه التعاقد بشروط في غير صالحه، والسبب الثاني متعلق بالنتيجة المترتبة على إعمال القواعد العامة التي تنتهي بجزاء قاس يلحق المؤمن حيث يلتزم برد جميع الأقساط التي قبضها رغم أنه كان ضامناً للخطر في المدة السابقة على

(١) حيث جاء في المادة (١٢٦) من القانون المدني المصري: «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

(٢) نصت المادة (١٥١) من القانون المدني الكويتي على أنه: «يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغيره ودفعه بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد على نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعته بتلك الحيل».

(٣) صدرت الوثيقة بقرار محافظ مؤسسة النقد رقم (٤٣٩/٩٣) وتاريخ ١٧/١٠/١٤٣٩هـ، وعدلت بموجب القرار رقم (٤٤١/١) وتاريخ ٢/١/١٤٤١هـ.

تقرير الفسخ^(١)؛ لأن الفسخ يقتضي إعادة الحال لما كانت عليه قبل حصول الإخلال فإذا كان الإخلال عند إبرام العقد كان العقد كأن لم يكن، وإذا كان الإخلال أثناء تنفيذه بتفاهم الخطر وعدم إخطار المؤمن بتفاهمه فإن العقد ينتهي من وقت هذا التغير الجوهرى^(٢)، فأدت هذه الصعوبات المقترنة بجزاء الفسخ إلى تعديل شروط عقد التأمين، وأضحت هذه التعديلات من المبادئ العامة في عقود التأمين^(٣).

وتفرق هذه الجزاءات^(٤) بين حق الغير في التأمين ضد المسؤولية وحق المؤمن له في التأمين الشامل، ففي مواجهة الغير تلتزم شركة التأمين بدفع التعويض له، ثم يكون لها الحق في الرجوع على المؤمن له أو السائق أو المتسبب في الحادث لاستيفاء ما دفعته من تعويض، حيث نصت الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي على المركبات على حق المؤمن في الرجوع، عند «الإدلاء ببيانات غير صحيحة أو إخفاء حقيقة جوهرية في نموذج التأمين»، وكذلك عند «عدم إبلاغ المؤمن له للشركة خلال عشرين يوم عمل عن

(١) الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٨٣. وينظر: أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٤٢. ينظر: الوسيط، للسهنوري، ٧/ ١٢٧٣.

(٢) ينظر: مصادر الالتزام، الفار، ص ٧٧. وينظر: شرح القانون المدني، د. عدنان السرحان و د. نوري حمد، ص ١٥٧. وينظر: مصادر الالتزام في القانون المدني، د. أنور سلطان، ص ٨٥.

(٣) ينظر: الوسيط، للسهنوري، ٧/ ١٢٧٣.

(٤) العبرة في إعمال هذه الجزاءات على الاتفاقات العقدية، وإذا خلا العقد من تعديل لقواعد المسؤولية فما من بد من إعمال أحكام القواعد العامة السابق ذكرها.

أي تغيير جوهري صرح به في نموذج طلب التأمين»^(١)، فيتضح أن عقد التأمين يبقى سارياً، ولا يبطل أو يُفسخ، وفي المقابل يلتزم المؤمن له بإعادة مبلغ التعويض للمؤمن عند طلبه، وأما أثر الإخلال في مواجهة المؤمن له في التأمين الشامل فتتص بعض وثائق التأمين على سقوط حق المؤمن له في الحصول التعويض وعدم التزام المؤمن بتنفيذ أحكام الوثيقة، بالإضافة إلى عدم المطالبة باسترداد الاشتراك المدفوع^(٢)، وفي حال قام المؤمن بدفع العوض التأميني للمؤمن له ثم اتضح وجود الإخلال فتتص الوثيقة على أحقية المؤمن في الرجوع عليه^(٣)، فيلاحظ في هذه الاشتراطات إسقاط الحق في الحصول على التعويض، بالإضافة إلى اقتارانه بجزاءٍ يتمثل في تملك مبلغ اشتراك التأمين الشامل، وهذا الشرط المفضي إلى تملك المؤمن اشتراك التأمين دون تحمل التغطية التأمينية لا يقوم على القواعد العامة للتعويض عن الضرر جراء الإخلال؛ لعدم وجوب إثبات الضرر، ولا يصح القول بأنه مقابل تمتع المؤمن له بالتغطية التأمينية في الفترة السابقة؛ لأن التغطية التأمينية الشاملة لركبته في الحقيقة منعدمة، ولذلك لا يمكن تكيف هذا

(١) المادة الثامنة من الوثيقة الموحد للتأمين الإلزامي على المركبات.

(٢) ومن ذلك ما نصت على وثيقة تكافل الراجحي للتأمين الشامل في البند (٢/٤): «لن تلتزم الشركة -بصفتها مدير صندوق المشتركين- بتنفيذ أحكام هذه الوثيقة، كما لا يحق للمشارك أن يطالب بالرسوم المدفوعة منه إذا قدم بيانات مزيفة، أو قام بإخفاء معلومات جوهريّة عن الشركة في وقت التوقيع على هذه الوثيقة أو خلال فترة سريان هذه الوثيقة أو تجديدها».

(٣) كما في وثيقة تكافل الراجحي للتأمين الشامل في البند (٢/٢/٤) الحالات التي يحق للشركة الرجوع فيها على المشترك أو المتسبب في الحادث. ووثيقة التعاونية للتأمين الشامل، في البند (١١) الرجوع على المشترك المؤمن له.

الشرط إلا بكونه شرطاً جزائياً، والشرط الجزائي كما قرر مجلس هيئة كبار العلماء في دورته الخامسة برئاسة الشيخ عبد العزيز بن باز رَحْمَةُ اللَّهِ، يعد شرطاً صحيحاً معتبراً يجب الأخذ به، لأن الإخلال بالالتزام به مظنة الضرر وتفويت المنافع، «ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول»^(١)، وكذلك يُعفى من الشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد^(٢)، وإن كان إثبات المؤمن له انتفاء الضرر من الصعوبة بمكان.

وعلى كل حال فإن مناط الإشكال في التعديلات المشار إليها آنفاً ينصب على تعلق السقوط وتملك الاشتراك المقابل للتأمين الشامل بكل عقد تضمن إدلاء غير صحيح، أو عدم ذكر أمر جوهري عند التعاقد، أو عدم الإبلاغ بتغيير جوهري أثناء العقد، دون التفريق بين الإدلاء المؤثر وغير المؤثر، وهل كان عدم ذكر الأمر الجوهري عند التعاقد بسوء نية أو اعتقاداً منه بعدم ضرورته أي بحسن نية؟ لذلك نجد أن بعض القوانين وفي سبيل حماية المؤمن له من التشديد الذي يبقيه في خطر يفضي إلى انعدام أثر العقد بالإضافة إلى تملك اشتراك التأمين، تنص على وجوب التفريق بين سيء النية وحسنها، كما في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث نصا على أنه: «١. إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه، أو إذا أخل

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء، ١/ ٢٩٥.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ٢/ ٣٠٦.

عن غش بالوفاء بما تعهد به كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب. ٢. وإذا انتفى الغش أو سوء النية فإنه يجب على المؤمن عند طلبه الفسخ أن يرد للمؤمن له الأقساط التي دفعها أو يرد منها القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما^(١)، فيظهر أن القانون الأردني والإماراتي ذهباً إلى التفريق بالنسبة لحكم تملك المؤمن لاشترك التأمين بين سيء النية فيكون للمؤمن في مواجهته استيفاء الاشتراكات والأقساط المستحقة قبل طلب الفسخ، وبين حسن النية فيجب على المؤمن عند طلب الفسخ رد مبلغ الاشتراك، أو يرد منه القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما، فقد ينشأ العقد صحيحاً ثم تحدث تغييرات جوهرية مؤثرة لا يخطر بها المؤمن له المؤمن بحسن نية، ففي هذه الحالة يُفسخ العقد من تاريخ حصول التغييرات الجوهرية، ويرد الاشتراك المدفوع إلا ما كان متعلقاً بالفترة السابقة لحصول التغييرات الجوهرية لأن هذه الفترة قد تحمل فيها المؤمن تعويض ما يحصل من خطر أثناءها بعقد صحيح، وأما نص القانون المدني الكويتي فقد كان أكثر حماية للمؤمن له عندما قصر الحق بإبطال^(٢) العقد على وجود إخلال في بيانات من شأنها التأثير في موضوع

(١) المادة (٩٢٨) من القانون المدني الأردني. ويطابقها المادة (١٠٣٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) اتجه القانون المدني الكويتي إلى التعبير بلفظ (الإبطال) والذي يظهر أن لفظه (الفسخ) أقرب إلى الصواب لعدم انطباق حكم البطلان على حالة إخلال المؤمن له بإخطار المؤمن بالتغييرات الجوهرية ففي هذه الحالة لا يمكن القول بأن الذي نشأ صحيحاً انقلب قابلاً للإبطال بخلاف الفسخ. ينظر: الوسيط للسنيهوري، ٧/ ١٢٧٧. وينظر: التأمين، أحمد شرف الدين، ص ٢٤٢.

الخطر أو تقليل أهميته، فلم يطلق الحق في كل بيان، ولم يترك للمؤمن حق تملك الاشتراك عند إبطال العقد، إلا بقدر ما تحمل من خطر فيستوفي ما يقابل عمله، كما قد فرق تجاه حق المؤمن في الإبطال بين كشف الحقيقة قبل وقوع الخطر وبعده فنص على أنه: « ١. يكون عقد التأمين قابلاً للإبطال لمصلحة المؤمن، إذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بيانا غير صحيح وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن. ٢. فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره المؤمن له بكتاب موصى عليه، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر، ويترتب على إبطال العقد في هذه الحالة أن يرد المؤمن مقابل التأمين أو يرد منه القدر الذي لم يتحمل في مقابله بخطر ما. ٣. أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر، وجب خفض مبلغ التأمين بنسبة معدل الأقساط التي أدت فعلاً إلى معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح»^(١).

أما القانون المصري فلم يرد فيه نص ينظم الأثر المترتب على إخلال المؤمن له بالتزامه بتقديم البيانات إلا أن شراح القانون المصري يتجهون إلى الأخذ بما ورد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على اعتبار أنه أصبح عرفاً سائداً، وقاعدة عامة في عقود التأمين، ويقوم هذا العرف على التفريق بين سيء النية ويكون عقد التأمين في مواجهته باطلاً دون

(١) المادة (٧٩١) من القانون المدني الكويتي.

خيار للمؤمن مع حقه في استيفاء الاشتراك، أما إن كان حسن النية فقبل تحقق الخطر للمؤمن الخيار وإذا اختار الفسخ وجب على المؤمن رد مقابل التأمين أو يرد القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما، وأما بعد تحقق الخطر فيجب خفض التعويض بنسبة معدل الأقساط التي أدت إلى معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح^(١)، ويلاحظ أن هذه الأحكام قد جمعت بين ما ورد في القانون الأردني والقانون الإماراتي، وبين ما ورد في القانون الكويتي، فأوجدت حلاً وسطاً يحمي المؤمن في مواجهة سيء النية، ويحمي المؤمن له حسن النية، وإن كانت هذه الأحكام قد وردت في مشروع القانون المدني المصري سابقة لها.

ويقع على عاتق المؤمن إثبات ما وقع من كتمان أو إدلاء غير صحيح سواءً عند التعاقد أو أثناء تنفيذه، كما يقع على عاتقه إثبات أن المؤمن له كان سيء النية في ذلك، فإذا عجز عن إقامة الدليل على سوء النية كان المفروض حسن النية^(٢)، والعبرة بوجود الإخلال ولو وقع الحادث المؤمن منه بسبب غير متصل بما تم إخفاؤه من بيانات، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الإخلال بقاعدة وجوب تناسب اشتراك التأمين مع الخطر، ويتيح للمؤمن له الإخلال بالتزامه اعتماداً على عدم وجود علاقة بين ما أخفاه وما قد يقع من خطر^(٣).

(١) ينظر: الوسيط للسنهوري، ١٢٧٢/٧. وينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٨٤. وينظر: التأمين، أحمد شرف الدين، ٢٢٩. وينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٥٩.

(٢) الوسيط للسنهوري، ١٢٧٦/٧. وينظر: عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٦١.

(٣) الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٦٦.

وبالنظر لعمل لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية يظهر اتفاق قراراتها فيما يتصل بأثر إخلال المؤمن له إذا كانت المطالبة في مواجهة طرف ثالث (الغير)، حيث تتجه قرارات اللجنة إلى إلزام المؤمن بالتعويض مع حقه في الرجوع على المؤمن له أو السائق أو المتسبب بالحادث، ومن ذلك قرار اللجنة الابتدائية بالرياض بشأن مطالبة المدعي بتعويضه عن قيمة التلفيات التي أصابت مركبته وأدين قائد المركبة المؤمن عليها لدى المؤمن بنسبة ٧٥٪، فرفض المؤمن التعويض بسبب انتقال المركبة المؤمن عليها لمالك جديد دون إخطار المؤمن، فكان من تسيب اللجنة: ما نصت عليه الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي على المركبات الصادرة عن البنك المركزي في المادة السادسة على أنه: «للشركة حق الرجوع على المؤمن له أو السائق أو المسؤول عن الحادث لاسترداد ما دفعته للغير في أي من الحالات الآتية: ... ٤- عدم إبلاغ المؤمن له الشركة كتابياً خلال عشرة أيام عمل عن أي تغيير جوهري صرح به في نموذج طلب التأمين»، وحيث يعد نقل ملكية المركبة لمالك آخر من قبيل التغييرات الجوهرية التي تطرأ على الشيء موضوع التأمين، وحيث لم يتم إلغاء الوثيقة المبرمة فيما بين المؤمن له -مالك المركبة السابق- والمدعى عليها فتحفظ هذه الأخيرة بحق الرجوع على السائق المسؤول عن الحادث.. وحيث إن المدعي هو طرف ثالث (من الغير) فإن هذا الدفع لا يمكن أن يثار في مواجهة الطرف الثالث (حسن النية) الذي ليس طرفاً في علاقة المدعى عليها التعاقدية بالمؤمن له، وعليه فإن ارتكاب المؤمن له لدى المدعى عليها لأية مخالفة لا يحول دون دفع التعويض المستحق

للطرف الثالث، وهو المدعي في الدعوى» وبناءً عليه قررت اللجنة إلزام المؤمن المدعى عليه بدفع مبلغ التعويض^(١).

وحوله دفع المؤمن بإضافة المؤمن له حاوية للمركبة المؤمن عليها دون أن يفصح عنها ويدخلها ضمن التغطية التأمينية، فقررت لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية بالرياض إلزام المؤمن المدعى عليه بتعويض المدعي باعتباره طرفاً ثالثاً مع حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له^(٢).

بيد أن قرار اللجنة الابتدائية بالرياض رقم (١٧٩/ر/١٤٣٦هـ)، وتاريخ ١٩/٦/١٤٣٦هـ، لم يعتد بحق المؤمن في دفعه في مواجهة المؤمن له المدعي، بأن الأخير في التأمين الشامل «قام بتركيب عربة للأمتعة ملحقة بطريقة غير نظامية مما تسبب في إلحاق الضرر بالمركبة المؤمن عليها»، ودون إخطار المؤمن بإضافة العربة للمركبة، فكان من تسبب اللجنة: «أما فيما يتعلق بدفع المدعى عليها بالفقرة (٣) و(٤) و(٥) من استثناءات التغطية الواردة بالوثيقة محل الدعوى، وحيث إن باطلاع اللجنة على هذه الفقرات.. والفقرة (٤/٢/٢) والتي تنص على: «استثناءات تغطية مركبة المشترك: أي فقد أو تلف أو أضرار تحصل للمركبة المغطاة بموجب هذه الوثيقة

(١) قرار اللجنة رقم (١٤٩/ر/١٤٣٦هـ)، وتاريخ ٩/٦/١٤٣٦هـ. ومثله قرار اللجنة الابتدائية رقم (١٧٨/ر/١٤٣٦هـ)، وتاريخ ١٩/٦/١٤٣٦هـ. والقرار رقم (٢٠٢/د/١٤٣٦هـ)، وتاريخ ١٢/٩/١٤٣٦هـ. والقرار رقم (٢٠٧/د/١٤٣٦هـ)، وتاريخ ١٣/٩/١٤٣٦هـ. والقرار رقم (١٢٤/د/١٤٣٥هـ)، وتاريخ ١٠/٨/١٤٣٥هـ.

(٢) القرار رقم (٣١١/ر/١٤٣٦هـ)، وتاريخ ٢٦/١٠/١٤٣٦هـ.

أو تترتب نتيجة أي إضافات أو تعديلات يجري إضافتها أو تركيبها على المركبة المشمولة بالتغطية، غير الإضافات والتركيبات الأصلية الموجود في المركبة عند تغطيتها ولم تبلغ بها الشركة خلال فترة سريان التغطية، ولم يتم احتساب الاشتراك الإضافي المناسب عليها»، فقد تبين للجنة أن الحادث محل الدعوى غير متضمن في الاستثناءات من التغطية التأمينية الواردة في الفقرات السالف ذكرها. ثم ذكرت اللجنة في تسبيبها أن عدم النص على سبيل الخصوص باستثناء إضافة العربات دون إخطارٍ كفيلاً برد دفع المدعى عليه، ثم قررت اللجنة إلزام المدعى عليها بتعويض قيمة التلفيات التي لحقت المركبة^(١).

وفي الحقيقة أن هذا القرار محل نظر؛ إذ العموم كافٍ عن التنصيص على كل حالة، وإضافة عربة لحمل الأمتعة يؤثر على الخطر محل عقد التأمين، الذي يجب معه رد دعوى المدعي بالتعويض عن التلفيات حتى ولو كان الحادث غير متصل بالعربة المضافة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الإخلال بقاعدة وجوب تناسب اشتراك التأمين مع الخطر، ويتيح للمؤمن له الإخلال بالتزامه اعتماداً على عدم وجود علاقة بين ما يخفيه وما قد يقع من خطر^(٢).

وأيضاً من القرارات الجديرة بالنظر ما يتعلق بإفصاح المؤمن له عن عمره في التأمين الشامل، عندما يقوم بواجب الإفصاح، ويوقع على وثيقة التأمين، وفيها بند يتضمن استثناء عمره من التغطية التأمينية، ورغم ذلك

(١) أيد بالقرار الاستثنائي رقم (٦٦٥/أ/١٤٣٦هـ).

(٢) الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام، ص ٢٦٦.

يوافق المؤمن على التعاقد معه ويستوفي الاشتراك، فبصد هذه الحالة وقفت لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية موقفين مختلفين: الأول: يشير إليه تسبب اللجنة الابتدائية بالدمام^(١) وفيه: «وحيث اطلعت اللجنة على طلب التأمين المقدم من قبل المدعي، وحيث تبين أن المدعي وقع على تغطية السائقين الذين تزيد أعمارهم عن ٢٥ سنة، وحيث إن المدعي بحسب التاريخ الهجري لم يكمل عامه الثالث والعشرين وقت وقوع الحادث، وحيث إن هذا الأمر يعد مستثنى بحسب ما ورد في الاستثناء المشار إليه أعلاه، وترى اللجنة والحالة هذه أن دعوى المدعي حريّة بالرد»، عليه قررت اللجنة رفض الدعوى؛ لعدم وجود تغطية تأمينية للمدعي، وأيد القرار من اللجنة الاستئنافية، والملاحظ في هذا القرار أن اللجنة استثنت المؤمن له المتعاقد، رغم دفعه للاشتراك، ومؤداه عدم تحقق أي مصلحة له من التعاقد، ولم تشر اللجنة لحكم العقد صحة وبطلاناً وللإشتراك المدفوع.

وفي المقابل وقفت اللجنة الابتدائية بجدة^(٢) موقفاً مختلفاً يقوم على أن استثناء المؤمن له رغم تعاقد شخصياً مع شركة التأمين وموافقة الأخيرة واستيفاء الاشتراك يؤدي إلى إفراغ عقد التأمين من محله ويكون بلا محل، وعليه فلا يصح الدفع بهذا الدفع، وأن الاستثناء الوارد لا يشمل المؤمن له، وإنما يسري على من يقود المركبة من غير المؤمن له المتعاقد، حيث ورد

(١) قرار اللجنة الابتدائية رقم (١٤٣٨/د/٧٨هـ)، وتاريخ ٥/٤/١٤٣٨هـ، والمؤيد بالقرار الاستئنافية رقم (١٧٨/أ/١٤٣٨هـ).

(٢) قرار اللجنة الابتدائية رقم (١٨٥/ج/١٤٣٧هـ)، وتاريخ ١٣/٦/١٤٣٧هـ، والمؤيد بالقرار الاستئنافية رقم (٢٤٩/أ/١٤٣٧هـ).

في تسبب اللجنة: «وحيث دفعت المدعى عليها برفضها التغطية التأمينية معللة ذلك بأن سائق المركبة تجاوز عمره ٦٥ عاماً؛ مما يعد مخالفة لشروط وأحكام وثيقة التأمين وحيث إنه بتفحص أوراق ومستندات الدعوى من قبل اللجنة تبين بأن المدعي صاحب المركبة مؤمن لدى المدعى عليها تأميناً شاملاً، وقام بالتعاقد شخصياً مع المدعى عليها، وقام بالإفصاح عن كافة البيانات المتعلقة بالمؤمن له، وكافة الوثائق المتعلقة بهويته الوطنية ورخصة القيادة والمبين بها تاريخ ميلاد المدعي، ولم يكن ذلك محل اعتراض من قبل المدعى عليها أثناء التعاقد معه وإبرام وثيقة التأمين بعد أن قام بالإدلاء بكافة المعلومات لرغبته في إصدار الوثيقة لتكون من نوع تأمين شامل.. بالإضافة إلى أن الاستثناء الوارد في الوثيقة لا يسري أثره على المؤمن له، وإنما يسري على أي شخص آخر يقود المركبة المؤمن عليها؛ مما يؤكد بأن هذا الاستثناء لا ينصرف إلى عمر المؤمن له، وليس من المنطق والمقبول عقلاً أن يقوم المؤمن له بالتأمين على مركبته وهو يعلم أنه مستثنى من هذا التأمين، مما يجعل التأمين مفرغاً من محتواه ولا قيمة له.. فليس للمدعى عليها الحق في الامتناع عن تحمل التغطية التأمينية، وذلك باعتبار علمها واطلاعها على كافة المعلومات عن المؤمن له، مما يعد قرينة قاطعة على قبول تغطيتها التأمينية للمدعي، حيث إن من أهم المبادئ التأمينية مبدأ التعويض الجابر للضرر المتمثل في إرجاع المؤمن له إلى الحالة التي كانت عليه قبل حصول الخطر المؤمن عليه»، وعليه قررت اللجنة إلزام المؤمن المدعى عليه بدفع التعويض التأميني، وأيد القرار من اللجنة الاستئنافية.

والحقيقة أن الذي يظهر صحته ما ذهبت إليه اللجنة في القرار الأخير، لأن القول بغير ذلك يجعل العقد التأميني بلا محل، وقد نصت المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاونية على أنه يجب الأخذ في الاعتبار عند تعبئة الطلب وجود مصلحة تأمينية للمؤمن له تتمثل في إمكانية تحمله خسارة أو مسؤولية ناتجة عن حدوث الضرر محل التأمين، وهذا يتعارض مع استثنائه من التغطية التأمينية.

ومن خلال ما سبق يظهر كيف تنوعت طرق القوانين في حماية المؤمن له، سواءً على مستوى تملك المؤمن لاشتراك التأمين دون تقديم ما يقابل هذا التملك، أو على استحقاق المؤمن له للتعويض التأميني بما يتناسب مع الاشتراك الذي دفعه إذا تحقق الخطر قبل فسخ العقد، في حين تعتمد بعض شركات التأمين إلى تضمين وثائقها إسقاط الحق في التعويض مطلقاً، مع تملك الاشتراك، وهو ما يستلزم تنظيمياً يحول دون هذا التشديد في قواعد المسؤولية العقدية بوضع حد أدنى من الحماية التي تحول دون تعسف المؤمن في شروطه، ومن الأحكام التي يشار إليها في هذا الموضوع ويحسن أخذها بعين الاعتبار ما يرد في العديد من القوانين بعدم الاعتداد بأي شرط يُضمّن في وثيقة التأمين يكون أثره بطلان العقد أو سقوط حق المؤمن له، إلا إذا أبرز بطريقة مميزة كأن يكتب بحروف أكثر ظهوراً، أو أكبر حجماً^(١).

(١) المادة ٣/٧٥٠ من القانون المدني المصري. المادة (٧٨٢) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٩٢٤)/٣ من القانون المدني الأردني. والمادة (١٠٢٨/ج) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المطلب الثاني: أثر إخلال المؤمن له بالإبلاغ عند وقوع الخطر:

يظهر إخلال المؤمن له في التزامه بإبلاغ المؤمن بوقوع الخطر عندما يتأخر في واجب الإخطار، إذا لا يُتصور الامتناع عن الإبلاغ مطلقاً؛ لأن مصلحة المؤمن له تقتضي إبلاغ المؤمن بتحقيق الخطر ليتمكن من الحصول على التعويض، ولكن محل الإخلال التأخر في الإبلاغ عن الوقت المحدد في العقد، أو المدة المعقولة إذا لم ينص في العقد على مدة معينة^(١)، وتحكم القواعد العامة في المسؤولية العقدية العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، والتي تفرض للمؤمن الحق في مطالبة المؤمن له بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه جراء إخلال المؤمن له بالتزامه في إخطار المؤمن بوقوع الخطر محل التأمين، فأثر الإخلال - طبقاً للقواعد العامة - حق المؤمن في الحصول على التعويض بقدر ما أصابه من ضرر، شريطة إثبات الضرر ومقداره^(٢).

وهنا يُطرح تساؤلٌ عن مدى إمكانية بلوغ أثر الإخلال إلى حد سقوط حق المؤمن له في الحصول على مبلغ التعويض التأميني كلية ودون نظر أو اعتبار بمقدار ما أصاب المؤمن من ضرر.

وإجابة على هذا السؤال فقد جرى العمل لدى بعض شركات التأمين على تضمين وثائق التأمين شرطاً يقضي بسقوط حق المؤمن له في الحصول

(١) تأخر المؤمن له في الإخطار، راقية عبد الجبار، ص ١٩٨. الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي لم تحدد وقت وإنما جعلت القيام به بأسرع وقت، وكذلك وثيقة التأمين الشامل لشركة ميد غلف، بينما حددت وثيقة التعاونية للتأمين الشامل ووثيقة تكافل للتأمين الشامل بـ ٩٠ يوماً.

(٢) ينظر: الوسيط للسنة ١٣٢٨، ٧/١٣٢٨.

على التعويض عند التأخر في إبلاغ المؤمن بوقوع الخطر، ومن ذلك ما ورد في وثيقة تكافل للتأمين الشامل^(١) ووثيقة التعاونية للتأمين الشامل^(٢)، وهذا الشرط يعد تعديلاً لقواعد المسؤولية المدنية بتشديد الجزاء المترتب على إخلال المؤمن له بالتزامه، وهو في حقيقته شرط جزائي؛ ويعرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه^(٣)، وأهمية هذا الشرط الجزائي في أنه يجعل الضرر مفترضاً فعلاً بحيث يعفى المؤمن من إثباته، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس^(٤)، ولذلك جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٩ (١٢/٣) بشأن موضوع الشرط الجزائي بأنه لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال

- (١) حيث نصت في الفقرة الخامسة المعنونة بإجراءات تسوية المطالبات على أنه: «يجب على المشترك (المؤمن له) إبلاغ الشركة خلال فترة (٩٠) يوماً من تاريخ الحادث بأي خسارة أو ضرر يلحق بالركبة، وفي حال عدم التزامه بذلك، فإن المطالبة بالتغطية التأمينية سوف تكون مرفوضة، ما لم يقدم المشترك مبرراً مقبولاً من قبل الشركة».
- (٢) حيث نصت في الفقرة الرابعة عشر من القسم الرابع المعنون بالشروط العامة على أنه: «على المشترك (المؤمن له) تسليم كافة المستندات المطلوبة للمطالبات المتعلقة بالقسمين الأول (المتعلقة بالركبة المؤمن عليها) والثالث (المتعلق بالتوسعات المضافة) من هذه الوثيقة، وذلك في أقرب وقت ممكن وخلال مدة أقصاها ٩٠ يوماً من تاريخ وقوع الحادث، وسيتم إغلاق المطالبة نهائياً في حالة تجاوز المدة المحدد».
- (٣) أحكام الالتزام، عبد القادر الفار، ص ٨٤.
- (٤) أحكام الالتزام، عبد القادر الفار، ص ٨٧. وأحكام الالتزام، بلحاج العربي، ص ١٢٩. وأحكام الالتزام، عامر الكسواني، ص ١٤٢.

بالعقد^(١)، وحول هذا الحكم نص المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري^(٢)،
والمادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني^(٣).

وسقوط حق المؤمن له لا يعني زوال عقد التأمين، حيث يبقى العقد
سارياً بالنسبة للماضي والمستقبل، ويكون للمؤمن له طلب التعويض عن
جميع الحوادث المؤمن منها التي وقعت في الماضي فيما عدا الحادث الذي
سقط حقه بالنسبة إليه، وكذلك يبقى حق المؤمن له في تقاضي التعويضات
عن الحوادث التي تقع له في المستقبل، إلا إذا سقط حقه مرة أخرى بالنسبة
إلى أي حادث منها^(٤).

ويرى بعض شراح القانون^(٥) أن شرط الإسقاط لا ينتسب للمسؤولية
المدنية، ولا الشرط الجزائي، وإنما هو عقوبة مدنية من خصائص عقد التأمين،
يلتزم القاضي بالحكم بها، ولو كان مقدار الضرر لا يتناسب مع مبلغ التأمين
الواجب، بل حتى مع انتفاء الضرر؛ إذا الغاية من شرط السقوط: «مجازاة

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ٢/٣٠٦.

(٢) حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٢٤) على أنه: «لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»

(٣) حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٦٤) على أنه: «يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك».

(٤) أحكام التأمين أحمد شريف، ص ٢٩٩. الوسيط للسنهوري، ٧/١٣٢٩.

(٥) السنهوري في الوسيط، ٧/١٣٣٠. وأحمد شريف في أحكام التأمين، ص ٣٠١.

المؤمن له الذي يخل بالنزاهة وردعه في عقد - وهو عقد التأمين - يقتضي التحلي بحسن النية سواء في انعقاده أو تنفيذه»^(١).

والذي يظهر أن العقوبة بهذا المعنى المتضمنة الردع والزجر إنما تكون في معرض القانون الجنائي عند ارتكاب جريمة جنائية، كأن يكون الإخلال بالالتزام منطلقاً من سوء النية، فهذا الفعل يكون منطوياً على احتيال تقوم في مواجهته المسؤولية الجنائية التي تتغيا الردع والزجر حماية للمجتمع، وتقوم إلى جانب المسؤولية المدنية التي تتغيا رفع الضرر بالتعويض، ونجد أن الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي راعت نوعي المسؤولية عندما يستخدم المؤمن له إحدى الوسائل الاحتمالية، فرتبت سقوط حق المؤمن له في التعويض باعتبار الاحتمال جريمة، وكفلت حق المؤمن في الحصول على التعويض إذا حصل له ضرر^(٢)، ولا يتصور أن يقوم الجزاء في القانون المدني على مجرد العقوبة مع عدم تحقق الضرر، وإذا صح إيقاع تلك العقوبة في مواجهة سيء النية بقصد زجره وردعه، فهل يصح إيقاعها على حسن النية لذات السبب رغم عدم تحقق الضرر وقصد الإضرار، بل حتى في تلك الحالات التي يكون التأخير فيها لوقت وجيز؟ ولذلك ولأجل هذه الاعتبارات درجت بعض شركات التأمين تجاه تخفيف هذا الجزاء القاسي إلى قصره على سيء النية دون حسنها^(٣)، ويعتقد الباحث أن هذا العمل يكفله القانون بحماية المؤمن له من الشروط التعسفية، التي تفرض عقوبة

(١) أحكام التأمين، أحمد شريف، ص ٣٠١.

(٢) ينظر: الفقرة الخامسة من المادة السابعة من الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي.

(٣) الوسيط، للسنهوري، ٧ / ١٣٣١، الحاشية الأولى.

دون جريمة، وأن الصحيح في تكييف شرط الإسقاط أنه من قبيل الشروط الجزائية والتعويضات الاتفاقية، التي تقوم على أركان المسؤولية المدنية عند توفر الإخلال والضرر وعلاقة السببية، وأن فائدة الاشتراط تتركز في قيام المسؤولية على الضرر المفترض القابل لإثبات العكس مع تقدير تعويضه اتفاقياً، لاسيما وأن الأنظمة في المملكة العربية السعودية لم تتضمن نصاً يبيح فرض العقوبات في عقود التأمين دون جريمة أو ضرر.

ورغم قيام شرط الإسقاط على أحكام الشروط الجزائية والتعويضات الاتفاقية فإن التعديل يتضمن تشديداً على المؤمن له، أبرزه صعوبة إثبات انتفاء الضرر، ولذا فإننا نجد أن بعض القوانين تواجه هذا التشديد الذي تُضمّنه بعض شركات التأمين في وثائقها، بنصين: الأول: يقتضي بطلان شرط الإسقاط بسبب التأخر في إبلاغ الجهات المطلوب إخبارها، أو في تقديم المستندات إذا تبين أن التأخير لعذر مقبول، والثاني: يبطل كل شرط إسقاط لم يبرز بشكل ظاهر متميز، ومن ذلك ما ورد في المادة (٧٥٠) من القانون المدني المصري^(١)، والمادتين (٧٨٢) و(٧٨٣) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٩٢٤) من القانون المدني الأردني والمادة (١٠٢٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(١) ونصها: «يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: .. ٢. الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن بسبب تأخر في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. ٣. كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط».

وبناءً عليه فإن شرط الإسقاط يقتضي افتراض وجود الضرر، ويرتب إسقاط حق المؤمن له في الحصول على مبلغ التعويض التأميني، بشرطين عند القوانين المقارنة: الأول: أن تكون كتابة هذا الشرط في وثيقة التأمين بشكل ظاهر متميز. وذكر القانون الكويتي مثلاً لإظهار الشرط: «كأن تكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً»^(١). والشرط الثاني: ألا يكون للمؤمن له عذر مقبول في التأخر عن إبلاغ المؤمن، فإن كان له عذر بطل شرط الإسقاط مع احتفاظ المؤمن في حقه بالرجوع على المؤمن له بالتعويض جزاء إخلاله وتأخره في إخطاره، فهنا ينتفي شرط الإسقاط ويبقى حكم القاعدة العامة في المسؤولية المدنية، والشرط الأخير تكفله القواعد العامة التي تفرض سقوط الشرط الجزائي بوجود العذر حتى زواله^(٢).

وبالنظر في مجموعة من قرارات لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية نجد أنها تتجه إلى إسقاط الحق في المطالبة بالتعويض التأميني عند التأخر في إخطار المؤمن بوقوع الحادث وتقديم المستندات اللازمة، ومن ذلك ما جاء في قرار اللجنة رقم (٢٤٦/د/١٤٣٦هـ) وتاريخ ٢/١٢/١٤٣٦هـ وفيه دفعت شركة التأمين المدعى عليها بأن المدعي قام بتقديم المطالبة بعد تاريخ وقوع الحادث بما يزيد على تسعين يوماً بالمخالفة للشروط العامة في وثيقة التأمين التي تفرض «على المشترك (المؤمن له) تسليم كافة المستندات المطلوبة للمطالبات..، في أقرب وقت ممكن وخلال مدة أقصاها تسعون يوماً من تاريخ وقوع الحادث»، فجاء في تسبيب اللجنة. وحيث تبين

(١) المادة (٧٨٢) من القانون المدني الكويتي.

(٢) أبحاث هيئة كبار العلماء، ١/ ٢٩٥. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ٢/ ٣٠٦.

للجنة أن المدعي قدم مطالبته بعد حوالي مائة وتسعين يوماً من تاريخ وقوع الحادث، وعليه فيتبين أن المدعي بذلك خالف شروط وأحكام وثيقة التأمين ولهذا قررت اللجنة رفض الدعوى^(١). ومثله قرار اللجنة الابتدائية رقم (١٩/د/١٤٣٧هـ)، وتاريخ ٢٥/٦/١٤٣٧هـ، حيث دفعت شركة التأمين بأن المدعي قدم المطالبة بعد ٩٠ يوماً من تاريخ وقوع الحادث، مخالفاً لشروط الوثيقة التي توجب إخطار الشركة في أقرب وقت وبما لا يتجاوز ٩٠ يوماً، وحيث تبين أن المدعي قدم دعواه بعد سنة وعشرة أشهر عليه قررت اللجنة رفض الدعوى^(٢).

والملاحظ في القرارين السابقين أن وثيقة التأمين نصت على ميعاد أقصى لتقديم المطالبة والمستندات، في حين لا تقوم جميع شركات التأمين بذكر الحد الأقصى فتكتفي بذكر وجوب إخطار الشركة في أسرع وقت ممكن، وفي هذه الحالة يخضع تقدير الوقت للنظر القضائي، ولذلك نجد في قرار اللجنة الابتدائية رقم (٣٤٦/ج/١٤٣٨هـ) وتاريخ ٣/١١/١٤٣٨هـ، أن المدعي عليها دفعت بأن المدعي قدم مطالبته بعد ٤٠ يوماً من تاريخ وقوع الحادث مخالفاً للوثيقة التي تنص على أنه: «يتوجب على المؤمن له أو السائق المجاز إخطار الشركة بأي خسارة أو ضرر كتابياً مع كل التفاصيل بأسرع وقت ممكن»، فجاء في تسبب اللجنة أنه بدراسة ملف الدعوى وكافة المستندات المرفقة قد تبين للجنة أن وثيقة التأمين تضمنت نصاً يلزم المدعي بأن يتقدم بإخطار الشركة بأي خسارة أو ضرر كتابياً مع كل التفاصيل بأسرع وقت

(١) أيد بالقرار الاستئنائي رقم (٤٨/أ/١٤٣٧هـ).

(٢) المؤيد بالقرار الاستئنائي رقم (٢١٥/أ/١٤٣٧هـ).

ممكن، وتقوم الشركة بمعاينة المركبة موضوع الحادث خلال فترة لا تزيد عن ٧٢ ساعة من تاريخ هذا الإخطار، وبناء عليه فإن دفع المدعى عليها قد وافق الشروط والبنود المحررة في وثيقة التأمين؛ مما يؤيد ما ذهبت إليه المدعى عليها في رفضها لمطالبة المدعي بالتعويض، وعليه قررت اللجنة رفض الدعوى^(١)، فاعتبرت اللجنة أن مضي أربعين يوماً على تاريخ وقوع الحادث يخالف واجب السرعة في الإخطار.

ولا يقتصر واجب الإخطار على إبلاغ الشركة بوقوع الحادث في أسرع وقت، وإنما يشمل تقديم المستندات اللازمة كما سبق وأن بينا، وبناءً عليه رفضت اللجنة الابتدائية في قرارها رقم (١٨٨/ر/١٤٣٥هـ) وتاريخ ٢٥/١٢/١٤٣٥هـ، دعوى المدعي بسبب إخلاله بتقديم المستندات الموضحة في وثيقة التأمين للمدعى عليها^(٢).

كما أنه -وتطبيقاً للقواعد العامة- لم تعدد اللجنة بشرط السقوط لوجود عذر لدى المؤمن أفضى لتأخره في تقديم المطالبة، فعندما دفعت شركة التأمين المدعى عليها بأن المدعي لم يقدم المطالبة إلا بعد ستة أشهر من وقوع الحادث، مخالفاً للشرط الذي يلزم المؤمن بإخطار الشركة بوقوع حادث خلال مدة أقصاها ١٥ يوماً من تاريخ وقوعه، قدم المدعي جوابه بأن سبب تأخره رفض إدارة المرور إصدار تقرير بالحادث؛ لأن خدمات المدعي موقوفة بسبب مخالفات بلدية، وتطلب رفع الوقف عن الخدمات

(١) أيد بالقرار الاستئنائي رقم (٦٩/أ/١٤٣٩هـ).

(٢) أيد بالقرار الاستئنائي رقم (٤٣٥/أ/١٤٣٦هـ).

عدة أشهر، فكان من ضمن تسييب اللجنة أنها رأّت وجود عذر مقبول عن التأخر في تقديم المطالبة لدى المدعى عليها، وعليه قررت إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ التعويض^(١).

ومثله قرار اللجنة الابتدائية رقم (٢٢/ج/١٤٣٨هـ) وتاريخ ١١/١/١٤٣٨هـ، حيث دفعت المدعى عليها شركة التأمين بأن المدعى تقدم بمطالبته بعد وقوع الحادث بشهرين مخالفاً لوثيقة التأمين التي توجب على المؤمن له إخطار الشركة بأي خسارة أو ضرر كتابياً مع كل التفاصيل بأسرع وقت ممكن، فجاء في تسييب اللجنة وحيث إن المدعى عليها ترفض إصلاح المركبة المؤمن عليها بحجة أن المدعى لم يخطر الشركة بوقوع الحادث إلا بعد مضي شهرين من تاريخ الحادث، وذلك يعد مخالفة لشروط وثيقة التأمين، وحيث إنه من الثابت بموجب المستندات المرفقة عدم ثبوت صحة دفع المدعى عليها، حيث إنه من الثابت أن المدعى تقدم بمطالبته التأمينية لدى شركة نجم لخدمات التأمين في المدينة المنورة وهي التي قامت بمعاينة الحادث، وذلك بعد مضي خمسة أيام من تاريخ وقوع الحادث، وذلك لعدم وجود فرع لشركة التأمين في المدينة المنورة وقد تم إبلاغه بضرورة تقديم مطالبته للمدعى عليها بمدينة جدة، الأمر الذي أدى إلى تأخر تقديم مطالبته للمدعى عليها في مدينة جدة، وبذلك فإن المدعى اضطر للحضور لمدينة جدة لتقديم مطالبته، وهو السبب في تأخره؛ لذا فإنه لم يتعمد التأخير

(١) قرار اللجنة الابتدائية رقم (٣١٩/د/١٤٣٧هـ) وتاريخ ٢٧/١١/١٤٣٧هـ، المؤيد بالقرار الاستثنائي رقم (٨٦/أ/١٤٣٨هـ).

لتقديم المطالبة، وعليه قررت اللجنة إلزام المدعى عليها بدفع التعويض^(١).
فالملاحظ أن اللجنة اعتبرت أن عدم وجود فرع في بلد المؤمن له وحاجته
للسفر من المدينة إلى جدة عذر مقبول عن التأخر لمدة ٦٠ يوماً.

محصل القول وجامعه أن إخلال المؤمن له بالتزامه في إخطار المؤمن
بوقوع الخطر وتقديم المستندات اللازمة يقيم المسؤولية المدنية التي تستلزم
وجود الضرر والعلاقة السببية، وأن بعض شركات التأمين تلجأ إلى تعديل
قواعد المسؤولية المدنية بتضمين وثيقة التأمين شرطاً جزائياً يقتضي سقوط
الحق في الحصول على التعويض التأميني عند التأخر في إخطار المؤمن بوقوع
الخطر، ويعتقد الباحث أن الحاجة داعية إلى وضع تنظيم يكفل حماية المؤمن
له من تشديد شرط الإسقاط إذ إن القواعد العامة قد لا تكون كافية في
حماية المؤمن له عندما لا يتناسب حجم المبلغ الذي تم إسقاطه والضرر
الذي يصيب المؤمن فضلاً عن حالة انتفاء الضرر، لأن الشخص المعتاد من
طائفة العملاء يصعب عليه إثبات مقدار الضرر أو نفيه، لاسيما في مواجهة
المؤمن المحترف والذي يفوق بقدراته ومركزه ما لدى المؤمن له العادي، ما
يجعل مآل هذا الشرط في إسقاط مبلغ التعويض التأميني محتملاً، فمن جهة
يحمي المؤمن له من التشديد الذي يترتب على مثل هذا الشرط، ومن جهة
يحمي المؤمن من التأخر في الإخطار، والالتزام بإثبات الضرر، كما يحسن أن
يتضمن التنظيم عدم إعمال هذا الشرط إن كان فيه تعسفاً في إسقاط حق
المؤمن له فمن يتأخر لوقت وجيز لا تصح معاملته بهذه القسوة^(٢).

(١) أيد بالقرار الاستثنائي رقم (٢٠٦/أ/١٤٣٨هـ).

(٢) عقد التأمين، محمد عبد الظاهر، ص ١٨٩.

الخاتمة

النتائج:

١. يجب على المؤمن له عند التعاقد أن يقدم جميع البيانات المرتبطة به التي تمكن المؤمن من تقدير الخطر المؤمن منه، وبجميع الظروف التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى زيادة هذا الخطر، وهذا الوجوب تفرضه القواعد العامة التي تقضي بأن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة.
٢. البيانات التي يقع على عاتق المؤمن له تقديمها إلى المؤمن البيانات المؤثرة في الخطر سواء تعلقت بشخص المؤمن له أو بمحل الخطر المؤمن منه، إذا كانت هذه البيانات معلومة للمؤمن له أو باستطاعته أن يعلم به، ومجهولة للمؤمن، والمرجع في تقدير البيانات الهامة والمؤثرة هو المؤمن ولذلك تلجأ شركات التأمين إلى وضع نماذج موحدة تتضمن كافة البيانات المؤثرة.
٣. ما يقدمه المؤمن له من بيانات تخالف الحقيقة تثير مسؤوليته، وما يتركه دون إجابة في نماذج المؤمن إذا لم يكن بسوء نية يحتاج إلى استحضار أمرين: الأول: أن وضع المؤمن للمعلومات المطلوبة في النموذج يعني أنها ذات أهمية، وجوهرية في العقد لذا يجب على المؤمن له تقديمها، والأمر الثاني: أن قبول المؤمن للنموذج فارغاً من الإجابة على بعض البيانات يعد بمثابة التنازل من جانبه عن التمسك بجوهرية البيان، والذي يظهر وجوب تغليب الأمر الثاني على الأول؛ لقلة خبرة المؤمن له في مقابل احترافية المؤمن، وأن قبول المؤمن لاحق على تقصير المؤمن له فهو تنازل منه ورضى.

٤. كما يقع على المؤمن له بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه الالتزام بإخبار المؤمن بكل ما يستجد من ظروف تؤثر في الخطر محل التأمين، وعادة ما تنص وثائق التأمين على هذا الالتزام، كما تشكل القواعد العامة أساساً له؛ لأن التغيير في الخطر تغير في محل العقد، ومن ثم فيجب أن يعلم به المؤمن منعاً للجهالة، فإن أخطر المؤمن بتغير المحل بقيت التغطية التأمينية سارية إلى حين اتخاذ المؤمن موقفاً من الظروف الجديدة، وللمؤمن إنهاء العقد؛ لتغير محل العقد وشروطه المتعلقة بنطاق الخطر المغطى، أو زيادة مبلغ اشتراك التأمين، ولا بد هنا من موافقة المؤمن له، كما أن للمؤمن إبقاء العقد دون زيادة.

٥. وإذا تحقق الخطر التزم المؤمن له بإخطار المؤمن وإبلاغه بوقوع الخطر بالإضافة إلى تقديم المستندات المتعلقة بالواقعة مما يستطيع المؤمن له تقديمه، وأساس هذا الالتزام الاشتراط العقدي، وإبلاغ المؤمن يختلف عن إبلاغ الجهات الرسمية المعنية بمباشرة الحوادث المرورية.

٦. تقضي القواعد العامة بأن إخلال المؤمن له بتقديم البيانات اللازمة عند التعاقد وأثناء التنفيذ قبل وقوع الخطر يعطي المؤمن الخيار في فسخ العقد بأثر رجعي من تاريخ وجود العنصر المؤثر وكتمان المؤمن له؛ للوقوع في التدليس، بالإضافة إلى حق المؤمن في الحصول على تعويض عن الأضرار التي تحدث نتيجة إخلال المؤمن له وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية.

٧. تعمل بعض شركات التأمين على تعديل قواعد المسؤولية عبر شروط تضمنها عقد التأمين تشدد من مسؤولية المؤمن له عند إخلاله بالإخطار قبل

وقوع الخطر، تعطي المؤمن حق الرجوع على المؤمن له لاستيفاء ما دفعه من تعويض تأميني رغم سريان العقد ودون فسخه، وحق فسخ العقد مع تملك مبلغ الاشتراك التأميني، وإزاء هذا التشديد عملت القوانين على مراعاة جانب المؤمن له حسن النية، لا سيما بعد وقوع الخطر فلم تجعل للمؤمن إلا تغطية الخطر مع تخفيض التعويض التأميني بنسبة الاشتراك المؤدى من الاشتراك الذي كان يجب تأديته لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح.

٨. يقع إخلال المؤمن له بإبلاغ المؤمن بوقوع الخطر عند تأخره في واجب الإخطار، وتحكم قواعد المسؤولية العقدية جزاء الإخلال بواجب التعويض عند تحقق الضرر، وتعمل بعض شركات التأمين على تعديل هذه القواعد بوضع شرط يشدد من مسؤولية المؤمن له ليتوصل بجزاء الإخلال إلى سقوط حق المؤمن له في الحصول على التعويض، ويكيف هذا الشرط بأنه من قبيل الشروط الجزائية، وفائدته في تقدير التعويض، والتخفيف عن المؤمن ليقع عنه عبء إثبات الضرر ليكون مفترضاً في جانبه، ويقع على المؤمن له عبء نفيه، ويرى بعض شراح القانون أن الشرط ليس بشرط جزائي وأنه عقوبة مدنية، لا يستطيع المؤمن له التخلص منها ولو أثبت نفي الضرر، والذي يظهر صحته أنه شرط جزائي.

٩. شرط الإسقاط يقتضي افتراض وجود الضرر، ويرتب إسقاط حق المؤمن له في الحصول على مبلغ التعويض التأميني، بشرطين عند القوانين المقارنة: الأول: أن تكون كتابة هذا الشرط في وثيقة التأمين بشكل ظاهر

متميز، وذكر القانون الكويتي مثلاً لإظهار الشرط: «كأن تكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً». والشرط الثاني: ألا يكون للمؤمن له عذر مقبول في التأخر عن إبلاغ المؤمن، فإن كان له عذر بطل شرط الإسقاط مع احتفاظ المؤمن في حقه بالرجوع على المؤمن له بالتعويض جزاء إخلاله وتأخره في إخطاره.

التوصيات:

١. حماية المؤمن له من التشديدات التي ترد في عقود التأمين عند تركه تقديم بيانات متعلقة بالعقد، والتفريق في جزاء الإخلال بين سيء النية وحسنها، وأن يكون حق المؤمن في أعمال هذه الجزاءات بصدد البيانات المؤثرة في موضوع الخطر لا كل بيان، والنظر في الحلول التي قدمتها القوانين الأخرى إزاء هذه التشديدات لا سيما عند اكتشاف الإخلال بعد وقوع الخطر من حسن النية.

٢. وضع تنظيم يكفل حماية المؤمن له من تشديد شرط الإسقاط، إذ إن القواعد العامة قد لا تكون كافية في حماية المؤمن له عندما لا يتناسب حجم المبلغ الذي تم إسقاطه والضرر الذي يصيب المؤمن فضلاً عن حالة انتفاء الضرر، إذ إن الشخص المعتاد من طائفة العملاء يصعب عليه إثبات مقدار الضرر أو نفيه، لاسيما في مواجهة المؤمن المحترف والذي يفوق بقدراته ومركزه ما لدى المؤمن له العادي، ما يجعل مآل هذا الشرط في إسقاط مبلغ التعويض التأميني محتملاً.

٣. إلزام شركات التأمين بأن تكون جميع التعديلات المشددة لمسؤولية المؤمن له ظاهرة في وثيقة التأمين وبخط مميز، كما جرت على ذلك القوانين المقارنة، وأن تكون وثائق التأمين واضحة ومرتبة ومنظمة؛ إذ الملاحظ أن عدداً من الوثائق تفتقد التنظيم، وتقسم الأحكام المتعلقة بموضوع واحد على أكثر من صفحة وفقرة، فتجد في صفحة إلزام المؤمن له بالإبلاغ عن وقوع الخطر، وبعدها بصفحات إلزامه بتقديم المستندات مع الإبلاغ وإلا فإن حقه يسقط، وهذا مثال، وإلا فإن التشتيت الحاصل في المعلومات يتجاوز ذلك.



المراجع

١. أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، مطبوعات الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
٢. الآثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية، بهاء الدين مسعود سعيد خويرة، بحث ماجستير، جامعة النجاح، ٢٠٠٨م.
٣. أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، بلحاج العربي، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ.
٤. أحكام الالتزام، عامر محمود الكسواني، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٣١هـ.
٥. أحكام التأمين، أحمد شرف الدين، نادي القضاة، مصر، الطبعة الثالثة، ١٩٩١م.
٦. الأحكام العامة لعقد التأمين، محمد حسام محمود لطفني، بدون دار، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٦م.
٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
٨. تأخر المؤمن له في الإخطار، راقية عبد الجبار، مجلة كلية المأمون، العدد ٢٥.
٩. التأصيل القانوني للالتزام بالإعلان عن الخطر في عقد التأمين، عبد اللطيف القطرنجي، إشراف جودت هندي، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٩، العدد ٦٧، ٢٠١٧م.
١٠. التزام المؤمن له بالإدلاء بالبيانات في عقد التأمين، فرقد زهير، ومحمد عدنان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٧، العدد ٢، ٢٠١٥م.

١١. رد المحترار على الدر المختار للحصنكي، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
١٢. شرح القانون المدني، عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، دار الثقافة، عمان، الطبعة الخامسة، ١٤٣٣ هـ.
١٣. شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ.
١٤. شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشبي (المتوفى: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وتاريخ.
١٥. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري (المتوفى: ٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٦. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وتاريخ.
١٧. عقد التأمين، محمد عبد الظاهر حسين، دار النهضة العربي، القاهرة بدون طبعة، ٢٠٠٣م.
١٨. غريب الحديث، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: ٢٢٤هـ)، تحقيق: محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد، الدكن، الطبعة الأولى، ١٣٨٤هـ.
١٩. غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، لشهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ.
٢٠. الفائق في غريب الحديث والأثر، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الثانية.



٢١. قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجدي البركتي، الناشر: الصدف بيلشرز، كراتشي، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
٢٢. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٢٣. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، ١٤٢١هـ.
٢٤. المسؤولية المدنية لأطراف العلاقة التأمينية، د. ناصر بن عبد الله الشلاي، رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، ١٤٣٨هـ.
٢٥. مصادر الالتزام في القانون المدني، أنور سلطان، دار الثقافة، عمان، الطبعة السادسة، ١٤٣٣هـ.
٢٦. مصادر الالتزام، د. عبد القادر الفار، دار الثقافة، عمان، الطبعة الخامسة، ١٤٣٥هـ.
٢٧. المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة الجماعلي المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، القاهرة، بدون طبعة، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.
٢٨. المهذب، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.
٢٩. مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، عبد السلام التونجي، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٣٠. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية.
٣١. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، وهبة الزحيلي، الطبعة التاسعة، دمشق، دار الفكر، ١٤٣٣هـ.

٣٢. الوسيط في شرح القانون المدني- عقود الغرر وعقد التأمين، عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٤م.
٣٣. الوسيط في نظام التأمين، د. محمد نصر محمد، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.

القوانين واللوائح:

٣٤. القانون المدني الأردني، رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م.
٣٥. القانون المدني الكويتي، رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م.
٣٦. القانون المدني المصري، رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.
٣٧. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م، والمعدل سنة ١٩٨٧م.
٣٨. اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين، الصادرة بتاريخ ١٦/٩/٢٠٠٨م.
٣٩. اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٥٩٦/١)، وتاريخ ١/٣/١٤٢٥هـ.

الوثائق التأمينية:

٤٠. الوثيقة الموحدة للتأمين الإلزامي، الصادرة عن مؤسسة النقد العربي بقرار محافظ مؤسسة النقد رقم (٤٣٩/٩٣) وتاريخ ١٧/١٠/١٤٣٩هـ، وعدلت بموجب القرار رقم (٤٤١/١) وتاريخ ٢/١/١٤٤١هـ.
٤١. وثيقة تكافل الراجحي للتأمين الشامل.
٤٢. وثيقة شركة أسيج للتأمين الشامل.
٤٣. وثيقة شركة التعاونية للتأمين الشامل.
٤٤. وثيقة شركة التعاونية للتأمين ضد الغير.
٤٥. وثيقة شركة ميد غلف للتأمين الشامل.

القرارات:

٤٦. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (١٢٤/د/١٤٣٥هـ)،
وتاريخ ١٠/٨/١٤٣٥هـ.
٤٧. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (١٤٩/ر/١٤٣٦هـ)،
وتاريخ ٩/٦/١٤٣٦هـ.
٤٨. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (١٧٨/ر/١٤٣٦هـ)،
وتاريخ ١٩/٦/١٤٣٦هـ.
٤٩. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (١٧٩/ر/١٤٣٦هـ)،
وتاريخ ١٩/٦/١٤٣٦هـ المؤيد بالقرار الاستثنائي رقم (٦٦٥/أ/١٤٣٦هـ).
٥٠. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (١٨٥/ج/١٤٣٧هـ)،
وتاريخ ١٣/٦/١٤٣٧هـ، والمؤيد بالقرار الاستثنائي رقم (٢٤٩/أ/١٤٣٧هـ).
٥١. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (١٨٨/ر/١٤٣٥هـ)،
وتاريخ ٢٥/١٢/١٤٣٥هـ أيد بالقرار الاستثنائي رقم (٤٣٥/أ/١٤٣٦هـ).
٥٢. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (١٩٨/د/١٤٣٧هـ)،
وتاريخ ٢٥/٦/١٤٣٧هـ المؤيد بالقرار الاستثنائي رقم (٢١٥/أ/١٤٣٧هـ).
٥٣. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (٢٠٢/د/١٤٣٦هـ)،
وتاريخ ١٢/٩/١٤٣٦هـ.
٥٤. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (٢٠٧/د/١٤٣٦هـ)،
وتاريخ ١٣/٩/١٤٣٦هـ.
٥٥. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (٢٢/ج/١٤٣٨هـ)،
وتاريخ ١١/١/١٤٣٨هـ، أيد بالقرار الاستثنائي رقم (٢٠٦/أ/١٤٣٨هـ).
٥٦. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (٢٤٦/د/١٤٣٦هـ)،
وتاريخ ٢/١٢/١٤٣٦هـ أيد بالقرار الاستثنائي رقم (٤٨/أ/١٤٣٧هـ).

٥٧. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (٣١١/ر/١٤٣٦هـ)،
وتاريخ ٢٦/١٠/١٤٣٦هـ.
٥٨. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (٣١٩/د/١٤٣٧هـ)
وتاريخ ٢٧/١١/١٤٣٧هـ، المؤيد بالقرار الاستثنائي رقم (٨٦/أ/١٤٣٨هـ).
٥٩. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (٣٤٦/ج/١٤٣٨هـ)،
وتاريخ ٣/١١/١٤٣٨هـ أيد بالقرار الاستثنائي رقم (٦٩/أ/١٤٣٩هـ).
٦٠. قرار لجنة الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية رقم (٧٨/د/١٤٣٨هـ)،
وتاريخ ٥/٤/١٤٣٨هـ، والمؤيد بالقرار الاستثنائي رقم (١٧٨/أ/١٤٣٨هـ).





مكافحة الفساد الوظيفي دراسة فقهية قضائية

د. سليمان بن ضيف الله بن محمد اليوسف
الأستاذ المشارك في كلية التربية بجامعة المجمعة

المقدمة

الحمد لله أستهدي بهداه، وأسأله التوفيق والسداد والصلاة والسلام على خير معلم دعا إلى الرشاد، محمد وآله وصحبه وبعد:

فإن الفساد الوظيفي ظاهرة مقلقة، وقد بات اليوم أحد كبار مشاكل العالم الذي تداعى إلى مكافحتها، وحيث إن الفقه الإسلامي له منهجه الفريد في مكافحة تلك الظاهرة فقد رمت البحث في منهجه في ذلك من خلال المسيرة التالية:

أولاً: عنوان البحث:

(مكافحة الفساد الوظيفي، دراسة فقهية قضائية).

ثانياً: محيط البحث:

(بيان طرق وأدوات الفقه الإسلامي في مكافحة الفساد الوظيفي).

ثالثاً: مشكلة البحث:

تتناول الدراسة التساؤلات التالية: ما حكم مكافحة الفساد الوظيفي في الفقه الإسلامي؟ وما منهج الفقه الإسلامي في مكافحة الفساد الوظيفي؟ وهل لديه حلول واقعية في مكافحته؟ وقد انبثق منها عدة تساؤلات وهي:

١. ما الحكم العام لمكافحة الفساد الوظيفي في الفقه الإسلامي؟

٢. ما الأحوال التي ينتقل فيها حكم الفساد الوظيفي من فرض كفاية

إلى فرض عين؟

٣. ما الأساليب الفقهية للمكافحة الحكومية للفساد الوظيفي؟

٤. ما حكم مشاركة المواطن في مكافحة الفساد الوظيفي عبر البلاغات

الخاصة بذلك؟ وهل وقوعه في الفساد الوظيفي مانع شرعي من مشاركته في مكافحته؟ وهل كثرة الفساد الوظيفي مسقطة لوجوب مكافحته؟ وما حكم حماية المواطن المبلغ من الفاسدين؟ وهل التخوف من فتنة تسلط الفاسدين مانع شرعاً من المشاركة في مكافحة الفساد الوظيفي؟

٥. ما مدى مشروعية إقامة جمعيات تعاونية لمكافحة الفساد؟ وما حكم

المشاركة فيها؟

٦. هل يدعو الفقه الإسلامي لمشاركة العالم كله فيما يخدم مكافحة

الفساد الوظيفي؟

٧. ما المنهج الفقهي - إجمالاً - في المكافحة القضائية للفساد الوظيفي،

وهل يجب على القضاة معرفة واقع الفساد الوظيفي؟ وكيف يعتدل القاضي في نظره القضائي بين المواطن المبلغ والمسؤول المبلغ عنه عند وصل دعاويهم إليه؟

٨. ما الحلول الواقعية لمكافحة الفساد الوظيفي المستمدة من تلك

التأصيلات الفقهية السابقة؟

رابعاً: أهمية البحث وأهدافه:

١. تعلقه بظاهرة الفساد الوظيفي وهي ظاهرة عالمية خطيرة.

٢. بيان منهج الفقه الإسلامي في مكافحة الفساد الوظيفي.

٣. تنبيه المختصين بمكافحة الفساد الوظيفي والمهتمين بما اشتمل عليه الفقه الإسلامي من تأصيلات وابتكارات هي في شمولها وعدلها، وواقعيتها، وسبقها من مفاريد الشريعة الإسلامية الغراء.

٤. بيان منهج الفقه الإسلامي في تأصيله المسؤولية المشتركة في مكافحة الفساد الوظيفي وتوزيعه ذلك بالعدل على الأفراد، والمجتمع، والدولة، وعموم الناس.

٥. المشاركة في التكييف القضائي لبعض مسائل وجرائم الفساد الوظيفي.

٦. التعاون مع ولاية الأمر في دولتنا السعودية - حفظها الله - في حملتها المظفرة تجاه الفساد الوظيفي، والتعاون مع كل من يسعى في هذا السبيل الرشيد من عموم البشر.

خامساً: الدراسات السابقة والإضافة البحثية:

الفساد الوظيفي ظاهرة عامة يتشارك الناس من كافة الاختصاصات في بحثها لكن في جانب تخصص البحث اطلعت على البحوث التالية:

١. الفساد الإداري وعلاجه في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الإداري، د. محمود محمد معابرة، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١م.

٢. دور القضاء في مكافحة الفساد الإداري، د. سلامة الرفاعي، مجلة القضائية، العدد الحادي عشر، ١٤٣٦هـ.

٣. السياسة الشرعية في مكافحة الفساد والوقاية منه، الشيخ ياسر الحقييل، بحث محكم في المجلة القضائية، العدد الثالث، محرم ١٤٣٣هـ.
٤. الضوابط الشرعية لمكافحة الفساد المالي، د. هيفاء أحمد باخشوين، مجلة العدل، العدد ٧٢، محرم ١٤٣٧هـ.
٥. منهج الشريعة في حماية المجتمع من الفساد الإداري والمالي، رسالة ماجستير، للباحث عبد الله بن نصر آل غصاب، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ١٤٢٩هـ.
٦. مفهوم الفساد الإداري ومعايره في التشريع الإسلامي، د. آدم معابدة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢١، العدد الثاني، ٢٠٠٥م.
٧. ضمانات مكافحة الفساد في الشريعة الإسلامية، د/ إبراهيم رحيم، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية، العدد الخامس والعشرون، ١٤٣٣هـ.
٨. مكافحة شائبة الفساد الإداري في المجتمعات المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، جمال عباس أحمد، وآخرون، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مصر، محرم ١٤٣٥هـ.
٩. منهج الشريعة الإسلامية في علاج ظاهرة الفساد الإداري، إسماعيل عبد الحميد الجزار، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، العدد ٧٥، ٢٠٢١م.

١٠. الإخبار عن جرائم الفساد الإداري، محمد مقبل العندي، دراسة مقارنة بين القانون الإداري، والشريعة الإسلامية، مجلة الإدارة والقيادة الإسلامية، العدد الأول، المجلد الرابع، ٢٠١٩م.

١١. أسس مكافحة الفساد الإداري والمالي في ضوء السنة النبوية، د. طه فارس، بحث منشور على موقع الألوكة.

١٢. نحو نظرية إسلامية لمكافحة الفساد الإداري، د. آدم نوح القضاة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٣م.

والبحوث في ظاهرة الفساد كثيرة ومتجددة لخطر الموضوع على الحياة المعاصرة، لكن هذا البحث فيه إضافات مهمة على جميع ما كتب فيه فقهيًا - حسب اطلاع الباحث -.

فإن البحث شارك البحوث السابقة في وجوب مكافحة الفساد الوظيفي، والطرق العامة في مكافحته، كما أن تلك البحوث تعرضت لما لم يتعرض له الباحث بحسب أهدافها وخططها، لكن البحث أضاف إليها عدة إضافات وهي:

١. التأصيل الفقهي لحكم مكافحة الفساد الوظيفي ببيان أنه فرض كفاية مع دلائل ذلك.

٢. التأصيل الفقهي للأحوال التي ينتقل فيها حكم مكافحة الفساد الوظيفي من فرض كفاية إلى فرض عين.

٣. التأصيل الفقهي لحكم بلاغ المواطن عن الفساد الوظيفي، وما يتعلق بتلك المسألة المهمة من فروع، وما قد يثار حولها من إشكالات.

٤. محاولة التكييف القضائي لإمكانية اعتبار الفساد الوظيفي المنظم مندرج ضمن جرائم الحراة.

٥. محاولة التكييف القضائي للخطابات الصادرة حول بلاغ المواطن عن الفساد.

٦. وهناك إضافات كمية كما في التأصيل الفقهي لمآخذ التقنين لصور الفساد الوظيفي، وكذلك المزيد من التأصيل للمشاركة الاجتماعية في مكافحة الفساد المتجسدة، في مثل نادي نزاهة أو جمعية الشفافية ونحوهما، وكذلك بعض الاقتراحات التي قدمها الباحث مثل: اقتراحه توسط جهة حكومية في القضايا المتداخلة بين دعوى الفساد الوظيفي ودعوى الكيدية ضد المبلغ. وكذلك اقتراحه تخصيص مسمى خاص للبلاغ عن الفساد ذي النوع الخطير. واقتراحه تصوير المقابلات الوظيفية عند الحاجة.

سادساً: منهج البحث:

المنهج الوصفي، ومنهج الاستنباط، والمقارنة، والمنهج الاستردادي، وسوف يسير الباحث على الطريقة المعتادة لدى أهل التخصص في مثل هذه البحوث توثيقاً، وكتابة.

سابعاً: تقسيمات البحث:

سوف يأتي البحث في تمهيد، ومبحثين، وخاتمة.

المبحث الأول: تعريف مكافحة الفساد الوظيفي، وبيان حكمها:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف مكافحة الفساد الوظيفي.

المطلب الثاني: حكم مكافحة الفساد الوظيفي.

المبحث الثاني: منهج الشريعة في مكافحة الفساد الوظيفي:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: المكافحة الحكومية للفساد الوظيفي.

المطلب الثاني: المكافحة الشخصية للفساد الوظيفي عبر التبليغ عن

الفساد.

المطلب الثالث: المكافحة الاجتماعية للفساد الوظيفي.

المطلب الرابع: المكافحة الدولية للفساد الوظيفي.

المطلب الخامس: المكافحة القضائية للفساد الوظيفي.

وفي الختام أحمد الله وأشكره على تيسيره لهذا البحث، ثم أشكر جامعة
المجمعة - خصوصاً - وكالة الدراسات العليا والبحث العلمي على تفرغي
للقيام بهذا البحث، وكذلك أزجي الشكر الجزيل لساحة مفتي المملكة
العربية السعودية - حفظه الله - على الاطلاع على البحث، وما صدر تجاهه
من إفادة نافعة للبحث والباحث، والشكر موصول لمعالي وزير الشؤون
الإسلامية فضيلة الشيخ الدكتور عبد اللطيف بن عبد العزيز آل الشيخ
- حفظه الله - على جميل تعاونه مع الباحث؛ فجزى الله الجميع خيراً.

التمهيد

تعريف الفساد الوظيفي، وحكمه

المطلب الأول: تعريف الفساد الوظيفي:

الفساد الوظيفي مصطلح مكون من كلمتين فيحسن تعريفه بتعريف الكلمتين، ثم بيان معناه التركيبي.

فأما كلمة الفساد: فهي كلمة تدل على ما يضاد الصلاح، فالفساد، والمفسدة، والاستفساد أضداد للصلاح، والمصلحة، والاستصلاح. ويقال: فسد القوم إذا تدابروا^(١). والفساد يعني الخروج عن حد الاعتدال^(٢)، فمعناه في العربية يفهم بضديته للصلاح؛ وذلك لأن الصلاح منهجه واضح محدد، وأما الفساد فهو كثير متشعب لا يجمعه ضابط إلا خروجه عن حد الصلاح، فما لم يكن صلاحاً فهو فساد.

وأما الفساد في الاصطلاح الشرعي: فله أكثر من معنى، فالشرك بالله فساد، وعمل المعاصي فساد، والظلم، والبغي فساد، ويجمع ذلك تعريف الفساد بأنه: العدول عن حد الاستقامة إلى ضدها^(٣). وهو معنى موافق للمعنى اللغوي. وهناك اصطلاحات أصولية للفساد المراد بها أخص من المعنى الشرعي العام للفساد، وليبيانها موضع آخر^(٤).

(١) تهذيب اللغة، ٥١٩/٢، المخصص، ٤٥٨/٨.

(٢) المفردات، ص ٣٣٦.

(٣) تفسير القرطبي، ٢٠٢/١.

(٤) البحر المحيط، ٢٥/٢.

(والوظيفي): نسبة للوظيفة وهي من وظف وهي في اللغة تأتي بمعنى التقدير أي: تقدير شيء معين^(١)، وتأتي بمعنى المتابعة^(٢). وكلا المعنيين موجودان في الوظيفة الرسمية؛ لأن الموظف له عمل مقدر يتبع فيه مرجعاً ما.

والوظيفة في الاصطلاح: العمل الذي يقوم به الإنسان بانتظام مقابل أجره محددة^(٣)، والمراد بها هنا الوظيفة العامة التي تتولى الدولة تنظيمها، والتعيين فيها، وقد عرفها بعض الباحثين بقوله: «عمل مشروع يقلده الإمام أو من ينبيه، لشخص طبيعي، أهل له، برضاه، على سبيل الدوام، والاستقرار، في خدمة مرفق عام، مشروع، تديره الدولة، بشكل مباشر»^(٤). وهو تعريف طويل، ويمكن تعريف الوظيفة العامة شرعاً بأنها: «تولية صادرة، من ذي صفة في الولاية العامة، لشخص، صالح لها، برضاه، وفق ما تقتضيه تدابير السياسة الشرعية».

وأما تعريف الفساد الوظيفي باعتباره التركيبي: فهو مما كثر الاختلاف فيه اليوم؛ لتعدد المعايير التي يراعيه المعرف حسب اختصاصه، أو نظريته الفكرية، وبخصوص التعاريف الفقهية له فقد عرفه أحد الباحثين بقوله: «الإخلال بالسلطات الممنوحة بموجب ولاية شرعية عامة بتجاوز حدودها

(١) العين، ٩١ / ٨.

(٢) مقاييس اللغة، ١٢٢ / ٦، تهذيب اللغة، ١٤ / ٢٨٤.

(٣) ويكيديا، وظيفة، وينظر الفساد الإداري وعلاجه في الشريعة الإسلامية، ص ٢٧، فقد بين الاتجاهات في تعريف الوظيفة العامة.

(٤) الفساد الإداري وعلاجه في الشريعة الإسلامية، ص ٣٧.

المشروعة قصداً، أو استعمالها بما يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية تلك واقعا، أو مآلاً»^(١).

وعرفه باحث آخر بقوله^(٢): «هو مخالفة الموظف العام لأحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة، والتعليقات التي يصدرها ولي الأمر، المتفقة مع قواعد الشريعة، ومقاصدها في إطار الوظيفة العامة»^(٣).

ويمكن تعريف الفساد الوظيفي بأنه: «الخروج من عامل الولاية العامة عن مقتضى توليته، ومصحتها، وتعرضه لمالها بغير حق».

(الخروج): عبرت بهذا التعبير مراعاة للمعنى اللغوي للفساد بأنه الخروج عن الصلاح، وهذا الخروج شامل لكل المخالفات التي تصدر من الموظف.

(عامل الولاية العامة): هو الموظف الحكومي، والتقييد بالولاية العامة لتخصيص الفساد الوظيفي المبحوث بها، وإلا فالفساد الوظيفي يأتي من الموظف في العقود الخاصة.

(مقتضى توليته): خروجه عن نظام وظيفته، وما يصدر من تعاميم، وتوجيهات لازمة، وهذا الخروج يكون ظاهراً في كونه فساداً، كالاستيلاء على المال العام، أو إهمال العمل الوظيفي، أو المحاباة في التعيين، والترقية، ويكون الخروج عن مقتضى التولية باطناً كما في كثير من صور التعسف في

(١) مفهوم الفساد الإداري، ص ٤٢٦.

(٢) دور القضاء في مكافحة الفساد، ص ٣٤٢.

(٣) مرجع سابق.

استعمال النظام حيث إن المخالف يطبق النظام؛ لأجل إلحاق الضرر لا بقصد تطبيق النظام، وكذلك الابتزاز الوظيفي قد تكون صورته الظاهرة نظامية، لكن القصد منه الابتزاز.

(ومصلحتها): أضفت هذا القيد تحرزاً من عد الاجتهاد الوظيفي من باب الفساد الوظيفي إذا صدر ممن يقبل منه وظيفياً، عند الحاجة لذلك، ومعلوم أن هذا يكون في حالات ضيقة من أصحاب الصلاحية، أو في مجال الفراغات النظامية الخالية من نص نظامي واضح خصوصاً عند تعارض الفهوم في العارض المعين هل وافق النظام أو خالفه؟ فاجتهاد صاحب الصلاحية في تحقيق مصلحة الوظيفة في هذا الجانب ليس فساداً وظيفياً.

(وتعرضه لما لها بغير حق): فالتعرض لمال الوظيفة العام تعرضاً قليلاً أو كثيراً هو فساد وظيفي سواء كان باستعمال أدوات الوظيفة العامة في منافع الموظف الشخصية كاستخدامه لسيارة العمل، وأجهزته لنفسه، أو لأسرته، أو كان التعرض بالاستيلاء على المال العام بصورة ظاهرة، أو باطنة.

إلا إذا أذن له ممن يملك الأذن-حسب النظام- باستعمال المال العام في وظيفته؛ لأن هذا استعمال بحق. وكذلك لو منح الموظف مالاً من المال العام المتعلق بوظيفته بحق فليس ذلك فساداً وظيفياً^(١).

(١) للمزيد حول مفهوم الفساد الوظيفي، وأنواعه ينظر: نحو نظرية إسلامية لمكافحة الفساد، ص ٣٤٩، ٣٦٢، الفساد الإداري وعلاجه في الشريعة الإسلامية، ص ٩٩، ص ١٢٧، دور القضاء في مكافحة الفساد، ٣٤٢، السياسة الشرعية في مكافحة الفساد، ص ١٥٥.

المطلب الثاني: حكم الفساد الوظيفي:

والفساد الوظيفي محرم^(١) ووضح التحريم في الشريعة الإسلامية؛ ذلك أنه مع تشعب أفرادهِ إلا أنها لا تخرج عن باين:

الأول: الفساد الوظيفي في صورة معاصٍ نصت الشريعة على تحريمها، كأخذ المال العام (الغلول)، والرشوة، والظلم، والعصبية في التولية، والاحتجاب عن أهل الحاجات، والابتزاز الوظيفي، وأنواع الضرر الوظيفي.

الثاني: أن يكون الفساد الوظيفي في صورة مخالفات إدارية محضه، كالإهمال، والغياب، والتأخر، ونحوها فهي محرمة؛ لما فيها من الإخلال بالأمانة الوظيفية.

أدلة تحريم الفساد الوظيفي:

فالقرآن الكريم دال على تحريم الفساد الوظيفي على سبيل الخصوص كما في قوله: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾^(٢)، وقد فسر بعض العلماء ﴿تَوَلَّى﴾ أي: صار ذا ولاية^(٣).

(١) نحو نظرية إسلامية لمكافحة الفساد، ص ٣٥٠، ٣٧٨، السياسة الشرعية في مكافحة الفساد، ص ١٥٥، الفساد الإداري وعلاجه في الشريعة الإسلامية، ص ١٢٧.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٠٥.

(٣) تفسير البغوي، ١/ ٢٠٤.

وقوله: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾ (٢٢) أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّى أَبْصَرَهُمْ﴾ (٢٣) (١).
فقد فسر بعض العلماء ﴿إِنْ تَوَلَّيْتُمْ﴾ أي: توليتم أمور الناس (٢).

ومن نهي القرآن الكريم عن الفساد ذي العلاقة بالتولية قول موسى لهارون: ﴿أَخْلَفْنِي فِي قَوْمِي وَأَصْلِحْ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ﴾ (١٤٢) (٣)، ويلاحظ أن موسى لم يكتف بأمر هارون عليهما السلام بالإصلاح، بل نهاه عن اتباع سبيل المفسدين؛ وهذا من باب سد ذرائع الفساد؛ لأن اتباع سبيل المفسدين مظنة الوقوع في الفساد (٤).

وقد نهى القرآن الكريم عن الفساد بصيغة العموم والإطلاق الشامل لكل فساد كثير، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَعْ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾ (٧٧) (٥)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ (٦).

ودلت السنة النبوية على أن الولاية أمانة، والوظيفة ولاية فيجب حفظها ولما سأل أبو ذر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يوليه عملاً قال له: ((يا أبا ذر إنها

(١) سورة محمد، الآيتان ٢٢ و ٢٣.

(٢) تفسير الطبري، ١٧٨/٢٢.

(٣) سورة الأعراف، الآية ١٤٢.

(٤) التحرير والتنوير، ٨٨/٩.

(٥) سورة القصص، الآية ٧٧.

(٦) سورة الأعراف، الآية ٥٦.

أمانة، وإنما يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذي عليه فيها»^(١).

وروى البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((إِذَا ضِيَعَتِ الْأَمَانَةُ، فَاَنْتَظِرِ السَّاعَةَ)). قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ: وَمَا إِضَاعَتُهَا؟ قَالَ: ((إِذَا وَسَدَ الْأَمْرَ إِلَى غَيْرِ أَهْلِهِ فَانْتَظِرِ السَّاعَةَ))^(٢).

ووجه الاستدلال: أن السنة اعتبرت الوظيفة أمانة، وأنها يجب أن تسند إلى أهلها وتجنب الضعفاء، وغير الأمناء، فإدخالهم فيها محرم، وهو من علامات الساعة، وفساد الزمن.

والإجماع يدل على تحريم كثير من صور الفساد الوظيفي كالغلول^(٣)، والرشوة من قبل الموظف^(٤)، ومخالفة أمانة الوظيفة؛ فإن المسلمين مجتمعون على أن الوظيفة أمانة^(٥).

ويدل النظر الصحيح على تحريم الفساد الوظيفي من أوجه منها: أن معظم صورته إنما هي أفراد من كليات محرمة لدى الفطر السليمة، والعقول المستقيمة كالظلم، والكذب، والخيانة، وانتهاك حرمة الأموال، وعدم حفظ

(١) أخرجه مسلم، كتاب الإمارة، باب كراهية الإمارة بغير ضرورة، (١٨٢٥)، وينظر السياسة الشرعية، ص ١٣.

(٢) رواه البخاري، كتاب الرقاق، باب رفع الأمانة، (٦٤٩٦).

(٣) الإقناع في مسائل الإجماع، ١/ ٣٤٠، الغلول هو الأخذ من المال العام سواء كان أخذاً من غنيمة الجهاد، أو أخذاً من مال الوظيفة العام. ينظر: الزواجر، ص ٢٩٣.

(٤) مراتب الإجماع، ص ٨٦.

(٥) السياسة الشرعية، ص ١٠.

الأمانة، والكبر، والعنصرية، ونحو ذلك من المساوئ التي تجسدت في هذا الكيان البغيض المسمى بالفساد الوظيفي.
وقد توسع الباحث في بحث سابق له^(١) في عرض أدلة تحريم الفساد الوظيفي، فمنعاً للتكرار أكتفي بهذه الخلاصة.



(١) مفهوم الفساد الوظيفي وحكمه، دراسة فقهية، د. سليمان بن ضيف الله اليوسف، منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية للبنين بدمياط الجديدة، مجلد ١٠، العدد ١٠، ص ٥٤٣، يونيو ٢٠٢٢م.

المبحث الأول

تعريف مكافحة الفساد الوظيفي وبيان حكمها

المطلب الأول: تعريف مكافحة الفساد الوظيفي:

المكافحة لغةً:

تقول العرب: كفحه يكفحه كفاحا، وكفحها، ومكافحة إذا لقيه وجهاً لوجه، ويقولون: كافحه إذا باشر مكافحته بنفسه، والمكافحة في القتال: الضرب من قبل الوجه^(١). فالحاصل أن المكافحة في لغة العرب تعني: المواجهة، والمباشرة، وضرب العدو من وجهه. وهذا معنى مناسب للمقصود بمكافحة الفساد عرفاً.

والمقصود بالمكافحة نظامياً:

كشف الجريمة عبر إجراءات أمنية، وإدارية، وعدلية، ومعاقبة المجرمين^(٢).

ومكافحة الفساد الوظيفي في الشريعة لا تقتصر على كشف الفاسدين، ومعاقتهم، كما أنها لا تقتصر على أنظمة محددة، بل مجالها الفقهي واسع، ويمكن تحديد معناها بأنها: «كل عمل من شأنه منع الفساد الوظيفي، أو تخفيفه مستمد من الشريعة أصالة، أو تنظيماً».

(١) انظر: لسان العرب، ٢/ ٥٧٣، الصحاح، ١/ ٣٩٩، أساس البلاغة، ٢/ ١٤٠.

(٢) انظر: دور القضاء في مكافحة الفساد الإداري، ص ٣٤٤.

وبذلك، وبدلالة ما سيلحق سيتبين لنا أن الفقه الإسلامي يعالج الجرائم الكبيرة المنتشرة بطريقة تناسب واقع تلك الجرائم الممتدة العميقة، فلا يقصر معالجتها على الجانب الرسمي، بل يجعل مسؤولية اجتثاث الشر مسؤولية عامة في المجتمع المسلم، ويترتب على ذلك أنه وسع وسائل مواجهة تلك الشرور سواء نصت عليها الشريعة، أو ثبتت مصلحتها بالعادة، أو بالنظام، كما أن الفقه يرى أن مكافحة الشر قبل وقوعه أيسر، وأنجح من مكافحته بعد وقوعه كما قرر الفقهاء: أن الدفع أسهل من الرفع^(١).

ولكن الفقه بواقعيته لم يقتصر على جانب الدفع، بل اعتنى جداً بجانب الرفع، والإزالة، فهو يحاصر الشر من كل اتجاه.

المطلب الثاني: بيان حكم مكافحة الفساد الوظيفي:

تعتبر مكافحة الفساد الوظيفي في الشريعة من قبيل فروض الكفايات؛ حيث تحقق ضابط فرض الكفاية فيها وهو: كل ما كان جالباً لمصلحة واجبة، أو دافعاً لمفسدة محرمة، وكان الخطاب فيها لا يفيد عموم الوجوب على كل مكلف^(٢).

ومساوئ الفساد الوظيفي تدل على أن مكافحته من أعظم أسباب صلاح المجتمع وجوده الحياة فيه. وتلك المكافحة من قبيل فرض الكفاية الذي يعم معظم أبواب الشريعة لسعة أنواع الفساد الوظيفي، فهو يشمل الإخلال بالأمانات، والأموال، والأخلاق. ومن الدلائل على أن مكافحة

(١) انظر: الأشباه والنظائر، للسبكي، ١/١٢٧.

(٢) قواعد الأحكام، ١/١٥٦، روضة الناظر، ١/٥٨٣.

الفساد الوظيفي من فروض الكفاية اندراج مكافحته في موضوعات فروض الكفايات تلك. ومن ذلك:

أولاً: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية^(١)، ومكافحة الفساد الوظيفي حقيقتها أمر بالمعروف، أو نهي عن المنكر، ومن إنكار الفساد الوظيفي عموم قوله تعالى: ﴿لَوْلَا يَنْهَاهُمْ رَبِّي لَأَكْفَرُوا وَالْأَحْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْأِثْمَ وَأَكْلِهِمُ السُّحْتَ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَصْنَعُونَ﴾^(٢). وفي السنة نصوص متعددة في إنكار عدد من صور الفساد الوظيفي مثل الرشوة والغلول، وخيانة الأمانة ونحو ذلك، وذلك دال على مطلوب البحث وهو كون مكافحة الفساد الوظيفي مندرجاً في الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر.

ثانياً: قاعدة النصيحة العامة، فإن الدين قائم عليها كما قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الدين النصيحة))، قلنا: لمن يا رسول الله؟ قال: ((الله، وكتاباه، ولرسوله، ولأئمة المسلمين، وعامتهم))^(٣).

وهذه النصيحة فرض كفاية^(٤). وهي تشمل كل ما ينفع الناس في دينهم، ودنياهم، ومكافحة الفساد الوظيفي من أنفع أبوابها فهي داخل في النصيحة العامة مما يعني اندراجها ضمن فروض الكفايات.

(١) أحكام القرآن للجصاص، ٢/ ٣١٥، الطرق الحكمية، ص ١٩٩.

(٢) سورة المائدة، آية ٦٣.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة، (٩٥).

(٤) شرح ابن بطال، ١/ ١٢٩.

ثالثاً: قاعدة نصر المظلوم في الفقه الإسلامي، وهي ثابتة بالنص، كما جاء في الحديث: «أمرنا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بسبع»، وذكر منها: «نصر المظلوم»^(١). ونصر المظلوم من فروض الكفایات^(٢).

وعلاقة الفساد الوظيفي بنصر المظلوم من جهتين خاصة، وعامة، فأما العامة فهي أن الفساد الوظيفي ظلم للناس في وظائفهم، ومصالحهم العمرانية، وفي مالههم العام. وأما الخاصة فهي في صور عديدة من صور الفساد كالمحسوبيات والمحابة في التوظيف، والترقية، والتعسف الوظيفي، ونحوها من المظالم الوظيفية حيث يقع على بعض الموظفين ظلم عظيم من هؤلاء المتسلطين فمناصرتهم داخلية في قاعدة نصر المظلوم لأنها قاعدة لم تقيد بظلم معين، بل هو عام في كل المظلومين^(٣). وحيث ثبت أن الفساد الوظيفي مشتمل على عدد من المظالم تبين اندراج مكافحته في الفرض الكفائي نصر المظلومين.

رابعاً: إنقاذ الناس من الشرور فرض كفاية، تحقيقاً للمبدأ الشرعي في الرحمة الواجبة على المسلمين، فالرحمة تنقسم في الفقه إلى قسمين: رحمة مستحبة، ورحمة واجبة، ومنها: إنقاذ الناس من الشرور المؤذية كالغرق،

(١) أخرجه البخاري، كتاب المظالم، باب نصر المظلوم، (٢٤٤٥)، وأخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة، (٢٠٦٦).

(٢) شرح النووي على مسلم، ٣٢/١٤.

(٣) فتح الباري، ٩٩/٥.

والجوع^(١). فرحة الناس المنقذة لهم من الفساد الوظيفي فرض كفاية؛ لأن حقيقة مكافحة الفساد هي إنقاذ من شرور مؤذية جداً.

أحوال تجب فيها مكافحة الفساد الوظيفي وجوباً عينياً:

أ. ولي الأمر، ونوابه تجب عليهم مكافحة الفساد وجوباً عينياً، ووجوبه على نوابه في محل ولاياتهم لأن صفة الولاية تثبت لهم بقدر ذلك، ومما يدل على الوجوب العيني هنا ما يلي:

١. قوله تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن الله أمر نبيه أن يقيم الحق في خلافته، فكذا يجب على كل خليفة للمسلمين أن يقيم الحق في ولايته.

٢. إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حاسب عامل الدولة لما قال: «هذا لكم، وهذا أهدي لي»، وأنكر فعله إنكاراً علنياً على المنبر، وعده من الغلول^(٣). فيكون إنكاره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امثالاً لكتاب الله في نهيه عن الغلول، وبيانياً لوجوب إنكار الحكام على الغال.

٣. إن من أعظم مقاصد الولاية الشرعية الواجبة إقامة العدل، ومنع الظلم، ومن أعظم العدل المحافظة على المصالح العامة والمال العام، كما أن

(١) إكمال المعلم، ٧/ ٢٨٣.

(٢) سورة ص، آية ٢٦.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الخيل، باب احتيال العامل ليهدي إليه، (٦٩٧٩)، ومسلم، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمل، (١٨٣٢).

من أعظم الظلم ما يقع من بعض موظفي الدولة عبر سلطتهم الوظيفية من فساد وظيفي فيجب على الحاكم منعهم من ظلم الرعية، وقد عد ذلك من الشروط الواجبة في تحقق الحاكم بالعدل^(١).

٤. ولاية الحسبة: وهي ولاية إصلاحية عامة يجب على الأمة وعلى ولي الأمر تكوينها لقوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(٢). ومكافحة الفساد داخلية ضمن مهام ولاية الحسبة من وجهين:

الأول: علمي، وهو: اندراج مكافحة الفساد في الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، لسعة معاني مصطلحاتها الثلاثة: «الخير، المعروف، المنكر»^(٣).

الثاني: عملي، وهو: تطبيق المسلمين، حيث جعلوا مكافحة الفساد الوظيفي من مهام ولاية الحسبة^(٤).

ومما ينبغي فهمه أن ولاية الحسبة ليست مقصورة على جهاز معين، بل هي ولاية مصلحية لولي الأمر تنظيمها، وتفريعها حسب حاجة الزمان، والمكان، مع المحافظة على استمدادها الشرعي والسلطاني^(٥).

(١) إيضاح طرق الاستقامة، ص ١٤٧.

(٢) سورة آل عمران، آية ١٠٤.

(٣) التحرير والتنوير، ٤/ ٤٤.

(٤) نهاية الرتبة، ص ١١، معالم القربة، ص ٨٩.

(٥) الحسبة، ص ٨٩.

والمقصود بالوجوب العيني على الحاكم هو قيامه بمكافحة الفساد عن طريق تفويض موظفيه بذلك، ومباشرته بنفسه متابعة أعمالهم في تلك المكافحة.

ب. كل من أمره ولي الأمر بالقيام بمكافحة الفساد فيجب عليه القيام به فرض عين إذا قدر على ذلك؛ لوجوب السمع والطاعة لولي الأمر بالمعروف سواء كان المأمور عالماً أو مريباً أو إعلامياً أو غيرهم من المكلفين، والطاعة الواجبة لولي الأمر تشمل أمره بما يجب في الشريعة، وبما يجب مما يراه هو محققاً للمصلحة، أو دافعاً للمفسدة، ولو لم تأمر به الشريعة بخصوصه^(١)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ومن يطع الأمير فقد أطاعني، ومن يعص الأمير فقد عصاني))^(٢)، ومما يؤكد هذا أن مكافحة الفساد هي من أوامر الشريعة في الجملة على المكلفين القادرين، لكن انتقل الوجوب الكفائي إلى وجوب عيني؛ بسبب توجه أمر ولي الأمر لمعين قادر.

ج. العالم إذا احتاج الناس إلى بيانه الشرعي -بعينه- لعلو منزلته، وقبول الناس له، أو لعدم وجود غيره؛ لأن البيان وظيفته الشرعية، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز^(٣). وكذلك إذا استقل بصلاحيته للنظر والاستدلال^(٤).

(١) ينظر: إكمال المعلم، ٦/ ٢٤٠، شرح النووي على مسلم، ١٢/ ٢٢٢.

(٢) رواه مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، (١٨٣٥).

(٣) اللمع، ص ٣٨، البرهان، ١/ ٤٢.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي، ١/ ٣٨٣.

د. إذا تعين الشخص للقيام بمصلحة مكافحة الفساد، وأسباب التعين متعددة كألا يعلم بالفساد غيره، أو لا يقدر على مكافحته في محيطه إلا هو لقدرته على ذلك^(١).

هـ. إذا شرع في مكافحة الفساد، وترتب على عدوله عنه ضرر بالمشاركين معه في مكافحة الفساد، بأن يكون تركه لهم سبباً لتسلط الفاسد عليهم وجب عليه الاستمرار بتلك المكافحة عينياً؛ لما في تركها من ضرر على غيره، ولقد اختلف الفقهاء في تحول فرض الكفاية إلى فرض عين في مثل هذه الحالة^(٢).

لكن مأخذ الباحث ليس هذه المسألة، وإنما ما في ذلك الترك من ضرر على الغير، فهو شبيه بمسألة العارية يجب ردها، إذا طلبها صاحبها إلا إذا كان في ردها ضرر على المستعير لدخوله في عمل صلاحه متعلق بها والمعير عالم به فيجوز تأخير الرد حتى زوال الضرر^(٣).

(١) لوامع الأنوار البهية، ٤٢٧/٢.

(٢) البحر المحيط، ١/٣٣٠، القواعد والفوائد، ص ٢٥٥.

(٣) كشاف القناع، ٦٥/٤.

المبحث الثاني

منهج الشريعة في مكافحة الفساد الوظيفي

في الشريعة كليات تنتظم مصالح الخلق جلباً، ومفاسد الدين، والعمران دفعاً، وهذه الكليات مرجع بأيدي المجتهدين والحكام، لتجسيد معاني تلك الكليات عبر ما يناسب العصر من أساليب، وأدوات، وهذه الكليات ذات سعة ومرونة تشريعية وتديرية، بحيث إنها تقبل ما ينفع من المعارف، والمهارات بغض النظر عن منتجها فلم تشترط كونها إنتاجاً إسلامياً، ومن قواعد الفقهاء: المعتبر ما يكون مفيداً دون ما لا يكون مفيداً^(١). ومن قواعدهم: أن المصلحة مطلوبة شرعاً^(٢).

وتأسيساً على ما سبق فسندكر منهج الشريعة في مكافحة الفساد الوظيفي حيث جعلته واجباً شاملاً للجميع: ولاية الأمر، والمسؤولين، وعموم الناس كما تقدم بيانه.

المطلب الأول: المكافحة الحكومية للفساد الوظيفي:

مكافحة الفساد الوظيفي من أولويات مسؤوليات ولي الأمر الشرعية، وسبق بسط دلائل ذلك، ويلاحظ أن الشريعة وسعت صلاحيات ولي الأمر في جلب المصالح ودرء المفاسد عبر ضوابط شرعية مرنة وواقعية، تمنحه القدرة على رعاية مصالح الخلق في دنياهم وأخراهم، وموضوع مكافحة

(١) شرح السير الكبير، ص ١٧٢٢، موسوعة القواعد الفقهية، ١٠ / ٧٣٥.

(٢) قواعد الأحكام، ص ١١، الموافقات، ٣ / ٢٩، موسوعة القواعد الفقهية، ١٠ / ٦٤٢.

الفساد الوظيفي أحد المفردات المهمة التي تنوعت الشريعة في أساليب مكافحتها من قبل ولي الأمر، ومن تلك الأساليب:

الأسلوب الأول: أسلوب التوعية:

بصناعة محتوى علمي وتربوي يشمل مكافحة الفساد دفعاً، ورفعاً، وتخفيفاً، وعرضه عبر وسائل مباشرة كمناهج دراسية، وخطب، وندوات، ومحاضرات، ومقالات، وغير مباشرة كالبرامج الإعلامية الهادفة.

ووجود مثل هذا المنتج، وبيانه للناس فرض كفاية، حيث إن المنتج مركب من علم، وتعليم للعلم، وبيان له، ومحتواه متعلق بجلب مصلحة عامة ضرورية أو حاجية، ودرء مفسدة عامة وهذا هو معنى فرض الكفاية، وكون وسائل التعليم والبيان المذكورة فرض كفاية؛ لأنها وسيلة للقيام بمكافحة الفساد الوظيفي، والوسائل لها أحكام المقاصد^(١)، والمخاطب بإيجاد ذلك هم المسلمون جميعاً^(٢).

ومعنى توجه الخطاب للكل: أن المؤهل يلزمه العمل حتى توجد مصلحة فرض الكفاية، وغير المؤهل يلزمه الحث، والتعاون، والتشجيع^(٣).

(١) قواعد الأحكام، ص ٤٣.

(٢) المستصفي، ص ٢١٧.

(٣) الموافقات، ١/ ٢٨٣.

ومن مسؤوليات الحاكم إلزام من يراه قادراً على القيام بفرض الكفاية إذا لم يقيم به الناس^(١). فلو لم يقيم المتأهلون بصناعة هذا المنتج لزم ولي الأمر أمر القادر منهم بصناعته، وبيانه للناس بكل الوسائل النافعة السابقة ونحوها. وتطبيقاً لهذا الأسلوب أرى أنه يلزم المسلمين التعاون مع بعضهم، ومع ولاة أمرهم على نشر التوعية الكافية حيال الفساد الوظيفي، واستعمال الأدوات المعاصرة، ومن ذلك:

أ. تضمين المناهج الدراسية مفردات كافية حيال مكافحة الفساد الوظيفي، سواء في مقرر مستقل، أو ضمن مقرر آخر حسب نظر أهل التربية بما هو الأصح للمتلقي، وإن كان ذلك موجوداً في المقررات الدراسية لكنه يحتاج إلى تأصيل وتدعيم بما يتناسب مع خطورة الفساد، وقد أوصت دراسة على بعض المناهج من حيث تضمينها لمفاهيم الفساد بإعادة النظر في تخطيط المناهج لتعزيز تضمين مفاهيم مكافحة الفساد المالي والإدارية^(٢).

ب. التزام الخطباء بالتطرق لموضوع مكافحة الفساد في خطبهم بالقدر المناسب للتوعية والوعظ حيال الفساد الوظيفي.

ج. التزام الجهات التعليمية، والإفتائية، والتربوية، والدعوية بإقامة الندوات، والمحاضرات، والمناشط المتعلقة بالتوعية حول الفساد الوظيفي.

(١) مجموع الفتاوى، ٢٨/٨٢.

(٢) تعليم مفاهيم مكافحة الفساد المالي والإداري من خلال تدريس مقررات اللغة العربية للمرحلة الثانوية في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الحدود الشمالية للعلوم الإنسانية، المجلد ٣، العدد الثاني ١٤٣٩هـ، ص ١٣٧.

د. التزام الجهة المختصة بمكافحة الفساد صناعة مواقع على الإنترنت وعبر المتاح من وسائل التواصل لتوصيل المحتوى العلمي والتربوي لما يتعلق بالفساد الوظيفي ومكافحته لعموم المجتمع.

هـ. التزام مؤسسات الإعلام بنشر جهود المؤسسات والمجتمع حيال مكافحة الفساد عبر الوسائل الإعلامية المختلفة. واستعمال هذه الوسائل واجب شرعاً لحاجة تحقيق فرض الكفاية في مكافحة الفساد إليها، وتحقيقاً لمقاصد الشريعة في حفظ مصالح العباد^(١).

ونظراً لأن تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة^(٢)، وأن الشريعة فتحت له آفاق جلب المصالح ودرء المفاسد عن طريق المصلحة المرسلة والتي تتيح له مواكبة ظروف عصره، ومن ذلك مكافحة الفساد، لذلك أرى أن لولي الأمر أن يحدد آليات تنفيذ تلك الجهود السابقة، وآليات تقييمها خصوصاً بما يتعلق بمقاديرها، حيث إن ضبط عدد النشاط الواجب إقامته يساعد على الالتزام به، ويحقق العدالة في تقييم تلك الجهود-فمثلاً- إذا أُلزم ولي الأمر الخطاب بالتعرض للفساد الوظيفي بما لا يقل عن أربع مرات سنوياً اتضح الأمر للخطيب من جهة، وأمكن تقييم عمله بعدل من جهة أخرى!

وعلى من أُنيط ولي الأمر بهم إقامة تلك النشاطات من علماء، وتربويين، وخطباء، وإعلاميين وإداريين، وغيرهم الالتزام به؛ لأن السمع والطاعة

(١) مقاصد الشريعة، ٢/ ١٢٢.

(٢) المنشور، ٣٠٩/١، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ١٢١، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ١٠٤.

لولي الأمر واجبة لقوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١)، وكون أمر ولي الأمر ناشئاً عن مصالح مرسلة لا يسقط وجوب طاعته، جاء في قرار المجمع الفقهي الدولي: «من المقرر فقهاً إن تصرف ولي الأمر الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة، فعليه مراعاة ذلك في قيامه بإدارة شؤونها. وعلى الأمة طاعته في ذلك»^(٢).

الأسلوب الثاني: التقنين للخفي أو المختلف فيه من صور الفساد الوظيفي:

وقد جعلت هذا الأسلوب تالياً للتوعية؛ لأنه وسيلة رافدة لها، حيث إن بعض صور الفساد الوظيفي تحتاج إلى نص اجتهادي من قبل ولي الأمر، إذ إن تقنين صور الفساد الوظيفي كلها أو بعضها داخل ضمن السياسة الشرعية لولي الأمر حسب ما يقوم بتحقيق مصلحة الضبط المعينة على كشف الفساد، ومراقبته، ومكافحته.

ويوضح ذلك أن: عامة صور الفساد الوظيفي واضحة للناس، مما يمكنهم من اجتنابها، ومكافحتها، بيد أن ثمة صور تحتاج إلى تجلية، والوضوح عنصر مهم في العمل، والمحاسبة، والتجريم، والعقوبة، ولذلك علل بعض الفقهاء سهولة مراقبة فساد القاضي دون الموظف الإداري في

(١) سورة النساء، آية ٥٩.

(٢) قرار رقم (١٤١، ٢٠٠٤) موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدخول ٣٢، ١١ يوم ٢٧/٦/١٤٤٢هـ، قرار بشأن المصالح المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة.

الأعصر السابقة بأن عمل القاضي منضبط بالضوابط الفقهي في التزامه بتطبيقات معينة بخلاف عمل الإداري فهو منتشر^(١).

تقنين صور الفساد له مأخذ فقهية، وهي:

الأول: تحقيق مصلحة الضبط عبر المصلحة المرسله التي خولت للحكام ضبط ما تركت الشريعة ضبطه لأهل الاجتهاد، وقد فعل ذلك الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ وأكثر منه عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كما في ضبطه لأسماء الجند في ديوان جامع، وكما في بناء دار للسجن^(٢).

الثاني: قاعدة: (يحدث للناس من الأفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور) وهي قاعدة متلقاة عن عمر بن عبد العزيز وقد قبلها الفقهاء وعملت بها القضاة والحكام^(٣).

وقد بين الدكتور الأمير عبد العزيز بن سطاتم آل سعود عامة من روى هذه المقولة وبين معناها بياناً نافعا^(٤).

والمراد بالأفضية في القاعدة عموم التدبير الحكومي فليست خاصة بالقضاء، فإذا كثر الشر، وتحيل بعض الناس عليه، تعين مكافحة شرورهم بما يمنع من سريانها وإفسادها من التطبيقات الشرعية المصلحية سواء كانت

(١) تحفة الترك، ص ٤٦.

(٢) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ٣/ ٢٦٠.

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ١/ ٢١٩.

(٤) وينظر بحث: سياسة عمر بن عبد العزيز في سن الأنظمة بناء على قوله: (يحدث للناس من الأفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور)، ص ٢١، بحث منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الثاني عشر، صفر / جمادى الأولى، ١٤٣٣هـ، ٢٠١١م.

أحداثاً أو تقنياً أو غير ذلك، وقد كان بعض القضاة يغلط على الناس الحلف في اليمين بما لم يأت بعينه في الشريعة؛ لما رأى من عدم اهتمام بعضهم بتعظيم اليمين عملاً بهذا الضابط^(١).

الثالث: أن من شروط العقاب المشروع أن تقوم الحجة على الفاعل لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(٢) (٣).

وهناك صور عديدة من الفساد الوظيفي قد يتذرع فاعلها بجهله بكونها فساداً، بل ربما يدعي أنها عمل مشروع، ولذلك -والله أعلم- فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يعاقب عامل الدولة لما أخذ هدايا بسبب عمله ظاناً أنها حق له، بل اكتفى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالبيان الشرعي أن هدايا العمال غلول^(٤).

ووجه ارتباط هذا المآخذ بالتقنين لقيام الحاجة لذلك في بعض صور الفساد التي قد يتنازع الناس في دخولها في مسمى الفساد نحو: كثير من مفردات التعسف في استعمال الحق، وبعض الصور المتعلقة بالنزاهة الوظيفية كحضور اللوائح والدعوات والمشاركات بين الموظف وبين الأفراد، وتعيين الأقارب في الوظائف، وكثرة تردهم على محل الوظيفة لغير غرضها، وتردد بعض المواطنين على المسؤول، وغير ذلك من الصور التي تحتاج إلى ضبط تنظيمي شرعي حتى يكون الناس فيها على بينة.

(١) تبصرة الحكام، ١/٢١٩.

(٢) سورة الإسراء، الآية ١٥.

(٣) مجموع الفتاوى، ٣/٢٤٠.

(٤) ينظر: ص ٥٢٩.

ويرى الباحث أنه ينبغي تقسيم صور الفساد الوظيفي إلى قسمين:

الأول: فساد وظيفي كبير.

الثاني: فساد وظيفي صغير؛ وذلك لأن الفساد الوظيفي من جملة المنكرات الشرعية، وهي كما هو مقرر قسماً كبائر وصغائر، كما أن المصلحة تستدعي ذلك لأنه قد لا يقدر على دفع الفساد الوظيفي كله جملة واحدة فيبدأ بدفع الأهم جرياً على القاعدة الفقهية المقاصدية في تقديم الأهم^(١).

ولما يتفرع عن ذلك من بذل المزيد من الجهد في مكافحة الفساد الكبير، والإسراع في ذلك؛ والمرجع في هذا التقسيم هو الشريعة، وجسامة المفسدة حسب ما تقرره السياسة الشرعية، فمثلاً أخذ مال بسيط من المال العام بغير حق يعتبر شرعاً كبيرة من كبائر الذنوب ولو حصل التساهل فيه في بعض العوائد، ويدل على ذلك أن رجلاً لما سمع تخويف النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الغلول «جاء حين سمع ذلك من النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بشراك أو بشراكين، فقال: هذا شيء كنت أصبته، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((شراك - أو شراكان - من نار))»^(٢).

وإذا لم يكن هناك نص شرعي فالمرجع في ذلك لجسامة المفسدة الناتجة عن الفساد الوظيفي، فالتعيين الوظيفي عبر المحسوبيات العائلية والعنصرية جر على الناس مفسد كبير، بخلاف بعض صور الفساد الوظيفي الشخصية

(١) الموافقات، ٣/ ١٨٠، موسوعة القواعد الفقهية، ١/ ٤٦٨.

(٢) رواه البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، (٤٢٣٤)، أخرجه مسلم في الإيمان، باب غلظ تحريم الغلول، (١١٥).

المجسدة في تأخر يسير عن العمل ونحو ذلك مع ملاحظة أن تكرر العمل الضار ولو كان صغيراً يجعله كبيراً^(١).

فهؤلاء الموظفون الذين يؤخرون أعمال الناس بغير حاجة، ومن غير عذر، ويعتادون على ذلك، فعملهم هذا فساد وظيفي كبير وإن كانت مفرداته غالباً ما تكون صغيرة.

الأسلوب الثالث: أسلوب التوظيف والإدارة:

تعيين الموظفين، والمُسَمَّين في النصوص الشرعية: العمال^(٢)، أي: عمال الدولة، وهم الذين يلون أمور المسلمين^(٣)، ومتابعة قيامهم بالمصالح الوظيفية من مسؤوليات ولي الأمر، فمن واجبات الحاكم تعيين الموظفين الأكفاء الناصحين^(٤).

كما أن متابعتهم واجبة عليه قال في تحفة الترك: «يتعين على السلطان أن يتعاهد الولاة والدواوين، في كل وقت، بالكشف عن أحوالهم، ومحاسباتهم على ما جبوه وحصلوه من أموال بيت المال، وصرفه في مصارفه، ويكون الكاشف عليهم من أعقل الناس، وأكثرهم أمانة وعفة بحيث لا يقبل من أحد منهم شيئاً، ولا يداجي ولا يلبس على السلطان في أمرهم. فإن ظهر أمرهم على السداد تركهم. وإن ظهر أنهم على غير السداد، وقد حصلوا

(١) التمهيد، ١٢/١٧٣.

(٢) صحيح البخاري، ٩/٧٠.

(٣) عمدة القاري شرح صحيح البخاري.

(٤) الأحكام السلطانية، ص ٤٠.

أموالاً بجاه الولاية، فللسلطان أن يأخذ ما جمعه لبيت المال. كما فعل عمر بن الخطاب.....»^(١).

والمقرر في الشريعة في التوظيف هو توظيف الأمناء الأقوياء على القيام بالمصالح الوظيفية، ومن دلائل ذلك قول الله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرَّهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾^(٢)، وقول يوسف عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿أَجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾^(٣)، وما جاء في الحديث: ((من ولي من أمر المسلمين شيئاً، فولى رجلاً وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله))^(٤).

فيجب على الحكام تولية المستحقين في عموم الولايات كبيرها ومتوسطها وصغيرها كما يجب على نواب الحاكم في التوظيف مراعاة شروط الاستحقاق الشرعي^(٥).

وقد دعا الفقيه الثبت أبو يوسف خليفة المسلمين هارون الرشيد إلى اختيار الأكفاء في وظائف الدولة المالية، وبيّن له وضع بعض المسؤولين عن التوظيف بقوله: «.. إني قد أراهم لا يجتاطون فيمن يؤلّون الخراج، إذا لزم الرجل منهم باب أحدهم أياماً ولأه رقاب المسلمين وجباية خراجهم، ولعله أن لا يكون عرّفه بسلامة ناحية، ولا بعفاف، ولا باستقامة طريقة،

(١) تحفة الترك، ص ٤٥.

(٢) سورة القصص، الآية ٢٦.

(٣) سورة يوسف، الآية ٥٥.

(٤) رواه الحاكم في المستدرک، ٤/ ١٠٤، وضعفه الألباني كما في الضعيفة، رقم (٤٥٤٥).

(٥) السياسة الشرعية، ص ٨.

ولا بغير ذلك. وقد يجب الاحتياط فيمن يُؤلَّى شيئاً من أمر الخراج والبحث عن مذاهبهم والسؤال عن طرائقهم، كما يجب ذلك فيمن أريد للحكم والقضاء»^(١).

وحيث انتشرت المحسوبيات في التعيين الوظيفي من قبل بعض المسؤولين فإن لولي الأمر أن يتخذ ما يراه مناسباً لحماية مصلحة التوظيف العامة - بناءً على ما سبق -^(٢)، وذلك بضبط شروط التوظيف، ومتابعة تطبيق الجهات الرسمية لها، وفتح باب التظلم للمتضررين من عدم تطبيقها، ومن الأساليب المشروعة:

١. استغلال التقنية الحديثة لضبط مسار التوظيف، مثل:

- أتمتة الوظائف في التقديم والقبول.

- مركزية التوظيف، بأن تكون صلاحيات التوظيف لدى جهة عليا تتابع وتتوثق من عدالة التوظيف. وقد يكون هذا إجراء طارئاً ومؤقتاً وخاصاً بجهة دون أخرى حسب ما يراه ولي الأمر.

٢. ضبط السلطة التقديرية للمجالس وللمدراء العامين ومن في حكمهم من جهات التوظيف بضوابط تقلل من الفجوات التي تدخل المحسوبيات من خلالها، ويرى الباحث أن تسجيل المقابلات الشخصية بالصوت والصورة أو متابعتها بالبث المباشر من جهة عليا أسلوب مفيد في حماية الوظيفة العامة من عبث المسؤولين الفاسدين، وليس ذلك من

(١) الخراج، ص ١٢٠.

(٢) ينظر ص ٥٤١.

التجسس المذموم شرعاً بل هو من مسائل الولاية، وحفظ مصالح الناس؛ لأن هذا من باب مسؤوليات الولاية الشرعية^(١).

وكذلك قال الفقيه الإمام أبو يوسف مخاطباً الخليفة هارون الرشيد «.. قال أبو يوسف: وأنا أرى أن تبعث قوماً من أهل الصلاح والعفاف ممن يُوثق بدينه وأمانته؛ يسألون عن سيرة العمال، وما عملوا به في البلاد، وكيف جبوا الخراج على ما أمروا به، وعلى ما وُظف على أهل الخراج واستقر؛ فإذا ثبت ذلك عندك وصح أخذوا بما استفضلوا من ذلك أشد الأخذ حتى يؤديه بعد العقوبة الموجهة والنكال؛ حتى لا يتعدوا ما أمروا به... وإذا صح عندك من العامل والوالي تعدُّ بظلم وعسف وخيانة لك في رعيته... فحرام عليك استعماله والاستعانة به، وأن تقلده شيئاً من أمور رعيته، أو تشركه في شيء من أمرك؛ بل عاقبة على ذلك عقوبة تردع غيره من أن يتعرض لمثل ما تعرض له، وإياك ودعوة المظلوم فإنها دعوة مجابة»^(٢).

والشاهد في قوله: «يسألون عن سيرة العمال»، فالمتابعة ليست تجسساً بل هي من أعمال الولاية.

٣. التزام المسؤول بالشفافية الكاملة مع الموظف، أو المتقدم للوظيفة بأن يلتزم الموظف المسؤول بالإجابة على استفسار الموظف، أو طالب الوظيفة بظروف الوظيفة، ومتطلباتها، والتواريخ المتعلقة بها، وبيان نتائج المقابلات، ووضع تنظيم واضح للاعتراض على النتيجة من قبل مدعي الضرر.

(١) إكمال المعلم، ٢٥١/٥.

(٢) الخراج، ص ١٢٤.

٤. البصمة لضبط سير الحضور والانصراف للموظف العام.

الأسلوب الرابع: أسلوب الزجر عن الفساد الوظيفي بهيئة الدولة:

للدولة هيبة مستقرة في نفوس العقلاء، والشريعة تدعو الحاكم لاستعمال هذه الهيبة في ضبط الناس، وتحقيق العدالة بينهم، وجريان مصالحهم على مسارها الصحيح، ومن الدلائل الشرعية لأثر هذه الهيبة مقولة أمير المؤمنين عثمان بن عفان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن»^(١). وهو أثر ثابت تلقاه العلماء بالقبول.

ومعناه: أن من يترك الشر خوفاً من السلطان أكثر ممن يتركه من أجل تخويف القرآن الكريم^(٢)، وواقع الناس يدل على معنى هذا الأثر^(٣).

قلت: وقد استعمل هذا المعنى الفقيه القدوة أبو يوسف، حيث دعا خليفة المسلمين هارون الرشيد رَحِمَهُ اللهُ أَنْ يستعمل تلك الهيبة السلطانية لتزجر العقلاء عن الفساد الوظيفي، فقال في أسطر جميلة: «فلو تقربت إلى الله عَزَّوَجَلَّ يا أمير المؤمنين بالجلوس لمظالم رعيتك في الشهر أو الشهرين مجلساً واحداً، تسمع فيه من المظلوم وتُنكر على الظالم، رجوت أن لا تكون ممن احتجب عن حوائج رعيته، ولعلك لا تجلس إلا مجلساً أو مجلسين حتى يسير ذلك في الأمصار والمدن، فيخاف الظالم وقوفك على ظلمه؛ فلا يجترئ

(١) أخرجه ابن شبة في تاريخ المدينة، ٣/٩٨٨، وابن عبد البر في التمهيد، ١/١١٨ بلفظ مقارب لما أثبت.

(٢) تفسير السمعاني، ٤/٨٤.

(٣) تفسير ابن كثير، ٥/١١١.

على الظلم، ويأمل الضعيف المقهور جلوسك ونظرك في أمره فيقوى قلبه ويكثر دعاؤه؛ فإن لم يمكنك الاستماع في المجلس الذي تجلسه من كل من حضر من المتظلمين، نظرت في أمر طائفة منهم في أول مجلس وفي أمر طائفة أخرى في المجلس الثاني، وكذلك في المجلس الثالث، ولا تُقدّم في ذلك إنساناً على إنسان، من خرجت قصته أولاً دُعي أولاً، وكذلك من بعده.

مع أنه متى عَلِمَ العمال والولاة أنك تجلس للنظر في أمور الناس يوماً في السنة ليس يوماً في الشهر تناهوا بإذن الله عن الظلم، وأنصفوا من أنفسهم، وإني لأرجو لك بذلك أعظم الثواب، أنه من نفس عن مؤمن كربةً من كرب الدنيا نفس الله عنه كربةً من كرب الآخرة»^(١).

ولنفاسة المقطع وعلاقته بمحل البحث أوردته كاملاً لكن الشاهد الدقيق فيه قوله: «... دع أنه متى عَلِمَ العمال والولاة أنك تجلس للنظر في أمور الناس يوماً في السنة ليس يوماً في الشهر تناهوا بإذن الله عن الظلم، وأنصفوا...».

ويرى الباحث أن من التحقق باستعمال الهيبة السلطانية العناية ببلاغات الفساد الوظيفي الكبير، الذي يتعلق موضوعه بجناية على الدين أو العرض، أو الجماعة والأمن، أو المال الكثير، أو الظلم الواضح ويجعل لمثل ذلك اسماً خاصاً مهيباً (كالبلاغ الملكي) ويرسل مباشرة لولي الأمر الأعظم عبر قنوات التواصل الحديثة، ويكون لها استقبال خاص وموظفون خاصون واستمداد

(١) الخراج، ص ١٢٥.

هذا المقترح مما سبق واضح فهو نفس فكرة أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ، لكن مع مراعاة أدوات التقنية الحديثة النافعة.

المطلب الثاني: مكافحة الشخصية للفساد الوظيفي عبر التبليغ عن الفساد:

وفيه أربع مسائل، وهي:

المسألة الأولى: حكم تبليغ المواطن عن الفساد الوظيفي.

المسألة الثانية: تبليغ الفاسد وظيفياً عن الفساد الوظيفي.

المسألة الثالثة: هل كثرة الفساد الوظيفي مسقطة لوجوب مكافحة الفساد؟!

المسألة الرابعة: حماية الدولة للمبلغين عن الفساد، ورأي الباحث في ذلك.

المسألة الأولى: حكم تبليغ المواطن عن الفساد الوظيفي:

يشكل البلاغ الوطني الذي يقوم به المواطن حجر الأساس في عملية الإصلاح الوظيفي، ولا غنى للمجتمع والدولة عن تعاون أهل المسؤولية من أبناء الوطن، ومن هنا نشأت أهمية البلاغ في واقعنا اليوم.

وقد أثنى القرآن الكريم على أهل الإصلاح الناهين عن الفساد في الأرض كما في قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا كَانَ مِنَ الْقُرُونِ مِن قَبْلِكُمْ أُولُوا بَقِيَّةِ

يَنْهَوْنَ عَنِ الْفَسَادِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا قَلِيلًا مِّمَّنْ أَنْجَيْنَا مِنْهُمْ ﴿١﴾. وهذا - والله أعلم - يعم كل الفساد في الأرض.

والأصل في الشريعة الإسلامية أن إبلاغ المواطنين ولاة الأمر عن الفساد الوظيفي فرض كفاية عليهم، إذا قام به من يكفي سقطت الفرضية، وإلا فإنهم آثمون إلا المعذور عن البلاغ بعذر معتبر في الشرع.

ومنشأ الفرضية كون البلاغ عن الفساد الوظيفي حقيقته بلاغاً عن مفسدة مضرة بالناس، ومكافحة ذلك فرض كفاية من عدة أوجه - كما تقدم بيانه -^(٢)، وهذه المفسدة لا يستطيع المواطن اليوم تغييرها بنفسه؛ لأن الفاسد وظيفياً جعل وظيفة الدولة ستراً لفساده، ومن هنا يتحتم إبلاغ الدولة بجناية الفاسد الوظيفية؛ لأن تغيير منكره لا يكون إلا بقوة الدولة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب^(٣).

وينتقل التبليغ عن الفساد من فرض الكفاية إلى فرض العين إذا لم يعلم به إلا شخص، فالتبليغ في حقه واجب عيني، وكذلك لو فرض تعدد العاملين به لكنهم يتضررون من التبليغ إلا واحداً له حماية - ما - فهذا يجب عليه البلاغ؛ لتعذر بلاغ غيره^(٤).

(١) سورة هود، الآية ١١٦.

(٢) ينظر ص ٥١٧.

(٣) العدة في أصول الفقه، ٤١٩ / ٢.

(٤) ينظر ص ٥٣٢.

والمواطن المبلِّغ عن الفاسد يؤدي واجباً دينياً يؤجر عليه من الله تعالى بشرط الإخلاص لله عزَّوَجَلَّ، وذلك بأن يقصد من تبليغه مصلحة الناس والنصح لولي الأمر ولهم^(١). ولا يكون قصده التشفي والانتقام من المسؤول، أو ابتزازه بالتبليغ ونحو ذلك من المقاصد السيئة التي هي نوع من الفساد. ويسقط فرض التبليغ عن الفساد إذا غلب على ظن المواطن أنه يتضرر من ذلك البلاغ ضرراً واضحاً في نفسه أو ولده أو ماله أو وظيفته أو مركزه الاجتماعي ونحو ذلك، لأنه لا ضرر ولا ضرار في الشريعة الإسلامية^(٢). ولا عبرة بوهم الضرر كما تقول القاعدة (لا عبرة بالتوهم)^(٣). ولأنه لو جعلت الأوهام عذراً لسقطت عامة الحسبة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، خصوصاً وأن التبليغ يكون ضد موظف عام فمن الطبيعي تسلط أوهام الضرر على المبلِّغ.

المسألة الثانية: تبليغ الفاسد وظيفياً عن الفساد الوظيفي لدى غيره:

إذا بلِّغ الفاسد وظيفياً عن الفساد الوظيفي من أجل مقصد غير مشروع كابتزاز مديره ونحو ذلك فتبليغه محرم وهو من قبيل الفساد الباطني، والشريعة الإسلامية تبطل ما ظاهره الصلاح إذا قصد به الفساد إعمالاً لقاعدة (الأمر بمقاصدها)^(٤). لكن إذا بلِّغ المتصف ببعض الفساد

(١) تنبيه الغافلين، ص ٨٩.

(٢) لوامع الأنوار البهية، ٢/ ٤٢٨.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، ص ٢٥، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، ١/ ١٧٠.

(٤) غمز عيون البصائر، ١/ ٩٦.

الوظيفي عن فساد وظيفي لدى آخرين للمصلحة العامة، أو لمقصد شرعي صحيح فهل ما فيه من الفساد الوظيفي يعتبر مانعاً شرعياً له من التبليغ؟ وبالتالي فتبليغه غير مشروع!!

هذه المسألة تندرج ضمن مسألة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا قام بهما من كان لديه معاصٍ، والمقرر عند عامة الفقهاء أن الذنوب لا تُسقط فرضية الأمر والنهي؛ لأن الله أوجب على المسلم واجبين فعل المعروف، والأمر به وترك المنكر والنهي عنه، فإذا أخل بأحدهما لا يسقط عنه الآخر، وقد تضافرت كلمة أهل العلم على توضيح ذلك، كما ذكر النووي رَحْمَةُ اللَّهِ^(١).

وبيّن الحافظ ابن حجر رَحْمَةُ اللَّهِ نكتة بديعة في هذه المسألة وهي: أنه لو شرط السلامة من الذنوب في الأمر والنهي لانسد باب الإصلاح^(٢). بل عد العلامة أبو بكر ابن العربي رَحْمَةُ اللَّهِ اشتراط العدالة في من يغير المنكر من أقوال أهل البدع^(٣).

وما جاء من النصوص الشرعية التي ظاهرها ذم من يأمر الناس ولا يأمر نفسه مثل قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ﴾^(٤) ونحوها، فالمقصود بها هو الذم على ترك العمل. قال العلامة

(١) شرح صحيح مسلم، ٢/٢٣.

(٢) فتح الباري، ١٣/٥٣.

(٣) أحكام القرآن، ١/٣٤٩.

(٤) سورة البقرة، الآية ٤٤.

القرطبي: «اعلم وفقك الله أن التويخ في الآية بسبب ترك فعل البر لا بسبب الأمر بالبر»^(١).

وقد أفاض الإمام ابن كثير في تفسيره في بيان ذلك، بما يحسن النظر فيه، ويلاحظ أن ابن كثير وصف القول الذي يشترط عدم فعل المعاصي لمن يأمر وينهى بأنه قول ضعيف ولم ينسبه لأحد، بل قال: «وقال بعضهم»، وبيّن أن تمسكهم بهذه الآية تمسك ضعيف فإنه لا حجة لهم بها^(٢).

وبناء على هذا التقرير الشرعي المؤصل، فإنه يجب على من وقع في فساد وظيفي أن يقوم بواجبه في مكافحة الفساد الوظيفي لدى الآخرين مع وجوب توبته هو من فساد.

المسألة الثالثة: هل كثرة الفساد الوظيفي مسقطة لوجوب مكافحة الفساد عن الشخص المكلف؟!

قد يحتج بعض الناس بترك مكافحة الفساد الوظيفي بكثرتهم وانتشاره بين طبقات المجتمع، ويرون أنه لا فائدة من مكافحته لضعف الناس وقوة الفاسدين. وعند التأمل يمكن تقسيم مأخذ هؤلاء إلى مأخذين:

الأول: مأخذ عدم الفائدة من المكافحة لغلبة الفساد الوظيفي.

الثاني: مأخذ الفتنة، حيث إن تعرض الضعفاء للأقوياء من شأنه أن يسلب الأقوياء عليهم، ويتهمونهم، وتقلب الموازين في المجتمع حيث يظهر

(١) تفسير القرطبي، ١/٣٦٦.

(٢) تفسير ابن كثير، ١/٢٤٨.

الفاسد بأنه صالح والعكس، ويزيد الفساد وأهله قوة وتمكيناً، ولو سكت الضعفاء لما آلت الأمور إلى تلك المفاسد.

أما بالنسبة لمأخذ عدم فائدة مكافحة الفساد لكثرت وتناصر أهله فهذا قد يُخَرَّج على مسألة: إذا لم يكن لإنكار المنكر فائدة لعدم استجابة المنكر عليهم فهل يسقط ذلك فرضية الإنكار؟

جماهير الفقهاء على أن ظن عدم فائدة الإنكار لا يسقط فرضية الإنكار^(١).

وحكي عن الإمام أحمد رواية أن من يرى أنه لا يقبل منه الإنكار ففي هذه الحالة لا يجب عليه^(٢). وهو قول العز بن عبد السلام^(٣).

والراجح للباحث قول جماهير العلماء؛ لأن نصوص الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مطلقة لم تقيد بفائدة ولا عدمها، ولأن دعوى عدم الفائدة ظن ونفع الأمر والنهي يقين في الجملة، واليقين مقدم على الظن.

والظاهر للباحث أن مسألة دعوى عدم نفع مكافحة الفساد الوظيفي لا تندرج ضمن مسألة النهي عن المنكر إذا لم يكن له فائدة لوجود فروق مؤثرة بينها، ومنها:

١. أن النظام مع المكافحين للفساد الوظيفي وهذا يجعل عملهم في الجملة نافعا مفيدا.

(١) شرح النووي على مسلم، ٢/ ٢٣، وينظر: مطالب أولي النهي، ١/ ٢٧٦.

(٢) جامع العلوم والحكم، ٢/ ٢٥٢.

(٣) قواعد الأحكام، ١/ ١٢٨.

٢. أن الفساد الوظيفي منكرات مرتبطة بالموظف وليست منكرات لعموم الناس فهي ليست كثيرة مثل كثرة المنكرات الشخصية فلا تلحق بها.
٣. دلالة الحس شاهدة على أن مكافحة الفساد الوظيفي نافعة جداً، بحيث يقل عندما يكافح وينشط عندما يترك.

وبناءً على هذا فإنه لا يجوز ترك للمسلم المكلف ترك مكافحة الفساد الوظيفي بحجة كثرته، وعدم الفائدة من مكافحته ما دامت الدولة تشجع على مكافحته.

وأما ترك مكافحة الفساد الوظيفي الصادر من الموظف العام لمأخذ ظن الفتنة المترتبة عليه، فاعتبار ذلك مبدأً عاماً يترك الإصلاح من أجله منهج مردود ومخالف للشريعة الإسلامية، بل لكتاب الله كما في قوله: ﴿وَمِنْهُمْ مَّن يَقُولُ أَتَذُنْ لِي وَلَا تَفْتِنِّي أَلَا فِي الْفِتْنَةِ سَقَطُوا﴾^(١). وقد وقع في هذا بعض أقوام من أهل التدين كما ذكر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية حيث تركوا كثيراً من الأمر والنهي والحسبة خوفاً من الفتنة في ظنهم^(٢).

ومخالفة هذا المنهج للشريعة واضحة جداً؛ لأنه مصادم لأصولها العظام من الأمر والنهي والحسبة ونحوها، لكن اعتبار ذلك في بعض الأحوال والوقائع أمر داخل في الاجتهاد المشروع إذا كان الميزان فيه الشريعة، وليس الاستحسان الشخصي فيجوز ترك مكافحة الفساد الوظيفي في بعض الأحوال إذا أدت مكافحته إلى منكر أكبر، أو فتنة أعظم موازنة بين دلائل

(١) سورة التوبة، الآية ٤٩.

(٢) الأمر بالمعروف، ص ٥٠.

الشرع^(١). وأما جعل الفتنة مبدأ عاماً مانعاً من الإصلاح فهو غير سبيل المؤمنين، والواجب على المؤمنين التعاون على البر والتقوى والإصلاح. ومناصرة بعضهم بعضاً في ذلك، وبذلك يتقوون على الباطل وأهله.

المسألة الرابعة: حماية الدولة للمبلغين عن الفساد، ورأي الباحث في ذلك:

وحيث إن بلاغ المواطن من الأهمية بمكان في موضوع توجب الشريعة مكافحته، وحيث إن حماية المواطن من الإضرار به بسبب بلاغاته من أعظم المحفزات له على البلاغ، فيظهر أن حمايته واجبة ويدل على ذلك:

١. قول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢). والأمر بالتعاون فيه دلالة إشارية للتناصر؛ لأن التعاون لا يقوم بدون تناصر في كثير من الأمور.

٢. أن من واجبات ولي الأمر حجز الناس بعضهم عن بعض مطلقاً إلا بالعدل فكيف بحماية من يعينونه على مصالح الوطن؟! فيجب أن يحميهم من التعرض الظالم لهم من قبل عامل الدولة، وبدون هذه الحماية فإن الناس تخرج ويستعدي بعضهم على بعض!!^(٣).

(١) الاستقامة، ٢٩١/٢، فتح الباري، ٥٧٦/٦، والمقصود -هنا- هو مكافحة الفساد الوظيفي، أما منازعة ولاية الأمور بحجة مكافحة الظلم، والفساد فهذه طريقة الخوارج، وقد جاءت الشريعة بالمنع منها دفعاً للفتن عن الناس.

(٢) سورة المائدة، الآية ٢.

(٣) ينظر ص ٥٣٠.

٣. أن بلاغات المواطنين جالبة لمصالح عظيمة، دائرة لمفاسد كبيرة ورعاية هذه المصالح واجبة لأنها جزء من المصلحة العامة المنوط حمايتها بولي الأمر، ولن تقوم هذه البلاغات المصلحية إلا بحماية الدولة للناس من الموظفين الفاسدين، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب^(١).

ومن الحلول الفقهية في حماية المواطن المبلّغ أن تتولى الجهة المختصة بمكافحة الفساد المحاماة عنه إذا لم يظهر لها كذب دعواه؛ لأن ذلك من نصر المظلوم، ولأن ذلك من أعظم أسباب قيامها بعملها الواجب في مكافحة الفساد، وحماية المبلّغ من وسائله، والوسائل لها حكم المقاصد، نعم لا تتعين المحاماة عنه طريقاً لحماية المبلّغ لوجود غيرها فبأي طريقة حصلت الحماية تحقق المقصود الشرعي.

ومن الحلول الفقهية في حماية المبلّغ، أن يكون هناك ارتباط بين جهة مكافحة الفساد ومؤسسات العدالة والتحقيق بالألا ينظر في الدعاوى الكيدية المبنية على بلاغات الفساد إلا بعد عرضها على (الجهة المخولة بمكافحة الفساد) من أجل مراعاة بقاء مصالح التبليغ عن الفساد الوظيفي، حيث إن خوف المواطنين من الفاسدين يعتبر من أكثر موانع التبليغ، فإذا كانت جهة استقبال بلاغاتهم هي التي سوف تباشر النظر في قلب الدعاوى ضد بلاغاتهم، بشكل مستقل عن الجهات المبلّغ عنها تماماً، فهذا مما يزرع الأمان في نفس المواطن ويحمله على القيام بمسؤوليته الشرعية تجاه الفساد الوظيفي، ومن الحلول العملية المحافظة على سرية التبليغ بعدم الإفصاح عن اسم

(١) المسودة في أصول الفقه، ص ٦٠.

المبلغ لأي جهة أو شخص، ويقترح الباحث إلغاء اعتبار أي دعوى علم فيها شخص المبلغ بغير طريقة نظامية، إلا بإذن الجهة المستقبلية لبلاغه؛ لما في ذلك من المصلحة الواضحة.

المطلب الثالث: مكافحة الاجتماعية للفساد الوظيفي:

مكافحة الفساد فرض كفاية في الشريعة الإسلامية، وهو بذلك يعتبر واجباً مناطاً بالمجتمع أكثر من إنابته بالفرد، وذلك لجسامة مسؤولياته ومهامه، ومن حكمة الشريعة أن المصالح الكبرى فرضت على مبدأ الشمول، والمشاركة التعاونية لئلا يعجز عنها الأفراد، ومن فروع ذلك أنه يجب على الناس في المجتمع مكافحة الفساد إذا قدروا على ذلك بأن يقوموا به بقدر ما يكفي لمكافحته، فإن أعرضوا عن ذلك أثموا جميعاً، وإن قام به عدد لا يكفي لمكافحة الفساد أثم الناكصون عن القيام بهذا الواجب، إذا كانوا قادرين على مكافحته، ولو أن عدداً من الناس اجتمعوا في مكافحة الفساد - كما لو اجتمعوا في بلاغ صحيح - فلا يجوز لأحدهم التراجع عن بلاغه، إذا سبب تراجعه ضرراً لمن معه؛ لما في ذلك من الضرر، ولأن تراجعه فيه إخلال بالقيام بالواجب، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك^(١).

وكما يجب على الناس التعاون مع بعضهم في مكافحة الفساد يجب عليهم مناصرة المكافحين للفساد إذا وقع عليهم ظلم من الفاسدين، بشرط العلم بالظلم فيبذل كل واحد منهم مستطاعه في نصرة المبلغ المظلوم حتى تتحقق نصرته ومأخذ الوجوب هنا أمران:

(١) ينظر ص ٥٣٢.

الأول: وجوب نصره المظلوم كما سبق^(١).

الثاني: أن مكافحة الفساد واجبة على الجميع وجوباً كفائياً، ومناصرة المبلغين عند ظلمهم نوع من مكافحة الفساد فتكون واجبة لوجوب أصلها، ومن صور نصره المبلغين عن الفساد إذا ظلموا التبرع بالمحاماة عنهم.

ومن المسائل المعاصرة هنا: جمع شمل المهتمين بمكافحة الفساد في المجتمع في نادي، أو جمعية كنادي نزاهة أو جمعية الشفافية ونحو ذلك من التسميات التي تهدف إلى جمع جهود أفراد المجتمع في مكافحة الفساد سواء كانت جهوداً توعوية، أو أعم من ذلك.

وهذا أسلوب اجتماعي جديد، وهو أسلوب نافع، ويظهر للباحث أن تأسيس هذه الأندية والجمعيات والمشاركة فيها أمر مشروع في الشريعة الإسلامية؛ نظراً لما تتضمنه من تحصيل مصالح كبيرة تقصد الشريعة تحصيلها، ودفع مفاسد كبيرة تقصد الشريعة دفعها، ولما تقرر لدى الفقهاء أن (العادة محكمة)^(٢). فإذا اعتاد الناس شيئاً نافعاً خالياً من المخالفات لأصول الشريعة، ونصوصها فهو مباح، أو مشروع حسب ما فيه من مصلحة، ويعضد ذلك أنهم اجتمعوا لتحقيق عمل هو فرض كفاية عليهم، غاية ما هنالك أن الأسلوب جديد، ولا إشكال في جدة الأسلوب؛ لأن العادات الأصل فيها الإباحة^(٣). ونقل هذا الأسلوب عن غير المسلمين بصورته

(١) ينظر ص ٥٢٨.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٧٩، شرح الكوكب المنير، ٤/٤٤٨.

(٣) مجموع الفتاوى، ١٧/٢٩، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، ٢/٧٦٩.

المعاصرة غير مؤثر على مشروعيته؛ لأن نقل العوائد النافعة مشروع أو جائز في الشريعة الإسلامية، كما في أخذ فكرة المنبر للخطابة من نصارى الشام^(١)، وفكرة الخندق من الفرس فلم تكن الخنادق معروفة عند العرب^(٢)، وفكرة ختم الكتب من الروم^(٣) فلما أراد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يكتب إلى الروم قيل له: «إنهم لن يقرءوا كتابك إذا لم يكن محتوماً، فاتخذ خاتماً من فضة، ونقشه: محمد رسول الله، فكأنما أنظر إلى بياضه في يده»، هذا من الناحية التأصيلية، أما من حيث إنشاء مثل هذه المؤسسات الاجتماعية فيشترط في قيامها موافقة النظام العام؛ لئلا تكون مجالاً للافتيات على ولي الأمر.

المطلب الرابع: مكافحة الدولية للفساد الوظيفي:

الفساد الوظيفي ظاهرة عالمية تداعت الأمم لمكافحةها، وجعلوا لذلك جمعيات عالمية^(٤)، وهي تتشارك فيها الجهود الإنسانية الرامية لمكافحة الفساد علماً، وإعلاماً، وسلوكاً، وهذه الجهود غالباً ما تكون ضمن جمعيات عالمية

(١) فتح الباري لابن رجب، ٣/ ٣١٥، لكنه ضعّف الحديث.

(٢) مغازي الواقدي، ٢/ ٤٤٥، الروض الأنف، ٦/ ١٩٥، إمتاع الأسماع، ٨/ ٣٧٢.

(٣) كما روى البخاري، كتاب اللباس، باب اتخاذ الخاتم ليختم به الشيء، أو ليكتب به إلى أهل الكتاب وغيرهم، رقم (٥٨٧٥).

(٤) من أشهر تلك الجمعيات منظمة الشفافية العالمية، وهي منظمة غير حكومية، وغير ربحية، تأسست في ألمانيا عام ١٩٩٣م، وتهدف إلى حشد الجهود العالمية الرامية لمكافحة الفساد حول العالم، وتسعى في تطوير وسائل مكافحة الفساد، والتعاون مع الحكومات والشركات في تنفيذها، ومن أكبر نجاحات تلك المنظمة أنها جعلت الفساد ضمن أكبر مشاكل العالم التي تعرقل التنمية، وأثارت الاهتمام الرسمي به لدى الجهات الدولية والحكومات. ويكيبيديا.

كثير من مؤسسيها والمشاركين فيه غير مسلمين، فهل يجوز للمسلمين دولاً، وشعوباً المشاركة فيها بما يخدم مكافحة الفساد في العالم كله؟!!!

الظاهر للباحث - من حيث المبدأ - مشروعية المشاركة في هذه المحافل سواء للدولة الإسلامية أو لعامة المسلمين ممن لهم عناية بهذا الأمر، ولديهم ما ينفع الناس حياله، ويدل على تلك المشروعية دلائل هي:

١. عموم قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(١).

٢. ما جاء في الحديث الصحيح أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قبل الإسلام تعاون مع قوم كفار لمناصرة المظلومين وأخبر عن هذا الصنيع بقوله: «شهدتُ حلف المطيبين مع عمومتي وأنا غلام، فما أحب أن لي حمر النعم، وأني أنكته»^(٢)، وزاد غيره: «ولو دُعيتُ به في الإسلام لأجبتُ»^(٣).

ووجه الشاهد: ما فيه من سرور النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بحضور هذا الحلف لنصرة المظلومين، وإخباره أنه لا ينكته وأنه لو دعي إلى مثله في الإسلام لأجاب، وهذا كله يدل على مشروعية التعاون مع الكفار في الخير ودفع الظلم. قال الإمام ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ وهو يعدد الفوائد الفقهية المنتزعة من قصة صلح الحديبية: «ومنها: أن المشركين وأهل البدع والفجور والبغاة

(١) سورة المائدة، الآية ٢.

(٢) رواه أحمد، (١٦٥٥).

(٣) رواها البزار في المسند، ١/١٢٩، والبيهقي في الكبرى، ٦/٣٦٧، وغيرهما، وصححه الألباني كما في فقه السيرة، ص ٧٦.

والظلمة، إذا طلبوا أمراً يُعظّمون فيه حرمة من حرّمت الله تعالى، أُجيبوا إليه وأعطوه وأعينوا عليه وإن مُنعوا غيره، فيعاونون على ما فيه تعظيم حرّمت الله تعالى، لا على كفرهم وبغيهم، ويُمنعون مما سوى ذلك، فكل من التمس المعاونة على محبوب لله تعالى مرض له، أُجيب إلى ذلك كائناً من كان، ما لم يترتب على إيعانته على ذلك المحبوب مبعوض لله أعظم منه، وهذا من أدق المواضع وأصعبها وأشقها على النفوس...»^(١).

والمسألة هذه تحتاج ميزاناً علمياً دقيقاً كما قال ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ فيتأكد وزنها بميزان المصالح الشرعية من المؤهل لذلك.

(١) زاد المعاد، ٣/ ٢٦٩.

المبحث الثالث

المكافحة القضائية للفساد الوظيفي^(١)

القضاء هو الفيصل الخاتم على جهود الولاة ونوابهم، والمواطنين ومجتمعاتهم، في مكافحة الفساد الوظيفي، فإن كان قضاء عادلاً نزيهاً فطناً دحر به الفساد وأهله، ودون ذلك فهو حصن المفسدين ونكال المصلحين، وقد وفرت الشريعة في أحكامها القضائية ما يكفل قيام القضاء بوظيفته على أتم وجه وأحسن حال، والكلام في ذلك خوض في بحر من العلم، لكن سوف أجتزئ بما هو لصيق جداً بموضوع البحث على النحو التالي:

المطلب الأول: نزاهة القاضي:

نزاهة القاضي من أسس قيامه بالعدل، والمراد بالنزاهة هنا: مجانية التكسب بالقضاء مادياً ومعنوياً، والبعد عن مواطن الريبة التي تحمل على اتهام القاضي بعدم النزاهة، ففتنة القاضي في طمعه^(٢). فيجب على القاضي البعد عن الفساد الوظيفي بكل صورته، وهذا واجب على كل أحد، لكنه يتأكد في القاضي لخطورة منصبه، ومن النزاهة ألا يطلب من المسؤولين شيئاً له خاصاً، أولولده بغير حق شرعي ونظامي، وألا يقبل هداياهم التي

(١) للاستزادة حول الشأن القضائي، وما يتعلق به ينظر: بحث دور القضاء في مكافحة الفساد الإداري، والسياسة الشرعية في مكافحة الفساد والوقاية منه، ومنهج الشريعة في حماية المجتمع من الفساد الإداري، والفساد الإداري وعلاجه في الشريعة الإسلامية، وقد أشرت إلى هذه البحوث ص ٥١٢.

(٢) المبسوط، ٧١ / ١٦.

يهادونه بها ولم تكن لهم عادة بمهاداته قبل تعيينه قاضياً^(١). ولا يحضر الولايم العامة والخاصة التي يقيمها من تدور حوله شبه أو دعاوى فساد إذا كان القاضي له علاقة قضائية بهذه الدعاوى، كما يتجنب حضور الولايم التي تدخل الريبة في نزاهته أياً كانت تلك الولايم، قال في البناية: «... إذا كانت الدعوة عامة، والمضيف خصم، فينبغي أن لا يجب القاضي الدعوة، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الآخر وإلى التهمة»^(٢).

المطلب الثاني: حيادية القاضي بين أطراف دعاوى الفساد:

العدل أساس القضاء، والحيادية بين أطراف الدعوى وسيلته وهي واجبة على القاضي؛ لأنها من العدل الواجب.

فيجب على القاضي أن يكون موقفه واحداً مع المسؤول والمواطن، فلا يطمع في ميله واحداً منهما، ومتى طمع المسؤولون فيه فقد قسم ظهر المكافحين للفساد الوظيفي، وإذا طمع فيه المواطن المبلغ فقد جراً الناس على المسؤولين^(٣).

ومن الحيادية الواجبة على القاضي في دعاوى الفساد الوظيفي وتطوراتها أن يتوثق من حماية نظره القضائي من تطرق ميل لأحد الأطراف بسبب فكري، أو عاطفي فضلاً عن الهوى الشخصي المحض.

(١) المغني، ٣٧/١٠.

(٢) البناية، ٢٣/٩.

(٣) ينظر في الحيادية: الحاوي، ٢٧٥/١٦، كشف القناع، ٦/٣١٤.

فمن الفكري - مثلاً - تعظيم القاضي لمسؤول الدولة تعظيماً خارجاً عن الشرع، والنظام باعتبار عامة الشكاوى ضده من نوع الشكاوى الكيدية، والإثارة على نواب ولاة الأمر، أو باعتبار أن موظف الدولة له اعتبار خاص في النظر القضائي، والمقطوع به شرعاً أن الجميع سواسية أمام القضاء العادل. وقد ينعكس الفكر حينها تكون قناعة القاضي متوسعة في نقد المسؤول توسعاً مخالفاً للشرع، أو للنظام.

ومن العاطفي: ميل القاضي للرفق وبغضه للشكاوى في ذات نفسه، فيؤثر ذلك عليه في التكييف القضائي والحكم، وقد ينعكس الأمر كما سبق. ومن العاطفي أيضاً: الميل لأحد الطرفين خوفاً من اللائمة من المسؤول أو العامة أو الإعلام أو من المجتمع المحيط ونحو ذلك.

المطلب الثالث: معرفة القاضي بواقع الفساد الوظيفي من حيث الجملة:

معرفة القاضي بزمانه وأهل زمانه من المهمات المعتمدة شرعاً في القاضي، بل ذلك أصل عظيم في القضاء، وبدون معرفة القاضي للفساد الوظيفي حول محيطه فلن يستطيع الحكم بالعدل، لا على المفسدين ولا على المبلغين أو لهم عند تطور الدعاوى بين المبلغين والمبلغ عنهم، وقد بين الإمام ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ أَنْ معرفة المفتي والقاضي واقع زمانه في غاية الأهمية فقال: «وأما قوله: (الخامسة معرفة الناس) فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً فيه فقيهاً في الأمر والنهي، ثم يُطبَّق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يُفسد أكثر مما يُصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر،

له معرفة بالناس، تصوّر له الظالمُ بصورة المظلوم وعكسه، والمُحَقُّ بصورة المُبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذبُ في صورة الصادق، ولبس كل مُبطل ثوب زور تحتها الإثم والكذب والفجور، وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعُرفياتهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس، وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعُرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله كما تقدم بيانه، وبالله التوفيق»^(١).

وما أحسن كلام ابن القيم في هذا وتأمل قوله: «تصوّر له الظالم في صورة المظلوم»!!..

والعقل المشترك في القاضي هو الفطنة، ولا يكفي فيه مجرد العقل المعترف في التكليف^(٢).

والقاضي النزيه الفطن قادرٌ على التفريق الشرعي بين التضجر الكاذب للمسؤول من المواطن، والادعاء الكاذب من المواطن ضد المسؤول، أو على الأقل هو حذر من وقوعه في مصيدة المفسدين والكذابين، ولأهل الفساد حيل كثيرة لو اعتنى القاضي بمعرفة واقع الفساد الوظيفي لعرفها وسلم منها.

(١) إعلام الموقعين، ٤/ ١٥٧.

(٢) الأحكام السلطانية، ص ١١١.

المطلب الرابع: مدى إمكانية استقبال القضاء لقضايا الفساد من غير واسطة جهة أخرى:

مما يُكسب مكافحة الفساد الوظيفي هيبة تحجز عنه كثيراً سرعة وصول قضاياها للقضاء، والشريعة الإسلامية تسمح بذلك حيث جعلت توزيع الاختصاصات ضمن سلطة ولي الأمر^(١). فله الحق حسب ما يراه من مصلحة في تقديم دعاوى الفساد الوظيفي للقضاء مباشرة، أو توسط جهة أو جهات يسبق نظرها الحكم القضائي، أو جعل بعضها مجال للقضاء مباشرة وبعضها على خلاف ذلك، ومن طريق الشريعة في تحقيق إمكانية النظر القضائي المباشر لمكافحة الفساد الأساليب الشرعية التالية:

١. جعل محاكم للأموال العامة، أو جعل قاضٍ للأموال العامة، حسب سلطة ولي الأمر في توزيع الاختصاصات القضائية، ويجعل من صلاحية ذلك القاضي تقديم دعاوى الفساد الوظيفي له مباشرة، قال في الشرح الكبير^(٢) معللاً لسلطة ولي الأمر في توزيع الاختصاصات: «... ويجعل إليه الحكم في المدائيات خاصة، أو في قدر من المال لا يتجاوزه، أو يفرض إليه عقود الأئحة دون غيرها؛ لأن ذلك جميعه إلى الإمام، وله الاستنابة في الكل، فتكون له الاستنابة في البعض فإن من ملك في الكل ملك في البعض، وقد صح أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يستنيب أصحابه كلاً في شيء، فوُلِّيَ عمر القضاء، وبعث علياً قاضياً على اليمن، وكان يرسل أصحابه في جمع الزكاة».

(١) الأحكام السلطانية، ص ٥١، الحاوي الكبير، ١٦ / ٣٣٢.

(٢) ١١ / ٣٨٢.

٢. دعوى الضرر العام من ذي صفة، وهي دعوى مقبولة لدى القضاء الشرعي بأن يدعي مواطنٌ ذو صفة بتضرره من فساد وظيفي معين، كأن يدعي تضرره من طريق مهمل أو فساد بيئي ونحو ذلك.

٣. دعوى الحسبة بأن يتقدم مواطنٌ للقضاء بدعوى حسبة ضد فساد وظيفي؛ لأن دعوى الحسبة يجوز تقديمها للقضاء مباشرة إذا كان موضوعها حقاً عاماً.

فهذه السبل كلها طرق شرعية لمباشرة القضاء لمكافحة الفساد الوظيفي كله أو بعضه، والكلام هنا عن الإمكانية الشرعية، أمّا التنفيذ فقد ينظم ولي الأمر هذه الطرق، أو غيرها بما يراه محققاً للمصلحة من مباشرة القضاء لها أو توسط جهة بينه وبينها.

المطلب الخامس: التكييف القضائي لدعاوى الفساد الوظيفي:

فهمُ القاضي للدعوى مهم جداً، وتصوره لها أو تكيفه لها مبني على صحة فهمه ودقته، ولا ينبغي له أن يصدر حكمه قبل ذلك، ولا أن يسبب لحكمه قبل تكييف دعواه، وهذا في كل الدعاوى بما فيها دعاوى الفساد الوظيفي، وحتى يتمكن القاضي من التكييف القضائي الصحيح لدعاوى الفساد الوظيفي وما يتعلق بها فلا بد من تحققه بأشياء:

١. فهمه للدعوى من حيث قصد المدعي وإجابة المدعى عليه وما سبقه من تحقيق في الدعوى.

٢. معرفته بواقع وظروف وملابسات الدعوى، بما يمكنه من فهمها فهماً عميقاً.

٣. التوازن في الفهم والتكييف، بحيث يكون نظره الاجتهادي من أجل فهم الدعوى شاملاً لكل أطرافها، فلا يسلط نظره على زاوية ويغفل مثلها أو أهم منها، ويجب أن يكون نظره عادلاً بمعنى أنه يستفرغ جهده في النظر لمصلحة كل طرف بقدر واحد.

٤. علمه بما جاء في الشريعة نصاً أو اجتهاداً حيال الدعوى، ومعرفته بالفروق الفقهية بين مسائل وأبواب الشريعة المتعلقة بالدعوى، وكذلك يتعرف على الموانع التي قد تمنعه من إلحاقها بما يبدو في أول النظر لحوقها به. وهذه بعض المسائل التي تتعلق بالتكييف القضائي لدعوى الفساد الوظيفي:

المسألة الأولى: مدى إمكانية تكييف جرائم الفساد الوظيفي على أنها حراية، أو فساد في الأرض:

جرائم الحراية لله ورسوله وجرائم الفساد في الأرض جرائم تستحق عقوبات مغلظة لما تتضمنه من مفاصد أكبر من كثير من الجرائم الأخرى، والنظر هنا حول مدى إمكانية شمول معنى الحراية أو الفساد في الأرض لجرائم الفساد الوظيفي من الناحية الفقهية.

والظاهر للباحث أن الفساد الوظيفي يمكن أن يقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: فساد وظيفي من شخص واحد.

الثاني: فساد وظيفي من شخص واحد لكن ناصره بعض الموظفين حوله من جهته أو غيرها بمحاولة التستر عليه نظامياً بما يخفي فساد، أو يبرئه منه. وهذان الفسادان يظهر للباحث أنهما من باب الفساد الشخصي، لكن من نصر المفسد مع علمه بذلك فهو قد آوى محدثاً فتزاد عقوبته بذلك.

وأما الثالث وهو: الفساد الوظيفي المنظم بداية ونهاية، والمراد به لدى الباحث: الفساد المقصود المشترك بين عدة موظفين من حين بداية الفساد، وصورته: أن يقصد عدد من الموظفين فعل فساد وظيفي يتناوبون فيه الأدوار، بعضهم يخطط، وبعضهم يباشر، وبعضهم يتستر، وهكذا حتى تتم عملية الفساد، حسب ما خطط لها من قبل تلك العصابة، فيظهر للباحث أنه ليس من قبيل الجرائم الخاصة، بل هو محتمل لتخريجين فقهيين الأول: أنه من باب الحراية، والثاني: أنه من قبيل جرائم الإفساد في الأرض.

التخريج الأول: جرائم الفساد الوظيفي المنظم حراية لله ورسوله، ويدل على ذلك:

١- عموم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(١).

(١) سورة المائدة، الآية ٣٣.

وجه الاستدلال: حيث بينت الآية أن جرائم الحراية ما اجتمع فيه وصفان: المحاربة لله ورسوله، والفساد في الأرض^(١).
والفساد الوظيفي المنظم فيه محاربة لله ورسوله وفيه إفساد في الأرض،
ويناقش هذا الاستدلال بما يلي:

أ. أن عصابة الفساد الوظيفي وجد لديها بعض العلة، وهو الفساد ولم يوجد بعضها الآخر وهو (محاربة الله ورسوله)، والحكم معلل بعلة كاملة، وجزء العلة ليس علة كاملة فيبطل تقريرك.

يجاب: بعدم التسليم، بل محاربة عصابة الفساد الوظيفي لله ولرسوله موجودة فيهم، وذلك أن معنى المحاربة لله ورسوله هي: سلب أموال الناس بالقوة معصية لله ومغالبة لهم بقوة، فالمعصية لله محاربة لله، والغلبة للناس ومخالفة ولي الأمر محاربة للرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقد ذكر بعض العلماء أن محاربة الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يندرج فيها مشاققة ولي الأمر؛ لأن الولاية خلفاء الرسول في تطبيق الشريعة^(٢).

يرد: بأن التقوي بالوظيفة ليس حراية، ولا في معنى الحراية لغة وشرعاً؛ لعدم وجود طرف يحاربهم أهل الفساد الوظيفي حقيقة، ولأنهم يعملون ما يعملون خفية لا غلبة.

يجاب: بعدم التسليم، بل الفاسدون محاربون للناس، ولولاية الأمر بأعمالهم وتنظيمهم وتقوي بعضهم ببعض في موضوع تثبت فيه الحراية، وهو

(١) التحرير والتنوير، ٦/ ١٨٣، أضواء البيان، ١/ ٣٩٨، تفسير المنار، ٦/ ٢٩٥.

(٢) تفسير المظهر، ٣/ ٨٥، تفسير المنار، ٦/ ٢٩٥.

غلبة الناس على أموالهم العامة، والسلاح ليس شرطاً في الحرابة لدى بعض الفقهاء^(١). وأعمال الفاسدين وظيفياً مركبة من أعمال متعددة بدنية ولسانية ومالية، يستخدمون فيها قوة مناصبهم في تنفيذ أعمالهم.

يرد: بأن عصابة الفساد الوظيفي تتخفى بعملها فلا مغالبة فيها فهي عكس المحاربين فعمل الفاسدين شبيه بالسرقة من هذا الوجه لا بالحرابة.

يجاب: بعدم التسليم بخفاء صنيعهم بل صنيعهم ظاهر لكن قوتهم تخفيه فهم مُغالبون للناس في أخذ أموالهم وإخفاء أعمالهم ولولا تقويمهم بوظائفهم وتعاونهم على ذلك لما خفيت أعمالهم الفاسدة، والفقهاء الصحيح يقتضي مراعاة المعنى لا الجمود على اللفظ.

٢. قياس الفساد الوظيفي المنظم على قتل الغيلة، عند من عده محاربة، وهو الإمام مالك، والجامع بينهما التقوي بالاختفاء والمكر والتخطيط فقام ذلك مقام المغالبة بالقوة الظاهرة عنده^(٢). القول في الفساد الوظيفي؛ لأنه تقوُّ بمكر وتخطيط واختفاء.

يناقش: بوجود فرق بين قتل الغيلة والفساد الوظيفي، فالغيلة موضوعها الدم والفساد الوظيفي موضوعه المال، والدم أقوى فلا يقاس عليه الأضعف.

يجاب: بأن هذا فرق غير مؤثر؛ لأن كلا الموضوعين الدم والمال من مجالات الحرابة، فإن ثبتت الحرابة في أحدهما ثبتت في الآخر.

(١) الصارم المسلول، ص ٣٣٨، تفسير المنار، ٦/ ٢٩٧.

(٢) مواهب الجليل، ٦/ ٢٣٣، بداية المجتهد، ٤/ ١٨١.

٣. الحكمة من عقوبة الحراة هي محاربة الفساد في الأرض، ولذلك وصف الله المحاربين بأنهم ﴿وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾، والتعليل بالحكمة إذا انضبطت يقول به عدد من الأصوليين^(١)، وإفساد عصابة الفساد الوظيفي المنظم في الأرض واضح منضبط، كالانضباط في عصابة المحاربين، ووجه الانضباط أن عصابة الفساد مجموعة متعاونة تتقوى بالوظيفة والحيل والخداع وقلب الحقائق فهي كعصابة الحراة المتقوية بالشوكة والغلبة.

هذا مستطاع الباحث في تأصيل هذا التخريج، وهو في تقدير الباحث تخريج قوي بما أوضحه من الدلائل.

التخريج الثاني: أن جرائم الفساد الوظيفي المنظم من قبيل الإفساد في الأرض، لكن لم يتحقق بها وصف الحراة كما أنها ليست جريمة خاصة بل أقوى منها، ويستدل لذلك بأية الحراة حيث رتبت عقوباتها المغلظة على المحاربين لأنهم يسعون في الأرض فساداً فيلحق بهم كل من يسعون في الأرض فساداً وأهل الفساد الوظيفي المنظم يسعون في الأرض فساداً.

ولكن منع من اعتبارهم محاربين عدم وجود وصف الحراة فيهم من الغلبة والمحاة لولاية الأمر وللناس، ويعتضد هذا التخريج بما رآه جمع من فقهاء العصر في شأن مهربي ومروجي المخدرات بتشديد العقوبات عليهم لأنهم مفسدون في الأرض^(٢). وأهل الفساد الوظيفي المنظم كذلك.

(١) البحر المحيط، ١٦٨/٧، الإحكام، ٢٠٢/٣

(٢) قرار هيئة كبار العلماء رقم (١٣٨) مجلة البحوث الإسلامية، ٣٣٥/٢١، موقع الرئاسة العامة هيئة كبار العلماء، مجلة البحوث العلمية.

ويناقش ما ذكر: بأن عصابة الفساد الوظيفي المنظم أهل حراية وليسوا مفسدين فقط، كالمهريين والمروجين؛ لأن المهريين ليس معهم قوة مطردة، سوى التخفي، في حين أن عصابة الفساد الوظيفي لديهم قوة لازمة لهم يغلبون بها الناس ويخادعون بها ولي الأمر، وهي الاتحاد في قوة الوظيفة واستعمال النفوذ.

والراجع للباحث من هذين التخريجين هو التخريج الأول لما تقدم ذكره من الأدلة والمآخذ لكن إذا لم يمكن تحقيقه عملياً لمانع معتبر شرعاً فيطبق فيهم ما يليق بالمفسدين في الأرض.

المسألة الثانية: تكييف الخطاب الرسمي من الموظف، أو الجهة المبلغ عنها ضد دعوى المواطن المبلغ:

عندما تتطور دعاوى الفساد -سواء كانت موجهة إلى جهة تكافح الفاسد أو إلى عموم ذوي الولاية- فقد يصل المواطن المبلغ للقضاء تحت تهمة الدعوى الكيدية^(١)، فما هو التكييف القضائي لما يكتب حول بلاغه من خطابات، سواء من المسؤول المبلغ عنه أو من جهته أو جهة ذات علاقة تعرض لها بلاغ المواطن!!؟

(١) الدعوى الكيدية هي: استعمال الشخص حقه المشروع في الادعاء برفع دعوى كاذبة على شخص أو جهة بقصد الإضرار بهما، أو بقصد الابتزاز للحصول على مكتسب غير مشروع، وهي دعوى محرمة؛ لما فيها من الكذب والإضرار، ويجب على القاضي رد الدعوى الكيدية إذا ثبتت له كيديتها بأن أقر المدعي أنه كاذب، أو كرر الادعاء بما صدر فيه حكم قطعي دون أن يقدم دلائل جديدة تستوجب إعادة النظر في القضية، كما أن للقاضي معاقبة المدعي الكائد حسب النظر الشرعي. ينظر الدعوى الكيدية في الفقه والنظام السعودي، ص ٢١، والدعوى الكيدية، دراسة مقارنة، ص ١٩٠.

يمكن وضع المسألة في صورتين:

الصورة الأولى: مقارنة القاضي لمحتوى هذه الخطابات بالواقع الفعلي، بحيث لا يكون معتمداً عليها، بل نظر فيما تضمنته نظراً شرعياً قضائياً تبرأ به الذمة، فهذه الصورة ليست داخلية في نظر الباحث، وواضح أن الاعتماد فيها على نظر القاضي ليس على مجرد محتوى الخطاب الرسمي أو مجرد رسميته.

الصورة الثانية: ألا يتحقق القاضي من محتوى تلك الخطابات، أو لا يمكنه التحقق ونحو ذلك، مع خلوها من دليل قاطع سوى رأي المسؤول في دعوى المواطن، فما هو التكييف القضائي لتلك الخطابات!!؟

بعد التأمل يمكن ذكر عدد من الاحتمالات العقلية، ثم استخراج ما يقبله النظر الفقهي:

١. يحتمل اعتبارها خبراً من الأخبار خارج الدعوى.
٢. يحتمل أن تعتبر بينة على أنها شهادة من كاتبها.
٣. يحتمل أنها قرينة قوية بمجرد ضدها المبلغ، ووجه القوة صدورها من جهة رسمية.
٤. يحتمل أن تعتبر قرينة ضعيفة ضد المواطن يلزم أن تتقوى بغيرها إذا لم يكن بين كاتبها وبين المدعى عليه الفساد علاقة شخصية أو رسمية.
٥. يحتمل أن تعتبر من قبيل دعاوى الخصوم فلا تقبل.

٦. يَحْتَمِلُ أَنَّهَا مَخْتَلِفَةٌ التَّكْيِيفِ بِحَسَبِ مَحْتَوَاهَا وَعِلَاقَةُ كَاتِبِهَا بِالْفَسَادِ الْمُدْعَى مِنْ قَبْلِ الْمَوَاطِنِ الْمُبْلَغِ.

٧. يَحْتَمِلُ أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ بَابِ الْإِثْبَاتِ الشَّرْعِيِّ أَصْلًا لَا بَيْنَةً وَلَا قَرِينَةً بِمَجْرَدِهَا بَلْ يَسْتَفِيدُ مِنْهَا الْقَاضِي فِي فَهْمِ الدَّعْوَى.

أَمَّا الْإِحْتِمَالُ الْأَوَّلُ فَسَاقِطٌ؛ لِأَنَّهَا ذَاتُ مَحْتَوًى يَتَعَلَّقُ بِالْدَّعْوَى مِمَّنْ لَهُ بِهَا عِلَاقَةٌ شَخْصِيَّةٌ أَوْ نِظَامِيَّةٌ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَبَاطِلٌ شَرْعًا؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْأَدَاءِ يَجِبُ أَنْ تَوْدَى فِي مَجْلَسِ الْقَضَاءِ^(١).

وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَبَاطِلٌ شَرْعًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَوْجَدُ فِي الشَّرِيعَةِ أَحَدٌ يَحْتَجُّ بِمَجْرَدِ قَوْلِهِ سِوَى الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَمَا فِي ذَلِكَ مِنْ تَحْيِيزٍ وَاضِحٍ لِلْمَسْئُولِ ضِدَّ الْمَوَاطِنِ وَالتَّحْيِيزِ ظَلَمٌ.

وَأَمَّا الرَّابِعُ فَمَحْتَمَلٌ، لَكِنْ لَا يَخْلُو مِنْ ضَعْفٍ؛ لِأَنَّ مَجْرَدَ الْخُطَابِ لَا يَكُونُ قَرِينَةً وَالرَّسْمِيَّةُ - فِي هَذِهِ الدَّعَاوَى بَيْنَ الْمَوَاطِنِ وَالْمَسْئُولِينَ - لَا تَبْلُغُ بِالْخُطَابِ أَنْ يَكُونَ قَرِينَةً، وَالْخَامِسُ لَهُ حِظٌّ مِنَ النَّظَرِ قَوِيٍّ إِذَا كَانَ ثَمَّ عِلَاقَةٌ بَيْنَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ الْفَسَادِ وَمَنْ كَتَبَ الْخُطَابَ مِنْ شَخْصٍ، وَالسَّادِسُ مَحْتَمَلٌ أَيْضًا، لَكِنْ السَّابِعُ هُوَ الرَّاجِحُ لَدَى الْبَاحِثِ؛ لِأَنَّ الْاسْتِفَادَةَ مِنْهَا فِي بَابِ الْإِثْبَاتِ قَائِمٌ عَلَى النَّظَرِ الْقَضَائِيِّ فِي مَحْتَوَاهَا وَهَذَا أَمْرٌ آخَرَ غَيْرَ مَا النَّظَرُ فِيهِ وَهُوَ اعْتِبَارُهَا بِمَجْرَدِهَا فَلِذَلِكَ يَتَرَجَّحُ الْقَوْلُ السَّابِعُ أَنَّهَا لَيْسَتْ بَيْنَةً وَلَا

(١) الإقناع، ٤/ ٤٣١.

قرينة بمجرددها، فإذا لم تثبت البيئة الشرعية صحة محتواها فلا يجوز جعلها مستنداً للحكم على المواطن المبلغ المدعى عليه بالكيدية بمجرددها.

وبالتالي فيلزم القاضي أن يتحقق من محتواها إن استطاع، وأن يفتح المجال للمبلغ المدعى عليه بالإجابة عنها، ويتحقق من ذلك كما ينظر في الدعاوى، وليعلم أن القضاء الشرعي معتمده السماع من المدعين والشهود، وموافقة ذلك للواقع متى ما أمكن، وإذا لم يمكن فعلى حسب اجتهاد القاضي لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنما أنا بشر أقضي بنحو ما أسمع))^(١). فمجرد المكتوب في الورق لا يثبت به قضاء شرعياً، لكن يستفاد منه بحسب ما يظهر للقاضي فيه من حق فيحقه أو باطل فيبطله.

وينبغي للقاضي هنا أن يستحضر كثرة الفساد الوظيفي، فإذا لم تثبت البيئة الشرعية كذب المواطن في دعواه، فينبغي تبرئته عملاً بأصل البراءة الشرعية وترجح ذلك بكثرة الفساد الوظيفي وقوة أهله أمام المواطنين.

وأما إذا تعارضت عند القاضي كثرة الفساد الوظيفي بكثرة الشكاوى الكيدية، واحتاج للموازنة بين الأمرين، فينبغي له النظر في حال الفساد الوظيفي في محيط الدعوى، وأخذ العلم بذلك من عدة مصادر.

كما ينبغي له النظر في كثرة الشكاوى الكيدية وأخذ العلم بذلك من عدة مصادر.

(١) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب موعظة القاضي للخصوم، (٧١٦٨)، وأخرجه مسلم كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، (١٧١٣).

ويقترح الباحث هنا تمكين القاضي من جهات الاختصاص بالنظر في ما يخدم نظره، من أرقام البلاغات ودعاوى الفساد حول جهة رسمية، كما أنه يحصل على معرفة سوابق المواطن مع العلم أن الجزم حاصل بكثرة الفساد الوظيفي، لكن الجزم العام لا يستلزم كثرته في كل جهة، فلو سمح للقاضي بالاطلاع على كمية البلاغات عن الفساد في كل جهة بنظام آلي أو بمخاطبة منه لجهات الاختصاص ولا يخفى ما في ذلك من عون على تحقيق العدالة.



الخاتمة

أهم النتائج:

١. مكافحة الفساد الوظيفي: كل عمل من شأنه منع الفساد الوظيفي، أو تخفيفه مستمد من الشريعة أصالة، أو تنظيماً.
٢. الحكم العام لمكافحة الفساد الوظيفي أنها فرض كفاية؛ لاندراجها ضمن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والنصيحة، ونصر المظلوم، والرحمة الواجبة.
٣. تكون مكافحة الفساد الوظيفي فرض عين على ولي الأمر، ونائبه المختص بذلك، وتكون فرض عين على المكلف في أحوال معينة تم إيضاحها في البحث.
٤. يشرع لولي الأمر كل ما من شأنه مكافحة الفساد الوظيفي من توعية، وتقنين، وضبط إداري معاصر، والزجر بهيئة الدولة.
٥. تبليغ المواطنين عن الفساد الوظيفي فرض كفاية، ويكون فرض عين في مواضع معينة، وترك التبليغ خوفاً من الفتنة غير مشروع إلا عند تحققها، ويجب على ولي الأمر حماية المبلغين من الفاسدين.
٦. يشرع للناس التعاون على مكافحة الفساد الوظيفي، عبر تأسيس أندية، وجمعيات تعنى بمكافحة الفساد الوظيفي، والمشاركة فيها بأنواع المشاركة ما لم يتعارض ذلك مع تنظيم ولي الأمر.

٧. يشرع للمسلمين حكومات، وأفراداً بالتعاون مع العالم كله في مكافحة الفساد الوظيفي، ما لم يترتب على ذلك مخالفة الشريعة الإسلامية.
٨. يجب على القضاة التحقق بالنزاهة، والحيادية بين أطراف دعاوى الفساد الوظيفي من مسؤولين ومواطنين، ويجب عليهم معرفة واقع الفساد الوظيفي، وما يتعلق به عند الحاجة القضائية لذلك، ويجب عليهم تكييف الخطابات الرسمية ضد المبلغين بالتكييف الشرعي قبل اتخاذها مستنداً للحكم على المبلغين بالكيدية.
٩. الفساد الوظيفي المنظم هو من باب الحرابة لله ورسوله، وليس من الجرائم العادية.

التوصيات:

١. يوصي الباحث وزارة التعليم، ووزارة الشؤون الإسلامية، ووزارة الإعلام، والجهات ذات العلاقة بنشر العلم النافع حيال حكم الفساد الوظيفي، ومكافحته، ومشاركة المواطنين في ذلك عبر مناهج دراسية شرعية، ونظامية في المرحلة الثانوية، والجامعية، وعبر الخطب، والدروس، وعبر وسائل الإعلام، والوسائل التربوية، والمجتمعية الهادفة.
٢. يوصي الباحث وزارة العدل، والجهات ذات العلاقة بتقنين صور الفساد الوظيفي؛ لكي يكون المجتمع على بينة، وتقوم الحججة على الناس فيما يختلفون فيه من ذلك.

٣. يوصي الباحث وزارة العدل بإلزام أو تمكين القضاة من النظر في سوابق الفساد الوظيفي لدى الشخص، أو الجهة المبلغ عنها، وإتاحة ذلك لهم عبر وسائل التقنية الحديثة بالشراكة مع نزاهة، والجهات ذات العلاقة.

٤. يوصي الباحث وزارة العمل والتنمية بتعزيز العمل الاجتماعي المنظم في مكافحة الفساد عبر تأسيس جمعية اجتماعية خاصة بذلك، والإشراف عليها، بالاشتراك مع نزاهة، وتعميم وجودها في أرجاء الوطن، كسائر الجمعيات الأخرى.

٥. يوصي الباحث (نزاهة) بأن تختص بالنظر الأولي في دعوى المبلغ عنهم الكيدية على المواطن المبلغ، وتمنع من إحالتها لأي جهة أخرى، إلا بعد موافقتها، تحقيقاً لمقصد الشرع، ومقصد ولي الأمر في حماية المبلغين.

هذا، ونسأل الله أن يصلح أحوال المسلمين، وأن يهدينا وإياهم إلى الحق والعدل والإصلاح وأن يتوب على الفاسدين ويردهم إليه رداً جميلاً ويكفي المسلمين والناس أجمعين شرهم، إنه سميع مجيب.
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع

١. الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، دار الحديث، القاهرة.
٢. أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٣. أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (ت ٥٤٣هـ)، مراجعة: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٣، ١٤٢٤هـ.
٤. الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (ت ٦٣١هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان.
٥. أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (ت ٥٣٨هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ.
٦. الاستقامة، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: د. محمد رشاد سال، جامعة الإمام محمد بن سعود، المدينة المنورة، ط ١، ١٤٠٣هـ.
٧. الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١هـ.
٨. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ.



٩. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت ١٣٩٣هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ.
١٠. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ.
١١. الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد، أبو الحسن ابن القطان، تحقيق: حسن فوزي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط ١، ١٤٢٤هـ.
١٢. إكمال المعلم بفوائد مسلم، عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى السبتي، أبو الفضل (ت ٥٤٤هـ)، تحقيق: د. يحيى إسماعيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط ١، ١٤١٩هـ.
١٣. إمتاع الأسماع بما للنبي من الأحوال والأموال والحفدة والمتاع، أحمد بن علي بن عبد القادر، أبو العباس الحسيني العبيدي، تقي الدين المقرئ (ت ٨٤٥هـ) تحقيق: محمد عبد الحميد النميسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢٠هـ.
١٤. الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤١١هـ.
١٥. إيضاح طرق الاستقامة في بيان أحكام الولاية والإمامة (مطبوع ضمن مجموع رسائل ابن عبد الهادي)، يوسف بن حسن بن أحمد بن حسن ابن عبد الهادي الصالحي، جمال الدين، ابن الميرد الحنبلي (ت ٩٠٩هـ)، عناية: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، دار النوادر، سوريا، ط ١، ١٤٣٢هـ.

١٦. البحر المحيط في أصول الفقه، محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، ط١، ١٤١٤هـ.
١٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ)، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥.
١٨. البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت ٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٠هـ.
١٩. تاريخ المدينة، عمر بن شبة (واسمه زيد) بن عبيدة بن ريطة النميري البصري، أبو زيد (ت ٢٦٢هـ)، تحقيق: فهميم محمد شلتوت، جدة، ١٣٩٩هـ.
٢٠. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٤٠٦هـ.
٢١. التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، (ت ١٣٩٣هـ)، الدار التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٤م.
٢٢. تحفة الترك فيما يجب أن يعمل في الملك، إبراهيم بن علي بن أحمد بن عبد الواحد ابن عبد المنعم الطرسوسي، نجم الدين الحنفي (ت ٧٥٨هـ)، تحقيق: عبد الكريم محمد مطيع الحمداوي، ط٢.
٢٣. تعليم مفاهيم مكافحة الفساد المالي والإداري من خلال تدريس مقررات اللغة العربية للمرحلة الثانوية في المملكة العربية السعودية، فراس بن محمد المدني، جامعة الحدود الشمالية، مجلة جامعة الحدود الشمالية للعلوم الإنسانية، المجلد ٣، العدد الثاني، ١٤٣٩هـ.



٢٤. تفسير البغوي (معالم التنزيل)، أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، تحقيق: محمد عبد الله النمر وآخرين، دار طيبة للنشر، ط ٤، ١٤١٧هـ.
٢٥. تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل تنزيل القرآن)، محمد بن جرير بن يزيد الطبري، تحقيق: أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٠هـ.
٢٦. تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، محمد رشيد بن علي رضا (ت ١٣٥٤هـ) الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠م.
٢٧. تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢٠هـ.
٢٨. تفسير القرآن، أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي (ت ٤٨٩هـ)، تحقيق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن، الرياض، السعودية، ط ١، ١٤١٨هـ.
٢٩. تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط ٢، ١٣٨٤هـ.
٣٠. التفسير المظهري، المظهري، محمد ثناء الله، تحقيق: غلام نبي التونسي، مكتبة الرشدية، باكستان، طبعة ١٤١٢هـ.
٣١. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ.

٣٢. تنبيه الغافلين بأحاديث سيد الأنبياء والمرسلين للسمرقندي، أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي (ت ٣٧٣هـ) / تحقيق: يوسف علي بديوي، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط ٣، ١٤٢١هـ.
٣٣. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، تحقيق: محمد عوض، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ٢٠٠١م.
٣٤. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (ت ٧٩٥هـ) تحقيق: شعيب الأرنؤوط، إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٧، ١٤٢٢هـ.
٣٥. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ.
٣٦. الحسبة، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ) تحقيق علي بن نايف الشحود، ط ٢، ١٤٢٥هـ.
٣٧. الخراج، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (ت ١٨٢هـ)، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.
٣٨. الدعاوى الكيدية في الفقه والنظام السعودي، دراسة مقارنة تطبيقية، صالح بن محمد السويدان، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٩هـ.
٣٩. الدعوى الكيدية، دراسة مقارنة، د. خالد بن زيد الوديناني، مجلة العدل، العدد (٥١)، ١٤٣٢هـ.
٤٠. دور القضاء في مكافحة الفساد الإداري، د. سلامة الرفاعي مجلة القضائية، العدد الحادي عشر، ١٤٣٦هـ.



- ٤١ . الرسالة، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت ٣٨٦هـ) دار الفكر.
- ٤٢ . الروض الأنف في شرح السيرة النبوية لابن هشام، أبو القاسم عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد السهيلي (ت ٥٨١هـ)، تحقيق: عمر عبد السلام السلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ.
- ٤٣ . روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢٣هـ.
- ٤٤ . زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط ٢٧، ١٤١٥هـ.
- ٤٥ . الزواجر عن اقتراف الكبائر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، دار الفكر، ط ١، ١٤٠٧هـ.
- ٤٦ . سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، دار المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤١٢هـ.
- ٤٧ . السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٣، ١٤٢٤هـ.
- ٤٨ . السياسة الشرعية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم بن عبد السلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤١٨هـ.

- ٤٩ . السياسة الشرعية في مكافحة الفساد والوقاية منه، الشيخ ياسر الحقييل، بحث محكم في المجلة القضائية، العدد الثالث، محرم ١٤٣٣هـ.
- ٥٠ . سياسة عمر بن عبد العزيز في سن الأنظمة بناء على قوله: «يحدث للناس من الأفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»، الباحث الأمير الدكتور عبد العزيز بن سظام بن عبد العزيز آل سعود، منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الثاني عشر، صفر / جمادى الأولى، ١٤٣٣هـ.
- ٥١ . شرح السير الكبير، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، الشركة الشرقية، بدون، ١٩٧١م.
- ٥٢ . الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (ت ٦٨٢هـ)، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.
- ٥٣ . شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح المعروف بابن النجار الحنبلي (ت ٩٧٢هـ)، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط ٢، ١٤١٨هـ.
- ٥٤ . شرح صحيح البخاري، ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط ٢، ١٤٢٣هـ.
- ٥٥ . الصارم المسلول على شاتم الرسول، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الحرس الوطني السعودي، المملكة العربية السعودية.
- ٥٦ . الصحاح، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، (ت ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٤، ١٤٠٧هـ.



٥٧. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط ١، ١٤٢٢هـ.
٥٨. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٥٩. الطرق الحكيمة، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، مكتبة دار البيان بدون تأريخ.
٦٠. العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: د. أحمد بن علي بن سير المبارك، ط ٢، ١٤١٠هـ.
٦١. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت ٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٦٢. العين، الخليل بن أحمد بن عمرو الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
٦٣. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت ١٠٩٨هـ) دار الكتب العلمية، ط ١، ٤٠٥هـ.
٦٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، طبعة محب الدين الخطيب، بيروت، ١٣٧٩هـ.
٦٥. الفساد الإداري وعلاجه في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الإداري، د. محمود محمد معابرة، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١م.
٦٦. فقه السيرة، محمد الغزالي، تخرّيج: محمد ناصر الدين الألباني، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٢٧هـ.

٦٧. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسطان العلماء (ت ٦٦٠هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة. طبعة ١٤١٤هـ.
٦٨. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ١، ١٤٢٧هـ.
٦٩. القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البجلي الدمشقي الحنبلي (ت ٨٠٣هـ)، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، طبعة ١٤٢٠هـ.
٧٠. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية.
٧١. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، (ت ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ.
٧٢. لوامع الأنوار البهية وسواطع الأسرار الأثرية لشرح الدرّة المضية في عقد الفرقة المرضية، شمس الدين، أبو العون محمد بن أحمد بن سالم السفاريني الحنبلي (ت ١١٨٨هـ)، مؤسسة الخافقين ومكتبتها، دمشق، ط ٢، ١٤٠٢هـ.
٧٣. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.
٧٤. مجلة الأحكام العدلية، مجموعة من الفقهاء، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كراتشي.
٧٥. مجلة البحوث الإسلامية، على موقع هيئة كبار العلماء العدد الحادي والعشرون، شهر ربيع الأول ١٤٠٨هـ.



٧٦. مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تیمية الحراني (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ.
٧٧. المخصص، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ١٤١٧هـ.
٧٨. مراتب الإجماع، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٧٩. المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم النيسابوري المعروف بابن البيع (ت ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ.
٨٠. المستصفي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب، العلمية، ط ١، ١٤١٣هـ.
٨١. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت ٢٤١هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرين، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢١هـ.
٨٢. مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار (ت ٢٩٢هـ)، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله وآخرين، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط ١، ١٩٨٨-٢٠٠٩م.
٨٣. المسودة في أصول الفقه، آل تیمية [بدأ بتصنيفها الحجّ: مجد الدين عبد السلام بن تیمية (ت: ٦٥٢هـ)، وأضاف إليها الأب: عبد الحلیم بن تیمية (ت: ٦٨٢هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تیمية (٧٢٨هـ)]، محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي.

٨٤. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحباني (ت ١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤١٥هـ.
٨٥. معالم القربة في طلب الحسبة، محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة، القرشي، ضياء الدين (ت ٧٢٩هـ)، دار الفنون «كمبردج».
٨٦. المغازي، محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء، المدني، أبو عبد الله، الواقدي (ت ٢٠٧هـ) تحقيق: مارسدن جونس، دار الأعلمي، بيروت، ط ٣، ١٤٠٩هـ.
٨٧. المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.
٨٨. المفردات في غريب القرآن، أبو العباس الحسين بن محمد، الراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤١٢هـ.
٨٩. مفهوم الفساد الإداري ومعايره في التشريع الإسلامي، د. آدم معاودة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢١، العدد الثاني، ٢٠٠٥م.
٩٠. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت ١٣٩٣هـ)، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ١٤٢٥هـ.
٩١. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
٩٢. المنشور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
٩٣. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٣٩٢هـ.



٩٤. الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط ١، ١٤١٧هـ.
٩٥. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ)، دار الفكر، ط ٣، ١٤١٢هـ.
٩٦. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٤هـ.
٩٧. نحو نظرية إسلامية لمكافحة الفساد الإداري، د. آدم نوح القضاة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٣م.
٩٨. نهاية الرتبة الظرفية في طلب الحسبة الشريفة، عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله، أبو النجيب، جلال الدين العدوي الشافعي، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.
٩٩. ويكيبيديا.

