



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



قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثاني والثلاثون • محرم ١٤٤٥هـ • أغسطس ٢٠٢٣م

مصادر الحكم القضائي في
المنازعات التجارية - دراسة في
النظام السعودي

د. فؤاد شهاب شيباب

النظام القانوني لشركة
المساهمة المبسطة

د. عبد الرحمن بن محمد الجهني

بحث جذور الجدل الإسلامي
والحقوق حول قوانين الأحوال
الشخصية (الأسرة) للدول
الإسلامية

د. رامي بن عبد العزيز الشبل

موقف المنظم السعودي من
مكافحة جريمة غسل الأموال
الواقعة من قبل الموظف العام

أ.د. نهاد فاروق عباس
غادة فهد الدربي

الوكالات الجارية بين أيدي القضاة
والحكام وما فيها من الفقه والكلام،
وفقه كل وكالة منها - تحقيق ودراسة

د. مها فهيد الحميدي السبيعي

رسوم السداد المبكر للديون - دراسة
فقهية تطبيقية على أنظمة التمويل
في المملكة العربية السعودية

د. أسماء بنت محمد العمري

حجية اليمين الحاسمة وشروطها
وفقاً لنظام الإثبات السعودي - دراسة
تأصيلية تطبيقية

د. تركي بن عبد العزيز آل سعود
د. عادل بن عبد الرحمن الشمري

حق المؤلف في أداء الأذان وتلاوة
القرآن

د. داود بن عبد العزيز الداود

مبدأ حرية الدفاع في نظام المرافعات
الشرعية - دراسة تأصيلية تطبيقية

د. خالد بن محمد اليوسف

قضاء

قضاء

مجلة علمية محكمة

العدد الثاني والثلاثون • محرم ١٤٤٥هـ • أغسطس 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: (رمدد: ISSN 1658-984X)

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 الْمُصَلِحِ

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 عُثْمَانَ 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 لمحكّم ثالث مرّجّح يقوم بتقييمه وتصويبه.
- وفي حال كان رأي المحكّمين -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

الوكالات الجارية بين أيدي القضاة والحكام وما فيها من الفقه والكلام،
وفقه كل وكالة منها - تحقيق ودراسة

٩

د. مها فهيد الحميدي السبيعي

رسوم السداد المبكر للديون - دراسة فقهية تطبيقية على أنظمة
التمويل في المملكة العربية السعودية

٦٢

د. أسماء بنت محمد العمري

حجية اليمين الحاسمة وشروطها وفقاً لنظام الإثبات السعودي - دراسة
تأصيلية تطبيقية

١١٥

د. تركي بن عبد العزيز بن تركي آل سعود
د. عادل بن عبد الرحمن بن خلف الشمري

١٧٥

حق المؤلف في أداء الأذان وتلاوة القرآن
د. داود بن عبد العزيز الداود

٢٢٢

مبدأ حرية الدفاع في نظام المرافعات الشرعية - دراسة تأصيلية تطبيقية
د. خالد بن محمد بن عبد العزيز اليوسف

٢٩١

مصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية - دراسة في النظام السعودي
د. فؤاد شهاب شيباب

٢٥٧

النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة
د. عبد الرحمن بن محمد سليمان الجهني

٤٢٢

بحث جذور الجدل الإسلامي والحقوقى حول قوانين الأحوال الشخصية
(الأسرة) للدول الإسلامية (مقاربة وتحليل للانتقادات الموجهة لقانون
الأحوال الشخصية السعودي عبر الانتقادات الموجهة لمدونة الأسرة
المغربية وإيجاد الحلول المشتركة)
د. رامي بن عبد العزيز الشبل

٤٧٢

موقف المنظم السعودي من مكافحة جريمة غسل الأموال الواقعة من
قبل الموظف العام
أ.د. نهاد فاروق عباس
غادة فهد الدربي



كلمة التحرير

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

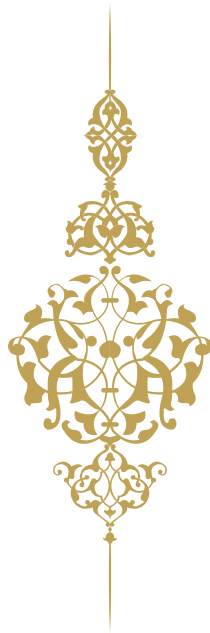
فتهدىكم الجمعية العلمية القضائية السعودية العدد الثاني والثلاثين من مجلة قضاء الذي احتوى أبحاثاً محكمة نوعية؛ يتناول جزء منها بعض الجوانب القضائية، كبحث الوكالات الجارية بين أيدي القضاة والحكام، ومصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية، وحجية اليمين الحاسمة وشروطها، ومبدأ حرية الدفاع في نظام المرافعات الشرعية، ويتناول عدد منها جوانب مختلفة من فروع الفقه والأنظمة، كبحث رسوم السداد المبكر للديون، والنظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة، وحق المؤلف في أداء الأذان وتلاوة القرآن، وجذور الجدل الإسلامي والحقوق حول قوانين الأحوال الشخصية للدول الإسلامية، وموقف المنظم السعودي من مكافحة جريمة غسل الأموال الواقعة من قبل الموظف العام.

وهذا التنوع في نوعية الأبحاث المنشورة يأتي محققاً لاهتمامات أكبر قاعدة من القراء المتخصصين في المجالات المختلفة. وغني عن الذكر أن جهد الباحثين واجتهاداتهم العلمية فيما طرحوا من مسائل لا تمثل وجهة نظر المجلة، ولا هيئة التحرير، وترحب المجلة بكل ما يثري المحتوى العلمي فيها من نقد، أو تعليق، أو تعقيب.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هيئة التحرير

أ. د. منصور بن عبد الرحمن الحيدري





الوكالات الجارية بين أيدي القضاة والحكام
وما فيها من الفقه والكلام، وفقه كل وكالة
منها

تحقيق ودراسة

د. مها فهيد الحميدي السبيعي

أستاذ الفقه المساعد

قسم أصول الدين - كلية الشريعة وأصول الدين - جامعة نجران

mfalhomaidi@nu.edu.sa

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه، أما بعد..

فمما حقه أن يُحَقَّق ويخرج للوجود كتب أهل العلم، التي سُطِّرت بمحابر العلم، ودُوِّنت بمداد الفقه، فكان فيها كنوز لم تخرج، ودرر لم تظهر، وقد يسَّر الله لي الوقوف على مخطوطة ابن مغيث في الوكالات، المسماة بـ: (الوكالات الجارية بين أيدي القضاة والحكام، وما فيها من الفقه والكلام، وفقه كل وكالة منها).

وقد أشار رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى في مستهلها إلى الحاجة للتفقه في التوكيل الجاري بين أيدي القضاة، وعجز بعض المتداعين عن تبين حاجته، حتى وإن كان ممن قد درس الفقه؛ فقد درس الوكالات في الفقه الإسلامي، وفَصَّل في أنواعها، وبيَّن شيئاً من أحكامها، فكان له طريقة بديعة، وأسلوب فقهي ظاهر في كلامه.

وقد اطلعت على المخطوط، فأردت أن يخرج للنور، ويعم به النفع، ويكون فيه خدمة للمكتبة الإسلامية والفقهية على وجه الخصوص.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. قيمة المخطوط العلمية الخاصة؛ حيث يعتبر من الرسائل الصغيرة التي تتميز باستيعاب المسألة من معظم جوانبها بخلاف المطوّلات، وانفراده بجمع أحكام قسم من علم التوثيق وهو الوكالات.

٢. ما تميّز به المؤلف في فقه عقد الشروط، وكتابة الوثائق، والفتوى، إضافة إلى تضمينه مسائل يحتاجها الممارس لوظيفة القضاء.

أهداف البحث:

١. إخراج الكتاب، وتحقيقه تحقيقاً علمياً.

٢. إبراز قيمة الكتاب العلمية.

الدراسات السابقة:

بعد القراءة والبحث والسؤال لم أقف على من قام بتحقيق هذه الرسالة حسب علمي واطلاعي -والله أعلم-.

إلاّ أنه لابن مغيث الطليطي (كتاب المقنع) في علم الشروط مُحقق مطبوع من إصدارات دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ، وضع حواشيه: ضحى الخطيب، وشمل أربعة من مباحث المخطوط، وهي كالاتي: تقديم قاضٍ على سفيه، وكالة قاضٍ لأيتام، وكالة على إنكاح ابنته البكر، وكالة جامعة لمعاني التوكيل تنعقد بين يدي قاضٍ وتم الإشارة إلى موضع كل منها أثناء التحقيق.

منهج البحث:

١. اعتمدت على النسخة الوحيدة فيما أعلم، والموجودة لديّ.

٢. نسخت المخطوط وفق قواعد الرسم الإملائي المعاصر، مع مراعاة علامات الترقيم حسب المنهج المتعارف عليه حالياً.

٣. عزوت الآيات القرآنية إلى سورها، ورقم الآية.
٤. وضحت معاني المصطلحات الغريبة، والكلمات التي تحتاج إلى توضيح.
٥. علّقت في الحاشية على ما يحتاج إلى تعليق، أو بيان بإيجاز.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة، وفصلين، وخاتمة، وفهرس على النحو الآتي:
المقدمة: وتتضمن: أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وأهداف البحث، والدراسات السابقة، وخطة البحث، ومنهجه.

الفصل الأول: دراسة المؤلف، والمخطوط:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بمؤلف الكتاب:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسمه، ونسبه، ومولده، ووفاته.

المطلب الثاني: حياته العلمية.

المبحث الثاني: التعريف بالمخطوط:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اسم الكتاب، وتوثيق نسبه إلى مؤلفه.

المطلب الثاني: منهج المؤلف.

المطلب الثالث: وصف النسخ الخطية، ونماذج منها.

الفصل الثاني: النص المحقق.

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج.

فهرس المصادر والمراجع.

أسأل الله عزَّوَجَلَّ أن يجعله خالصًا لوجهه الكريم، والحمد لله أولاً
وآخرًا، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، وسلِّم تسليمًا كثيرًا.

الفصل الأول

دراسة المؤلف، والمخطوط

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

التعريف بمؤلف الكتاب

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اسمه، ونسبه، ومولده، ووفاته:

اسمه، ونسبه:

أحمد بن محمد بن مغيث^(١) الصديفي^(٢) الطليطلي^(٣)، يكنى بأبي جعفر، الأندلسي المالكي.

مولده:

ولد في طليطلة سنة ست وأربعمائة.

(١) وقيل في اسمه: أحمد بن مغيث بن أحمد بن مغيث الصديفي، كما جاء في ديوان الأحكام الكبرى (ص: ٧٤٧)، إنباه الرواة على أنباه النحاة (١/ ١٧٠)، تاريخ الإسلام، ت. بشار: (١٠٩/ ١٠).

(٢) الصديفي: بفتح الصاد والذال المهملتين وفي آخرها الفاء، نسبة إلى الصدف بكسر الدال، وهي قبيلة من حمير نزلت مصر، الأنساب للسمعاني (٨/ ٢٨٦)، لب الباب في تحرير الأنساب (ص ١٦٠).

(٣) الطليطلي: بضم الطاء المهملة وفتح اللام وسكون الياء المنقوطة باثنتين من تحتها وكسر الطاء الأخرى وفي آخرها لام أخرى، نسبة إلى طليطلة، وهي بلدة بالأندلس من المغرب، خرج منها جماعة من أهل العلم، الأنساب للسمعاني (٩/ ٨١)، لب الباب في تحرير الأنساب (ص ١٦٩).

وفاته:

توفي في طليطلة سنة تسع وخمسين وأربعمائة، وعمره: ثلاث وخمسون سنة^(١).

المطلب الثاني: حياته العلمية:

كان رَحْمَةُ اللَّهِ كَبِير طليطلة وفتيها، عالماً بالحديث، وعقد الشروط، وكان حافظاً بصيراً بالفتيا والأحكام، نظّاراً، فصيحاً أديباً، مُتَفَنِّناً عالماً باللغة والإعراب، وله يدٌ طوّلى في التفسير، حفظ صحيح البخاري، وعرف رجاله، يحضر الشورى^(٢).

(١) ينظر: ديوان الأحكام الكبرى (ص: ٧٤٧)، الصلة في تاريخ أئمة الأندلس (ص: ٦٤)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك (٨/ ١٤٥)، إنباه الرواة على أنباه النحاة (١/ ١٧٠)، تاريخ الإسلام (١٠/ ١٠٩)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (١/ ١٨٢)، طبقات المفسرين، للسيوطي (ص: ٣٤)، هدية العارفين (١/ ٧٨).

(٢) ديوان الأحكام الكبرى (ص: ٧٤٧)، الصلة في تاريخ أئمة الأندلس (ص: ٦٤)، إنباه الرواة على أنباه النحاة (١/ ١٧٠)، طبقات المفسرين، للسيوطي (ص: ٣٤)، تاريخ الإسلام، ت. بشار (١٠/ ١٠٩)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (١/ ١٨٢)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (١/ ١٧٥).

رحل إلى المشرق، وجلب كتباً صحاحاً رويت عنه، أخذ الفقه عن ابن زهر^(١)، وابن أرفع رأسه^(٢)، وابن الفخار^(٣)، وأبي بكر خلف بن أحمد^(٤)، وغيرهم، وحدث عنه: صاعد بن أحمد^(٥)، وأبو محمد الشارقي^(٦)، وأبو

(١) محمد بن مروان بن زهر الإشبيلي، أبو بكر، سمع من ابن الأحمر، وابن ثابت، وغيرهم، وبه تفقه أهل طليطلة، توفي سنة ٤٢٢هـ، ينظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك (٢٨/٨)، تاريخ الإسلام (٣٨٢/٩).

(٢) أحمد بن قاسم بن محمد بن يوسف التجيبي: من أهل طليطلة، يكنى: أبا جعفر، ويعرف: بابن أرفع رأسه، كان حافظاً للفقه، رأساً فيه، توفي سنة ثلاث وأربع مائة، ينظر: الصلة لابن بشكوال (ص: ٥٦).

(٣) محمد أبو عبد الله بن عمر بن يوسف بن بشكوال، يعرف بابن الفخار، قرطبي، أحفظ الناس، وأحضرهم علماً، وأسرعهم جواباً، وأفقههم على اختلاف العلماء، توفي سنة ٤١٩هـ، ينظر: الديباج المذهب (٢/٢٣٥).

(٤) أبو بكر خلف بن أحمد بن خلف الرهوني، طليطي فقيه، من أهل طليطلة، ينظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك (٨/٤٩)، الديباج المذهب (١/٣٥١).

(٥) صاعد بن أحمد بن عبد الرحمن بن محمد بن صاعد، يعرف بالحياني، قاضي طليطلة، يكنى أبا القاسم: أصله من قرطبة، فقيه مشهور، توفي سنة اثنتين وستين وأربعمائة؛ وله من المصنفات: كتاب مقالات أهل الملل والنحل، ينظر: إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب (٦/٢٨٥٧)، بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس (ص: ٣٢٣).

(٦) عبد الله بن موسى بن سعيد، أبو محمد الأنصاري، الطليطي، الورع، من ذوي العلم والفهم. يعرف بالشارقي، توفي بطليطلة سنة ست وخمسين وأربع مائة، ينظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك (٨/١٥٢)، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية (٢/٧٦٦-٧٦٧).

عبدالله الأنصاري^(١)، وأبو الطيب الحديدي^(٢)، وغيرهم.
له مؤلفات منها: المقنع في علم الشروط، وهو مطبوع، والوثائق^(٣)،
وغيرهما.



(١) محمد بن فتوح بن عليّ بن وليد، قاضي غرناطة، وكان عالماً بالرأي والوثائق توفي سنة ٤٩٨هـ، ينظر: فهرس ابن عطية (١١٢-١١٣)، الصلة لابن باشكوال (ص ٥٣٥).

(٢) سعيد بن أحمد بن يحيى، أبو الطيب الحديدي، التّجيبّي، الطّليطي، أحد الأئمة الأعلام، جمع كتباً لا تُحصى، لقي جماعة من العلماء، توفي سنة ثمانٍ وعشرين وأربع مائة، ينظر: الصلة لابن باشكوال (ص ٢١٤ - ٢١٥).

(٣) يقوم على تحقيقه أحد طلاب العلم.

المبحث الثاني التعريف بالمخطوط

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اسم الكتاب، وتوثيق نسبته إلى مؤلفه:

ورد اسم الكتاب في بداية المخطوطة باسم: (الوكالات الجارية بين أيدي القضاة والحكام، وما فيها من الفقه والكلام، وفقه كل وكالة منها)، ولم أجد له إلا هذا الاسم.

توثيق نسبة الكتاب إلى المؤلف:

مما يدل على أن الكتاب لابن مغيث: أنه ذُكر اسم ابن مغيث في بداية المخطوطة بقوله: (قال أحمد بن محمد).

ومما يزيد الاطمئنان في صحة نسبتها إليه ما يأتي:

١. تسبقها مخطوطة الوثائق في المجموع، وهي لابن مغيث^(١)، وقال في ختامها: «تمَّ جميع مختصر كتاب المقالات والسجلات بحمد الله، وحسن عونه، يتلوه: الوكالات الجارية بين أيدي القضاة والحكام، وما فيها من الفقه والكلام، وفقه كل وكالة منها».

وقال في نهاية مخطوط الوكالات: «تمَّت الوكالات بعد تمام المقالات والسجلات، بحمد الله تعالى، وحُسن عونه».

(١) ينظر: فهرس ابن عطية (ص: ١١٣).

المطلب الثاني: منهج المؤلف:

رتب ابن مغيث الطليطي رَحْمَةُ اللَّهِ تَأْلِيْفَهُ لمسائل الوكالات على جملة من الأبواب الفقهية، فبدأه بباب القضاء، وما يتعلق به من الأيمان، ثم مسائل في باب البيوع، والحجر، والدماء، والمساقاة، والمقاسمة، ثم النكاح، ثم ختمه بوكالة جامعة لمعاني التوكيل، وذلك بدون استدلال؛ ليتناسب مع هذا النوع من التأليف، فيكون مستوعباً مع قصره.

ويقسم المسألة إلى جزأين هما:

- جزء نظري يذكر فيه نوع الوكالة، ويصف عقدها بين الوكيل، والموكل، ثم يبين شرطها، والإشهاد عليها.
- وجزء تطبيقي: يذكر فيه شيئاً من الأحكام الفقهية التي تتعلق بنوع كل وكالة على حدة.

المطلب الثالث: وصف النسخ الخطية، ونماذج منها:

للكتاب نسخة واحدة محفوظة في الخزانة العامة بالمغرب ضمن مجموع برقم (٤٣٤٥ د)، تبدأ من الورقة (١٠٥/ب)، وتنتهي عند الورقة (١١٣/ب).

وتقع في (٥) أوراق، كل ورقة تحتوي على وجهين، والوجه يحتوي على (٢٧) سطراً تقريباً، والسطر يحتوي على (١٣) كلمة تقريباً. والمخطوطة كتبت بخط أندلسي جميل، خالية من اسم الناسخ، وتاريخ النسخ.

وامتازت المخطوطة بتصحيحات، وإلحاقات للسقط في هامش المخطوطة، إلا أنه اعترافاً خرم وسقط وكلمات غير واضحة بسبب الرطوبة، والجميع مبين في موضعه.

وأول المخطوط: «بسم الله الرحمن الرحيم. صلى الله على النبي محمد، وعلى آله، وسلّم تسليماً». قال أحمد بن محمد رحمة الله عليه: الحمد لله المبدى المعيد، الفعّال لما يُريد».

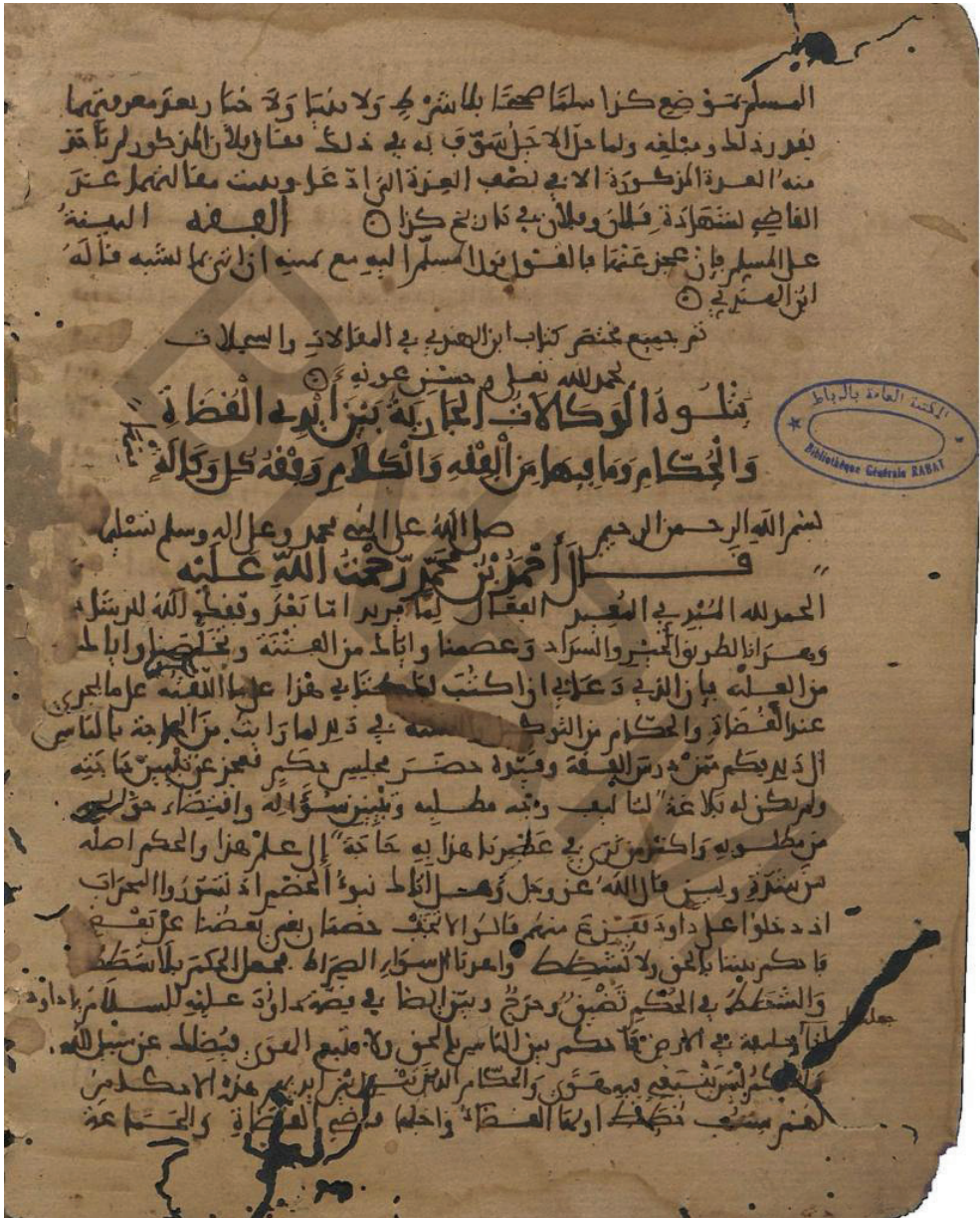
وآخره: «تمت الوكالات بعد تمام المقالات والسجلات، بحمد الله تعالى، وحسن عونه، وصلواته على محمد، خيرته من خلقه، وعلى آله، وأزواجه، وصحبه».

وقد حصل خطأ في ترقيم أوراق المخطوطة، وذلك راجع إلى الخطأ الحاصل في ترتيب أوراق مخطوطة: (المقالات والسجلات)، ومخطوطة: (الوكالات)؛ حيث إن بعض الأوراق من مخطوطة: (المقالات والسجلات) قد وضعت في مخطوطة (الوكالات)، وهذا الخطأ يبدأ من الورقة (١٠٩/أ) من قوله: «ابنا يُسمى بكذا أشهدتا بذلك عند القابلتين فلانة وفلانة على عين المولود المذكور»، إلى نهاية الورقة (١١١/ب) عند قوله: «متى أتاه للبايع المذكور بالثمن المذكور الذي قبض من المبتاع ما بينه وبين كذا وكذا؛ فهو المقال في دار... وإن جاء».

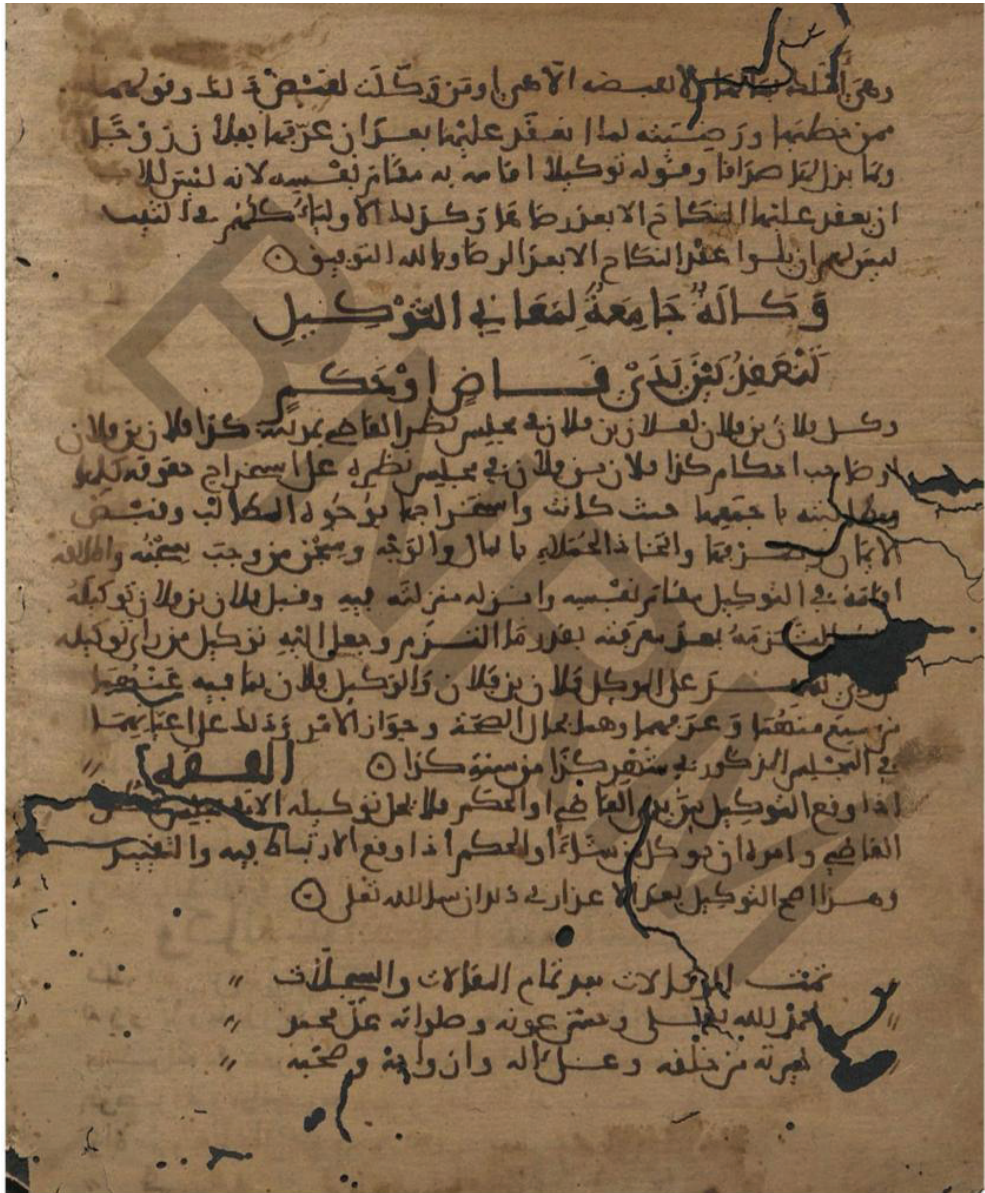
وقد حصل سقط من بعد الورقة (١٠٥/ب)، وأيضاً قبل الورقة (١٠٧/ب)، وأيضاً من بعد الورقة (١٠٨/أ).

نماذج من المخطوط

اللوحه الأولى من المخطوط



اللوحة الأخيرة من المخطوط



الفصل الثاني

النص المحقق

الوكالات^(١) الجارية بين أيدي القضاة والحكام، وما فيها من الفقه والكلام، وفقه كل وكالة منها.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على النبي محمد، وعلى آله، وسلّم تسليمًا

(١) الوكالات: جمع وكالة، والوكالة لغةً: مصدر: (وَكَّلَ): الواو والكاف واللام: أصل صحيح، يدل على اعتماد غيرك في أمرك، والتوكُّل: إظهار العجز في الأمر، والاعتماد على غيرك، مقاييس اللغة، كتاب: الواو، حرف الواو والكاف، وما يثلاثهما، (وكل) (١٣٦/٦). وذهب العلماء في تعريفها اصطلاحاً إلى مذاهب متفقة في الجملة أذكرها باختصار فيما يلي:

جاء عند الحنفية بأنها: إقامة الغير مقام نفسه في التصرف ممن يملكه، كنز الدقائق (٤٨٣). وفي قوله: (ممن يملكه): يخرج من لا يملك التصرف كصبي ومجنون.

وعرفها المالكية بأنها: نيابة ذي حق غير ذي إمرة، ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته، المختصر الفقهي لابن عرفة (٥٦/٧). وقوله: (ذي إمرة) يخرج نيابة ولي الأمر أميراً أو قاضياً. وقوله: (ولا عبادة) يخرج نيابة إمامة الصلاة. وفي قوله: (غير مشروطة بموته) يخرج الوصية.

وعرفها الشافعية بأنها: تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة، نهاية المحتاج (١٥/٥).

خرج بقوله: (ما يفعله): ما لا يجوز له فعله كبيع الخنزير والنجاسات مثلاً. (حال حياته): خرجت الوصية.

(مما يقبل النيابة): خرج ما لا يقبلها شرعاً كالعبادات البدنية المحضنة. وعرف الحنابلة الوكالة بأنها: استنابة جائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة، كشاف القناع (٤٤٩/٣).

فخرج بقوله: (جائر التصرف): من لا ينفذ تصرفه.

قال أحمد بن محمد رحمة الله عليه:

«الحمد لله المبدي المعيد، الفَعَّالُ لما يريد. أما بعد: وفقك الله للرشاد، وهدانا لطريق الخير والسداد، وعصمنا وإياك من الفتنة، وتخلصنا وإياك من الفلته؛ فإنّ الذي دعى بي أن أكتب لك كتابي هذا على ما [ألفته]^(١) على ما يجري عند القضاة والحكام من التوكيل، والتفقه في ذلك؛ لما رأيت من الحاجة بالناس إلى ذلك، فكم ممن درس الفقه وقيدته، حضر مجلس حكم، فعجز عن تبين حاجته، ولم تكن له بلاغة لتأليف وجه مطلبه، وتبيين سؤاله، واقتضاء حوائجه من مطلوبه، وأكثر من ترى في عصرنا هذا به حاجة إلى علم هذا.

والحكم أصله بين شدة ولين، قال الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخُصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ ﴿٢١﴾ إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَأَحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَأَهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ ﴿٢٢﴾﴾^(٢)، فجعل الحكم بلا شطط، والشطط في الحكم: [تضييق]^(٣)، وخرج، وبين أيضاً في قصة داود عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ

ومع اتفاقهم في الجملة في تعريف الوكالة إلا أن هناك جوانب أغفلها بعضهم وذكرها البعض الآخر.

ولعل التعريف المختار هو تعريف الشافعية لاشتغالها على أركان الوكالة وإخراجه الوصية.

(١) كلمة غير واضحة في المخطوط، ولعلها: (ألفته).

(٢) سورة ص، آية (٢١-٢٢).

(٣) هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: (تضييق).

فَيُضِلُّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴿١﴾، والحكم ليس ينبغي فيه هوى، والحكام الذين تنزل بين أيديهم هذه الأحكام لهم ست خطط، أولها: القضاء، وأجلها: قاضي القضاة والجماعة^(٢) / ١٠٥ / ب.

[...] ^(٣) تسمت بفلانة، وزوجها على فلانة على ذلك، فقالت كذا وكذا؛ لأنه ربما غاب عنها بموت، أو غير ذلك، فلذلك قلت: حضرت امرأة تسمت بفلانة؛ لأنه لم يُعرف عينها، ولو عُرف عينها لم يحتج إلى هذا، وكانت كسائر الوكالات.

(١) سورة ص، من الآية (٢٦).

(٢) قال القاضي أبو الأصْبَغ بن سهل: «وإعلم أن للحكام الذين تجري على أيديهم الأحكام ست خطط: أولها: القضاء، وأجلها قضاء الجماعة، والشرطة الكبرى، والشرطة الصغرى، وصاحب مظالم، وصاحب ردّ بما رد إليه من الأحكام، وصاحب مدينة، وصاحب سوق، وهكذا نصّ عليه بعض المتأخرين من أهل قرطبة». ديوان الأحكام الكبرى (١/٢٧).

(٣) هذا الكلام تكملة لو كالة سقط أولها.

وكالة على صرف يمين^(١)

وكَّل فلان بن فلان الفلانيَّ على صرف اليمين عنه فيما جرت الخصومة فيه، لفلان بن فلان مع فلان عند صاحب الشرطة الوسطى^(٣)، أو صاحب الرد^(٤)، أو صاحب حكومة^(٥) كذا: فلان بن فلان.

وقبِل فلان صرف اليمين فيما طُوبِ به لموكله فلان، أو فيما رأى من الدعوى من صرف ذلك؛ توكيلاً أقامه في صرف ذلك كله مقام نفسه، وأنزله منزلتها بعد أن عرف قدر الدعوى التي طُلب بها، وعرف موكله بصرف اليمين بقدر ذلك، فقَبِل فلان بن فلان توكيل موكله. شهد على

(١) صرف اليمين هو: ردُّ اليمين إذا نكَل من توجَّهت عليه. ينظر: الشرح الكبير، للشيخ الدردير، وحاشية الدسوقي (٢/ ٣١١).

(٢) تتعدد الوكالة بالصيغة؛ كوكلتك، وأنت وكيل، أو ما يقوم مقامها من قول أو فعل. ينظر: منح الجليل (٦/ ٣٦٨).

(٣) الشرطة الكبرى المختصة بشؤون الخاصة، والصغرى المختصة بالعامّة، وأمر الخليفة عبد الرحمن الناصر بإنشاء الشرطة الوسطى سنة ٣١٧هـ، وأول من تولاها هو: سعيد بن سعيد بن حدير، ينظر: نظم حكم الأمويين (٢/ ٨٦٥)، وكان لصاحبها الضرب على أيدي أصحاب المناصب والجاه في الظلمات، تاريخ الأدب العربي (٢/ ٨٢).

(٤) صاحب الرد: هو -أحد أعوان القاضي-؛ فهو من يحكم فيما استرابه القضاة، وردّوه عن أنفسهم. ينظر: ديوان الأحكام (ص: ٢٨).

وقيل: هو: قاضٍ مختص بالشؤون الدينية، يقابله صاحب المظالم في القضايا المدنية، معلمة الفقه المالكي (ص: ٢٥١).

(٥) يُعرف من يلي خطة الشرطة في الأندلس: بصاحب الشرطة، أو والي الشرطة، أو الشرطة، أو صاحب الأحكام. ويأتي تعيينه عن طريق الأمير، أو الخليفة، ويصدر في هذه المناسبة سجل يحوي أمر التعيين، ويأتي ذلك اختصاراً للقضايا التي تعرض على القضاء، ينظر: نظم حكم الأمويين، ورسومهم في الأندلس (٢/ ٨٥٩-٨٦٦).

إشهاد فلان وفلان على أنفسهما بما ذُكر في هذا الكتاب عنهما: مَنْ عرفهما بالعين والاسم، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا^(١).

فقه

معنى قوله: «فيما طُولِبَ به»: لأنه لا تكون أبداً يمين مصروفة إلا في شيء مطلوب^(٢).

وقولك: «فيما»؛ لأن المطلوب^(٣) إذا طُولِبَ بدعاوى، فله أن يحلف فيما شاء، ويرد اليمين على طالبه فيما شاء من الدعوى.

وكالة على تقاضي^(٤) يمين

وكُلَّ فلانُ بِنُ فلانِ فلانَ بنَ فلانٍ على تقاضي يمين فلان الواجبة عليه، فيما ادَّعاه عليه فلان بن فلان، وجرت الخصومة في ذلك عند فلان صاحب أحكام كذا.

(١) ينبغي للقاضي إذا شهد الشاهد عنده أن يكتب شهادته، واسمه، وقبيلته، ونعته، ومسكنه، ومسجده الذي يصلي فيه، والشهر الذي شهد فيه، والسنة. ينظر: ديوان الأحكام الكبرى (ص: ٦١).

(٢) جاء في تبصرة الحكام (١/٢٢٣): «ولا يُحْلَفُ القاضي المدَّعى عليه إلا بسؤال خصمه، أو قرينة حال تدل على طلبه لذلك من القاضي».

(٣) الطالب: أي المدَّعي، والمطلوب: أي المدَّعى عليه، ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣١٦/٤).

(٤) التقاضي: يقال: تقاضيته ديني، وبديني، واقتضيته ديني، واستقضيته، واقتضيت منه حقِّي؛ أي: أخذته. أساس البلاغة: كتاب القاف (ق ض ي) (٨٦/٢). والمراد بها: الحضور إلى مجلس القضاء لطلب يمين المدَّعى عليه.

فقدّم فلان على تقاضي يمين فلان إلى موكله فلان أن يقول عند قبضه اليمين: إن هذه الدعوى تردُّ دعاوى موكله، مما لا بينة له عليه، فقبل فلان بن فلان توكيل موكله فلان^(١).

شهد على إسهاد فلان، وفلان على أنفسهما: من شهداه على ما في هذا الكتاب، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

وعقد اليمين^(٢) بعد الحلف

حلف فلان بن فلان عند مقطع الحق في المسجد الجامع، وقال: بالله الذي لا إله إلا هو^(٣)، ما لفلان عندي شيء مما ادّعاه في كشفه الذي قام به عليّ - وأشار الحالف إلى الكشف عند يمينه - ولا له جراءة من ذلك كله قليل، ولا كثير^(٤)، بعد أن قال فلان وكيل فلان على تقاضي اليمين: إن هذه الدعوى المنصوصة آخر دعاوى موكله قبلك، مما لا بينة له عليه. / ١٠٦ / أ.

(١) جاء في تبصرة الحكام (١/٢٢٣): «لا بد من حضور المحلوف له، أو وكيله لتقاضي اليمين، فإن تغيب وكل القاضي من يقتضيها إذا ثبت عندّه تغيّبه».

(٢) يمين منعقدة، تجب الكفارة بالحنث فيها، وهي اليمين على مستقبل متصور، عاقداً عليه قلبه، ولا تنعقد اليمين إلا باسم من أساء الله تعالى، أو صفة من صفاته، ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٤/١٨٦-١٨٧)، شرح ميارة (١/٩٧-٩٨).

(٣) ينظر: التبصرة (١٢/٥٥٣٢-٥٥٣٣).

(٤) أي: لم يوجد منه استخفاف لحرمة اليمين، ولا إقدام على التغيرير بها، ينظر: الإشراف على مسائل الخلاف (٢/٨٨٤).

شَهِدَ بِذَلِكَ مَنْ حَضَرَ يَمِينِ فُلَانٍ، وَتَقَاضِي فُلَانِ الْمَوْكَلِ لَهَا، وَذَلِكَ فِي شَهْرِ كَذَا، مِنْ سَنَةِ كَذَا.

فقه

وَاسْتَعْنِي عَنْ ذِكْرِ الصَّحَّةِ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَكْمٌ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَهِيَ مَحْمُولَةٌ أَوَّلًا عَلَى الصَّحَّةِ.

وَلَا يَحْلِفُ الرَّجُلُ إِلَّا قَائِمًا^(١)، مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ، عِنْدَ مَقْطَعِ الْحَقِّ؛ إِجْلَالًا لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَتَعْظِيمًا لَهُ، وَتَعْظِيمًا لِلْحَلْفِ^(٢)، وَإِنْ حَلَفَ قَاعِدًا لَمْ تُرَدِّ الْيَمِينُ. فَإِنَّ أَبِي الْحَالِفَ أَنْ يَحْلِفَ إِلَّا قَاعِدًا جُبِرَ عَلَى أَنْ يَحْلِفَ قَائِمًا^(٣)، وَذَلِكَ مِنْ حَقِّ الْمَحْلُوفِ لَهُ، مِنْ أَجْلِ مَا تَقَدَّمَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(١) وجاء في الوثائق المجموعة: «يحلِف؛ بحيث يجب الحلف قائماً، مستقبلاً القبلة، بالله الذي لا إله إلا هو، ما قبضت من فلان الغائب شيئاً من الدين الذي ثبت لي عليه عند فلان بن فلان، صاحب أحكام كذا، ولا قبضت عنه شيئاً، ولا استحلّت على أحد، ولا أحلت به أحداً، ولا وهبته له، ولا شيئاً منه، ولا قدّمت أحداً يقتضيه منه، وإنه لباقي عليه إلى يميني هذه». شرح ميارة (١/١٠١).

(٢) ينظر: الرسالة (ص: ١٣٢)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد (ص: ٦٠٦)، شرح ميارة (١/١٠١).

(٣) إيجاب القيام للحلف من مفردات المذهب المالكي، قال في نواذر الفقهاء (ص: ٣٠٤): «وأجمعوا: أنه ليس على الرجل أن يحلف في الدعوى قائماً إلا مالكا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ فإنه أوجب عليه أن يحلف قائماً». وذكره بلفظه في الإقناع في مسائل الإجماع، لابن القطان المالكي (٢/١٤٩).

وكالة على دفع شيء بعينه

وَكَلَّ فلانُ بَنُ فلانٍ لفلانِ بنِ فلانٍ على دفع الدابة التي صفتها كذا، أو على دفع كذا وكذا دينار دراهم سكية^(١)، أو ربعية^(٢) دفعها لفلان بن فلان. ودفع فلان بن فلان إلى فلان موكله كذا وكذا، وصار عنده ليدفعه على الوجه المذكور.

قَبْلَ فلانٍ ذلك من توكيل موكله، وإن كان زوجها^(٣).

وجب بسبب استحقاق^(٤) الدابة، أو الثوب، أو الدراهم، إن كانت وجبت بسبب مقالة^(٥)، أو دين فترك ذلك الوجه.

وكذلك إن وَّكَلَّ على دفع، ويذكر المَلِكُ، وحيث هو.

(١) السَّكَّةُ: نسبة إلى سك النقود، يعني المضروبة بالسكة، والسكة حديدية قد كُتِبَ عليها، يُضْرَبُ عليها الدَّرَاهِمُ، ينظر: لسان العرب، حرف الكاف، فصل السين المهملة، (السَّكُّ) (١٠/٤٤٠).

(٢) ربعية: الربعية من الإبل المتقدم من التاج، لسان العرب باب العين المهملة، فصل الراء (رباع) (٨/١٠٧).

(٣) يبين: أن الوكالة إما أن تكون بالنص، وإما أن تكون بمقتضى العادة؛ كالزوج مع زوجته. ينظر: شرح ميارة (١/١٤٢).

(٤) الاستحقاق لغةً: استحق الشيء: استوجبه، لسان العرب، باب القاف، فصل الحاء، (الحق) (١٠/٥٣).

شرعاً: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله، أو حرية كذلك بغير عوض، المختصر الفقهي (٧/٣٠٣).

(٥) المقالة؛ أي: دعوى مدَّعٍ، ينظر: شرح ميارة (١/٣٣).

وكذلك إن وكلّ أيضًا لينزل في مبيع يبيّن ذلك كلّه، ويذكر قبول الوكيل ذلك على الوجه الذي ينعقد عليه التوكيل، وكيف هو.

ثمّ الإشهاد: شَهِد على إِبْرَاهِيمَ بْنِ فُلانٍ، وفُلانٍ بما ذُكِرَ عنها في هذا الكتاب: مَنْ عَرَفَها بِالعينِ وَالاسْمِ، وهما بحالِ الصّحة، وجواز الأمر، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

فقه

وما قبض الوكيل بهذه الوكالة، وأشهد عليه بذلك: فلا براءة له منه إلاّ بالبيّنة على دفع ذلك لمن أمره موكله بدفعه إليه، وإقرار من دُفِعَ إليه ذلك^(١).

لأنه من قبض بالبيّنة، فلا براءة له إلاّ بالبيّنة^(٢)، أو بإقرار المدفوع إليه بذلك. هذا فيما يستقر بيد الوكيل، ويقبضه.

وما كان حُبْس^(٣)، أو لبيعه؛ فإنّ الموكل لا يبرأ بتوكيل الوكيل حتى يأتي الوكيل بالبيّنة على ما وكلّه، وإقرار القابض في التبايع خاصة.

(١) ينظر: التلقين (٢/٧٥)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٧٨٩)، الفواكه الدواني (٢/٢٣٠).

(٢) «كل من يصدق في دعوى التلف، فالقول قوله في الرد مع يمينه، إلا أن يقبض بيّنة مقصودة للتوثق، فإنه يصدق في التلف، ولا يصدق في الرد، وهذا كالمودع، والمستأجر، والوكيل، وعامل القراض، ونحوهم»، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب (٢/٥٥٠).

(٣) الحُبْس هو: الوقف، قال الرّصاع: الفقهاء بعضهم يُعبر بالحبس، وبعضهم يُعبر بالوقف، والوقف عندهم أقوى في التحبّيس، وهما في اللغة لفظان مترادفان، يطلق على الإعطاء، وفي الاصطلاح: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك مُعطيه، ولو تقديراً. شرح حدود ابن عرفة (ص: ٤١٠، ٤١١).

ولا بد في الحُبْس من البيّنة على قبض المحبّس عليهم^(١)، أو وكيلهم بحضرة البيّنة بسبب الحُبْس. وبالله التوفيق.

وكالة قاضي لغائب

أشهد القاضي فلان قاضي الجماعة^(٢) ببلدة كذا؛ أنه قام عنده فلان بن فلان، وذكر للقاضي أن فلاناً غاب، وتركه: داراً بحاضرة كذا، أو جنةً بموضع كذا، أو ملكاً بقرية كذا، وأنّ ذلك قد يُتّاع / ١٠٦ / ب / (٣) أو يخشى ضياعه، وتلفه، ورغِبَ إلى القاضي أن يبيح له إثبات مغيب الغائب، وأن يُقدّم له مَنْ ينظر في ماله، فأباح ذلك له القاضي فلان؛ لما رآه من النظر للغائب، والحِيطة له.

فأثبت عند القاضي فلان أن الغائب فلاناً غاب غيبةً بعيدةً إلى المشرق، أو إلى موضع؛ بحيث لا يُعلم مغيبه فيه.

بمن قَبِلَ القاضي، وأجاز من البيّنة بمعرفة مَنْ شَهِدَ بذلك عنده، وعدالتهم، ونظر القاضي في أمر الغائب نظراً أوجب التوكيل له^(٤).

فوكّل فلان بن فلان على النظر في ماله، والحِيطة، والشمير للغائب، لما وُيِّ في ذلك من النظر للغائب، وقبض ما وجب للغائب قبضه؛ توكيلاً أقامه مقام الوكيل المفوض إليه للغائب في قبض ذلك كله، والنظر له.

(١) ينظر: الشرح الكبير (٤ / ٨١).

(٢) قاضي الجماعة في الأندلس وأفريقية هو: ما يُسمّى: قاضي القضاة في المشرق، ينظر: تكملة المعاجم العربية (٨ / ٣٠٤).

(٣) حصل تقديم وتأخير في ترتيب اللوحات.

(٤) ينظر: النوادر والزيادات (٨ / ٢١٨ - ٢٢٠).

وشرط القاضي - وفقه الله : ألا يباع للغائب شيء من عقاره^(١) إلا عن إذنه، وثبت عنده - وفقه الله - في مجلس نظره بمن قَبِل، وأجاز من البيّنة. فتولّى فلانُ بنُ فلان التوكيلَ المذكور على الشرط الموصوف، وأراه القاضي حجةَ الغائب في ذلك.

شَهِد على إَشهاد القاضي: فلان بما ذُكِر في هذا الكتاب، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

فقه

وقوله: إنه «قام عند القاضي»: إذ لا بدَّ للغائب من قائم عند القاضي، أو بأمر القاضي من يقوم عنه عنده بمن قَبِل، وأجاز أن الحُكْم مؤتمن في قبول الحُكْم، وإن ذكر الشهود المقبولين، فذلك أتمّ، وأبرأ للحكم.

ولم يقل في عقد الإِشهاد: بحال الصحة؛ لأن الحكم محمول على التمام، إنما أَرَجَأ القاضي حُجّة الغائب؛ لأنه لا يعلم ما في قول الغائب في المال الذي يُنظر له؛ لأنه لو قَدِم الغائب، فقال: لا مال لي، لكان أولى لنفسه.

وهذه الوكالة للغائب توكيلٌ أن يقضي حق الغائب بها، وينظر (و)^(٢) في قبض رِباعه^(٣)، وتَقَبَّل دُورِهِ.

(١) العقار: هو الأرض، وما اتصل بها من بناء، أو شجر. ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١/٦٢٩).

(٢) لعلها زائدة.

(٣) الرباع: المنازل، ينظر: لسان العرب، كتاب العين، فصل الرء، (الرباع) (٨/١٠٢).

وإن طلب الوكيل بهذه الوكالة حقاً للغائب في أصل، فلا بد من إثبات ملك الغائب بما طلب له وكيّله.
ومن استحق حقاً على الغائب فلا يُقضى له إلا بعد بيّنة، وكذلك يُقضى له في مال الغائب^(١).

وكالة قاضٍ لأيتام^(٢)

قدّم القاضي فلان قاضي الجماعة ببلدة كذا للأيتام فلان، وفلان، وفلانة بني فلان بن فلان على النظر للأيتام المذكورين، إذ ثبت عند القاضي يُتمهم، وأن لا وصيّ لهم من قبل أب، ولا وكالة من قاضٍ بما وجب أن يثبت ذلك عنده بمن قبل، وأجاز من البيّنة.

فقدّم القاضي فلان للأيتام المذكورين تقديمًا^(٣) أقامه لهم مقام الوصي للنظر لهم، وتتمير ما لهم / ١١٢ / أ، والحيطة لهم وعليهم.

وشرط - وفقه الله - على فلان: ألا يبيع على الأيتام عقارًا إلا عن إذنه، أو عن إذن من يكون له الإذن في ذلك^(٤).

(١) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٤ / ٢٠٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٤ / ١٩٩).

(٢) ورد نظير هذه الصيغة في المقنع في علم الشروط لابن مغيث، ص ١٩٤.

(٣) أي: للنظر على شؤون الأيتام، ينظر: توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام (٤ / ٨١).
ويُسمّى: الوصي من قبل القاضي: مُقدّمًا، ينظر: مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها (٨ / ٢٣٩).

(٤) ينظر: مواهب الجليل (٥ / ٧٢)، توضيح الأحكام (٣ / ٧٣).

وشرط أيضاً عليه: ألا يفصل في شيء من أمور اليتامى إلا عن رأي^(١) فلان بن فلان، وثبت عند القاضي في مجلس نظره بتولي فلان التوكيل المذكور على الشرط الموصوف.

شهد على إسهاد القاضي: فلان بما ذكر عنه في هذا الكتاب، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

فقه

هذا التوكيل: ألا يبيع إلا عن إذن القاضي، كما شرط عليه.

فإن باع؛ فهو مردود، ولا له قبالة دون الأيتام، ولا يبيع إلا عن إذن من شرط عليه مشورته.

فإن فعل شيئاً من ذلك، نظر المشاور في ذلك؛ فإن رأى ذلك حيلةً للأيتام أجازة، وإلا رده بما شرط ألا يفصل في شيء من أمرهم إلا عن رأيه. ولا إطلاق لهذا الوصي للأيتام إلا عن مشورة من شرط عليه مشورته؛ إلا أن يكون للأيتام حال رشد^(٢) إن شاء الله.

وإن ذكرت: وما ثبت عند القاضي؟

(١) في المخطوط: (أمر)، ثم ضرب عليها، وكتب في الهامش: (رأي) وصحح فوقها.
(٢) الرشد: أن يكون حافظاً لماله، عارفاً بوجوه أخذه وإعطائه. ينظر: جامع الأمهات (ص: ٣٨٥).

قلت: وثبت عند القاضي وثيقة^(١) يُتم الأيتام، نُسختها من أولها إلى آخرها: بسم الله الرحمن الرحيم. فإذا قلت: وثبت عند القاضي فلان - وفقه الله - بشهادة فلان، وفلان، وفلان^(٢)، فقبل القاضي شهادتهم؛ لمعرفته بهم، وعدالتهم عنده، أو بتعديل فلان بن فلان، وفلان بن فلان بما وجب به التعديل^(٣)، واستظهر القاضي فلان لسائر الشهود وهذا فإن بيان العقد دون ذكرها جائز على حسب ما تقدّم.

وإن نسخت الوثائق بمن شهد، وبمن لم يشهد؛ فذلك معنى قوله: «إذا قلت: حرفاً بحرف»، وكثير ما يقع هذا في التسجيل.

تقديم قاضٍ على سفيه^(٤)

أشهد القاضي فلان قاضي الجماعة، ببلدة كذا؛ أنه ثبت عنده في مجلس نظره بمن قبل، وأجاز من البيّنة: أن فلان بن فلان سفيه في أحواله^(٥)، مبذّر ماله فيما لا يصلح، مُستحقُّ الولاية عليه، والضرب على يديه.

(١) الوثائق: هي العقود التي يسجلها الموثقون العدول، ينظر: معلمة الفقه المالكي (ص: ٢١).

(٢) كان بعض الموثّقين يُلزم القاضي الكشفَ عن أسماء الشهود، وكان بعضهم يكتفي بأن يقول: وثبت عند القاضي بمن قبل وأجاز يُتمّ اليتيم فلان وفاقته، وكذا ما يذكر القاضي بُبُوته عنده. ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل (٦/٦٥٥).

(٣) التعديل: أن يقولوا للقاضي: هو عندنا من أهل العدل والرضى، جائز الشهادة، ينظر: البيان والتحصيل (١٠/١٢٩).

(٤) السّفِيه: الذي يُبذّر ماله في المعاصي، أو في الإسراف، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٨٣٣).

(٥) يوجد نظير هذه الصيغة في وثيقة تسفيه في المقنع في علم الشروط: ص ١٩٠.

وثبت ذلك عنده بما وجب أن يثبت^(١)، وأعذر^(٢) القاضي في ذلك كله إلى السفية بما وجب أن يُعذر إليه، فلم يأتِ بمدْفَع، ولا بشيء يُوجب له نظراً^(٣).

ونظر القاضي في أمر السفية فلان نظراً أوجب التقديم عليه^(٤)، والضرب على يديه، فقدّم القاضي فلان بن فلان للنظر لفلان في [ماله]^(٥)، والحيطة عليه عند القاضي في مجلس نظره بمن قبل وأجاز فتوى فلان بن فلان التوكيل المذكور، ونظر القاضي نظراً أوجب إنفاذ ما ذُكر عنه في هذا الكتاب.

وذلك في شهر كذا من سنة كذا. فأَمْضاه، وأنْفذه، وأشهد / ١١٢ / ب /
[...]^(٦) ثم تقول: شَهِد على إْشهاد القاضي فلان بما ذُكر عنه في هذا
[...]^(٧)، من سنة كذا.

(١) ينظر: مسائل أبي الوليد (٢/ ٨٨٠).

(٢) أعذر فلان؛ أي: كان منه ما يُعذر به، والإعذار مصدر، وأعذر فيه: بالغ. لسان العرب، باب الرء، فصل الصاد المهملة، (أعذر) (٤/ ٥٤٥-٥٤٦). والإعذار شرعاً: سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم: هل له ما يسقطه؟ المختصر الفقهي (٩/ ١٥٩).
(٣) وصفة ذلك: أن يقول القاضي: «شَهِد عليك فلان، فإن كان عندك مدفع ادفع عن نفسك»، ينظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٧/ ٤٨١).

(٤) أي: يجعل القاضي عليه وصياً، ينظر: مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها (٨/ ٢٣٩).

(٥) كلمة غير واضحة بسبب السواد، وأثبتت في المتن لدلالة سياق الكلام عليه.

(٦) كلمة غير واضحة بسبب خرم، ولعلها: (أعذر).

(٧) خرم في المخطوط بمقدار خمس كلمات، ولعله: (الكتاب، وذلك في شهر كذا).

فقه

قولك: «بما [...]»^(١) الإِذار له آجال^(٢)، واستغنيت عن ذكر الآجال؛ لأن نظر القاضي أبداً على الأيتام.

وإن وقع في التقديم شرطاً، وصفته وذكرته على ما شرط القاضي.
وقولك: «نظراً أوجب إمضاءه به»: حكم يقع على السفیه، وتعجيزه، ولم يحتج أن يذكر في عقد الإِشهاد على الوكيل شيئاً من قبوله؛ لأنه قد ثبت عند القاضي.

وقولك: «تطوع»؛ لأنه قد كان في مجلس نظره، ونظر القاضي أبداً على الأيتام.

وكالة على ابتیاع شيء مُعین بثمن معلوم بعينه

وَكَلَّ فلانُ بِنُ فلانِ فلانَ بِنِ فلانِ على ابتیاعِ ملكٍ بإقليمِ كذا، من عمل كذا، ودفَع فلانُ بِنُ فلانِ إلى فلانِ بِنِ فلانِ كذا، وكذا ديناراً دراهم سَكِيَّة أن يقبضها.

وقبضها فلان من موكله فلان، وبان بجميع العدة المذكورة إلى نفسه؛ لیتباع بها ملكاً بالموضع المذكور لموكله وافيةً طيبةً، وصارت عنده؛ توكيلاً

(١) خرم في المخطوط ثلاث كلمات، ولعلها: (وجب أن يثبت وأعذر)؛ أخذاً من صيغة الحجر التي ذكرها المصنف.

(٢) الآجال: المدة التي يضر بها الحاكم مهلةً لأحد المتداعين، أو لهما لما عسى أن يأتي به من الحجّة. شرح ميارة (١/٣٦).

أقام فلانُ بنُ فلانٍ موكله في ابتياع ذلك كله مقام نفسه، وأنزله منزلته بوكالة التفويض التامة.

وإن زاد: فلان في ابتياع الملك إلى كذا، وكذا ديناراً دراهم، وأن فلاناً يدفع ذلك إلى موكله إن رأى ذلك، وقبِل فلانُ التوكيل المذكور من فلان موكله. شَهِد على إَشهاد فلان وفلان على أنفسهما بما ذُكِرَ عنهما في هذا الكتاب مَنْ عَرَفهما، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

فقه

وقوله: «في موضع كذا من إقليم كذا»؛ كأنك قلت: ملك فلان بقرية كذا، ولا يجوز لهذا الوكيل أن يبتاع إلا حيث أمره موكله، وإن ابتاع في غير ذلك الإقليم؛ فإن الموكل بالخيار إن شاء أمضى الابتیاع، وإن شاء أخذ الثمن^(١).

وليس للوكيل بهذه الوكالة إذا ابتاع بالموضع الذي أمره به أن يستبرئ بذلك من درك الإنزال، وليس من الحديث، فإن فعل فليس بلازم لموكله؛ لأنه إنما وُكِّلَ على الابتیاع^(٢).

وإن أردت أن تُطلق القول بعد الثمن، فتقول: ما زاد في ابتیاع الملك من مال نفسه، فإن ذلك عن إذن موكله قَلَّتْ الزيادة أم كثرت.

(١) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٧٨٦-٧٩٠).

(٢) ينظر: المرجع السابق (٢/٧٨٦).

وكالة على ابتياع عقار

وكَل فلانُ بنُ فلانِ فلانَ بنَ فلانِ على ابتياع عقار له؛ حيث رآه فلانُ بنُ فلانِ في [...] / (١) / ١٠٨ / أ / (٢).

[...] (٣) بما طولب به، وعرفه أيضًا بقدر مطلبه قبل فلان، وأقامه في ذلك [كله مقام نفسه، وأنزله منزلتها] (٤)، وكذلك جعل فلان إلى موكله قطع الدعوى في الاسترعاء [...].

(٥) الاسترعاء (٦) على أي وجه كان الاسترعاء ما تنهى على وجوهه

[...] (٧) بعد معرفته بقدر ذلك كله، وما فعل فلان بن فلان.

شهد على إسهاد فلان وفلان على أنفسهما بما ذكر عنهما في هذا الكتاب، من عرفهما، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

(١) كلمة غير واضحة بسبب خرم في المخطوط.

(٢) بقية الوكالة سقطت من المخطوط.

(٣) تكملة لووكالة سقط أولها، ولعلها وكالة في الصلح.

(٤) خرم في المخطوط بمقدار أربع كلمات تقريباً، وتم إثبات الجملة بين قوسين لأن لها نظائر في الوكالات السابقة.

(٥) خرم في المخطوط بمقدار كلمتين تقريباً، ولعلها: (في الاسترعاء، وطلب شهداء).

(٦) الاسترعاء: إيداع الشهادة، يقال: استرعيت الشيء، فرعاه؛ أي: استحفظته الشيء، فحفظه، فشهد الأصل يسترعي شاهد الفرع؛ أي: يستحفظه شهادته، ويأذن له بأن يشهد عليه، ينظر: شرح الزرقاني (١١/٦)، والمطلع على أبواب المقنع (ص: ٥٠٢).

(٧) كلمة غير واضحة بسبب خرم في المخطوط.

الفقه

وقولك: «لصلح^(١) له وعليه»، وتبينه بقولك: «فيما طلب به فلان»، فذلك كله إن صالح فيما طلب، أو صالح فيما طُوب به، وأقامه في ذلك كله مقام نفسه: فذلك جائز بعد أن عرّف فلان موكله بقدر دعاويه قبل فلان بن فلان، وعرّفه فلان بقدر ما طُوب به.

فلا بدّ من معرفة قدر ما صُوح به وعليه؛ لأن ذلك صنف من البيوع يتبع دعواه، ويُعطي شيئاً، فتقطع دعواه، فلا بدّ من معرفة قدر ذلك كله في كلا الوجهين، ويتبين ذلك في الصلح عند قطع الدعوى، والبيان أتمّ أبداً - إن شاء الله تعالى -.

وما جُعِل إليه من قطع الدعوى في الاسترعاء؛ لأن من استرعى استحقّ بذلك حقاً، فإذا قطعه هو، أو وكيله: لزمه؛ فلا بدّ من البيان في ذلك كله إن شاء الله.

وكالة قوم يطلبون دم وليهم

وكُل فلان بن فلان لفلان بن فلان على الخصومة عنه فيما قام به من دم ابنه، أو أخيه^(٢)، أو ابن عمه، وفيما طُوب به من إقرار وإنكار^(٣) من أمر الدم.

(١) الصلح: انتقال عن حق، أو دعوى بعوض؛ لرفع نزاع، أو خوف وقوعه، المختصر الفقهي (٤٧٧/٦).

(٢) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٨٥/٤)، الشرح الكبير، للدردير (٣٧٧/٣) - (٣٧٨).

(٣) ليس للوكيل في الخصومة: الإقرار على موكله لخصمه إن لم يُفوض. ينظر: منح الجليل (٣٦٠/٦).

فإنَّ فلانَ بنَ فلانٍ يقوم في ذلك مقام مُوكِّله فلان فيما عنده من أمر ما طلبه من دم ابنه، أو أخيه، وقَبِلَ فلان بن فلان توكيلاً موكِّله.
شهد على إسهاد فلان وفلان على أنفسهما بما ذُكِرَ عنهما في هذا الكتاب مَنْ عَرَفهما بالعين والاسم، بعد أن أقرَّ بفهم هذا الكتاب، وعَرَفا به، والتزمَاه، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.
وهذه الوكالة صعبة جداً.

وفيها كلام يطول ذكره، وهو: موضع تحرُّرٍ فيما جعل الميت الدم للدنيا والآخرة.

ولا ينبغي للوكيل في هذه الوكالة أن يتكلَّم عنهم إلَّا بمقالة يعقدها على طالب الدم بيّنة يعقدها عند السلطان. فإن توكَّل على المطلوب: فذلك أصعب أيضاً / ١٠٧ / أ/ على الوكيل، وهو موضع تحرُّرٍ وورع؛ لأن الوكيل لنفسه للدنيا [والآخرة]^(١) [...] ^(٢)، ولا يكون كلامه مع طالب الدم، أو المطلوب [...] ^(٣) وأبلغ، والمقالة في كلا الوجهين بحضرة موكله [...] ^(٤) في مثل هذا، وشبهه.

- (١) أضيفت لدلالة سياق الكلام عليها، كما أنها سبقت في أول هذه الوكالة.
- (٢) كلمة غير واضحة بسبب خرم في المخطوط.
- (٣) كلمات غير واضحة بسبب خرم في المخطوط.
- (٤) كلمتان لم تتضح بسبب خرم في المخطوط.

وكالة على مساقاة^(١) ثمرة أو كرم

وَكَلَّ فلانُ بَنُ فلانِ فلانَ بَنَ فلانَ على مساقاةٍ مَن رأى ذلك؛ في ثمرةٍ موكله.

من شجر الزيتون، أو التين، أو في حديقة كرم، أو نخله، أو شجره، أو جميع ثمرات جناته التي بقرية كذا من إقليم كذا، من عمل كذا^(٢).

وَكَلَّ فلان ليساقي في ذلك مع مَن رأى؛ لمدة كذا، وثماره في مساقاة ذلك. وجعل في ذلك فلان بن فلان إلى فلان قبض^(٣) ما كان له في ثمرته^(٤) التي قدّمه لمساقاتها.

أقامه في ذلك كله مقام نفسه، وأنزله منزلتها بوكالة التفويض^(٥) التامة. وقَبِلَ فلان بن فلان توكيلَ موكله. شَهِدَ بذلك: مَن عرفَهما، وسمعه منهما، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

(١) المساقاة هي: أن يدفع الرجل كَرَمَهُ، أو حائط نخله، أو شجر تينه، أو زيتونه، أو سائر مِثْمَرِ شجره لمن يكفيه القيام بما يحتاج إليه: من السقي، والعمل على: أن ما أطعم الله من ثمرتها فينبهها نصفين، أو على جزء معلوم من الثمرة، الكافي في فقه أهل المدينة (٧٦٦/٢).

(٢) للعامل أن يشترط من ثلث، أو ربع، أو أقل، أو أكثر، ويجوز على أن له جميع الثمرة، ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل (٤٦٨/٧).

(٣) مكررة، لكن الأولى مضروب عليها.

(٤) في المخطوط: (ثمره)، وُصِّبَتِ الكلمة لأن العبارة بعدها تدل على أن حق الكلمة هو التأنيث فأثبتتها.

(٥) التفويض: أن يقول الموكل: وكلتُ وكالةً مُفَوَّضَةً، أو في جميع أموري، أو في كل شيء، ونحو ذلك، ينظر: حاشية الصاوي (٥٠٦/٣).

فقه

للوكيل على المساقاة حصة موكله من الثمرة، وقبض الوكيل بهذه الوكالة براءة.

وكالة على مقاسمة^(١)

وَكَلَّ فلانُ بِنُ فلانِ فلانَ بنَ فلانِ على المقاسمة عنه في الملك الذي له بقرية كذا، من إقليم كذا، أو في الدار التي بموضع كذا، أو الجنة التي بموضع كذا المشترك ذلك: بين فلان وفلان الموكل لفلان على المقاسمة في ذلك، بما رآه من مقاسمة تقويم وتعديل^(٢)، وتحديد^(٣)، واقتراع^(٤) أو مقاسمة مهأياً^(٥)، واتفاق بعد تقويم وتعديل.

(١) القسمة: هي تمييز حقٍّ؛ لينتفع كلُّ من الشركاء بما تميَّز له: حاشية العدوي على كفاية الطالب (٣٦٦/٢).

(٢) تقويم وتعديل: وهي أن تُقسم الفريضة، وتحقق على أقل سهامها، ثم تُقوِّم الأملاك، وتعديل على أقل السهام، وتقع التجزئة بحسب ذلك، فمن حصل له سهم من جهة كانت له، ينظر: روضة المستبين (١١٩٨/٢)، ويُلجأ إليها حينما لا يمكن قسمة كل موضع على حاله، ينظر: إرشاد السالك (٩٩/١).

(٣) لا يجوز عند الاتفاق على قسمة المهأياً ترك تحديد الأزمنة، وتحديد المكان، ينظر: إرشاد السالك (٤٥/٣).

(٤) قسمة اقتراع: فعل ما يُعين حظ كلِّ شريك مما بينهم، بما يمتنع علمه حيث فعله، المختصر الفقهي (٤٢٢/٢).

(٥) قسمة المنافع بالمهأياً، وذلك إما بالأزمان: وهي أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدةً مساويةً لمدة انتفاع صاحبه. وأما بالأعيان: بأن يُقسَّم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدةً محدودةً، والرقاب باقية على أصل الشركة، ينظر: بداية المجتهد (٥٢/٤).

وجعل فلان إلى موكله فلان أن يُقدم لذلك قاسماً يرضى دينه، وأمانته، وبصره بالقسم؛ توكيلاً أقامه في ذلك مقام نفسه، وأنزله منزلتها، بعد معرفته بقدر ما وَّكَّله لمقاسمته، وعرفه بحصته في ذلك.

شَهِدَ على إَشهاد فلان وفلان بما ذُكرَ عنهما في هذا الكتاب: مَنْ عرفهما، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر. وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

فقه

وقوله: «بما رآه لهما»؛ لأن المقاسمة تقع على التقويم والتعديل، والتحديد، والقرعة بعد^(١) ذلك، وتقع على المهاية والاتفاق بتعديل وتقويم أيضاً، وهذه المقاسمة أيضاً أقل قياماً^(٢) في الغبن؛ لأن المراضاة والمهاية تسقط الغبن^(٣).

وقوله: «أنزله في ذلك منزلته»؛ لأن القرعة لو قدّمت^(٤) غيره فشرطه جاز له، ومعرفته/ ١٠٧/ ب/ كيف القرعة؟ أن تقوم الأنصباء على الفرائض^(٥)، ثم تُكتب نسختان باسم كل واحدٍ، ويُعطى لرجل لم يشهد كتابة المقاسم، أو الوكيل، ولا يعرف الذي جعل السحاة^(٦) كيف الأنصباء؟ ولا كيف وقع تعريفها؟ وتُجعل كل سحاة في كل نصيب؛ ليرزق الله القرعة من شاء.

(١) تكررت، وضرب على الأولى منهما.

(٢) صُبطت بالنصب.

(٣) ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل (٤٠٧/٧).

(٤) أتت الفعل، لأن القرعة مؤنثة.

(٥) ينظر: الفواكه الدواني (٢٤٣/٢).

(٦) السحاة: القرطاس. تهذيب اللغة، أبواب الحاء والسين، (سحا) (١١٠/٥).

وفي القرعة استسلام للقضاء، وثقة برزق الله، وقسمه لارب غيره.

وكالة على إنكاح ابنته البكر^(١)

وكَل فلانُ بنُ فلانِ فلانَ بنَ فلانِ على إنكاح ابنته البكر التي في حجره، وولاية نظره^(٢)؛ فإن كان الإنكاح من رجل بعينه، قُلتَ: من فلان بن فلان^(٣). وإن كانت الوكالة على إنكاحها ممن لا يُعلم قُلتَ: ممن خطبها، ورأى فلان إنكاحها منه^(٤).

وجعل فلان إلى وكيله على النكاح المذكور: قبض مُعجّل صداق ابنته فلانة^(٥)، وتصريفه في مصالحها، فيما تتجهّز به إلى الذي ينكحها؛ توكيلاً أقامه في ذلك مقام نفسه، وأنزله منزلتها من عقد النكاح، وإنكاحها بما رآه لها من الصداق المعجّل لها، والمؤجل، وبما رآه لها من تأخير الكالئ^(٦) بوكالة التفويض التامة في ذلك.

(١) الوكالة في النكاح جائزة، المعونة (ص: ١٢٣٨).

(٢) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٥٢٣)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٣/٥١٣).

(٣) من شروط الوكالة: أن يكون ما به التوكيل معلوماً في الجملة، ينظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/٨٢٦).

(٤) إذا فوّض الموكّل لوكيله؛ فإنه يتصرّف بما فيه السدّاد والمصلحة، ينظر: منح الجليل شرح مختصر خليل (٦/٣٧٠).

(٥) ورد نظير صيغة هذه الوكالة في كتاب المقنع في علم الشروط لابن مغيث (ص: ٣٦).

(٦) الكالئ المؤخر مأخوذٌ كلاً الدين أي تأخر، ينظر: لسان العرب باب الألف، فصل الكاف: كلاً (١/١٤٧).

سواءً كان المؤخر كل الصداق أو بعضه ينظر: البهجة شرح التحفة (١/٤٣٢).

وَقِيلَ فَلَانَ ذَلِكَ مِنْ توكِيلِ موكله، والتزمه.

شَهِدَ بِذَلِكَ كَلَّهُ: مَنْ عَرَفَهَا بِأعيانها، وأسمائها، وسمعه منها، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر، وذلك في شهر كذا، من سنة كذا.

فقه

وإن قام الزوج يطلب معجّل صدق زوجته الذي دفع إلى الوكيل على النكاح بعد الدخول بزوجه؛ فإن قال بقرب تزويجه مثل العام ونحوه: فعلى الوكيل البراءة من ذلك.

وبرأته: إقامة البيّنة على ابتياع [الجهاز]^(١)، وإجرائه إليها، وإقرار الأب بقبض معجّل الصداق، وما ابتاع الوكيل؛ فهو براءة لها^(٢) من إنفاق ذلك؛ مثل الشورة^(٣)، وما يصلح للناس من الطيب، وغيره.

وهو براءة للوكيل مع إيراد بيت البناء ذلك، والذي وكله على قبض ذلك إن شاء الله.

وكالة على إنكاح ابنته الشيب

وَكَلَّ فلانُ بِنُ فلانِ بنَ فلانِ على إنكاح ابنته الشيب فلانة بعد أن عَرَفَهَا بفلان، فرضيت به زوجاً^(٤)، وبما بُذِلَ لها صداقاً من مُعجّلٍ ومُؤجّلٍ؛

(١) كلمة غير واضحة، والأظهر قراءتها كذلك: (الجهاز).

(٢) ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير، وحاشية الدسوقي (٣٢٨/٢).

(٣) الشَّوْرَة - بفتح الشين - اللباس، ينظر: لسان العرب: حرف الراء، فصل الشين المعجمة، (مشوار) (٤٣٤/٤).

(٤) ينظر الكافي في فقه أهل المدينة (٥٢٣/٢).

توكيلاً أقامه به مقام نفسه، وأنزله منزلته في عقد ذلك كله بوكالة التفويض التامة، وقَبِلَ فلان بن فلان توكيل فلان، والتزمه.
شهد بذلك كله: مَنْ سمعه منهما، وعرفهما بالعين، والاسم، وهما بحال صحّة، وجواز فعلٍ، وذلك في شهر كذا من سنة كذا.

فقه

لم يذكر هنا قبض الصداق؛ لأنها هي القابضة لنفسها^(١) / ١١٣ / أ / ، وهي أملك^(٢) بما لها، ولا يقبضه إلاّ هي، أو مَنْ وكّلت لقبض ذلك.
وقولها: «مَنْ خطبها، ورضيتها» لما انعقد عليها بعد أن عرّفها بفلان زوجاً، وبها بدّل لها صداقاً.

وقوله: «توكيلاً أقامه به مقام نفسه»؛ لأنه ليس للأب أن يعقد عليها النكاح إلاّ بعد رضاها، وكذلك الأولياء كلهم في الثيب. ليس لهم أن يلوا عقد النكاح إلاّ بعد الرضا^(٣)، وبالله التوفيق.

وكالة جامعة لمعاني التوكيل تنعقد بين أيدي قاضي، أو حَكَمٍ

وكَلَّ فلانُ بنُ فلانٍ لفلانِ بنِ فلانٍ في مجلس نظر القاضي^(٤)، بمدينة كذا فلان بن فلان، أو صاحب أحكام كذا فلان بن فلان، في مجلس نظره^(٥) على

(١) ينظر: الذخيرة (٤/٣٥٦).

(٢) أملك، أصلها من: (مَلَك) الميم واللام والكاف أصل صحيح يدل على قوة في الشيء، مقاييس اللغة، باب اللام والميم، وما يثلثها، (ملك) (٥/٣٥١).

(٣) ينظر: الرسالة للقيرواني (ص: ٨٩)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٥٢٣).

(٤) ورد نظير هذه الصيغة في المقنع في علم الشروط (ص: ١٨٨).

(٥) في مجلس نظره؛ أي: تنعقد الوكالة، وما تفتح به في مجلس القاضي، ينظر: ديوان الأحكام الكبرى (ص: ٣٤).

استخراج حقوقه كلها، ومطالبته بأجمعها حيث كانت، واستخراجها بوجوه المطالب، وقبض الأيمان، وصرفها، واتخاذ الحَمَلَاء^(١) بالمال والوجه^(٢)، وسَجَن مَنْ وَجِبَ سَجْنُهُ، وإطلاقه.

أقامه في التوكيل مقام نفسه، وأنزله منزلته فيه.

وقَبِلَ فُلَانٌ بِنُ فُلَانٍ توكيلَهُ [...] ^(٣)، التزمه بعد معرفته بقدر ما التزم، وجعل إليه توكيل مَنْ رأى توكيله [لمن رأى] ^(٤).

شهد على الموكل: فلان بن فلان، والوكيل فلان بما فيه عنهما مَنْ سمع منهما، وعرفهما، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر، وذلك على أعيانها في المجلس المذكور، في شهر كذا، من سنة كذا.

الفقه

إذا وقع التوكيل بين أيدي القاضي، أو الحكم: فلا يحل توكيله إلا في مجلس نظر القاضي، وأمره أن يوكل مَنْ شاء، أو الحكم إذا وقع الارتباط فيه، والتغيير، وهذا أصح التوكيل بعد الإعذار في ذلك إن شاء الله تعالى.

(١) الحِجَالَة: التزم مكلف غير سفيه ديناً على ذمة غيره، أو التزم طلبه مَنْ عليه لَمَنْ له بما يدل عليه، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك (١٩/٣).

(٢) ضمان المال: التزم دَيْن لا يُسْقِطُهُ عَمَّنْ هو عليه، وضمان الوجه: التزم الإتيان بالغريم عند الأجل، ينظر: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك (٢٢، ٢١/٣).

(٣) حرم بمقدار كلمة تقريباً، ولعلها: (في ذلك).

(٤) حرم بمقدار كلمتين تقريباً، لكن قرائتها ممكنة.

تمت الوكالات بعد تمام المقالات والسجلات، بحمد الله تعالى، وحسن
عونه، وصلواته على محمد، خيرته من خلقه، وعلى آله، وأزواجه، وصحبه.



الخاتمة

نتائج البحث:

١. مخطوط: (الوكالات الجارية بين أيدي القضاة والحكام، وما فيها من الفقه والكلام، وفقه كل وكالة منها) نسخة فريدة، ولا يبعد أن يكون المؤلف كتبها بخطه.
٢. بلغ عدد الوكالات في المخطوط: أربع عشرة وكالة مكتملة في المخطوط، بينما سقط جزء من ثلاث وكالات: وكالة في مقدمة المخطوط، وثانية في العقار، والثالثة في الصلح.
٣. تجوز الوكالة على صرف اليمين فيما جرت به الخصومة بعد معرفة الوكيل بقدر الدعوى، وقبوله.
٤. تجوز الوكالة على تقاضي اليمين فيما جرت به الخصومة، ولا بد من حضور طالب اليمين، أو موكله.
٥. تجوز الوكالة على دفع مبيع معين بصفته، أو ثمن مقدر بصفته، ويسلمه ليدفعه على الوجه المذكور.
٦. يجوز للقاضي أن يوكل من ينظر في أملاك غائب، أو أيتام، أو سفيه ثبت عنده حال كل منهم، فلا يباع شيء من أملاكهم إلا عن إذن، وينظر لهم فيها بالحيلة والسداد.
٧. إذا وُكِّل على ابتياع شيء بعينه بثمن معلوم، فلا يجوز أن يبتاع إلا حيث أمره موكله.

٨. يجوز للوكيل على الخصومة الإقرار والإنكار إذا فُوِّض في ذلك.
٩. يجوز للوكيل أن يساقى في ثمر، أو شجر موكله، مع من رأى، ويجعل له الموكل قبض ما كان له في الثمر.
١٠. يجوز التوكيل على المقاسمة في الملك ونحوه، بما رآه من مقاسمة تقويم وتعديل وتحديد واقتراع، أو مقاسمة مُهَيَّأَةً.
١١. تجوز الوكالة في النكاح على تزويج ابنته البكر من معين، أو بما رأى الوكيل إنكاحها منه، وله تفويضه في قبض الصداق.
١٢. يجوز التوكيل في تزويج ابنته الشيب بعد معرفتها بالزوج، ورضاها به.



فهرس المصادر والمراجع

١. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي (المتوفى: ٧٣٢هـ)، وهامشه: تقارير مفيدة لإبراهيم بن حسن، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي، الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة.
٢. أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، المؤلف: أبو بكر بن حسن بن عبدالله الكشناوي (المتوفى: ١٣٩٧هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية.
٣. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، لبغدادي المالكي (٤٢٢هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٤. الإقناع في مسائل الإجماع، المؤلف: علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ)، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٥. إنباه الرواة على أنباه النحاة، المؤلف: جمال الدين أبو الحسن علي بن يوسف القفطي (المتوفى: ٦٤٦هـ)، المحقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: دار الفكر العربي - القاهرة، ومؤسسة الكتب الثقافية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٢م.
٦. الأنساب، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعد (المتوفى: ٥٦٢هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني وغيره، الناشر: مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الطبعة: الأولى، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م.

٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٨. بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس، المؤلف: أحمد بن يحيى بن أحمد بن عميرة، أبو جعفر الضبي (المتوفى: ٥٩٩هـ)، الناشر: دار الكاتب العربي - القاهرة، عام النشر: ١٩٦٧م.
٩. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٠. البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام)، المؤلف: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: ١٢٥٨هـ)، المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
١١. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
١٢. التاج والإكليل لمختصر خليل، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
١٣. تاريخ الأدب العربي، المؤلف: الدكتور شوقي ضيف، الناشر: دار المعارف - مصر، الطبعة: الأولى، ١٩٦٠ - ١٩٩٥م.



١٤. تاريخ الإسلام وَوَفِيَاتِ الْمَشَاهِيرِ وَالْأَعْلَامِ، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْمَازَ الذَّهَبِي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: الدكتور بشار عوَّاد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٣م.
١٥. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، المؤلف: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١٦. التبصرة، المؤلف: علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي (المتوفى: ٤٧٨هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
١٧. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، المؤلف: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (المتوفى: ٥٤٤هـ)، المحقق:، جزء ١: ابن تاويت الطنجي، ١٩٦٥م، جزء ٢، ٣، ٤: عبد القادر الصحراوي، ١٩٦٦م - ١٩٧٠م، جزء ٥: محمد بن شريفة، جزء ٦، ٧، ٨: سعيد أحمد أعراب ١٩٨١-١٩٨٣م، الناشر: مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى.
١٨. تكملة المعاجم العربية، المؤلف: رينهارت بيتر آن دُوزِي (المتوفى: ١٣٠٠هـ)، نقله إلى العربية وعلق عليه: ج ١ - ٨: محمَّد سَلِيم النَعِيمِي، ج ٩، ١٠: جمال الخياط، الناشر: وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، الطبعة: الأولى، من ١٩٧٩ - ٢٠٠٠م.
١٩. التلقين في الفقه المالكي، المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، المحقق: ابي أُويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٢٠. تهذيب اللغة، المؤلف: محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.

٢١. توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المؤلف: عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، الناشر: المطبعة التونسية، الطبعة: الأولى، ١٣٣٩هـ.
٢٢. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المؤلف: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٢٣. الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: صالح بن عبدالسميع الآبي الأزهرى (المتوفى: ١٣٣٥هـ)، الناشر: المكتبة الثقافية - بيروت.
٢٤. جامع الأمهات، المؤلف: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي (المتوفى: ٦٤٦هـ)، المحقق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، الناشر: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٢٥. جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، المؤلف: د. قاسم علي سعد، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٢٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢٧. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المؤلف: أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفوط) (المتوفى: ١١٨٩هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.



٢٨. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، المؤلف: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدى أبو النور، الناشر: دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
٢٩. ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام، المؤلف: عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني القرطبي الغرناطي أبو الأصْبَغ (المتوفى: ٤٨٦هـ)، المحقق: يحيى مراد، الناشر: دار الحديث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، عام النشر: ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٣٠. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: جزء ١، ٨، ١٣: محمد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب، جزء ٣ - ٥، ٧، ٩ - ١٢: محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
٣١. روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، المؤلف: أبو محمد، وأبو فارس، عبدالعزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيمة (المتوفى: ٦٧٣هـ)، المحقق: عبداللطيف زكاغ، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
٣٢. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المؤلف: محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (المتوفى: ١٣٦٠هـ)، علق عليه: عبدالمجيد خيالي، الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان، طبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٣٣. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المؤلف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٣٤. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، المؤلف: المنجور أحمد بن علي المنجور (المتوفى ٩٩٥هـ)، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، أصل الكتاب:

- أطروحة دكتوراة (الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، شعبة الفقه)، بإشراف الدكتور/ حمد بن حماد بن عبد العزيز الحماد، الناشر: دار عبد الله الشنقيطي.
٣٥. شرح مختصر خليل للخرشي، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٦. شرح ميارة الفاسي، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، (المتوفى: ١٠٧٢هـ)، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٣٧. طبقات المفسرين العشرين، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، المحقق: علي محمد عمر، الناشر: مكتبة وهبة - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٦هـ.
٣٨. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، المؤلف: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي (المتوفى: ٦١٦هـ)، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحر، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٣٩. فهرسة ابن عطية، المؤلف: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (المتوفى: ٥٤٢هـ)، المحقق: محمد أبو الأجنان، محمد الزاهي، الناشر: دار الغرب الاسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٩٨٣م.
٤٠. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المؤلف: أحمد بن غانم (أوغنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: ١١٢٦هـ)، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.



- ٤١ . الكافي في فقه أهل المدينة، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، المحقق: محمد محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ٤٢ . كشاف القناع عن متن الإقناع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.
- ٤٣ . كنز الدقائق، المؤلف: أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ)، المحقق: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
- ٤٤ . لب الباب في تحرير الأنساب، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت.
- ٤٥ . لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.
- ٤٦ . متن الرسالة، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: ٣٨٦هـ)، الناشر: دار الفكر.
- ٤٧ . المختصر الفقهي لابن عرفة، المؤلف: محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبدالله (المتوفى: ٨٠٣هـ)، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الحبثور للأعمال الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.

- ٤٨ . مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، الناشر: دار الجليل، بيروت - دار الآفاق الجديدة، المغرب، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٤٩ . المطمع على أبواب المقنع، المؤلف: محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين (المتوفى: ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ٥٠ . معجم الأدباء = إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، المؤلف: شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (المتوفى: ٦٢٦هـ)، المحقق: إحسان عباس، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٥١ . معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٥٢ . معلمة الفقه المالكي، المؤلف: عبد العزيز بن عبد الله، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٥٣ . المعونة على مذهب عالم المدينة، «الإمام مالك بن أنس»، تأليف القاضي: عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، الناشر دار الفكر، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ٥٤ . المقنع في علم الشروط، تأليف: أحمد بن مغيث الطليطلي، (المتوفى: ٤٥٩هـ)، وضع حواشيه: ضحى الخطيب، دار الكتب العلمية: بيروت.
- ٥٥ . مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها، المؤلف: أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجاني (المتوفى: بعد ٦٣٣هـ)، اعتنى



به: أبو الفضل الدّمياطي، أحمد بن عليّ، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٥٦. منح الجليل شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد عيش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.

٥٧. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٥٨. نظم حكم الأمويين ورسومهم في الأندلس، المؤلف: سالم بن عبد الله الخلف، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٥٩. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: الأخيرة، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.

٦٠. النّوادر والزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأُمّهات، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: ٣٨٦هـ)، تحقيق: ج ١، ٢: الدكتور/ عبد الفتاح محمد الحلّو، ج ٣، ٤: الدكتور/ محمّد حجي، ج ٥، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٣: الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ، ج ٦: الدكتور/ عبد الله المرابط الترغي، الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ، ج ٨: الأستاذ/ محمد الأمين بوخبزة، ج ١٢: الدكتور/ أحمد الخطابي، الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ، ج ١٤، ١٥ (الفهارس): الدكتور/ محمّد حجي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٩م.

٦١. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرصاص)، المؤلف: محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاص

التونسي المالكي (المتوفى: ٨٩٤هـ)، الناشر: المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، ١٣٥٠هـ.

٦٢. هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، المؤلف: إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي (المتوفى: ١٣٩٩هـ)، الناشر: طبع بعناية وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية إستانبول، ١٩٥١م.





رسوم السداد المبكر للديون دراسة فقهية تطبيقية على أنظمة التمويل في المملكة العربية السعودية

د. أسماء بنت محمد العمري

أستاذ الفقه المساعد

قسم الشريعة - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الملك فيصل

المقدمة

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 أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

أما بعد:

فإن علم الفقه من أجل علوم الشريعة وأزكاها، فبه يعرف الحلال والحرام، والنافع والضار، وبه تنتظم حياة الناس وشؤونهم، ومن خصائصه صلاحيته لكل زمان ومكان، ومرونته للمسائل المستجدة، وذلك بردها إلى أصولها الشرعية.

وتزداد الحاجة إلى بحث مسائل متعلقة بفقه المعاملات المالية، نتيجة للنهضة التي يعيشها الاقتصاد العالمي والتحديات التي يواجهها. مما اقتضى استحداث كثير من المعاملات المالية ووضع شروط وقيود تنظمها. وهذا يستدعي النظر فيها وبيان حكمها.

وقد أصبحت الديون جزءاً لا ينفك عن كثير من الناس، وتعددت الجهات التمويلية، واستحدثت بعض الأنظمة التي تساهم في حفظ حقوق المستفيدين وتنظيمها، ومن هذه الأنظمة ما تفرضه بعض جهات التمويل على المدين من إلزامه بدفع مبلغ مالي عند السداد المبكر للقروض أو بيوع المرابحة، أو عند التعجل في التملك وسداد كامل المبلغ في الإجارة المنتهية بالتمليك، إن رغب في سداد كامل المديونية.

وقد حرصت أنظمة التمويل في المملكة العربية السعودية على حفظ حقوق طالب التمويل وجهات التمويل، وذلك بوضع أنظمة تراعي مصالح جميع الأطراف.

ومن هنا جاء هذا البحث الذي يدرس ماهية هذه الرسوم وحكمها.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث فيما يظهر من الزيادة على الدين مقابل التعجيل، وهي مسألة لم يتطرق لها الفقهاء في كتبهم، إلا بعض النصوص التي أوردتها في البحث. وذلك أن تعجيل السداد غالباً ما يكون أمراً مرغوباً عند الدائن، فكيف يطالب المدين بمبلغ نقدي مقابل التعجيل!

فهل يلزم رب الدين أو الجهات التمويلية قبول الدين قبل حلول أجله؟ وفي حال قبل الدين هل يصح اشتراط رسوم على السداد أو استقطاع بعض الأرباح عن بقية الأجل.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى معرفة الحكم الشرعي لفرض رسوم مالية مقابل تعجيل السداد، ومعرفة الأنظمة في المملكة العربية السعودية التي لها علاقة بهذه المسألة، والموازنة بين الرأي الفقهي والنظامي في المعاملات التي تطبق عليها هذه الرسوم، وإبراز العمق التأصيلي في الأنظمة في المملكة العربية السعودية كونها مستمدة من الشريعة الإسلامية.

أهمية الموضوع:

١. حاجة الناس المتزايدة على التمويل، ورغبة كثير منهم في السداد المبكر مما استدعى بحث المسألة؛ ليتبصر الناس في أمور دينهم.
٢. عدم وجود نصوص صريحة في كتب الفقهاء تبين حكم فرض مبلغ مالي مقابل تعجيل سداد الدين، مما يستدعي بحث المسألة وتحريرها.
٣. إبراز أنظمة السداد المبكر في المملكة العربية السعودية، والتعريف بها، وتطبيق مسائل البحث عليها.

الدراسات السابقة:

لم أطلع على دراسة تناولت أحكام رسوم السداد المبكر، ومن الدراسات التي لها علاقة بمسألة البحث:

١. إلزام الجهات الرقابية للبنوك الإسلامية بالخط من الدين عند السداد المبكر، أ. د. عصام خلف العنزي، وهو من ضمن بحوث مؤتمر أيوفي السنوي السابع عشر، تناول الباحث فيها مسألة وضع وتعجل، واشترط الخط من الدين، وهل للجهات الرقابية أن تأمر بما فيه مصلحة راجحة.
٢. اشتراط السداد المبكر في العقود (ضع وتعجل)، عبد الإله بن أحمد الماجد، وهو بحث محكم تناول مسألة الاشتراط المسبق لضع وتعجل، وما ينبني عليها من مسائل مصرفية إسلامية.
٣. تكلفة القروض، الدكتور ناصر بن عبد الرحمن الداود، تناول فيه الباحث حكم تكاليف القروض التي تقدمها المؤسسات التمويلية، وأحكام

تقديرها، وأحكام التعويض عنها، ويحتوي البحث على جانبين أحدهما نظري، والآخر تطبيقي.

٤. ومن الكتابات الاقتصادية التي تطرقت لهذه المسألة بالخصوص مقال منشور في جريدة الاقتصادية بعنوان «مماثلة المصارف في إنهاء إجراءات شراء المديونية»، حيث تطرق إلى السداد المبكر للديون المترتبة للبنوك والمصارف السعودية، وأن بعض هذه البنوك ابتدع رسوماً تسمى: رسوم السداد المبكر، واستنكر الكاتب فرض البنوك هذه الرسوم لأنها عدت السداد المبكر جريمة تستحق العقوبة، وحاولت أن يظهر الرأي الفقهي في المسألة، وخرج باستنتاج مفاده: أنه يحق للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أن ترفض طلب المدين أن يسدد دينه كلياً أو جزئياً قبل موعد استحقاقه مقابل الخصم من ربحها؛ لأنها غير ملزمة شرعاً بذلك، ولكنها إذا قبلت السداد المبكر فإن مبادئ العدل والإنصاف توجب عليها أن ألا تأخذ ربحاً إلا بقدر ما مضى من الأجل^(١).

وقد تميز هذا البحث بتناوله مسألة رسوم السداد المبكر التي تفرضها الجهات التمويلية بالخصوص، وتكييفها الفقهي، وأحكام الإلزام بها، وتطبيق هذا على أنظمة التمويل في المملكة العربية السعودية.

(١) انظر: مقالاً بعنوان تعجيل سداد الدين بين الجزاء والمكافأة، خالد أحمد عثمان، جريدة الاقتصادية السبت ٩ يناير ٢٠١٠م:

https://www.aleqt.com/2010/01/09/article_329681.html.

منهج البحث:

١. أصور المسألة المراد بحثها قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراساتها.
٢. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.
٣. إذا كانت المسألة من المسائل الرئيسية في البحث فأدرسها دراسة مقارنة وفق ما يلي:
 - تحرير محل الخلاف، إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.
 - الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتمدة مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما، فأسلك بها مسلك التخريج.
 - ذكر أدلة الأقوال، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت.
 - الترجيح، مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.
٤. الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع مع الاستفادة من الكتب والبحوث المعاصرة في المستجدات.



٥. التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٦. ترقيم الآيات وبيان سورها.

٧. تخريج الأحاديث وبيان ما ذكر أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما-، فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها.

٩. التعريف بالمصطلحات وشرح الغريب.

١٠. العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.

١١. وضع خاتمة عبارة عن ملخص البحث وتتضمن أهم النتائج.

١٢. أتبع البحث بفهرس المراجع والمصادر.

خطة البحث:

يحتوي البحث على تمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة، وفهرس للمراجع.

التمهيد: في التعريف برسوم السداد المبكر:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بعنوان البحث:

وفيه أربع مسائل:

- المسألة الأولى: تعريف الرسوم لغة واصطلاحاً.

- المسألة الثانية: تعريف السداد لغة واصطلاحاً.

- المسألة الثالثة: تعريف الديون لغة واصطلاحاً.

- المسألة الرابعة: تعريف رسوم السداد المبكر للديون باعتبارها لقباً.
- المطلب الثاني: مفهوم رسوم السداد المبكر في أنظمة التمويل.
- المبحث الأول: علاقة رسوم السداد المبكر بمسألة ضع وتعجل.
- المبحث الثاني: إلزام الدائن بقبول الدين قبل أجله.
- المبحث الثالث: التكييف الفقهي لرسوم السداد المبكر.
- المبحث الرابع: التطبيق على الأنظمة في المملكة العربية السعودية:
وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: السداد المبكر لعقود التمويل في النظام السعودي.
- المطلب الثاني: رسوم السداد المبكر لعقود التمويل في النظام السعودي.
- المطلب الثالث: نماذج لرسوم السداد المبكر في عقود التمويل.



التمهيد في التعريف برسوم السداد المبكر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بعنوان البحث:

المسألة الأولى: تعريف الرسوم لغة واصطلاحاً:

تعريف الرسوم لغةً:

الرسوم جمع رَسَم، وأصل الرسم في اللغة العلامة ومنه رسوم الديار، ورَسَم كل شيء: أثره. وترسمت: نظرت إلى رسوم الدار، والرسوم: الرسم. ويقال: الرسوم شيء تجلى به الدنانير، وناقة رسوم ترسم رسماً أي تؤثر في الأرض من شدة وطئها^(١).

تعريف الرسوم في الاصطلاح:

الرسم في مصطلح الاقتصاديين هو مبلغ مالي ثابت يُفرض على خدمة معينة، ويتم تطبيق الرسوم بطرق متنوعة مثل: التكاليف، والعمولات، والعقوبات، كما تعد الرسوم الشكل الأكثر شيوعاً واستخداماً في خدمات المعاملات المالية والمصرفية^(٢).

(١) انظر: العين للفراهيدي (٧/٢٥٢)، تهذيب اللغة للأزهري (١٢/٢٩٣)، الصحاح للجوهري (٥/١٩٣٢). مادة (رسم).

(٢) انظر: أساسيات المالية العامة عادل أحمد حشيش (٥١).

ولم يورد الفقهاء المتقدمون في كتبهم مصطلح الرسوم بهذا المعنى، بينما يكاد يتفق الفقهاء المعاصرون على ذكره بهذا المعنى ضمن البحوث والفتاوى التي تصدر عنهم^(١).

ولم أجد في المعاجم العربية المعاصرة ما يفيد صحة إطلاق مصطلح الرسم على هذا المعنى أو العلاقة بينهما، وإن كان ورد هذا اللفظ في بعض المعاجم عند تعريفهم معنى الضرائب.

والذي يظهر لي صحة إطلاق لفظ الرسم على المبلغ المالي الثابت، وأن العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي هو الأثر الثابت، فالرسم هو المبلغ المالي الثابت الواجب سداً، وكذلك يثبت الأثر، وقد يقال بأن له علاقة بالرسم الذي تجلى به الدينانير.

المسألة الثانية: تعريف السداد لغةً واصطلاحاً:

تعريف السداد لغةً:

مصدر لسَدَّ أو اسم مصدر لسَدَّدَ.

والسين والذال أصل واحد، وهو يدل على ردم شيء وملاءمته. من ذلك سددت الثلثة سداً وسَدَّدَ رُحْمَهُ تَسْدِيدًا. وسَدَّ قَوْلُهُ يَسُدُّ بِالْكَسْرِ سَدَادًا بالفتح صار سديداً وأمر سديد وأسد أي قاصد. واستد الشيء استقام. والسَدَّدُ بفتحين الاستقامة والصواب مثل السَدَادِ بالفتح. والسَدُّ إِغْلَاقُ الحَلَلِ وَرَدْمُ الثَّلْمِ.

(١) وعلى سبيل المثال ورد هذا المصطلح بهذا المعنى في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، والموسوعة الفقهية الكويتية، شرح زاد المستقنع للشنقيطي وفي فتاوى أكثر المعاصرين.

والتَّسَدِيدُ التَّوْفِيقُ (لِلسَّادِ) بالفتح وهو الصواب، والقصد من القول والعمل. والمُسَدَّدُ الذي يعمل بالسداد والقصد وهو أيضاً المقوم^(١).
تعريف السداد اصطلاحاً:

المقصود بالسداد في الاصطلاح المالي هو القضاء والوفاء، فسداد الدين أو تسديد الدين أي قضاؤها والوفاء بها.
وقد أقر مجمع اللغة المصري استخدام «السداد» في قضاء الدين على أن يكون مصدرًا لَسَدَّ أو اسم مصدر لَسَدَدَ، كما أجاز استعمال تسديد بالمعنى المذكور، مصدرًا لَسَدَدَ^(٢).

والعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحى: هو أن المدين إذا قضى الدين وسدده فإنه يغلق الخلل ويردم الثلل، وذلك يوافق أصل المعنى اللغوي.
المسألة الثالثة: تعريف الديون لغةً واصطلاحاً:
الديون لغةً:

جمع دين، وهو كل شيء غير حاضر، ويطلق الدين على القرض وثمان المبيع.

ودنت الرجل، وأدنته: أعطيته الدين إلى أجل، واستدنت: استقرضت.
ودنته وأدنته ودينته: أقرضته. وداينت فلاناً: عاملته بالدين^(٣).

(١) انظر: العين للفراهيدي (١٨٣/٧)، مقاييس اللغة (٦٦/٣)، المحكم المحيط الأعظم لابن سيده (٤٠٢/٨).

(٢) القرارات الجمعية في الألفاظ والأساليب (١٤٥)، معجم الصواب اللغوي (٢٢٨/١).

(٣) انظر: المحكم المحيط الأعظم لابن سيده (٣٩٧/٩)، المغرب في ترتيب المغرب للمطرزي (١٧٢)، المصباح المنير للفيومي (٢٠٥). مادة (دين).

والدين اصطلاحاً:

يستعمل الفقهاء كلمة الدين بمعنيين:

- عام وهو مطلق الحق اللازم في الذمة.

- وخاص، وهو كل ما يثبت في الذمة من مال.

وهذا التعريف يشمل ما يثبت في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض، ويدخل أيضاً ما يثبت حقاً لله تعالى من غير مقابل كالزكاة.

وبعض الحنفية يخرج كل ما لا يكون مقابلاً بهال كالزكاة والدية وأرش الجناية ونحو ذلك^(١).

المسألة الرابعة: تعريف رسوم السداد المبكر للديون باعتبارها لقباً:

يمكن أن نعرف رسوم السداد المبكر للديون باعتبارها لقباً بقولنا: مبلغ نقدي يلتزم المدين بأدائه للجهة التي استدان منها، حين رغبته بالوفاء بما عليه، قبل الأجل المتفق عليه في العقد.

المطلب الثاني: مفهوم رسوم السداد المبكر في أنظمة التمويل:

نصت أنظمة التمويل على أنه لا يجوز تحميل العميل تكلفة ما تبقى من أرباح غير مستحقة عند تعجيل السداد إلا في حالتين سمحت بهما، وهما:

الحالة الأولى: رسوم السداد المبكر عند رغبة العميل في تعجيل السداد، وعدت هذه الرسوم مقابل كلفة إعادة الاستثمار، وهو نوع من الاستثمار

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٢٢١/٧)، شرح مختصر خليل للخرشي (٢٠٢/٢)، نهاية المحتاج للرملي (١٣٢/٣)، المغني لابن قدامة (٣٤٣/٢).

الذي تعمل به الجهات التمويلية، وبالتالي في بعض الحالات تتحمل جهات التمويل بعض التكاليف بالنسبة لذلك.

والحالة الثانية: إذا كانت هناك تكاليف ورسوم إضافية لطرف ثالث موثقة عند البنك.

ومقدار رسوم السداد المبكر في الحالة الأولى لا تتجاوز كلفة الأجل للأشهر الثلاثة التالية للسداد، محسوبة على أساس الرصيد المتناقص^(١).

وتكلفة الأجل هي مقدار الربح، فلو فرضنا أن قيمة التمويل مئة ألف، والأرباح عشرون ألفاً، وفترة السداد سنتان، فإن مجموع المبلغ يوزع على المدة على أساس الرصيد المتناقص للأرباح، بمعنى أن قيمة الربح تكون مرتفعة في الشهر الأول، وتتناقص تدريجياً، وعلى العكس قيمة الأصل فإنه يكون منخفضاً في الشهر الأول، ثم يرتفع تدريجياً، وإن كان القسط الشهري المطلوب سداً ثابتاً وهو في مسألتنا خمسة آلاف، إلا أن قيمة الأصل والربح مختلفة.

ونلاحظ هنا أن الربح مقابل الأجل، ولذا سميت بكلفة الأجل، ويختلف مبلغ الربح لطالب التمويل ابتداء باختلاف الأجل الذي سيرد فيه كامل الدين، فكلما انخفضت المدة قلت الأرباح، والعكس صحيح. فعند رغبة المدين في السداد المبكر فإنها تسقط كلفة الأجل عن باقي المدة، باستثناء كلفة الأشهر الثلاثة التالية للسداد التي اعتبرناها رسوم السداد المبكر.

(١) انظر: الدليل الإرشادي لحساب مبلغ السداد المبكر، مؤسسة النقد العربي السعودي (ص ٣).

ومقدار الرسوم في الحالة الثانية هو مقدار ما دفعته جهة التمويل لطرف ثالث لصالح المدين ولم يقيم المدين بتعويض جهة التمويل عنها، ولم تتمكن جهة التمويل من استرداد هذه المبالغ من الطرف الثالث. وتحتسب هذه الرسوم بناء على المدة المتبقية لعقد التمويل.

وأبرز شروط احتساب مبلغ السداد المبكر التي نصت عليها أنظمة التمويل ما يلي:

1. استخدام طريقة الرصيد المتناقص في توزيع كلفة الأجل على فترة الاستحقاق.
2. يوضع جدول للسداد يوضح فيه عدد الدفعات، وقيمتها، وقيمة مبلغ الأصل والربح وتاريخها.
3. إذا رغب المدين في تعجيل السداد، فيتعين عليه سداد كامل مبلغ الأصل مع أرباح الأشهر الثلاثة التي تلي السداد.

أمثلة لحساب مبلغ السداد المبكر:

مثال (1) طريقة حساب مبلغ السداد المبكر لتمويل شخصي	
بيانات التمويل	التفاقية تمويل شخصي بمبلغ (50.000) ريال يتم سدادها على شكل دفعات شهرية قيمة كل دفعة (4,244) ريال ولمدة (12) شهر.
طريقة حساب السداد المبكر	في حال رغبة العميل بالسداد المبكر وكان عدد الدفعات المتبقية (6) دفعات، يكون الرصيد المتبقي من مبلغ التمويل (25,212.74) ريال ومجموع كلفة الأجل للأشهر الثلاثة التالية للسداد المبكر (179.27) ريال
مبلغ السداد المبكر (مجموع المبالغ المغطاة)	25.212.74 + 179.27 = (25.392) ريال

الشهر	رصيد بداية الفترة	القسط الشهري	مبلغ كلفة الأجل	مبلغ الأصل	الرصيد نهاية الفترة
1	50,000.00	4,244	142.03	4,101.97	45,898.03
2	45,898.03	4,244	130.38	4,113.62	41,784.41
3	41,784.41	4,244	118.69	4,125.31	37,659.10
4	37,659.10	4,244	106.97	4,137.03	33,522.08
5	33,522.08	4,244	95.22	4,148.78	29,373.30
6	29,373.30	4,244	83.44	4,160.56	25,212.74
7	25,212.74	4,244	71.62	4,172.38	21,040.36
8	21,040.36	4,244	59.77	4,184.23	16,856.13
9	16,856.13	4,244	47.88	4,196.12	12,660.01
10	12,660.01	4,244	35.96	4,208.04	8,451.97
11	8,451.97	4,244	24.01	4,219.99	4,231.98
12	4,231.98	4,244	12.02	4,231.98	0.00

المبحث الأول علاقة رسوم السداد المبكر بمسألة ضع وتعجل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بمسألة ضع وتعجل:

تعجيل سداد الدين مع حط جزء من الثمن من المسائل التي لها تطبيق واسع في المعاملات المالية في عصرنا الحاضر، وهي من المسائل التي تناوّلها الفقهاء في كتبهم.

وحتى تتضح أقوال العلماء فيها كان من اللازم بيان صورة هذه المسألة. فصورتها: أن يحتاج الدائن إلى المال فيقول لمن عليه الدين: أعطني بعض الدين وأسقط عنك بعضه، فهي اتفاق بين المتعاقدين في مداينة على إسقاط جزء من الدين يقابل الأجل، بشرط أن يعجل المدين الباقي. وهي معروفة عند الفقهاء بمسألة «ضع وتعجل».

وعبر عنها ابن رشد بقوله: «أن يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضاً يأخذه، وإن كانت قيمته أقل من دينه»^(١).

وعبر عنها صاحب المعونة على مذهب عالم المدينة بقوله: «أن يكون لرجل على رجل مال مؤجل فيصالحه قبل حلوله على تعجيل بعضه وإسقاط باقيه»^(٢).

(١) بداية المجتهد لابن رشد (٣/١٦٢).

(٢) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب ص ١١٩٣، بتصرف يسير.

وعبر عنها ابن قدامة بقوله: «إذا صالحه على المؤجل ببعضه حالاً...»^(١).

تحرير محل النزاع:

أولاً: الديون الحالة فلا تدخل في الخلاف اتفاقاً، فيجوز الإسقاط منها مقابل التعجيل وعدم المماطلة، وهو نوع من المصالحة، وهو صلح الإسقاط والإبراء، وهو جائز عند الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥) لكنهم اشترطوا أن يكون بلفظ الإبراء، وأن تكون هذه البراءة غير مشروطة، فلا يصح بلفظ الصلح.

ثانياً: إذا كان الإسقاط من غير شرط بل كان تبرعاً محضاً، فإن الإسقاط هنا جائز عند الجمهور^(٦)، أما المالكية فقالوا بالتحريم مطلقاً سداً للذرائع^(٧).

(١) المغني لابن قدامة (٤/٣٦٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٦/٤٣)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٧/٢٥٩).

(٣) انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب الرعيني (٥/٨٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين للنووي (٤/١٩٦)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب لذكريا الأتصاري (٢/٢١٥).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٤/٣٦١)، كشاف القناع للبهوتي (٣/٣٩٧)، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى للرحياني (٣/٣٣٥).

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/١٢٦)، الحاوي الكبير للماوردي (١٨/٢٣٣)، المغني لابن قدامة (٤/٣٦٧).

(٧) انظر: التاج والإكليل للمواق (٦/١٤٦)، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب ص ١١٩٣.

الأقوال في المسألة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال أشهرها قولان:

القول الأول: عدم جواز هذه المعاملة، وهو مذهب الجمهور من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والمشهور عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا بأدلة منها:

١. ما روي عن المقداد بن الأسود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: أسلفت رجلاً مائة دينار، ثم خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقلت له: عجل لي تسعين ديناراً وأحط عنك عشرة دنائير. فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((أكلت رباً يا مقداد وأطعمته))^(٥).

- (١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/١٢٦)، بدائع الصنائع للكاساني (٦/٤٥).
- (٢) انظر: المدونة (٣/٣٤)، التاج والإكليل للمواق (٦/١٤٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (٦/٣)، بداية المجتهد لابن رشد (٣/١٦٢)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/٤١٠).
- (٣) انظر: روضة الطالبين للنووي (٤/١٩٦)، تحفة المحتاج للهيتمي (٥/١٩٢)، نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملي (٤/٣٨٦).
- (٤) انظر: المغني (٤/٣٦٧)، الفروع وتصحيح الفروع (٦/٤٢٣)، المبدع شرح المقنع (٤/٢٦٠)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٥/٢٣٦).
- (٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه (٦/٤٧)، رقم (١١١٤١) وضعفه بعد إirاده له، وقال ابن القيم: «وفي سنده ضعف»، ينظر: إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان (٢/١٢)، والحديث فيه يحيى بن يعلى الأسلمي، وهو شيعي ضعيف. ينظر تهذيب التهذيب (١١/٣٠٤)، التقريب: ص ٥٩٨.

وجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمَى هذه المعاملة ربا، وما كان من الربا فهو محرم بالإجماع.
نوقش: بضعف إسناده.

٢. الآثار الثابتة عن الصحابة في المنع ومنها:

- ما روي عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على رجل إلى أجل، فيضع عنه صاحبه ويعجل له الآخر، فكره ذلك ابن عمر ونهى عنه^(١).

- ما روي عن أبي صالح، مَوْلَى السَّفَّاح أنه قال: بعث بزألي من أهل دار نخلة، إلى أجل. ثم أردت الخروج إلى الكوفة. فعرضوا علي أن أضع عنهم وينقدوني، فسألت عن ذلك زيد بن ثابت، فقال: «لا أمرك أن تأكل هذا، ولا تؤكله»^(٢).

ويناقد الدليلان: بأن الصحابة مختلفون فيما بينهم في جواز مثل ذلك، وإذا اختلف الصحابة لم يكن قول أحدهم حجة على الآخر، فقد رأى ابن عباس الجواز، كما سيأتي النقل عنه في أدلة المجيزين.

(١) أخرجه مالك في الموطأ، باب ما جاء في الربا في الدين، (٤/٩٧٠)، رقم (٢٤٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب لا خير في أن يعجبه بشرط أن يضع عنه (٦/٤٧)، رقم (١١١٤٠)، وإسناده لا يقل عن الحسن. ينظر: تعليق شعيب الأرنؤوط على جامع الأصول (١/٥٧١).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، باب ما جاء في الربا في الدين (٤/٩٧٠)، رقم (٢٤٧٨)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه (٦/٤٦)، رقم (١١١٣٨)، وهو صحيح، ينظر: الاستذكار لابن عبد البر (٦/٤٤٨)، المنتقى للباجي (٥/٦٤).

٣. أن هذه المعاملة تشبه الربا المجمع على تحريمه وهو: الزيادة في الدين مقابل التأخير، ثم إن أصل الربا وعلته: أن يوضع مال مقابل الأجل سواء زيادة أو نقصاناً، وفي هذه الصورة نقص الدين مقابل التعجيل^(١).

ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجوه:

١. أن حقيقة هذا الدليل هو ما يسميه الأصوليون بـ «قياس الشبه»^(٢) حيث شَبَّهوا الزيادة مع التأخير المجمع على تحريمها بوضع الدائن شيئاً من دينه في مقابل تعجيل الباقي، وهذا القياس ليس بحجة عند بعض الأصوليين، وإن كان أكثر الفقهاء يحتج به وهو الصواب.

٢. عدم التسليم بوجود الشبه بين الأصل، وهو الزيادة مع النَّظَرَة، وبين الفرع وهو مسألتنا، إذ إن المَجْمَع على تحريمه هو أن تكون الزيادة في مقابل الإمهال والأجل، أما هنا فالزيادة تكون في مقابل إسقاط الأجل، فبينهما فرق جوهري.

وفي ذلك يقول ابن القيم: «هذا عكس الربا؛ فإن الربا يتضمن الزيادة في أحد العَوَاضِين في مقابلة الأجل، وهذا يتضمن براءة ذمته من بعض

(١) ينظر المبسوط للسرخسي (١٣/١٢٦)، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/٦٦٩)، بداية المجتهد لابن رشد (٣/١٦٢).

(٢) اختلف الأصوليون كثيراً في تعريف قياس الشبه حتى صرح بذلك الجويني في البرهان (٢/٥٣) فقال: «لا يتحرر في ذلك عبارة مستمرة في صناعة الحدود»، ولعل أرجح تعريفات الأصوليين هو: «ما لم تظهر فيه المناسبة بعد البحث التام عنها ممن هو أهله، ولكن أُلِّف من الشارع الالتفات إليه في بعض الأحكام»، وهذا التعريف هو الذي اختاره الأمدي، وقال بأنه الأقرب إلى قواعد الأصول. انظر: الإحكام (٣/٢٩٦).

العوض في مقابلة سقوط الأجل، فسقط بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل، فانتفع به كل واحد منهما، ولم يكن هنا رباً لا حقيقة ولا لغة ولا عرفاً^(١).

القول الثاني: جواز وصحة هذه المعاملة، وهذا القول رواية عن الإمام أحمد^(٢)، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣)، وابن القيم^(٤).
واستدلوا بما يلي:

١. ما رواه ابن عباس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لما أمر بإخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا: يا نبي الله، إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم نَحِلَّ، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ضعوا وتعجلوا))^(٥).

- (١) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٣/٢٧٨).
(٢) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/٢٧٨)، المغني لابن قدامة (٤/٣٦٧)، الفروع وتصحيح الفروع لابن مفلح (٦/٤٢٣)، المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/٢٦٠)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/٢٣٦).
(٣) نسب له القول بالجواز ابن القيم في إعلام الموقعين (٣/٢٧٨)، وابن مفلح في الفروع (٦/٤٢٣) والمرداوي في الإنصاف (٥/٢٣٦)، وغيرهم.
(٤) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٣/٢٧٨)، إغاثة اللهفان لابن القيم (٢/١١).

(٥) رواه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع (٢ / ٦١)، رقم (٢٣٢٥)، وقد تعقب الذهبي تصحيح الحاكم له، ورواه الدارقطني في السنن، كتاب البيوع (٣ / ٤٦٥)، رقم (٢٩٨٠) وضعفه، والبيهقي في السنن الكبرى، باب من عجل له أدنى من حقه قبل محله فقبله (٦ / ٤٦)، رقم الحديث (١١١٣٧) وضعفه أيضاً، والحديث فيه مسلم بن خالد الزنجي، وهو مختلف فيه، والأكثر على تضعيفه، وعبد العزيز بن يحيى المدني وهو متروك، ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦ / ٤٦)، الأحكام الوسطى لابن الخراط

فأمرهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالوضع من الدين مقابل التعجيل في الزمن، وهذا نص صريح في المسألة.

٢. قول عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: إنما الربا: أَّخْرُ لي وأنا أزيدك، وليس: عَجَّلُ لي وأنا أضع عنك^(١).

٣. أن المسألة تشتمل على إسقاط وتعجيل. والإسقاط مفرداً يصح والتعجيل مفرداً يصح فإذا اجتمعا صح العقد؛ لأنه مكون من أمرين جائزين^(٢).

٤. أنه بالوضع والتعجيل تتخلص ذمة المدين من الدين، ويتنفع الدائن بالتعجيل له، فانتفع به كل واحد منهما، وهو من باب الصلح، بخلاف مقابلة الأجل بالزيادة في الربا فإنها ذريعة إلى أعظم الضرر بالمدين، فتشتغل الذمة بغير فائدة^(٣).

ولعل هذا الدليل هو أقوى ما استدل به أصحاب هذا القول مع التمسك بالأصل وعدم ورود المعارض.

(٣/ ٢٩٠)، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام (٣/ ٤٤٦)، البداية والنهاية (٥/ ٥٣٧)، مجمع الزوائد (٤/ ١٣٠).

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب الرجل يضع من حقه ويعجل (٨/ ٧٢)، رقم (١٤٣٦٢)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب من عجل له أدنى من حقه قبل محله فقبله (٦/ ٤٦)، رقم الحديث (١١١٣٥)، وسنده صحيح. انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٢٠/ ٢٦١)، شرح مشكل الآثار للطحاوي (١١/ ٦١).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣٦٧).

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٣/ ٢٧٨)، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم (٢/ ١٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - جواز مسألة «ضع وتعجل»، وأن تكييفها الفقهي هو: أنها من أبواب الصلح الذي حث عليه الأدلة الشرعية. ونجمل أسباب الترجيح في الآتي:

١. أن الأصل في المعاملات الحل ما لم يدل الدليل على التحريم، ولم يرد دليل صحيح يحرم لنا هذه المعاملة، غير قول ابن عمر وزيد، وقد عارضه قول ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ولا حجة في قول أحدهم على الآخر.
٢. ضابط المنفعة المحرمة في القرض، والصحيح أن المنفعة المحرمة هي المنفعة الزائدة المتمحضة للمقرض، كما جاء في عقد الجواهر: «وإن تمحضت للمقرض منع؛ لأنه سلف جر نفعاً»^(١)، أما في «ضع وتعجل» فالمنفعة لكلا الدائن والمدين فكانت من الصلح، والصلح خير.
٣. موافقة هذا القول لمقاصد الشريعة التي جاءت بالحث على الإرفاق والإصلاح بين المسلمين، وفي هذه المسألة إرفاق بالدائن والمدين.
٤. أن القول بالجواز فيه مراعاة لحاجة الناس وتيسيراً عليهم، مع عدم المانع منها.

المطلب الثاني: علاقتها بموضوع البحث:

مسألة «ضع وتعجل» المشهورة في كتب الفقهاء تقابل موضوع البحث وهو رسوم السداد المبكر، ففي مسألة ضع وتعجل يحط من ثمن الدين

(١) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس (٢/٧٥٩).

مقابل التعجيل، وأما في رسوم السداد المبكر فيؤخذ عند تعجيل السداد مبلغ مالي يزداد على أصل الدين مجرداً عن الأرباح.

أيضاً من الفروق بينهما أن تعجيل السداد في مسألة «ضع وتعجل» يوافق رغبة الدائن، ويكون عادة من طلبه، فيحتاج الدائن إلى المال فيقول لمن عليه الدين: أعطني بعض الدين وأسقط عنك بعضه، فيرغب في المال الحال ولو بإسقاط جزء من الدين. بينما في رسوم السداد المبكر المدين هو من يرغب بالتعجيل والتخلص من الدين ويكون التعجيل بطلب المدين.

وقد تجتمع المسألتان معاً، فيجتمع الحط مع الرسوم. ومثال ذلك الحط من الدين بعد إضافة مبلغ الربح. فيكون الحط من الأرباح المحتسبة على المدة المتبقية من الأجل، ثم تفرض رسوم على السداد المبكر.

ويمكننا القول إن هناك حالتين من الحط من الدين عند السداد المبكر.

الحالة الأولى: الحط من الأرباح المحتسبة على المدة المتبقية من الأجل.

الحالة الثانية: الحط وإسقاط مبلغ الدين الأساسي الذي أخذه المدين، لا الإسقاط من الفائدة، أو ثمن السلعة بعد المراجعة، وهذا الذي يُنزل عليه كلام الفقهاء في مسألة «ضع وتعجل»، ولم أجد نصاً نظامياً يتناول عملية الحط من الثمن الأصلي مقابل التعجيل، ويرجع ذلك لكون المنظم عد الحط من الثمن الأساسي هو إعفاء وتنازل. وباب الإعفاء والإسقاط بين الأفراد مفتوح ولا يحتاج لتنظيم، بل للإنسان أن يتنازل عما شاء من الحقوق المادية التي له.

ويؤكد أيضاً أن تعجيل سداد الدين لم يعد أمراً مرغوباً عند جهات التمويل. بل إن هذا يحملها كلفة إعادة الاستثمار. لكن يمكن أن نمثل على ذلك بما كان معمولاً به في صندوق التنمية العقارية من تخفيض بعض الأقساط من مبلغ الدين الأساسي عند التعجل في السداد، وهذا تطبيق صريح على مسألة «ضع وتعجل».



المبحث الثاني إلزام الدائن بقبول الدين قبل أجله

قبل الحديث عن حكم فرض رسوم على السداد المبكر، يتوجه الكلام عن حكم إلزام رب الدين بقبول الدين قبل حلول أجله.

صورة المسألة:

إذا رغب المدين بسداد الدين قبل أجله، فهل يلزم الدائن قبول المال؟ وهل الأجل هو حق للدائن فقط متى ما أسقطه سقط، أم أنه حق لهما؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن الدائن لا يُلزم بقبول الدين قبل أجله إن كان عليه ضرر أو كلفة، أو إن كانت تنقص صفاته وقيمته لو عجل قبضه، كأن يسلمه الدين في مكان غير آمن، أو كان في حمله ونقله مشقة، أو كان ذا روح يحتاج إلى العلف والنفقة^(١).

محل المسألة في غير دين السلم كالقرض أو البيع مؤجل الثمن مرابحة وغيره، أما رأس مال السلم فقد اختلف الفقهاء في دين السلم خاصة إن أتى به المسلم إليه قبل أجله:

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/١٣٣)، مجمع الضمانات للبغدادي (ص٤٥٩)، الدر المختار للحصكفي (ص٧٦٠)، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/٩٦)، القوانين الفقهية لابن جزيء ص١٧٨، نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/٤٥٧)، الفواكه الدواني للنفاوي (٢/٩٢)، الشرح الكبير للرافعي (٨/١٩٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢/٧٠)، المغني لابن قدامة (٦/٤٢١).

- فذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) إلى عدم لزوم قبضه.
 - وذهب الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) إلى لزوم قبضه إن لم يكن عليه ضرر في ذلك، أو غرض صحيح في الامتناع عن الاستلام.
 وأما غير دين السلم وما ليس على رب الدين ضرر ولا كلفة في قبضه، وما لا تنقص صفته إن عجل قبضه، فقد اختلف فيه على قولين:
 القول الأول: يلزم الدائن قبول الدين متى جاء به قبل أجله، ولم يكن عليه ضرر في ذلك. وهو مذهب الحنفية^(٥) ومذهب المالكية^(٦)، وقول عند الشافعية^(٧) ومذهب الحنابلة^(٨).

فما جاء عند الحنفية ما ذكره ابن عابدين: «لو قال المدين أبطلت الأجل أو تركته صار حالاً»^(٩).

- (١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٩٧/٧)، الفتاوى الهندية (١٩٦/٣).
- (٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٩٦/٢)، حاشية الدسوقي (٢١٩/٣)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٢٦/٥).
- (٣) انظر: المجموع للنووي (١٣٩/١٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٨٦/٦).
- (٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي (١١٠/٨)، المغني لابن قدامة (٤٢١/٦).
- (٥) انظر: حاشية ابن عابدين (١٧٥/٧).
- (٦) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٩٦/٢)، القوانين الفقهية لابن جزيء ص ١٧٨.
- (٧) انظر: الأم للإمام الشافعي (٣/١٤٠)، مختصر المزني (١٩١/٨)، الحاوي الكبير للماوردي (٤١٦/٥).
- (٨) انظر: المغني لابن قدامة (٢٣١/٤).
- (٩) حاشية ابن عابدين (١٧٥/٧).

وفي غمز عيون البصائر للحموي على الأشباه لابن نجيم: «يلزم الدائن بقبول الدين المؤجل إذا قضاه المدين قبل حلول الأجل، إلا أن يكون في أخذه ضرر بالدائن، فإنه لو لم يأمن مثلاً بأن كان بمكة وأعطاه دينه وهو لا يحل إلا بمصر فإنه لا يجبر على أخذه منه»^(١).

وهذا صريح في أن على الدائن قبول الدين إن رغب المدين في إسقاط الأجل، ويسقط ما حصل من ربح بزيادة في ثمن المبيع في بقية الأيام التي أبطل فيها الأجل.

وعند المالكية ما جاء في الكافي في فقه أهل المدينة^(٢): «ومن كان له على رجل ذهب أو ورق من ثمن مبيع أو قرض فأتاه بها قبل الأجل لزمه قبوله». وفي القوانين الفقهية^(٣): «وأما غير المسلم من بيع أو سلف فيلزم قبوله اتفاقاً إذا دفع قبل أجله».

وذلك لأن الحق في الأجل للمدين فإذا أسقط حقه لزم المقرض قبوله وأجبر على ذلك^(٤).

ومما جاء عند الشافعية ما جاء في الأم: «وكل ما كان لا يتغير ولا مؤنة في خزنه، مثل الدراهم والدنانير وما أشبههما، جُبر على أخذه قبل محل الأجل»^(٥).

(١) في (٣/ ١٠٤).

(٢) في (٢/ ٩٦).

(٣) في ص ١٧٨.

(٤) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٦٦).

(٥) في (٣/ ٧٦)، وانظر: مختصر المزني (٨/ ١٩١)، الحاوي الكبير للماوردي (٥/ ٤١٦).

وعند الحنابلة ما ذكره ابن قدامة في المغني: « وإن كان مما لا ضرر في قبضه بأن يكون لا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوى قديمه وحديثه، ونحو ذلك الزيت والعسل، ولا في قبضه ضرر لخوف ولا تحمل مؤنة، فعليه قبضه»^(١).

وهذا صريح في أن من حق المدين إبطال حقه في الأجل، وأن على الدائن أن يقبل التعجيل إذا لم يكن فيه ضرر عليه.
ومما استدلوا به ما يلي:

١. أن الحق في الأجل للمدين، وقد أسقط حقه في الأجل فيسقط.
٢. لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجل المنفعة، فقد جاء بحقه وزيادة تعجيل.
٣. القياس على الزيادة في الصفة، فكما يلزم الدائن قبول الدين مع زيادة حسنة في صفته، فكذلك تعجيل الدين من غير ضرر على الدائن، فكلاهما فيه منفعة زائدة للدائن فيلزمه قبوله.

القول الثاني: لا يلزم الدائن قبول الدين قبل أجله، وهو الصحيح من مذهب الشافعية في غير القرض فإنه يلزم بالتعجيل^(٢).

جاء في نهاية المطب في دراية المذهب: «ومن عليه الحق المؤجل إذا أسقط الأجل، لم يسقط الأجل في حق مستحق الدين، حتى لو أتى به قبل حلول الأجل المذكور، لم يجبر مستحق الدين على القبول، على القول الصحيح»^(٣).

(١) المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣١).

(٢) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٩١)، الحاوي الكبير للهاوردي (٥/ ٤١٦).

(٣) في (٥/ ٤٥٧).

ودليلهم: أنه دين انفقوا على تأجيله، فلا يقبل تعجيله إلا برضاها.
 ويناقدش: بأن الاتفاق على الأجل كان لمصلحة المدين، فمتى أسقط حقه
 فإن الأجل يسقط.

الراجع:

يترجح قول الجمهور أنه يلزم الدائن قبول الدين إن أتى به المدين قبل
 الأجل ما لم يكن عليه ضرر في قبوله، أو قصد صحيح وعذر في تأخير قبضه.
 وأسباب ترجيح هذا القول ما يلي:

١. أن رفض الدائن للدين بلا مسوغ فيه إضرار بالمدين الذي يسعى
 لإبراء ذمته، أو فك رهنه. والضرر يزال.
٢. أن هذا القول يحقق المصلحة للطرفين، الدائن برجوع حقه له،
 والمدين بتحقيق رغبته في قضاء الدين، والشارع جاء بجلب المصالح التي
 فيها نفع للعباد.
٣. أن الدائن قد عاد إليه حقه كاملاً من غير نقص، والأجل كان لمصلحة
 المدين وقد أبطله.

المبحث الثالث

التكليف الفقهي لرسوم السداد المبكر

يعد السداد المبكر حقاً للمدين كما تقدم، ويلزم الدائن قبول الدين إن أحضره قبل أجله ما لم يكن عليه ضرر في ذلك، لكن هل يصح أن يشترط الدائن رسوماً مقابل التعجيل في السداد؟

تكلم الفقهاء المعاصرون عن مسألة السداد المبكر مجردة عن موضوع الرسوم، وعدوه من قبيل اشتراط وضع وتعجل في العقد، وتحدثوا عن حكم هذا الشرط وحكم إلزام الجهات الرقابية بوضع الدين عند التعجل في السداد^(١). والكلام هنا عن الرسوم التي تفرض عند التعجل في السداد.

التكليف الفقهي لرسوم السداد المبكر:

مر معنا أن هناك نوعين من الرسوم عند السداد المبكر كما نصت عليه أنظمة التمويل:

(١) وفي المسألة قولان: القول الأول: منع «ضع وتعجل» إذا كان مشروطاً في العقد. جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم (٦٤) عام ١٩٩٢م: «ضع وتعجل جائز شرعاً، ولا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق». وجاء في المعايير الشرعية معيار رقم (٨) ٩/٥: «يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد»، والهيئة الشرعية لبنك البلاد: جاء في الضابط (١٢٣) يجوز للبنك أن يتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته، ولا يجوز اشتراط التنازل في العقد بل يكون بحسب ما يتفق عليه عند التعجيل ص ٤٠. القول الثاني: الجواز، وهو قول بعض المعاصرين منهم الدكتور سامي السويلم، والدكتور رفيق المصري. والدكتور عصام بن خلف العنزي. انظر: بحوث مؤتمر أيوفي السنوي السابع عشر للهيئات الشرعية ٢-٣ شعبان ١٤٤٠م، ص ١٢.

النوع الأول: كلفة إعادة الاستثمار ومقدار الرسوم عند السداد المبكر لا تتجاوز كلفة الأجل للأشهر الثلاثة التالية للسداد، محسوبة على أساس الرصيد المتناقص.

والنوع الثاني: هو مقدار ما دفعته جهة التمويل لطرف ثالث لصالح المدين ولم يقيم المدين بتعويض جهة التمويل عنها، ولم تتمكن جهة التمويل من استرداد هذه المبالغ من الطرف الثالث. وتحسب هذه الرسوم بناء على المدة المتبقية لعقد التمويل.

التكييف الفقهي للنوع الأول من رسوم السداد المبكر:

نلاحظ في رسوم السداد المبكر أن الربح مقابل الأجل، ولذا سميت بكلفة الأجل، ويختلف مبلغ الربح لطالب التمويل ابتداء باختلاف الأجل الذي سيرد فيه كامل الدين، فكلما انخفضت المدة قلت الأرباح، والعكس صحيح. فعند رغبة المدين في السداد المبكر فإنها تسقط كلفة الأجل عن باقي المدة، باستثناء كلفة الأشهر الثلاثة التالية للسداد التي اعتبرناها رسوم السداد المبكر.

ولذا لا يمكن أن تُعد رسوم السداد المبكر من قبيل «ضع وتعجل» لأسباب نجملها في الآتي:

١. عدم التسليم بثبوت كامل الربح في ذمة المدين في المدة التي تلي السداد، ومسألة «ضع وتعجل» التي ذكرها الفقهاء هي في الوضع من أصل الدين لا الأرباح، والقول بأن كامل المبلغ وجب في ذمة المدين فيه نظر، بل قيمة الدين ابتداء تختلف باختلاف المدة، ومعلوم أنه كلما قلت مدة السداد

انخفض مبلغ الدين، وعند السداد المبكر فإن قيمة الأرباح عن بقية الأجل لم تثبت في ذمة المدين.

٢. لو سلمنا فرضاً أن قيمة كامل مبلغ التمويل واجبة في ذمة المدين ابتداءً فإنه لا يصح اعتبار هذه الرسوم من قبيل «ضع وتعجل»؛ لأنه قد تفرض هذه الرسوم دون أن يكون هناك وضع من الدين، كما لو قضى الدين قبل ثلاثة أشهر من نهاية التمويل، فإنه سيدفع كامل مبلغ التمويل شاملاً مبلغ الأصل مع الأرباح، كذلك قد تنتهي الأرباح قبل نهاية مدة التمويل على أساس احتساب الرصيد المتناقص، فيكون المتبقي من الدين هو في أصل الدين لا الربح فيطالب بتسديده كاملاً.

٣. أن اعتبار رسوم السداد المبكر من قبيل «ضع وتعجل» لا يستقيم في بعض عقود التمويل الإسلامية كالتمويل التأجيري، حيث إن تعجيل السداد هو تملك مبكر وتفرض عليه رسوم السداد المبكر.

لذا فالذي يظهر أن هذه الرسوم تُكَيَّف بأنها من قبيل خدمات وتكاليف القروض تفرض مقابل كلفة إعادة الاستثمار، والأصل أن تعجيل قضاء الدين أمر محمود عند صاحب الدين؛ لذا لم يتطرق الفقهاء لمسألة فرض رسوم أو مقابل عند تعجيل القضاء، لكن إن كان تعجيل الدين محموداً بين الأفراد، فالأمر يختلف مع جهات التمويل والبنوك التي لها إيراداتها وحساباتها واستثماراتها، وفرض هذه الجهات رسوم على السداد المبكر أمر متصور معقول المعنى.

ومن العبارات التي وردت عند الفقهاء والتي تفيد منع أخذ أي من الأرباح عن المدة المتبقية ما ورد عند بعض متأخري الحنفية، مما جاء في مجمع

الضمانات: «قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل أو مات فأخذ من تركته فجواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المرابحة التي جرت المبايعة بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام»^(١).

وفي الدر المختار: «قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول أو مات، فحل بموته، فأخذ من تركته لا يأخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الايام، وهو جواب المتأخرين»^(٢).

وعقب ابن عابدين في حاشيته: «فجواب المتأخرين: أنه لا يأخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام قيل له أتفتي به أيضاً؟ قال نعم قال: ولو أخذ المقرض القرض والمرابحة قبل مضي الأجل فللمديون أن يرجع بحصة ما بقي من الأيام»^(٣).

فما ذكر عند متأخري الحنفية يفيد منع أخذ أي ربح عن بقية الأجل عند تعجيل سداد الدين، وهو ما يمنع صحة رسوم السداد المبكر، وقد يكون لازم ما تقرر سابقاً من اتفاق الفقهاء على إلزام رب الدين بقبض دينه إذا سلم إليه قبل أجله أنه لا يصح فرض رسوم مقابل التعجيل. إذ أن المدين أدى الالتزام الواجب عليه، وبرئت ذمته، فلا تصح مطالبته بغير ذلك.

(١) في (ص ٤٥٩).

(٢) في (ص ٧٦٠).

(٣) في (٥ / ١٦٠)، وانظر العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين (٢ / ٢٢٥).

لكن هذه الرسوم وإن كانت تحتسب على أنها أرباح ثلاثة أشهر قادمة، إلا أنها في حقيقتها هي مقابل خدمة تكلفت بها الجهة التمويلية، وقد اتفق العاقدان على أن المدين سيتحملها ابتداء وهو شرط معلوم في العقد.

وقد أجاز الفقهاء تحمیل المقترض تكاليف القرض الفعلية من ذلك ما جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل: «فمن اقترض أردب قمح مثلاً، فأجرة كيله على المقترض، وإذا رده فأجرة كيله عليه بلا نزاع»^(١).

ومذهب أكثر المعاصرين هو جواز أخذ الرسوم والتكاليف على مبالغ التمويل إذا كان ذلك في حدود النفقات الفعلية، ومن ذلك ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بخصوص أجور خدمات القروض بما يأتي: «أولاً: يجوز أخذ أجور عن خدمات القروض على أن يكون ذلك في حدود النفقات الفعلية. ثانياً: كل زيادة على الخدمات الفعلية محرمة لأنها من الربا المحرم شرعاً»^(٢).

لكن قد تنشأ بعض الإشكالات عند التطبيق على النوع الأول من رسوم السداد المبكر، ما الذي يدخل في التكلفة الفعلية؟ وهل يصح ربطها بأرباح ثلاثة أشهر؟ وعند التأمل نجد أن هذه الرسوم تتناسب طردياً مع وقت السداد، فكلما عجل المدين السداد قلت أرباح جهات التمويل فتزيد الرسوم، وتقل إذا طالت مدة التمويل، وهذا يقلل من تكلفة إعادة الاستثمار.

(١) في (٥ / ٢٨٣) وانظر: الشرح الكبير للدردير (٣ / ١٤٥)، لوامع الدرر (٨ / ٥٧٧).
(٢) انظر: مجلة المجمع عدد ٢، (٢ / ٥٢٧)، وعدد ٣ (١ / ٧٧)، وانظر: تكلفة القرض ص ٤٤.

والذي يظهر جواز فرض رسوم على السداد المبكر في عقود التمويل الإسلامي. وذلك لما يلي:

١. أن هذه الرسوم من تكاليف القرض التي تتحملها الجهات التمويلية عند السداد المبكر، والتي أجازها الفقهاء.

٢. عدم وجود دليل صريح وصحيح يمنع هذه المعاملة. والأصل في المعاملات الحل ما لم يثبت التحريم.

٣. أنه شرط رضي به المتعاقدان وقت العقد، ولم يثبت تحريم هذا الشرط، ولم ينافِ مقتضى العقد. والوفاء بالشروط واجب ولازم.

٤. أن هذه الرسوم وإن كانت أرباحاً عن بقية الأجل إلا أنها قد تلحق بالأرباح السابقة، فتعد من ثمن البيع.

٥. أن هذه الرسوم تلبي احتياجات الجهات التمويلية، التي قد يضرها إسقاط الربح المتبقي كاملاً عند السداد المبكر، وتلبي احتياجات المدين الذي يرغب في قضاء الدين، والتخلص من سداد بقية الأرباح عن باقي المدة والضرر يزال.

التكليف الفقهي للنوع الثاني من رسوم السداد المبكر:

عند رغبة المدين في تعجيل السداد وكان عليه مستحقات لطرف ثالث دفعتها جهة التمويل لصالح المدين بسبب عقد التمويل، ولم يقيم المدين بتعويض جهة التمويل عنها، ولم تتمكن جهة التمويل من استرداد هذه المبالغ من الطرف الثالث. فإنه يطالب بدفع كامل التكلفة، ولا بد أن تقدم

جهة التمويل ما يثبت هذه النفقات بالتفصيل، ويشترط لصحة ذلك أن يكون المدين على علم بهذه النفقات وأذن لجهة التمويل. وجهة التمويل توصف هنا بأنها وكيل عن المدين بإذنه، وللوكيل أن يرجع على موكله بهذه النفقات. ويلزم المدين هنا سدادها إذ تعد جزءاً من الدين فليست أرباحاً للمصرف، ولا رسوماً إضافية.



المبحث الرابع التطبيق على أنظمة التمويل في المملكة العربية السعودية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: السداد المبكر لعقود التمويل في النظام السعودي:

يعد السداد المبكر حقاً للمستفيدين من منتجات التمويل المختلفة، وعليه كفلت أنظمة التمويل ولوائحها التنفيذية وضوابط التمويل الاستهلاكي للمستفيدين من منتجات التمويل تعجيل سداد باقي مبلغ التمويل.

جاء في المادة الرابعة والثمانون من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل: «للمستفيد تعجيل سداد باقي مبلغ التمويل، في أي وقت، ولا يجوز تحميله كلفة الأجل عن المدة الباقية»^(١).

وورد في المادة الحادية عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي: «إذا اختار المستأجر امتلاك الأصل المؤجر بموجب العقد في أي وقت، فيحق له التملك المبكر لذلك الأصل بملحق منفصل يبرم به البيع أو الهبة، وذلك بتعجيل سداد الأقساط المتبقية دون تحمل كلفة الأجل عن المدة المتبقية من العقد»^(٢).

(١) اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل، المادة (٨٢) و(٨٤).

(٢) اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي، المادة (٩) و(١١).

وفي المادة الحادية عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام صندوق التنمية العقارية ما يفيد جواز السداد المبكر، ف جاء عند ذكر حالات تعليق وإيقاف الدعم: «في حال قيام المستفيد بتعجيل سداد باقي أقساط القرض العقاري دون الإخلال بالتزام الصندوق بسداد تكلفة أقساط السداد المبكر للتمويل»^(١).

وقد تنص بعض عقود التمويل العقاري على فترة حظر للسداد المبكر، وقد أجازها النظام السعودي ما لم تتجاوز مدة الحظر سنتين، وخصها بالتمويل العقاري، وقد يكون لذلك خصوصية لطول مدة التمويل العقاري والسداد في مدة مبكرة جداً قد يحمل جهة التمويل كلفة إعادة الاستثمار، وغيره من التكاليف^(٢).

جاء في الدليل الإرشادي لحساب مبلغ السداد المبكر، مؤسسة النقد العربي السعودي: «للمستفيدين من منتجات التمويل تعجيل سداد باقي مبلغ التمويل، في أي وقت، باستثناء فترة حظر السداد المبكر للتمويل العقاري إذا نص العقد على ذلك بشرط ألا تتجاوز مدة الحظر سنتين من تاريخ إبرام العقد، وذلك دون تحمل كلفة الأجل عن المدة المتبقية»^(٣).

(١) اللائحة التنفيذية لنظام صندوق التنمية العقارية، المادة (١١).

(٢) انظر: الدليل الإرشادي لحساب مبلغ السداد المبكر، مؤسسة النقد العربي السعودي (ص ٣)، اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل المادة (٨٢) و(٨٤)، اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي، المادة (٩) و(١١). وقد ذكرت هذه الأنظمة واللوائح ما يتعلق برسوم السداد المبكر، وسنرجى الحديث عنها في المطلب التالي.

(٣) انظر: الدليل الإرشادي لحساب مبلغ السداد المبكر، مؤسسة النقد العربي السعودي (ص ٣).

وما قرره النظام يوافق ما ذكره جمهور الفقهاء من إلزام الدائن بقبول الدين قبل أجله. إن لم يكن عليه ضرر في ذلك. ولا يظهر على جهات التمويل ضرر ظاهر في تعجيل قبض الدين، إلا ما ذكر من تحملها كلفة إعادة الاستثمار أو تكاليف طرف ثالث، وفي هذه الحالة يتحمل المدين هذه التكاليف إن رغب في تعجيل قضاء الدين.

المطلب الثاني: رسوم السداد المبكر لعقود التمويل في النظام السعودي:

أجازت أنظمة التمويل في المملكة العربية السعودية فرض رسوم للسداد المبكر في حالتين:

الحالة الأولى: كلفة إعادة الاستثمار، وهذا يعم غالب حالات السداد المبكر لقروض التمويل، فيمكن أن تفرض جهات التمويل في العقد، ويشترط ألا تتجاوز كلفة الأجل للأشهر الثلاثة التالية للسداد، محسوبة على أساس الرصيد المتناقص.

والحالة الثانية: أن تكون دفعت لطرف ثالث ولم يتم الاستفادة بتعويض جهة التمويل عنها. فيجوز تعويض جهة التمويل بشروط:

- الأول: أن توثق هذه الدفعات في ملف التمويل.
- الثاني: عدم إمكانية استرداد الدفعات من الطرف الثالث.
- الثالث: أن تحسب بناء على المدة المتبقية من عقد التمويل.

وقد ألزم النظام مقدمي التمويل (البنوك/ شركات التمويل) باستخدام طريقة موحدة لحساب مبلغ السداد المبكر لعقود التمويل ذات الدفعات الشهرية، مثل: التمويل الشخصي، وتمويل المركبات من خلال الإيجار التمويلي أو غيره، والتمويل العقاري، وذلك بهدف تمكين المستفيدين من معرفة حقوقهم.

وقد وضح النظام طريقة دقيقة لحساب مبلغ السداد المبكر من شأنها أن تضمني مزيداً من الشفافية والوضوح بالنسبة للمقترض، وهي باستخدام طريقة الرصيد المتناقص في توزيع كلفة الأجل على فترة الاستحقاق، بحيث يبين الأقساط على أساس قيمة الرصيد المتبقي من مبلغ التمويل، ولا تحتسب الفوائد على كامل مبلغ التمويل، بصرف النظر عما جرى سداده من أقساط. وأنه يجب أن ينص عقد التمويل على استخدام طريقة الرصيد المتناقص في توزيع كلفة الأجل على فترة الاستحقاق، وأن ينص في جدول يوضح فيه قيمة كل دفعة وتاريخها وقيمة الربح والأصل والرصيد المتبقي بعد السداد. وعند الرغبة بالسداد المبكر، فإنه يتعين عليه سداد كامل الرصيد المتبقي من مبلغ التمويل بالإضافة إلى كلفة الأجل للأشهر الثلاثة التالية للسداد، محسوبة على أساس الرصيد المتناقص^(١).

(١) انظر: الدليل الإرشادي لحساب مبلغ السداد المبكر، مؤسسة النقد العربي السعودي (ص ٣)، اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل، المادة (٨٢) و(٨٤)، اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي، المادة (٩) و(١١).

وقد تقدم معنا ما ذكر عند متأخري الحنفية والذي يفيد منع أخذ ربح عن بقية الأجل عند تعجيل سداد الدين، وهو ما يمنع صحة رسوم السداد المبكر.

وأجيب بأن ذلك تعويض عن كلفة إعادة الاستثمار، فجهة التمويل تتكلف مبالغ مالية في إعادة الاستثمار مع طرف آخر، وتتكلف بعض الأعمال الإدارية والحسابية ولديها جدولة دقيقة بالحسابات المالية والدخل والتكاليف لسنوات قادمة. والسداد المبكر يستلزم إعادة هذه الحسابات، فكانت هذه الرسوم مقابل تكلفة إعادة الاستثمار مع طرف آخر.

فالذي يظهر - والله أعلم - جواز فرض هذه الرسوم في عقود التمويل الإسلامي.

المطلب الثالث: نماذج لرسوم السداد المبكر في عقود التمويل:

نموذج لاشتراط رسوم السداد المبكر في عقد تمويل مرابحة

ونلاحظ في البند ٤, ٢, ٢, الإلزام بدفع رسوم السداد المبكر، وهي عبارة عن أرباح ثلاثة أشهر، وفي البند ٤, ٢, ٥ ما يدفعه المصرف لطرف ثالث.

4	السداد المبكر:
1.4	يحق للعميل أن يطلب تعجيل أي سداد جزئي بما يعادل قسطا واحدا أو مضاعفاته من الأقساط المستحقة عليه بموجب هذا العقد قبل تاريخ استحقاقها.
2.4	في حال رغبة العميل بتعجيل الأقساط المستحقة عليه، فسيكون مبلغ السداد المبكر حينئذ من مجموع ما يأتي:
1.2.4	المتبقى من المبلغ الأساس حسب ما هو مبين في جدول السداد.
2.2.4	أرباح ثلاثة أشهر قادمة بعد قسط الشهر الحالي محسوبة على أساس الرصيد المتبقي.
3.2.4	قسط الشهر الذي يتم فيه السداد المبكر.
4.2.4	أي مبلغ يكون مستحق السداد -إلى تاريخ السداد المبكر- بموجب أحكام هذا العقد مما لم يتم سداها من قبل العميل.
5.2.4	ما يدفعه المصرف لطرف ثالث بسبب هذا العقد من النفقات التي نص عليها هذا العقد إن وجدت- إذا كانت تلك النفقات لا يمكن استردادها وذلك عن المدة المتبقية من العقد.
5	التعهدات والضمانات:
1.5	قدم العميل الضمانات الآتية:

شمار رقم 610
صفحة 2 من 5

التوقيع
مستشار عملاء

بنك الرياض
بنك الرياض
مركز خدمة العملاء - الذي انشأه
رقم 3306

التوقيع مطابق

الإدارة العامة
تلفون 11 3381235
فاكس 11 338 5900

البنك السعودي
البنك السعودي
البنك السعودي
www.sab.com

نموذج لاشتراط رسوم السداد المبكر في التمويل التأجيري

ونلاحظ في البند 18-2 توضيح شروط التملك المبكر، ومنها رسوم

السداد المبكر بمقدار كلفة الأجل للثلاثة أشهر اللاحقة للسداد.

شروط التمويل Al Rajhi Bank	
2-16:	في حال تأخر المستأجر (7) أيام عمل عن سداد أي دفعة مستحقة في تاريخ سدادها بشكل كلي أو جزئي، يفرض المورج عقوبات إضافية على المستأجر، وفي حالة عدم الدفع (أو التأخر) عن سداد الدفعة المستحقة وفقاً للتقارير أعلاه فإنه يحق للمورج حينها اعتبار المستأجر متعزلاً، ويقوم بإرسال إشعار تعذر إليه (كما تم تعريفه في مقدمة هذا العقد).
3-16:	في حال عدم قيام المستأجر (أو وكيله) أو (مصرح المستأجر) بالتسديد في موعد سدادها المحدد وفقاً للعقد، فإن المورج حينها يعتبر هذه الحالة حالة إخلال تعاليم هذا العقد (22) الأجل، ويحق للمورج (أو وكيله) أو (مصرح المستأجر) مع المورج طلب الانتفاضة في حال مواجهة صعوبات مالية وفي حال عدم قدرته على تحمل التزاماته وفقاً للعقد، وعلى المورج أن يتفق مع المستأجر في حاله على شروط أخرى يمكن أن يبينها له المورج بما يتناسب مع وضعه المالي، دون أن يكون ذلك مبرراً للمورج بالتنازل عن أي حق من حقوقه وفقاً لهذا العقد.
6-16:	لا يجوز للمورج فرض غرامات تأخير أو رسوم تحصيل.
17:	أحكام السداد الجزئي المبكر
1-17:	دون الإخلال بأحكام المادة 13 (أحكام سداد دفعات الإيجار)، يجوز للمستأجر السداد الجزئي المبكر في أي وقت بما لا يقل عن دفعته وفقاً للملحق (2) جدول دفعات الإيجار) وذلك لمدة واحدة كل خمس سنوات، ويحق للمورج قبول السداد الأجل من مدة خلال نفس الفترة.
2-17:	في حال بدأت الدفعة المدفوعة بشكل جزئي مبكر (5) سنة دفعت أو أكثر، فإنه لا يجوز للمورج تحمل المستأجر كلفة الأجل لهذه الدفعة، والمورج الحسبي على تعويض عن كلفة إعادة الاستشارة، بما لا يتجاوز كلفة الأجل للأشهر الثلاثة التالية للسداد، محصورة على أساس الرصيد المتناقص بالإضافة إلى ما يدفعه المورج لطرف ثالث بسبب عقد التمويل من النفقات التي incur عليها العقد، إذا كانت نفقات لا يمكن استردادها، وذلك عن المدة التي تم سدادها.
3-17:	يقوم المورج بعد سداد المستأجر بشكل جزئي بتقرير المستأجر جدول دفعات إيجارية محتملة بين مبلغ الدفعات الإيجارية الجديدة لمبلغ الدفعات الإيجارية السابقة من حكم المادة 17-2 أعلاه، إذا قام المستأجر بعد سدادها بجدول دفعات إيجارية مستحقة في أول سنتين من العقد وفقاً للملحق (2) (جدول دفعات الإيجار)، فيحق للمورج مطالبة المستأجر بدفع كامل قيمة هذه الدفعة الإيجارية المدفوعة بشكل جزئي مبكر شاملة كلفة الأجل لهذه الدفعة.
18:	أحكام التملك المبكر:
1-18:	دون الإخلال بأحكام المادة (13) (أحكام سداد دفعات الإيجار)، يجوز للمستأجر في أي وقت التقدم بوقتاً لأحكام المادة (40) (الإجراءات) - بطلب التملك المبكر خلال مدة لا تقل عن عشرة أيام قبل حلول تاريخ سداد دفعة الإيجار.
2-18:	يقع للمورج مطالبة المستأجر بالتمتع بالتملك المبكر لمدة لا تتجاوز (7) أيام عمل من تاريخ السداد.
	أ- الدفعة الإيجارية المستحقة وغير المدفوعة.
	ب- المبلغ المتبقى من مبلغ التمويل.
	ج- كلفة الأجل لدفعات الأشهر الثلاثة اللاحقة لآخر دفعة إيجارية استحققت قبل تقديم المستأجر بطلب التملك المبكر حسب جدول دفعات الإيجار.
	د- ما يدفعه المورج لطرف ثالث بسبب العقد من نفقات غير قابلة للاسترداد.
	هـ- كلفة إعادة الاستشارة، بما لا يتجاوز
3-18:	يؤتمت المستأجر بعد دفع قيمة التملك المبكر خلال مدة لا تتجاوز (7) أيام عمل من تاريخ سداد قيمة التملك المبكر وإصدار خطاب إخلاء الطرف للمستأجر، وتحديث سجله الائتماني لدى شركة المعلومات الائتمانية خلال مدة لا تتجاوز سبعة (7) أيام عمل من تاريخ السداد.
4-18:	إذا قدم المستأجر بطلب التملك المبكر قبل انقضاء العقد فسيحق للمورج مطالبة دفع كامل قيمة الدفعات الإيجارية المتبقية لهذه السنتين شاملة كلفة الأجل لهذه الدفعة، وذلك بالإضافة إلى قيمة التملك المبكر.
19:	أحكام إجراءات نقل ملكية الأصل المورج:
1-19:	تنتقل ملكية الأصل المورج من المورج إلى المستأجر بتوقيع المورج والمستأجر على شهادة نقل الملكية.
2-19:	يقوم المورج بالتوقيع على شهادة نقل الملكية خلال خمسة (5) أيام عمل قبل نهاية فترة السداد لجميع التزاماته بموجب العقد.
3-19:	يتم نقل ملكية الأصل المورج بموجب شهادة نقل الملكية دون أي فروقات أو مصاعف من المورج فيما يتعلق بموجودة أو حلة أو ملاممة الغرض من الأصل المورج، وأن يكون للمستأجر بعد توقيع شهادة نقل الملكية أي مطالبات أو حقوق تجاه المورج فيما يتعلق بحالة الأصل المورج.
4-19:	لا يكون للمورج أي حق أو مصلحة أو حق في الأصل المورج بعد توقيع شهادة نقل الملكية.
5-19:	يؤتمت المستأجر بتوقيع المورج عن أي خسائر أو مطالبات تنتج عن استخدام المستأجر للأصل المورج بعد توقيع شهادة نقل الملكية وقبل نقل ملكية الأصل المورج رسمياً.
6-19:	يقوم المستأجر بعد توقيع شهادة نقل الملكية من الطرفين وعلى نفقته الخاصة، باستخراج كافة الموافقات وسداد المدفوعات الحكومية والفايز اللازم سدادها لاستكمال نقل الملكية.
7-19:	يؤتمت المورج بنقل ملكية الأصل المورج رسمياً للمستأجر واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتسجيل ملكية المستأجر خلال خمسة عشر (15) أيام عمل من تاريخ التوقيع على شهادة نقل الملكية ما لم يكن هناك سبب خارج عن إرادته يحول دون نقل ملكية الأصل المورج رسمياً في الموعد المشروط إليه.
20:	التكليف والنفقات والرسوم والضرائب:
1-20:	يكون المستأجر مسؤولاً عن دفع جميع التكليف والنفقات والرسوم والضرائب والفايز التي تتعلق بتقاعه بالأصل المورج سواء كانت مفروضة حالياً أو قد تفرض مستقبلاً.
2-20:	المورج مطالبة المستأجر بمقدار التكلفة الفعلية لجميع التكليف والنفقات التي تحملها المورج والتي تتعلق بتقاعه بالأصل المورج، وتشمل فواتير الخدمات العامة وأي رسوم أو ضرائب، أو التكليف الناشئة عن الحفاظ على حقوقه بموجب وثائق العقد، على أن يقوم بتقييم كلفة الوثائق التي تثبت تحمله لهذه التكليف والنفقات للمستأجر.
3-20:	يؤتمت المستأجر بدفع التكلفة الفعلية لجميع التكليف والنفقات وكذلك الرسوم والضرائب التي تحملها المورج لتقاعه، والتي تتعلق بتقاعه بالأصل المورج، أو تلك الناشئة عن الحفاظ على حقوق المورج بموجب وثائق العقد.
4-20:	استثناء من الأحكام الواردة أعلاه، يتحمل المورج التكليف والنفقات والرسوم والضرائب التي incur العقد عن مسؤوليته عنها، وأن نص نظام على تحمل المورج لها.
5-20:	يقع للمستأجر في حال عدم قضاة بالتكليف والنفقات والرسوم الحكومية التي يطلبها المورج تقديم اعتراض لدى المورج بخصوص هذه المبالغ، وفي حال عدم قبول المورج لاعتراض المستأجر فيحق للمستأجر الاعتراض لدى المحكمة المختصة بتسليمها.
6-20:	في حال قدم المستأجر باعتراض لدى المحكمة المختصة فيما يتعلق بالتكليف والنفقات، فلا يحق للمورج تنفيذ أي الضمانات المقدمة من قبل المستأجر أو اتخاذ أي إجراءات أخرى منه بخصوص هذه المبالغ.

الخاتمة

تناول هذا البحث أحكاماً متعلقة برسوم السداد المبكر للديون. وقد توصل البحث إلى نتائج يمكن إبراز أهمها في النقاط التالية:

١. تعرف رسوم السداد المبكر بأنها: مبلغ نقدي يلتزم المدين بأدائه للجهة التي استدان منها، حين رغبته في الوفاء بكل ما عليه، قبل الأجل المتفق عليه في العقد.

٢. رسوم السداد المبكر تقابل مسألة «ضع وتعجل»، وهي تعجيل قضاء الدين مع حط بعضه. ففي مسألة «ضع وتعجل» يُحط من ثمن الدين مقابل التعجيل، وأما في رسوم السداد المبكر فيزداد على أصل الدين مقابل التعجيل.

٣. إذا أتى المدين بالدين قبل أجله وكان على الدائن ضرر في قبوله أو قصد صحيح يمنعه فإنه لا يجبر على القبول.

٤. يلزم الدائن قبول الدين قبل أجله إذا لم يكن عليه ضرر في ذلك. وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية ومذهب الحنابلة.

٥. تُكَيَّف رسوم السداد المبكر مقابل كلفة إعادة الاستثمار بأنها من تكاليف القروض وخدماته التي يتحملها المدين مقابل تعجيل السداد.

٦. وتكيف جهة التمويل عند تحملها تكاليف لطرف ثالث بأنها وكيل عن المدين بإذنه، ولها أن ترجع عليه بالنفقات موثقة في ملف التمويل.

٧. يجوز فرض رسوم سداد مبكر في حال رغب المدين في تعجيل السداد، وألزمت جهات التمويل المدين بدفع هذه الرسوم.

٨. كفلت أنظمة التمويل ولوائحها التنفيذية وضوابط التمويل الاستهلاكي للمستفيدين من منتجات التمويل تعجيل سداد باقي مبلغ التمويل، واعتبرت السداد المبكر حق للمستفيدين.

٩. أجازت أنظمة التمويل في المملكة العربية السعودية فرض رسوم للسداد المبكر في حالتين: الأولى: كلفة إعادة الاستثمار، والثانية: أن تكون دفعت لطرف ثالث ولم يتم الاستفادة بتعويض جهة التمويل عنها. هذا ويوصي الباحث بما يلي:

١. أوصي الباحثين بدراسة عقود التمويل المستحدثة فقهيًا وتكييفها والحكم عليها، والاطلاع على ما يستجد في هذا الشأن، ومواكبة سرعة التطور في هذا المجال.

٢. وأوصي اللجان الشرعية في البنوك والجهات التمويلية باقتراح مبدأ الإقالة والتنازل عن فرض الرسوم حال السداد المبكر، وذلك أن أنظمة التمويل أجازت فرض الرسوم ولم تلزم بها.

٣. كما أوصي الجهات التمويلية بتوضيح العقود للمستهلك، ومنحه الوقت الكافي لقراءة الشروط وفهمها، وتوضيح ما يشكل عليه، وإبراز الشروط التي يترتب عليها التزامات مالية على الطرفين.

فهرس المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، كفاية النبيه في شرح التنبيه، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٩م.
٣. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط ١، ١٤٢٣هـ.
٤. ابن الملقن، عمر بن علي الشافعي، البدر المنير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض، ط ١، ١٤٢٥هـ.
٥. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري، الإجماع، تحقيق ودراسة: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط ١، ١٤٢٥هـ.
٦. ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي، منتهى الإرادات مع حاشية ابن قائد، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٩هـ.
٧. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، فتح القدير على الهداية، دار الفكر، لبنان، ط ١، ١٣٨٩هـ.
٨. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤٢٥هـ.
٩. ابن رشد، محمد بن أحمد الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، ١٤٢٥هـ.
١٠. ابن شاس، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم الجذامي السعدي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد حمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤٢٣هـ.



١١. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، بدون طبعة وبدون تاريخ.
١٢. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، حاشية ابن عابدين = حاشية رد المحتار، على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، دار الفكر - بيروت، ط ٢، ١٤١٢هـ.
١٣. ابن عثيمين، محمد بن صالح، الشرح الممتع، دار ابن الجوزي، ط ١، ١٤٢٢هـ.
١٤. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني، المحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط ٣، ١٤١٧هـ.
١٥. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٤هـ.
١٦. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ.
١٧. ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، الفروع وتصحيحه، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ١، ١٤٢٤هـ.
١٨. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، ط ٢، بدون تاريخ.
١٩. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، المكتبة العصرية - بيروت.
٢٠. الأزهرى، أبو منصور محمد بن أحمد الهروي، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط ١، ٢٠٠١م.

٢١. الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
٢٢. الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي.
٢٣. البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٤هـ.
٢٤. البلخي، نظام الدين البرنهابوري وجماعة من العلماء، الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية، دار الفكر بيروت. ط ٢، ١٣١٠هـ.
٢٥. البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع، تحقيق: المكتب العلمي لمؤسسة الرسالة، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٧هـ.
٢٦. البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن الإقناع، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط ١، (١٤٢١ - ١٤٢٩هـ).
٢٧. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ٣، ١٤٢٤هـ.
٢٨. الجويني، عبد الملك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط ١، ١٤٢٨هـ.
٢٩. الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١١هـ.
٣٠. الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، حققه وضبطه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤٢٣هـ.

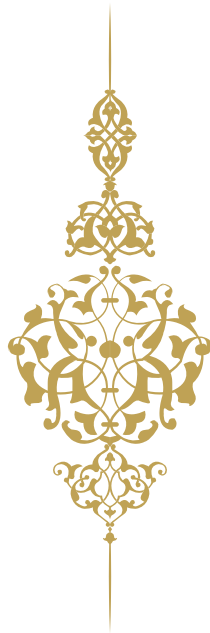


٣١. الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط ٣، ١٤١٢هـ.
٣٢. الخرشبي، أبو عبد الله محمد، الناشر، شرح الخرشبي على مختصر خليل، دار الفكر للطباعة - بيروت، ط ٢، ١٣١٧هـ.
٣٣. الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد البغدادي، السنن، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤٢٤هـ.
٣٤. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٥. الدليل الإرشادي لحساب مبلغ السداد المبكر، مؤسسة النقد العربي السعودي.
٣٦. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير، دار الفكر.
٣٧. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤١٥هـ.
٣٨. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، ١٤٠٤هـ.
٣٩. الزيلعي، عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط ٢.
٤٠. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.
٤١. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، دار الفكر - بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ.

٤٢. الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ.
٤٣. عادل أحمد حشيش، أساسيات المالية العامة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٩٢م.
٤٤. العدوي، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، ١٤١٤هـ.
٤٥. العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران، الفروق اللغوية، حققه وعلق عليه: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر.
٤٦. العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ.
٤٧. القرارات الجمعية في الألفاظ والأساليب من ١٩٣٤ - ١٩٨٧م، صادرة من مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، ١٩٨٩م.
٤٨. القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ.
٤٩. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط١، ١٣٢٨هـ.
٥٠. الكفوي، أبو البقاء، أيوب بن موسى الحسيني القريمي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت.
٥١. اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي.



٥٢. اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل.
٥٣. مالك، مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٥هـ.
٥٤. الماوردي، علي بن محمد البغدادي، الإقناع في الفقه الشافعي، دون ذكر لبيانات الطباعة.
٥٥. الماوردي، علي بن محمد البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي شرح مختصر المزني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٩م.
٥٦. مختصر المزني، المؤلف: المزني، أبو إبراهيم، إسماعيل بن يحيى (ت ٢٦٤هـ)، مطبوع بآخر: كتاب «الأم» للشافعي، دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ.
٥٧. المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ط ١، ١٤١٥هـ.
٥٨. المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٦هـ.
٥٩. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط ٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٦٠. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر.
٦١. الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.





حجية اليمين الحاسمة وشروطها وفقاً لنظام الإثبات السعودي دراسة تأصيلية تطبيقية

د. تركي بن عبد العزيز بن تركي آل سعود

أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص

في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة الملك سعود

د. عادل بن عبد الرحمن بن خلف الشمري

أستاذ مشارك في قسم القانون

في كلية الشريعة والقانون في جامعة طائل

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾^(١). ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(٢). ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾^(٣).

أما بعد:

فتعد حجية اليمين الحاسمة وشروطها وفقاً لنظام الإثبات من الموضوعات الجديدة، بتفصيل أتى به المنظم السعودي، حيث جاء نظام الإثبات السعودي الجديد ببيان طرق الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، وهو أحد منجزات هذا العصر، وسعي ولاة الأمر لتنظيم كل ما من شأنه يؤدي إلى انتظام الأعمال بين الناس، ومعرفة طرقهم لإثبات حقوقهم أمام المحاكم، ولما كانت حجية اليمين الحاسمة شروطها من الأمور المهمة في

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٠٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ١.

(٣) سورة الأحزاب، الآية: ٧٠ - ٧١.

أحكام اليمين بشكل خاص، ومهمة في معرفة طرق الإثبات بشكل عام، جاءت فكرة هذا البحث الذي يتناول أحكام اليمين من حيث الأصل من تعريفها في اللغة والنظام والفقه ومشروعيتها الشرعية والنظامية، ومن ثم موضع البحث، وذلك بتعريف اليمين الحاسمة وحجيتها وشروطها، وقد استند البحث على العديد من المراجع الشرعية والقانونية، والأحكام القضائية، وذلك بالاستشهاد بها في موضع البحث؛ إذ إن الاطلاع على الشروح سواء في المملكة العربية السعودية أو شروح غيرها من القوانين، لفت الانتباه أن أكثر الشراح يركزون في شروحهم على أمرين: المادة القانونية، والأحكام القضائية، أو المراجع التي استندت على تلك الشروح التي مصدر المعلومة لديها المواد القانونية والأحكام القضائية، فجاء هذا البحث بالتنوع في المصادر والمراجع سواء شرعية أم قانونية فقهية أم الكثير من الأحكام القضائية في القضاء التجاري والمنازعات المالية، وقد جعلنا مرتكز البحث هو نظام الإثبات السعودي دون مقارنة بما ورد في القوانين المقارنة، مع الاستفادة من شرح تلك القوانين فيما يناسب موضع بحث المادة النظامية.

أهمية الموضوع:

تأتي أهمية البحث من حيث تمييز اليمين الحاسمة عن غيرها من الأيمان، ففي بيان تعريفها وحجيتها وشروطها أهمية؛ إذ يبين من له الحق في طلب توجيه اليمين الحاسمة، ومتى يكون الحق في ردها، والأحكام الخاصة في طلبها وصياغتها وتوجيهها وأدائها والنكول عنها وردها، وفي أي المواضع

تكون اليمين، ومتى تؤدى، ومكان تأديتها، والوقائع المتعلقة بها، فهي تجمع عدة أحكام نظامية متعلقة بالخصوم، وفي ذات اليمين وفي الوقائع التي يتم الاستحلاف عليها، وما ذهب له فقهاء الشريعة الإسلامية من أحكام متعلقة بها، وآراء شراح القانون، وما حكمت به المحاكم السعودية، أو غيرها مما لزم إضافته، لتُعرف الاتجاهات القضائية في المسائل التي يكون مرجع الفصل فيها اجتهاد قضائي، لذا رأينا بحث هذه المسألة بشكل خاص، مع عدم التوسع الممل، والاختصار المخل، والذي رأينا أنه يفيد القارئ، ويحقق أهمية في ذات الموضوع.

أسباب اختيار البحث:

١. ما ذكر في أهمية الموضوع.
٢. التعلق بموضوع البحث بأمر مهم من طرق الإثبات.
٣. الرغبة في بحث الأمور المستجدة، وتخرجها على ما ذهب له المتقدمون.
٤. إفادة الباحثين في الموضوع، بإثراء للمكتبة الشرعية والنظامية بأحكام هذا البحث.
٥. إفادة المنظمين بتوصيات هذا البحث.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في تحديد متى تكون اليمين الحاسمة وشروطها بالنسبة لأطراف النزاع، وبيان الأحقية في طلب توجيه اليمين الحاسمة أو توجيهها مباشرة، دور المحكمة في طلب اليمين، وطريقة أداء اليمين وردها

والنكول عنها، وعلى ماذا تكون اليمين، وبيان صيغتها المرادة في النظام؛ إذ كان من الضرورة البحث وبيان الرأي الراجح في مسائل وموضوعات البحث.

تساؤلات البحث:

يجب هذا البحث عن تعريف اليمين في اللغة والإصطلاح النظامي والفقهية الشرعي، وبيان مشروعيتها في الشريعة الإسلامية والنظام، وبيان تعريف اليمين الحاسمة، وحجيتها وشروطها.

الدراسات السابقة:

مما لا شك فيه أن موضوع البحث سبق بحثه وفقاً للأنظمة السعودية أو في القانون المقارن، إلا أن ذلك خاص بتلك الأنظمة أو القوانين، وحيث إن موضع البحث قد أُلغي في الأنظمة السعودية في الدراسات السابقة، وأُقر المنصوص في نظام الإثبات، وأن ما ورد في القوانين المقارنة، فهو ليس بالضرورة التشابه مع ما ورد في نظام الإثبات؛ إذ إن تلك البحوث والرسائل شرحت ما ذهبت له تلك القوانين، فرأينا الجدة في موضوع البحث من حيث كونه لم يُبحث وفقاً لنظام الإثبات السعودي الجديد، ووفقاً لطريقة بحثه، ومراجعته.

نطاق البحث:

النطاق المكاني: النطاق المكاني لمعالجة موضوع البحث هو المملكة العربية السعودية.

النطاق الموضوعي: اليمين، اليمين الحاسمة، حجية اليمين الحاسمة، شروط اليمين الحاسمة.

النطاق المرجعي: الأنظمة السعودية، وفقه القوانين المقارنة، والمراجع المتنوعة التي تناولتها بالشرح والتعليق، بالإضافة إلى المصادر الفقهية الشرعية، والأحكام القضائية، والمصادر العلمية الأخرى.

النطاق الزمني: منذ صدور نظام الإثبات السعودي عام ١٤٤٣هـ، والاستشهاد بالأحكام القضائية على النظام، أو الأنظمة السابقة.

منهج الدراسة:

أولاً: أساليب البحث:

الترنما في البحث بما يناسبه من الأساليب التالية:

١. الأسلوب التأصيلي: وذلك بتتبع الأجزاء للوصول إلى قاعدة كلية، من خلال إرجاع كل رأي أو مسألة إلى أصولها.

٢- الأسلوب التطبيقي: وذلك بذكر الأحكام القضائية كشاهد لمسائل البحث؛ لمعرفة ما استقر عليه العمل قضائياً.

ثانياً: إجراءات البحث:

في إعداد البحث ستتبع الخطوات الآتية:

١. جمع المادة العلمية من مصادرها الأصلية.

٢. صياغة البحث بأسلوب علمي دقيق وواضح.

٣. توثيق النصوص والمنقولات من مصادرها، وتوثيق الآراء والأفكار ونسبتها إلى أصحابها.
٤. عزو الآيات القرآنية الكريمة، وتخريج الأحاديث والآثار من مصادرها، مع الحكم عليها إن وجدت.
٥. التزام علامات الترقيم المتعارف عليها.
٦. ذكر التطبيقات القضائية التي تتطلبها الدراسة متى ما وجدت، ووضعها في حاشية البحث.
٧. وضع خاتمة في نهاية البحث تتضمن نتائج البحث والتوصيات التي نراها مفيدة.
٨. وضع علامة التنصيص («...») عند النقل الحرفي، وعند عدم النقل الحرفي لا توضع علامات التنصيص، ولا ذكر أي عبارة أخرى.
٩. الالتزام بذكر معلومات الكتاب كاملة عند ذكره للمرة الأولى، وفقاً لما هو مدون على الكتاب، وعند نقص بعض المعلومات كتاريخ النشر، أو مكانه، فإنه يعني عدم ذكره على نفس الكتاب أصلاً.

خطة البحث:

يتألف البحث من مقدمة تضمنت أهمية الموضوع، وأسباب اختيار البحث، ومشكلة البحث، وتساؤلات البحث، والدراسات السابقة، ونطاق التطبيق، ومنهج البحث، ثم تقسيمات البحث:

التمهيد:

المطلب الأول: تعريف اليمين:

الفرع الأول: تعريف اليمين في اللغة.

الفرع الثاني: تعريف اليمين في النظام.

الفرع الثالث: تعريف اليمين في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مشروعية اليمين:

الفرع الأول: مشروعية اليمين في النظام.

الفرع الثاني: مشروعية اليمين في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: تعريف اليمين الحاسمة.

- المبحث الثاني: حجية اليمين الحاسمة.

- المبحث الثالث: شروط اليمين الحاسمة.

فهرس المصادر والمراجع.



التمهيد

المطلب الأول: تعريف اليمين:

الفرع الأول: تعريف اليمين في اللغة:

اليمين: الحلف، ويقال: القوة، وفي القرآن الكريم: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ (١)، أي: بالقوة، ويقال: اليد اليمنى، وقال تعالى: ﴿فَرَأَى عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِالْيَمِينِ﴾ (٢)، أي: باليد اليمنى، ويقال: الحلف، لقوله تعالى: ﴿وَتَأْتِيهِمْ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَمَكُمْ﴾ (٣) (٤). ويقال اليمين: الحق.

فقيه شعراً:

رأيت عرابة الأوسي ينمي

إلى الخيرات منقطع القرين

إذا ما راية رفعت لمجد

تلقاها عرابة باليمين (٥)

(١) سورة الحاقة، آية: ٤٥.

(٢) سورة الصافات، آية: ٩٣.

(٣) سورة الأنبياء، آية: ٥٧.

(٤) المنجد في اللغة، علي بن الحسن الهنائي الأزدي، أبو الحسن، (المتوفى: بعد ٣٠٩هـ)، تحقيق: د. أحمد مختار عمر، د. ضاحي عبد الباقي، الناشر: عالم الكتب، القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٩٨٨م، ص ٣٦٠-٣٦١.

(٥) الزاهر في معاني كلمات الناس، محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر الأنباري، (المتوفى: ٣٢٨هـ)، المحقق: د. حاتم صالح الضامن، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٢م، ج ٢، ص ٨٨.

وقيل: اليمين: القسم^(١). ويقال اليمين: القدرة^(٢).

وخلاصة ما أورده أهل اللغة أن اليمين تطلق على عدة معان منها: الحلف والقسم والقوة والقدرة.

الفرع الثاني: تعريف اليمين في النظام:

جاء في نظام الإثبات بيان أحكام اليمين في عدة مواضع، وخصص باباً كاملاً لبيان أحكامها، وعند النظر في النصوص النظامية، فإنه يتضح المقصود بأنواع اليمين، ولم تُعرّف اليمين أو بيان المقصود منها بشكل عام، وبيان التعريفات للمصطلحات الواردة في الأنظمة يتركه كثير من المنظمين لاجتهاد شراح النظام والقضاء، كما أن اليمين من الأمور الشرعية والنظامية التي استقر الناس على معرفتها، وإنما وُضح المقصود بأنواع اليمين؛ لكون المصطلحات قد تلبس على المتلقي.

وعند النظر فيما ذهب إليه فقهاء القانون، فإنه عُرفت اليمين بعدة تعريفات، منها:

(١) حلية الفقهاء، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين، (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٨٣م، ص ٢٠٥.

(٢) المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد الحميد هندراوي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى: ٢٠٠٠م، ج ١٠، ص ٥١٦. طلبة الطلبة، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي، (المتوفى: ٥٣٧هـ)، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثني، بغداد، ١٣١١هـ، ص ٦٦.

اليمين هي: «استشهاد الله عَزَّوَجَلَّ على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه»^(١).

واليمين نوعان، وهما: يمين قضائية ويمين غير قضائية، فالقضائية هي التي تُحلف في مجلس القضاء، وأما اليمين غير القضائية فهي التي تُحلف خارج مجلس القضاء^(٢)، واليمين القضائية هي التي تم بيان أحكامها في نظام الإثبات.

وقيل في بيان المراد باليمين القضائية: هي «تأكيد الحق المدعى به نفيًا أو إثباتًا عند الاقتضاء من قبل المترافعين أو أحدهما بذكر اسم الله أو صفة من صفاته أمام القاضي المختص وبإذنه»^(٣).

وقيل: في اليمين أنها: «إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف، تقوية لهذا القول وتعزيزًا له»^(٤).

وقيل: إن اليمين هي: «عبارة عن تأكيد الخصم حقيقة واقعة معينة مع الاستشهاد بالمولى عَزَّوَجَلَّ على صدق ما يقوله»^(٥).

(١) رسالة الإثبات، أحمد نشأت، الناشر: دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة: السابعة، ١٩٧٣م، ج ٢، ص ٦٩.

(٢) المرجع السابق، ج ٢، ص ٦٩، أدلة الإثبات، د. محمد نصر محمد، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٣٧هـ، ص ٢١١.

(٣) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م، ص ٥٥٧.

(٤) دور الحاكم المدني في الإثبات، آدم وهيب النداوي، رسالة ماجستير، الناشر، دار العربية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦م، ص ٣٤٨.

(٥) محاضرات في قانون الإثبات، د. محمد لبيب شنب، د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الناشر: مطبعة الإسراء، ٢٠١٢م، ص ١٢١.

وقيل يقصد باليمين: «استشهاد الله عَزَّوَجَلَّ على قول الحق مع الشعور بالخوف من العقاب إذا ما حنث»^(١).

وعند النظر فيما ذهب إليه فقهاء القانون فإنه يتبين اختلاف في صياغة التعريف أو بيان المقصود من اليمين، وحيث إن اليمين أصلها شرعي، ومأخوذ حكمها من الأدلة الشرعية، وأن الأنظمة سارت وفق المنهج الإسلامي، فإنه من المهم النظر فيما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: تعريف اليمين في الفقه الإسلامي:

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف اليمين وبيان حكمها وصيغها وأهم المسائل المتعلقة بها، وكان ذلك بشكل كبير جداً، والذي يهم في هذا الموضوع هو بيان ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف اليمين بشكل عام، حيث إن الحنفية عرفوها بأنها: «عبارة عن عقد قويٍّ بها عزمُ الحالفِ على الفعل أو الترك»^(٢)، وقيل: «تقوية الخبر بذكر الله تعالى أو بالتعليق»^(٣).

(١) الإثبات في الفقه الإسلامي، والأنظمة السعودية، د. حسام الدين سليمان توفيق، الناشر: دار الكتاب الجامعي، الرياض، الطبعة: الأولى، ٢٠١٨م، ص ٢٠٧.

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيعلي الحنفي، (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ، ج ٣، ص ١٠٧. العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري، (المتوفى: ٧٨٦هـ)، الناشر: دار الفكر، ج ٥، ص ٥٩.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (المتوفى: ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، ج ٤، ص ٣٠٠، وذكر أن التعليق يمينٌ في اللغة.

وذهب المالكية إلى تعريف اليمين أنها: «تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته»^(١)، وقيل هي على ثلاثة أقسام: «اليمين قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القرابة أو يجب بإنشاء لا يفتقر لقبول تعلق بأمر مقصود عدمه»^(٢). واليمين عند الشافعية هي: «(تحقيق) أمر (غير ثابت) ماضياً كان أو مستقبلاً نفيًا أو إثباتًا ممكنًا... أو ممتنعًا... صادقة كانت اليمين أو كاذبة، مع العلم بالحال أو مع الجهل به»^(٣). وعند الحنابلة تُعرف بأنها: «توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص»^(٤).

(١) مختصر خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، (المتوفى: ٧٧٦هـ)، تحقيق: أحمد جاد، الناشر: دار الحديث، القاهرة، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٥م، ص ٨٢.

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى، المالكي، (المتوفى: ١١٢٦هـ) الناشر: دار الفكر، ١٩٩٥م، ج ١، ص ٤٠٨. وقال إن قول العلامة خليل: «اليمين تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته، فإنه قاصر على أحد الأقسام، وهي اليمين التي تُكْفَرُ التي تسمى قسمًا».

(٣) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، ج ٤، ص ٢٤٠. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، تصوير: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٥٧هـ، ج ١٠، ص ٢.

(٤) المطلع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين، (المتوفى: ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط، وياسين محمود الخطيب، الناشر: مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ، ص ٤٧٠. المبدع شرح المقنع، =

وعند النظر فيما ذهب له فقهاء الشريعة الإسلامية فإنه يتضح أنهم عرفوا اليمين بمعناها العام باعتبارها قَسَمًا، وهذا ينطبق على اليمين من غير تقييدها بما يؤدي في المنازعات.

المطلب الثاني: مشروعية اليمين:

الفرع الأول: مشروعية اليمين في النظام:

عند النظر في نظام الإثبات السعودي^(١) فإنه يتضح العمل باليمين كطريق إثبات، ولهذا جاءت عدة نصوص بهذا الخصوص في عدة مواضع من النظام، ولها أحكام عدة في كثير من طرق الإثبات في نظام الإثبات، وحيث إن المقصود في هذا الفرع بيان مشروعيتها في النظام، وأن نظام الإثبات السعودي أخذ بها، فإن النظام يبيّن في أحكامه العامة؛ أن اليمين معتبرة ومعمول بها ويؤخذ بها، حيث جاء النص في النظام على الآتي: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»^(٢)، «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»^(٣)، وغيرها من النصوص التي بينت أحكام اليمين.

= إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، (المتوفى: ٨٨٤هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٧م، ج ٨، ص ٥٧. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجأوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين أبو النجاء، (المتوفى: ٩٦٨هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ج ٤، ص ٣٢٩.

(١) الصادر بالمرسوم الملكي، رقم (م/٤٣)، وتاريخ ٢٦/٥/١٤٤٣هـ.

(٢) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٣)، من نظام الإثبات.

(٣) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (٣)، من نظام الإثبات.

الفرع الثاني: مشروعية اليمين في الفقه الإسلامي:

جاء في مشروعية اليمين في الشريعة الإسلامية عدة أدلة، وتولى فقهاء الشريعة شرحها وبيانها، ولذا أجمع العلماء على مشروعيتها. مشروعية اليمين في القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (٧٧) (١). وقال تعالى ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ (٢). وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾ (١) (٣).

مشروعية اليمين في السنة:

عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)) (٤).

(١) سورة آل عمران، آية رقم (٧٧).

(٢) سورة المائدة، آية رقم (٨٩).

(٣) سورة النحل، آية رقم (٩١).

(٤) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الجليل، بيروت، ج ٥، ص ١٢٨. وجاء بلفظ آخر في الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، (المتوفى: ٢٥٦هـ)، الناشر: دار الشعب، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٩٨٧م، باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ﴾، ج ٦، ص ٤٣.

مشروعية اليمين في الإجماع:

«أجمعت الأمة على مشروعية اليمين، وثبتت أحكامها. ووضعها في الأصل لتوكيد المحلوف عليه»^(١).



(١) المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ، ج ٩، ص ٤٨٧.

المبحث الأول تعريف اليمين الحاسمة

عند النظر في نظام الإثبات فإنه يتضح أنه عرّف اليمين الحاسمة، حيث جاء النص على أن: «اليمين الحاسمة: هي التي يؤديها المدعى عليه لدفع الدعوى، ويجوز ردها على المدعي»^(١)، وسميت هذه اليمين بالحاسمة؛ لأنها تحسم النزاع، ويسمى القضاء بها قضاء الاستحقاق، واعتمدت الأنظمة تسميتها بهذا الاسم لتمييزها عن غيرها^(٢).

ويذهب بعض الشراح إلى أن اليمين الحاسمة بمثابة عمل قانوني من جانب واحد لها صبغتها الدينية، فينتج بموجبها آثار على الحكم، وهي عبارة عن آلية يلجأ لها أحد أطراف القضية كآخر حل لإنهاء الدعوى^(٣)، ويذهب رأي آخر إلى أن اليمين الحاسمة تصرف قانوني إجرائي؛ لأنها تدخل في إجراءات الخصومة، وترتب آثاراً قانونية حددها المنظم بالنسبة للوقائع محل اليمين^(٤).

- (١) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٢)، من نظام الإثبات.
- (٢) الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، د. حسام الدين سليمان توفيق، الناشر: دار الكتاب الجامعي، الطبعة: الأولى، ٢٠١٨م، ص ٢٠١.
- (٣) شرح نظام الإثبات السعودي الجديد، المحامي د. وسيم حسام الدين الأحمد، الناشر: مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة: الأولى، ٢٠٢٢م، ص ١٥٩.
- (٤) القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، د. محمود محمد هاشم، الناشر: جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، الرياض، ١٤٢٠هـ، ص ٣٦٦. وقد ذكر آراء أخرى عن الشراح، والذين يعدون: «اليمين عقدًا ينطوي على صلح بين الطرفين، أي: نزولاً من الخصم عما يدعيه معلقاً على شرط يختلف باختلاف =

وتكون اليمين الحاسمة عندما يفقد المدعي البيينة، ويكون أدائها على المدعى عليه؛ واليمين تكون لإبقاء الأصل^(١).

ويطلق على اليمين الحاسمة في الفقه الشرعي عدة مسميات، فتسمى اليمين الواجبة، واليمين الرافعة، وهي الدافعة، وهي اليمين الأصلية^(٢).

ونرى أن تُعرف اليمين الحاسمة بأنها: هي التي يطلبها المدعي عند عجزه عن البيينة أو إسقاطها، ويؤديها المدعى عليه لدفع الدعوى، ويجوز ردها على المدعي فيما لا ينفرد المدعى عليه بعلمه.

= الموقف الذي يتخذه الخصم الآخر. ومنهم من ذهب إلى أن اليمين ليست إلا اتفاقاً على التحكيم، ومنهم من اعتبرها تصرفاً قانوناً، ومنهم من اعتبرها نظاماً من أنظمة العدالة».

- (١) الفقرة (٢) من المادة رقم (٣)، من نظام الإثبات.
- (٢) اليمين وأثرها في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، الشفيق جعفر محمد يوسف، رسالة ماجستير، جامعة القران الكريم والعلوم الإسلامية، السودان، ٢٠١٣م، ص ٦١.

المبحث الثاني حجية اليمين الحاسمة

عند النظر في نظام الإثبات فإنه عد اليمين الحاسمة حجة ومنهية للنزاع، حيث جاء النص على النحو الآتي: «كل من وجهت له اليمين فحلفها حُكم لصالحه، أما إذا نكل عنها دون أن يردها على خصمه حكم عليه بعد إنذاره، وكذلك من ردت عليه اليمين فنكل عنها»^(١).

وتكون اليمين في حال عجز المدعي عن البينة أو أسقطها، ولهذا جاء النص على أنه: «إذا عجز المدعي عن البينة وطلب يمين خصمه حُلف، فإن نكل ردت اليمين على المدعي بطلب المدعى عليه، فإذا نكل المدعي عن اليمين المردودة رُدت دعواه، - لا ترد اليمين فيما ينفرد المدعى عليه بعلمه، ويقضى عليه بنكوله»^(٢).

ومن خلال النصوص النظامية يتضح أن اليمن الحاسمة تحسم القضية، وتكون في الأحوال الآتية:

- أن يحلفها من وجهت له ابتداء فيحكم له^(٣).

(١) المادة رقم (٩٨)، من نظام الإثبات.

(٢) الفقرة رقم (١-٢)، من المادة رقم (٩٧)، من نظام الإثبات.

(٣) جاء في حكم قضائي: «فلما كان المدعي يطلب إلزام المدعى عليه بتعويضه عن أخطاء التنفيذ والتعدي على أرض الغير، ولما كان المدعى عليه قدر أقر بأنه نفذ جزءاً من الأعمال خارج حدود الصك، ودفع بعلم المدعي بذلك، وأنه أمره بالاستمرار في العمل، وبناء عليه فقد انقلب مركز المدعى عليه بهذا الدفع وصار مدعياً به، وبما أن المدعى عليه - بعد أن أصبح مدعياً - لم يقدم بينة موصلة على علم المدعي بذلك وأمره له بالاستمرار في العمل، وطلب يمين خصمه على نفي ذلك، وبما أن المدعي قام بأداء =

- أن يتخلف من وجهت له عن الحضور للمحكمة بدون عذر، ودون أن ينازع في جوازها أو تعلقها بالدعوى؛ فإنه يُعد ناكلاً^(١).

= اليمين المطلوبة على النحو المبين أعلاه، وحيث إن هذه اليمين حاسمة كما يدل عليها اسمها، لا تقع إلا على ما تنحسم به الدعوى حيث تؤدي إلى قطع النزاع، ولأن طلبها من الخصم إنما هو تنازل عن كل ما عداها من طرق الإثبات اكتفاءً بالاحتكام إلى ذمة الخصم الذي وجهت إليه، ويصبح الحق معلقاً على ذمة الخالف وضميره ومبلغ إيمانه وعقيدته، ولحديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بَدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِيِ، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ))، (حديث حسنٌ رواه البيهقي وغيره)، ولقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للحضرمي الذي خاصم الكندي في أرض اغتصبها منه: ((ألك بينة؟)) قال: لا، قال: ((فلك يمينه)). فقال: يا رسول الله، إنه فاجرٌ ليس يبالي ما حلف، ليس يتورع من شيء، فقال: ((لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ))، (حديث صحيح رواه مسلم وغيره)، قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، قال: ومعنى قوله: البينة على المدعي يعني: يستحق بها ما ادعى؛ لأنها واجبة يؤخذ بها، ومعنى قوله: اليمين على المدعى عليه أي: يبرأ بها؛ لأنها واجبة عليه، يؤخذ بها على كل حال»، وقال في كشف القناع: «اليمين تقطع الخصومة في الحال ولا تسقط الحق»، ولما كان من المقرر فقهاً أنه إذا حلف المدعى عليه اليمين الشرعية ترتب على حلفه انقطاع الخصومة بين المتداعيين، وإنهاء الخلاف بينهما وسقوط الدعوى، وذلك باتفاق الفقهاء». المحكمة التجارية، المدينة المنورة، القرار رقم (٨٩٣) ٨/١١/١٤٤٠هـ، محكمة الاستئناف التجارية بالمدينة المنورة، القرار رقم (١٥٨)، وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٢هـ، البوابة العلمية القضائية.

(١) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (١٠٣)، من نظام الإثبات.

جاء في حكم قضائي الآتي: «وباطلاع الدائرة على أوراق القضية ومستنداتها أفهمت المدعية أنها غير موصلة للحكم لمبلغ المطالبة، وأن لها يمين المدعى عليها النافية فطلبتها، وحيث تخلفت المدعى عليها عن الحضور لأداء اليمين رغم ثبوت تبلغها بها، مما يعد نكولاً منها». المحكمة التجارية، الدمام، القرار رقم (٤٤٧٠٤٨٢٥٣) وتاريخ ٢٧/١/١٤٤٤هـ، البوابة العلمية القضائية.

- أن ينازع من وجهت له في جوازها أو تعلقها في الدعوى ولم تقتنع المحكمة، فيجب عليه أداء اليمين وإلا عد ناكلاً^(١).

(١) الفقرة رقم (٣)، من المادة رقم (١٠٣)، من نظام الإثبات.

وجاء في حكم قضائي: «وحيث سألت الدائرة وكيل المدعي عن بيئته فطلب يمين المدعى عليه على نفي الدعوى وقد أجرت الدائرة اللازم بتبليغ المدعى عليه لأداء اليمين، وحيث إن المدعى عليه لم يحضر لأداء اليمين مع تبليغه مما يتضح معه نكول المدعى عليه عن أداء اليمين. ولما كانت المادة (١٠٣) من نظام الإثبات نصت في فقرتها الأولى على أن: «من دعي للحضور إلى المحكمة لأداء اليمين وجب عليه الحضور»، كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه: «إذا حضر من وجهت له اليمين بنفسه ولم ينازع لا في جوازها أو في تعلقها بالدعوى، وجب عليه أن يؤديها فوراً أو يردها على خصمه وإلا عد ناكلاً، وإن تخلف عن الحضور بغير عذر عد ناكلاً»، ولقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الحديث الذي رواه عنه ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))، ولقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر))، ولما جاء في المعنى: «وإذا نكل من توجهت عليه اليمين فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل، وإن لم يخلف جعل ناكلاً، وإن قال ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا في المدعي إن كان مالاً، والمقصود منه المال قضي عليه بنكوله». المحكمة التجارية، بريدة، القرار رقم (٤٤٣٠٠٥٢٧٣٢) وتاريخ ٢٥/٢/١٤٤٤هـ، البوابة العلمية القضائية.

وجاء في حكم قضائي: «ولما قدمت في سبيل إثبات دعواها العقد المبرم بين الطرفين، وقررت أنه ليس لديها مزيد بينة، ولما طلبت يمين المدعى عليها النافية لدعوى المدعية بناءً على المادة (٩٧) من نظام الإثبات حيث نصت: «١- إذا عجز المدعي عن البينة وطلب يمين خصمه حُلف، فإن نكل ردت اليمين على المدعي بطلب المدعى عليه، فإذا نكل المدعي عن اليمين المرادودة رُدَّت دعواه»، وحيث وجهت الدائرة اليمين على المدعى عليه بعد طلب المدعية ذلك على نفي دعواها، ولما تخلف المدعى عليه عن الحضور بعد تبليغه بذلك؛ الأمر الذي تعده الدائرة نكولاً منه عن أداء اليمين؛ استناداً على المادة الثالثة بعد المائة من نظام الإثبات حيث نصت على أن: «٢- إذا حضر من وجهت إليه اليمين بنفسه ولم ينازع في جوازها أو في تعلقها بالدعوى، وجب عليه أن يؤديها فوراً أو يردها على خصمه وإلا عد ناكلاً، وإن تخلف عن الحضور بغير عذر عد ناكلاً». المحكمة التجارية، جدة، القرار رقم (٤٤٧١٣٤٣٢٠) وتاريخ ١/٢/١٤٤٤هـ، البوابة العلمية القضائية.

- أن ينكل عنها من وجهت له ابتداء ولا يردها على خصمه فيحكم عليه بعد إنذاره^(١).
 - أن ينكل عنها المدعى عليه فيما ينفرد بعلمه فيحكم عليه.
 - ألا يؤديها من وجهت له ابتداء ويردها على خصمه، فإنه يُنتقل إلى يمين الخصم.
 - أن يحلفها من ردت عليه اليمين، فيحكم له.
 - أن ينكل عنها من درت عليه اليمين فتترد دعواه.
- فاليمين الحاسمة إذا أدت بالصيغة والإجراءات والشروط النظامية فإنها حجة قاطعة في حق من أداها في مواجهة خصمه الذي طلب توجيهها أو ردها، وتكون حجة على من نكل عنها بالنسبة للناكل لمصلحة من طلب توجيهها أو ردها^(٢).

(١) جاء في حكم قضائي: «فإن المدعي ووكيله يطلبان إلزام المدعى عليه برد مبلغ (٧,٠٠٠) سبعة آلاف ريال والمدفوع للمدعى عليه لقاء ترافعه عن المدعي في دعوى سابقة، ولما كانت بينة المدعي غير كافية لإثبات تعدي المدعى عليه وتفريطه، وبما أن المدعى عليه منكر لدعوى المدعي مما يقتضي حينئذ تطبيق الإيجاب الشرعي حيال دعوى المدعي، وذلك بتوجيه اليمين للمدعى عليه فليس للمدعي إلا يمين المدعى عليها على عدم التعدي أو التفريط، وحيث إن المدعى عليه امتنع عن أداء اليمين بعد أن توجهت إليه تكراراً، ومن المعلوم فقهاً أن من رفض أداء اليمين وامتنع عنها يعد ناكلاً عن الدعوى والنكول يقوم مقام البينة كما قرره أهل العلم». المحكمة التجارية، المدينة المنورة، القرار رقم (٤٤٧٢٥٩٨٩٤)، وتاريخ ٢/٢/١٤٤٤هـ، البوابة العلمية القضائية.

(٢) الإثبات والتوثيق أمام القضاء، عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، مطبعة السعادة، دار الكتب المصرية، ١٩٨٢م، ص ١٧٧.

وهذه الحجية ليست مطلقة في مواجهة الغير، حيث إنها حجة قاصرة على من وجهها ولمن وجهت له فقط دون أن يتعدى أثرها لغيرهم من الخصوم^(١).



(١) قانون الإثبات، د. محمد حسين منصور، الناشر: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٢٣٧.

المبحث الثالث شروط اليمين الحاسمة

عند النظر في الشروط التي نص عليها المنظم في أداء اليمين الحاسمة فإنها لم تكن منصوصة في مادة واحدة أو تحت عنوان لشروط اليمين الحاسمة، وإنما كانت الشروط ضمن عدة مواد عامة في اليمين، وخاصة في اليمين الحاسمة، ويجب أن تتوافر هذه الشروط لتصحح اليمين الحاسمة، وهي إما شروط في توجيهها أو شروط في أدائها، أو في الواقعة أو في ذات اليمين، فشروط اليمين الحاسمة هي على النحو الآتي:

- أن تكون اليمين في المعاملات المدنية أو التجارية^(١):

نص نظام الإثبات على أن اليمين الحاسمة يجوز أن توجه في الحقوق المالية^(٢)، فاليمين الحاسمة توجه في الحقوق المالية المنبثقة من المعاملات

(١) المادة رقم (١)، من نظام الإثبات.

(٢) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٦)، من نظام الإثبات.

وجاء في حكم قضائي: «وحيث إن الناكل يقضى عليه بالنكول وقد جاء في معين الحكام (ص: ٩٧) ما نصه «قال الماوردي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ﴾ [النور: ٤٨] الآية، في الآية دليل على أنه من دعي إلى حاكم فعليه الإجابة ويجرح إن تأخر. وروي عن الحسن أن النبي عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال: ((من دعي إلى حاكم من حكام المسلمين فلم يجب فهو ظالم لا حق له))». وقال البهوتي «(وما يقضي فيه بالنكول هو المال وما يقصد به المال) مما تقدم بيانه (ومن لم يقض عليه بنكول) إذا نكل (خلى سبيله) ولم يحكم عليه بالنكول في غير المال وما يقصد به المال»، ولقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. المحكمة التجارية، جدة، القرار رقم (٤٤٧٠٥٦٨٩٠) وتاريخ ١٣/١/١٤٤٤ هـ. البوابة العلمية القضائية.

المدنية أو التجارية^(١)، ولهذا يتضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية تناولوا هذه المسألة، حيث جاء عندهم أن الحقوق على ضربين، إما أن تكون حقاً لله، أو حقاً لأدمي، وحق الأدمي يكون على قسمين: الأول: إما أن يكون مالا أو المقصود منه المال، فهو الذي تشرع فيه اليمين، وهذه اليمين لا يوجد فيها خلاف بين العلماء، فإذا لم يكن للمدعي بينة، فله يمين خصمه، فإن حلف، برئ، والقسم الثاني: ما ليس بهال، ولا يقصد منه المال، وهو الذي يثبت بشاهدين كالقصاص والقتل والنكاح... فهذا القسم فيه على روايتين، أولهما: لا يُستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين، وهو قول أحمد، حيث قال: لم أسمع من مضي جوزوا الأيمان إلا في الأموال والعروض الخاصة، وهو قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة، والرواية الثانية يستحلف في الطلاق والقصاص والقتل^(٢).

ولهذا يتضح أن النظام أقر القول بأن اليمين تكون في الحقوق المالية، وأن لذلك أصلاً فقهياً شرعياً، وسار النظام على ذلك.

(١) ويلاحظ ما ورد في المرسوم الملكي لنظام الإثبات، حيث جاء فيه: «ثانياً: تعديل الفقرة (١) من المادة (الثامنة عشرة بعد المائتين) من نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، لتكون بالنص الآتي: «تطبق الأحكام الواردة في نظام المرافعات الشرعية وفي نظام الإثبات فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام بما لا يتعارض مع طبيعة القضايا الجزائية». ثالثاً: تعديل المادة (الستين) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، لتكون بالنص الآتي: «تطبق على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم ديوان المظالم أحكام نظام المرافعات الشرعية ونظام الإثبات فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية».

(٢) المغني، ابن قدامة، ج ١٠، ص ٢١٣.

وجاء في الأدلة الإجرائية نظام الإثبات: «فيما لم يرد فيه نص خاص، لا توجه اليمين في غير الحقوق المالية»^(١).

- أن يكون الحالف أهلاً للتصرف فيما يحلف عليه^(٢):

وأهلية التصرف هي التي يطلق عليها بأنها أهلية الأداء، حيث إن أهلية التعامل أو التصرف يكون نطاقها في صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد بها القانون ويحميها، وإذا جاء لفظ الأهلية مطلقاً فإنه ينصرف إلى أهلية الأداء وحدها^(٣)، وتتحقق المحكمة من أهلية التصرف للحالف فيما يحلف عليه، ويكون ذلك من تلقاء المحكمة^(٤)، ولهذا يجب أن يكون الحالف بالغاً وعاقلاً، فلا يحلف صغير ولا مجنون^(٥)؛ لأن حلف الخصم سيترتب عليه ترك ذلك الحق له، أو أن يعد التصرف الذي حلف عليه الخصم ثابتاً في حق من طلب توجيه اليمين^(٦).

(١) المادة رقم (٩٣)، الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، الصادرة بالقرار رقم (٩٢١)، وتاريخ ١٦ / ٣ / ١٤٤٤هـ.

(٢) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٤)، من نظام الإثبات.

(٣) المدخل إلى دراسة القانون، د. محمد بن أحمد البديرات، الناشر: مكتبة المتنبّي، الطبعة الثانية، ٢٠١٩م، ص ٣٢١.

(٤) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٥)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

(٥) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، ص ٥٦٢.

(٦) أصول الإثبات وإجراءاته، د. سليمان مرقس، الناشر: عالم الكتب، القاهرة، ج ١، ص ٦٠٦.

ويستثنى من الصغير، الصغير المميز المأذون له في البيع والشراء فيما أذن له فيه، فإنه يجوز أن توجه له اليمين^(١).

- أن يؤديها من وجهت له، ولا تُقبل النيابة في الأداء^(٢)، ويجوز ردها على المدعي^(٣):

إذ إن اليمين لا يصح طلب توجيهها إلا لخصم أصلي في الدعوى، ولا تجوز الوكالة في حلف اليمين^(٤)، ويكون للخصم أن يطلب رد اليمين على خصمه، ويكون الطلب فيما يمكن أن يكون الخصم أن يعرفه ويعلم به^(٥)، وعندما يُذكر أن اليمين تجب على المدعى عليه أي الذي يقع عليه عبء النفي، أما الذي له حق طلب توجيه اليمين هو من يقع عليه عبء الإثبات،

(١) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (٩٥)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، وجاء في نظام الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣)، وتاريخ ١٤٤٣/٠٨/٠٦هـ، في المادة رقم (١٠)، النص على أنه: «يكتسب من تزوج وفق حكم المادة (التاسعة) من هذا النظام أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره؛ إذا كان عاقلاً». وجاء في المادة رقم (١٢٥) النص على: «مع مراعاة ما تقضي به المادة (العاشرة) من هذا النظام، يشترط أن تتوافر في الحاضن الشروط الآتية: - كمال الأهلية...»، وهو كله مع مراعاة نص المادة رقم (٩)، التي نصت على أنه: «يمنع توثيق عقد الزواج لمن هو دون (ثمانية عشر) عاماً، وللمحكمة أن تأذن بزواج من هو دون ذلك ذكراً كان أو أنثى إذا كان بالغاً بعد التحقق من مصلحته في هذا الزواج، وتبين لوائح هذا النظام الضوابط والإجراءات اللازمة لذلك».

(٢) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (٩٤)، من نظام الإثبات.

(٣) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٢)، من نظام الإثبات.

(٤) التعليق على نصوص قانون الإثبات، د. أحمد أبو الوفا، الناشر: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٣٤٨.

(٥) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، عبد الله آل خنين، ج ٢، ص ٥٦٧.

ويستطيع أي منها أن يطلب توجيه اليمين الحاسمة لخصمه، فيما يجب عليه هو أن يثبته^(١).

ولهذا لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا لخصم في الدعوى له صفة؛ لأنها متعلقة به شخصياً^(٢)، ونص النظام عام، والذي يتبين أن اليمين توجه لمن له صفة في أداء اليمين، ولهذا فإن اليمين تتوجه على مباشر التصرف^(٣).

وفي حق طلب توجيه اليمين فإنه يحق طلب توجيهها لكل من له الحق فيها وتتعدد اليمين بعددهم، وذلك في حال تعدد المدعين، ما لم يكونوا شركاء في الحق أو أن يقرروا الاكتفاء بيمين واحدة^(٤)، وتتعدد اليمين بتعدد من وجهت إليه اليمين^(٥)، ويكون ذلك في حال تعدد المدعى عليهم، وأجاز النظام للمحكمة أن تكتفي بيمين واحدة في حال اجتمعت طلبات متعددة^(٦).

ولهذا يذهب شراح القانون إلى أن اليمين توجه لمن يؤثر فيه الحلف أو النكول، فإذا كان هناك مدينان متضامنان فإن اليمين توجه لكليهما؛ لأن نكول أحدهما لا يصح أن يضر الآخر، ويمين أحد الورثة فيما يتعلق بدين على المورث لا تأثير لها إلا بالنسبة له دون باقي الورثة^(٧)، وأما إذا اقتصر

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، الناشر: دار الشروق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ٢٠١٠م، ج ٢، ص ٤٨٨.

(٢) اليمين في قانون البيئات الأردني - دراسة مقارنة، حنان أحمد محمد النمر، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٨م، لا يوجد ترقيم.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم (٩٣٩/ق ١/ب) في ٤ / ١١ / ١٤٢٤هـ.

(٤) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (١٠٤)، من نظام الإثبات.

(٥) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (١٠٤)، من نظام الإثبات.

(٦) الفقرة رقم (٣)، من المادة رقم (١٠٤)، من نظام الإثبات.

(٧) رسالة الإثبات، أحمد نشأت، ص ٨١.

طالب اليمين على أحد المدينين المتضامنين فأداها، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك، وهذا الحكم قائم على المصلحة المشتركة للمدينين المتضامنين، التي تقوم على أن تمثيل أحدهم يكون فيما ينفع، لا فيما يكون فيه الضرر^(١).

- ألا يُقدم من طُلبت منه اليمين دليلاً يثبت دفعه:

حيث جاء في الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات؛ للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين الحاسمة، متى رأت أن الأدلة المقدمة ممن طلبت منه اليمين مثبتة لدفعه، وهذا يكون متى استقر للمحكمة صحة الأدلة وكفايتها لصحة الدفع، فلا حاجة لتوجيه اليمين؛ لأن الأدلة وحدها كافية للفصل في الواقعة محل النزاع، والذي يتضح أن مراد مصدر الأدلة الإجرائية هو وجود دليل ثابت، وليس شرطاً أن يكون أدلة، كما هو وراى في نص الأدلة الإجرائية، حيث جاء النص على: «للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين الحاسمة، متى رأت أن الأدلة المقدمة ممن طلبت منه اليمين مثبتة لدفعه»^(٢)، فالذي يتضح أن الأدلة جمع، وليس المراد وجوب وجود أدلة، وإنما يكفي في ذلك دليل واحد يثبت دفع من طلبت منه اليمين. وعند منع اليمين في هذه الحالة يجب أن يكون المنع مسبباً في محضر القضية^(٣).

(١) التضامن والتضام، في قضاء محكمة الاستئناف الكويتية مقارناً بالقضاءين الفرنسي والمصري، د. محسن البيه، الناشر: مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص ١٠٣.

(٢) الفقرة رقم (٣)، من المادة رقم (٩٤)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

(٣) الفقرة رقم (٤)، من المادة رقم (٩٤)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

- أن تكون بطلب من المدعي^(١):

وهذا من الأصول الثابتة في اليمين الحاسمة، فهي حق من حقوق المدعي، إذا لم يطلبها لا يُلزم بها^(٢)، ولا يجوز للقاضي استحلاف المدعى عليه إلا بعد طلبها من المدعي، أما توجيه اليمين بعد طلب المدعي، فهو من اختصاص القاضي وليس حق المدعي، ولهذا فالصحيح أن يطلب المدعي توجيه اليمين، ومن ثم يقوم القاضي بتوجيه اليمين للمدعى عليه وفقاً للصيغة التي تُحدد، أما حلف المدعى عليه دون طلب المدعي ودون توجيهها من القاضي فإنه لا عبرة بها، ولا يبنى عليها أحكام^(٣)، وكذا الحال إذا وجهها القاضي دون طلب من المدعي، فإنه لا عبرة بها قضاءً، ولهذا فإن الخصم المدعي الذي يوجه اليمين الحاسمة هو كل خصم مكلف بإثبات واقعة قانونية ولا يملك دليلها، سواء كان هو المدعي الذي يريد إثبات دعواه، أو مدعى عليه يريد أن يثبت دفعاً يدعيه^(٤)، فإن تقرر عدم اعتبار البينة أو لم يقدم بينة فليس

(١) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٧)، من نظام الإثبات.

(٢) جاء في الحكم القضائي الآتي: «وبما أن وكيل المدعي أفاد أنه لا يوجد لدى موكله أي بينة على تنفيذ هذه الأعمال سوى ما قدم، واستناداً على اعتذار الخبير عن ذلك كون المشروع قد انتهى وتم تسليمه، وبما أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر واليمين الحاسمة حق من حقوق المدعي عند عجزه عن تقديم البينة وقد رفض المدعي هذا الحق، ولحديث (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)» المحكمة التجارية، أمها، القرار رقم (٣٤٩٢)، وتاريخ ٢٤/٣/١٤٤٢هـ، المحكمة التجارية، عسير، القرار رقم (١٢٠)، وتاريخ ١٨/١١/١٤٤٢هـ، البوابة العلمية القضائية.

(٣) اليمين القضائية، جميل فخري محمد جانم، الجامعة الأردنية، رسالة ماجستير، ١٩٩٣م، ص ١٢٨.

(٤) رسالة الإثبات، أحمد نشأت، ج ٢، ص ٨١.

للقاضي أن يوجه اليمين الحاسمة بغير طلب من المدعي^(١)؛ لأن القاضي لا يملك حق التحكيم ولا التنازل ولا الصلح ولا التعاقد ولا التصرف في حقوق المتقاضين، وليس له الالتجاء لذمتهم الدينية إلا فيما يحدده النظام^(٢)، ولا يصح طلب توجيهها إلا من خصم لخصمه وتقدم من الخصم الأصيل أو وكيله^(٣) أو من أجاز له النظام ذلك، وهم الولي والوصي وناظر الوقف ومن في حكمهم فيما يجوز لهم التصرف فيه^(٤).

ويذكر فقهاء الشريعة أن سبب عدم توجيه اليمين قبل طلب المدعي؛ هو أن اليمين حق له، فلا يجوز استيفاؤها من غير طلب المدعي، كنفس الحق،

(١) جاء في حكم قضائي الآتي: «ولما كان ما تم تقديمه لإثبات الدعوى لا يُعد بينة موصلة. وبما أن المدعي طلب توجيه اليمين الحاسمة للمدير السابق للشركة المدعى عليها، فإنه لا مناص، والحالة هذه، من توجيه اليمين الحاسمة عليه، تطبيقاً لما رواه أبو داود والترمذي بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرفوعاً حيث قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر))، قال ابن دقيق العيد رَحِمَهُ اللَّهُ: (وهذا الحديث أصل من أصول الأحكام، وأعظم مرجع عند التنازع والخصام، ويقضي أن لا يحكم أحد بدعواه). كما قال ابن المنذر رَحِمَهُ اللَّهُ: «أجمع أهل العلم أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، ولما كان أداء اليمين لا تأتي إلا على كل من ادعى عليه دعوى فأنكرها، فإن حلف المدعى عليه برئت ساحته في الدنيا، وإن نكل عن اليمين قضي عليه بالنكول». المحكمة التجارية، الرياض، القرار رقم (٧٠٩)، وتاريخ ١٠/٦/١٤٤١هـ، محكمة الاستئناف، الرياض، القرار رقم (٣٨١٠)، وتاريخ ١/٢/١٤٤٣هـ، البوابة العلمية القضائية.

(٢) كما في اليمين المتممة، الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (١٠٥)، من نظام الإثبات.

(٣) رسالة الإثبات، أحمد نشأت، ج ٢، ص ٨٠.

(٤) المادة رقم (١٠٠)، من نظام الإثبات.

ولهذا فإن استحلاف المدعى عليه من غير طلب من المدعي، أو بادر المدعى عليه وحلف، فلا يُعتد بيمينه؛ لأنه أداها في غير وقتها^(١).

وفي طريقة تقديم طلب اليمين جاء في الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات أن الطلب يقدم شفاهاً في الجلسة أو بمذكرة متضمناً بينات حددتها الأدلة الإجرائية^(٢)، والذي يتضح أن هذا الطلب لا بد من تدوينه في محضر القضية.

- ألا توجه اليمين في واقعة مخالفة للنظام العام^(٣):

والنظام العام هو: القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية المستمدة من الكتاب والسنة^(٤)، فكل ما خالف النظام العام فلا يجوز توجيه اليمين فيه، فلا يصح مثلاً طلب توجيه اليمين في دين ربا، أو في الوقائع المحرمة شرعاً، وعند منع اليمين في هذه الحالة يجب أن يكون المنع مسبباً في محضر القضية^(٥).

(١) المغني، ابن قدامة، ج ١٠، ص ٧٨.

وجاء في حكاية حكم قضائي: «أنه ادعى رجل على رجل ثلاثين ديناراً، فأنكر المدعى عليه، فاستحلفه القاضي، فقال الطالب لم آذن في هذه اليمين ولم أرض بها، فلا بد أن تعاد هذه اليمين، فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله الثلاثين ديناراً كراهة أن يكلفه إعادة يمين قضى عليه بها». التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، (المتوفى: ٨٩٧هـ) الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٣٨٩هـ، ج ٦، ص ١٣١.

(٢) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٧)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

(٣) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (٩٦)، من نظام الإثبات.

(٤) الأمر السامي الكريم رقم (٤٩٧)، وتاريخ ١٦/٩/١٤٣٣هـ، وجاء في اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ أن المقصود بالنظام العام هو: أحكام الشريعة الإسلامية، الفقرة رقم (٣) للمادة رقم (١١)، من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ الصادرة بالقرار رقم (٥٢٦)، وتاريخ ٢٠/٣/١٤٣٩هـ.

(٥) الفقرة رقم (٤)، من المادة رقم (٩٤)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

- أن تكون اليمين متعلقة بالدعوى، وأن تكون منتجة، وأن تكون جائزاً قبولها، وألا يكون المدعي متعسفاً في توجيهها^(١):

لذا فإنه يجب أن يتم التحقق من أن طلب توجيه اليمين الحاسمة يكون

(١) الفقرة رقم (٣)، من المادة رقم (٩٦)، من نظام الإثبات.

وجاء في حكم قضائي الآتي: «وبالتالي وعلى أساس ما تقدم فقد عرضت الدائرة على المدعية يمين المدعى عليه النافية، والذي أجاب بطلبها، وبما أن القاعدة الشرعية تقضي بأن عبء الإثبات منوط بالمدعي؛ ولذا قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أقوام دماء أقوام وأمواهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر))؛ فقد بين الحديث أن مجرد ادعاء الحق على الخصم لا يكفي، إذا لم تكن هذه الدعوى مصحوبة ببينة تبين صحة هذه الدعوى، كما قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لكن البينة على المدعي))، وحيث إنه إذا افتقرت هذه الخصومة إلى بينة تدل على الحق، أو لم تكتمل الأدلة على صحتها، تُوجّه إلى يمين المدعى عليها؛ ويؤكد ذلك ما رواه الإمام مسلم في صحيحه أن الأشعث بن قيس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاخصمنا إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال رسول الله: ((شاهدك أو يمينه))»، فإذا لم توجد البينة تُوجّه لليمين؛ وحيث إنه لما كانت المدعية وكالة طلبت توجيه اليمين للمدعى عليه على نفي مبلغ المطالبة، حيث إن اليمين النافية الحاسمة ملك لكل خصم، وله أن يوجهها إلى خصمه متى شاء في أية حالة كانت عليها الدعوى، وأن على المحكمة أن تستجيب إلى طلب توجيهها، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون منتجة في الدعوى وليست تعسفية، كما أنه من المقرر أنه في اليمين النافية الحاسمة يجب أن تكون الواقعة محل الحلف قاطعة في النزاع بحيث يترتب على أدائها تحديد مصير الدعوى قبولاً أو رفضاً وإلا كانت غير مقبولة... وحيث إن الدائرة عرضت اليمين النافية على المدعى عليه وأداها كما هو منصوص في وقائع الحكم، وعلى الصفة المطلوبة منه، وبالتالي وعلى أساس ما تقدم فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم بمنطوقه وبه تقضي». المحكمة التجارية، الدمام، القرار رقم (٢١٨)، وتاريخ ١٤٤٢/٦/٢٦هـ، محكمة الاستئناف، المنطقة الشرقية، القرار رقم (٧٨٠)، وتاريخ ١٤٤٢/٦/٢١هـ، البوابة العلمية القضائية.

على الواقعة التي يدعي بها المدعي، فلا يصح أن تكون دعوى المدعي واقعة ما، ويكون طلب توجيه اليمين في واقعة أخرى^(١)، ويجب أن تكون اليمين منتجة أي يمكن القضاء بها، ويمكن فصل النزاع بها^(٢)، وفيما يتعلق بجواز قبولها بأن لا تخالف أحكام النظام فيشترط أن تكون اليمين الحاسمة في المعاملات المدنية والتجارية في الحقوق المالية^(٣)، ويكون أيضًا في جواز قبولها ألا تخالف الواقع، كمن يدعي أنه ابن لمتوفى يصغره سنًا، ليشارك الورثة في الإرث، أو يدعي على ورثة بأنه أعطى مورثهم مبلغًا من المال قبل سنة، ومورثهم متوفى قبل عشر سنوات.

وفي جميع الأحوال فإن المنع من توجيه اليمين داخل في سلطة المحكمة، وذلك بمنع كل ما يخل بسير الدعوى، وأن تكون الطلبات متعلقة بالدعوى، ومنتجة وجائز قبولها، وأن تمنع المحكمة توجيه اليمين إذا تبين لها أن الخصم متعسف في ذلك، وهذه الأمور تستنتجها المحكمة من سلطتها، إلا أن هذه الاستنتاجات لا بد أن يتم استخلاصها على اعتبارات تؤيد ما تنتهي إليه^(٤)، أي يجب أن تكون مبنية على أدلة تؤيد استخلاصها، وعند منع اليمين يجب أن يكون المنع مسببًا في محضر القضية^(٥).

(١) أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، همام محمد محمود زهران، الناشر: الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٣٧٨.

(٢) أصول الإثبات وإجراءاته، د. سليمان مرقس، ج ١، ص ٦٢٧-٦٢٨.

(٣) ينظر في تفصيلها ما سبق في الشرط الخاص بها.

(٤) شرح نظام الإثبات السعودي الجديد، د. وسيم حسام الدين الأحمد، ص ١٦١، وأشار للطعن رقم (٤٥٣١) لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧ / ١١ / ٤ / س ٤٨، ج ٢ ص ١١٧١.

(٥) الفقرة رقم (٤)، من المادة رقم (٩٤)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

- ألا توجد بينة للمدعي^(١)، أو أسقط بينته^(٢)، أو طلبها قبل إحضار بينته المعلومة^(٣)، ويُعد ذلك إسقاطاً للبينّة:

عدم وجود البينة هو مقتضى قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))^(٤)؛ إذ إن مجرد الدعوى لا يعني الحكم للمدعي، ولكن من فقد البينة فاليمين تكون على المدعى عليه، فعن علقمة بن وائل، عن أبيه، قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال الحضرمي: يا رسول الله، فإن هذا غلبني على أرض لي كانت لأبي. فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها، ليس له فيها حق. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للحضرمي: ((ألك بينة؟))، قال: لا. قال: ((لك يمينه)). قال: يا رسول الله: إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء. فقال: ((ليس لك منه إلا ذلك...))^(٥). أما في حال كانت بينة المدعي بعيدة فلا

(١) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٧)، من نظام الإثبات.

(٢) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٩)، من نظام الإثبات.

(٣) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (٩٩)، من نظام الإثبات.

(٤) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ج ٥، ص ١٢٨. وجاء بلفظ آخر في الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، ج ٦، ص ٤٣.

(٥) سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، وزارة الأوقاف المصرية، وأشاروا إلى جمعية المكنز الإسلامي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، ج ٣، ص ٣٤٧. الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، =

يُعد طلبه اليمين إسقاطاً للبينة، ولهذا ذكر ابن قدامة: من ادعى دعوى، وذكر أن بينته بالبعد منه، فحلف المدعى عليه، ثم أحضر المدعي بينته حكم بها، ولم تكن اليمين مزيلة للحق. وذكر أن هذا قول مالك والشافعي وأبو حنيفة^(١)، وفي هذا يذكر الفقهاء أن المدعي إذا ذكر أن بينته بعيدة منه أو لا يمكنه إحضارها أو لا يريد إقامتها فطلب اليمين لتوجه للمدعى عليه، فإن ابن قدامة حكى عن ابن أبي ليلى وداود، أن بينته لا تسمع؛ لأن اليمين حجة المدعى عليه، فلا تُسمع بعدها حجة المدعي، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعي^(٢)، ولهذا يذهب الرأي الراجح عند شراح القانون إلى ذلك؛ حيث يرون أنه لا مانع من توجيه اليمين الحاسمة وإن وجد أدلة أخرى، إلا أنه بمجرد طلب توجيه اليمين فيعد ذلك تنازلاً عن تلك الأدلة، وفي هذه الحالة لا يجوز له المعاودة والتمسك بهذه الأدلة^(٣)، أما في حال أنه لم يكن لديه بينة معلومة، فإن الذي يتضح من النص النظامي أنه للمدعي متى حضرت له بينة، فإنها لا تسقط وله أن يتقدم بها، فإن صدقت وصحت

= ج ٣، ص ٦٢٥. مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، (المتوفى: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م، ج ٣١، ص ١٥٥. صححه الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٩٨٥م، ج ٨، ص ٢٥٧.

(١) المغني، ابن قدامة، ج ١٠، ص ٢٠١.

(٢) المغني، ابن قدامة، ج ١٠، ص ٢٠٨.

(٣) شرح قواعد الإثبات الموضوعية، د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، الناشر: مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة: الأولى، ٢٠١٤م، ص ٤٣٠.

حُكم له، ولا تكون يمين المدعى عليه مزيلة للحق^(١)، فمتى أحضر البينة ولم تكن معلومة فإنه يُعمل بها، أو أنه قدم ما يدعي أنه بينة، وأوضحت له المحكمة أن ما قدمه غير كافٍ ليكون بينة يُحكم بها^(٢).

ويكون إسقاط البينة من طالبها (المدعي) شفاهاً في الجلسة أو يكون ذلك بمذكرة يقدمها، ويتعين على المحكمة أن تُعلم المدعي بأثر أداء المدعى عليه اليمين، وأن ذلك يُعد إسقاطاً للبينة، وأن يدون ذلك في محضر القضية^(٣). والذي يتضح أن الذي يدون ليس العلم بالأثر فقط، وإنما أيضاً طلب توجيه اليمين.

- ألا يكون فصل في الدعوى بحكم نهائي^(٤):

ويكون الحكم نهائياً عندما لا يقبل الطعن بالاستئناف، فيكتسب القطعية التي تقتضي وجوب تنفيذه، وعدم جواز وقفه، وتعطيله، وفي النظام السعودي يراد بالحكم النهائي أي الحكم القطعي، فيقال عن الحكم النهائي أنه اكتسب القطعية^(٥).

- (١) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، د. عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي، الناشر: جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م، ص ٤٣١-٤٣٢.
- (٢) قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، د. محمود محمد الكيلاني، الناشر: دار الثقافة، عمان، الطبعة: الثانية، ٢٠١٣م، ص ١٣٤.
- (٣) المادة (٩٦)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.
- (٤) الفقرة رقم (٣)، من المادة رقم (٩٧)، من نظام الإثبات.
- (٥) أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، د. هشام موفق عوض، قدم له: معالي د. عبد الله بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ رئيس مجلس الشورى، الناشر: الشقري، الطبعة: الثانية، ٢٠١٧م، ص ٤٥٦-٤٥٧.

- أن تبين بدقة الوقائع التي يُستحلف عليها، وأن تبين الصيغة بعبارة واضحة للواقعة التي يُستحلف عليها، ويجوز للمحكمة تعديلها لتوجه بوضوح ودقة^(١). ولا يكون من الصيغة إلا ما تقره المحكمة^(٢):

ويقصد بالوقائع هو مصدر الحق المدعى به، فالإثبات لا يرد على الحق ذاته، وإنما يرد على المصدر المنشئ له أو المؤدي إلى زواله أو إلحاق وصف به، فالوقائع القانونية التي هي مصدر الحقوق قد تكون وقائع مادية أو تصرفات قانونية، والوقائع المادية قد تكون طبيعية أو من فعل الإنسان، أما التصرفات القانونية فقوامها الإرادة، وموضوع اليمين الحاسمة يكون في الوقائع القانونية، فالواقعة قانونية هي التي يدعيها المدعي وينكرها المدعى عليه، ويترتب على ثبوتها حق معين، فلا يجوز أن توجه اليمين الحاسمة إلى مسألة قانونية؛ لأن استخلاص حكم القانون من مهام القاضي^(٣).

(١) المادة رقم (١٠١)، من نظام الإثبات. وجاء في حكم قضائي الآتي: «قد وجهت اليمين للمدعى عليه بالصيغة التي طلبها المدعي». المحكمة التجارية، جدة، القرار رقم (٦٩٧)، وتاريخ ٢٢/١١/١٤٤٠هـ، محكمة الاستئناف، مكة المكرمة، القرار رقم (٢٢٤)، وتاريخ ٧/٤/١٤٤١هـ، البوابة العلمية القضائية.

(٢) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (٩٥)، من نظام الإثبات. وجاء في حكم قضائي الآتي: «ثم قررت الدائرة بأن للمدعية يمين المدعى عليه على نفي صحة المطالبة، فقرر وكيل المدعية طلب اليمين من المدعى عليه، فعرضت الدائرة على المدعى عليه أداء اليمين، بعد إعداد الصيغة اللازمة لذلك، فقرر استعداده لأداء اليمين وحلف قائلاً: (أقسم بالله العظيم بأني لم أتعامل مع المدعية... ولم أفوض أحداً بالتعامل، وأن ليس في ذمتي للمدعية أي مبالغ أو مستحقات مالية، والله على ما أقول شهيد)». المحكمة التجارية، بريدة، القرار رقم (٤٣٩٤٥٦٥٤٥)، وتاريخ ١٣/١/١٤٤٤هـ، البوابة العلمية القضائية.

(٣) مدى أهمية اليمين الحاسمة في إحقاق الحق، القاضي. محمد مصطفى رسول، الناشر: المركز العربي، القاهرة، الطبعة: الأولى، ٢٠١٧م، ص ١٦١-١٦٢.

فإذا جرى بيان الواقعة القانونية بشكل واضح، فإنه يجب على من يطلب توجيه اليمين أن يبين صيغتها، ويكون ذلك بعبارة واضحة دقيقة على الواقعة التي يريد الاستحلاف عليها؛ فإن رأى القاضي أن الصيغة تحتاج إلى توضيح ودقة كان له أن يعدل فيها حتى تدل بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها، وفي حالة التعديل لا توجه اليمين إلا بموافقة طالبها؛ لكي لا تكون الصيغة لا تعبر عن المعنى الذي أراده^(١)، وقد يذهب رأي إلى أن تعديل المحكمة صيغة اليمين الحاسمة دون عرضها على طالب موجه اليمين هو داخل في سلطة المحكمة، طالما اقتصر التعديل على إيضاح عباراتها والواقعة المطلوب الحلف عليها دون المساس بموضوعها^(٢).

والذي يترجح هو أن تعديلها داخل في سلطة المحكمة، ولا يكون من الصيغة إلا ما تقره المحكمة، وإن كان موضوع الصيغة ووروده في موضعين في أحكام اليمين في النظام، وهو قد يدور في كون الموضوع الأول خاصاً بصيغة الحلف أو بصيغة اليمين بشكل عام، والآخر في صيغة الواقعة الخاصة باليمين الحاسمة، إلا أنه يمكن أن يُجمع بينهما بأن تكون الصيغة التي يحلف عليها المستحلف هي ما تقره المحكمة بإضافة صيغة الحلف المعتبرة شرعاً، وما يترجح لها من صيغة يقدمها طالب توجيه اليمين، فتتظر فيها، فإن كانت صالحة وجهتها بعد إقرارها، وإما أن تعدلها، وتقر توجيه اليمين وفقاً للصيغة التي تراها موصلة، وهذا التعديل الذي تجرّبه المحكمة يجب أن لا يُغير من المعنى الذي أراده المدعي في الواقعة؛ لأن المحكمة لا تملك تغيير

(١) الوسيط، عبد الرزاق السنهوري، ج ٢، ص ٥١٠.

(٢) محكمة التمييز بدبي، جلسة ١٢/١٢/٢٠٠٥م، الطعن رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٥م، أحوال شخصية، العدد السادس عشر، ص-٢٠٢١، نقلاً عن الوسيط، عبد الرزاق السنهوري، حاشية ج ٢، ص ٥١٠.

الصيغة تغييراً يؤثر في مدلول الواقعة ومعناها، لذا من الأفضل عندما تريد المحكمة أن تجري تعديلاً في الصيغة أن تُعدل ثم تعرض ذلك على المدعي الذي طلب توجيه اليمين، فإن قبلها فإن للمحكمة إضفاء ذلك، وإن كان رفض من المدعي ورأى أنها لا تعبر عن قصده، فإن المحكمة يجب عليها أن تمتنع عن ذلك، ولا توجه في اليمين إلا ما كان معبراً بدقة عن الوقائع التي يراد الاستحلاف عليها^(١)، كما أن للمدعي أن يطلب عدم توجيه اليمين التي لا تُعبر عن مقصوده، وإذا وافق من طلب توجيه اليمين على الصيغة المقترحة من قبل المحكمة بعد التعديل تقرر المحكمة توجيهها، ويصبح لازماً على المدعي عليه أن يحلفها أو يردّها على خصمه، ويذهب قضاء مقارن إلى أن تعيين صيغة اليمين من قبل من وجهت له دون أن يعترض على ذلك طالب التحليف، يعتبر موافقاً عليها، ولا يجوز له الاحتجاج على هذا الإجراء^(٢)، إلا أن الصحيح في ذلك أن هذا يُعد تصرفاً من المدعي عليه، وليس بالضرورة عدم موافقة المدعي أو عدم اعتراضه أن يلغي حقه النظامي، بل يجب على المحكمة عدم الاعتداد بتصرف المدعي عليه، ولا يجري ضبطه^(٣)، فالذي يطلبه المدعي باليمين هو محل الاعتبار، فالواجب على المحكمة أن تطلب من المدعي بيان الصيغة، بعد طلبه توجيه اليمين على الواقعة التي يراد الحلف عليها من الخصم.

(١) أدلة الإثبات، د. محمد نصر، ص ٢٢٢.

(٢) الإثبات باليمين وفقاً لقانون البيّنات الأردني، لينا فوزي مالول، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، ٢٠٠٧م، ص ٥٢.

(٣) إلا في التصرفات التي تخالف ضبط الجلسة التي من شأن المحكمة اتخاذ إجراء لاحق على التصرف المخالف، كأن يخالف المحكمة بصيغة اليمين مع علمه بالصيغة الواجبة عليه، من أجل الإخلال بسير الدعوى.

وجاء في الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات أن يقدم مع طلب اليمين الوقائع التي يرد استحلاف خصمه عليها، وصيغة اليمين بعبارة واضحة^(١)، وهو ما نص عليه النظام أصلاً، كما جاء في الأدلة الإجرائية أن للمحكمة أن تعدل الصيغة التي طلبها الخصم لتوجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها وأن تؤدى اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة، وهو الذي نرى أنه منصوص في النظام، وسبق بيان أحكامه في هذه الفقرة.

ويجب في الصيغة ما وضعه النظام من أنه: «إذا كانت الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بالحالف^(٢) أو بإثبات فعل غيره؛ حلف على البت. وإذا

(١) (أ)، و(ب)، من الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٧)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

(٢) جاء في حكم قضائي: «وطلبت الدائرة منه أداء اليمين على نفي الدعوى بالصيغة التالية: (والله العلي العظيم عالم الغيب والشهادة الذي لا تخفى عليه خافية أن المدعي لم ينفذ من الكميات المثبتة في تقرير الأمانة سوى ١٥٧، ٢٢٦ متر مكعب، وأن باقي الكميات المثبتة في التقرير نفذت من المدعى عليها ومن مقاولين آخرين من الباطن)، فذكر أنه لم يعين مديراً للشركة إلا من عام ٢٠١٦م، وكان قبلها شريكاً منذ عام ١٤٢٥هـ، ويطلب تعديل صيغة اليمين؛ لتكون على نفي العلم، فأفهم بأداء اليمين على البت والجزم أو يؤديها المدير السابق للشركة، فأجاب بأنه مستعد بأداء اليمين على الصيغة السابقة فأداها قائلاً: (والله العلي العظيم عالم الغيب والشهادة الذي لا تخفى عليه خافية أن المدعي لم ينفذ من الكميات المثبتة في تقرير الأمانة سوى ١٥٧، ٢٢٦ متر مكعب، وأن باقي الكميات المثبتة في التقرير نفذت من المدعى عليها ومن مقاولين آخرين) هكذا حلف». المحكمة التجارية، الرياض، القرار رقم (٨٠١٠) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٤٠هـ، محكمة الاستئناف التجارية، الرياض، رقم القرار (٣١٢٨) وتاريخ ٢٥/٨/١٤٤٢هـ. البوابة العلمية القضائية.

كانت متعلقة بنفي فعل غيره حلف على نفي العلم، إلا أن يكون المحلوف عليه مما يمكن أن يحيط به علم الحالف؛ فيحلف على البت»^(١).

(١) الفقرة رقم (١)، من المادة رقم (٩٥)، من نظام الإثبات.

وجاء في حكم قضائي الآتي: «وبما أن المدعى عليه - على لسان وكيله - قد أنكر صحة الدعوى جملة وتفصيلاً، ونفى ثبوت مبلغ المطالبة في ذمته، وأكد بأنه لم يقيم بتوقيع اتفاقية الحساب، وأن تعامله مع المدعية كان نقدياً؛ بدليل أن الاتفاقية خلت من توقيعه عليها كما أن الختم المهور بها غير واضح البتة، ولا يعود له، وأنه لم يقيم بتفويض أي أحد بالتعامل بالأجل مع المدعية نيابة عنه، أو التوقيع لها بالمصادقة على كشوفات الحسابات. وبما أن الدائرة بعد اطلاعها على مستندات المدعية وتفحصها تبين لها بأنها غير موصلة لما تدعيه؛ إذ إن ما تستند إليه في ورقة المصادقة على كشف الحساب غير محتومة من الأساس، كما أن الشخص الذي قام بالتوقيع عليها غير مفوض من المدعى عليه بحسب ما يتبين من عدم وضوح الختم المنسوب للمدعى عليه في أصل اتفاقية الحساب بالأجل بالإضافة إلى عدم توقيعه عليها. وعليه فقد أفهمت الدائرة وكيل المدعية بأحقية موكلته بطلب يمين المدعى عليه النافية لثبوت مبلغ المطالبة في ذمته؛ إعمالاً للمقتضى الشرعي في هذه الحالة من أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر استناداً إلى ما جاء في الحديث المروي عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر))» (رواه البيهقي وغيره وأصله في الصحيحين). فقد تبين من الحديث بأن مجرد ادعاء الخصم لا يكفي، إذا لم تكن الدعوى مصحوبة ببينة تثبت صحتها، فإذا افتقرت هذه الخصومة إلى بينة تدل على الحق، أو لم تكتمل الأدلة على صحتها؛ يتم التوجه إلى يمين المدعى عليه. وحيث طلبت المدعية - على لسان وكيلها المخول بذلك - توجيه اليمين النافية للمدعى عليه على أنه لم يقيم بتفويض أحد من موظفيه السابقين بالتعامل مع المدعية بالأجل، وكذا التوقيع بالمصادقة على صحة المبلغ الوارد في كشف الحساب، وأنه ليس بذمته أي مبالغ للمدعية، وبما أن المدعى عليه قد أدى اليمين النافية للدعوى على النحو الوارد تفصيله في جلسة هذا اليوم؛ فإن الدائرة تنتهي إلى رفض دعوى المدعية». المحكمة العامة، سكاكا، القرار رقم (٦٢) وتاريخ ١٧/٩/١٤٤٢هـ، البوابة العلمية القضائية.

ومعنى البت: هو القطع؛ بمعنى أنه يحلف بالله ما له علي شيء، والأيمان كلها على البت والقطع، إلا على نفي فعل الغير، فإنها تكون على نفي العلم^(١).
- أن تكون اليمين في مواجهة طالبها، ما لم يتنازل طالبها عن الحضور، أو تخلف عن الحضور مع علمه بموعد الجلسة^(٢) التي سيتم فيها اليمين:

وذلك لأن طلب اليمين الحاسمة حق للمدعي، ويكون أداؤها في مواجهته، ما لم يتنازل عن الحضور، أو يتغيب عن الجلسة مع علمه بها، ولهذا من حيث الأصل لا بد من حضور من طلب توجيه اليمين أو وكيله لتقاضي اليمين^(٣)، ما لم يتنازل عن الحضور أو يتغيب عن الجلسة.

وجاء في طريقة التنازل عن حضور جلسة أداء اليمين بأن يكون ذلك شفاهاً في الجلسة أو بمذكرة، ويثبت ذلك في المحضر^(٤)، وأما بقية الحكم في الأدلة الإجرائية هو ما تم النص عليه في ذات النظام.

وفي حضور المدعى عليه أحوال: إما ألا ينازع في جواز اليمين أو في تعلقها بالدعوى، فإنه يجب عليه أن يقوم بأحد أمرين: إما أن يؤدي اليمين،

(١) المغني، ابن قدامة، ج ١٠، ص ٢٠٨.

(٢) المادة رقم (١٠٢)، من نظام الإثبات.

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، (المتوفى: ٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٩٨٦م، ج ١، ص ٥٢ و ٢٢٣. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، (المتوفى: ٩٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٩٩٢م، ج ٦، ص ١٣٠.

(٤) المادة رقم (٩٩)، من الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات.

وإما أن يردّها على خصمه، وإلا عُدّ ناكلاً، أما إن تخلف عن الحضور ولم يكن له عذر يمنعه من الحضور فإنه يُعدّ ناكلاً^(١). أما إن حضر من وجهت له ونازع في اليمين بجوازها أو في تعلقها بالدعوى، أو على الصيغة^(٢)، فإنه يجب بيان ذلك، وللمحكمة أن تقبل ذلك ولا توجه اليمين، وأما في حال لم تقتنع المحكمة، فإنه يجب عليه أداء اليمين، وإلا عُدّ ناكلاً^(٣).

(١) الفقرة رقم (٢)، من المادة رقم (١٠٣)، من نظام الإثبات. وجاء في حكم قضائي الآتي: «وحيث وجهت الدائرة اليمين على المدعى عليه بعد طلب المدعية ذلك على نفي دعواها، ولما تخلف المدعى عليه عن الحضور بعد تبليغه بذلك؛ الأمر الذي تعدّه الدائرة نكولاً منه عن أداء اليمين». المحكمة التجارية، جدة، القرار رقم (٤٤٧١٣٤٣٢٠)، وتاريخ ١/٢/١٤٤٤هـ، البوابة العلمية القضائية.

(٢) جاء في حكم قضائي: «وطلبت الدائرة منه أداء اليمين على نفي الدعوى بالصيغة التالية: (والله العلي العظيم عالم الغيب والشهادة الذي لا تخفى عليه خافية أن المدعي لم ينفذ من الكميات المثبتة في تقرير الأمانة سوى ١٥٧، ٢٢٦ متر مكعب وأن باقي الكميات المثبتة في التقرير نفذت من المدعى عليها ومن مقاولين آخرين من الباطن)، فذكر أنه لم يعين مديراً للشركة إلا من عام ٢٠١٦م وكان قبلها شريكاً منذ عام ١٤٢٥هـ، ويطلب تعديل صيغة اليمين؛ لتكون على نفي العلم، فأفهم بأداء اليمين على البت والجزم أو يؤديها المدير السابق للشركة، فأجاب بأنه مستعد بأداء اليمين على الصيغة السابقة فأداها قائلاً: (والله العلي العظيم عالم الغيب والشهادة الذي لا تخفى عليه خافية أن المدعي لم ينفذ من الكميات المثبتة في تقرير الأمانة سوى ١٥٧، ٢٢٦ متر مكعب، وأن باقي الكميات المثبتة في التقرير نفذت من المدعى عليها ومن مقاولين آخرين) هكذا حلف». المحكمة التجارية، الرياض، القرار رقم (٨٠١٠)، وتاريخ ٢٨/٧/١٤٤٠هـ، محكمة الاستئناف التجارية، الرياض، القرار رقم (٣١٢٨)، وتاريخ ٢٥/٨/١٤٤٢هـ. البوابة العلمية القضائية.

(٣) الفقرة رقم (٣)، من المادة رقم (١٠٣)، من نظام الإثبات. وجاء في حكم قضائي الآتي: «وحيث الحال ما ذكر فإن للمدعي يمين المدعى عليه على نفي الدعوى، لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: ((شاهدك أو يمينه)) رواه مسلم، وحيث طلب المدعي وكالة يمين المدعى =

ولهذا إذا نازع من وجهت له في جواز توجيهها، سواء كان ذلك لأن موضوعها ليس متعلقاً بشخصه أو ليس منتجاً أو حاسماً، فإن المحكمة تفصل في ذلك^(١)، إما أن تقبل، أو ترفض لعدم القناعة، ويكون ذلك مبيناً في الحكم. - أن يكون أداء اليمين أمام محكمة^(٢):

وذلك لأن اليمين الحاسمة يمين قضائية لا يُقرر توجيهها إلا من قاضٍ، فيكون المدعي له حق طلبها، والقاضي هو الذي يقوم بتوجيهها، واليمين القضائية هي التي تحلف أمام القضاء^(٣).

= عليه على نفي الدعوى، ولما توجهت اليمين على المدعى عليه طلب ردها إلى المدعية، وهذا الطلب صحيح موافق لأحكام النظام بناء على الفقرة الثانية من المادة (١١٣) حيث جاء فيها: «إذا حضر من وجهت له اليمين بنفسه ولم ينازع لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى، وجب عليه أن يؤديها فوراً أو يردّها على خصمه، وإلا عد ناكلاً» وحيث ردها على المدعية أصالة، إلا أن المدعية لما توجهت لها قررت أنها المالكية للمؤسسة في الظاهر إلا أن يبرم العقود ويتابع الأعمال هو الوكيل في هذه الدعوى، وعليه: فهي لا تعلم شيئاً عن واقع هذه الدعوى، وبما أن اليمين لا تكون إلا على متيقن، وبما أن المباشر الحقيقي للأعمال هو الوكيل وهو المدير العام للمؤسسة، كما أنه قد جرت العادة أن نشاط الماولة لا يعمل فيه النساء بشكل مباشر، مما يؤيد ما قررته المدعية، الأمر الذي حدى بالدائرة إلى عدم إتمام توجيه اليمين إلى المدعية أصالة، وتبقى اليمين على الإجراء السابق من تعلقها بالمدعى عليه، وحيث رفض توجيه اليمين إلى الوكيل المباشر للعقود، فإن اليمين بناء على ما سلف متوجهة للمدعى عليه، وبما أن المدعى عليه أدى اليمين حسب ما طلب منه، ولما كانت اليمين الحاسمة إذا أدت فإن وظيفتها إنهاء النزاع وقطع الخصومة». المحكمة التجارية، الرياض، القرار رقم (١٠٣٤٤) وتاريخ ٢/٣/١٤٤٢هـ، البوابة العلمية القضائية.

(١) دور الحاكم المدني في الإثبات، آدم وهيب الندوي، ص ٣٥٤.

(٢) المادة رقم (١١)، من نظام الإثبات.

(٣) أصول الإثبات وإجراءاته، د. سليمان مرقس، ج ١، ص ٥٩٥.

- أن تكون اليمين شفاهة، ويجوز أن تكون يمين الأخرس ومن في حكمه كتابة، فإن لم يكن يعرف الكتابة فبالإشارة المعهودة^(١):
النظام بدأ في الكتابة، وهي أدل وأوضح من الإشارة، ويستطيع معرفتها كل من يقرأ ويكتب، فإن تعذرت الكتابة فإنه يؤخذ بالإشارة، ولهذا فإن من الفقهاء من نص على أن يمين الأخرس ونكوله تكون بإشارته المعهودة^(٢).
هذا ما يتضح من نصوص في نظام الإثبات، غير أن بعض الفقهاء يذكر شروطاً مهمة، وهي إما أن تكون من لوازم الدعوى أصلاً أو من لوازم أداء اليمين، وهي على النحو الآتي:

- أن تتقدم اليمين دعوى صحيحة مستوفية لشروطها.
- أن تؤدي اليمين متصلة متوالية من غير تقطيع أو استثناء.
- أن يكون المدعى عليه منكرًا للدعوى التي توجه له اليمين فيها^(٣).

(١) المادة رقم (١٢)، من نظام الإثبات.

(٢) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م، ج ١١، ص ٢٤.

(٣) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، ص ٥٦٣-٥٦٥. ونسب هذه الشروط لفقهاء الشريعة الإسلامية.

الخاتمة

وفيها أهم النتائج والتوصيات

بعد دراسة الأحكام النظامية والشرعية لليمين بشكل عام وبحث موضوع البحث بشكل خاص والذي هو تعريف اليمين الحاسمة وبيان حجيتها والشروط المتعلقة بها بدراسة تأصيلية تطبيقية، مع الاعتراف بالسهو التقصير وأن الكمال لله وحده، تم التوصل لعدة نتائج وتوصيات، وهي على النحو الآتي:

النتائج:

- اليمين تطلق على عدة معان منها: الحلف والقسم والقوة والقدرة.
- اليمين مشروعة في الكتابة والسنة والإجماع، ومعمول بها في النظام.
- تعريف اليمين الحاسمة: هي التي يطلبها المدعي عند عجزه عن البينة أو إسقاطها، ويؤديها المدعى عليه لدفع الدعوى، ويجوز ردها على المدعي فيما لا ينفرد المدعى عليه بعلمه.
- اليمين الحاسمة حجة ومنهية للنزاع.
- أن تكون اليمين في المعاملات المدنية أو التجارية، وتجاوز في الحقوق المالية.
- أن يكون الخالف أهلاً للتصرف فيما يحلف عليه.

- أن يؤديها من وجهت له، ولا تُقبل النيابة في الأداء، ويجوز ردها على المدعي.
- اليمين توجه لمن يؤثر فيه الحلف أو النكول، فإذا كان هناك مدينان متضامنان فإن اليمين توجه لكليهما؛ لأن نكول أحدهما لا يصح أن يضر الآخر.
- إذا اقتصر طالب اليمين على أحد المدينين المتضامنين فأداها، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك.
- أن تكون اليمين بطلب من المدعي.
- إذا حلف المدعى عليه دون طلب المدعي ودون توجيهها من القاضي، فإنه لا عبرة به، ولا يبنى عليه أحكام، وكذا الحال إذا وجه القاضي اليمين دون طلب من المدعي.
- ألا توجه اليمين في واقعة مخالفة للنظام العام، والنظام العام هو: القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية المستمدة من الكتاب والسنة.
- أن تكون اليمين متعلقة بالدعوى، وأن تكون منتجة، وأن تكون جائزاً قبولها، وألا يكون المدعي متعسفاً في توجيهها.
- تمنع المحكمة توجيه اليمين إذا تبين لها أن الخصم متعسف في ذلك، وهذه الأمور تستتجها المحكمة من سلطتها، إلا أن هذه الاستنتاجات لا بد أن تُستخلص على اعتبارات تؤيد ما تنتهي إليه.

- تطلب اليمين عندما لا توجد بينة للمدعي، أو أسقط بينته، أو طلبها قبل إحضار بينته المعلومة، ويُعد ذلك إسقاطاً للينة.
- حال كانت بينة المدعي غير حاضرة فلا يُعد طلبه اليمين إسقاطاً للينة.
- في حال لم يكن للمدعي بينة معلومة، فإن بينته لا تسقط، وله أن حضرت أن يتقدم بها.
- يلزم بيان الوقائع التي يُستحلف عليها بدقة، وأن تُبين الصيغة بعبارة واضحة للواقعة التي يُستحلف عليها، ويجوز للمحكمة تعديلها لتوجه بوضوح ودقة، ولا يُقر من الصيغة إلا ما تقره المحكمة.
- على المحكمة عندما تريد أن تجري تعديلاً في الصيغة أن تُعدل ثم تعرض ذلك على المدعي الذي طلب توجيه اليمين، فإن قبلها فإن للمحكمة إمضاء ذلك، وإن رُفضت من المدعي ورأى أنها لا تعبر عن قصده، فإن المحكمة يجب عليها أن تمتنع عن ذلك.
- يجب أن تكون اليمين في مواجهة طالبها، ما لم يتنازل طالبها عن الحضور، أو تخلف عن الحضور مع علمه بموعد الجلسة التي تؤدي فيها اليمين.
- يجب أن تؤدي اليمين أمام محكمة.
- يمين الأخرس ومن في حكمه تكون كتابة، فإن لم يكن يعرف الكتابة فبالإشارة المعهودة.
- اليمين تكون بعد دعوى صحيحة مستوفية لشروطها.

- تؤدي اليمين متصلة متوالية من غير تقطيع أو استثناء.
- توجه اليمين على المدعى عليه في حال إنكاره للحق المدعى به.

التوصيات:

- من خلال الاطلاع على مواد النظام فإنه ورد أن اليمين الحاسمة تكون بطلب من المدعي، إلا أنه تبين أن عددًا من المواد نصت على توجيه اليمين، ودون الإشارة لطلب المدعي، ومع أن طلب المدعي لليمين من الأمور المستقرة نظامًا، إلا أنه يستحسن أن تُعاد صياغة المواد بإضافة طلب المدعي، فيما يخص الأحكام الخاصة به؛ إذ إن بعض المواد يفهم منها أنها موجّهة للقاضي، مثل منع توجيه اليمين، فهذه ومثيلاتها لا إشكال فيها، ولكن في الجانب الآخر فيما يخص المدعي جاء النص على أنه: لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف، فالصحيح أن تكون: لا يجوز لمن طلب توجيه اليمين... وأيضًا جاء النص على: للمدعي إسقاط بينته وتوجيه اليمين للمدعى عليه مباشرة. فالصحيح أن تكون: للمدعي إسقاط بينته وطلب توجيه اليمين...، وغيرها من المواد فيما يتعلق باليمين الحاسمة عند طلبها من المدعي.

- ورد في النظام أنه: لا يجوز توجيه اليمين في واقعة مخالفة للنظام العام، وحيث إن المعنى أو تعريف النظام العام لم يُنص عليه عليه صراحة في الأنظمة، لذا يُفضل أن يرد معنى صريح أو تعريف في الأنظمة السعودية؛ ليتضح لمطبقي النظام ما هو داخل في النظام العام وخارج عنه؛ لأن الأمر يتعلق بذات النظام، ولا يترك الأمر للاجتهاد.

- نوصي أن تُنشر مذكرة إيضاحية للنظام، بالإضافة إلى ما ذكر في النظام من الأدلة الإجرائية والقرارات اللازمة لتنفيذ النظام، والتي نوصي أن يكون نشرها بعد دراستها من هيئة الخبراء في مجلس الوزراء، أو من قبل اللجان المتخصصة بصياغة التشريعات، مع ما ورد في النظام من أن تكون صادرة من وزير العدل بالتنسيق مع المجلس الأعلى للقضاء، إذ إن الأدلة الإجرائية التي صدرت نرى أنها تشبه لحد كبير النصوص النظامية الآمرة التي هي من اختصاص السلطة التنظيمية، إذ إنها تضمنت نصوصاً موضوعية، إضافة إلى تكرار بعض الأحكام التي وردت أصلاً في ذات النظام، والتي نرى أنه لم يكن لذكرها في الأدلة الإجرائية مبرر عدا سياق النص الذي قد يستقيم بغير ما تم ذكره.

- نوصي وزارة العدل بإعادة النظر في مقصود المنظم: بأن يصدر وزير العدل بالتنسيق مع المجلس الأعلى للقضاء، الأدلة الإجرائية والقرارات اللازمة لتنفيذ النظام، حيث إن الأدلة الإجرائية لا تعني نصوصاً موضوعية تأخذ طابع النصوص النظامية الآمرة، إضافة إلى أنه ورد في قرار صدور الأدلة الإجرائية التي جاء في ثالثاً من القرار «الموافقة على الأدلة الإجرائية والقرارات اللازمة لتنفيذ نظام الإثبات...»، بينما تم النص على الأدلة الإجرائية ولم يتم ذكر القرارات في مضمونه، لذا نوصي أن تصدر أدلة إجرائية وقرارات لتنفيذ النظام.

- ورد في الأدلة الإجرائية أحكام جديدة لم ترد في النظام، والتي نوصي أن يتم الرفع بها للسلطة التنظيمية ويكون صدورها من صاحب الاختصاص، مثلاً: لا توجه اليمين فيما اشترط النظام لصحته أن يكون مكتوباً، ولا توجه

اليمين للشخص ذي الصفة الاعتبارية، إذ إن هذه النصوص وفق ما نرى أنها ليست أدلة إجرائية، وإنما هي أقرب لكونها نصوصاً نظامية أمرية، ولا يصح صدور النصوص الموضوعية النظامية إلا من السلطة التنظيمية، إضافة أنها ليست أدلة إجرائية أصلاً.

هذا ما يسره الله تعالى من الجمع والبحث والفهم والكتابة وذكر الآراء، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ؛ فمننا ومن الشيطان، ونسأل الله القبول، وأن يجعله حجة لنا لا علينا، وأن يجعل هذا العمل مباركاً، وأن يجد فيه قارئه مبتغاه، وأن يغفر لنا ربنا زلتنا وخطأنا، وأن ما ذكر في التوصيات ليست إلا آراء، مع الشكر والتقدير والامتنان لكل من يعمل لنهضة المملكة وجعلها في مقدمة الدول من حيث التنظيمات المتسارعة والدقيقة والتطوير الذي يشمل الأنظمة في كل مجال، إذ تأتي توصياتنا في مجال المهمة الفقهية القانونية، التي ما زالت باب مفتوحاً لتطوير الأنظمة في دول العالم، وفي الختام نتمثل قول ابن القيم حيث قال: «فيا أيها القارئ له والناظر فيه، هذه بضاعة صاحبها المزجاة مسوقة إليك، وهذا فهمه وعقله معروض عليك، لك غنمه وعلى مؤلفه غرمه، لك ثمرته، وعليه عائدته، فإن عدم منك حمداً وشكراً، فلا يعدم منك مغفرة وعتراً...»^(١).

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) طريق الهجرتين وباب السعادتين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، (المتوفى: ٧٥١هـ)، دار السلفية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٤هـ، ص ٧.

قائمة المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الإثبات باليمين وفقاً لقانون البيئات الأردني، لينا فوزي مالول، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، ٢٠٠٧م.
٣. الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، د. حسام الدين سليمان توفيق، الناشر: دار الكتاب الجامعي، الطبعة: الأولى، ٢٠١٨م.
٤. الإثبات والتوثيق أمام القضاء، عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، الناشر: مطبعة السعادة، دار الكتب المصرية، ١٩٨٢م.
٥. أدلة الإثبات، د. محمد نصر محمد، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٣٧هـ.
٦. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٩٨٥م.
٧. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
٨. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، همام محمد محمود زهران، الناشر: الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
٩. أصول الإثبات وإجراءاته، د. سليمان مرقس، الناشر: عالم الكتب، القاهرة.
١٠. أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، د. هشام موفق عوض، قدم له: معالي د. عبد الله بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ رئيس مجلس الشورى، الناشر: الشقري، الطبعة: الثانية، ٢٠١٧م.
١١. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواوي المقدسي، ثم الصالح، شرف الدين أبو النجا،

- (المتوفى: ٩٦٨هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة، بيروت.
١٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (المتوفى: ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية.
١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، (المتوفى: ٨٩٧هـ) الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٣٨٩هـ.
١٤. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، (المتوفى: ٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٩٨٦م.
١٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيعلي الحنفي، (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.
١٦. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، تصوير: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٥٧هـ.
١٧. التضامن والتضام، في قضاء محكمة الاستئناف الكويتية مقارناً بالقضائين الفرنسي والمصري، د. محسن البيه، الناشر: مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.
١٨. التعليق على نصوص قانون الإثبات، د. أحمد أبو الوفا، الناشر: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.



١٩. الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، (المتوفى: ٢٥٦هـ)، الناشر: دار الشعب، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٩٨٧م.
٢٠. الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢١. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م.
٢٢. حلية الفقهاء، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين، (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٨٣م.
٢٣. دور الحاكم المدني في الإثبات، آدم وهيب النداوي، رسالة ماجستير، الناشر: دار العربية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦م.
٢٤. رسالة الإثبات، أحمد نشأت، الناشر: دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة: السابعة، ١٩٧٣م.
٢٥. الزاهر في معاني كلمات الناس، محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر الأنباري، (المتوفى: ٣٢٨هـ)، المحقق: د. حاتم صالح الضامن، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٢م.
٢٦. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، وزارة الأوقاف المصرية، وأشاروا إلى جمعية المكنز الإسلامي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.

٢٧. شرح قواعد الإثبات الموضوعية، د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، الناشر: مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة: الأولى، ٢٠١٤م.
٢٨. شرح نظام الإثبات السعودي الجديد، المحامي د. وسيم حسام الدين الأحمد، الناشر: مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة: الأولى، ٢٠٢٢م.
٢٩. طريق الهجرتين وباب السعادتين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، (المتوفى: ٧٥١هـ)، دار السلفية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٤هـ.
٣٠. طلبة الطلبة، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي، (المتوفى: ٥٣٧هـ)، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى، بغداد، ١٣١١هـ.
٣١. العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي، (المتوفى: ٧٨٦هـ)، الناشر: دار الفكر.
٣٢. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرري، المالكي، (المتوفى: ١١٢٦هـ) الناشر: دار الفكر، ١٩٩٥م.
٣٣. قانون الإثبات، د. محمد حسين منصور، الناشر: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٣٤. القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، د. محمود محمد هاشم، الناشر: جامعة الملك سعود النشر العلمي والمطابع، الرياض، ١٤٢٠هـ.
٣٥. القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، د. عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي، الناشر: جامعة أم القرى، الطبعة: الأولى، ١٩٨٤م.



٣٦. قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، د. محمود محمد الكيلاني، الناشر: دار الثقافة، عمان، الطبعة: الثانية، ٢٠١٣م.
٣٧. الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م.
٣٨. المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، (المتوفى: ٨٨٤هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٧م.
٣٩. محاضرات في قانون الإثبات، د. محمد لبيب شنب، د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الناشر: مطبعة الإسرائ، ٢٠١٢م.
٤٠. المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٠م.
٤١. مختصر خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، (المتوفى: ٧٧٦هـ)، تحقيق: أحمد جاد، الناشر: دار الحديث، القاهرة، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٥م.
٤٢. المدخل إلى دراسة القانون، د. محمد بن أحمد البديرات، الناشر: مكتبة المتنبي، الطبعة: الثانية، ٢٠١٩م.
٤٣. مدى أهمية اليمين الحاسمة في إحقاق الحق، القاضي. محمد مصطفى رسول، الناشر: المركز العربي، القاهرة، الطبعة: الأولى، ٢٠١٧م.
٤٤. مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، (المتوفى: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة: الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.

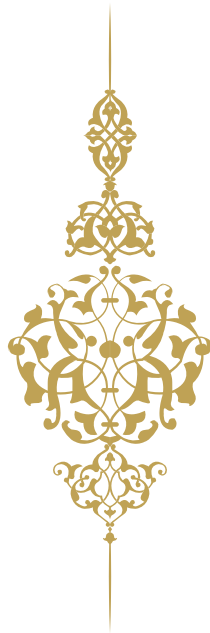


- ٤٥ . المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الجليل، بيروت.
- ٤٦ . المطع على ألفاظ المقنع، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البجلي، أبو عبد الله، شمس الدين، (المتوفى: ٧٠٩هـ)، تحقيق: محمود الأرناؤوط، وياسين محمود الخطيب، الناشر: مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.
- ٤٧ . المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافى، المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.
- ٤٨ . المنجد في اللغة، علي بن الحسن الهنائي الأزدي، أبو الحسن، (المتوفى: بعد ٣٠٩هـ)، تحقيق: د. أحمد مختار عمر، د. ضاحي عبد الباقي، الناشر: عالم الكتب، القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٩٨٨م.
- ٤٩ . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، (المتوفى: ٩٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٩٩٢م.
- ٥٠ . الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، الناشر: دار الشروق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ٢٠١٠م.
- ٥١ . اليمين القضائية، جميل فخري محمد جانم، الجامعة الأردنية، رسالة ماجستير، ١٩٩٣م.
- ٥٢ . اليمين في قانون البنات الأردني - دراسة مقارنة، حنان أحمد محمد النمر، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٨م.



٥٣. اليمين وأثرها في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة، الشفيح جعفر محمد يوسف، رسالة ماجستير، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، السودان، ٢٠١٣م.
٥٤. نظام الإثبات، الصادر بالمرسوم الملكي، رقم (م/٤٣)، وتاريخ ١٤٤٣/٥/٢٦هـ.
٥٥. الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات، الصادرة بالقرار رقم ٩٢١، وتاريخ ١٤٤٤/٣/١٦هـ.
٥٦. نظام الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٣)، وتاريخ ١٤٤٣/٠٨/٠٦هـ.
٥٧. قرار محكمة التمييز رقم (٩٣٩/ق/١/ب) في ٤/١١/١٤٢٤هـ.
٥٨. الأمر السامي الكريم رقم (٤٩٧) وتاريخ ١٦/٩/١٤٣٣هـ.
٥٩. البوابة العلمية القضائية.

تمت بحمد الله





حق المؤلف في أداء الأذان وتلاوة القرآن

د. داود بن عبد العزيز الداود

الأستاذ المشارك بقسم القانون

كلية العلوم والدراسات النظرية - الجامعة السعودية الإلكترونية

D.ALDAWOOD@seu.edu.sa

مقدمة

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

تمثل حماية الحقوق المرتبطة بحق المؤلف -أو ما تسمى بالحقوق المجاورة- أهمية كبيرة، إذ إن العناية بها تعزز الثقة لدى المؤدين مما يساهم في تحفيزهم على نشر إبداعاتهم، والتي بدورها ترفع من قيمتها الاقتصادية؛ مما يعود بنفعها على المجتمع، لذلك تداعت القوانين المحلية والاتفاقيات الدولية لوضع القوانين التي تنظم الاستغلال العادل بين المؤدين والمجتمع، وتحمي حقوقهم الفكرية من الاعتداء، كما أن لانتشار وسائل التقنية في التسجيل والتصوير الرقمي دوراً كبيراً في جعل هذا الأعمال التي يقوم بها المؤدون محط أنظار الجميع ليوثقوا إبداع المؤدين بالتسجيل والتصوير، مما يحفز لاستغلالها إما مجردة أو بوضعها في إعلانات المنتجين.

لذا كان هذا البحث ليلقي الضوء على حقوق الأداء فيما يقال مسجلاً أو على الهواء، ومنها التلاوة والأذان، سواء بتسجيلها من قبل المؤدي، أو تم تسجيلها من الإذاعة أو بشخص آخر.

هل يمكن القول بأنه يمنع تسجيل أصوات المؤذنين والقراء وغيرهم ممن يودون الأعمال الدينية أو غيرها، مثل منع تصوير الآخرين؛ حماية لحقوقه الشخصية وعدم استغلالها، ويتأكد ذلك الأمر حين يتعلق بأعمال يؤديها أصحاب تبعاً لوظائف يأخذون عليها مكافآت ورواتب.

وهل يجوز استغلال هذه الأعمال الدينية الشرعية من خلال أدائها بغير الطريقة التي شرعت له، فالتسجيل لها وتكرارها أمر لم يرد في الشريعة لحدائته.

وهل يشترط في مثل هذه الأعمال -تلاوة القرآن والأذان وبقية الأعمال التي فيها أداء- هل يشترط فيها عنصر الابتكار؟ أم أن مجرد أدائها يكفي ليكون للمؤدي حق فيها؟

كذلك ما مدى أهمية التثبيت والقصد لمخاطبة الحس الفني للجمهور في أداء الأذان وتلاوة القرآن في تمتع المصنف بالحماية.

أهمية البحث:

لم يرد ضمن أعمال المؤدين -التي وردت في النظام- تلاوة القرآن وأداء الأذان بأي طريقة كانت، ونظراً لأنها تمارس بشكل دائم وتذاع في القنوات ووسائل التواصل، مما يجعلها مظنة للاستغلال التجاري كان هذا البحث لبيّن مدى تمتعها بالحماية ضمن حقوق المؤدين الواردة في النظام.

مشكلة البحث:

تبنى النظام المحلي والاتفاقيات الدولية حماية حق المؤدي، وأذن له في استغلاله والتصرف فيه، ولكنه لم يبين ما إذا كان هذه الأداء تم لعمل وظيفي يأخذ عليه المؤدي مقابل مالياً، ومتكرراً، خاصة إذا تميز فيه المؤدي بحسن أدائه، مما يجعله مطلباً للمتلقى، يمنح المؤدي بذلك الأداء حقاً مالياً، ويزيد الأمر جدلية إذا كان هذا الأمر لحق شرعي كالأذان وقراءة القرآن.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

- بيان مدى إمكانية خضوع حقوق المؤدين من الأئمة والمؤذنين إلى نظام حقوق المؤلف وتمتعهم بالحماية عطفاً على ذلك.
- بيان مدى تأثير حصول هؤلاء المؤدين على مكافأة مقابل أعمالهم على نسبة الحقوق لهم.
- بيان مدى أثر هذه الأعمال الشرعية في حصولهم للحماية.
- مدى اشتراط الابتكار في هذه الأعمال لكي يتم منح الحقوق فيها.
- مدى أهمية التثبيت والقصد بمخاطبة الحس الفني للجمهور في أذى الأذان وتلاوة القرآن ليتمتع المصنف السمعي بالحماية.

منهج البحث:

سيكون منهج البحث - بإذن الله - التبع والاستقراء للاتفاقيات الدولية في حقوق المؤلف والنظام السعودي لحماية حقوق المؤلف، ولائحته التنفيذية، مع الأخذ بالاعتبار المنهج الوصفي التحليلي في بيان حقيقة هذه الأعمال محل البحث.

حدود البحث:

ستكون حدود البحث فيما ورد في الاتفاقيات الدولية في حقوق الملكية الفكرية، والأنظمة السعودية في الملكية الفكرية، مع الاستعانة بكتب التراث

الإسلامي لتجلية مسأله الشرعية، ولأن المنظمة العالمية للملكية الفكرية «الويبو» تعمل من أجل تعزيز حماية حقوق الملكية الفكرية تمت الاستعانة ببعض تقاريرها ووثائقها.

مخطط البحث:

يتضمن البحث: مقدمة وتمهيداً ومبحثين وخاتمة وفهارس.

التمهيد: التعريف بمفهوم المؤدين:

المبحث الأول: طبيعة الحق في مؤدي الأذان وقارئ القرآن:

المطلب الأول: مدى شمول هذه الأعمال في حقوق الأداء.

المطلب الثاني: عنصر الابتكار في مثل هذا الأعمال.

المطلب الثالث: الطبيعة الشرعية لأداء تلاوة القرآن والأذان.

المطلب الرابع: القيود الواردة على حقوق الأداء لتتمتع بالحماية.

المبحث الثاني: أحكام الأداء في مؤدي الأذان وقارئ القرآن:

المطلب الأول: الأداء الخاص المستقل.

المطلب الثاني: الأداء مقابل عمل وظيفي يقدم في البث الإذاعي.

المطلب الثالث: الأداء مقابل عمل وظيفي يقدم للجماهير.

الخاتمة.

الفهارس.

التمهيد التعريف بمفهوم المؤدين

عرّف نظام حقوق المؤلف السعودي المؤدين بأنهم: الأشخاص الذين يمثلون، أو يلقون، أو ينشدون، أو يلعبون أدواراً، أو يشتركون بالأداء بأي طريقة أخرى في المصنفات الأدبية أو الفنية^(١).

وعبّرت عنهم لائحة نظام حق المؤلف السعودي بفناني الأداء وهم: «الممثلون والعازفون والمغنون والراقصون والمنشدون، وغيرهم من الذين يؤدون عملاً فنياً من مصنفات أدبية أو فنية بصورة أو أخرى»^(٢).

فكل شخص أدى عملاً فنياً أو أدبياً فهو داخل في مفهوم «المؤدي» الذي سماه المنظم في المصنفات المتمتعة بالحماية فالعروض التي تؤدي بالحركة، أو بالصوت أو بهما معاً، كما سمي المصنفات التي تعد خصيصاً لتذاع، أو تعرض بواسطة الإذاعة^(٣)، فهذه الحقوق جهد مبذول من أصحابه تلزم حمايتها، إذا توفرت بها عناصر الحماية.

على الصعيد الدولي عرّفتها اتفاقية روما ١٩٦١م^(٤) لحماية فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة: بأنها الحقوق المجاورة لحق المؤلف؛ نظراً لأن حقوق المؤلف على المصنفات الأدبية التقليدية تؤدي عادة

(١) المادة (١) من نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

(٢) المادة (١) من لائحة نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

(٣) المادة (٢) من نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

(٤) المنظمة العالمية للملكية الفكرية <https://www.wipo.int/treaties/ar/ip/rome>

إلى إنتاج التسجيلات الصوتية والتي ترتبط بها حقوق المؤدين^(١)، كما أن اتفاقية ترنس تطرقت لها في المادة (١٤)^(٢).

فيقصد بالمؤدي ذلك الشخص الطبيعي الذي يقوم بعمل معين بطريقة معينة يؤدي بها مصنفاً أدبياً أو فنياً، وهذا الأداء يمثل أحد الحقوق المرتبطة بحق المؤلف، وتسمى في بعض القوانين بالحقوق المجاورة لحق المؤلف، واستخدمت اتفاقية تريبس مصطلح الحقوق المرتبطة بدلاً من الحقوق المجاورة؛ لأن مصطلح الحقوق المرتبطة يدل على المساواة بدلاً من التبعية^(٣).

يدخل المؤذنون والقراء في عداد المؤدين؛ لأنهم يقومون بأعمال تنطوي على الأداء ويتضمنه الإبداع، ويتميز بعضهم بنمط معين من الأداء، مما يجعلهم هدفاً للمستمعين، وتتنافس الإذاعات والمؤسسات عليهم لأجل الحصول على تسجيل للمؤذنين والقراء المميزين؛ مما يجعل لهذه الأعمال قيمة أدبية يمكن أن تترتب عليها حقوق مالية، لكن ذلك مرهون بتوفر العناصر التي تجعل أعمالهم تتمتع بالحماية من خلال حالة المؤدي في هذه الأعمال، لذا سيكون هذا البحث وفق الحالات التالية:

(١) معايير الحماية الدولية في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة، السيد حسن البدرابي ص ٦، وثيقة الويبو: WIPO/IP/JU/AMM/1/04/1.

(٢) المنظمة العالمية للملكية الفكرية <https://www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details/231>

(٣) تفريد قواعد تريبس في قوانين الملكية الفكرية، د. صبري خاطر، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢م، ص ٦٧.

الأولى: الأداء الخاص المستقل:

ويقصد به ذلك الأداء الذي يقوم به القارئ أو المؤذن، ويسجل ويثبت لصالح المؤدي أو الجهة التي اشترت حقوقه.

الثانية: الأداء مقابل عمل وظيفي يقدم في البث الإذاعي (مسجل):

ويقصد به ذلك الأداء الذي يقدم على وجه الاعتياد، وأداءً لعمل بتلاوة القرآن في الصلاة أو غيرها، أو يؤذن للصلاة ويقدم عن طريق الإذاعة، فيسجله شخص طبيعي أو معنوي ويقوم باستغلاله تجارياً.

الثالثة: مقابل عمل وظيفي يقدم للجمهور (غير مسجل):

ويقصد به ذلك الأداء الذي يقدم على وجه الاعتياد، وأداءً لعمله بتلاوة القرآن في الصلاة أو غيرها، أو يؤذن للصلاة مباشرة دون أن يقوم بتسجيله، فيسجله شخص طبيعي أو معنوي ويقوم باستعماله أو استغلاله تجارياً.



المبحث الأول

طبيعة الحق في أعمال مؤدي الآذان وقارئ القرآن

تختلف طبيعة الحق في أعمال مؤدي الآذان وقارئ القرآن قليلاً عن أعمال المؤدين الآخرين الذي نص عليهم النظام، كونه أداء لأمر شرعي وتمنح عليه الحكومة مالاً، ويحصل بشكل متكرر، يظهر فيه مؤدون مبتكرون يتفاوتون فيما بينهم في الأداء وحسن الصوت، ويصاحب ذلك سهولة تسجيل أدائهم؛ مما يجعلها مادة مميزة للاستغلال التجاري، ويتنافس صانعو المحتوى في إدراج تلاوات القراء في مواقع التواصل الاجتماعي لتحقيق أرقاماً عالية للمشاهدات تجعل منها مقصداً للاستغلال.

لتجلية طبيعة هذه الأعمال يتطلب بيان: مدى شمول هذه الأعمال في حقوق الأداء من خلال المطلب الأول، ومدى وجود عنصر الابتكار في مثل هذا الأعمال في مطلب ثانٍ، والطبيعة الشرعية لأداء تلاوة القرآن والأذن في مطلب ثالث، والقيود الواردة على حقوق الأداء لتتمتع بالحماية في مطلب رابع.

المطلب الأول: مدى شمول تلاوة القرآن وأداء الأذان في حقوق الأداء:

استخدم الانسان قديماً الأداء الصوتي في جميع مجالات الحياة كالغناء والحداء والنداء، وقد ميّز الله سبحانه بين الناس في ذلك، ومنه ما روي عن نبي الله داود عَلَيْهِ السَّلَامُ أنه كان حسن الصوت قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا دَاوُدَ مِنَّا فَضْلًا يَا جِبَالُ أَوِّبِي مَعَهُ وَالطَّيْرَ وَأَلَنَّا لَهُ الْحَدِيدَ﴾، أورد القرطبي في

تفسيره أوجها في الفضل الذي وهبه الله لداود ومنها: حُسْنُ الصَّوْتِ، وَكَانَ دَاوُدُ عَلَيْهِ السَّلَامُ ذَا صَوْتٍ حَسَنٍ وَوَجْهِ حَسَنٍ. وَحُسْنُ الصَّوْتِ هِبَةٌ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى وَتَفْضُلٌ مِنْهُ، وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِأَبِي مُوسَى: ((لَقَدْ أُوتِيَتْ مِزْمَارًا مِنْ مِزَامِيرِ آلِ دَاوُدَ))^(١). قَالَ الْعُلَمَاءُ: الْمِزْمَارُ وَالْمِزْمُورُ الصَّوْتُ الْحَسَنُ، وَبِهِ سُمِّيَتْ آلَةُ الزَّمْرِ مِزْمَارًا. وَقَدْ اسْتَحْسَنَ كَثِيرٌ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ الْقِرَاءَةَ بِالتَّزْيِينِ وَالتَّرْجِيحِ^(٢). وقال البراء: كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقرأ في العشاء: ﴿وَالْتَيْنِ وَالزَّيْتُونَ﴾^(٣) فما سمعت أحداً أحسن صوتاً أو قراءة منه، متفق عليه^(٤)، وقد كان عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ممن أعطي في تجويد القرآن وتحقيقه وترتيله كما أنزل حظاً عظيماً^(٥)، وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لَمْ يَأْذَنْ اللَّهُ لشيء ما أذن للنبي أن يتغنّى بالقرآن))، رواهما البخاري، وفي رواية له: ((من لم يتغن بالقرآن

(١) صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الناشر: دار ابن كثير - دار اليمامة، دمشق، الطبعة: الخامسة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، رقم الحديث (٤٧٦١)، صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م، ت عبد الباقي رقم الحديث (٧٩٣).

(٢) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية، القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، ص ٢٦٥.

(٣) صحيح البخاري، رقم الحديث (٧٣٣)، صحيح مسلم، رقم الحديث (٤٦٤).

(٤) الزيادة والإحسان في علوم القرآن، محمد بن أحمد بن سعيد الحنفي المكي، الناشر: مركز البحوث والدراسات، جامعة الشارقة، الإمارات، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ، ص ٣٠٤.

فليس منا»^(١). وروى الدارمي^(٢) وابن خزيمة^(٣): أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر عشرين رجلاً، فأذنوا، فأعجبه صوت أبي محذورة، فعلمه الأذان، كذلك ما حديث عبد الله بن زيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عندما رأى عبد الله بن زيد رؤيا في مفردات الأذان فأمره النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يلقيها لبلال وقال له: فإنه أندى صوتاً منك^(٤).

قال الشيخ القسطلاني: ولا يخفى أن النفوس لها حظ من الأصوات الحسنة، فإذا جلّيت ألفاظ القرآن العزيز بالأصوات الطيبة مع مراعاة قوانين الترتيل على الأسماع تلتقتها القلوب، وأقبلت عليها النفوس^(٥)، وقد أجمع العلماء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ من السلف والخلف من الصحابة والتابعين ومن بعدهم

(١) صحيح البخاري برقم (٤٧٣٦)، التبيان في آداب حملة القرآن، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ، ص ١١٠.

(٢) مسند الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي، الناشر: دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ، الحديث رقم (١٢٣٢)، قال ابن الملقن: «هذا حديث صحيح»، البدر المنير في تخرّيج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الشافعي، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ٦٤١/٩.

(٣) صحيح ابن خزيمة، أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الحديث رقم (٣٧٧).

(٤) سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، ت: شعيب الأرنؤوط، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، (١/٣٧١)، قال المحقق: «إسناده حسن».

(٥) الزيادة والإحسان في علوم القرآن، ص ٣٠٨.

من علماء الأمصار أئمة المسلمين على استحباب تحسين الصوت بالقرآن وأقوالهم وأفعالهم مشهورة^(١).

هذه الميزة التي يمنحها الله سبحانه للإنسان غدت مع التطور التشريعي والتقني حقاً يُمنح لصاحبه إذا بُث للجمهور على وجهه الصحيح نظاماً، فقد تضمن تعريف المؤدين في النظام السعودي بأنهم من «يلقون، أو ينشدون» وهذا الأداء الصوتي للتلاوة والأذان المصحوب بترتيل وتخبير وتغنٍ داخل في هذا المعنى أمّا صراحة أو ضمناً، وذلك أن الإلقاء أو الإنشاد مماثل للتلاوة وأداء الأذان، وهما جميعاً يقومون بأعمالهم كما تلقتها الأمة ممن قبلهم بلحون العربية ومخارج الحروف والمقامات، فهم بذلك مشمولون في أعمال المؤدين، كونهم يؤدون هذه الأعمال باستخدام أصواتهم كما يفعل المنشد والملقي الذي نص عليه النظام، وقد يتميز في الأداء بعض المؤدين وقرآء القرآن من شخص لآخر مما يجعل لأدائهم قيمة، خاصة إذا صاحب ذلك ابتكاراً في الأداء، وتوفرت فيه شروط المصنف السمعي، كالتبثيت وأنه يخاطب الجمهور^(٢) وقد تعاقبت أجيال الأمة الإسلامية على تناقل مثل هذا الأداء وتدريب النشء عليه، وإجراء المسابقات لتجويده وتحسينه.

يُشكل على هذا الأداء أنهم لا يؤدون نصوصاً خاصة، بل هي نصوص عامة، إذ إن المنظم حدد أعمال المؤدين (في المصنفات الأدبية أو الفنية)، والمؤدي يقوم بعمل لاحق للمصنف الأدبي الذي يتم أدائه، فهو عمل

(١) الزيادة والإحسان في علوم القرآن، ص ٣٠٩.

(٢) المادة (٧) من لائحة حقوق المؤلف السعودي.

يستهدف مصنفاً له حق أدبي أو فني، مما لا يتحقق في القرآن الكريم والأذان، لقدسية نصوصها ومكانتها الشرعية، وعموميتها كونها غير مملوكة لأحد، وفي ذات السياق ورد إطلاق «التعبير الثقافي التقليدي المقدس» في بعض وثائق الويبو^(١)، أوضح «أنه يقصد بالمعارف التقليدية المقدسة المعارف التقليدية التي تشمل الأمور الدينية والروحانية كالطقوس الخاصة والأشياء المقدسة والمعارف المقدسة والصلوات والتراتيل والعروض والرموز المقدسة»، وجاءت لائحة حقوق المؤلف السعودي^(٢) خالية من تقييد التراث التقليدي بالمقدس؛ إذ بينت أنه يعد من التراث الشعبي السعودي كل تعبير يعكس التراث الشعبي التقليدي الذي نشأ أو استمر في المملكة العربية السعودية، وخصت بالذكر بعض التعبيرات والأمثلة دون الإشارة إلى التعبيرات التي تمثل التراث الإسلامي.

وتضمن مشروع الاتفاقية الإسلامية لحقوق المؤلف^(٣) في المادة (٣٠) أن يقصد لأغراض تطبيق هذه الاتفاقية بالمصنفات المدرجة في عداد الأملاك العامة: الكتب والكتابات المقدسة وجميع أشكال الإبداع الفكرية، سواء

(١) مسرد بالمصطلحات الرئيسية المتعلقة بالملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي، اللجنة الحكومية الدولية المعنية بالملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية والفولكلور، الدورة الأربعون، جنيف، ١٧-٢١ يونيو ٢٠١٩م، ص ٤٥.

(٢) المادة (٣) من لائحة نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

(٣) مشروع الاتفاقية الإسلامية لحقوق المؤلف، المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، إيسيسكو، المجلس التنفيذي، الدورة الخامسة عشرة، دمشق، جمادى الثانية ١٤١٥هـ.

كانت أدبية أو علمية أو فنية غير المشمولة بحماية حقوق المؤلف، سواء كانت هذه المصنفات مشمولة بالحماية من قبل أو لم يسبق شمولها بهذه الحماية وأياً كان شكلها التعبيري.

ما سبق لا يعني خروج أداء المؤذن وقارئ القرآن عن هذا الشمول للمؤدين، إذ ورد النص في لائحة حقوق المؤلف بأن المؤدين هم: «الممثلون والعازفون والمغنون والراقصون والمنشدون، وغيرهم من الذين يؤدون عملاً فنياً من مصنفات أدبية أو فنية بصورة أو أخرى»^(١)، وُرد النص ليس على سبيل الحصر، إذ يمكن دخول غيرهم معهم، وقد بينت اللائحة أن المصنفات الأدبية هي: «المصنفات التي يعبر عنها بالكلمات أياً كان محتواها، وهي إما أن تكون مكتوبة أو شفوية»^(٢).

قيدت اتفاقية روما^(٣) في المادة (٣) المصنفات بأن تكون أدبية أو فنية وتؤدي بصورة أو بأخرى، لكنها في المادة (٩) أوضحت أنه يجوز للدول أن تسمح في نظامها الداخلي بأداء أعمال ليست نصوصاً أدبية.

ويشكل على ذلك أيضاً شرعية هذا الأعمال التي تؤدي وحصول مؤديها على الأجر والثواب كما أنها أعمال حكومية تمنح الدولة على مؤديها في حالات معينة على رواتب ومكافآت، وستعالج هذه الدراسة في المبحث الثاني مدى ثبوت هذا الحق الأدبي لهم أم تخضع للمسؤولية العامة؟

(١) المادة (١) من لائحة نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

(٢) المادة (١) من لائحة نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

(٣) اتفاقية روما لحماية فاني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة لسنة ١٩٦١م.

خلاصة القول: إن هذه الأعمال على وجه العموم تكون مشمولة بالحماية في حال تحققت شروطها من التثبيت والأداء العلني للجمهور على التفصيل الذي سيرد بيانه - بإذن الله -.

المطلب الثاني: عنصر الابتكار في مثل هذا الأعمال:

تضمنت المادة الثانية من نظام حقوق المؤلف السعودي أهمية الابتكار في هذه المصنفات بنصها: «يحمي هذا النظام المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم»، ويعني ذلك أن يكون قد انطوى على شيء من الابتكار، وهذا الابتكار هو الأساس الذي تقوم عليه حماية القانون، وهو الثمن الذي تشتري به هذه الحماية، والمصنف المكرر لا يدخل في حماية القانون، وليس ضرورياً أن يكون الابتكار ذا قيمة جدية، فأى ابتكار مهما كانت قيمته معتبر^(١).

والابتكار إما أن يكون مطلقاً وإما أن يكون نسبياً، فيكون مطلقاً إذا لم يكن المصنف يستند إلى إنتاج سابق، ويكون نسبياً إذا ما كان المصنف يقتبس عناصر شكلية لإنتاج السابق، وفي كلتا الحالتين يكون شرط الابتكار متوفراً، وبالتالي لتقرير حق المؤلف على مصنفه لا بد من خلق ذهني جديد في جملته، ويكفيه في ذلك أن يضيف المؤلف إلى فكرة سابقة مما يجعله طابعاً جديداً يختلف بها عما كان عليه من قبل^(٢).

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبدالرزاق السنهوري، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٢م، (٨/٢٩٢).

(٢) مقدمات في الملكية الفكرية، د. محمد الرحاحلة، وإيناس الخالدي، الناشر: دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ، ص ٣٧.

ويقصد بالابتكار الطابع الشخصي الذي يعطي المؤلف المصنف، والذي يسمح بتميز المصنف عن سواه من المصنفات التي تنتمي إلى ذات النوع، حيث تبرز شخصية المؤلف أما في مقومات الفكرة التي عرضها أو في الطريقة التي اتخذها لعرض الفكرة^(١).

لتوضيح مدى أهمية الإبداع والابتكار في أداء مثل هذه الأعمال الشرعية ما تضمنه رد محكمة النقض المصرية في قضية للشيخ عبد الباسط عبد الصمد رَحْمَةُ اللَّهِ، إذ اتفقت الشركة (أ) للتسجيلات الصوتية معه على أن يسجل لها وحدها تلاوة صوتية للقرآن الكريم كاملاً بصوته وبالتجويد، وأن يكون لها حق استغلال هذا التسجيل، وذلك في كافة أنحاء العالم سواء تم على أسطوانات أشرطة صوتية أو بأي طريقة أخرى للتسجيل، وذلك مقابل ٣٠٪ من صافي قيمة بيع التسجيلات يحصل عليها القارئ الشيخ، على أن يمتنع عن تسجيل القرآن الكريم بصوته على أسطوانات أو أشرطة لحساب الغير بقصد الاستغلال التجاري، وقد فوجئت الشركة بأن الشيخ سجل عدة سور من القرآن الكريم بصوته لحساب شركة أخرى، وبطرح النزاع أمام القضاء أعطت محكمة القاهرة للقارئ الشيخ الحق فيما فعل، وأيدت محكمة الاستئناف حكم المحكمة على أساس أن القرآن الكريم لا يعد مصنفاً بالمعنى المقصود في قانون حماية حق المؤلف المصري، وأن تلاوته تقليد متبع لا محل للابتكار فيه وليست حكراً لأحد، فليس لأي قارئ أن يمنع غيره من التلاوة، ثم طعنت شركة (أ) بالنقض في الحكم لخطأ في تطبيق

(١) المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه والقضاء، محمد حسام لطفى، الكتاب الرابع، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٢٦.

القانون على أساس أن ما أثبتته الحكم يعد مسخاً لعبارة العقد، وابتعاداً عن مناط الفصل في الدعوى، حيث تصلح التلاوة أن تكون محلاً لالتزام مدني يمكن تقويمه بالمال، ومن ثم يكون تسجيل الصوت في تلاوة القرآن على أشرطة وأسطوانات وبيعها للجمهور هو حق ذو قيمة مالية يستطيع أن يستغله صاحب الحق بنفسه أو ينقله للغير، فإذا تصرف فيه للغير يمنع عليه أن يتصرف في هذا الحق مرة أخرى التزاماً بشروط العقد، وجاء قرار محكمة النقض بنقض حكم محكمة الاستئناف، وأسندت حكمها في أحقية الطاعنة في طعنها إلى أن من حق كل إنسان أن ينتفع انتفاعاً مشروعاً بما حباه الله به من ملكات وحواس وقدرات تميزه عن غيره من سائر البشر ومنها صوته، فيكون له حق استغلال هذا الصوت مالياً، كما يجوز له أن يتنازل للغير عن حقه المالي في استغلال هذا الصوت بما يشتمل عليه من الحق في النشر، حتى ولو تعلق الأمر باستغلال الصوت في تلاوة القرآن، إذ إن محل التعاقد في هذه الحالة ليس القرآن الكريم في حد ذاته أو مجرد تلاوته، إنما هو صوت القارئ ومدى إقبال الجمهور على سماعه، فإذا تنازل الشخص عن حقه في استغلال صوته مادياً للغير امتنع عليه القيام بأي عمل أو تصرف من شأنه تعطيل استعمال الغير للحق المتصرف فيه، أو من شأنه أن يتعارض مع حق المتصرف إليه في استغلال هذا الصوت بالطريقة المتفق عليها في عقد التنازل، وكل ما يترتب على الشرط المانع الوارد بالعقد هو التزام القارئ الشيخ بعدم تسجيل القرآن الكريم مجوداً بقصد الاستغلال التجاري لغير الشركة الطاعنة^(١).

(١) نقض مدني ١٢ مارس ١٩٨٤م، مجموعة المكتب الفني سنة ٣٥ رقم ١٢١ ص ٦٤٠، هذا الحكم نقلاً من: قضايا مختارة في مجال حق المؤلف، السيد حسن البدرابي، وثيقة ويبو WIPO/IP/JU/AMM/2/04/4.

يتبين من خلال العرض السابق إمكانية أن يتوفر الابتكار في أداء المؤذن وتالي القرآن، بأن يكون مميزاً ويراعي المؤدي خلال الأداء وضع الشيء في موضعه من حيث اختيار التجويد والمقام وخفض الصوت ورفعها ومواضع الوقف والابتداء ومخارج الحروف، ويكون بمجموعه أداء يتميز فيه المؤذن وتالي القرآن قد حقق فيه ابتكاراً.

المطلب الثالث الطبيعة الشرعية لأداء تلاوة القرآن والأذان:

تأخذ عبارة الأذان وحروف القرآن جانباً شرعياً من حيث مصدرها وقيمتها الشرعية، مما يجعل من هذه المنزلة مكانة عند المسلمين، وأداؤها بالعبارة الشرعية جاء على خلاف ما يكون عادة في مصنفات الأداء، إذ إن المصنفات السمعية عادة تبنى على نصوص سابقة ثم تؤدّى، كما هو الحال في النصوص الشعرية والنثرية عندما يتم أداؤها.

إن طريقة تلاوة القرآن ينبغي أن تكون وفق ما جاءت به سنة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وما تناقله السلف الصالح، ولا يصح أن تكون عبر لحون غير لحون العربية قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أقرأوا القرآن بلحون العرب وأصواتها))^(١)، كذلك عد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما يخاف على أمته وهي ست خصال، وذكر منها: ((ونشاء يتخذون القرآن مزامير، يقدمون الرجل ليس

(١) المعجم الأوسط، أبو سليمان بن أحمد الطبراني، الناشر: دار الحرمين، القاهرة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، الحديث رقم (٧٢٢٣)، بدع القراء القديمة والمعاصرة، بكر أبو زيد، الناشر: دار الفاروق، الطائف، ١٤١٠هـ، ص ٣٨، حكم الألباني (ضعيف) ضعيف الجامع الصغير محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، ص ١٥١.

بأفقههم، ولا أعلمهم، ولا بأفضلهم، يغنيهم غناء»^(١). فتلاوة القرآن لا تسوغ إلا وفق الطريقة الصحيحة التي تم تلقيها بالسند الصحيح وتوارثتها الأمة، مما يصعب معه أن يكون الأداء لها بطرق أخرى غير ما جاء به الأثر، لذا كل أداء جاء على غير الهدى النبوي فلا عبرة به شرعاً ولا يكون موافقاً للصحيح، وترتيل القرآن من خلال أقوال مفسري السلف هو: تبيين وفصاحة النطق بحروف القراءة بحيث يخلو التلفظ بها من عيوب النطق وأدواته^(٢).

والصوت هو مكنم الإبداع في التلاوة والأذان، وهو ما يميز قراءة عن أخرى، ومؤدً عن آخر، كما أنه يمكن تحسينه بالتدريب والتعلم والممارسة، ومن ذلك قول ابن أبي مليكة في حديث الرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس منا من لم يتغن بالقرآن))، قال: فقلت لابن أبي مليكة - أحد رواة الحديث -: يا أبا محمد، أرايت إذا لم يكن حسن الصوت؟ قال: يُحَسِّنُه ما استطاع^(٣).

والتحسين يكون بما لا يخالف ما ورد عن سلف الأمة وقرائها، فتلاوة القرآن بالأحرف السبعة، والقراءات الثابتة، واتباع أحكام التجويد، والتغني المشروع بالقرآن الكريم إذا صاحبها صوت القارئ المتقن والمميز

(١) المعجم الأوسط، للطبراني (١/٢٠٢).

(٢) تجويد اللفظ في قراءة القرآن الكريم في القرون الخمسة الأولى، حسين المطيري، الناشر: جامعة الملك سعود كرسى، تعليم القرآن وإقراءه، ١٤٣٤هـ، ص ١٠٢.

(٣) سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، ت: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص ٥٩٧، قال المحقق: «حديث صحيح».

تشكل معاً الأداء القرآني، ومثله المؤذن، وهي تُبرز مجتمعة الطابع الشخصي الذي تتميز به تلاوة القرآن الكريم، والذي بناء عليه يمكن القول بوجود عنصر الابتكار فيها.

فلئن كانت الأحرف والقراءات وأحكام التجويد علوماً أُخذت بالنقل عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا فرق فيها بين كل من تساوا في إتقانها، فإن التغني بالقرآن وأصوات القراء مما يتميز فيه الناس بعضهم عن بعض. ومن هنا، ما فتى المسلمون ومنذ قديم الزمان يتتبعون القراء من مسجد إلى مسجد، كل يبحث عن قارئ يعجبه إتقانه للتلاوة وحلاوة صوته وعضوبة ألحانه^(١). وهو أمر سارت عليه الأمة وتُقام لأجله المسابقات والجوائز المحلية والإقليمية والدولية، ويبدل فيه المؤدي جهداً كي يكون متميزاً وقد يضطر للسفر إلى العلماء المميزين في هذا الفن ليحصل على دورات في الأداء؛ مما يتكبد معه المشقة والعناء، وأصوات القراء والمؤذنين سوق رائجة تجارياً لكثير من المتكسبين والناشرين، ويتنافس هؤلاء في تسجيل أصوات المبدعين من القراء ونشرها في مضاها ليحصلوا على مكسب مادي مباشر جراء نشرها مثل موقع يوتيوب عند زيادة عدد المشاهدات وقد يكون غير مباشر من خلال تكثير عدد المتابعين في مواقع التواصل، وبالتالي زيادة سعر الإعلان في هذه القنوات، لكن ذلك لا يكون إلا إذا كان مثبتاً على دعامة مادية وقصد بهذا الأداء إيصاله للجمهور.

(١) مدى تمتع تلاوة القرآن الكريم بالحماية وفقاً لقانون حق المؤلف والحقوق المجاورة وطبيعة الحق الوارد عليها، دراسة في ظل القانون الأردني والإماراتي، د. فراس الكساسبة، مجلة جامعة الإمارات للعلوم القانونية، العدد (٧٦)، ٢٠١٨م، ص ٦١.

تقليد الأداء المتقن بهذا النحو لا يعد تعدياً؛ نظراً لكون هذا الأداء جاء وفق الأصول المعتمدة في الأداء والمقامات وعلامات الوقف والابتداء المذكورة في كتب هذا الفن، كما أنه جاء تقليداً لطريقة معينة ولا ترتقي لأن تكون كالألحان، ويصعب - والحالة هذه - أن ينسب هذا الأداء لشخص بعينه، فقد تعارف الناس على قراءات تنسب لمدن وأقاليم، كالقراءة الحجازية والقراءة النجدية والقراءة العراقية، لكنها لا تنسب لشخص بعينه، وقد اعتنى علماء تجويد اللفظ بفصاحة النطق بالحروف من خلال الاهتمام بمخارج الحروف وصفاتها وعيوب النطق، كما اعتنوا بإحسان التأليف بينها، من خلال أن تكون القراءة على نظام واحد، ومن خلال الحديث عن كل حرف وما يشبهه وتخليصه منه عند المجاورة^(١).

وإذا سلمنا جدلاً بجواز أداء القرآن أو الأذان بألحان خلاف ماورد عن علماء التجويد، فإنه يصعب تحديد اللحن المحمي للقارئ والمؤذن والحالة هذه فلا يمكن كتابتها على نوتة أو ما شابهه، كما أنها جاءت على كلمات تأخذ حكم الملك العام ولها مكانتها الشرعية، وعلى ذلك تكون الحقوق في هذه الأعمال محل البحث في تثبيتها وأدائها للجمهور، ولا عبرة بما كان دون تثبيت، وهذا ما سار عليه الناس في تقليد القراء والمؤذنين في طريقة أدائهم، قال معاوية بن قرة: «لو شئت أن أحكي لكم قراءة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لفعلت»^(٢)، وفي رواية الترمذي: «لولا أن يجتمع الناس علي لأخذت لكم

(١) تجويد اللفظ في قراءة القرآن الكريم في القرون الخمسة الأولى، ص ١٠٨.

(٢) صحيح البخاري، الحديث رقم (٤٨٣٥).

في ذلك الصوت»، أو قال: «اللحن»^(١)، واللحن هو: الترجيع، فهذا يعني الأداء، وفرق بين حكاية الصوت فهذا لم يقع، وبين حكاية الأداء والقراءة وهذا أمر مطلوب بأن يقرأ العبد القرآن مؤدياً له على وفق قواعد القراءة، وضوابطها الشرعية، ومن غير إخلال بخلو أو تفريط ولهذا قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أراد أن يقرأ القرآن رطباً كما أنزل فليقرأه كما يقرأ ابن أم عبد))^{(٢)(٣)}.

بذلك يظهر أن تقليد القراءة بالقراءة الصحيحة أمرٌ سائغ، ولا يترتب عليه حقوق الأداء الواردة في نظام حقوق المؤلف، وذلك لكونها تحتوي على نصوص شرعية، وأداؤها بها يمثل عملاً شرعياً ولا يأخذ مخاطبة الحس الجمالي حينها حيزاً في ذلك الأداء؛ لأن أداء العمل يتكرر، ولأنها حين تؤدي لا يقصد منها تثبيت عمل فني، في تلاوة القرآن وأداء الأذان رغم ما لهما من المكانة الشرعية والمنزلة الرفيعة فإنه يلزم تثبيتها على دعامة مادية ويخاطب بها الجمهور لتتم حمايتها، وهو ما سيتم تناوله في المطلب التالي.

(١) مختصر الشئبل، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي، الناشر: المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، ص ١٦٧.

(٢) السنن الكبرى، أحمد بن شعيب النسائي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، الحديث رقم (٨٢٠٠)، قال الحاكم في مستدركه: «صحيح الاسناد»، رقم الحديث (٥٤٣١)، (٣/٣١٨).

(٣) بدع القراء القديمة والمعاصرة، بكر أبو زيد، الناشر: دار الفاروق، الطائف، ١٤١٠هـ، ص ٣١.

المطلب الرابع: القيود الواردة على حقوق الأداء لتتمتع بالحماية:

تتضمن طبيعة الحق لتالي القرآن ومؤدي الأذان حالتين: الأولى تقليدهم في أدائهم، ثم يقوم المقلد بنشر صوته بعد ذلك، والثانية تسجيل صوت المؤدي في دعامة مادية ليتم نشرها.

ففي الحالة الأولى: تقرر أن محاكاة مؤدي الأذان وتالي القرآن أمر سائغ شرعاً، كونها أعمالاً ذات طابع شرعي، وقد جاءت النصوص بجواز تقليدهم في أداء هذه الأعمال، ولصعوبة تحديد اللحن المحمي بهذا الطابع، ولكونها لا تنطوي على إبداع في الأداء، لورود الأمر بأدائها وفق المنهج السليم القائم على معرفة العربية والتجويد ومخارج الحروف. وحذرت الشريعة من القراءة بالألحان المخالفة، ولكون كلماتها تعود للملك العام. وتقرر كذلك أن التميز بالصوت بمنحة ربانية للمقلد وللمقلد، فقد تشابه أصواتهم وتماثل كذلك فلا أصالة في ذلك ولا ابتكار، ويصعب - والحالة هذه - أن ينسب هذا الأداء لشخص بعينه، فقد تعارف الناس على قراءات تنسب لمدين وأقاليم كالقراءة الحجازية والقراءة النجدية والقراءة العراقية، لكنها لا تنسب لشخص بعينه، كما أن قراءة القرآن وأداء الأذان معدودة الألحان، فجاءت وفق الأداء المتناقل ومرتبطة بالتجويد ومخارج الحروف، وصوت الإنسان نعم يهبها الله لمن يشاء، والناس في ذلك على حد سواء، فلا يوجد سابق في ذلك لهذا الأداء، وقد تضمن النظام بعض الأحكام التي تجيز أن يعيد الشخص تقليد آخر، مثل المصور مثلاً، فيجوز إعادة تصوير الصورة من نفس المكان.

ورد في المادة (١٥) الفقرة (١٠): «التقاط صور جديدة لأي موضوع أو عمل سبق تصويره فوتوغرافياً، ونشر تلك الصور، حتى ولو أخذت الصور الجديدة من المكان نفسه، وفي الظروف نفسها التي أخذت فيها الصور»، فيمكن القياس عليه.

وفي الحالة الثانية عن حقوقهم في حال تم تسجيلها في دعامة مادية ل يتم نشرها: فلا يتمتعون بالحماية في تسجيلاتهم الصوتية إلا بقيود منها: أولاً: تثبيت أدائهم على دعامة مادية:

التثبيت: مسار أو نتيجة تدوين مصنف مؤلف في صيغة ملموسة، ويجب أن يجري تثبيت مصنف أو موضوع محمي بموجب الحقوق المجاورة في صيغة مادية بشكل ثابت بما يكفي، بحيث يمكن على هذا الأساس إدراك المصنف أو الموضوع المحمي بموجب الحقوق المجاورة أو نسخه أو نقله إلى الجمهور. ولا يكون التثبيت في صيغة مادية دائماً شرطاً مسبقاً لأهلية الحماية، لكن اتفاقية برن تسمح بأن تنص القوانين الوطنية لحق المؤلف على التثبيت كشرط مسبق، وقد ينشئ تثبيت أشكال التعبير الثقافي التقليدي في صيغة مادية حقوقاً جديدة للملكية الفكرية تتعلق بالتثبيت، وقد تُستخدم هذه الحقوق بشكل غير مباشر من أجل حماية أشكال التعبير الثقافي التقليدي نفسها^(١).

(١) مسرد المصطلحات الرئيسية المتعلقة بالملكية الفكرية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي، ص ١١ WIPO/GRTKF/IC/19/INF/7.

في النظام السعودي يبيّن المادة الأولى من نظام حقوق المؤلف السعودي أن المراد بالمصنف السمعي: أي تثبيت سمعي لأداء أو صوت معين مهما كانت طريقة التثبيت. وتضمنت المادة الأولى من اللائحة تعريفاً للتسجيل الصوتي بأنه: تثبيت الأصوات التي يتكون منها الأداء أو غيرها من الأصوات، أو تثبيت تمثيل للأصوات في شكل خلاف التثبيت المدرج في مصنف سمعي بصري آخر. كما تضمنت المادة السابعة من لائحة حقوق المؤلف بعض القيود لكي تتحقق حماية المؤدون ومنتجو التسجيلات الصوتية، إذ يتمتع المؤدون ومنتجو التسجيلات الصوتية بحق استثنائي في التصريح، إذ تم الأداء العلني لمصنفاتهم بما في ذلك التلاوة العلنية بأي من الوسائل أو الطرق، وتم نقل وأداء مصنفاتهم إلى الجمهور بأي من الوسائل، وكان تثبيت أدائهم على دعامة مادية.

كذلك اشترطت التثبيت على دعامة مادية الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف المادة (٣) فقرة (ج)، وبيّنت أنه يشترط في المصنفات المحمية أن تكون على دعامة مادية، ومثلها مشروع الاتفاقية الإسلامية لحقوق المؤلف^(١). فالتثبيت هو وضع المصنف السمعي ليكون محسوساً، فيمكن بذلك حمايته من التقليد والنسخ لكونه مسجلاً على دعامة مادية.

(١) المادة الأولى من مشروع الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف، دمشق، نوفمبر ١٩٩٤م.

ثانياً: نقل الأداء إلى الجمهور بجميع الوسائل:

بينت المادة (١٩) من نظام حقوق المؤلف السعودي أن المصنف السمعي تبدأ مدة حمايته من تاريخ أول عرض أو نشر للمصنف، بغض النظر عن إعادة النشر، واعتبرت اتفاقية روما أن «النشر هو عرض نسخ من أي تسجيل صوتي وعرضه على الجمهور بكميات معقولة»، وكذلك بينت اللائحة على نظام حقوق المؤلف أن النشر: «نقل المصنف أو إيصاله بأسلوب مباشر أو غير مباشر إلى الجمهور أو استخراج نسخ أو صور منه أو من أي جزء من أجزائه يمكن قراءتها أو رؤيتها أو سماعها أو أدائها».

المنظم السعودي اعتمد في حقوق المؤلف أن يكون المصنف منشوراً حتى يتمتع بالحماية، وهو ما نهجه لحماية المصنف السمعي، فلكي تتم حمايته لا بد أن يصل إلى عدد معقول من الجمهور.

والإدعاء العلني يعني إلقاء المصنف علانية للجمهور، سواء كان أداء مباشراً أو مسجلاً، تنقله الإذاعات المسموعة أو المرئية على أثيرها أو على الإنترنت^(١)، فلا يشترط له مكان معين أو بشروط معينة أو شكل معين، المهم أن يحصل الإعلان للجمهور، ويسمى المنظم هذا الحق حق الإبلاغ

(١) حقوق المؤلف في القانون المقارن، عبد الفتاح حجازي، الطبعة: الأولى، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٣١، حماية حقوق الملكية الفكرية على الإنترنت، حسام الأهواني، المؤتمر الأول حول الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠٠٠م، ص ٣٧.

والذي يتم عن طريق الأداء العلني أو بوسائل غير مباشرة باستخدام وسائل مادية لعرضه على الجمهور^(١).

إيصال الفكرة إلى الجمهور ليتمتع صاحبها بالحماية أمر معتبر في الملكية الفكرية بجميع عناصرها وصورها، لأن النظام لا يحمي الفكرة التي لم تظهر للعلن، وإيصالها يكون بالأداء العلني أو النشر أو التسجيل.

(١) حقوق الملكية الفكرية في الأنظمة السعودية والاتفاقيات الدولية، د. آمال زيدان، الناشر: مكتبة الرشد، الطبعة: الثانية، ١٤٣٦هـ، ص ٧٢.

المبحث الثاني أحكام الأداء في مؤدي الآذان وقارئ القرآن

بحسب الإيراد السابق تتعدد حالات وأحكام الأداء في مؤدي الآذان وقارئ القرآن تبعاً لطريقة أدائهم، فتارة يتم عمل ذلك بطريقة خاصة ومستقلة عن فعل العبادة المتربطة بالعمل أو يكون معها ولكن يرغب المؤدي تثبيت صوته لينقله للجمهور، وتارة يقوم المؤدي بعمل معتاد يؤديه ووظيفة يومية تنشر في الإذاعة، وتارة يتم ذلك بدون نشر. وبالإستقراء تعتبر هذه أكثر الحالات شيوعاً، وسيتم دراستها وفق الآتي:

المطلب الأول: الأداء الخاص المستقل:

صورة المسألة: أن يقوم المؤدي بتسجيل قراءته للقرآن أو الأذان بشكل شخصي أو بواسطة شخص متخصص، وذلك بغرض تسويقه تجارياً، فيكون بذلك اكتملت فيه عناصر الأداء المعتبرة للحماية من كونه أداء جاء على دعامة مادية وقُصد به مخاطبة الجمهور.

فقراءة القرآن تتم في الصلاة أو على جمهور من الحاضرين، ولكنها -والحالة هذه- تتم بطريقة حديثة، وتشارك مع الطريقة القديمة في إيصاله للجمهور وتزيد هذه الطريقة في أن المتلقي يختار الزمان والمكان، وكذلك الحال في الأذان، فالطريقة المعروفة أن تتم في المسجد للإعلام بدخول الوقت، ولكن هذه الطريقة في الأداء التي سُجلت ستمكن الجمهور من سماع الأذان في وقته في أجهزتهم النقلة، وفي مكاتب العمل والأسواق.

هذا الأداء الحديث بهذه الصورة للأذان وقراءة القرآن يعد تمييزاً يمكن معه حفظ حقوق الأداء للمؤدي، بما يترتب عليها من الحماية والحفظ وحق التبديل والسحب وسائر الحقوق.

يعضد ذلك الحكم السابق للشيخ عبد الباسط رَحْمَةُ اللَّهِ، وما تضمنه من رأي محكمة النقض أن من حق كل إنسان أن ينتفع انتفاعاً مشروعاً بما حباه الله به من ملكات وحواس وقدرات تميزه عن غيره من سائر البشر، ومنها صوته، فيكون له حق استغلال هذا الصوت مالياً، كما يجوز له أن يتنازل للغير عن حقه المالي في استغلال هذا الصوت، بما يشتمل عليه من الحق في النشر، حتى ولو تعلق الأمر باستغلال الصوت في تلاوة القرآن، إذ إن محل التعاقد في هذه الحالة ليس القرآن الكريم في حد ذاته أو مجرد تلاوته، إنما هو صوت القارئ ومدى إقبال الجمهور على سماعه، فإذا تنازل الشخص عن حقه في استغلال صوته مادياً للغير امتنع عليه القيام بأي عمل أو تصرف من شأنه تعطيل استعمال الغير للحق المتصرف فيه، أو من شأنه أن يتعارض مع حق المتصرف إليه في استغلال هذا الصوت بالطريقة المتفق عليها في عقد التنازل، وكل ما يترتب على الشرط المانع الوارد بالعقد هو التزام القارئ الشيخ بعدم تسجيل القرآن الكريم مجدداً بقصد الاستغلال التجاري لغير الشركة الطاعنة^(١).

(١) نقض مدني ١٢ مارس ١٩٨٤م، مجموعة المكتب الفني سنة ٣٥ رقم ١٢١، ص ٦٤٠، هذا الحكم نقلاً من: قضايا مختارة في مجال حق المؤلف، السيد حسن البدرابي، وثيقة ويبو WIPO/IP/JU/AMM/2/04/4.

من المهم الإشارة إلى أن قصد تسجيل المصنف السمعي من المؤدي بهذه الطريقة على دعامة مادية ونشره للجمهور يوضح مدى تمتعه بالحماية، كونه جاء على ما رسمه المنظم من توفر الأداء المسجل وعلى دعامة مادية، وهو بهذا يختلف عما يؤدي ذلك بناء على واجب وظيفي أو تلاوة عابرة أو تداع بشكل يومي ولم يقصد بها تسجيلاً مستقلاً.

إن التطور التقني على الوسائط الصوتية في هذه الأزمنة يدعو الجهات المعنية لتكثيف الجهود لحماية حقوق المبدعين والمؤدين من خلال سن التشريعات المناسبة التي تحمي حقوقهم، ومن ذلك حماية حقوق المؤدين في الأداء الصوتي الشرعي كتلاوة القرآن الكريم والأذان.

ولعل من المناسب هنا اقتراح أن تتولى الجهة القائمة على حقوق المؤلفين من فتح باب التسجيل لمثل هذه المصنفات لكي تحفظ حقوقهم ويتمكن من التعديل عليها أو سحبها أو استغلالها والتصرف فيها.

كما أن عدم القول بتوفير الحماية لمثل هذا الأداء يساهم في التقليل من جودته، لا لا يؤبه به ولا يعتنى، فمن الملاحظ أن التسجيلات الصوتية لتلاوة القرآن وما تسمى بالمصحف المرتل تكون جودتها و صفاؤها أفضل من التي تتلى في التجمعات أو في الصلاة، فالعناية بهذه المصاحف المرتلة المسجلة بالحماية من جهة الاختصاص يساهم في توفير مواد سمعية للقرآن الكريم تثري الساحة للسامع والمتعلم.

المطلب الثاني: الأداء مقابل عمل وظيفي يقدم في البث الإذاعي:

صورة المسألة: أن يقوم شخص على وجه الاعتياد وأداءً لعمله بتلاوة القرآن في الصلاة أو غيرها أو يؤذن للصلاة، ويُبث ذلك الأداء بشكل دوري عن طريق الإذاعة، فيسجله شخص طبيعي أو معنوي ويقوم باستغلاله تجارياً.

يُنْت لائحة حقوق المؤلف أن ذلك يعتبر تعدياً على حق المؤلف في المصنفات السمعية والمرئية والإذاعية عند تجاوز طرق الاستخدام التي حددها من يملك حقها، ومن أمثلة ذلك: إذاعة المصنف للجمهور دون الحصول على ترخيص مسبق من أصحاب الحق، مثل استخدام الإذاعة أو الموسيقى أو الفيديو أو البث الفضائي في المحلات التجارية والمطاعم والفنادق والأندية والمستشفيات ونحوها من الأماكن التي يكون فيها مرتادون أو تجمعات بشرية.

ويُنْت لائحة حقوق المؤلف بأن المصنفات الفنية هي: التي تخاطب الحس الجمالي للجمهور كالرسم أو التلوين أو الحركة أو الصوت أو الصورة أو المشاهدة أو الموسيقى^(١). فالأداء المعتبر ليكون متمتعاً بالحماية هو ذلك الأداء الذي يُقصد منه مخاطبة الجمهور، وتكون المادة المسجلة تهدف إلى مخاطبة الحس الجمالي والإبداعي، ولكن ذلك غير متحقق - والحالة هذه - كون هذا البث الإذاعي لأداء الأذان أو القراءة في الصلاة الهدف الأساسي

(١) المادة (١) من لائحة نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

منه هو تبليغ الناس ونقل الحدث لهم، ولم يكن المقصد من ذلك هو إيجاد مصنف سمعي كما صورته اللائحة؛ وذلك لعدد من الاعتبارات^(١):

١- ورد في النظام واللائحة التفرقة بين التعدي على الأداء والتعدي على المصنفات، من ذلك ما ورد في اللائحة أن التعدي على المصنفات الأدبية يكون بجمله من التصرفات، مثل الاستخدام والنسخ والاستعانة والاستغلال والتوظيف والتأجير والاستنساخ والسماح للآخرين بالاستنساخ والتحويل، وأي تصرف يعيق المؤلف دون ممارسة حقه الأدبي والمالي، بينما لا تجد نفس الأسلوب مستعملاً في ذات اللائحة في سياق صور الاعتداء على المصنفات السمعية والبصرية والبهث الإذاعي، فقد حصرت صور التعدي على المصنف السمعي أو الإذاعي في صورتين: الأولى: إذاعة المصنف للجمهور دون الحصول على ترخيص مسبق من صاحب الحق، والثانية: استنساخ المواد المذاعة بغرض عرضها أو بيعها؛ مما يتضح معه أن طبيعة الاعتداء على المصنف تختلف بحسب نوع ذلك المصنف، وأن تصور تلك الطبيعة وتصور وجودها مؤثر في حقيقته على اعتبار ما تنسب إليه مصنفًا ابتداءً.

وفي ذات سياق التفرقة بين المصنف وعمل المؤدي نجد الفرق في صناعة وإعداد المصنف الأدبي عن السمعي، فالمصنف الأدبي كتأليف الكتاب وكتابة البحث قد يأخذ جهداً ووقتاً ل يتم إعداده، بخلاف عمل المؤدي في حالتنا هذه، إذ يقوم بذلك بجهد يسير ولا يكاد يذكر.

(١) بعض هذه الاعتبارات وردت في حكم القضية رقم (٤٣٠٣٥٧٠٢٤)، الصادر من المحكمة التجارية بجدة ٧/ ١١/ ١٤٤٣هـ، وستعرض بعد ذكر الاعتبارات.

٢- استثنى النظام بعض الأعمال التي لا تشملها الحماية المقررة في المادة الرابعة: الأنظمة والأحكام القضائية، وقرارات الهيئات الإدارية، والاتفاقيات الدولية، وسائر الوثائق الرسمية، وكذلك الترجمات الرسمية لهذه النصوص، مع مراعاة الأحكام الخاصة بتداول هذه الوثائق، كذلك ما تنشره الصحف، والمجلات، والنشرات الدورية، والإذاعة من الأخبار اليومية، أو الحوادث ذات الصبغة الإخبارية، كذلك الأفكار، والإجراءات، وأساليب العمل، ومفاهيم العلوم الرياضية، والمبادئ، والحقائق المجردة.

ويبين في المادة (١٥) أنه تعد أوجه الاستخدام الآتية للمصنف المحمي بلغته الأصلية، أو بعد الترجمة مشروعة، وذلك دون الحصول على موافقة أصحاب حقوق المؤلف ومنها: نسخ أي مصنف إذاعي يمكن أن يشاهد أو يسمع بمناسبة عرض أحداث جارية عن طريق التصوير الثابت أو المتحرك، بشرط أن يكون ذلك في حدود الهدف المراد تحقيقه، مع ضرورة الإشارة إلى المصدر بصورة واضحة، كذلك استثنى نسخ الخطب، والمحاضرات، والمرافعات القضائية، أو غيرها من المصنفات المشابهة المعروضة علناً على الجمهور، وذلك إذا تم النسخ من قبل وسائل الإعلام مع ذكر اسم المؤلف بوضوح، وللمؤلف أن يحتفظ بحق نشر هذه المصنفات بالطريقة التي يراها. مما يمكن القول معه - نظراً لوجود تشابه - بإمكانية استثناء الحالة من الحماية موضوع البحث، كونها تقدم عامة ويقوم بها موظف حكومي ونصها الذي أدت به نص عام يشترك فيه الجميع.

٣- ما حدده النظام بالملك العام وتكون ملكيته للدولة مباشرة، كما ورد في المادة السابعة من النظام أن التراث الشعبي ملك عام للدولة، وتمارس الوزارة حقوق المؤلف عليه. وقريب من ذلك إطلاق «التعبير الثقافي التقليدي المقدس»^(١)، وهي المعارف التقليدية المقدسة والمعارف التقليدية التي تشمل الأمور الدينية والروحانية كالطقوس الخاصة، والأشياء المقدسة والمعارف المقدسة والصلوات والتراتيل (وقد سبق بيانها)، وقد جاءت لائحة حقوق المؤلف السعودي^(٢) خالية من تقييد التراث التقليدي بالمقدس، إذ بينت أنه يعد من التراث الشعبي السعودي كل تعبير يعكس التراث الشعبي التقليدي الذي نشأ أو استمر في المملكة العربية السعودية، وخصت بالذكر بعض التعبيرات والأمثلة دون الإشارة إلى التعبيرات التي تمثل التراث الإسلامي.

وقد ورد في حكم لقضية^(٣) رفعها مؤذن تبث الإذاعة أذانه بشكل متكرر مدة طويلة على شركة لصناعة الساعات قامت باستغلال أذان المدعي المميز بغرض تحقيق الربح، وبعد ما ساق الحكم جملة من المواد النظامية والاعتبارات المذكورة أعلاه جاء فيه: «مما يكشف بجملته عن كون وصف ذات المصنف السمي في النظام واللائحة أكثر تعقيداً منه في شأن غيره من

(١) مسرد بالمصطلحات الرئيسية المتعلقة بالملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي من إعداد اللجنة الحكومية الدولية المعنية بالملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية والفولكلور، ص ٤٥.

(٢) المادة (٣) من لائحة نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

(٣) حكم القضية رقم (٤٣٠٣٥٧٠٢٤) الصادر من المحكمة التجارية بجدة ١٤٤٣/١١/٧هـ.

المصنفات الأدبية ونحوها، وأن أوصاف التعدي على المصنف السمعي في النظام واللائحة أضيق منها في شأن غيره من المصنفات، وبذات الوقت نجد أحكام الاستثناءات من حماية النظام أوسع في شأن المصنفات السمعية منها في شأن غيرها، ولعل هذا يعود إلى طبيعة ذات المصنف السمعي من جهة كونه ذا طبيعة تقنية وارتباط تقني، وإلى اتساع دائرة جمهوره مقارنة بالمصنفات الأدبية ونحوها، وإلى سهولة استخدامه أو توظيفه وتعدد وتنوع خيارات ذلك وأيضاً إلى كون حسن النية أكثر تصوراً في شأن المصنف السمعي منها في المصنف الأدبي ونحوه».

ثم أورد الحكم أن الدائرة التي أصدرت الحكم تجد أن المصنف السمعي المتفرع أو المرتبط بحكم من أحكام الأداء يجب أن يكون قد ثبت استقلالاً وبصورة مجردة عن أي سياق قد يرتبط بأي حق أو تصرف منبت عنه، وبالتالي فالتثبيت عنصر من عناصر الحماية، بل هو أساس الحماية وهو في حقيقته إفصاح من المؤدي أو مالك الحق بأن هذا الأداء هو حق مملوك له، ولم يكن التثبيت لوحده هو عنصر الحماية فقط، وإنما اشترط أن يكون الأداء أيضاً لمصنف فني يخاطب الحس الجمالي للجمهور، ففي حال تخلف أي من العنصرين كان ذلك مخرجاً لما يوصف بكونه مصنفاً سمعياً من كونه مصنفاً سمعياً ابتداءً، وتنزيلاً لذلك على محل الدعوى فإن الدائرة تجد أنه لا يمكن أن يكون التثبيت وفق المعنى المنصوص عليه مقصوداً للمدعي ابتداءً، حتى وأن تم اعتبار الأذان الشرعي بتجوز- مما يتصور توظيفه في سياق مصنف فني يخاطب الحس الجمالي للجمهور، فالبين أن المدعي ومن حين تولية

مهام الأذان ويؤدي الأذان بصورة شبه يومية منذ سنوات طويلة، ويثبت في كل مرة بوسيلة من الوسائل البث التلفزيوني أو الإذاعي، فضلاً عن كون الأذان في كنهه شعيرة من الشعائر الإسلام وأداؤه عبادة جليلة، إلا أنه لا يمكن اعتبار أي مرة أدى فيها المدعي الأذان أنه قصده تثبيته بصورة مباشرة أو غير مباشرة وفقاً لأحكام النظام، بل لا يمكن تصور التثبيت في هذا السياق لما أشير إليه، وهو ما تتجسد به قناعة الدائرة على انحسار محل الدعوى دون وصف المصنف السمعي المتمتع بحماية النظام، ثم إنه وحتى على فرض كون محل الدعوى مصنفاً سمعياً فلن يكون أحظ من كونه لا تنبسط عليه حماية النظام ابتداءً أو كونه مستثنى بوجه من وجوه الاستخدام المشروع التي تم ذكرها في الاعتبارات أعلاه، وكذلك باعتبار أن الأذان في كنهه شعيرة من شعائر الإسلام مرتبطة بشعيرة أخرى وهي الصلاة، مما يجعل الأذان على فرض وصفه مصنفاً وفق ما أشير إليه لا يأتي إلا في سياق مقترن بحكم شرعي مرتبط بوقت كل صلاة، وبالتالي فلا يمكن بحال وكقاعدة عامة اعتباره مقصوداً لذاته أو لذات المؤدي فيه حتى يسبغ بحكم ذكر اسم صاحب الحق فيه... ثم إن مما انتهجه نظام حماية حقوق المؤلف وكذلك لائحة التنفيذية رعاية فكرة الضرر، فتجد أحكاماً استثنيت من المسؤولية في حال كان الضرر يسيراً أو مما يستساغ التساهل، فلا يمكن القول ولا حتى تجوزاً أن المدعي كان قد قصد بتثبيته مصنفه السمعي وفق دعواه ابتداءً مصلحة مادية بشكل عام أو تجارية بشكل خاص ما تكون قناة الدائرة بجملته قد تجسدت على رفض الدعوى.

بذلك يتضح أن مؤدي الأذان أو التالي للقرآن إذا كان على وجه الاعتقاد وأداءً لعمله يقوم بتلاوة القرآن في الصلاة أو غيرها أو يؤذن للصلاة ويقدم عن طريق الإذاعة، فيثبت ذلك الأداء شخص طبعي أو معنوي ويقوم باستغلاله تجارياً، أن ذلك لا يدخل ضمن المواد التي يحميها النظام كمنتج سمعي.

يعضد ذلك ما ورد في مشروع الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف أنه استثناء من حماية حق المؤلف فإن من أوجه الاستخدام التي توضع في تناول الجمهور بطريقة مشروعة ولا يقتضي موافقة المؤلف عرض المصنف أو أداءه أداءً علنياً، بما في ذلك العرض أو الأداء العلني بواسطة تسجيل صوتي أو تسجيل سمعي بصري، أو عن طريق بثه إذاعياً عندما يكون استخدام المصنف في أمور منها: عندما تجري في سياق إقامة شعائر دينية أو احتفال ديني^(١).

ولعل من المناسب بيان أن للمتضرر أن يطالب بدفع الضرر الذي لحقه أو التعويض، وذلك طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية^(٢)، أو بقواعد المنافسة غير المشروعة المبسطة في الأنظمة، فلو لم يتحقق شرط من شروط الحماية في المصنف الأدبي، واستُغل تجارياً فلا يعني ضياع الحق فيه بل يمكن المطالبة به، لكن ليس بنظام حق المؤلف، إذ ليس من العدالة جعل هذا الحق

(١) المادة (١٧) من مشروع الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف.

(٢) أهمية السلطات القضائية في إنفاذ حق المؤلف والحقوق المجاورة، السيد كنعان الأحمر، دمشق، ٢٠٠٥م، وثيقة ويبو: WIPO/CR/DAM/05/5، ص ٧.

مباحاً للجمهور وجعله عارياً من أي حماية^(١)، خاصة وأن المنظم شدد في المادة (١٢) من اللائحة يعتبر تعدياً كل استخدام للمصنف يتخطى مفهوم الاستخدام الشخصي، وذكر منها: استخدام المصنف لأغراض تجارية أو استهداف الربح.

وكذلك المادة (١٣) من اللائحة بينت أنه «يعتبر تعدياً على حق المؤلف في المصنفات السمعية والمرئية والإذاعية عند تجاوز طرق الاستخدام التي حددها من يملك حقها ومن أمثلة ذلك: إذاعة المصنف للجمهور دون الحصول على ترخيص مسبق من أصحاب الحق، مثل: استخدام الإذاعة أو الموسيقى أو الفيديو أو البث الفضائي في المحلات التجارية والمطاعم والفنادق والأندية والمستشفيات ونحوها من الأماكن التي يكون فيها مرتادون أو تجمعات بشرية»، فمن خلال هذا التأكيد على عدم الاستغلال التجاري للمصنف المحمي نجد أن المنظم يتغني بذلك حفظ الحقوق وحماتها، فإذا تعذر ذلك من خلال نظام حق المؤلف فلا أقل من أن تمنح الحقوق بطرق أخرى بينها القواعد العامة للحماية المدنية، فالفرق بين الحاليين أن الحالة الأولى التي تحقق فيها شروط الحماية تكون خاضعة للحماية وفق نظام حقوق المؤلف، وفي الحالة الثانية لا يستلزم حمايتها، لكن لصاحب الضرر أن يطالب بالتعويض عن طريق المحكمة المختصة بالقضايا الحقوقية.

(١) تنازع القوانين في الملكية الفكرية، عبد الكريم أبو دلو، الناشر: دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤م، ص ٣٣٨.

المطلب الثالث: الأداء مقابل عمل وظيفي يقدم للجمهور:

صورة المسألة: أن يقوم شخص على وجه الاعتياد وأداءً لعمله بتلاوة القرآن في الصلاة أو غيرها أو يؤذن للصلاة مباشرة دون أن يقوم بثبته على دعامة مادية، فيسجله شخص طبيعي أو معنوي ويقوم باستعماله أو استغلاله تجارياً.

تضمنت المادة (١٤) من اللائحة أوجه التعدي على حقوق الأداء ومنها: «يعتبر تعدياً على حقوق المؤلف كل استنساخ للمصنف أثناء أدائه كتصويره أو تسجيله بغرض استغلاله أو نقله للجمهور بدون موافقة أصحاب الحق».

وتقدم أن المصنف السمعي ينبغي أن يكون مثبتاً ويخاطب الجمهور، حتى يكون مشمولاً بالحماية وفق نظام حماية حقوق المؤلف ولائحته، وكذلك تمت الإشارة إلى الاستثناءات الواردة على المصنفات، وإمكانية قياس أداء المؤذن وقارئ القرآن عليها لكون نصوصها عامة وليست ملكاً، وهذه الحالة تعد أقل من الحالة الأولى في تحقق شروط الحماية، كونها غير مثبتة ولا تخاطب الجمهور بوجه عام، وإنما بشكل محدود، كما أنها قد يغيب عنها الحس الجمالي للأداء كونها تلقى بشكل متكرر، فالمصنفات الشفوية قد تستبعد جزئياً من نطاق الحماية القانونية، وذلك في ضوء الغرض المقصود منها، فيكون نشرها في حدود معينة جائزاً بغير إذن صاحبها كمواظع رجال الدين في دور العبادة يكون القصد منها إيصال ما تضمنته من دروس ومواظع إلى جمهور معين موجود في مكان معين^(١)، ولم يكن في خلد المؤدي أنه سيتم تصويره، لذلك

(١) موسوعة التشريعات العربية في الملكية الفكرية، محمد حسن قاسم وآخرون، الناشر: دار الثقافة، الأردن، ١٤٣٢هـ، ص ٢٨.

فقدت عنصراً مهماً في المصنف السمعي، وهو القصد في مخاطبة الجمهور، خاصة أن حالتنا هذه في تسجيل المؤدي دون علمه ورضاه بخلاف الحالة السابقة، والتي يعلم فيها المؤدي أنه يجري تسجيله.

كذلك ما سبق في مشروع الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف أنه استثناء من حماية حق المؤلف، فإن من أوجه الاستخدام التي توضع في متناول الجمهور بطريقة مشروعة ولا يقتضي موافقة المؤلف: عرض المصنف أو أداءه أداءً علنياً، بما في ذلك العرض أو الأداء العلني بواسطة تسجيل صوتي أو تسجيل سمعي بصري، أو عن طريق بثه إذاعياً عندما يكون استخدام المصنف في أمور منها: عندما تجري في سياق إقامة شعائر دينية أو احتفال ديني^(١).

يمكن أن تقاس هذه الحالة على ما ورد في المادة السابعة عشرة من محظورات الاستفادة من بعض المصنفات، وفيها: «لا يحق لمن قام بإنتاج صورة أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصل الصورة، أو نسخاً منها دون إذن الأشخاص الذين قام بتصويرهم، أو إذن ورثتهم، ولا يسري هذا الحكم إذا كان نشر تلك الصورة قد تم بمناسبة حوادث وقعت علناً، أو تعلقت بموظفين رسميين، أو أشخاص ذوي شهرة عامة، أو سمحت بها السلطات العامة خدمة للصالح العام، وللشخص الذي تمثله الصورة أن يأذن بنشرها في الصحف، والمجلات، وغيرها من النشرات المماثلة حتى ولو لم يأذن بذلك المصور، وتسري هذه الأحكام على الصورة أيّاً كانت الطريقة التي

(١) المادة (١٧) من مشروع الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف.

عملت بها)، هذا النص في تصوير الأشخاص دون علمهم وأحكامه الواردة قد يقاس عليها الحالة محل البحث؛ فلا يجوز تسجيل أداء الأشخاص دون علمهم، لكن يستثنى من ذلك تسجيل صوت من يتلو القرآن مصلياً في مسجد أو يؤذن؛ لأنها حوادث تقع علناً، وهي تتعلق بموظفين رسميين، أو أشخاص لهم شهرة عامة.

ومن المهم التأكيد على أنه لا يجوز تجاوز الحد بتسجيل شرائط تحتوي ما سمعوه وتوزيعها، فذلك مخالف للغرض الذي قصده صاحب المصنف الذي يلقيه في المسجد أو نحوه، سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل أو عام أو خاص لأنه تجاوز لمقصد الملقى^(١)، وقد تضمنت اتفاقية التريس^(٢) أحكاماً ومجموعة من القواعد الخاصة بالحقوق المجاورة، وخصوصاً ما يتعلق بحقوق المؤدين، فقد نصت الاتفاقية على أنه يحق للمؤدين منع الغير من تسجيل أدائهم غير المسجل وعمل نسخ من هذه التسجيلات بدون ترخيص منهم، كما أن لهم الحق في منع بث أدائهم الحي على الهواء بالوسائل اللاسلكية ونقله للجمهور^(٣).

وفي حال تعذر إخضاع مثل هذه الحالة لنظام حقوق المؤلف فيمكن أن يقال ما تم إيراده في الحالة الثانية بأن يُحمى بطرق أخرى بينها القواعد

(١) موسوعة التشريعات العربية في الملكية الفكرية، ص ٢٨.

(٢) المادة (١٤) من اتفاقية تريس.

(٣) الإطار القانوني الدولي لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، الدكتور بسام التلهوني، ص ١٢، وثيقة وبيو WIPO/IP/BAH/05/2.

العامّة للحماية المدنية، في حق من وقع عليه الضرر أن يطالب بالتعويض عن طريق المحكمة المختصة بالقضايا الحقوقية.

وبما أن هذه الحالة قد يكثر استغلالها، خاصة مع سهولة التسجيل الصوتي وسهولة نشره من خلال أوعية النشر في مواقع التواصل الاجتماعي، فمن المناسب أن يضبط المنظم حالات التسجيل المسموح والممنوع ومنه.



الخاتمة

الحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، في ختام هذا البحث تبرز بعض النتائج ومنها:

- شمول قارئ القرآن والمؤذن في أعمال المؤدين إذا كان أداؤهم مسجلاً على دعامة مادية وقصد بها مخاطبة الجمهور، وهو بهذا يختلف عنم يؤدي ذلك بناء على واجب وظيفي أو تلاوة عابرة أو تذاق بشكل يومي ولم يقصد بها تسجيلاً مستقلاً.

- يجوز تقليد قارئ القرآن أو الأذان، ولا يترتب عليه حقوق الأداء الواردة في نظام حقوق المؤلف، وذلك لكونه يحتوي على نصوص شرعية وأداؤها بها يمثل عملاً شرعياً، ولا تهدف لمخاطبة الحس الجمالي، ولأن أداء العمل يتكرر، ولأنها حين تؤدي لا يقصد منها تثبيت دعامة مادية.

- لا يخضع تسجيل صوت من يتلو القرآن مصلياً في مسجد أو يؤذن لنظام حقوق المؤلف، لأنها حوادث تقع علناً، وهي تتعلق بموظفين رسميين، أو أشخاص لهم شهرة عامة.

- للمتضرر الذي لم يحقق شروط الحماية في المصنف الأدبي واستغل تجارياً أن يطالب بدفع الضرر الذي لحقه أو التعويض، وذلك طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، أو لقواعد المنافسة غير المشروعة المبسوطة في الأنظمة.

- كما يوصي الباحث:

- أن يضاف على النظام أو اللائحة أن من المؤدين من يقومون بأداء الأذان أو تلاوة القرآن، وأن تضاف من ضمن المصنفات التي يتم أداءها، العبارات والنصوص الشرعية والمقدسة.

- أن تتولى الجهة القائمة على حقوق المؤلفين فتح باب التسجيل لهذه المصنفات السمعية؛ لكي تحفظ حقوقهم، ويتمكنوا من التعديل عليها أو سحبها أو استغلالها والتصرف فيها.

- أن تضاف مادة في النظام لحماية أداء المؤذن وقارئ القرآن بأي وسيلة كانت، بمنع تسجيل هذه التلاوات والأذان وبيعها أو استغلالها تجارياً دون إذن أصحابها، وأن يسبغ عليها الحماية اللازمة، ويستثنى ما كان للتبرع.

- تضمين عقود الأئمة والمؤذنين تخليهم عن حقوقهم الفكرية في الأعمال التي يؤدونها في المسجد، وأن أداء الأذان أو تلاوة الإمام في الصلاة إذا بثت إذاعياً أو ما سُجلت أن تكون حقوقها للعامة ولا يصح أن تستغل تجارياً.

- أن يضيف المنظم في اللائحة أو النظام ما يسمح بتقليد الأصوات الأئمة في التلاوة والمؤذنين، وفق ما انتهج مع المصور الذي يقلد من التقط صورة في ذات المكان.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب والمراجع العلمية:

١. معايير الحماية الدولية في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة، السيد حسن البدر اوي، وثيقة الويبو: WIPO/IP/JU/AMM/1/04/1.
٢. تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الناشر: دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
٣. صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الناشر: دار ابن كثير - دار اليمامة، دمشق الطبعة: الخامسة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٤. صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
٥. الزيادة والإحسان في علوم القرآن، محمد بن أحمد بن سعيد الحنفي المكي، الناشر: مركز البحوث والدراسات جامعة الشارقة الإمارات، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ.
٦. كتاب التبيان في آداب حملة القرآن، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.
٧. مسند الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (ت ٢٥٥هـ)، الناشر: دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ - ٢٠٠٠م.
٨. صحيح ابن خزيمة، (٣٧٧) أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت.

٩. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
١٠. الزيادة والإحسان في علوم القرآن، محمد بن أحمد بن سعيد الحنفي المكي، الناشر: مركز البحوث والدراسات، جامعة الشارقة، الإمارات، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ.
١١. مسرد بالمصطلحات الرئيسية المتعلقة بالملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي، اللجنة الحكومية الدولية المعنية بالملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية والفولكلور، الدورة الأربعون، جنيف، ١٧-٢١ يونيو ٢٠١٩م.
١٢. الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبدالرزاق السنهوري، بيروت، الناشر: دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٢م.
١٣. مقدمات في الملكية الفكرية، د. محمد الرحاحلة، وإيناس الخالدي، الناشر: دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ.
١٤. المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه والقضاء، محمد حسام لطفي، الكتاب الرابع، القاهرة، ١٩٩٩م.
١٥. قضايا مختارة في مجال حق المؤلف، السيد حسن البدرابي، وثيقة وبدو WIPO/AMM/2/04/4.
١٦. بدع القراء القديمة والمعاصرة، بكر أبو زيد، الناشر: دار الفاروق، الطائف، ١٤١٠هـ.
١٧. المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد الطبراني، الناشر: دار الحرمين، القاهرة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
١٨. تجويد اللفظ في قراءة القرآن الكريم في القرون الخمسة الأولى، حسين المطيري، الناشر: جامعة الملك سعود، كرسي تعليم القرآن وإقرائه، ١٤٣٤هـ.



١٩. مدى تمتع تلاوة القرآن الكريم بالحماية وفقاً لقانون حق المؤلف والحقوق المجاورة وطبيعة الحق الوارد عليها - دراسة في ظل القانون الأردني والإماراتي، د. فراس الكساسبة، مجلة جامعة الإمارات للعلوم القانونية، العدد (٧٦)، ٢٠١٨م.
٢٠. مختصر الشمائل، محمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، الناشر: مكتبة الإسلامية، عمان، الأردن.
٢١. السنن الكبرى، أحمد بن شعيب النسائي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
٢٢. حقوق المؤلف في القانون المقارن، عبد الفتاح حجازي، الطبعة: الأولى، القاهرة، ٢٠٠٩م.
٢٣. حماية حقوق الملكية الفكرية على الإنترنت، حسام الأهواني، المؤتمر الأول حول الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠٠٠م.
٢٤. تنازع القوانين في الملكية الفكرية، عبد الكريم أبو دلو، الناشر: دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤م.
٢٥. موسوعة التشريعات العربية في الملكة الفكرية، محمد حسن قاسم وآخرون، الناشر: دار الثقافة، الأردن، ١٤٣٢هـ.
٢٦. الإطار القانوني الدولي لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، الدكتور بسام التلهوني، وثيقة وبدو WIPO/IP/BAH/05/2.
٢٧. تفريد قواعد تريس في قوانين الملكية الفكرية، د. صبري خاطر، الناشر: دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢م.
٢٨. حقوق الملكية الفكرية في الأنظمة السعودية والاتفاقيات الدولية، د. آمال زيدان، الناشر: مكتبة الرشد، الطبعة: الثانية، ١٤٣٦هـ.

٢٩. أهمية السلطات القضائية في إنفاذ حق المؤلف والحقوق المجاورة، السيد كنعان الأحمر، دمشق، ٢٠٠٥م، وثيقة ويو: WIPO/CR/DAM/05/5.

ثانياً: الاتفاقيات والأنظمة والأحكام القضائية:

٣٠. اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، المعدلة في إستكهولم عام ١٩٦٧م، ثم في باريس (وثيقة باريس ٢٤ يوليو ١٩٧١م)، والمعدلة في سبتمبر ١٩٧٩م.
٣١. اتفاقية روما لحماية فاني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة لسنة ١٩٦١م.
٣٢. اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التربس) ١٩٩٤م.
٣٣. الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف ١٩٨١م.
٣٤. مشروع الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف ١٩٩٤م.
٣٥. نظام حق المؤلف ولائحته التنفيذية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤١)، بتاريخ ٢ رجب ١٤٢٤هـ.
٣٦. حكم القضية رقم (٤٣٠٣٥٧٠٢٤)، الصادر من المحكمة التجارية بجدة ١٤٤٣/١١/٧هـ.





مبدأ حرية الدفاع في نظام المرافعات الشرعية

دراسة تأصيلية تطبيقية

د. خالد بن محمد بن عبد العزيز اليوسف

عضو هيئة التدريس بقسم السياسة الشرعية

بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين،
وبعد:

فقد تطور التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في العصر الحديث، وواكب ذلك تطوراً وتجييداً لأعمال المرافق العدلية، واهتماماً متزايداً بإرساء الحقوق، وترسيخ العمل بالمبادئ القضائية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، ومن أهم هذه المبادئ ما يعرف في القانون بمبدأ حرية الدفاع، والذي يُقصد به في الفقه الإسلامي، تمكين كلا طرفي الدعوى من المرافعة، والمدافعة في بيئة ملائمة، ووسائل سهلة ميسرة تتيح للجميع بسط وعرض ما لديهم إثباتاً ونفيّاً، ولذا جاء نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية ليعزز ويرسخ هذا المبدأ، وليكفل للجميع حقوقهم في المرافعة، والمدافعة، وفق الأصول الشرعية المعتمدة وبأيسر الوسائل المفيدة، ولأن هذا النظام قد خضع لمزيد من الدراسة، والمراجعة، والتنقيح بالإضافة والتعديل، منذ أن صدر في المرة الأولى في العام ١٤٢٢هـ إلى أن اكتمل بتعديلاته في هذا العصر الزاهر؛ ولأن مبدأ حرية الدفاع من أهم المبادئ التي يجب توفرها لكل من المدعي والمدعى عليه في القضاء؛ لكونه مبدأ يُعَبِّد الطريق الأمثل لسلوك القاضي لمراده في إصدار الحكم الصحيح.

لذا ولهذين الاعتبارين الأول: تطور نظام المرافعات في المملكة، والثاني: أهمية مبدأ حرية الدفاع في العمل القضائي، رأيتُ أن أُخصِّص بحثاً أُعرِّف فيه هذا المبدأ، ثم أتناول التأصيل له في الشريعة الإسلامية، وفي النظام،

ثم أُفرد دراسة تطبيقية، استعرض فيها مظاهر هذا المبدأ في نظام المرافعات الشرعية.

وقد اطلعت على دراسات سابقة تناولت هذا المبدأ بشكل مقتضب من النواحي التأصيلية، سواء الشرعية، أو النظامية، كما أن بعضها بحث هذا المبدأ في ظل أنظمة قديمة، تغيرت نصوصها كثيراً في الوقت الحاضر، كما أن هذه الدراسة البحثية المقدمة، تفارق أبحاثاً أخرى، بكونها توصل لهذا المبدأ في النظام الأساسي للحكم في المملكة، وتورد مسائل فقهية متنوعة لم تطرق من قبل تحليلاً أو دراسة.

وقد قمتُ بعزو الآيات، وتخريج الأحاديث، مبتدئاً في الهامش في إيراد المراجع بذكر اسم المرجع أولاً، ثم المؤلف، ثم بيانات الكتاب، واضعاً بين قوسين رقم الجزء، ثم رقم الصفحة، وقد وضعت فهرساً للمراجع ليسهل على القارئ الرجوع إليها.

هذا وقد قسمت هذا البحث إلى أربعة مباحث وفق الآتي:

محتويات البحث:

المبحث الأول: التعريف بمبدأ حرية الدفاع:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالمفردات.

المطلب الثاني: التعريف بمبدأ حرية الدفاع في الاصطلاح الفقهي

والنظامي.

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لمبدأ حرية الدفاع في الشريعة الإسلامية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التقرير لمبدأ حرية الدفاع من خلال النصوص الشرعية.

المطلب الثاني: المسائل الفقهية التي تقرر دراستها مبدأ حرية الدفاع في القضاء الإسلامي.

المبحث الثالث: التأصيل النظامي لمبدأ حرية الدفاع:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أساس مبدأ حرية الدفاع في المواثيق والقوانين الدولية.

المطلب الثاني: أساس مبدأ حرية الدفاع في النظام السعودي.

المبحث الرابع: مظاهر مبدأ حرية الدفاع في نظام المرافعات الشرعية.

والله عَزَّوَجَلَّ أسأل أن يتقبل مني هذا العمل، وأن يجعله خالصاً لوجهه

الكريم؛ إنه جواد سميع مجيب، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد.

الباحث

المبحث الأول التعريف بمبدأ حرية الدفاع

المطلب الأول: التعريف بالمفردات:

أولاً: التعريف بالمبدأ في اللغة وفي الاصطلاح:

التعريف بالمبدأ في اللغة:

أصل المبدأ من بدأ يبدأ بدءاً، والبدء فعل الشيء أول، فبدأ به وبدأه يبدؤه بدءاً^(١)، ومبدأ الشيء أوله ومادته التي يتكون منها، ومنه سُمي الفؤاد مبدأ، لأنه أول متكون من الجسم، وكانواة مبدأ النخل أو يتركب منها كالحروف مبدأ الكلام، ويُجمع على مبادئ، ومبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون قواعد الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها^(٢).

التعريف بالمبدأ في الاصطلاح:

ورد تعريف المبدأ اصطلاحاً بأنه: «القاعدة القضائية العامة الموضوعية والإجرائية التي تقررها المحكمة العليا، وتُراعى عند النظر في القضايا وإصدار الأحكام والقرارات»، وهذا تعريف للمبدأ القضائي بمفهوم خاص، فأما مفهومه العام فيشمل ما يمكن أن يستقى من الأحكام

(١) انظر: لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ (١/٢٦)، المخصص، ابن سيده، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٧هـ (١/٥٠٥).
(٢) انظر: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ص (٤٢).

والقرارات من قواعد كلية يمكن تعميمها على وقائع أخرى، دون أن تكون هذه القواعد صادرة من الجهة المخوّل إليها إصدار المبدأ نظاماً^(١)، وهذا المعنى هو المقصود في هذا البحث.

ثانياً: التعريف بالحرية في اللغة وفي الاصطلاح:

(أ) الحرية في اللغة: ما خالف العبودية وبرئ من العيب والنقص، فالحرُّ خلاف العبد ويجمع على أحرار، وهم أختيار الناس وأفاضلهم^(٢)، فالحرية الرفعة والشرف وإطلاق الإنسان من القيود التي تمنع التصرف، فهي قدرة الفرد على القيام بما يريد دون مانع يحده من ذلك^(٣).

(ب) الحرية في الاصطلاح: تعتبر الحرية الأداة التي تُمكن الإنسان من التمتع بسائر حقوقه وحفظ كرامته^(٤)، فهي: «مجموعة حقوق للفرد أو الجماعة معترف بها ومحمية قانوناً وتكفلها الدولة أو المجتمع»^(٥). وورد تعريف الحرية في إعلان فرنسا لحقوق الإنسان والمواطن الذي أصدرته

(١) انظر: المبادئ والقرارات، مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٨هـ/٢٠١٧م، ص (٣٣، ١٦).

(٢) مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م (٢/٦-٨). لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ (٤/١٨١-١٨٢).

(٣) مفهوم الحريات، د. محمد أبو سمرة، دار الراية، عمان، الأردن، ٢٠١٢م، ص (١٩).

(٤) انظر: الحرية الدينية في الحضارة الإسلامية، د. صالح بن عبد الله بن حميد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ١٩، الأمانة العامة للأوقاف بالشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م (١/١٩١).

(٥) مفهوم الحريات، د. محمد أبو سمرة، دار الراية، عمان، الأردن، ٢٠١٢م، ص (١٩).

الجمعية التأسيسية الفرنسية في ٢٦ / ٨ / ١٧٨٩ م عقب الثورة الفرنسية في المادة (٤) بأنها: «قدرة المرء على القيام بكل ما لا يلحق ضرراً بالآخرين»^(١). وقيل الحرية: «المكنة التي تعود لكل إنسان لأن يتصرف وفق ما يقرره دون أن يخضع لأي إرغام غير ذلك الضروري لضمان حرية الآخرين»^(٢).

والحرية لا يفرض فيها تحوراً مطلقاً من أي قيود، فحرية كل فرد حق له، في مقابل واجب عليه نحو الآخر، ولا يمكن فرض حرية مطلقة دونها قيود في المفهوم الدقيق للحرية، فالإنسان مدني بطبعه، لا يعيش وحده، وإنما في مجتمع متماسك، يؤذيه ما يؤذي بعضه، وهو مرتبط بالآخرين في حاجاته الأساسية في الحياة، فلا يتصور إذاً حرية غير مقيدة بنظام تتحقق به وفيه حرية الفرد إذا سلمت حريات الآخرين؛ ولهذا قد تكون الحرية بالحظر أحياناً^(٣).

ثالثاً: التعريف بالدفاع:

الدفاع مأخوذ من (دفع)، فالدال والفاء والعين أصل واحد مشهور يدل على تنحية الشيء، يقال: دفعت الشيء أدفعه دفعاً. ودافع الله تعالى عنه السوء دفاعاً، والدفاع السيل العظيم، وكل ذلك مشتق من أن بعضه يدفع بعضاً^(٤).

(١) المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ م.
(٢) النظرية العامة في القانون الدستوري، د. منذر الشاوي، دار ورد، عمان، الأردن، ٢٠٠٧ م، ص (٤٦).

(٣) انظر: الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها، أ. د. سليمان بن عبد الله أبا الخيل، ضمن بحوث الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة.

(٤) مقاييس اللغة، ابن فارس (٢/ ٢٨٨).

وتدافعوا الشيء: دفعه كل واحد منهم عن صاحبه، ودافع عنه بمعنى دفع، تقول: دفع الله عنك المكروه دفعاً، ودافع الله عنك السوء دفاعاً^(١).

المطلب الثاني: التعريف بمبدأ حرية الدفاع في الاصطلاح الفقهي والنظامي:

يُقصد بهذا المبدأ في الاصطلاح القانوني: تمكين كل طرف في الدعوى من أن يعرض على القاضي حقيقة ما يراه في الواقعة المسندة إليه^(٢)، ومن لوازمه: إحاطة الشخص المنسوب إليه الاتهام علماً بالتهمة الموجهة إليه بلغة يفهمها، والاستعانة ب مترجم عند اللزوم، والحق في تقديم الأدلة، والاطلاع على كافة أوراق الدعوى، وأن يكون له محام للدفاع عنه^(٣)، ويشمل ذلك: الإثبات أمام القضاء والرد على كل دفاع مضاد^(٤)، فهذا المبدأ يعني: الحق الذي يكفل لكل شخص حرية إثبات أو نفي الدعوى، وحرية دفع ما يوجه إليه أمام الجهات القضائية^(٥).

(١) لسان العرب، ابن منظور (٨/ ٨٧).

(٢) انظر: ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، د. حسن صادق المرصفاوي، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الإسكندرية، ١٩٧٣م ص (٩٢).

(٣) انظر: الوسيط في الإجراءات، د. أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م ص (٥١٦).

(٤) انظر: الوجيز في قانون العقوبات، د. حسنين عبيد، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م ص (٢٣٢).

(٥) انظر: حرية الدفاع، طه أبو الخير، منشأة المعارف، الإسكندرية ص (٩)، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، د. حاتم بكار، منشأة المعارف، الإسكندرية ص (٢٣٩).

ويعتبر مبدأ حرية الدفاع ركناً أساسياً في المحاكمة العادلة، فهو مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأساس الذي تقوم عليه هذه المحاكمة، وهو افتراض براءة المتهم، كما أنه لا ينفصل عن مبدأ المساواة الذي من لوازمه تقرير المساواة لجميع الأطراف في الاتهام والدفاع، ولهذا يعتبر أساسياً للعدالة، بل لا يمكن تصور عدالة تقوم على انتهاك حرية الدفاع^(١).

كما أن الفقهاء المسلمين قد بحثوا المسائل المتصلة بأعمال القضاء، وأحكام الدعوى، وشروطها، وحضور الخصوم وغيابهم، والأدلة والبيّنات، ووجوب العدل بين الخصمين في كل مراحل الدعوى، ومن شدة عنايتهم، أوجبوا العدل في النظرة، واللحظ، واللفظ، والالتفاتة؛ لذا فإن على القاضي إذا جلس أمامه الخصمان أن يُقبل عليهما، وأن يصغي إليهما، وأن يمكنهما من الإدلاء بأقوالهما، ولا يدع للخصم حجة إلا سمعها، واستفسر عنها، ولا بينة إلا تلقاها، فإن ذلك من جملة الواجبات المقررة لسير الدعوى في الشريعة^(٢).

(١) انظر: القانون الجنائي الدستوري، د. أحمد فتحي سرور، دار الشروق، ٢٠٠٦م ص(٤١٨).

(٢) انظر: الشرح الكبير على المقنع لابن قدامة، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ١٤١٥هـ (٢٨ / ٣٤١، ٤٣٢)، الحاوي الكبير للهاوردي، تحقيق: الشيخ: علي محمد معوض، الشيخ: عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ (١٦ / ٢٧٥، ٣٠٥)، شرح أدب القاضي للخصاف للصدر الشهيد، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٧م (٢ / ١٧٤)، العناية شرح الهداية، لمحمد البابرتي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٩هـ (٨ / ١٥٢)، حاشية الروض المربع لابن قاسم، ط ١، ١٣٩٧هـ (٧ / ٥٢٦، ٥٣٧)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، =

ويمكن تعريف هذا المبدأ في الاصطلاح الفقهي بأنه: تمكين الخصم من الإدلاء بحجته، والتوسعة على كلا طرفي الدعوى بسماع واستيفاء ما لديهما من دعوى وإجابة، ورفوع، وطعن في البيّنات...^(١).

إذن المقصود بهذا المبدأ في الاصطلاح الحديث -سواء في الفقه، أو في النظام- أن يكون للخصوم الحق الكامل أمام القضاء في إبداء طلباتهم وشرحها وتقديم الأدلة التي تؤيد هذه المطالبات، وكذلك أن يكون لهم الحق الكامل في الرد على الطرف الآخر وتفنيد طلباته والرد عليها، وهذا الحق للخصوم أصالة بأنفسهم، وكذلك لهم الحق باختيار وسيلة الدفاع المناسبة عنهم، مثل توكيل الغير، فهذا المبدأ يعطي الحرية الكاملة للخصوم بالدفاع عن ما يروونه محققاً لمطالبهم، ويعطي الحرية أيضاً للخصوم، بأن يكون مباشرة ذلك بأنفسهم أو عن طريق توكيل الغير، فهذا المبدأ يكفل لكل طرف حرية إثبات طلبه أو نفي ما وجه له أمام القضاء.

= د. عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ١٤١٥هـ (٢٨ / ٣٤١، ٥٢٦)، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٨هـ (٨ / ١٦٥)، أدب القاضي، أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف (بابن القاص)، تحقيق: حسين خلف الجبوري، مكتبة الصديق للنشر والتوزيع، الطائف، ١٤٠٩هـ (١ / ١٦٨-١٩٥)، تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام، لمحمد بن عيسى المناصف، دار التركي للنشر، المطابع الموحدة بتونس ص (١٩٧)، الذخيرة، لشهاب الدين القرافي، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٩٩٤م (١٠ / ٧٦).

(١) انظر: المدخل إلى فقه المرافعات الشرعية، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، دار العاصمة للنشر والتوزيع، ١٤٢٢هـ ص (٢٥٨).

ومن لوازم هذا المبدأ، إعلام الخصم بالمطالبات التي عليه، أو التهم الموجهة إليه، باللغة التي يفهمها، والاستعانة ب مترجم عند الحاجة، وأن يكون له محام للدفاع عنه في بعض القضايا التي تتطلب ذلك.

كما أن هذا المبدأ في الفقه والنظام يترتب إلزاماً على القاضي، وذلك بأن يمنح الخصوم الفرصة الكاملة للدفاع عن أنفسهم وعرض مطالبهم.

إذن هذا المبدأ يتضمن ثلاثة أمور:

١. حق الخصوم في الدفاع عن أنفسهم مرافعة، ومدافعة.
٢. حق الخصوم بمباشرة ذلك بأنفسهم، أو عن طريق وكيل أو محام.
٣. وجوب منح القاضي للخصوم الحرية الكاملة في عرض دعواهم، ومطالبهم، والرد عليها، ومناقشتها.

المبحث الثاني التأصيل الشرعي لمبدأ حرية الدفاع في الشريعة الإسلامية

هذا المبدأ من الأصول العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، والمقصود بهذا المبدأ - كما سبق^(١) - هو: تمكين المدعى والمدعى عليه من بسط، وعرض ما لديهم حيال الدعوى، كل حسب ما يراه محققاً لمطالبة، رفعاً، أو دفاعاً، أو نفيًا، أو إثباتاً، فلكل واحد منهما الحق الكامل في بسط أقواله، وادعاءاته، وتدعيمها، بما لديه من أدلة، ومستندات.

ومن خلال هذا المفهوم، يتضح أن هذا المبدأ، يعني حرية المتقاضين سواء كانوا مدعين، أو مدعى عليهم، بأن يتولوا المرافعة، والمدافعة... بأنفسهم باعتبارهم جزءاً في الخصومة، وطرفاً في الدعوى، فهم أكثر الناس قدرة على بيانها، أو أن يتولوا ذلك بالإنابة لغيرهم، بواسطة وكيل يتولى المرافعة، أو المدافعة عنهم.

وغني عن القول في إثبات وتقرير هذا المبدأ في الفقه الإسلامي، أن المهمة الأولى للقاضي في الشريعة الإسلامية هي تحقيق العدالة، وإيصال الحقوق لأصحابها، وفصل النزاع والخصومة، ولا يمكن للقاضي أن يقوم بهذه الوظيفة، إلا إذا أعطى كل طرف في الخصومة الحرية في تقديم وعرض حججه، ومستنداته، والمدافعة، والمخاصمة، بالشكل الذي يظهر هذه الحجج، والمستندات، ويوضح تلك المستندات والدفع.

(١) راجع المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا البحث.

وإن كان الفقه الإسلامي يقرر هذا المبدأ، ويعطي كلا الخصمين الحرية في عرض ما لديه، إلا أن ذلك محكوم بأن لا يخرج الطرفان في ممارسة هذا الحق إلى ما لا ينبغي كالشتم، والسب، والشجار، ولذا أعطى الفقهاء القاضي سلطة التأديب^(١).

ولمزيد بيان في التأصيل لهذا المبدأ في الشريعة الإسلامية فمن المناسب بذل الوسع الممكن في التقرير لهذا المبدأ من خلال النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، أو من خلال استعراض المسائل الفقهية التي بحثها فقهاء الشريعة، ويتقرر من خلالها ظهور اشتراط مضمون مبدأ الدفاع في الاصطلاح القانوني الحديث لدى فقهاء الإسلام، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: التقرير لمبدأ حرية الدفاع من خلال النصوص الشرعية:

١. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٢)، فهذا أمر من الله تعالى بإقامة القسط والعدل في حقوق الله تعالى وحقوق عباده فالقسط في حق الله تعالى، أن لا يُستعان بنعمه على معصيته، بل تُصرف في طاعته، والقسط في حقوق

(١) انظر: أدب القاضي لابن القاص (١/١٦٩-١٧٠)، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ (١٦/١٥٩ وما بعدها)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، دار الفكر، بيروت (٢/٣٥١)، روضة الطالبين، للنووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣٩٥هـ (١١/٦٥)، المغني، لابن قدامة، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح محمد، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٤٠٦هـ (٩/٥٥).

(٢) سورة النساء، الآية: (١٣٥).

الآدميين، أن تُؤدَّى جميع الحقوق التي عليك كما تطلب حقوقك، ومن أعظم أنواع القسط، القسط في المقالات، والقائلين، فلا يحكم لأحد القولين، أو أحد المتنازعين لانتسابه، أو ميله لأحدهما، بل يجعل وجهته العدل بينهما^(١).

ولا شك أن من جملة هذه الحقوق تمكين الخصم من المدافعة عن نفسه، وإثبات حججه، فإن هذا من تمام العدل الذي يأمر الله تعالى به في قوله تعالى في الآية الأخرى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾^(٢)، فكلما حرصتم على العدل واجتهدتم في العمل به، كان ذلك أقرب لتقوى قلوبكم، فإن تم العدل كملت التقوى، قال ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: ﴿وَإِنْ تَلَوْتُمْ أَوْ تَعْرِضُوا﴾^(٣) هما الرجلان يجلسان بين يدي القاضي فيكون لي القاضي وإعراضه لأحدهما على الآخر^(٤)، ولا شك أن الليّ والإعراض لا يُمكن الخصم من التمتع بالحرية في إبداء دفاعه، والمطالبة بحقوقه، لأنه سينكفئ عن ذلك، لإعراض القاضي وليّه.

(١) انظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٨٤ هـ (٥/ ٤١٤)، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ، ص (٢٠٨).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٨).

(٣) سورة النساء، الآية: (١٣٥).

(٤) انظر: جامع البيان في تأويل القرآن، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠ هـ/ ٢٠٠٠ م (٩/ ٣٠٧).

٢. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْحَدِيثِ: ((فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَبْلَغَ مِنْ بَعْضٍ، فَأَحْسِبُ أَنَّهُ صَدَقَ، فَأَقْضِي لَهُ بِذَلِكَ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ، فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنَ النَّارِ، فَلْيَأْخُذْهَا أَوْ فَلْيَتْرُكْهَا))^(١).

وفي هذا الحديث دلالة على أن أحد الخصمين قد يكون أشد بياناً، وأقوى تأثيراً، وأقوم قبلاً، وأقدر على صوغ الحجج، وتوضيح المشتبه، وإجلاء الغامض؛ لفصاحة اللسان، وقوة البيان، وطول المران، وحدة الذهن... ويكون الآخر أضعف منه في هذه الصفات، فيغلب على ظن الحاكم، ويقع في نفسه صدق من علا بيانه، وقوي حجاجه، ولو كان في الباطن هو الكاذب^(٢).

وفي هذا الحديث أيضاً دلالة على أن حرية الدفاع مكفولة للطرفين، ولسمو هذا الحق في الفقه الإسلامي فإنَّ ضعف النفوس قد يتخذونه وسيلة لأخذ حقوق الغير بغير حق، وفي الحديث أيضاً: أن بعض الناس أدرى بمواضع الحجة وتصرف القول من بعض^(٣).

(١) رواه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب إثم من خصم في باطل وهو يعلمه، برقم: (٢٤٥٨)، ورواه مسلم، كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، برقم: (١٧١٣)، من حديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها زوج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(٢) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر، بتعليقات العلامة: عبد العزيز بن باز رَحِمَهُ اللهُ، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩ هـ (١٣/١٧٣)، رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، تاج الدين الفاكهاني، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، سوريا، ١٤٣١ هـ (٥/٣٥٨).

(٣) انظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية،

٣. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وَاعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا))^(١).

والحديث في قوله: ((فإن اعترفت)) ظاهر الدلالة في منح هذه المرأة الحق في الدفاع عن نفسها أمام التهمة التي قيلت فيها، فالظاهر من الحديث أن التأخير لاستكشاف الحال، فإن ثبت في حق المقذوف فلا حدَّ على القاذف، وليُطالب المقذوف بحد قاذفه إن أنكر^(٢)، وفي هذا بيان غاية في الكمال لاستخلاص حق الدفاع للمرأة استنباطاً من هذا الحديث.

٤. قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعلي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ عندما بعثه قاضياً لليمن: ((إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ، وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ، فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخُصْمَانِ، فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخِرِ، كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ...))^(٣).

المغرب، ١٣٨٧هـ (٢٢/٢١٦)، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، بدر الدين العيني، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، قطر، ١٤٢٩هـ (٤٤/٤٩١).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، برقم: (٢٣١٤)، وذكره في مواضع عدة من صحيحه، كما رواه أيضاً مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، برقم: (١٦٩٧)، من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله تعالى عنهما.

(٢) انظر: فتح الباري ابن حجر (١٢/١٤١).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء، رقم: (٣٥٨٢) واللفظ له، سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت (٣/٤٥). والبيهقي، جماع أبواب ما على القاضي في الخصوم والشهود، باب القاضي لا يقبل =

ففي الحديث نصٌ صريح بعدم القضاء في المسألة إلا بعد السماع، ولا يكون السماع إلا بمنح طرفي الدعوى الحق في الدفاع، يقول الخطابي رَحِمَهُ اللهُ: «فيه دليلٌ على أن الحاكم لا يقضي على غائب، وذلك إذا منعه أن يقضي لأحد الخصمين وهما حاضران، حتى يسمع كلام الآخر، فقد دلَّ على أنه في الغائب الذي لم يحضره، ولم يسمع قوله أولى بالمنع، وذلك لإمكان أن يكون معه حجة تُبطل دعوى الحاضر»^(١).

٥. قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ))^(٢).

= شهادة الشاهد إلا بمحضر من الخصم المشهود عليه ولا يقضي على الغائب، رقم: (٢٠٤٨٧)، السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م (١٠ / ٢٣٦). وابن الأعرابي في معجمه، رقم: (١٧١٩)، معجم ابن الأعرابي، أبو سعيد بن الأعرابي أحمد بن محمد بن زياد بن بشر بن درهم البصري الصوفي، تحقيق وتخرّيج: عبد المحسن بن إبراهيم بن أحمد الحسيني، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (٢ / ٨٣٤)، من حديث علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ.

(١) معالم السنن (شرح سنن أبي داود) للخطابي، المطبعة العلمية، حلب، ١٣٥١هـ (٤ / ١٦٢).

(٢) رواه الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود البغدادي الدارقطني، في كتاب الحدود والديات وغيره، الرقم: (٣١٩٠)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م (٤ / ١١٤)، والبيهقي، كتاب القسامة، باب أصل القسامة والبداية فيها مع اللوث بأيمان المدعي، رقم: (١٦٤٤٥)، السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م (٨ / ٢١٣)، المعجم، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن علي بن عاصم بن زاذان الأصبهاني الخازن، المشهور بابن المقرئ، =

ففي هذا النص دلالة واضحة في إعمال حق طرفي الدعوى في إثبات حقوقها، أو نفي التهمة عنهما، أو الدفاع عن نفسيهما فيما يوجه إليهما... وهذا الإعمال هو في حقيقته منح الطرفين الحرية في تقديم البينة بالنسبة للمدعى لإثبات حقه، أو طلب اليمين من المدعى عليه لتبرئة نفسه.

قال ابن دقيق العيد رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «وهذا الحديث أصل من أصول الأحكام، وأعظم مرجع عند التنازع، والخصام، ويقتضي ألا يُحكَم لأحد بدعواه»^(١).

كما قال النووي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: «وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع، ففيه أنه لا يُقبل قول إنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة، أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك»^(٢).

وهذان النقلان في شرح الحديث، يؤكدان أن الأصل الجاري في أعمال التقاضي، هو منح كلا الطرفين في الدعوى الحق في إثبات ما يدعيان، وأن

= تحقيق: أي عبد الرحمن عادل بن سعد، مكتبة الرشد، الرياض، شركة الرياض للنشر والتوزيع، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، رقم الحديث: (٦١٦)، ص (١٩٨)، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(١) شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، مؤسسة الريان، ط ٦، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م ص (١٠٩).

(٢) المنهاج شرح صحيح مسلم، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٣٩٢هـ (١٢/٣).

هذا الحق من مشمولاته البينة، أو اليمين، وفق ما يختاره أحد طرفي الدعوى ويقبله القاضي.

فالشاهد أنّ على المدعي البينة؛ لإثبات حقه، وله اتخاذ السبل الموصلة لإثبات هذه البينة أمام القاضي بدون تدخل من أحد، كما أنّ اليمين على المدعي عليه في حال إنكاره، واليمين توجه له، لحقه في تبرئة نفسه.

٦. ومما يدل على هذا المبدأ أيضاً، ما ورد في رسالة الفاروق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لأبي موسى الأشعري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «ومن ادعى حقاً غائباً، أو بينة، فاضرب له أمداً ينتهي إليه»^(١).

وفي هذا دلالة واضحة على منح كلا الطرفين الوقت الكافي لإحضار ما يؤيد دعواهما من بينات، أو أوراق، أو شهادات، أو مستندات، ومنح المدّة لطرفي الدعوى لإثبات ما يدعون، هو في حقيقته، إقرار لهذا المبدأ

(١) انظر: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق: د. أحمد مبارك البغدادي، الكويت، مكتبة دار ابن قتيبة، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م ص (١٢٢). ومآثر الإنافة في معالم الخلافة، أحمد بن علي بن أحمد الفزاري القلقشندي ثم القاهري، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت - الكويت، ١٩٨٥م (٣/ ١٨١)، والذخيرة، القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٩٤م (١٠/ ٧١)، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، محمد حميد الله، دار النفائس، بيروت، ١٤٠٧هـ (٤٣٣).. وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، برهان الدين اليعمري، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م (١/ ٣١)، وإعلام الموقعين عن رب العالمين، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ / ١٩٩١م (١/ ٦٨).

في تمكينهم، ومنحهم الوقت اللازم، والحرية المطلقة، خلال هذا الوقت، لإحضار ما يرغبون بإحضاره، تأييداً لمطالبهم، وتدليلاً عليها.

٧. كذلك جاء فيها: «فافهم إذا أدلي إليك، وأنفذ إذا تبين لك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له...». قال السرخسي رَحِمَهُ اللهُ في شرحه: «فافهم إذا أدلى إليك الخصمان، والإدلاء رفع الخصومة للحاكم، والفهم إصابة الحق؛ فمعناه: عليك ببذل المجهود في إصابة الحق إذا أدلى إليك...، وقيل معناه: اسمع كلام كل واحد من الخصمين، وافهم مراده، وبهذا يؤمر كل قاضي؛ لأنه لا يتمكن من تمييز الحق من المبطل إلا بذلك...»^(١)، فهذا النص في الرسالة العمرية كفل حق الدفاع لجميع الأطراف وذلك في قوله: «فافهم إذا أدلي إليك»، أي: افهم حق الخصوم، واستمع لهم، وانظر في مناقشتهم، لتفهم القضية وتصل للحكم.

المطلب الثاني: المسائل الفقهية التي تقرر دراستها مبدأ حرية الدفاع في القضاء الإسلامي:

في هذا المطلب سأقوم باستعراض بعض المسائل الفقهية، التي تدل دراستها على اعتناء الفقهاء المسلمين بتقرير هذا المبدأ في العمل القضائي الإسلامي، مع الإشارة إلى أن إيرادها واستخلاصها من بطون الفقه هنا؛ إنما هو للتمثيل على تقرير هذا المبدأ في الفقه الإسلامي، ووجوب مراعاته في العمل القضائي.

(١) المبسوط، للسرخسي (١٦/٦٠).

١. مسألة الحكم على الغائب:

بحث فقهاء المسلمين هذه المسألة، واعتنوا بتفاصيلها، والجزئيات المرتبطة بها، والصور التي يمكن تفريعها عنها، وغير ذلك... مما يُظهر أن الأصل المعترف هو حضور المتقاضين لمجلس القضاء، وإتاحة الفرصة لهما لتقديم كل ما يدعم أقوالهما، وحججهما، ويدفع عنهما ما يدعيه الطرف الآخر، ولو كان مجرد الحضور مطلوباً، دون أن يُمنح حق المدافعة عن نفسه لما كان لهذا الحضور معنى، ولكان بحث هذه المسألة، والاهتمام بتفاصيلها فقهياً، غير ذي معنى، لكن ولأن اشتراط الحضور فيه معنى منح الحق، والحرية في الدفاع عن النفس، كان لبحث هذه المسألة أهمية بالغة لدى الفقهاء^(١).

٢. مسألة التسوية بين الخصوم:

جاء في كلام الفقهاء رَحْمَهُمُ اللهُ تَعَالَى إيجاب المساواة بين الخصمين، في جميع مراحل الدعوى، وفيما يتعلق بمجلس القضاء، ولا شك أن إيجاب

(١) انظر: أدب القاضي، ابن القاص (٢/٣٤٢)، كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ونشرته الوزارة ١٤٢١هـ (١٥/١٧٧)، تبصرة الحكم في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ (١/٩٧)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي (٧/٢٢)، سبل السلام، الصنعاني، دار الحديث (٢/٥٧٢)، العدة شرح العمدة، بهاء الدين المقدسي، تحقيق: أحمد بن علي، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٤هـ (٦٧٣)، الإفهام في شرح عمدة الأحكام، العلامة: عبد العزيز بن باز رَحْمَهُ اللهُ، تحقيق: د. سعيد بن علي القحطاني، مؤسسة الجريسي (٧٤١)، الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من المؤلفين، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مطابع دار الصفوة، مصر (٣٣/٣٢٨).

ذلك على القاضي في تعامله مع الخصوم يعطي لكل منهما القدر الكافي، في إبراز دفاعه، وحججه، والرد على الآخر، ولو لم يكن هذا الحق في المدافعة، والمرافعة مقررًا لما اشترطه فقهاء المسلمين في مسائل التسوية بين الخصوم^(١).

٣. مسألة التوكيل في الخصومة:

والمقصود من إيراد المسألة هنا هو بحث الفقهاء لهذه الجزئية، ضمن أبواب القضاء؛ وذلك لأنَّ دراسة هذه المسألة يبين اهتمام الفقه الإسلامي؛ بإعطاء كل طرف الحق في إيضاح وإيصال دعواه، بالوسيلة التي يراها أظهر وأبين في مجلس القضاء، ومن ذلك توكيل الوكيل^(٢).

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العزبن عبد السلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١٤هـ (٧٢/١)، شرح مختصر الطحاوي، أبو بكر الرازي الجصاص، تحقيق: مجموعة من الطلاب في مرحلة الدكتوراة في كلية الشريعة بجامعة أم القرى في مكة المكرمة، دار البشائر الإسلامية، ودار السراج، ١٤٣١هـ (٣/٢٦٥)، الحاوي الكبير، الماوردي ص (٢٧٥-٢٧٦)، المبسوط، السرخسي (١٦/٦٥ - ٦٥ - ٧٠)، المغني، ابن قدامة (١٤/٦٥)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الشوكاني، دار ابن حزم ص (٨٢٥).

(٢) انظر: كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي (٨/٤٥٠)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرادوي (١٣/٥٣١)، تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٤هـ (٣/٢٢٨)، الحاوي الكبير، المرادوي (٦/٥٠٩)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤١٢هـ (٤/٣٢٠)، تبصرة الحكام، ابن فرحون المالكي (١/١٨٤)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٤/٢٥٠)، العناية شرح الهداية، البابرتي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٩هـ (٨/١٠٦).

يقول السرخسي: «ولقد جرى الرسم على التوكيل، على أبواب القضاء، من لدن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، ولا زجر زاجر»^(١).

٤. مسألة البرزة:

يؤكد اعتناء الفقهاء في إيجاب أن تقوم غير البرزة بالتوكيل عنها، لحضور مجلس القضاء، يؤكد جلياً وجوب منح كل طرف الحق في الدفاع عن نفسه، وتقديم حججه، ودفعه، ومرافعاته، ولو كان المانع من ذلك مطلوب شرعي^(٢).

٥. مسألة الأخرس أو من لا يحسن الدفاع عن نفسه:

أو من سكت، وكذلك اتخاذ المترجم، لتبيان الدعوى، فجميع هذه المسائل وأمثالها، إنما بحثها الفقهاء، وأرشدوا إلى كيفية التعامل مع أصحاب هذه الحالات في مجلس القضاء، ليؤكد ذلك الأهمية البالغة لتمكين كل طرف من الدفاع عن نفسه، أو المطالبة بحقوقه، ولو كان

(١) المبسوط، السرخسي (٤/١٩).

(٢) انظر: حاشية الخلوقي على منتهى الإرادات، محمد بن أحمد الخلوقي، تحقيق: د. سامي بن عبد الله الصغير، د. محمد بن عبد الله اللحيان، دار النوادر، سوريا، ١٤٣٢هـ (٨٣/٧)، شرح زاد المستقنع، أحمد الخليل (٣٢٩/٦)، المحرر في الفقه على مذهب أحمد، مجد الدين بن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٩هـ (٢/٢٠٦)، الموسوعة الكويتية (٧٤ - ٧٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار الفتوحى، تحقيق: د. عبد الله التركي، دار الرسالة، ١٤١٩هـ (٥/٢٨٠)، والمقصود بالمرأة غير البرزة: أي التي لا تخرج من بيتها ولا تتخالط الرجال في الأسواق ولا غيرها فهي لا تبرز لهم، للاستزادة. انظر: المراجع المشار إليها في هذا الهامش.

المانع من ذلك عذر شرعي كالخرس مثلاً، أو رهبة من المجلس دخلت على نفسه فسكت^(١).

يقرر السرخسي رَحْمَهُ اللهُ فِي ذَلِكَ مسائل غاية في الدقة، حفظاً لحقوق الأطراف في الدفاع، وضماناً للوصول للحكم الصحيح، فيقول في مسألة الشاهد الذي لا يحسن العربية مثلاً: «ينبغي على القاضي أن يكتب شهادة الشهود بلفظه، ولا يحوله إلى لغة أخرى مخافة الزيادة والنقصان»^(٢)، كما يقرر في موضع آخر بأنه: «إذا اختصم إلى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية، وهو لا يفقه لسانهم، فإنه ينبغي له أن يترجم عنهم...»^(٣)، فإثبات الشهادة بنفس اللفظ والترجمة لمن لا يحسن العربية فيه اعتناء كبير باستخلاص الدفاع وتحقيقه بصورة أكثر ضبطاً من هذا الطرف أو ذاك، وهو ما يؤكد أهمية مراعاة هذا الحق بكل دقة في العمل القضائي الإسلامي.

٦. مسألة الولاية على الغير:

مثل الوالد لولده الصغير، وكذلك الولي على السفية، أو المجنون، وكذا ولاية القاضي في بعض الصور الفقهية، فبحث هذه المسائل أيضاً يؤكد الاهتمام

(١) انظر: فتح القدير على الهداية، كمال الدين بن محمد المعروف بابن الهمام الحنفي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٩هـ (١٠/٥٢٧)، المبسوط، السرخسي (١٦/٨٧/٨٩)، المغني، ابن قدامة (١٠/٢٣٨-٢٣٩)، البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد المعروف ببدر الدين العيني، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٠هـ (١٣/٥٤٢).

(٢) المبسوط، السرخسي (١٦/٩٤).

(٣) المبسوط، السرخسي (١٦/٨٩).

الذي يوليه فقهاء الشريعة لحق الدفاع لكل طرف من طرفي الدعوى؛ إذ الصغير، والسفيه، والمجنون، ليسوا محلاً للأهلية الشرعية، ولا في التصرفات الصادرة عنهم في الجملة، لذا فإن اشتراط الولي لهم في مجلس القضاء للتمكين لهم في عرض الدفاع عنهم، والمطالبة بحقوقهم، وهذه عناية فائقة من فقهاء الشريعة في إقرار هذا الحق لكل أحد قبل الحكم له أو عليه^(١).

وما أجمل تقرير ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ عندما قرَّرَ بأنَّ من ادعى دعوى على مريض، فأوماً برأسه -أي: نعم- لم يحكم بها حتى يقول بلسانه، إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه، سواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه، لأنه غير مأبوس من نطقه، فلم تقم إشارته مقام نطقه كالصحيح، وبهذا فارق الأخرس، فإن الأخرس مأبوس من نطقه، ولهذا لو ارتجَّ عليه في الصلاة، لم تصح صلاته بغير قراءة، بخلاف الأخرس^(٢)، فإن بحث هذه المسألة الفقهية بهذه الدقة التفصيلية يبين عناية الفقهاء لإظهار حقوق أي طرف والدفاع عنها خشية أن تضيع أو لا يقدر هو على إظهارها.

ومن الصور الفقهية البديعة التي لم تصل إليها التنظيمات الحديثة في إقرار الدفاع، ما قرره فقهاء الشريعة في مسألة وجوب القصاص على السفيه،

(١) انظر: المبسوط، السرخسي (١٥٧/٢٤)، الإنصاف، المرداوي (٣٦٨/١٣)، الروض المربع شرح زاد المستنقع، منصور البهوتي، تحقيق: د. خالد المشيقح وآخرون، دار ركائز للنشر والتوزيع، الكويت، ١٤٣٨هـ (٣٤٨/٢)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي (٩١/٨)، نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني أبو المعالي، تحقيق: عبد العظيم محمد الديب، دار المنهاج، ١٤٢٨هـ (٢٧/١٨).

(٢) انظر: المغني، ابن قدامة (٢٧١/١٤).

حيث أوجبوا على الولي بذل ماله لحقن دم السفية، فإن مال السفية صين عن الضياع، بنصب الولي استصلاحاً، فدمه أولى بالحق إذا حقت الضرورة^(١)، فهنا يجب على الولي المدافعة عن السفية، ولو وصل الأمر لإنقاذه من الدم بهاله، وما ذاك إلا حماية لحق السفية فيما لو كان يعقل بأن يفتدي نفسه، فكان الولي مطالباً بغاية الأمر في إمكان الدفاع عنه.

وخلاصة ما سبق في هذا المبحث، أن هذا المبدأ مما دلت عليه الشريعة الإسلامية، سواء من النصوص الشرعية، أو من خلال استعراض المسائل الفقهية التي بحثها فقهاء الشريعة، وأن هذا المبدأ بهذا الاصطلاح القانوني الحادث لا تجد له بحثاً مشمولاً بهذا الاصطلاح في المباحث، والمسائل الفقهية، لكننا نجد العمل به والتأكيد عليه؛ باعتباره من الواجبات الأصيلة على القاضي، في تمكين طرفي الدعوى من الدفاع عن نفسيهما، وإعطائهما الحرية الكاملة في كل ما من شأنه إظهار الحجة، ودفع المحجة.

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني أبو المعالي (١٨/ ٢٧).

المبحث الثالث التأصيل النظامي لمبدأ حرية الدفاع

المطلب الأول: مبدأ حرية الدفاع في المواثيق والقوانين الدولية:

لقد اهتمت المواثيق الدولية بمبدأ حرية الدفاع، وعدته حقاً أصيلاً لترسيخ العدالة، ولذا نجد أن المجتمع الدولي قد أقرّ العديد من المعايير الدولية الهادفة إلى كفالة حقوق الأفراد، وحرّياتهم في مجال الدفاع عن أنفسهم أمام القضاء^(١)، ففي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مثلاً جاءت المادة (الثامنة) لتنص على الآتي: «لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون».

كما جاءت المادة (الحادية عشرة) لتقرر: «أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً، في محاكمة علنية، تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه»^(٢).

(١) انظر: المعايير الدولية لحقوق الإنسان والعدالة الاجتماعية، محمد الطراونة، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، دار الأوائل، عمان، ٢٠٠٨م (٣).

(٢) راجع: المادة (٨) والمادة (١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨م بموجب القرار ٢١٧ ألف بوصفه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم. وقد حدد، وللمرة الأولى، حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها عالمياً. وترجمت تلك الحقوق إلى ٥٠٠ لغة من لغات العالم.

فهذا النص العالمي يقرر بوضوح حق الدفاع عن النفس أمام القضاء، بل ويعتبر هذا الحق من الضمانات الأساسية للحقوق والحريات.

كما قرر ذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦م^(١)، حيث ورد في المادة (١٤/د) تقرير عدد من الضمانات التي تمنح للمتهم منها: أن يحاكم حضورياً، وأن يدافع عن نفسه، سواء كان ذلك بشخصه، أو بواسطة محام من اختياره، وكذلك قررت أن يُحطَر بأن له الحق في وجود من يدافع عنه، إذا لم يكن له من يدافع عنه، وأن المحكمة تنتدب محامياً عنه، إذا لم يكن له محام، متى تطلبت مصلحة العدالة ذلك، دون تحميله - أي المتهم - أجراً على ذلك، إذا كان لا يستطيع دفع الأجر.

كما تم التأكيد على هذا المبدأ في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية الصادرة عام ١٩٥٠م^(٢).

(١) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون/ديسمبر ١٩٦٦م، الذي بدأ نفاذه في: ٢٣ آذار/مارس ١٩٧٦م.

(٢) راجع: المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة عام ١٩٥٠م (اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا روما ٤ نوفمبر ١٩٥٠م). راجع: موقع جامعة مينيسوتا الرسمي على شبكة الانترنت، مكتبة حقوق الإنسان، والمادة (١٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦م بموجب القرار رقم ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون / ديسمبر ١٩٦٦م. راجع: موقع الأمم المتحدة الرسمي على شبكة الإنترنت.

المطلب الثاني: أساس مبدأ حرية الدفاع في النظام السعودي:

أولاً: مبدأ حرية الدفاع كفلته أحكام الشريعة الإسلامية:

صرح النظام الأساسي للحكم في أكثر من مادة بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع، وأن القرآن والسنة هما الحاكمان على النظام الأساسي للحكم، وعلى جميع أنظمة الدولة، كما نصَّ هذا النظام على أن تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دلَّ عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وأن لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية، وهذا التصريح بمصدرية الشريعة الإسلامية، واعتبارها في مكانة أعلى من جميع الأنظمة، بما في ذلك النظام الأساسي للحكم، وأن هذا العلو في المكانة، يقتضي الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، وعدم مخالفة ذلك.

ولا شك أن الشريعة الإسلامية قد قررت - كما سبق بيانه - تمكين الخصوم من الإدلاء بحججهم، والتوسعة عليهم في استيفاء ما لديهم من دعاوى، ودفوع، ومناقشة، وطعون، وهو ما يتسق مع المقصود من مبدأ حرية الدفاع في الاصطلاح النظامي، ولذا فإن هذا المبدأ كما هو متقرر نظاماً، فهو أيضاً متقرر ومطلوب شرعاً، وجاء النظام الأساسي للمملكة ليقرر بالتزامه أحكام الشريعة الإسلامية، ضرورة مراعاة هذا المبدأ وتطبيقه بكل دقة في العمل القضائي في المملكة^(١).

(١) راجع: النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر وفق الأمر الملكي رقم (أ / ١٩٠) المؤرخ في ٢٧ / ٨ / ١٤١٢ هـ والمنشور على موقع هيئة الخبراء بمجلس

ثانياً: تقرير النظام الأساسي للحكم لهذا المبدأ:

إن النظام الأساسي للحكم في المملكة قد قرر هذا المبدأ جلياً واضحاً، وجعل هذا الحق ضمن النصوص النظامية العليا، وما ذاك إلا للعناية البارزة التي يوفرها النظام السعودي لإقرار هذا الحق في الدفاع عن النفس في جميع الدعاوى، والمطالبات، والتهم التي تصل للقضاء.

فمثلاً نجد أن النظام الأساسي للحكم قد نص في مادته (السادسة والعشرين) على أن: «الدولة تحمي حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية»^(١).

ولا غرو؛ فإن تمكين الإنسان من الدفاع عن نفسه، ومواجهة الإدعاءات الموجهة له، سواء كان ذلك في مجلس القضاء، أو في غيره، هو من أبسط حقوقه التي كفلها له هذا النظام، وقامت الدولة بحمايتها له.

كما أن هذا النظام قد نص صراحة على أن: «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو نص نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي»^(٢).

الوزراء في المملكة العربية السعودية على شبكة الإنترنت، المواد (١-٧-٨-١٠-١١-١٣-٢٣-٢٦-٢٩-٣٤-٤٥-٤٦-٤٨)، فجميع هذه المواد تنص على مصدرية الشريعة الإسلامية لنظام الحكم في المملكة، وأنها الحاكمة على هذا النظام وجميع الأنظمة في المملكة العربية السعودية.

(١) راجع: المادة (٢٦) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية.

(٢) راجع: المادة (٣٨) من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية.

فهذا النص قد قرر بشكل واضح جداً؛ أن العقوبة لا تكون إلا بنص شرعي أو نظامي.

وهو بذلك يعطي أطراف الدعوى في الحالات التي ترتب عقاباً، الدفع بوجوب وجود نص شرعي أو نظامي يرتب هذا العقاب، مما يجعل حرية الدفاع عن النفس أمام القضاء أوسع، ويضيق جانب الجرائم والعقوبات. كما أن المادة (السابعة والأربعين) تنص على أن: «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة، ويبين النظام الإجراءات اللازمة لذلك»^(١).

وهذا النص يعطي جميع من يقطن أرض المملكة الحق في التقاضي ابتداءً، وإذا مُنح هذا الحق ابتداءً بما يتضمنه من رفع الدعاوى أمام المحاكم المختصة، فلا شك أن منح حق الدفاع عن النفس في مقابل هذه الدعاوى المرفوعة يكون من باب أولى، كما أن لفظ (التقاضي) يفيد: مقاضاة كل شخص للآخر، والمقاضاة تشمل جميع مراحل الدعوى من رفع الدعاوى، والجواب عنها، والدفاع، والنفي، والإثبات، والبيانات... إلى الوصول لمرحلة النطق بالحكم، وبهذا يتبين أن إقرار هذا الحق قد ورد في النظام الأساسي للحكم واضحاً جلياً كما سبق، وضمن أعلى الأنظمة السعودية مرتبةً.

ومما سبق يتضح بأن أساس مبدأ حرية الدفاع في المملكة العربية السعودية ينبنى على أحكام الشريعة الإسلامية أولاً، ثم على النظام الأساسي للحكم ثانياً.

(١) المادة (٤٧) من النظام الأساسي للحكم السعودي.

المبحث الرابع

مظاهر مبدأ حرية الدفاع في نظام المرافعات الشرعية

سبق بيان أن الأساس النظامي لمبدأ حرية الدفاع في النظام السعودي يعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية أولاً ثم النظام الأساسي للحكم ثانياً، وحيث قرّر النظام الأساسي للحكم - أيضاً - أن لولي الأمر أن يصدر من الأنظمة ما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وحيث كان من جملة الأنظمة الصادرة في المملكة العربية السعودية (نظام المرافعات الشرعية) والذي يأتي في أحكامه منظماً للعمل القضائي، ابتداءً من رفع الدعوى، وإلى الحكم فيها، ولأنّ هذا النظام هو المرجعية النظامية القضائية لأعمال المرافعات، وما يتقرر خلالها من مبادئ يجب مراعاتها، ومن ذلك: مبدأ حرية الدفاع، لذا فقد ناسب تخصيص هذا المبحث لاستعراض مظاهر هذا المبدأ في نصوص هذا النظام بشكل مفصل، بالشكل الذي يظهر تميز النظام القضائي السعودي، في إقرار هذا المبدأ بشكل جلي وواضح، وبعبارات مسبوكة، جزلة اللفظ، قوية الدلالة، واضحة المعنى.

وباستعراض نصوص هذا النظام نجد:

(١) أنّ (المادة الأولى) من هذا النظام تقرّر: «بأن تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دلّ عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة...»^(١).

(١) راجع: المادة (١)، من نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، والمنشور على الموقع الرسمي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء للمملكة العربية السعودية على شبكة الانترنت.

وهذا النص ظاهر الدلالة في وجوب أن تطبق المحاكم أحكام الشريعة الإسلامية على جميع القضايا المعروضة أمامها، ولا غرو؛ فإن من هذه الأحكام: إعطاء جميع الأطراف ذوي العلاقة الحق في المدافعة عن أنفسهم، كما تقرر ذلك عند البحث في تأصيل هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية^(١).

(٢) ورد في (المادة الثالثة) من هذا النظام ضرورة وجود مصلحة مشروعة لصاحب الدعوى، إلا أن هذه المادة قررت -أيضاً- أن المصلحة المحتملة كافية إذا كان الغرض منها الاحتياط، لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه^(٢).

وهذا التخفيف في شرط المصلحة المحققة إلى المحتملة، يعطي مجالاً لصاحب الحق في الدفاع عن نفسه، خوفاً من ضرر قد يلحقه، أو خشية دليل قد يفوت بفوات الوقت، ولا شك أن هذا التخفيف يساعد صاحب الحق، أو صاحب الدفع في الدفاع عن نفسه.

(٣) نصت (المادة السادسة) من هذا النظام على وجوب أن يحضر مع القاضي في الجلسات، وفي جميع إجراءات الدعوى، كاتبٌ يحرر محضر الجلسة، ويوقعه مع القاضي...، ومن ثمرات هذا النص مساعدة كلا طرفي الدعوى

(١) راجع: ما سبق في المبحث الثاني من هذا البحث.

(٢) راجع: المادة (٣)، الفقرة (١)، من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

في إثبات ما يحصل أثناء الجلسات، وتسهيل الوصول إليه، والاطلاع عليه، لإمكان الرد عليه بشكل صحيح ودقيق^(١).

(٤) كما يظهر تقرير هذا المبدأ في حظر أي أمر قد يؤدي إلى الإخلال بحق الدفاع من الأطراف ذوي العلاقة، يتمثل ذلك في النص في (المادة السابعة) على عدم جواز مباشرة أعوان القضاة من المحضرين والكتبة أي عمل يدخل في حدود اختصاصاتهم ووظائفهم في الدعاوى، وطلبات الاستحكام الخاصة بهم، أو بأزواجهم، أو بأقاربهم، أو بأصهارهم، حتى الدرجة الرابعة، وكذلك الإنهاءات الأخرى إذا اشتملت على خصومة، وإلا كان هذا العمل باطلاً^(٢).

ولاشك أن تسويغ عمل هؤلاء - في حال افتراض ذلك - في مقابلة خصومهم، يقلل من منح هؤلاء الخصوم الحرية الكاملة في الدفاع عن مطالبهم؛ لأن أعوان القضاة في مثل هذه الوقائع يكونوا في التهمة أولى، وفي التضييق على الخصوم أقرب لحظوظ النفس البشرية، ولذا فقد سدّ النظام السعودي هذا الباب جملة وتفصيلاً؛ لئلا يُستغل من أي شخص، لضعف في نفسه، وميل لمصلحته.

(١) راجع: المادة (٦) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع إجراءات الدعوى كاتب يحرر محضر الجلسة ويوقعه مع القاضي، وإذا تعذر حضور الكاتب فللقاضي تولى الإجراء وتحرير المحضر».

(٢) راجع: المادة (٧) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «لا يجوز للمحضرين ولا للكتبة وغيرهم من أعوان القضاة أن يباشروا عملاً يدخل في حدود وظائفهم في الدعاوى الخاصة أو بأزواجهم أو بأقاربهم أو بأصهارهم حتى الدرجة الرابعة، وكذا الإنهاءات إذا اشتملت على خصومة، وإلا كان هذا العمل باطلاً».

(٥) كما نصت (المادة العاشرة) على عدم جواز نقل أي قضية رفعت بطريقة صحيحة لمحكمة مختصة إلى محكمة أو جهة أخرى، ولا يحق لأحد سحبها منها قبل الحكم فيها^(١).

ومن ثمرات ذلك ألا يُهدر الدفاع المقدم من أحد الأطراف، ومن ثم قد تزول القناعة التي تكونت لدى القاضي ناظر القضية من خلال المرافعة، ولا شك أن حق الدفاع لكل طرف، وما نتج عنه، مما يجب المحافظة عليه، والبناء عليه في حال وجود ما يصلح لذلك، وسحب القضية، أو نقلها فيه ضياع لهذا الحق الذي تكوّن بالمشافهة والمكاتبه مجتمعين.

(٦) في المادة (الحادية عشرة) أعطى النظام صلاحية التبليغ لأحد طرفي الدعوى متى طلب، ولا شك أن وضع التبليغ ليكون بواسطة أحد الأطراف، فيه تمكين له بالإسراع في المطالبة بما يراه حقاً له، وتنويه للآخر بأن خصمه هو من قام بالتبليغ بنفسه، لتكون الإجراءات واضحة، لكلا الطرفين، وليستعد كل منهما بالدفاع أثناء المرافعة^(٢).

(٧) كما أن تفصيلات المادة (الثالثة عشرة) تُبين بكل وضوح ما يجب أن يكون عليه التبليغ، فمثلاً: الاسم الكامل لطالب التبليغ، ورقم هويته،

(١) راجع: المادة (١٠) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «لا يجوز نقل أي قضية رفعت بطريقة صحيحة لمحكمة مختصة إلى محكمة أو جهة أخرى، ولا يحق لأحد سحبها منها قبل الحكم فيها، وتعد القضية مرفوعة من تاريخ قيدها في المحكمة».

(٢) راجع: المادة (١١) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «لا يجوز نقل أي قضية رفعت بطريقة صحيحة لمحكمة مختصة إلى محكمة أو جهة أخرى، ولا يحق لأحد سحبها منها قبل الحكم فيها، وتعد القضية مرفوعة من تاريخ قيدها في المحكمة».

ومهنته، ووظيفته، ومكان إقامته، ومكان عمله، والاسم الكامل لمن يمثله... وكذلك الاسم الكامل للمدعى عليه، ورقم هويته، وما يتوافر من معلومات عن مهنته، أو وظيفته، ومكان إقامته، ومكان عمله... الخ^(١).

وفي هذا إيضاح لكلا الطرفين بمعلومات كل طرف، وصيانة هذه المعلومات لتأخذ درجة الوجود، مما يمكن الأطراف من معرفة الطرف الآخر، وعنوانه، لما لذلك من أثر بالغ في تحديد وتوجيه الدفاع لكل طرف.

(٨) حفظت المادة (التاسعة عشرة) حق الدفاع لمن يكون خارج المملكة؛ ولذا قررت أن تُرسل صورة التبليغ إلى وزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية^(٢).

(١) راجع: المادة (١٣) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «يجب أن يكون التبليغ من نسختين متطابقتين، إحداهما أصل، والأخرى صورة، وإذا تعدد من وجه إليهم تعين تعدد الصور بقدر عددهم. ويجب أن يشمل التبليغ البيانات الآتية: أ - موضوع التبليغ، وتاريخه باليوم، والشهر، والسنة، والساعة التي تم فيها. ب - الاسم الكامل لطالب التبليغ، ورقم هويته، ومهنته أو وظيفته، ومكان إقامته، ومكان عمله، والاسم الكامل لمن يمثله، ورقم هويته، ومهنته أو وظيفته، ومكان إقامته، ومكان عمله. ج - الاسم الكامل للمدعى عليه، وما يتوافر من معلومات عن مهنته أو وظيفته، ومكان إقامته، ومكان عمله، فإن لم يكن له مكان إقامة معلوم فأخر مكان إقامة كان له. د - اسم المحضر والمحكمة التي يعمل فيها. هـ - اسم من سلمت إليه صورة ورقة التبليغ، وصفته، وتوقيعه على أصلها، أو إثبات امتناعه وسببه. و - توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة. ويكتفى بالنسبة إلى أجهزة الإدارات الحكومية في الفقرتين (ب، ج) من هذه المادة بذكر الاسم والمقر. وللمجلس الأعلى للقضاء عند الاقتضاء إضافة ما يلزم من وسائل وبيانات أخرى».

(٢) راجع: المادة (١٩)، نظام المرافعات الشرعية السعودي، ونصها: «إذا كان مكان إقامة الموجه إليه التبليغ خارج المملكة فترسل صورة التبليغ إلى وزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية، ويكتفى بالرد الذي يفيد وصول الصورة إلى الموجه إليه التبليغ».

وربط ذلك بالجهة الحكومية، وبالطرق الدبلوماسية، يعطي ضماناً أكبر؛ لتمكين الطرف الآخر من الدفاع عن نفسه.

كما يعطي الطرف المبلّغ ضماناً في تسهيل وصول دعواه إلى الطرف الآخر بواسطة الحكومة.

(٩) كذلك أوضحت المادة (العشرون) أنه وفي حال كان مكان التبليغ خارج نطاق المحكمة، فترسل الأوراق المراد تبليغها من هذه المحكمة إلى المحكمة التي يقع التبليغ في نطاق اختصاصها^(١).

ولا يخفى أيضاً أن ربط التبليغ أياً كان الموقع بالمحكمة، فيه ضماناً كبيرة لكلا الطرفين في الدفاع عن نفسيهما بموجب محضر تبليغ رسمي.

(١٠) أضافت المادة (الحادية والعشرون) مدة (٦٠) يوماً إلى المواعيد المنصوص عليها نظاماً، لمن يكون مكان إقامته خارج المملكة، وللمحكمة زيادة مدة مماثلة عند الاقتضاء^(٢).

وفي هذا إعطاء الطرف الذي يكون خارج المملكة، مدة إضافية في المواعيد المقررة؛ نظراً لوجوده خارج المملكة، ومراعاة لوضعه في صعوبة التواصل المحتمل، وإقراراً من النظام بأهمية توفير الوقت الكافي لتقديم الدفوعات

(١) راجع: المادة (٢٠) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «إذا كان مكان التبليغ داخل المملكة خارج نطاق اختصاص المحكمة فترسل الأوراق المراد تبليغها من هذه المحكمة إلى المحكمة التي يقع التبليغ في نطاق اختصاصها».

(٢) راجع: المادة (٢١) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «تضاف مدة ستين يوماً إلى المواعيد المنصوص عليها نظاماً لمن يكون مكان إقامته خارج المملكة وللمحكمة عند الاقتضاء زيادتها مدة مماثلة».

أمام المحكمة، لما لهذه الدفوعات من أهمية كبيرة لدى واضع النظام، وإلا فلو لم يراع هذه الأهمية، لما أضاف هذه المدة لمن هو خارج المملكة، ليتمكن من تقديم دفاعه، ويأخذ الوقت الكافي في حرية اتخاذ الوسائل المناسبة له لتقديم هذا الدفاع، وتضمينه لائحة الدعوى.

(١١) أوضحت المادة (الثالثة والعشرون) بأن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم، وفي هذا اعتناء بجانب الدفاع ليتمكن كل طرف بالتعبير عن دفاعه بلغة عربية بالطريقة الأنسب له، والأسهل عليه باعتبار أن اللغة الرسمية للدولة هي اللغة العربية^(١).

(١٢) أوضحت المادة (الحادية والأربعون) آلية رفع الدعوى، ووجوب التوقيع عليها، ووجوب أن تشتمل على البيانات الموضحة في هذه المادة، وفي هذا إشعار لكل طرف أيضاً، ببيانات الطرف الآخر، وإعمال مبدأ حرية الدفاع، حيث يستطيع كل طرف استخدام بيانات ومعلومات الطرف الآخر، وتفنيد مطالباته، والرد عليها، وصدور هذه الآلية في هذه المادة ينظم هذا الأمر، ويسهّل على الطرفين المدافعة عن النفس أمام الآخر^(٢).

(١) راجع: المادة (٢٣) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «اللغة العربية هي اللغة الرسمية للمحاكم؛ وتسمع المحكمة أقوال الخصوم والشهود ونحوهم من غير الناطقين باللغة العربية عن طريق مترجم، وتقدم ترجمة معتمدة من مكتب مرخص له باللغة العربية للأوراق المكتوبة بلغة أجنبية».

(٢) راجع: المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «ترفع الدعوى من المدعي بصحيفة - موقعة منه أو ممن يمثله - تودع لدى المحكمة من أصل وصور بعدد المدعى عليهم. ويجب أن تشمل صحيفة الدعوى البيانات الآتية: أ- الاسم الكامل للمدعي، ورقم هويته، ومهنته أو وظيفته، ومكان إقامته، ومكان عمله، والاسم الكامل لمن =

(١٣) تقرر المواد (الثالثة والأربعون، والرابعة والأربعون، والخامسة والأربعون) المواعيد الواجب مراعاتها في تسليم صورة صحيفة الدعوى، وموعد الحضور أمام المحكمة، وكذلك ما يتعلق بموعد تسليم مذكرة الدفاع.

وفي هذا تنظيم، وترتيب، ومنح للوقت في مباشرة الدفاع، مرافعة، ومدافعة، ولولا أهمية هذا المبدأ لما اهتم النظام بتفصيل هذه المدد، وتحديداتها، بالشكل الذي يجعل جميع الأطراف يجوزون التمكين الكامل في معرفة المواعيد المقررة في الإبلاغ ومباشرة الدفاع^(١).

= يمثله، ورقم هويته، ومهنته أو وظيفته، ومكان إقامته ومكان عمله. ب- الاسم الكامل للمدعى عليه، وما يتوافر من معلومات عن مهنته أو وظيفته، ومكان إقامته، ومكان عمله، فإن لم يكن له مكان إقامة معلوم فأخر مكان إقامة كان له. ج- تاريخ تقديم الصحيفة. د- المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى. هـ- مكان إقامة مختار للمدعي في البلد الذي فيه مقر المحكمة إن لم يكن له مكان إقامة فيها. و- موضوع الدعوى، وما يطلبه المدعي، وأسانيده. ويكتفى بالنسبة إلى الأجهزة الحكومية في الفقرات (أ)، ب، هـ) من هذه المادة بذكر الاسم والمقر. وللمجلس الأعلى للقضاء عند الاقتضاء إضافة ما يلزم من وسائل وبيانات أخرى. لا يجمع في صحيفة الدعوى بين عدة طلبات لا رابط بينها».

(١) راجع: المادة (٤٣) من نظام المرافعات الشرعية ونصها: «يقوم المحضر أو المدعي -بحسب الأحوال- بتسليم صورة صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تسليمها إليه، إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الموعد، فعندئذ يجب أن يتم التسليم قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة موعد الحضور». والمادة (٤٤) ونصها: «موعد الحضور أمام المحكمة العامة ثمانية أيام على الأقل من تاريخ تبليغ صحيفة الدعوى. وموعد الحضور أمام المحاكم العمالية والتجارية والأحوال الشخصية أربعة أيام على الأقل من تاريخ تبليغ صحيفة الدعوى، وتطبق مدة الأيام الأربعة على القضايا العمالية والتجارية والأحوال الشخصية إذا نظرت أمام =

(١٤) قررت المادة (التاسعة والأربعون) حقَّ النيابة لكل طرف، وهذا إعمال لمبدأ حرية الدفاع^(١)، وفي منح كل طرف حق اختيار من ينوب عنه، ممن يكون أقدر، وأكثر خبرة، ودراية، وتميزاً في الدفاع عنه.

(١٥) أوضحت المادة (الرابعة والخمسون) عدم جواز توكيل العاملين في المحاكم، ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع لها، وفي هذا تنقيح لهذا المبدأ عن أي طريق قد يدخل من خلاله الإخلال بمبدأ الدفاع لكلا الطرفين، فيعطي لأحدهما مزية في معرفة الإجراءات، واستخدام الخبرات والتجارب؛ مما يجعل هذا المُمَيِّز في وضع أكثر دفاعاً، وقد يحجم الآخر إذا رأى الوكيل موظفاً، أو عاملاً في ذات المحكمة، فلا يقوى على إظهار دفاعه أو ينكفي عنه أو يخشى فيه^(٢).

= المحكمة العامة في المحافظة أو المركز. ويجوز في الدعاوى الناشئة عن حوادث السير أو عند الضرورة نقص الموعد إلى أربع وعشرين ساعة، بشرط أن يحصل التبليغ للخصم نفسه في حالة نقص الموعد وأن يكون بإمكانه الوصول إلى المحكمة في الموعد المحدد، ويكون نقص الموعد بإذن من المحكمة المرفوعة إليها الدعوى». والمادة (٤٥) ونصها: «على المدعى عليه في جميع الدعاوى -عدا الدعاوى المستعجلة والدعاوى التي أنقص موعد الحضور فيها- أن يودع لدى المحكمة مذكرة بدفاعه قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل أمام المحكمة العامة، ويوم واحد على الأقل أمام المحاكم الأخرى، وأمام الدوائر العمالية والتجارية والأحوال الشخصية إذا نظرت أمام المحكمة العامة في المحافظة أو المركز».

(١) راجع: المادة (٤٩) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو من ينوب عنهم، فإذا وكان كيبلاً تعين كونه ممن له حق التوكيل حسب النظام».

(٢) راجع: المادة (٥٤) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «لا يجوز للقاضي ولا لعضو هيئة التحقيق والادعاء العام ولا لأحد من العاملين في المحاكم أن يكون وكيبلاً عن =

(١٦) قررت المادة (الستون) ما يتعلق بحق المحكوم عليه غيائياً في معارضة الحكم وبينت إجراءات ذلك.

وفي هذا منح فرصة أخرى للطرف الغائب في الدفاع عن نفسه أمام المحكمة، وهو ما يؤكد مراعاة هذا النظام لمبدأ حرية الدفاع^(١).

(١٧) قررت المادة (الخامسة والستون) أن تكون المرافعة شفوية، وأجازت تقديمها في مذكرات مكتوبة، كما قررت إعطاء الخصوم المهل المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها كلما اقتضت الحاجة ذلك^(٢).

= الخصوم في الدعوى ولو كانت مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع لها، ولكن يجوز لهم ذلك عن أزواجهم وأصولهم وفروعهم ومن كان تحت ولايتهم شرعاً.

(١) راجع: المادة (٦٠) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «١. يكون للمحكوم عليه غيائياً - خلال المدد المقررة للاعتراض في هذا النظام - المعارضة على الحكم لدى المحكمة التي أصدرته، من تاريخ إبلاغه أو وكيله بالحكم. ٢. يقدم طلب المعارضة بمذكرة وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى، على أن تتضمن المذكرة رقم الحكم المعارض عليه، وتاريخه، وأسباب المعارضة. ٣. إذا غاب المعارض أو وكيله عن الجلسة الأولى لنظر المعارضة، فتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بسقوط حقه في المعارضة، ويعد حكمها نهائياً. ٤. للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم المعارض عليه مؤقتاً إذا طلب ذلك في مذكرة المعارضة وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه. ٥. يوقف نفاذ الحكم الغيائي إذا صدر حكم معارض للحكم الغيائي يقضي بإلغائه».

(٢) راجع: المادة (٦٥) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «تكون المرافعة شفوية، على أن ذلك لا يمنع من تقديم الأقوال أو الدفوع في مذكرات مكتوبة تتبادل صورها بين الخصوم، ويحفظ أصلها في ملف القضية، مع الإشارة إليها في الضبط. وعلى المحكمة أن تعطي الخصوم المهل المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها كلما اقتضت الحال ذلك».

وفي هذا تأكيد لهذا المبدأ في حرية الدفاع شفاهة، أو كتابة، مع إعطاء المهل المناسبة، لتحقيق هذا الدفاع.

(١٨) أوضحت المادة (السادسة والستون) والمادة (السابعة والستون) كيفية التعامل مع المدعى والمدعى عليه في تحرير الدعوى، أو الجواب عنها، فإذا عجز المدعي عن تحريرها، أو امتنع، فيحكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى، أما إذا امتنع المدعى عليه عن الجواب، كرر عليه القاضي طلب الجواب الصحيح ثلاثاً في الجلسة نفسها^(١).

وكل هذا يقرر ويؤكد مبدأ الدفاع، وذلك بأن لا يحكم في الدعوى إلا بعد التأكد من تحريرها من قبل المدعي، أو الجواب عنها من قبل المدعى عليه، وهو ما يعني بقاء الأصل في براءة المدعى عليه، وفي حال التحرير للدعوى، فعليه الجواب عنها، ولا يكفي بسكوته أول مرة، بل يُكرر عليه القاضي طلب الجواب فإذا لم يدفع عن نفسه، يُعد ناكلاً بعد إنذاره.

وكل هذه الاشتراطات النظامية في التكرير والإنذار، تؤكد مراعاة النظام لهذا المبدأ بعناية فائقة.

(١٩) تأتي المادة (الثامنة والستون) في بيان أحكام الدفاع، حيث بينت أنه إذا دفع أحد الطرفين بدفع صحيح، وطلب الجواب من الطرف الآخر،

(١) راجع: المادة (٦٦) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «على القاضي أن يسأل المدعي عما هو لازم لتحرير دعواه قبل استجواب المدعى عليه، وليس له السير فيها قبل ذلك، وإذا عجز المدعي عن تحريرها أو امتنع عن ذلك، فيحكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى». والمادة (٦٧) ونصها: «إذا امتنع المدعى عليه عن الجواب كلياً، أو أجاب بجواب غير ملاق للدعوى؛ كرر عليه القاضي طلب الجواب الصحيح ثلاثاً في الجلسة نفسها، فإذا أصر على ذلك عدّه ناكلاً بعد إنذاره، وأجرى في القضية المقتضى الشرعي».

فاستمهل لأجله، فللقاضي إمهاله متى رأى ضرورة ذلك^(١)، وفي هذا إظهار لأهمية مراعاة هذا المبدأ من حيث إعطاء الوقت الكافي لإعداد الدفاع والجواب.

(٢٠) تجيز المادة (التاسعة والستون) فتح باب المرافعة بعد إقفاله؛ لأسباب مقبولة^(٢)، وفي ذلك حرص شديد من النظام في مراعاة ما يستجد لدى الطرفين، ويكون مؤثراً وقت المرافعة في الدعوى، أو الجواب عنها، أو الدفوعات المترتبة عليها.

(٢١) قرر النظام الحق للخصوم، بأن يطلبوا من المحكمة وفي أي حال تكون عليها الدعوى، تدوين ما اتفقوا عليه من إقرار، أو صلح، أو غير ذلك في محضر الدعوى، بل وأوجب في المادة (السبعين) إصدار صك بذلك^(٣)، وفي هذا ضمان لحق كل واحد من الطرفين في إثبات ما اتفقا عليه على شكل صك شرعي، يحفظ حقوق كل طرف، وهو ما يؤكد قيمة هذا المبدأ، متى اتفق الطرفان، ويعطيها الحرية الكاملة في إثبات ذلك وفق محررات شرعية.

(١) راجع: المادة (٦٨) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «إذا دفع أحد الطرفين بدفع صحيح وطلب الجواب من الطرف الآخر فاستمهل لأجله فللقاضي إمهاله متى رأى ضرورة ذلك، على أنه لا يجوز تكرار المهلة لجواب واحد إلا لعذر يقبله القاضي».

(٢) راجع: المادة (٦٩) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «يقفل باب المرافعة بمجرد انتهاء الخصوم من مرافعتهم، ومع ذلك فللمحكمة قبل النطق بالحكم أن تقرر - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم - فتح باب المرافعة وإعادة قيد الدعوى في جدول الجلسات، وذلك لأسباب مقبولة».

(٣) راجع: المادة (٧٠) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «للخصوم أن يطلبوا من المحكمة في أي حال تكون عليها الدعوى تدوين ما اتفقوا عليه من إقرار أو صلح أو غير ذلك في محضر الدعوى، وعلى المحكمة إصدار صك بذلك».

(٢٢) كذلك أكدت المادة (الحادية والسبعون) أن يدون كاتب الضبط تحت إشراف القاضي وقائع المرافعة في محضر الضبط، ويذكر جميع التفاصيل في كل مرافعة، وما تشتمل عليه من وقائع، ودفوع، وغيرها^(١)، وهو ما يعد مستنداً لكل طرف في إثبات حقه، وحفظ ما أورده من مرافعة، أو مدافعة، وإيجاب النظام للتدوين، فيه حفظ للحقوق، وإثبات للدفع، وهو ما يؤكد أهمية ومراعاة هذا المبدأ نظاماً.

(٢٣) يكفل النظام لكل طرف الحرية في توجيه الأسئلة المتصلة بالدعوى للطرف الآخر، وأن يكون ذلك بواسطة القاضي تنظيماً لهذا الإجراء، وفي هذا تقرير لحرية الخصم في توجيه ما يريد من أسئلة متصلة بالدعوى إلى خصمه، وهو ما يؤكد إعمال هذا المبدأ، والمحافظة عليه، وتدعيمه، بتوجيه الاستفسارات والأسئلة.

وهذا ما تنص عليه المادة (الرابعة والسبعون) من النظام، ويقتصر دور القاضي هنا على ضبط الجلسة، وإدارتها، وتمكين كل طرف من إبداء ما يرغب من أسئلة تتعلق بالدعوى المنظورة^(٢).

(١) راجع: المادة (٧١) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «يدون كاتب الضبط - تحت إشراف القاضي - وقائع المرافعة في الضبط، ويذكر تاريخ افتتاح كل مرافعة ووقته، ووقت اختتامها، ومستند نظر الدعوى، واسم القاضي، وأسماء الخصوم ووكلائهم، ثم يوقع عليه القاضي وكاتب الضبط ومن ذكرت أسماؤهم فيه، فإن امتنع أحد منهم عن التوقيع أثبت القاضي ذلك في ضبط الجلسة».

(٢) راجع: المادة (٧٤) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «رئيس الجلسة هو الذي يتولى توجيه الأسئلة إلى الخصوم والشهود وغيرهم ممن له صلة بالدعوى، ولأعضاء الدائرة المشتركين معه في الجلسة والخصوم أن يطلبوا منه توجيه ما يريدون توجيهه من أسئلة متصلة بالدعوى. ويجوز للرئيس أن يعهد إلى أحد الأعضاء بتوجيه الأسئلة إلى أي من الخصوم والشهود وغيرهم».

(٢٤) قررت المادة (الخامسة والسبعون) بأن الدفوع المتعلقة بالآتي:

أ. الدفع ببطان صحيفة الدعوى.

ب. عدم الاختصاص المكاني.

ج. إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع نفسه أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها.

يجب الدفع بها قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق في ذلك^(١).

واتجاه النظام للنص على ذلك؛ فيه إبراز لهذه الحالات الثلاث، وتوجيه الخصم لها في حال ثبوتها، للتقدم بها أمام المحكمة حفظاً لحقوقه، ودفعاً عن نفسه.

(٢٥) كما قررت المادة (السادسة والسبعون) بأن الدفوع المتعلقة بالآتي:

أ. الدفع بعدم الاختصاص لانتفاء الولاية.

ب. الدفع بعدم قبول الدعوى لإنعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر.

ج. الدفع بسبب سبق الفصل في الدعوى.

(١) راجع: المادة (٧٥) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «الدفع ببطان صحيفة الدعوى، أو بعدم الاختصاص المكاني، أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع نفسه أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها، يجب إبدائه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها».

فيجوز الدفع بهذه الدفوع في أي مرحلة تكون فيها الدعوى، وتحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها^(١).

ويظهر هنا تأكيد النظام على مراعاة هذه الدفوع، وتوجيه الخصوم لها في حال ثبوتها، كما يؤكد النظام بأن هذه الدفوع إن وجدت مقتضياتها، ولو لم يتقدم بها الخصوم، فإن المحكمة تحكم بها من تلقاء نفسها، وفي هذا احتراز كبير للقيمة الحقوقية التي يظهرها النظام لمبدأ حرية الدفاع باعتباره أمراً يجوز الحكم من خلاله، ولو لم يطلبه الخصم، باعتبار النظام لهذه الدفوع وتضمينها النص القانوني الكاشف لأحكامها.

(٢٦) كذلك أعطت المادة (التاسعة والسبعون) للخصم أن يطلب من المحكمة أن تُدخِل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، وتتبع الإجراءات المعتادة في التكاليف بالحضور^(٢).

(١) راجع: المادة (٧٥) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «١. الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها؛ يجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها. إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعيب في صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجلت نظر الدعوى لتبليغ ذي الصفة».

(٢) راجع: المادة (٧٩) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «للخصم أن يطلب من المحكمة أن تُدخِل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، وتُتبع في اختصاصه الإجراءات المعتادة في التكاليف بالحضور. وتحكم المحكمة في موضوع طلب الإدخال والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك، وإلا فصلت في موضوع طلب الإدخال بعد الحكم في الدعوى الأصلية».

وهذا الحق المقرر للخصم، يؤكد ما يقرره هذا المبدأ من الحرية في الدفاع، ولو أدى ذلك إلى إدخال طرف آخر في الدعوى المقامة، إذ لا يحتاج حينها إلى تقديم دعوى جديدة، بل يتم الحكم في ذلك أي في طلب الإدخال وفي الدعوى الأصلية، وبحكم واحد كلما أمكن ذلك، وفي هذا النص حثٌ للقضاة على الحكم قدر الإمكان في هذه الدعوى مع مدخلاتها، فإن لم يتمكن القاضي من الحكم في طلب الإدخال مع الدعوى الأصلية، فلم يترك النظام هذا الحق للخصم في الدفاع عن نفسه يضيع، بل أوجب على القاضي أن يفصل في ذلك أي في طلب الإدخال بعد الحكم في الدعوى الأصلية.

وهذه المادة تُظهر بوضوح مراعاة النظام السعودي لهذا المبدأ بشكل دقيق، وعدم إهمال أي طلب يتقدم به الخصم، ما دام أنه متصلٌ بالدعوى، وله سبب صحيح وفق تقدير ناظر القضية.

(٢٧) بل إن المادة (الثمانين) أجازت للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من كان في إدخاله مصلحة للعدالة، أو إظهار للحقيقة^(١).

وأوجب النظام بأن تُعين المحكمة موعداً لا يتجاوز (١٥) يوماً لحضور من تأمر بإدخاله...، وفي هذا أيضاً، تعزيز لقيمة هذا المبدأ في ابتدار المحكمة من نفسها بإدخال من كان في إدخاله مصلحة ولو لم يطلبه الطرفان، وذلك لأن حرية الدفاع المعطاة لهم، لا تمنع من تدخل المحكمة، لإظهار الحقيقة،

(١) راجع: المادة (٨٠) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «للمحكمة - من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم - أن تأمر بإدخال من كان في إدخاله مصلحة للعدالة أو إظهار للحقيقة. وتعين المحكمة موعداً لا يتجاوز خمسة عشر يوماً لحضور من تأمر بإدخاله، ومن يطلب من الخصوم إدخاله، وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى».

وتحقيق العدالة، وهذه القيم هي التي تسعى إلى تحقيقها المحكمة، ولذا كان النص النظامي متوجهاً لتحقيق مبدأ الدفاع متى كان موصلاً للحقيقة، والعدالة.

(٢٨) بل إن حرية الدفاع في نظام المرافعات السعودي جاءت مقررّة بشكل واسع حفاظاً على الحقوق ودفعاً للتهم، حيث أجازت المادة (الحادية والثمانون) من هذا النظام، لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً إلى أحد الخصوم، أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى، ولا شك أن في هذا النص إعطاء حرية أكبر للخصوم، ولكل صاحب مصلحة أن ينضم في الدعوى، كما شرح النظام الكيفية التي ينضم فيها للدعوى بأن يكون بصحيفة تبلغ للخصوم قبل يوم الجلسة، وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أو بطلب يقدم شفهيّاً في الجلسة في حضور الخصوم، ويثبت في محضرها^(١).

ومن الجدير بالذكر هنا أن حرية الدفاع المقررة في هذه المادة تجاوزت مرحلة الإدخال للخصم إلى مرحلة ضمه لذات الدعوى، ولا شك أن هذا يقرر الأهمية الكبيرة التي يوليها هذا النظام لمبدأ الدفاع متى ظهرت المصلحة في ذلك.

(١) راجع: المادة (٨١) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً إلى أحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى. ويكون التدخل بصحيفة تبلغ للخصوم قبل يوم الجلسة، وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أو بطلب يقدم شفهيّاً في الجلسة في حضورهم، ويثبت في محضرها. ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة».

(٢٩) كما نظم نظام المرافعات السعودي ما يطرأ لكل من المدعي والمدعى عليه من أمور أثناء رفع الدعوى، وجعل لكل منهما حق تقديم تلك الأمور الطارئة ضمن الدعوى المرفوعة، وأوجب على القاضي أو المحكمة النظر فيها، وهي ما تعرف نظاماً بالطلبات العارضة، ولا شك أن تنظيم هذه الطلبات، ووضع الأحكام النظامية لها، يُظهر الأهمية البالغة التي يوليها هذا النظام لمبدأ حق الدفاع لكل خصم في جميع مراحل الدعوى، ما دام أن ممارسة هذا الحق مفيداً في الدعوى، وقد يكون مؤثراً في الحكم فيها فمثلاً تضمنت المادة (الثالثة والثمانون) من نظام المرافعات الشرعية أن للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يأتي:

١. ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي، أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى.
٢. ما يكون مكماً للطلب الأصلي، أو مترتباً عليه، أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة.
٣. ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع إبقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله.
٤. طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي.
٥. ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي^(١).

(١) راجع: المادة (٨٣) من نظام المرافعات الشرعية.

كما أجازت المادة (الرابعة والثمانون) للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة ما يأتي:

١. طلب المقاصة القضائية.
٢. طلب الحكم له بتعويض عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية، أو من إجراء فيها.
٣. أي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي لطلباته كلها أو بعضها، أو أن يحكم له بها مقيدة بقيد لمصلحة المدعى عليه.
٤. أي طلب يكون متصلاً بالدعوى الأصلية اتصالاً لا يقبل التجزئة.
٥. ما تآذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالدعوى الأصلية^(١).

كما أوجبت المادة (الخامسة والثمانون) من هذا النظام على أن تحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة سواء للمدعي، أو للمدعى عليه، مع الدعوى الأصلية، كلما أمكن ذلك^(٢)، ولا شك أن في هذا ضمانة كبيرة في حفظ حقوق الطرفين في الحكم لكل واحد منهما بأن تكون هذه الطلبات العارضة منظورة ضمن الدعوى الأصلية فإن لم تتمكن المحكمة من نظرها ضمن الدعوى الأصلية وجب عليها أن تنظر هذه الطلبات العارضة وتحكم فيها قبل الحكم بالدعوى الأصلية، وبذلك يظهر تقدير النظام القضائي

(١) راجع: المادة (٨٤) من نظام المرافعات الشرعية.

(٢) راجع: المادة (٨٥) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «تحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، وإلا استبقت الطلب العارض للحكم فيه بعد تحقيقه».

السعودي وكفالاته لحق الخصوم في الدفاع عن أنفسهم، وجواز تقديمهم للمحكمة؛ لأي أمر يطرأ على الدعوى أثناء رفعها، ويكون مفيداً لهما في دعواهما.

(٣٠) كما أن مظهر حرية الدفاع الذي قرره نظام المرافعات الشرعية ضمن النظام القضائي السعودي يظهر جلياً في الأحكام التي قررتها المادة (الثانية والتسعون) المتعلقة بترك الخصومة^(١)، حيث قررت هذه المادة أنه يجوز للمدعي ترك الخصومة، وهذا الحكم الجوازي يعني حرية المدعي في الاستمرار بالخصومة، أو تركها بعد أن تم قيدها في المحكمة، فلو رغب المدعي بعد أن قام برفع الدعوى وقبولها لدى المحكمة وتقييدها ضمن إجراءات القيد في المحكمة، وإبلاغ الخصم بهذه الدعوى والإعلان عن الجلسة، فلو رغب المدعي بعد كل ذلك ترك الخصومة، فأجاز النظام له ذلك، وهو ما يكفل حرته في الاستمرار بالخصومة أو تركها، وحرية الدفاع المعطاة هنا للمدعي في ترك الخصومة ليست مطلقة على كل حال وفي كل وقت، بل إن هذه الحرية في ترك الخصومة متى تعلقت بحق للمدعي عليه، فيجب تقديرها مراعاة لهذا المبدأ أيضاً، حيث إن حرية الدفاع هنا ليست متعلقة بالمدعي فقط فيستطيع ترك الخصومة بإرادته المنفردة، بل

(١) راجع: المادة (٩٢) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «يجوز للمدعي ترك الخصومة بتبليغ يوجهه إلى خصمه، أو تقرير منه لدى الكاتب المختص في المحكمة، أو بيان صريح في مذكرة موقع عليها منه، أو من وكيله، مع اطلاع خصمه عليها، أو بإبداء الطلب شفهيًا في الجلسة وإثباته في ضبطها. ولا يكون الترك بعد إبداء المدعي عليه دفعه إلا بقبوله».

متصلة بالمدعي والمدعى عليه، ويتحقق ذلك إذا قدم المدعى عليه دفوعه في الدعوى المقامة، ففي هذه الحالة، فقد أوجب النظام بأن ترك الخصومة من قبل المدعي، لا يكون معتبراً نظاماً، إلا إذا قبله المدعى عليه، وفي هذا القيد تقديرٌ كبير من النظام للدفع المقدمة من المدعى عليه، وهو ما يعني احترام النظام أيضاً لهذا المبدأ وعدم الافتتات عليه، ووجوب أن لا تُهدَر أي دفعات يقدمها المدعى عليه، حال رغب المدعي بترك الخصومة إلا بموافقة.

(٣١) مما يبرز حماية مبدأ الدفاع في القضاء السعودي، هو ما قرره نظام المرافعات الشرعية في مادته (الرابعة والتسعين)^(١)، حيث أوجبت هذه المادة منع القاضي من نظر الدعوى وسماعها، وجعلت هذه الحكم واجباً ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم، في لوحة ناصعة لحماية هذا المبدأ، وذلك في حالات محددة، يجمع بينها أن لا يتأثر حق أي طرف بالدعوى سواء المدعي أو المدعى

(١) راجع: المادة (٩٤) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم في الأحوال الآتية: أ- إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهراً له إلى الدرجة الرابعة. ب- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته. ج- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم، أو وصياً، أو قيمياً عليه، أو مظنوناً وراثته له، أو كان زوجاً 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 وكيلاً عنه أو وصياً أو قيمياً عليه. هـ- إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها».

عليه، في إظهاره - أي الحق - أو المرافعة به أو المدافعة عنه فمثلاً لو كان القاضي زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهراً له إلى الدرجة الرابعة.

أو كان للقاضي أو لزوجته خصومه قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته، أو كان القاضي وكيلاً لأحد الخصوم، أو وصياً، أو قياً عليه، أو مظنونة وراثته له أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم.

وكذلك إذا كان للقاضي مصلحة في الدعوى القائمة، أو لزوجته، أو لأحد أقاربه، أو أصهاره على عمود النسب، أو لمن يكون هو وكيلاً عنه، أو وصياً، أو قياً عليه.

بل وصل الحرص في النظام السعودي في حماية هذا المبدأ إلى أن القاضي يُمنع من نظر الدعوى فيما لو كان قد أفتى أو ترفع عن الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء أو كان قد سبق له نظرها قاضياً، أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها.

وحماية لهذا المبدأ أيضاً قرر النظام بأن عمل القاضي يقع باطلاً في الأحوال المنصوص عليها في المادة (الرابعة والتسعين) فلا يحتاج لأي إجراء للحكم بالبطلان.

وكذلك يكون باطلاً ولو تم الحكم باتفاق الخصوم؛ وذلك لأن النظام السعودي يُعد هذا المبدأ قيمة عدالية يجب المحافظة عليها، وتنقيحها

مما يشوبها، أيّاً كان مصدر ذلك، بل ولو كان ذلك في حكم مؤيد فيجوز للخصم أن يطلب من المحكمة العليا نقض الحكم وإعادة نظر الدعوى أمام دائرة أخرى^(١).

كل هذه الأحكام تُظهر بما لا يدع مجالاً للشك تقدير النظام السعودي لهذا المبدأ، وعدم التأثير على حرية الدفاع لكل خصم، ولو كان مصدر ذلك التأثير المحتمل هو القاضي نفسه.

(٣٢) كما أن النظام القضائي السعودي يواصل حماية هذا المبدأ من خلال منع التأثير السلبي الذي يكون مصدره القاضي على أي طرف من أطراف الدعوى في تقديم دفاعه، أو مرافعاته، أو الأحكام الصادرة بناءً عليها، وذلك ضمن أحكام المادة (السادسة والتسعين) وإن كان خفف الحكم بالمنع إلى الجواز؛ وذلك لأن الحالات الواردة في هذه المادة أبعث تأثيراً عن الحالات الواردة في المادة (الخامسة والتسعين)، ومع ذلك جعل النظام لكل طرف من أطراف الدعوى الحق في طلب رد القاضي، وفق ما يراه هذا الطرف أو ذاك حيال وجود هذا القاضي، ومدى كونه مؤثراً في الدعوى، ولا شك أن ذلك تقدير عالٍ من النظام السعودي في ممارسة كل طرف لحقه في الدفاع عن نفسه، إذا كان يرى أن هذا الحق في الدفاع سيتأثر بوجود هذا القاضي وذلك في حالات محددة وهي:

(١) راجع: المادة (٩٥) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة في المادة (الرابعة والتسعين) من هذا النظام ولو تم باتفاق الخصوم. وإن وقع هذا البطلان في حكم مؤيد جاز للخصم أن يطلب من المحكمة العليا نقض الحكم وإعادة نظر الدعوى أمام دائرة أخرى».

١. إذا كان للقاضي أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها.
٢. إذا حدث للقاضي أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه.
٣. إذا كان لمطلقة التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده.
٤. إذا كان أحد الخصوم خادماً للقاضي أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكته أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.
٥. إذا كان بين القاضي وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم دون تحيز^(١).

(١) راجع: المادة (٩٢) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «١. يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية: أ- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها. ب- إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه. ج- إذا كان لمطلقة التي له منها ولد، أو لأحد أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة، خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع زوجته، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده. د- إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكته، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده. هـ- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم دون تحيز».

وقد بينت المواد اللاحقة لهذه المادة الأحكام المتعلقة بالنظر في طلب الرد المقدم من أي طرف، وأوجبت وقف النظر في الدعوى إلى حين الفصل في طلب الرد، سواء بتنحي القاضي مباشرة، أو تنحيه بناء على أمر صادر من رئيس المحكمة، أو رئيس محكمة الاستئناف، أو رئيس المحكمة العليا وفقاً لطبيعة القاضي الوظيفية^(١).

(٣٣) ومن أبرز المواد التي تقرر هذا المبدأ بشكل جليّ جداً، ما قرره هذا النظام في المادة (الحادية والستين بعد المائة) حيث نصت على الآتي: «لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع توضيحات من أحد الخصوم إلا بحضور

(١) راجع: المادة (٩٨) من نظام المرافعات الشرعية ونصها: «إذا قام بالقاضي سبب للرد ولم يتنح جاز للخصم طلب رده، فإن لم يكن سبب الرد من الأسباب المنصوص عليها في المادة (السادسة والتسعين) من هذا النظام، وجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع أو دفاع في القضية وإلا سقط الحق فيه. ومع ذلك يجوز طلب الرد إذا حدثت أسبابه بعد ذلك، أو إذا أثبت طالب الرد أنه كان لا يعلم بها. وفي جميع الأحوال لا يقبل طلب الرد بعد قفل باب المرافعة»، والمادة (٩٩) ونصها: «يقدم طلب الرد بتقرير يودع في إدارة المحكمة موقعاً من طالب الرد، ويجب أن يشمل تقرير الرد أسبابه، وأن يرافقه ما يوجد من الأوراق المؤيدة له»، والمادة (١٠٠) ونصها: «١. يجب على إدارة المحكمة أن تطلع القاضي فوراً على تقرير طلب الرد، وعلى القاضي خلال الأيام الأربعة التالية لاطلاعه أن يكتب إلى رئيس المحكمة عن وقائع الرد وأسبابه؛ فإن لم يكتب عن ذلك في الموعد المحدد، أو كتب مؤيداً أسباب الرد - وكانت هذه الأسباب تصلح له بموجب النظام - أو كتب نافيّاً لها وثبتت في حقه؛ فعلى رئيس المحكمة أن يصدر أمراً بتنحيته عن نظر الدعوى. ٢. إذا كان المطلوب رده رئيس محكمة الدرجة الأولى فيفصل فيه رئيس محكمة الاستئناف المختصة، أما إذا كان المطلوب رده هو رئيس محكمة الاستئناف أو أحد قضاة المحكمة العليا، فيفصل فيه رئيس المحكمة العليا. ٣. إذا رفض رئيس المحكمة - بحسب الأحوال - طلب الرد، أصدر أمراً بذلك، ويعد هذا الأمر نهائياً».

الخصم الآخر»^(١)، ومن فوائد ذلك أن يطلع الخصم على ما يقدمه خصمه من توضيحات للمحكمة لكي يضبطها، ويعرف مستنداتها والحجج التي قدمها الخصم في هذه التوضيحات، وبالتالي يستطيع الرد عليها كما هي، بلا زيادة أو نقصان، وتقرير عدم السماع من أي طرف دون حضور الطرف الآخر وإن كان يؤسس بشكل واضح لمبدأ المساواة بين الخصوم إلا أنه يؤسس كذلك لمبدأ حرية الدفاع، وذلك بأن يتيح للخصم الآخر أن يطلع على كافة ما قدمه خصمه من أسانيد، وحجج، ومستندات، وتوضيحات، ليتمكن من الرد عليها في دفاعه.

(٣٤) كما أن المادة (الثالثة والستين بعد المائة) وهي تقرر وجوباً بعد قفل باب المرافعة، والانتهاء إلى الحكم في القضية، بأن يتم تدوين الحكم في ضبط المرافعة مسبقاً بالأسباب التي بني عليها، ثم يوقع عليه القاضي أو القضاة الذين اشتركوا في نظر القضية^(٢).

فهذه المادة تقرر وجوب ثلاث أمور:

١. تدون الحكم في ضبط المرافعة.
٢. أن تدوين الأسباب التي بني عليها الحكم.

(١) راجع: المادة (١٦١) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع توضيحات من أحد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر».

(٢) راجع: المادة (١٦٣) من نظام المرافعات الشرعية، ونصها: «بعد قفل باب المرافعة والانتهاء إلى الحكم في القضية يجب تدوين الحكم في ضبط المرافعة مسبقاً بالأسباب التي بُنيَ عليها، ثم يوقع عليه القاضي أو القضاة الذين اشتركوا في نظر القضية».

٣. توقيع القاضي أو القضاة الذين اشتركوا في نظر القضية.

وإيجاب هذه الأمور الثلاثة يتضمن عدداً من الفوائد، من أهمها أن يتمكن كل طرف من أطراف القضية من الاطلاع على الحكم مكتوباً، ومسبباً، وموثقاً، بشكل نهائي، لكي يتمكن من إبداء دفاعه في مرحلته الأخرى عند الاعتراض على الحكم في الاستئناف، إذ لا يتأتى الدفاع هاهنا إلا بعد أن يصدر الحكم تدويناً، وتسبيحاً، وتوقيعاً، والنظام هنا أوجب ذلك حماية لكل طرف ليتمكن من استظهار دفاعه، وفق ما يراه محققاً لصالحه، بالاستناد إلى أحكام موثقة، ونهائية.



الخاتمة

الحمد لله الذي بحمده تتم الصالحات، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

في نهاية هذا البحث أضع بين يدي القارئ بعض الخلاصات والنتائج التي توصلت إليها ومن أهمها:

١. عمق وثراء الفقه الإسلامي، ودقة الاصطلاحات الفقهية في استعمال الألفاظ للدلالة على المعاني، فألفاظ التمكن، والبسط، والمدافعة، والمرافعة، والولاية، والوصاية، والاستظهار... وغيرها من الألفاظ التي تؤكد عناية الفقهاء لما يتضمنه مبدأ حرية الدفاع في النظام.

٢. تميز المملكة العربية السعودية، باعتبارها الدولة الوحيدة في العصر الحديث، التي تجعل الشريعة الإسلامية هي الحاكمة على جميع أنظمة الدولة.

٣. ينبنى على ما سبق تميز فقه المرافعات في المملكة العربية السعودية، وذلك لاستقائه في الأحكام من معين الشريعة الإسلامية، مما جعل هذا التميز، يظهر بصورة جلية في الصياغة الشرعية النظامية لنظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية.

٤. إن مبدأ حرية الدفاع حق مكفول لجميع أطراف الدعوى، توجبه الشريعة الإسلامية، وتقرره جميع المواثيق والأنظمة الدولية في العصر الحديث.

ختاماً: أسأل الله أن يوفقنا جميعاً لما فيه الخير وأن يرزقنا السداد في القول والعمل.

المراجع

١. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق: د. أحمد مبارك البغدادي، الكويت، مكتبة دار ابن قتيبة، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
٢. أدب القاضي، أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف (بابن القاص)، تحقيق: حسين خلف الجبوري، مكتبة الصديق للنشر والتوزيع، الطائف، ١٤٠٩هـ.
٣. إعلام الموقعين عن رب العالمين، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
٤. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨م.
٥. الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن، لعام ١٧٨٩م.
٦. الإفهام في شرح عمدة الأحكام، العلامة: عبد العزيز بن باز رَحِمَهُ اللهُ، تحقيق: د. سعيد بن علي القحطاني، مؤسسة الجريسي.
٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ١٤١٥هـ.
٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي.
٩. البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد المعروف ببدر الدين العيني، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٠هـ.
١٠. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، برهان الدين اليعمري، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.



١١. تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٤هـ.
١٢. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ.
١٣. تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام، محمد بن عيسى المناصف، دار التركي للنشر، المطابع الموحدة بتونس.
١٤. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت: ١٣٧٦هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويح، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٠هـ.
١٥. جامع البيان في تأويل القرآن، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري، (ت: ٣١٠هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.
١٦. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٨٤هـ.
١٧. حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات، محمد بن أحمد الخلوتي، تحقيق: د. سامي بن عبد الله الصغير، د. محمد بن عبد الله اللحيدان، دار النوادر، سوريا، ١٤٣٢هـ.
١٨. حاشية الروض المربع، ابن قاسم، ط ١، ١٣٩٧هـ.
١٩. الحاوي الكبير، الماوردي، تحقيق: الشيخ: علي محمد معوض، الشيخ: عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ.
٢٠. حرية الدفاع، طه أبو الخير، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦١م.

٢١. الحرية الدينية في الحضارة الإسلامية، د. صالح بن عبد الله بن حميد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ١٩، الأمانة العامة للأوقاف بالشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ط ١، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.
٢٢. الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية أبعادها وضوابطها، أ. د. سليمان بن عبد الله أبا الخيل، ضمن بحوث الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة.
٢٣. حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، د. حاتم بكار، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
٢٤. الذخيرة، شهاب الدين القرافي، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٩٩٤م.
٢٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤١٢هـ.
٢٦. رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، تاج الدين الفاكهاني، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، سوريا، ١٤٣١هـ.
٢٧. سبل السلام شرح بلوغ المرام، الصنعاني، تحقيق: محمد أبو الفتوح البيانوني، د. خليل إبراهيم خاطر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٠٨هـ.
٢٨. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
٢٩. سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود البغدادي الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م.



٣٠. السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٣، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.
٣١. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الشوكاني، دار ابن حزم، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
٣٢. شرح أدب القاضي، الخصاص للصدر الشهيد، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٧م.
٣٣. شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد (ت: ٧٠٢هـ)، مؤسسة الريان، ط ٦، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.
٣٤. الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ١٤١٥هـ.
٣٥. شرح زاد المستقنع، أحمد الخليل.
٣٦. شرح مختصر الطحاوي، أبو بكر الرازي الجصاص، تحقيق: مجموعة من الطلاب في مرحلة الدكتوراة في كلية الشريعة بجامعة أم القرى في مكة المكرمة، دار البشائر الإسلامية، ودار السراج، ١٤٣١هـ.
٣٧. صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي البخاري، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دار اليمامة، دمشق، ١٤١٤هـ.
٣٨. صحيح مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.

٣٩. ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، د. حسن صادق المرصفاوي، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الإسكندرية، ١٩٧٣م.
٤٠. العدة شرح العمدة، بهاء الدين المقدسي، تحقيق: أحمد بن علي، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٤هـ.
٤١. العناية شرح الهداية، محمد البابرتي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٩هـ.
٤٢. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون/ ديسمبر ١٩٦٦م.
٤٣. فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، بتعليقات العلامة: عبد العزيز بن باز رَحِمَهُ اللهُ، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.
٤٤. فتح القدير على الهداية، كمال الدين بن محمد المعروف بابن الهمام الحنفي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٩هـ.
٤٥. القانون الجنائي الدستوري، د. أحمد فتحي سرور، دار الشروق، ٢٠٠٦م.
٤٦. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١٤هـ.
٤٧. كشف القناع عن متن الاقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ونشرته الوزارة ١٤٢١هـ.
٤٨. لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي (ت: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، لبنان، ط ٣، ١٤١٤هـ.

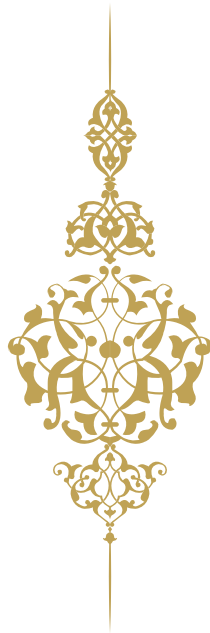


٤٩. متأثر الإنافة في معالم الخلافة، أحمد بن علي بن أحمد الفزاري القلقشندي ثم القاهري، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت - الكويت، ١٩٨٥م.
٥٠. المبادئ والقرارات، مركز البحوث بوزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٣٨هـ/٢٠١٧م.
٥١. المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٨هـ.
٥٢. المبسوط، شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون طبعة، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
٥٣. مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، محمد حميد الله، دار النفائس، بيروت، ١٤٠٧هـ.
٥٤. المحرر في الفقه على مذهب أحمد، مجد الدين بن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٩هـ.
٥٥. المخصص، ابن سيده، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٧هـ.
٥٦. معالم السنن (شرح سنن أبي داوود)، الخطابي، المطبعة العلمية، حلب، ١٣٥١هـ.
٥٧. المعايير الدولية لحقوق الإنسان والعدالة الاجتماعية، محمد الطراونة، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، دار الأوائل، عمان، ٢٠٠٨م.
٥٨. معجم ابن الأعرابي، أبي سعيد بن الأعرابي أحمد بن محمد بن زياد بن بشر بن درهم البصري الصوفي (ت: ٣٤٠هـ)، تحقيق وتخرىج: عبد المحسن بن إبراهيم بن أحمد الحسيني، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١ب، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٥٩. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط٤، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
٦٠. المعجم، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن علي بن عاصم بن زاذان الأصبهاني الحازن، المشهور بابن المقرئ، تحقيق: أبي عبد الرحمن عادل بن سعد، مكتبة الرشد، الرياض، شركة الرياض للنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م.
٦١. المغني، ابن قدامة، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
٦٢. مفهوم الحريات، د. محمد أبو سمرة، دار الراية، عمان، الأردن، ٢٠١٢م.
٦٣. مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.
٦٤. منتهى الإرادات، ابن النجار الفتوحى، تحقيق: د. عبد الله التركي، دار الرسالة، ١٤١٩هـ.
٦٥. المنهاج شرح صحيح مسلم، أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٣٩٢هـ.
٦٦. الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من المؤلفين، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مطابع دار الصفوة، مصر.
٦٧. موقع جامعة مينيسوتا الرسمي على شبكة الإنترنت، مكتبة حقوق الإنسان.
٦٨. نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، بدر الدين العيني، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، قطر، ١٤٢٩هـ.
٦٩. النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، المنشور على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء على شبكة الإنترنت.
٧٠. نظام المرافعات الشرعية، للمملكة العربية السعودية.



٧١. النظرية العامة في القانون الدستوري، د. منذر الشاوي، دار ورد، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٧م.
٧٢. نهاية المطالب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، حققه أ. د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط١، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.
٧٣. الوجيز في قانون العقوبات، د. حسنين عبيد، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
٧٤. الوسيط في الإجراءات، د. أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.





مصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية دراسة في النظام السعودي

د. فؤاد شهاب شيباب

أستاذ القانون التجاري المشارك

كلية الحقوق - جامعة طيبة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، وبه نستعين، ونستغفره ونتوب إليه، ونستعيذه من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، والله نسأل الهداية وحسن العاقبة في الأمور كلها، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وأما بعد؛

فتعني كلمة (مصدر) بصفة عامة المنبع الذي يستقي منه النظام أحكامه وقواعده. ومن المتعارف عليه أن هذه المصادر متنوعة، بحيث تشمل مصادر موضوعية (مادية) وتاريخية ورسمية وتفسيرية. ويُقصد بالمصادر الموضوعية الظروف الاجتماعية التي استمد منها النظام نشأته، ويراد بالمصادر التاريخية الظروف التاريخية التي ساهمت في تكوين النظام. كما تُعرّف المصادر الرسمية بأنها تلك الصادرة عن هيئة تملك سلطة إصدار أنظمة ولوائح مُلزِمة في حين تعني المصادر التفسيرية أحكام القضاء وآراء الفقهاء التي يرجع إليها القاضي لاستخلاص القواعد من مصادرها الرسمية، ولكنه غير مُلزم بالرجوع إليها؛ لأنها مصادر اختيارية يستأنس ويسترشد بها القاضي لمعرفة القاعدة النظامية واجبة التطبيق وكيفية إعمالها بشكل سليم. فالقاضي يستعين بالفقه النظامي وأحكام القضاء، خاصة عندما تكون قواعد الأنظمة وأحكامها غامضة وتحتاج إلى توضيح أو تفسير، فيتعرف على شروط تطبيقها وآثارها^(١).

(١) وبالرغم من أن أقوال الفقه تعد مصدراً استرشادياً، إلا أن لها من الناحية العملية دوراً كبيراً وأهمية بالغة في تطوير القوانين وتعديلها ومعالجتها، سواء من الناحية الموضوعية =

ويُطلق الفقهاء على المصادر الموضوعية والتاريخية اسم المصادر الحقيقية لأنها تشكل العوامل الاجتماعية التي تكمن فيها الضرورات المولدة لقواعد النظام، ودراسة هذه المصادر يدخل ضمن نطاق علم الاجتماع القانوني أو فلسفة القانون^(١)، وهي ما لا يتسع لها المجال في هذا البحث. أما المصادر الرسمية والتفسيرية فهي مستفادة من دراسة الأنظمة السعودية، وترتكز أساساً على تحكيم الشريعة الإسلامية، فهي مصادر شرعية ونظامية.

ولعل مسألة ترتيب مصادر القانون التجاري تبدو أمراً بديهياً يفترض أن يعنى به المنظم بشكل صارم؛ لأنه أمر ينسجم مع مبدأ وحدة القانون الذي يجب أن يخضع له جميع الأفراد في الدولة. وعلى الرغم من ذلك، يبدو أن الأمر يثير جدلاً فقهيّاً حتى في القوانين التي نصت صراحة على مصادر القانون التجاري^(٢). والمسألة قد تبدو أكثر تعقيداً في النظام السعودي في ظل غياب

= التي تعنى بمضمون القاعدة القانونية أو من الناحية الشكلية والفنية، التي تعنى بصناعة وصياغة القاعدة القانونية. بل ونظراً للدور الكبير الذي لعبه الفقه في شرح وتفسير قواعد القانون والتعليق على أحكام القضاء ووضع النظريات الملائمة، فقد كان يعده القانون الروماني مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية بحيث كان من صلاحية الفقيه إنشاء هذه القاعدة بنفسه وتكون من صنعه كما لو كان مشرعاً. أما في الوقت الحاضر فلا تعطي أية دولة في العالم للفقيه هذه الميزة، وأصبح الفقه مجرد مصدر غير رسمي يستطيع القاضي أن يلتمسه عند شرح النصوص ومعانيها، دون أن يكون ملزماً بالأخذ بأراء الفقهاء. عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان-الأردن، ط ١١، ٢٠١١م، ص ٩٣.

(١) أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة، ج ١، الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، دار الثقافة، عمان-الأردن، ١٩٩٨م، ص ٣١.

(٢) انظر مثلاً: عبد الله الخشروم، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد ١٥، عدد ٤.

نص صريح يحدد الترتيب النظامي لمصادر القانون التجاري، فنرى أن بعض الفقه يضع التشريع التجاري أولاً ثم أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة ثم العرف التجاري في مرتبة ثالثة^(١)، في حين أن جانب آخر جعل أحكام الشريعة الإسلامية قبل الأنظمة التجارية ثم اتفاق المتعاقدين ثم العرف^(٢)، ثم إن جانباً آخر بدأ متردداً فوضع أحكام الشريعة الإسلامية في المرتبة الأولى عند ترتيبه للمصادر، في حين أنه بدأ بتأصيل المسألة باعتبار الأنظمة التجارية هي المصدر الرئيس، وبأن أحكام الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية إذا خلت الأنظمة التجارية من نص يحكم النزاع^(٣). وأيضاً، فإن بعض الفقه يقدم عرضاً تفصيلياً يوضع أحكام الاختصاص القضائي أولاً ثم نصوص أدلة الشريعة الإسلامية الصحيحة الصريحة قبل الأنظمة التجارية والمبادئ القضائية الصادرة من المحكمة العليا ثم اتفاق المتعاقدين قبل القواعد المكملة في الأنظمة التجارية، ثم العرف التجاري، فالسوابق القضائية، ثم اجتهادات الفقهاء وشرح الأنظمة، ويجعل في المرتبة الأخيرة مبادئ وقواعد الشريعة العامة ويقصد بها الشريعة الإسلامية^(٤).

وبهذا يبدو أن كتب الفقه السعودي لا تتوافق على ترتيب مصادر النظام التجاري السعودي، وفي بعض الأحيان يبدو أن التأصيل يحتاج لدقة أكبر

- (١) محمد الجبر، القانون التجاري السعودي، ط ٤، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ص. ٢٣-٢٨.
- (٢) عارف العلي، مصادر الحكم التجاري، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠١٦م، عدد ٦، ص. ٧٥-١١٦.
- (٣) عبد الهادي الغامدي، القانون التجاري السعودي، ص. ١٥ وما بعدها.
- (٤) أحمد شبيب، مصادر القانون التجاري والأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية، ١٤٣٩هـ، الملحق (١٨٣)، ج/١٥، ص. ٤٩٧-٥٨٨.

حتى تصح المسألة بكل تجلياتها. وأيضاً، فأياً من هذه الدراسات السابقة لم تأخذ بعين الاعتبار قرار الهيئة القضائية رقم (٣) الصادر في ٧ / ١ / ١٣٤٧ هـ، المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤ / ٣ / ١٣٤٧ هـ الذي حدد كتب المذهب الحنبلي باعتبارها مصدراً رسمياً للقضاء في المملكة العربية السعودية، وهو ما لا يسمح بتصنيف أحكام الفقه الإسلامي ضمن طائفة المصادر الاسترشادية أو في مرتبة متساوية مع آراء وأقوال الفقه.

وبالطبع فإن تأصيل المسألة بشكل دقيق يقتضي التنويه بأن ترتيب مصادر القانون التجاري لا يناقش سمو وسيادة وحاكمة الشريعة الإسلامية على الأنظمة التجارية، فالنصوص قطعية الثبوت والدلالة في كتاب الله سبحانه وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تحظى في المملكة العربية السعودية بمكانة دستورية ولا يجوز للأنظمة التجارية أن تخالفها، وهي بذلك تخضع لرقابة المحكمة العليا، ولكن مسألة ترتيب مصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية تُعنى بمسألة إجرائية تدور حول المرجع الأول الذي يجب أن يبحث فيه القاضي لإيجاد الحكم الذي يحكم النزاع. وأما من حيث حاكمية الشريعة الإسلامية فجميع المصادر يجب أن تتصف بصفة الشرعية والنظامية في آن معاً.

تساؤلات الدراسة:

تثير مسألة مصادر النظام التجاري أو مصادر الحكم القضائي في النظام السعودي عدة تساؤلات، وهي كالآتي:

١. ما هي النصوص الدستورية في المعاملات المالية؟

٢. هل تتمتع المصادر الملازمة للكتاب والسنة، وهي الإجماع والقياس، بصفة الدستورية؟
٣. ما هي خصائص الأنظمة التي تشكل المصدر الأول للنظام التجاري؟
٤. ما هي مكانة العرف والمبادئ القضائية وأحكام الفقه الإسلامي من حيث تقدمها أو تأخرها على بعضها البعض؟
- فرضيات الدراسة:**

فرضيات الدراسة تتلخص في الآتي:

١. تنحصر المصادر ذات المكانة الدستورية في آيات القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة والإجماع.
٢. المصادر ذات الصفة الدستورية هي النصوص قطعية الثبوت والدلالة.
٣. لا يعد القياس مصدراً دستورياً للقاضي، بل ينسحب القياس إلى مكانة متأخرة في حال افتقار النزاع إلى نصوص نظامية أو فقهية أو مبادئ قضائية.
٤. الأنظمة التجارية، ومن ثم غيرها من أنظمة المعاملات المالية، تشكل المصدر الأول من مصادر النظام التجاري والمرجع الأول للقاضي في حكمه في النزاع المعروض عليه.
٥. يعد العرف التجاري مصدراً ثانياً بين مصادر النظام التجاري.

٦. القواعد العامة في المعاملات المالية، وهي المستقاة من كتب الفقه الإسلامي، تحتل المركز الثالث بين مصادر النظام التجاري.
٧. تحتل المبادئ القضائية، مركزاً تفضيلاً على غيرها من قواعد المعاملات المالية.

أهمية الدراسة وهدفها:

يحتل البحث أهمية قانونية (نظامية) وعملية تطبيقية في آن معاً. فمن الناحية النظامية، يهدف البحث إلى إيجاد ترتيب واضح ومنطقي يعين الباحث في القانون التجاري، وكذلك القاضي في تتبع الحكم واجب التطبيق في واقعة معينة، ويرسم منهجاً واضحاً في استقاء الحكم بعيداً عن الاجتهاد. فالقاضي موكل بتطبيق النص دون أعمال اجتهاده أو تضييقه إلى أبعد حد لتحقيق وحدة الحكم القضائي والقانون واجب التطبيق، وهو ما يدعم استقرار المعاملات. ومن الناحية العملية، يشير البحث إلى ضرورة إعادة صياغة كتب المذهب الحنبلي المعتمدة للقضاء في المملكة، وترتيبها ترتيباً موضوعياً يسهل على الباحث والقاضي الرجوع إليها فيما يعرض عليه من مسائل، الأمر الذي يزيل الغموض عن جانب مهم في النظام السعودي والتجاري خاصة.

منهج الدراسة وخطتها:

يتبع البحث المنهج الوصفي الاستقرائي بتوضيح ما وقف عليه الباحث من مبادئ وقواعد قانونية، وكذلك منهج تحليلي يناقش ما يطرحه من

فرضيات تمهيداً لاستنباط قاعدة نظامية واضحة ترتب مصادر القانون التجاري بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية. ويستعين الباحث أيضاً بأمثلة تطبيقية تدعم ما توصل له من فرضيات.

وأما خطة البحث فتتناول ثلاثة مباحث، بحسب رؤية الباحث لترتيب مصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية، وهي كالآتي:

المبحث الأول: الأنظمة التجارية.

المبحث الثاني: العرف التجاري.

المبحث الثالث: القواعد العامة في المعاملات المالية.



المبحث الأول الأنظمة التجارية كمصدر أول للنظام التجاري

يُقصد بالمصادر الرسمية النصوص التي يلزم القاضي بالرجوع إليها لحل النزاع المعروض عليه وبالترتيب المقرر لها. فإذا كان النزاع تجارياً، فعلى القاضي الرجوع أولاً إلى نصوص الأنظمة التجارية التي تحكم النزاع، فإن لم يجد فعليه استقاء الحكم من العرف أو القواعد العامة في المعاملات المالية. وفي هذا المقام، يجب توضيح المكانة التي تتمتع بها أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها أحكاماً دستورية ونظامية تتمتع بصفة الحاكمة على الأنظمة السعودية كافة، سواء أكانت تجارية أو غير ذلك، وليست المصدر الأول للقانون التجاري باعتباره فرعاً مستقلاً من فروع النظام. وفي هذا الصدد، يجدر تناول هذا المبحث في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: المكانة الدستورية لأحكام الشريعة الإسلامية:

مصدر الأحكام في الشريعة الإسلامية هي بالدرجة الأولى كتاب الله سبحانه وسنة نبيه محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهي موضع اتفاق بين جميع الفقهاء المسلمين. ويحتل هذان المصدران المرتبة الأولى في أعلى سلم الهرم التشريعي في المملكة العربية السعودية، وقد نص على ذلك المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم بقولها: «المملكة العربية السعودية، دولة عربية إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولغتها هي اللغة العربية، وعاصمتها مدينة الرياض»^(١).

(١) النظام الأساسي للحكم السعودي، صادر بموجب الأمر الملكي رقم (أ/٩٠) بتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ، الموافق ١/٣/١٩٩٢م.

وإذا كان كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هما أول مصادر الأحكام الشرعية، فقد عدَّ جمهور الفقهاء الإجماع والقياس مصدرين ملازمين لهما، ولم يشذ عن هذا إلا نفر يسير من الفقهاء. ويمكن الاصطلاح على تسميتها بالمصادر الأصلية للأحكام الشرعية. وعلى ذلك، لا بد من بعض التفصيل لشرح المكانة الدستورية للنصوص الشرعية الأصلية والنصوص الملازمة لهما.

الفرع الأول: النصوص الشرعية الأصلية:

نصت المادة الأولى من نظام القضاء بأن: «القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في القضاء»^(١)، كما نصت المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية لعام ١٤٣٥ هـ بأن: «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام»^(٢). وفيما يلي نتناول القرآن الكريم قبل السنة النبوية المشرفة.

(١) نظام القضاء السعودي، صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٨)، بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨ هـ، الموافق ١/١٠/٢٠٠٧ م.

(٢) نظام المرافعات الشرعية السعودي، صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ، الموافق ٢٥/١١/٢٠١٣ م.

أولاً: القرآن الكريم:

تضمن القرآن الكريم العديد من الآيات في المعاملات المالية والاقتصادية في مواضيع متعددة، مثل: الإنفاق والكسب والزكاة والصدقات والخراج والفيء والعشور والعقود والتوثيق والإشهاد والضمانات والكفالات والرهونات والإجارة والوكالة، وتضمنت هذه الآيات الأحكام والضوابط التي تُعدُّ بحق من نماذج الإعجاز المالي والاقتصادي^(١). ولم تفرق آيات القرآن الكريم بين المعاملات المالية والمعاملات التجارية، بل جاءت عامة في كافة المعاملات. وهذه الآيات القرآنية حاکمة على الأنظمة والقضاء في المملكة العربية السعودية.

ومن كلام الله سبحانه في مجال المعاملات المالية: قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كُلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٤)، وقوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٥)، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ

(١) حسين شحاته، الإعجاز الاقتصادي في القرآن الكريم في ضوء آيات المعاملات، مجلة الجامعة الإسلامية، عدد ٣٩، ٢٠٠٦م، ص. ١٥٣.

(٢) الآية (٢٨)، سورة النساء.

(٣) الآية (١)، سورة المائدة.

(٤) الآية (٣٥)، سورة الإسراء.

(٥) الآية (٢٧٥)، سورة البقرة.

بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكُتُبُوهُ وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۗ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ ﴿١﴾. ويمكن أن يستفاد من الآية الأخيرة شرعية إيجاد نظام مستقل

خاص بالأنشطة التجارية مستقل عن غيره من الأنظمة في المعاملات المالية.

وتعد آيات القرآن الكريم مبادئ دستورية لا يجوز للأئمة أن تخالفها، بل على الأنظمة أن تكرسها وتدعم تطبيقها العملي في كافة المجالات، وبما يصدره ولي الأمر من أنظمة ولوائح. وتمتاز آيات القرآن الكريم بأنها قطعية الثبوت، ولكنها قد تكون ظنية الدلالة. والذي يحتل منها مكانة دستورية تسمو على الأنظمة ما كان منها قطعي الدلالة، أما ظني الدلالة فلولي الأمر أن يختار ما يترجح دليله بما يحقق مصلحة الدين والناس، وإذا لم يحدد النظام دلالة معينة يكون الأخذ بها واجباً أو معتمداً للقضاء في المملكة، فيجوز للقاضي أن يأخذ بالدلالة المعتمدة في المذهب الحنبلي انسجاماً من قرار الهيئة القضائية، سالف الذكر، رقم (٣) الصادر في ٧ / ١ / ١٣٤٧ هـ.

ثانياً: السنة النبوية المطهرة:

السنة النبوية هي «ما أثر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة خَلْقِيَّةٍ أو خُلُقِيَّةٍ أو سيرة»^(٢)، وتضم عدداً هائلاً من

(١) الآية (٢٨٢)، سورة البقرة

(٢) طاهر الدمشقي، توجيه النظر إلى أصول الأثر، ط ١، المطبعة الجمالية، مصر، ص. ٣؛ عبد الرؤوف المناوي، اليواقيت والدرر في شرح نخبة ابن حجر، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٠ هـ-١٩٩٩ م، ١ / ٢٢٨.

الأحاديث وثروة علمية زاخرة وشاملة في مختلف أبواب المعاملات المالية في عقود المعاوضات كالبيع بأنواعه المختلفة (السلم والصرف والمقايضة والمزايدة وبيوع الأمانة وغيرها)، والإجارة بأنواعها، والوكالة والكفالة والرهن والجعالة والهبة والعارية والصلح. وقد نظمت شروط كل هذه العقود بدقة وعناية، من حيث أركانها وشروط صحتها وآثارها. كما نهت السنة عن بعض البيوع؛ إما لعدم مشروعية العقود عليه، كبيع المضامين وبيع الملاقيح وبيع حبل الحبله وبيع عسب الفحل، وإما لتعلقها بالربا، كبيع العينة وبيع المزبنة وبيع المحاقلة وبيع الكالئ بالكالئ، وإما لتعلقها بالغرر، كبيع الحصاة وبيع الملامسة وبيع المنازلة وبيع الجنين وهو في بطن أمه وبيع الثمار قبل نضجها وبيع المصراة وغيرها. وعلى وجه الخصوص -في إطار المعاملات التجارية- حثت السنة النبوية على الصدق والأمانة والسماحة في البيع والشراء والتجاوز عن المعسرين، ونهت عن البيع على بيع الغير والغش والتغريب والحلف والمماطلة والاستغلال والاحتكار. وفي إطار الشركات، أقرت السنة النبوية الشركة وحكمت بمشروعيتها، وبينت أحكام الشركات، سواء شركة الملك أو شركة العقد بأنواعها كالمفاوضة والعنان والمضاربة.

وكتب السنة التي يرجع إليها القاضي كثيرة أهمها كتب السنة الستة^(١). ومكانة السنة في التشريع أن القاضي قد يستند إلى حديث رسول الله

(١) انظر على وجه الخصوص: همام عبد الرحيم سعيد ومحمد همام عبد الرحيم، موسوعة أحاديث أحكام المعاملات المالية، موسوعة تصنيفية منهجية فقهية لأحاديث المعاملات من كتب السنة الستة، دار الكوثر، الرياض، ط ١، محرم ١٤٣١هـ.

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مباشرة في الحكم القضائي، فيكون الحديث هو السند الشرعي الذي يبنى عليه الحكم. وأيضاً، فمكانة السنة النبوية تنبع من كونها موجهة للمنظم، فتبنى عليها نصوص الأنظمة وتُستمد منها. والسنة النبوية قد تكون قطعية الثبوت والدلالة، فترقى إلى المرتبة الدستورية بحيث لا يجوز للأنظمة مخالفتها. بالمقابل، قد تكون السنة المشرفة ظنية الثبوت أو ظنية الدلالة، وفي هذه الحالة، قد يستقر النظام على الأخذ بأحد الأقوال الفقهية، فيكون هو الحكم الواجب التطبيق ولو كان مرجوحاً، ذلك أنه يجوز لولي الأمر أن يقيد القاضي بمذهب معين لمصلحة يراها، انسجاماً مع قاعدة تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة وانسجاماً مع قاعدة تعارض المصلحة المرسله مع الدليل الظني، ومثال ذلك، التسعير للمصلحة تخصيصاً للنص المانع من التسعير^(١).

الفرع الثاني: النصوص الشرعية الملازمة للكتاب والسنة:

الإجماع والقياس الجلي من المصادر الملازمة للنصوص الشرعية الأصلية، ومع ذلك قدمنا في فرضيات الدراسة أن الإجماع وحده هو الذي يتمتع بمكانة دستورية. فليس للقاضي الاعتماد على القياس أو اللجوء له قبل تلمس الحكم من الأنظمة التجارية. وفيما يلي نوضح ذلك من خلال دراسة الإجماع والقياس لتوضيح معانيهما وحجيتهما.

(١) عارف العلي، مصادر الحكم التجاري، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٦، ٢٠١٦م، ص ٨٤.

أولاً: الإجماع:

الإجماع هو «اتفاق علماء العصر من أمة محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على أمر من أمور الدين»^(١). وقد ظهرت الحاجة للإجماع بعد وفاة الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ واتساع رقعة الدولة الإسلامية، وهي ظاهرة نشأ معها حوادث جديدة لا يوجد لها دليل قاطع أو حلول صريحة في القرآن والسنة، بل يوجد دليل ظني سواء أكان حديثاً أو قياساً، فإذا اجتهدوا وانفقوا على دلالة هذا الدليل الظني، عُدَّ اتفاقهم هذا هو مراد الشارع، فتنتقل دلالة الدليل من الظنية إلى القطعية^(٢).

فركن الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية على حكم شرعي لواقعة معينة، ولكن هذا الإجماع لا يعد مصدراً للتشريع إلا إذا توافرت عدد من الشروط تتعلق بموضوع الإجماع وعصره وسنده وبالمجتهدين الذين يتكون منهم الإجماع وبشروط انقراض العصر. ومن حيث موضوع الإجماع، فيتعلق بحكم شرعي بشأن واقعة محددة، وأما غير ذلك كالإجماع على أمر لغوي أو تاريخي، فليس مصدراً من مصادر

(١) عبد الله بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط ١، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م، ص. ١٣٠-١٣١؛ محمد الغزالي، المستصفي من علم الأصول، شركة المدينة المنورة للطباعة، تحقيق: حمزة حافظ، ٢/٢٩٤.

(٢) محمد الشلبي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م، ص. ٢٤٧-٢٤٨.

الشريعة^(١). ومن حيث عصر الإجماع، فيجب أن يحدث بعد وفاة الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلا يُعتد بالإجماع في حياة الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لأن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في هذا الوقت هو المرجع التشريعي وحده^(٢). وقد وقع الإجماع في عصر الصحابة في مسائل أكثر من أن تحصى^(٣). ومن حيث سند الإجماع، وهو الدليل الذي يعتمد عليه المجتهدون في إجماعهم على الحكم الشرعي، فرأى الجمهور ضرورة استناد الإجماع إلى دليل، ولكن الخلاف حصل في نوع الدليل، فذهب غالبية الفقه إلى أنه لا يشترط أن يكون المستند دليلاً قطعياً، وهو القرآن والسنة، بل يجوز أن يكون دليلاً ظنياً، وهو خبر الواحد والقياس.

وبالنسبة لشروط المجتهدين، فيجب أن يتوافر فيهم عدد من الشروط تتعلق بعددهم وصفاتهم وعلمهم، فلا ينعقد الإجماع إلا بالاتفاق العام من جميع مجتهدي العالم الإسلامي في عهد الحادثة، ولا عبرة بغير المجتهدين^(٤).

(١) انظر، وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج ١، دار الفكر، ط ١، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ٥٣٧.

(٢) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦م، ط ٧، ص ٤٥.

(٣) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ١٩٥٨م، ص ٢٠١.

(٤) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ٤٦. وجاء في إرشاد الفحول للشوكاني: «والإجماع المعتبر في فنون العلم هو إجماع أهل ذلك الفن، العارفين به، دون من عداهم، فالمعتبر في الإجماع في المسائل الفقهية قول جميع الفقهاء، ولو خالف أهل الإجماع واحد لا يعد الإجماع قد انعقد، ولا يقال هذا شاذ، لأنه إذا كان واحداً منهم مرتباً بأصولهم لا يعد شاذاً إذا خالفهم»: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفضيلة، الرياض، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ١/٤١٦-٤١٧. محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة

فإذا لم يوجد في عصر وقوع الحادثة إلا مجتهد واحد، فلا ينعقد فيه شرعاً إجماع^(١)، وهذا فرض بعيد الحصول، فلم يخل عصر من عدد من المجتهدين^(٢). ويشترط في المجتهد أن يكون عالماً بأمور ثلاثة، وهي العلم بالقرآن ومعانيه لغةً وشرعاً، والعلم بالسنة، سندها ومنتها^(٣)، والعلم بمسائل الإجماع التي سبق الإجماع عليها، وذلك حتى لا يفتي بخلاف ما وقع الإجماع عليه سابقاً، لأن الإجماع حجة قطعية لا يجوز مخالفته. كما يفترض في المجتهد أن يكون عالماً بعلم أصول الفقه وملماً بعلوم اللغة، كالنحو والصرف والمعاني والبيان وفقه اللغة، ولا يشترط التبحر بل يكفي معرفة الضروري اللازم للفهم السديد.

فإذا اتفق جميع مجتهدي المسلمين، على اختلاف بلادهم وأجناسهم وطوائفهم، على حكم شرعي بشأن واقعة عرضت عليهم، كان هذا الحكم المتفق عليه قانوناً شرعياً واجباً اتباعه، وليس للمجتهدين في عصر تالٍ أن يحملوا هذه الواقعة موضع الاجتهاد، لأن الحكم الثابت فيها بهذا الإجماع حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا لنسخه^(٤).

أصول الفقه على روضة الناظر، دار علم الفوائد، ط ١، ١٤٢٦هـ، ص. ٢٣٥-٢٣٦: وقال ابن جرير الطبري وأبو بكر الرازي: لا عبرة بمخالفة الواحد والاثنين، فلا تقدر مخالفتهما في الإجماع.

(١) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص. ٤٥.

(٢) انظر: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج ١، دار الفكر، ط ١، ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م، ص. ٤٩٢.

(٣) ومعرفة السند تكون بدراسة علم رجال الحديث، ومعرفة المتن تتحقق بالتعرف على معانيه اللغوية والشرعية.

(٤) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص. ٤٦.

ثانياً: القياس:

القياس هو إلحاق واقعة لم يرد بشأنها حكم شرعي بواقعة أخرى ورد بشأنها حكم شرعي لاشتراك الواقعتين في علة هذا الحكم^(١)، وأركان القياس أربعة، وهي: الأصل (المقيس عليه)، والفرع (المقيس)، والحكم الشرعي للأصل، والعلة^(٢):

١. الأصل (المقيس عليه)، هو الواقعة التي ورد بشأنها حكم شرعي.
٢. الفرع، (المقيس)، وهو الواقعة التي لم يرد بشأنها حكم شرعي ويراد تسوية حكمها بحكم الأصل.
٣. الحكم الشرعي للأصل وهو ما يراد أن يكون نفس حكم الفرع.
٤. العلة، وهي الوصف أو السبب الذي بني عليه حكم الأصل، ومتحققة في الفرع. ويشترط في العلة أن تكون ظاهرة ومنضبطة بنفسها لا خفية أو مضطربة، ويشترط في العلة أيضاً أن تكون واحدة، من جميع الوجوه، في المقيس والمقيس عليه.

ومثال القياس إلحاق حكم الموصى له الذي قتل الموصي بحكم الوارث الذي قتل مورثه، فالأصل، أن قتل الوارث لمورثه يجرمه الميراث لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يرث القاتل))، والعلة هي استعجال الشيء قبل أوانه.

(١) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص. ٥٢.

(٢) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص. ٥٨-٦٢.

ولما تحققت نفس العلة في الموصى له إذا أقدم على نفس الفعل، فإنه يعاقب كذلك بحرمانه من الميراث.

ولكن يثور التساؤل هنا عن حجية القياس في وجود النص النظامي؟ والصحيح أنه لا يجوز للقاضي اللجوء إلى القياس في وجود النص النظامي الذي يحكم المسألة المعروضة على القضاء، ذلك أن النص النظامي يمثل اجتهاداً من قبل المنظم، وهو أولى من اجتهاد القاضي بالتطبيق. وأيضاً إذا وجد عرف تجاري فيكون المعتبر هو العرف، ويكون القياس في مرتبة متأخرة بعد استنفاد البحث في المبادئ القضائية ونصوص الفقه الإسلامي.

وبهذا نخلص إلى القول بأن مبادئ الشريعة الإسلامية، المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع، تشكل مبادئ دستورية يجب احترامها كمبدأ إلزامية العقود الذي نصت عليها الآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، ومبدأ العدل بين الناس الذي نصت عليه الآية الكريمة: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٢). ومن أهم المبادئ العامة المستمدة من السنة الشريفة مبدأ عدم جواز الإضرار بالغير الذي نص عليه الحديث الشريف: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٣)، ومبدأ

(١) الآية (١)، سورة المائدة.

(٢) الآية (٨٧)، سورة النساء.

(٣) رواه مالك مرسلاً ورواه الدارقطني وجماعة من وجوه متصللاً، وهو حديث حسن. النووي، بستان العارفين، دار البشائر الإسلامية، بيروت، تحقيق: محمد الحجار، ط ٦، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ٦٨.

حسن النية الوارد في الحديث الشريف: ((إنما الأعمال بالنيات))^(١)، ومبدأ صحة الشروط في العقد استناداً إلى الحديث الشريف: ((المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً))^(٢).

وأما النصوص الشرعية التي ليست قطعية الثبوت أو ليست قطعية الدلالة، وهي التي يحصل الاختلاف بشأنها بين المذاهب، فيكون الحكم فيها للأنظمة السعودية، فهي تضع الأحكام التي تتلاءم مع المصلحة وتصدر عن ولي الأمر^(٣). وبهذا تتضح المكانة التي تتمتع بها أحكام الشريعة الإسلامية في النظام التجاري السعودي. فأما النصوص قطعية الثبوت والدلالة فهي ذات مكانة دستورية بالنسبة لجميع الأنظمة السعودية، وتتمتع بصفة الحاكمة عليها بحيث يكون نص النظام المخالف لها مشوباً بعيب عدم الدستورية. وبهذا يجب التفريق بين أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها أصلاً دستورياً لجميع الأنظمة، وبين مصادر القانون التجاري باعتباره فرعاً مستقلاً من فروع النظام. فيكون المصدر الأول للنظام التجاري السعودي هي الأنظمة التجارية الشرعية انسجاماً مع اعتباره فرعاً مستقلاً. وهو ما سنتناوله في فيما يلي.

(١) متفق على صحته، مروى عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، ورواه الإمام البخاري رَحِمَهُ اللَّهُ فِي صَحِيحِهِ فِي سَبْعَةِ مَوَاضِعٍ. انظر: النووي، بستان العافين، مرجع سابق، ص. ٣٨، ٣٩، ٤٩.

(٢) رواه الترمذي، رقم (١٣٥٢)، باب ما ذكر عن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الصلح بين الناس، وقال هذا حديث حسن صحيح وصححه الألباني. انظر: الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٩٦م، ٣/٢٨.

(٣) في هذا الصدد، انظر: أحمد العنقري، تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان، ورقة مقدمة للقاء العلمي الذي تنظمه الجمعية الفقهية السعودية، مساء يوم الثلاثاء

٢٨ / ١٢ / ١٤٣٣هـ. <https://alfiqhia.org.sa/files/s/46>

المطلب الثاني: شرعية الأنظمة التجارية:

تعد نصوص نظام المحكمة التجارية رقم (٣٢) لسنة ١٣٥٠هـ، وغيره من الأنظمة التجارية أو الأنظمة المعدلة أو المكملة لها، المصدر الرسمي الأول للنظام التجاري، حيث يتعين على القاضي الرجوع إليها لتحديد القاعدة المناسبة، وتطبيقها في النزاع المعروض عليه. كما تعد اللوائح التنفيذية والتنظيمية والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، كالقرارات واللوائح الخاصة بتحديد الأسعار وتنظيم السجل التجاري وغيرها من القرارات واللوائح التي تقوم بدور كبير في تنظيم النشاط التجاري، تعد من قواعد النظام التجاري، بوصفها قواعد نظامية فرعية ملزمة للأشخاص المخاطبين بها وواجبة التطبيق، والملاحظ تزايد أهمية اللوائح والقرارات بسبب اتساع نشاط الدولة وتدخلها في الكثير من مجالات النشاط التجاري^(١).

ولكي يكون تطبيقها ممكناً في النزاع المعروض على القضاء، يشترط في الأنظمة، وما يتفرع عنها من لوائح تنفيذية أو تنظيمية، ألا تخالف النصوص الشرعية الأصلية المتمثلة في كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والإجماع. فالأنظمة التجارية ما هي إلا أنظمة شرعية تستند في حقيقتها إلى مصادر الفقه الإسلامي الثنوية، من استحسان ومصالح مرسلة وسد للذرائع واستصحاب وغيرها، أو هي تقنين للأعراف غير المخالفة للشرعية الإسلامية، فإذا ادعى أحد الأطراف في الدعوى عدم شرعية أحد نصوص

(١) عزيز العكيلى، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ١، دار الثقافة، عمّان-الأردن، ط ١، ٢٠٠٨م، ص ٥٠.

الأنظمة أو الحكم القضائي فله أن يعترض على الحكم بالاستئناف، فإذا أيدت الحكم فله الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

وفي هذا الإطار نصت المادة (١١) من نظام القضاء على أن: «تتولى المحكمة العليا -بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية- مراقبة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام». ولها أيضاً: «مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف،...، وذلك دون أن تتناول وقائع القضايا، متى كان محل الاعتراض على الحكم... مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها»^(١). وفي نفس المعنى، نصت المادة (١٩٣) من نظام المرافعات الشرعية بأن للمحكوم عليه الاعتراض بطلب النقض أمام المحكمة العليا على الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، متى كان محل الاعتراض على الحكم... مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها»^(٢).

ولكن كيف للقاضي أن يقرر تعارض النظام مع أحكام الشريعة الإسلامية؟ قد ينصرف الذهن إلى القول، بحسب قرار الهيئة القضائية رقم

(١) نظام القضاء السعودي، صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، الموافق ١/١٠/٢٠٠٧م.

(٢) نظام المرافعات الشرعية السعودي، صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، الموافق ٢٥/١١/٢٠١٣م.

(٣) في ٧ / ١ / ١٣٤٧هـ، بأن تقرير مدى تعارض نص النظام مع أحكام الشريعة الإسلامية، يكون بتقيد القاضي بالمتنهي أولاً ثم بالإقناع. وهذا الأمر قد يكون محل خلاف، ولتوضيح هذه المسألة فإننا نورد بعض الأمثلة:

- فرهن الدين^(١) جائر في النظام السعودي بالرغم من عدم جوازه في المذهب الحنبلي^(٢). كما ظهرت تطبيقات معاصرة لرهن الدين لم ينكرها

(١) رهن الدين هو أحد أنواع الرهن الحيازي، ويعرف بأنه: «وضع المدين دينه الذي في ذمة مدينه كضمان لحق دائئه» (يوسف عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الميسرة، عمّان-الأردن، ط ١، ٢٠١١م، ص. ٣٢٣)، أو هو «رهن الالتزام أو الحق الشخصي، وهو حوالة لهذا الحق على سبيل الرهن بحيث لا ينشأ حقاً عينياً للدائن» (سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٨م، ص. ٢٧٤). وقد نفى هذا التعريف أن يكون رهن الدين حقاً عينياً، بل قال إنه حوالة حق. ويعرف رهن الدين أيضاً بأنه: «عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن المرتهن سند دين له، والمقابل يكون للدائن المرتهن حق حبس السند وتتبعه لحين استيفاء دينه والتقدم على سائر الدائنين العاديين»، وهذا يعني أن رهن الدين عقد يترتب عليه تسليم سند الدين للدائن المرتهن وتمكن هذا الأخير من حبس السند ضماناً لاستيفاء دينه.

(٢) وبالنسبة لمشروعية الرهن، فقد اختلف الفقه الإسلامي في ذلك، وقسموا رهن الدين إلى قسمين، رهن الدين ممن عليه الدين، ورهن الدين من غير من عليه الدين، فأما القسم الأول، فمثاله أن يكون لشخص دين في ذمة آخر، فيشتري منه شيئاً بثمن مؤجل، ويرهن الدين لدى مدينه لضمان ثمن المبيع. وقد قال بعض الحنفية والشافعية وأحمد في رواية عنه بعدم جوازه، لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض ولا يجوز أن يكون المرهون إلا عيناً ولا يمكن نقل حيازة الدين ولا يملك لقوله سبحانه: ﴿فَرِهَنْنُ مَقْبُوضَةً﴾. وأما القسم الثاني، فقال الحنفية في مذهب والشافعية في الأصح والحنابلة في المشهور في المذهب إلى عدم جوازه؛ لأنه غير مقدور على تسليمه، أي أن المدين بالعين المرهون قد لا يوفي بالدين أو بعضه وأيضاً فإنه لا يمكن نقل حيازته، فالمرهون لا يمكن أن يكون إلا عيناً. وقد جاء في منتهى الإرادات أن الرهن توثقة دين بعين، =

المنظم السعودي بل قننها أحياناً، كما في رهن الأوراق التجارية^(١)، أو لم يمنعها كما في رهن ودائع الحساب الجاري.

- ومثال آخر، وإن لم يتعلق بالأنظمة التجارية مباشرة، فإنه يصلح لصحة الفرضية التي نؤيدها، يتعلق بالأمر السامي رقم (٢١٦٧٩) وتاريخ ٩/١١/١٣٨٧هـ بمنع إحياء الأرض الموات بعد هذا التاريخ^(٢). ففي المذهب الحنبلي لا يجوز للإمام تقييد إحياء الموات^(٣) بالنظر إلى حديث الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن جابر: ((من أحيأ أرضاً ميتة فهي له))^(٤). ومع ذلك، فالنظام جاء موافقاً للمذهب الحنفي الذي يجيز للإمام ذلك رعاية للمصلحة العامة^(٥)، فهل يجوز الطعن بعدم دستورية النظام لمخالفته السنة أو لما جاء في كتب المذهب الحنبلي بعدم جواز تقييدها من قبل الإمام؟

- = يمكن أخذه أو بعضه منها أو ثمنها. والمهون عين معلومة جعلت وثيقة بحق يمكن استيفاءه أو بعضه منها أو ثمنها: شرح منتهى الإرادات، ٣/٣٣٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م. كشاف القناع، ٣/٣٢١، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م. المبدع، ٤/١٠١، دار عالم الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- (١) انظر: المادة (١٩) من نظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٧) بتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣هـ.
- (٢) انظر: التعميم رقم (١٢/٦٠/ت) في ١/٥/١٤٠٢هـ، التصنيف (١/١٩٥-١٩٦).
- (٣) كشاف القناع، ٤/١٨٦. المغني والشرح الكبير، ٦/١٥١، الإنصاف، ٦/٣٥٨. إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن الإمام لعموم الأخبار، الكافي لابن قدامة، ٢/٢٤٣. ولا يفتقر إلى إذن الإمام للخبر ولأنه تملك مباح فلم يفتقر إلى إذن كالصيد.
- (٤) رواه الإمام أحمد في المسند، ج ٣، ص ٣٠٤، والترمذي وأبو داود، ج ٣، ص ١٧٨.
- (٥) انظر: محمد السبحي، إحياء الأرض الموات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق، جامعة طنطا، القانون والاستثمار، ٢٠١٥م.

والإجابة على ذلك تكون بالنفي، فكما أنه يجوز للقاضي أن يحكم بموجب مذهب آخر مع تبرير ذلك، فإنه يجوز للمنظم السعودي أن يأخذ حين إصدار النظام بأقوال أحد المذاهب دون غيرها، وذلك بثبوت صلاحيته وملاءمته لظروف الحال والمكان والزمان. وبهذا فإن النظام الصادر عن ولي الأمر يكون في مرتبة أعلى مما جاء في كتب المذهب الحنبلي، لأنه يعبر عن موقف المنظم السعودي المختار من أقوال الفقهاء دون التقييد بمذهب معين.

- ومثال آخر يتعلق بنص المادة (٢/٦٠) من نظام الأوراق التجارية التي تنص في حالة رجوع الحامل قبل ميعاد الاستحقاق بأنه: «يجب أن يستنزل من قيمتها ما يساوي سعر الخصم الرسمي في تاريخ الرجوع بالمكان الذي يقع فيه موطن الحامل». ويؤيد بعض الفقه أن هذا الحكم باعتباره منطقياً؛ لأن الحامل يحصل على قيمة الكمبيالة قبل تاريخ الاستحقاق، ويفترض أن المبلغ المحدد في الكمبيالة قد أضيف إليه جزء يقابل الأجل الذي حدده الساحب كتاريخ استحقاق في الكمبيالة^(١). غير أن جانباً آخر من الفقه يرى أن سعر الخصم في حكم الربا، فلا يجوز خصمه لتعارضه مع قواعد الشريعة ونظام الحكم في المملكة^(٢). فلا يجوز حسم الأوراق التجارية، وهو

(١) عبد الرحمن قرمان، الأوراق التجارية وإجراءات الإفلاس، دار الإفادة، ط ٢، الرياض، ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م، ص ١٦٦.

(٢) محمد المقبل، الامتناع عن الوفاء بالأوراق التجارية في الفقه والنظام، رسالة دكتوراه في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٦-١٤٢٧هـ، ص ٣٢٥. أيضاً قرار مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، المؤتمر السابع، جدة، المملكة العربية السعودية، ٧-١٢، ذو القعدة ١٤١٢هـ، الموافق ٩-١٤ مايو ١٩٩٢م: «أن حسم (خصم) الأوراق التجارية غير جائز شرعاً؛ لأنه يؤول إلى ربا النسبئة المحرم».

مقتضى المذاهب الفقهية الأربعة^(١). ومن ثم، فلا وجهة للرأي الأول الأمر الذي يقتضي إعادة النظر في شرعية المادة (٢ / ٦٠) سالفه الذكر.

فكما قدمنا فإنه يشترط في الأنظمة ألا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة، وهي التي تشكل دستوراً للمملكة العربية السعودية. ولكن ما اختلف فيه الفقهاء، وبشرط أن يكون خلافاً معتبراً، فلولي الأمر أن يختار منه ما يلائم الحياة الاقتصادية والاجتماعية وطبقاً للأعراف السائدة.

ولأن النصوص الشرعية لا تحتوي عادة على قواعد خاصة في المعاملات التجارية، فتعد الأنظمة التجارية بمثابة النص الخاص المقدم على العام. وكذلك، فإن مصادر الشريعة الإسلامية الأصلية قد تجيز أحد الشروط التعاقدية، ولكن النظام التجاري قد يفرض نصاً آمراً لا يسمح بمخالفته ضمناً للاستقرار المعاملات أو رعاية لحق ما، ومثال ذلك أن المذهب الحنبلي يجيز للبائع اشتراط البراءة من العيب الذي لا يعلمه، ولكن المنظم قد يمنع ذلك بالنسبة للشركات الكبرى التي تبيع السيارات الجديدة مثلاً. فللمنظم أن يعد الشرط لاغياً، أي كأن لم يكن، حتى لا تتعسف هذه الشركات في فرض ما تريد من شروط منافية لمقتضى العقد. فالأنظمة السعودية لا يمكن

= وهو ما أكده المجمع في القرار رقم ٩٢ (١١ / ٤) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في دولة البحرين من ٢٥ - ٣٠ رجب ١٤١٩ هـ الموافق ١٤ - ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ م: «أنه لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا».

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١ / ١١ - ٨٠).

لها أن تخالف قواعد الشريعة الأصلية الآمرة، أي التي لا يجوز مخالفتها، ولكنها تستطيع أن تخالف القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين رعاية لحقوق الطرف الضعيف في العقد ومنعاً من التعسف.



المبحث الثاني

العرف التجاري كمصدر ثان للنظام التجاري

يُقصد بالعرف مجموعة القواعد التي درج التجار على اتباعها في تنظيم معاملاتهم التجارية مع شعورهم بإلزامها وضرورة تطبيق أحكامها^(١). وعلى القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف السائد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف^(٢)، فإذا لم يوجد حل النزاع في الأنظمة السعودية، فيكون العرف هو المصدر الثاني، لأنه بمثابة قاعدة مكملة في المعاملات المالية. وفيما يلي ندرس أولاً مفهوم العرف قبل دراسة ترتيبه بين مصادر التشريع.

المطلب الأول: مفهوم العرف التجاري:

دراسة العرف كمصدر ثان للقانون التجاري تقتضي أولاً بيان بعض الأحكام القانونية والفقهية الخاصة بالعرف قبل تناول حجتيه.

(١) انظر: محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص. ٢٦؛ رحاب داخلي، القانون التجاري السعودي، مصر، الجزيرة، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٥م، ص. ٣٦.

(٢) كما ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام، فالعرف العام هو ما كان سائداً في كل أرجاء الدولة أو على نطاق دولي. أما العرف المحلي فهو ما كان خاصاً ببلد معين، أي متبعاً في مدينة أو منطقة معينة، فإذا كان العرف خاصاً ببلد معين دون غيره فيسري حكمه على ذلك البلد. وأما العرف الخاص فهو ما تعارف عليه طائفة معينة من التجار تعمل في إطار مهنة تجارية معينة أو نوع معين من التجارة، كتجارة الحبوب أو الحديد مثلاً.

الفرع الأول: الأحكام النظامية والفقهية للعرف:

يخضع العرف كمصدر لحكم القاضي إلى عدد من الأحكام النظامية التي يجب مراعاتها. وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن العرف يشكل أحد مصادر الأحكام في الفقه الإسلامي، كما أن مبادئ الشريعة الإسلامية - في معرض تناولها لقواعد تفسير العقود- تدل على أهمية العرف في تنظيم المعاملات التجارية، ومنها قاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، وقاعدة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»، وقاعدة «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»^(١).

والعرف ينشأ تدريجياً، فيبدأ كشروط تدرج في اتفاقات التجار، سواء أتلقت هذه الشروط بأمر مادي كطريقة حزم السلع أو نقلها، أم بأمر قانوني، كتحديد آجال خاصة لتنفيذ الالتزامات التجارية، ثم يستمر التجار في النص على هذه الشروط في اتفاقاتهم حتى تصبح عادات تقليدية، ثم تصير مفهومة ضمناً دون حاجة إلى النص عليها، وعندئذ يقال إنها أصبحت عرفاً^(٢). ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً وثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام الشريعة أو النظام العام أو الآداب^(٣).

ويثير تطبيق العرف وإثباته بعض الصعوبات، فالقاعدة العرفية تملك كل مميزات القاعدة النظامية؛ مما يجعل القاضي ملزماً بتطبيقها من تلقاء نفسه.

- (١) انظر أيضاً: المواد (٢٢٤ - ٢٢٦)، من القانون المدني الأردني.
- (٢) محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، ج ١، القاهرة، ١٩٦٧م، ص ٢٩.
- (٣) انظر: عادل الشمري، العرف التجاري: الاستناد إليه وإثباته وفقاً لنظام المحاكم التجارية السعودي، مجلة قضاء، عدد ٢١، ٢٠٢٠م، ص ٣٠-٣١.

حتى ولو لم يطلب الخصوم تطبيقها أو كانوا يجهلون وجودها^(١). ولكن من الصعب في كثير من الأحيان القول بوجود العرف أو بعدم وجوده، لأن معرفة القاضي بالعرف، وهو عبارة عن قواعد غير مدونة، لا يمكن أن يكون مثل علمه بالتشريع المدون ضمن نصوص محددة. فعلى خلاف القاعدة النظامية، التي يُفترض بالقاضي العلم بها، فعلم القاضي بالقاعدة العرفية غير مفترض، وبالتالي، إذا لم يستند إليها القاضي من تلقاء نفسه، وأراد أحد الأطراف أن يستند إليها في النزاع، فإن عبء إثباتها يقع على من يطلب تطبيقها، وله أن يسلك في سبيل ذلك كافة طرق الإثبات، ومنها تقديم شهادات مكتوبة من الغرف التجارية أو بطلب الاستعانة بذوي الخبرة أو بالحصول على أمر من القاضي، المعروض عليه النزاع، موجه إلى الجهة الحكومية لإلزامها بتقديم ما لديها من معلومات عن العرف تفيد الدعوى^(٢). وهو ما يؤكد نص المادة (١٦١) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية لعام ١٤٤١ هـ لقولها: «تستند المحكمة إلى العرف التجاري المستقر، ولها عند الطعن به أن تستعين بمن تراه لإثبات وجوده من عدمه»^(٣).

ومن حيث رقابة المحكمة العليا على تطبيق العرف، فيذهب البعض إلى أنه لا يخضع لرقابتها، فمن جهة، لا يعد العرف نظاماً أو قانوناً حتى

(١) عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ١، مرجع سابق، ص ٥٣.
 (٢) عادل الشمري، العرف التجاري: الاستناد إليه وإثباته وفقاً لنظام المحاكم التجارية السعودي، مجلة قضاء، مرجع سابق، ص ٥٠ وما بعدها. لكن هذه الشهادات ليس لها قيمة مطلقة بل يستأنس بها القاضي فقط. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٥٣.
 (٣) اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية، الصادرة بالقرار رقم (٨٣٤٤) وتاريخ ٢٦/١٠/١٤٤١ هـ.

يكون خاضعاً لرقابتها، ومن جهة أخرى، إن تدخل المحكمة العليا في شأن العرف يؤدي حتماً إلى تثبيته وتوحيده، مع أنه من الخير أن يترك العرف ليتغير بتغير مقتضيات الزمان والمكان. كما أن مهمة المحكمة العليا هي الإشراف على حسن تطبيق أحكام النظام المكتوب وتوحيده، بينما يعد التحقق من وجود العرف وتفسيره مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا شأن للمحكمة العليا بها^(١). وعلى العكس من ذلك، يذهب الرأي الراجح إلى عدم اعتبار القاعدة العرفية واقعة مادية، بل قاعدة نظامية، بحيث يتعين على المحكمة العليا - وهي المكلفة بالرقابة على صحة تطبيق وتفسير الأنظمة - التثبت من وجودها وصحة تطبيقها^(٢).

الفرع الثاني: حجية العرف التجاري:

من المعلوم أن للقواعد العرفية مكانة خاصة في المسائل التجارية، ذلك أن الغالبية العظمى من قواعد القانون التجاري نشأت كعادات وأعراف متبعة بين التجار، واستمرت تحكم التعامل التجاري ردحاً طويلاً، حتى دُونت في نصوص تشريعية. وبتحول أغلب الأعراف إلى قواعد تشريعية ضاقت دائرة العرف. إلا أن العرف ما يزال يقوم بدور مهم في المسائل التجارية يفوق دوره في المسائل المدنية؛ وذلك يرجع إلى قلة النصوص في

(١) عبد الله الخشروم، القوة الإلزامية للعرف التجاري، مرجع سابق، ص. ١٨. أكثم الخولي، القانون التجاري، القاهرة، ط ١، ١٩٦٤م، ص. ٧٠.

(٢) سليمان مرقس، موجز المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٥٣م، ص. ٣٢٢. عزيز العكيلى، مرجع سابق، ص. ٥٤. رغد الطائي، إشكالية تطبيق العرف التجاري، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة الكوفة، عدد ١٢، ٢٠٠٩م، ص. ٢٠٠.

المسائل التجارية، وعجزها عن ملاحقة التجارة وحاجاتها^(١). وفي هذا الصدد، نصت المادة (٥٧) من نظام المحاكم التجارية السعودي على أنه: «فيما لم يرد فيه نص خاص، أو اتفاق بين الأطراف على غيره؛ يجوز الاستناد إلى العرف التجاري، أو العادة بين الأطراف. وعلى من يتمسك بالعرف أو العادة أن يثبت وجودهما». وبهذا جاء النص صريحاً بأن العرف التجاري يحتل المركز الثاني في مصادر النظام التجاري الرسمية بعد الأنظمة مباشرة. ويمكن تقسيم العرف إلى ثلاثة أنواع، وهي العرف المحال إليه نصاً (Sucundum legem) والعرف المكمل (Praeter legem) والعرف المخالف للنص (Contra legem). فإذا أحال النص الشرعي أو النظامي إلى العرف مباشرة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٣١) من نظام المحكمة التجارية بقولها: «يتبع، فيما للدلال من الحقوق وفيما عليه من الواجبات وفيما يستحقه من الأجر، العرف المطرد والعادة». وأيضاً نصت المادة (١٢٦) من النظام البحري التجاري لعام ١٤٤٠هـ بأنه: «يلتزم صاحب العمل بأداء أجور البحارة في الزمان والمكان المحددين في العقد، أو اللذين يقضي بهما العرف البحري». ففي هذه الحالات فإن الاستناد إلى العرف يستمد قوته من الشرع أو النظام نفسه، ولا شك في حجية الاستناد إليه.

ويجدر التذكير بأن أحكام الشريعة الإسلامية قد تحيل إلى العرف، ويرى ولي الأمر أن يضبط المسألة بنص نظامي تجنباً للنزاع، فالأمر برأينا جائز ويدخل في باب السياسة الشرعية، ومثال ذلك: أن يتعارف الناس صيغة

(١) عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص. ٥١.

معينة في التراضي كالمعاطاة أو صيغة قولية، فتنشأ كثير من المنازعات، ثم يتدخل النظام ليشترط إبرام العقد بالكتابة تحت طائلة البطلان. وأما إذا لم يوجد نص خاص، فيلعب العرف دوراً مكماً باعتبارها قاعدة واجب الحكم بها ولو لم يعلم بها أطراف الدعوى، وهذا الأمر أصبح مسلماً به في الوقت الحاضر سنداً للمادة (٥٧) من نظام المحاكم التجارية السعودي لعام ١٤٤١هـ. وفي هذه الحالة لا يمكن أن ينشأ تعارض بين العرف والنص الشرعي أو النظامي، ذلك أن هذه النصوص تفتقر أصلاً إلى نص يحكم المسألة. وأما العرف المخالف لنصوص الشرع أو النظام فلا شك في عدم حجتيه إذا خالف النصوص الآمرة، كتعارف الناس على التسامح في نسبة قليلة من الربا أو تعارف التجار على تسويق سلع مغشوشة. فالنصوص الآمرة، وهي التي لا يميز النظام الاتفاق على مخالفتها، تمس المصلحة العامة واستقرار المعاملات في المجتمع أو حماية الطرف الضعيف. ومع ذلك، فمكانة العرف تثير الخلاف في عدد من المسائل ينبغي تدارسها.

المطلب الثاني: ترتيب العرف بين مصادر النظام التجاري:

يثير ترتيب العرف الخلاف في مسألتين، وهما: من جهة، تعارضه مع النصوص التجارية المفسرة أو المكملة، ومن جهة أخرى، تعارضه مع نصوص الأنظمة غير التجارية.

الفرع الأول: العرف ونصوص الأنظمة التجارية المفسرة:

يجمع الفقه على عدم جواز مخالفة العرف لنصوص الأنظمة التجارية الآمرة، ولكن ينبري التساؤل عن قوة العرف التجاري في مواجهة نصوص الأنظمة التجارية المفسرة أو المكملة، وهي التي تسري على أطراف العلاقة ما لم يتفقوا على خلافها. والرأي الأول يذهب إلى أن العرف أولى بالتطبيق؛ لأن كلاً من العرف والنص المفسر يستند إلى أساس واحد، إذ يعد العرف في حكم الاتفاق الضمني الذي يستند إلى إرادة الجماعة، في حين يستمد النص المفسر قوته من افتراض انصراف نية المتعاقدين إلى الأخذ بحكمه، غير أن العرف أكثر صراحة وأقرب إلى التعبير الصحيح عن إرادة المتعاقدين^(١).

ولكن الذي نراه أن النص المفسر أو المكمل أولى بالتطبيق من العرف، فالمنظم لم يضع القاعدة المكملة عبثاً، وإنما لاستقرار التعامل بها. وكذلك من المتفق عليه أن القاعدة المكملة تصبح آمرة ما لم يُتفق على خلافها، وهذا يعني أن مجرد عدم الاتفاق على خلافها يحيلها إلى قاعدة آمرة، ولا يمكن القول بأن الأطراف أَرادوا ضمناً أعمال العرف. ولإثبات ذلك يمكن طرح المثال المتعلق بنسبة الدّلال. فإذا نص النظام على أن نسبة الدّلال تكون ربع العشر من قيمة الصفقة ما لم يتفق الأطراف على خلافها، وجرى العرف في منطقة معينة على أن النسبة تكون نصف العشر، وإذا ما تمسك أحد أطراف العلاقة بالنص النظامي المفسر وتمسك الدّلال بالعرف، فما هي النسبة التي

(١) محسن شفيق، الموجز، مرجع سابق، ص. ٢٣. - عزيز العكيلي، الوسيط، مرجع سابق، ص. ٥٤.

سيحكم بها القاضي؟ الصحيح أنه يصار إلى العرف في حال عدم وجود نص في الأنظمة التجارية، ولكن إذا تدخل المنظم ليحدد نسبة معينة تكون هي السارية في حالة عدم الاتفاق على خلافها، فهذا يدل على رغبة المنظم في حسم الخلاف والمنازعات في هذه المسألة بنص نظامي وإقصاء العرف - في نفس الوقت - عن حكمها، الأمر الذي يؤدي إلى استقرار المعاملات وتوحيد الأحكام القضائية، خصوصاً وأن العرف قد يجري على نسب مختلفة من مدينة لأخرى. ويمكن أيضاً الاستشهاد بنص المادة (٣٨) من نظام الشركات لعام ١٤٤٣هـ، حيث نصت بشأن شركة التضامن على أنه: «إذا كان القرار متعلقاً بتعديل عقد تأسيس الشركة، فيجب أن يصدر بإجماع الشركاء، ما لم ينص في عقد التأسيس على غير ذلك»^(١). فقاعدة التعديل بالإجماع قاعدة مفسرة ويمكن الاتفاق على خلافها. وعلى العكس من ذلك، إذا لم يتفق على خلافها، وجرى العرف على أن التعديل يكون بأغلبية ثلاثة أرباع، فإنه لا يجوز إعمال العرف، ولا يمكن القول بأن العرف بمثابة اتفاق ضمني.

والحقيقة أن العرف قد يكون سابقاً على القاعدة النظامية المفسرة، وقد يكون لاحقاً لها. فإذا نشأ العرف في وقت سابق على القاعدة النظامية المفسرة، فهذا يدل على رغبة المنظم في إقصاء العرف وحكم المسألة بقاعدة نظامية ثابتة، بل وتعد القاعدة النظامية بمثابة النص اللاحق الذي ينسخ النص السابق، باعتبار أن القاعدتين من مصادر النظام التجاري الرسمية،

(١) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ، الموافق ٢٠٢٢/٦/٣٠م.

بل يمكن القول بأن القاعدة النظامية ولو كانت مفسرة، بتعارضها مع العرف تعبر عن رغبة المنظم في التضييق من دائرة العرف. وأما إذا نشأ العرف في وقت لاحق على النظام، فهو عرف مخالف للنظام. فليس أمام الأطراف الذين يريدون استبعاد قاعدة مفسرة إلا الاتفاق على خلافها^(١).

الفرع الثاني: العرف ونصوص أنظمة المعاملات المالية:

الأنظمة التي تعنى بالمعاملات المالية أو ما تسمى عموماً بالأنظمة الاقتصادية قد تحتوي نصوصاً أمرة، وقد تحتوي نصوصاً مفسرة ومكملة لإرادة المتعاقدين، ومن ثم يثور التساؤل عن مكانة العرف التجاري في مواجهة هذه النصوص. ويبدو أن المادة (٥٧) من نظام المحاكم التجارية لعام ١٤٤١هـ قادرة على تقديم مفاتيح الحل، حيث إنها ابتدأت بالقول: «فيما لم يرد فيه نص خاص، أو اتفاق بين الأطراف على غيره، يجوز الاستناد إلى العرف التجاري». ومصطلح «نص خاص» لا يقيد القاضي بالنصوص التجارية، بل يشمل كل نص خاص، سواء أكان وارداً في نظام تجاري أو غير تجاري.

وقد يذهب البعض إلى تبني تفسير موسع لمصطلح «نص خاص»، فيقول بأنه على الرغم من أن ظاهر النص لا يفرق بين نصوص الأنظمة التجارية وغير التجارية، إلا أن التفسير الصحيح لهذا النص هو أن يقتصر

(١) في نفس المعنى: أحمد البسام، مبادئ القانون التجاري، ج ١، بغداد، ١٩٦١م، ص. ٣٠. العرف التجاري لا يمكن أن يتخطى نصوص القانون التجاري، سواء أكانت هذه النصوص أمرة أو مفسرة، لأن التنظيم الدستوري في أغلب الدول الحديثة لا يعترف بسلطة تفوق سلطة المشرع في خلق القواعد القانونية وإلغائها.

على حالة مخالفة العرف التجاري للنصوص التجارية الآمرة دون النصوص غير التجارية ولو كانت آمرة^(١). غير أن هذا التفسير الموسع يعوزه الدقة برأينا، ولا ينطبق -على وجه التحديد- في النظام السعودي، ذلك أن وجود نص خاص يحكم المسألة، ولو في نظام غير تجاري، وسواء أكان النص أمراً أو مفسراً، فإنه أولى بالتطبيق من العرف التجاري. فما دام أن المنظم قد وجد نصاً خاصاً يحكم المسألة، ولو في نظام غير تجاري، فهذا يدل على رغبة المنظم في التضييق من دائرة العرف، وعلى الرغبة في إقصاء العرف عن حكم هذه المسألة.

وخلاصة القول في هذا المقام، هو علو النص النظامي على العرف التجاري، سواء أكان النص أمراً أو مفسراً، وسواء أكان النظام تجارياً أو وارداً في نظام غير تجاري طالما أنه ينصب على حكم المعاملات المالية بين الأفراد. فتعبير «نص خاص» الوارد في صلب المادة (٥٧)، لم يفرق بين نصوص الأنظمة التجارية وتلك المتعلقة بالحياة الاقتصادية، كما أنه لم يفرق بين النصوص الآمرة والنصوص المفسرة. كما أن نص المادة (٥٧) سالف الذكر يورد ترتيباً منطقياً لمصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية، فيكون الحكم بموجب النص ما لم يتفق الأطراف على غيره، ومن المعلوم أن اتفاق الأطراف على خلاف النص لا يكون إلا بالنسبة للنصوص المفسرة، بما يعني أن استبعاد النص المفسر لا يكون إلا بالاتفاق على غيره، فهو أولى بالتطبيق سواء أكان النظام تجارياً أو غير تجاري. فإذا لم يوجد نص

(١) عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص. ٥٢.

خاص يحكم المسألة ولم يوجد اتفاق بين الأطراف على حكم المسألة، فيجوز الاستناد إلى العرف.
ومع ذلك، قد يكون أولى بالبحث دراسة التعارض بين العرف ونصوص القواعد العامة في المعاملات المدنية؛ لمعرفة المكانة الحقيقية للعرف التجاري بين المصادر الرسمية للقانون التجاري.



المبحث الثالث

القواعد العامة في المعاملات المالية كمصدر ثالث للنظام التجاري

كما هو معلوم فإن المملكة العربية السعودية لا يوجد فيها نظام عام يحكم المعاملات المالية، ومن ثم إذا لم يوجد نص خاص في الأنظمة التجارية ينظم مسألة معينة، فمرجع القاضي يكون -في هذه الحالة- إلى أحكام الفقه الإسلامي. ويتزين الموضوع بدقة أكبر إذا عرفنا أن المذهب المعتمد للقضاء في المملكة العربية السعودية هو المذهب الحنبلي، فضلاً عن أن قرار الهيئة القضائية رقم (٣) في ٧/١/١٣٤٧هـ قد حدد ترتيباً للكتب التي يجب الاعتماد عليها للحكم في القضاء السعودي. وهنا يثور التساؤل حول أسبقية العرف على أحكام الفقه الإسلامي. وكذلك يمكن التساؤل حول مكانة المبادئ القضائية كمرجع للقاضي في حكمه لحل النزاعات. وهذا يقتضي أولاً التعريف بأحكام الفقه الإسلامي التي تشكل ثروة علمية زاخرة قبل التعرض لترتيبها بالنسبة لمصادر النظام التجاري.

المطلب الأول: مكانة أحكام الفقه الإسلامي:

قدمنا أنه لا يوجد في النظام السعودي نظام عام يحكم المعاملات المالية على غرار القانون المدني في الدول العربية والتي تبني النظام اللاتيني. والقانون المدني، كما هو معلوم، يتضمن القواعد العامة في المعاملات المدنية التي تنطبق على جميع الأشخاص سواء أكانوا تجاراً أم لم يكونوا كذلك، وسواء أعلق الأمر بمعاملة تجارية أو غير تجارية. والقواعد العامة في

المعاملات المالية مصدرها في النظام السعودي أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي، ويقصد بالفقه الإسلامي مجموعة من الأحكام الشرعية العلمية المستفادة من أدلتها التفصيلية المثبوتة من الكتاب والسنة والمبنية على كل منهما^(١). ولتوضيح مكانة أحكام الفقه الإسلامي بدقة أكبر يتعين أولاً تحديد الكتب المعتمدة للقضاء في المملكة العربية السعودية قبل بيان مكانة شرحي المنتهى والإقناع التي تحتل مكانة خاصة في القضاء السعودي.

الفرع الأول: الكتب المعتمدة للقضاء في المملكة العربية السعودية:

إذا لم يوجد نص في الأنظمة التجارية لحكم النزاع المعروف على القاضي، فيتوجب عليه الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي التي تضم الكثير من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، وتحديدًا ينبغي الرجوع إلى كتب المذهب الحنبلي التي حددها قرار الهيئة القضائية رقم (٣) الصادر في ٧ / ١ / ١٣٤٧ هـ، المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤ / ٣ / ١٣٤٧ هـ. وينص هذا القرار، الذي حدد الكتب المعتمدة للقضاء في المملكة، على أنه:

«١. أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به في مذهب الإمام أحمد بن حنبل نظراً لسهولة مراجعة كتبه والتزام المؤلفين مذهبه بذكر الأدلة إثر مسأله.

٢. إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسأله مشقة (١) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص. ١٢.

ومخالفة لمصلحة العموم يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة ويقرر السير فيها على ذلك المذهب مراعاة لما ذكر.

٣. يكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد على الكتب

الآتية:

أ- شرح المنتهى.

ب- شرح الإقناع، فما اتفق عليه أو انفرد أحدهما فهو المتبع، وما اختلف فيه فالعمل على ما في المنتهى، وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما في شرحي الزاد أو الدليل إلى أن يحصل بها الشرحان، وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي هي أبسط منها وقضى بالراجع».

وبالنظر إلى قرار الهيئة القضائية، فشرح الإقناع هو مصدر احتياطي، في حال عدم وجود نص في شرح المنتهى. وأما المصادر الأخرى، وهي شرح الزاد أو الدليل، أي شرح زاد المستقنع المسمى الروض المربع، وشرح دليل الطالب المسمى منار السبيل، فكما يشير القرار فالرجوع إليها يكون مرحلياً، أي في حال عدم توافر الكتب المذكورة في المحكمة، وهذا ما جاء بنص القرار لقوله: «وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما في شرحي الزاد أو الدليل إلى أن يحصل بها الشرحان». ومن الواضح أن هذا النص لم يعد ذا أهمية؛ لأنه صدر في فترة ربما لا تتوافر هذه الكتب في كل المحاكم. ولكن نص القرار يستتبع بالقول: «وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي

هي أبسط منها وقضى بالراجع». وهذه العبارة تعيد إلى شرحي الزاد أو الدليل الأهمية المذكورة باعتبارهما من كتب المذهب الحنبلي المطلوب الحكم به كقاعدة عامة. بل إن ذكر هذين الشرحين في نص القرار كبديل لمتنهي الإيرادات وشرح الإقناع يعطي لهذين المصدرين أفضلية على باقي كتب المذهب الحنبلي. وبهذا حسب القرار يكون رجوع القاضي أولاً إلى شرح منتهي الإيرادات^(١) ثم إلى الإقناع^(٢) ثم شرحي الزاد^(٣) أو الدليل^(٤). فإذا لم يجد القاضي حكماً للنزاع المعروض عليه في هذه الكتب الأربعة وفقاً للترتيب السابق، فيبحث في كتب المذهب الحنبلي الأخرى التي تمتاز بسهولة أسلوبها وتقسيماتها. وقبل إصدار هذا النظام وبعده، فقد جرى العمل بالرجوع إلى كتابين مشهورين، وهما: المغني لموفق الدين عبد الله بن قدامة (ت: ٦٢٠هـ) والشرح الكبير للشيخ عبد الرحمن بن قدامة (ت: ٦٨٢هـ). وتصدر الإشارة إلى أن وزارة العدل السعودية قامت بإصدار نسخة خاصة من شرح الإقناع المسمى كشف القناع، وجاء في التقديم لهذه النسخة من معالي وزير العدل أنه: «من المراجع الرئيسة لقضاة هذه البلاد في أحكامهم وأقضيتهم حسبما تضمنه قرار الهيئة القضائية الصادر في السابع من شهر محرم من عام سبعة وأربعين وثلاثمائة وألف للهجرة».

(١) شرح منتهي الإيرادات، المتن للشيخ الفتوحى (ت: ٩٧٢هـ)، والشرح للشيخ منصور البهوتي (ت: ١٠٥١هـ).

(٢) شرح الإقناع، المسمى كشف القناع، المتن للشيخ موسى الحجواي (ت: ٩٤٨هـ) والشرح للبهوتي.

(٣) شرح زاد المستقنع المسمى الروض المربع، المتن للحجواي والشرح للبهوتي.

(٤) شرح دليل الطالب المسمى منار السبيل، المتن للشيخ مرعي بن يوسف المقدسي الحنبلي (ت: ١٠٣٢هـ)، والشرح للشيخ إبراهيم محمد الضويان (ت: ١٣٥٣هـ).

وفي كل الأحوال، فالقاعدة العامة هي رجوع المحاكم إلى المفتى به في المذهب الحنبلي، أي الرأي الراجح في المذهب، والذي يمكن أن يستفاد بألفاظ صريحة جرى استخدامها في كتب الحنابلة تدل على ذلك، مثل أن يقال: الصحيح من المذهب، أو المشهور من المذهب، أو أن يقال: نص عليه الإمام (أي الإمام أحمد بن حنبل). فإذا لم يوجد لفظ صريح يدل على الرأي الراجح، فإن هذا الرأي يفهم من تعليل الفقيه للحكم أو الرأي، أو من سياق شرحه أو من كلامه^(١). ويترك لقاضي الموضوع الاجتهاد في الوصول إلى الرأي الراجح في المذهب الحنبلي. وكما تقدم فشرحا المنتهى والإقناع هما الكتابان الرسميان اللذان عليهما القضاء في المملكة العربية السعودية، ويجدر تناولهما بشيء من التفصيل حتى تتضح الصورة حول مصادر النظام التجاري السعودي.

الفرع الثاني: شرحا المنتهى والإقناع:

في القوانين العربية يجب على القاضي الرجوع إلى القانون المدني إذا لم يجد حلاً للنزاع في القوانين التجارية. وأما في النظام السعودي فيجب على القاضي الرجوع إلى شرحي المنتهى أو الإقناع؛ حيث تضمننا كل ما يمكن أن يتضمنه القانون المدني من أحكام في إطار المعاملات المالية.

أما المنتهى أو منتهى الإرادات فهو الاسم المختصر له حيث إن الاسم الأصلي هو «منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات»، ألفه الفقيه ابن

(١) أيمن سليم، نظام المعاملات المدنية السعودي، دار النهضة العربية، مصر، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص. ٣٧.

النجار الفتوحي على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وهو من الكتب المختصرة والمعتمدة في المذهب الحنبلي في القضاء والفتوى والدراسة والتدريس. جمع فيه المؤلف بين كتاب المقنع لابن قدامة والتنقيح المشبع لعلاء الدين المرادوي، مع ضم بعض الفوائد والزيادات عليه، وكان نهج المؤلف هو استخلاص القول الراجح والصحيح والمعمول به في المذهب الحنبلي.

أما الكتاب فهو في سبعة أجزاء وتضم (٣٦) كتاباً، غير مرقمة، تتناول موضوعات في العبادات، والمعاملات المالية، والأحوال الشخصية، والقضاء والإثبات، وما يتعلق بالنظام الجزائي كالجنائيات والديات والحدود. والذي يهمننا بالنسبة لمصادر النظام التجاري هي الأبواب المتعلقة بالمعاملات المالية. ويلاحظ أنها جاءت مرتبة بترتيب لم يعد مقبولاً في الوقت الحاضر لفهم المعاملات المالية ومختلف العقود من حيث أركانها وشروطها وآثارها. وأهم كتابين وأطولهما هما كتاب البيع وكتاب الشركة، وكل منهما جاء متبوعاً بأبواب قد تنسجم وقد لا تنسجم مع الموضوع الأصلي للكتاب. فمثلاً كتاب البيع جاء متبوعاً باثني عشر باباً وهي: باب الشروط في البيع، وباب الخيار في البيع، وباب الربا والصرف، وباب بيع الأصول والثمار، وباب السلم، وباب القرض، وباب الرهن، وباب الضمان، وباب الحوالة، وباب الصلح وأحكام الجوار. وجاء كتاب الحجر تالياً لكتاب البيع ومتبوعاً بباب الوكالة. ويلاحظ أن الإقناع لم يعد الحجر باباً تابعاً لكتاب البيع وأتبعه بباب الوكالة. وبعد هذا التفصيل لكتب الفقه الإسلامي، فيجدر تناول مكائنها كمصدر للتشريع في النظام التجاري السعودي والأخص مرتبتها بالنسبة للعرف.

المطلب الثاني: ترتيب كتب المذهب الحنبلي بين مصادر القانون التجاري:

يتقدم كتب المذهب الحنبلي العرف، وهو ما سنؤكد في الفرع الأول انسجاماً مع ما قدمناه سابقاً باعتباره مصدراً ثانياً للنظام التجاري السعودي. بل ويتعين على القاضي الرجوع إلى المبادئ القضائية قبل البحث في كتب المذهب الحنبلي، باعتبارها نابعة من أحكام الشريعة الإسلامية وقولاً مختاراً من بين غيرها من الأقوال المثبوتة أو المتفق عليها في كتب الفقه الإسلامي. وفيما يلي نتعرض أولاً لترتيب كتب المذهب الحنبلي بالنسبة للعرف قبل دراسة ترتيب كتب المذهب الحنبلي بالنسبة للمبادئ القضائية.

الفرع الأول: كتب المذهب الحنبلي والعرف:

إذا لم يجد القاضي حكماً للنزاع في نصوص الأنظمة فإنه يرجع إلى القواعد العامة في المعاملات المالية، وهي التي نصت عليها كتب المذهب الحنبلي الواردة في قرار الهيئة القضائية سالف الذكر، وهنا يثور السؤال عن التعارض المحتمل بين كتب المذهب الحنبلي وبين العرف التجاري؟ وللإجابة على هذا السؤال تجدر الإشارة إلى أن القواعد العامة في المعاملات المالية في القوانين العربية مصدرها ما يسمى بالقانون المدني، وقد ثار نفس السؤال في هذه القوانين، وهو ما يعرف بمسألة تعارض العرف التجاري مع قواعد القانون المدني. وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن النظام السعودي قد جعل شرح المنتهى وغيره من كتب المذهب الحنبلي بمثابة قانون مدني أو نظام عام في المعاملات المالية.

وبهذا، قبل تناول مسألة تعارض العرف التجاري مع كتب المذهب الحنبلي، يجدر أن نشير إلى مسألة تعارض العرف التجاري مع قواعد القانون المدني. وفي هذا الصدد، ذهب جانب من الفقه إلى أن الغلبة تكون للنص المدني الأمر؛ لأنه يتعلق بالنظام العام، ولأن النصوص الآمرة تعبر عن المثل العليا التي يريد المشرع أن تحكم جميع الروابط بين الأفراد، ولأن هذه المثل تتعلق أيضاً بكيان الدولة ومصالحها الأساسية، وتهدف إلى إقامة النظام في المجتمع، وبالتالي لا يمكن استبعادها لمجرد جريان العرف التجاري غيرها. وخلافاً لذلك، يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن العرف التجاري أولى بالتطبيق؛ على اعتبار أن القانون التجاري يتكون من القاعدة القانونية والقاعدة العرفية، مما يرتب تطبيق أحكام القانون التجاري، سواء كان الحكم مستنداً إلى نص قانوني أو قاعدة عرفية، وبوصفه قانوناً خاصاً أولى بالتطبيق من القانون المدني بوصفه قانوناً عاماً. فتغليب العرف التجاري على نصوص القانون المدني هو نتيجة طبيعية لتحديد نطاق كل من القانون المدني والقانون التجاري، خصوصاً بعد أن أصبح لهذا الأخير كيان مستقل عن القانون المدني. كما أن تغليب العرف التجاري يتماشى مع صالح التجارة، إذ يفسح المجال أمام العرف التجاري كي ينشأ ويستقر، دون أن يعترض سبيله قاعدة مدنية آمرة وضعت في الأصل لتحكم المعاملات المدنية. فمثلاً تلزم المادة (٢/٢) من قانون التجارة الأردني القاضي بأن يراعى في تطبيق أحكام القانون المدني المبادئ المختصة بالقانون التجاري، إذ يستفاد من هذا النص أن أحكام القانون المدني لا تطبق إذا كانت متعارضة مع المبادئ المختصة

بالقانون التجاري، والمقصود بهذه المبادئ المختصة بالقانون التجاري قواعد العرف التي تعارف التجار على إتباعها في تنظيم معاملاتهم التجارية^(١).
وأما حكم المسألة في النظام السعودي، فيحتاج إلى تفصيل أكثر دقة، وبداية نؤكد بأنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة، وكانت تمثل أحكاماً أمرية لا يجوز مخالفتها، فإنها أسمى مكاناً من العرف كما أنها أسمى مكاناً من الأنظمة، ذلك أن العرف يجب أن يتمتع بصفة الشرعية كما هو الحال بالنسبة للأنظمة.

ولكن إذا كان العرف التجاري قد جرى على مسألة ليست قطعية الثبوت أو ليست قطعية الدلالة، وإنما جرى فيها الخلاف في المذاهب الفقهية، فالعرف أولى بالتطبيق من المذهب الحنبلي، ويؤيد ذلك ما جاء في نص البند الثاني من قرار الهيئة القضائية بقولها: «إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتي به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة ويقرر السير فيها على ذلك المذهب مراعاة لما ذكره». وهذا يعني أن للقاضي السعودي أن يحكم بخلاف المذهب، ويتخير مذهباً آخر من مذاهب الفقهاء مع تبرير حكمه بالمشقة المترتبة على تطبيق المذهب الحنبلي أو بمخالفته لمصلحة العموم،

(١) عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٥٢ وما بعدها. انظر أيضاً: علي البارودي، العرف التجاري، مكاتته ودور القضاء والفقهاء في احترامه وتطويره، محاضرة منشورة في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد ١، ١٩٨٧م، ص ٧.

ولعل خير تبرير يمكن أن يقدمه القاضي لتسبيب حكمه على خلاف المذهب الحنبلي هو جريان العرف التجاري بخلافه.

ويمكن أن ندلل على رأينا بمثال يتعلق ببيع الأنموذج أو بيع العينة، فالمذهب الحنبلي لا يميزه مع أن المعمول به حالياً في المملكة العربية السعودية جواز ذلك. فهل يمكن الطعن بصحة العقد والمطالبة بطلانه استناداً إلى ما جاء في المنتهى؟ من المعلوم أن بيع العينة هو أن يشاهد المشتري جزءاً من المبيع للدلالة على المبيع^(١)، أو هو مثال بعض المبيع الدال على باقيه^(٢)، أو هو - كما يقول البهوتي -: «صفة ما يدل على الشيء، كأن يريه صاعاً مثلاً من صبره وبيعه الصبرة على أنها من جنسه»^(٣)، وصورته أن يقول المشتري للبائع أرني عينة القمح الذي عندك أو الشعير أو الذرة، فيأتي له ببعض منها فيشتري على رؤيته ويسميه الفقهاء بالأنموذج^(٤). وعلى خلاف جمهور الفقهاء ذهب الحنابلة والظاهرية إلى عدم صحة بيع العينة أو بيع الأنموذج^(٥)، وهو ما يظهر بجلاء أيضاً في أقوال الحنابلة^(٦). ومع ذلك، يبدو أن القول بعدم صحة

(١) لسان العرب، ج ١٣، ص ٣٠٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني، ١٩/٢. كشاف القناع، ٣/١٦٣.

(٣) كشاف القناع، ٣/١٦٣.

(٤) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ج ٢، ص ١٩٤.

(٥) حول هذا الخلاف، انظر: محمد عقلة العلي، بيع العينة أو الأنموذج في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ١٩٨٥م، مجلد ٢، عدد ٣، ص ٣١ وما بعدها.

(٦) جاء في شرح منتهى الإرادات أنه لا يصح بيع الأنموذج بأن يريه صاعاً وبيعه الصبرة على أنها من مثله» (شرح منتهى الإرادات، ٣/١٣٧)، وجاء في الإنصاف: «ولا =

بيع الأنموذج أضحى قولاً مهجوراً في المذهب الحنبلي، فورد في شرح زاد المستقنع لابن عثيمين حول مسألة بيع الأنموذج: «في هذا خلاف بين العلماء، فمنهم من يرى أنه لا يصح (وهذا هو المذهب)، والصحيح أن البيع صحيح؛ لأن العلم مدرك بهذا، وما زال الناس يتعاملون به»^(١). فالبيع بالأنموذج أو بالعينة تدعو له حاجة الناس وتتطلبه حاجات التجارة، فالعينة تغني عن رؤية بقية المبيع متى كان مثلياً، فهي المبيع مصغراً. والناظر في المعاملات التجارية يلحظ أن البيع بالعينة أصبح من الظواهر المنتشرة كثيراً في الوقت الحاضر، حيث يلجأ التجار إلى عرض سلعهم بصورة عينات، وعلى شكل مقادير يسيرة وصالحة في نفس الوقت لإعطاء فكرة آمنة وتكوين دلالة صادقة في نفس المشتري عن السلعة المعروضة مهما بلغت مقاديرها وكثرت كمياتها. بل أضحى هذا الأسلوب من أهم أساليب الترويج للعروض التجارية، في عصر ثورة المعرفة وكثرة الاختراعات الصناعية والمنتجات الكهربائية والإلكترونية والصناعية والزراعية والغذائية والدوائية، التي

= يصح بيع الأنموذج بأن يريه صاعاً ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه على الصحيح من المذهب» (الإنصاف، ٢٩٥/٤)، وجاء في كشاف القناع للبهوتي: «ولا يصح بيع الأنموذج وهو ما يدل على صفة الشيء كأن يريه صاعاً مثلاً من صبرة ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه» (الإقناع، ١٦٦/٢)، «فلا يصح لعدم رؤية المبيع وقت العقد» (كشاف القناع، ١٦٣/٣). وجاء في الروض المربع: «فالمذهب عدم صحة بيع الأنموذج» (الروض المربع، ٤٤/٦). وفي هذا الخصوص ذكرت المادة (٣٠٨) من مجلة الأحكام الشرعية على أنه: «لا يصح بيع الأنموذج بأن يريه شيئاً ويبيعه الصبرة على أنها مثله، سواء ظهر أنها مثله أم لا».

(١) محمد العثيمين، الشرح المتمتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط ١، ١٤٢٥هـ، ج ٨، ص ١٥١.

تنتج بمواصفات محددة ومنضبطة، وتُسوّق على نطاق واسع ودولي باعتماد الوكلاء التجاريين في كثير من البلدان.

وخلاصة القول، طالما أن الحكم الوارد في كتب المذهب الحنبلي أو في كتب الفقه الإسلامي ليس قطعي الثبوت أو ليس قطعي الدلالة، وقد جرى العرف في المسألة بخلاف ما ورد في كتب الفقه الإسلامي من حلول، فيعمل بالعرف طالما أنه عرف شرعي، أي غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة.

الفرع الثاني: كتب المذهب الحنبلي والمبادئ القضائية:

يجدر التنويه أولاً بأنه لا يجب الخلط بين السوابق القضائية والمبادئ القضائية. ويقصد بالسوابق القضائية الأحكام القضائية التي صدرت عن المحاكم سابقاً في نزاع مشابه لذلك المعروض على المحكمة. وإذا كان النظام الأنجلوسكسوني يجعل من القضاء مصدراً رسمياً يأتي مباشرة بعد التشريع^(١)، فإنها في المملكة العربية السعودية من المصادر الاسترشادية

(١) عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة، عمان-الأردن، ط ١١، ٢٠١١م، ص. ٩٢. وبموجب هذا النظام، على القاضي أن يرجع إلى الأفضية السابقة ليحكم بموجبها إذا لم يجد نصاً قانونياً يحكم النزاع محل الدعوى. ووفقاً لهذا النظام فإن محاكم الدرجة الأولى غير ملزمة بالأحكام الصادرة عنها سابقاً، ولكنها ملزمة بتطبيق الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف. أما محاكم الاستئناف فإنها ملزمة باتباع أحكامها وتلك الصادرة من المحاكم الأعلى منها. وجزير بالذكر أيضاً أن المحاكم لا تفتش بنفسها عن الأحكام التي عليها أن تلتزم بها في قضية معينة، بل إن ذلك من مهام المحامي الذي يترافع في القضية، فهو الذي يقوم بالفتيش عن السابقة القضائية التي تكون في مصلحة موكله وهو الذي يقدمها الى المحكمة لكي تصدر حكمها في قضية طبقاً لتلك السابقة.

التي يمكن للقاضي الرجوع إليها في حال غياب النص النظامي أو العرف التجاري. فللقاضي الاستئناس والاسترشاد بالسابقة القضائية، ولكنه غير ملزم بتطبيقها في القضية المعروضة عليه، حتى وإن كانت مماثلة لتلك التي ينظرها، وصادرة عن محكمة أعلى في الدولة كمحكمة الاستئناف أو المحكمة العليا. ولكن يثور السؤال بالنسبة للمبادئ القضائية ومدى إلزاميتها للقاضي المعروض عليه النزاع؟ وعليه سنتناول أولاً المقصود بالمبادئ القضائية قبل تحديد ترتيبها بين مصادر النظام التجاري السعودي.

أولاً: المقصود بالمبادئ القضائية وأهميتها:

يقصد بالمبدأ القضائي - بمفهومه الخاص - : «القاعدة القضائية العامة الموضوعية والإجرائية التي تقررها المحكمة العليا وتُراعى عند النظر في القضايا وإصدار الأحكام والقرارات»^(١). وأما المبدأ القضائي بمفهومه العام فيشمل كل ما يمكن أن يستقى من الأحكام والقرارات من قواعد كلية يمكن تعميمها على وقائع أخرى، دون أن تكون هذه القواعد صادرة عن الجهة المخول إليها إصدار هذه المبادئ نظاماً^(٢). وهذا يعني أن المبادئ القضائية التي أصدرتها وزارة العدل السعودية، وخصوصاً إصدار الأعوام (١٣٩١-١٤٣٧هـ)، لا يقتصر على المبادئ الصادرة من المحكمة العليا، باعتبارها الجهة المخولة نظاماً بإصدار المبادئ القضائية في الوقت الحاضر،

(١) ك.ع.ع: ع (٢/أ)، ٢٩/٨/١٤٣٤م، المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، الأصول والقواعد، ص. ٣٣.

(٢) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص.

ولكنه يشمل أيضاً القواعد الكلية المستقاة من أحكام وقرارات الهيئة القضائية العليا (ه.ق.ع)^(١)، والهيئة العامة لمجلس القضاء الأعلى (م.ق.ع)، والهيئة الدائمة لمجلس القضاء الأعلى (م.ق.د).

وتنبع أهمية المبادئ القضائية في كونها تمثل الاجتهاد القضائي المستقر في التعامل مع حالات غياب النص التنظيمي أو غموضه - في شقيه الموضوعي والإجرائي -، مستندة في ذلك إلى أحكام الشريعة وأدلتها التفصيلية. وتزيد هذه الأهمية في ظل عدم اكتمال البنية التنظيمية والذي أدى إلى اتساع دائرة الاجتهاد القضائي من خلال المبادئ القضائية في المنازعات المعروضة على القضاء^(٢). بل وتجدر الإشارة إلى أن المبادئ القضائية المستقرة، أو ما اصطلح على تسميته بـ «ما جرى عليه العمل»، تمثل الوجه المضيء للعدالة في المملكة العربية السعودية بكل معانيها الأخلاقية والإنسانية وتكفل حماية الحقوق والحريات المشروعة وتتوافق مع صحيح النظريات وقواعد العدالة المجتمعية والدولية بما لا يخالف الشريعة الإسلامية ويؤكد تميز قضاءها وسبقه إلى مثل هذه القيم^(٣). كما حوت هذه المبادئ المستقرة على نصوص

(١) وحل محلها «مجلس القضاء الأعلى» الذي تم تشكيله بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٦٤) وتاريخ ١٤/٧/١٣٩٥هـ، ليتولى الإشراف على المحاكم وفقاً لنظام القضاء. ويشار إلى أن نظام القضاء رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ قد تضمن إنشاء المحكمة العليا لتتولى الاختصاص القضائي لمجلس القضاء الأعلى سابقاً، وتعديل مسمى مجلس القضاء الأعلى ليصبح المجلس الأعلى للقضاء.

(٢) وليد الصّمعاني، معالي وزير العدل، تقديم على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ٦.

(٣) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ١٤.

الشريعة الإسلامية بين جنباتها مادة فقهية غنية بالأحكام والقواعد، متميزة بمرونتها بالتطبيق والنقل إليها بالطرق الأصولية المعتمدة^(١).

وقد جاءت النظم معززة لاستقرار هذه المبادئ، وذلك بتشديد إجراءات العدول عنها، مما يعطي دلالة ضمنية على جواز الاحتجاج بها في حال انطباق الواقعة المعروضة على القضاء مع القاعدة التي قررها المبدأ القضائي المستقر^(٢). ولهذا عملت وزارة العدل على استخلاصها ونشرها للكافة؛ تحقيقاً للشفافية، ولما تتضمنه هذه المبادئ من ثراء فقهية، مع استنادها إلى الأدلة الشرعية. ومع ذلك لا يفوتنا التذكير بتميز هذه المبادئ بقابليتها للتطوير والتغيير المستمر والسلس بحسب مستجدات الواقع^(٣).

وفي الوقت الحاضر ينحصر الاختصاص بإصدار مبادئ قضائية في المحكمة العليا وهيئتها العامة، حيث نصت المادة (١٣/١) من نظام القضاء على أن: «يكون للمحكمة العليا هيئة عامة برئاسة رئيس المحكمة وعضوية جميع قضااتها»، ويكون من بين اختصاصاتها، بحسب المادة (١٣/٢/أ): «تقرير مبادئ عامة في المسائل المتعلقة بالقضاء». ونصت المادة (٣/٧١) من نظام القضاء على أن يكون من اختصاصات وزارة العدل

(١) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ١٣-١٤.

(٢) وليد الصَّمْعَانِي، معالي وزير العدل، تقديم على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ٦.

(٣) وليد الصَّمْعَانِي، معالي وزير العدل، تقديم على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ٦.

نشر الأحكام المختارة، كما صدر الأمر السامي الكريم رقم (٣٣٩٦٥) في ١٦/٧/١٤٣٦هـ، الموجه أصله لمعالي وزير العدل بأن تقوم المحكمة العليا بحصر المبادئ القضائية التي أقرتها، والمقرة سابقاً وتصنيفها ثم إحالتها إلى وزارة العدل لتتولى نشرها من خلال مركز البحوث لديها.

وبالفعل، صدرت مجموعة المبادئ والقرارات، واشتمل الإصدار على مبادئ مستمدة من أحكام وقرارات صدرت على مدة سبعة وأربعين عاماً (١٣٩١-١٤٣٧هـ)، مع تميزها بالشمول ودقة الترتيب والسهولة والعزو والتوثيق^(١). وقد تم ترتيب الأبواب على الموضوعات وفق كتاب المقنع، مع إضافات أخرى اقتضتها الحاجة مما اشتملت عليه الأنظمة، لتكون وحدة موضوعية يمكن الرجوع إليها بيسر لأغراض البحث. ورتبت القرارات في الباب الواحد ترتيباً زمنياً من الأقدم إلى الأحدث، وفي حال وجود مبدئين متشابهين، فقد جرى دمجها في مبدأ واحد مع ذكر رقم القرارين وتاريخهما ومصدرهما. بالمقابل، قد يستخرج أكبر من مبدأ من قرار واحد. وأيضاً، راعت اللجنة عدم تكرار المبدأ نفسه في أكثر من باب إلا إذا كان المبدأ يشمل أكثر من موضوع فيجري تكراره مع مراعاة تسلسله الزمني حرصاً على جمع المبادئ التي تخص كل باب في موضوع واحد.

(١) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ١٣-١٤.

ثانياً: ترتيب المبادئ القضائية بين مصادر النظام التجاري:

كما تقدم معنا تبين حجية المبادئ القضائية في المنازعات المعروضة على القاضي، ولكن يثور التساؤل عن ترتيبها بالنسبة للعرف وكتب المذهب الحنبلي؟

وفيما يتعلق بكتب المذهب الحنبلي، فقد جاء في مقدمة مركز البحوث -تحديداً- في القواعد الصياغية أنه: «إذا نقلت الهيئة القضائية العليا أو مجلس القضاء الأعلى أو المحكمة العليا نصاً من كتاب فقهي أو تعميم أو نحو ذلك، وأيدته، فإنه يعد رأياً لها يستند إليه في استخلاص المبادئ». وهذا يعني أن القول المختار من كتب الفقه الإسلامي أولى من غيرها من الأقوال الأخرى.

وفيما يتعلق بترتيب المبادئ القضائية بالنسبة للعرف، فقد أكد مركز البحوث أن من أهم خصائص المبادئ القضائية هو: «سهولة مراجعة كثير من أحكامها القضائية وتغييرها حسب الزمان والمكان والأحوال والعادات وفق ضوابط معينة تضبط مسارها في إطار مقاصد الشريعة الإسلامية وكلياتها»^(١). وهذا يعني بالرغم من التشدد في إجراءات العدول عنها، فإنها تخضع لعامل الزمان والمكان، ومن ثم يمكن تعديلها وتغييرها بحسب تبدل العرف وحاجات الناس في التجارة. ولأن العرف يعد بمثابة نص خاص في المعاملات التجارية، فليس هناك ما يمنع قاضي الدرجة الأولى من عدم

(١) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص.

الأخذ بالمبدأ القضائي استناداً إلى العرف التجاري، وكذلك ليس هناك ما يمنع من أن تصدر المحكمة العليا مبدأً قضائياً خاصاً بالمعاملات التجارية وتحصر تطبيقه في المنازعات التجارية. وهذا يعني أيضاً أن المبادئ القضائية تشكل جزءاً من القواعد العامة في المعاملات المالية، وهي مفضلة على غيرها من القواعد العامة الواردة في كتب الفقه الإسلامي أو في كتب الفقه الحنبلي خصوصاً. وبالتأكيد يكون المبدأ القضائي الأحدث واجب التطبيق، فهو ناسخ للمبدأ القضائي الأقدم إذا تعارض معه. وفي هذا الصدد نصت المادة (١٤) من نظام القضاء بأنه: «إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا - في شأن قضية تنظرها - العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به أو أخذت به دائرة أخرى في المحكمة نفسها في قضايا سابقة، أو رأت إحدى دوائر محكمة الاستئناف العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا في قضايا سابقة، فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة العليا لإحالة إلى الهيئة العامة للمحكمة العليا للفصل فيه». وبالطبع فالعرف التجاري المستقر يشكل تبريراً مقنعاً للعدول عن مبدأ قضائي سابق، وبهذا يتجلى العرف التجاري، ليس فقط كأداة لتطوير المبادئ القضائية، وإنما باعتباره مصدراً أولى بالرعاية من المبدأ القضائي.



الخاتمة

عرضنا من خلال هذا البحث ترتيباً منطقياً واضحاً لمصادر القانون التجاري، وعلى نحو مدعم بالحجة والبرهان. وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج التي يجدر بيانها قبل التعرض لتوصيات الدراسة.

النتائج:

١. تتمتع أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة، بمكانة دستورية، وتنحصر في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة والإجماع، وهي بذلك تسمو على جميع الأنظمة واللوائح والأعراف وحاكمة عليها. وهذه النصوص -بصفتها الدستورية- تلعب دوراً مهماً في توجيه الأنظمة التي تعد أحد أدوات الشريعة الإسلامية لتصبح واقعاً ملموساً في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتجارية.

٢. القياس، وإن كان من أصول الفقه، ويستطيع المنظم أن يلجأ إليه عند افتقاره للنص الشرعي، فلا يجوز للقاضي أن يلجأ إليه قبل النظر في الأنظمة باعتبارها المصدر الأول للنظام التجاري.

٣. ضرورة تمتع الأنظمة بصفة الشرعية، أي عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، يأتي انسجاماً مع مبدأ دستورية الأنظمة. وأما أحكام الشريعة الإسلامية غير قطعية الثبوت أو غير قطعية الدلالة، فتتبع الأنظمة التجارية بخصوصها مرتبة تفضيلية باعتبارها المصدر الأول من مصادر النظام التجاري.

٤. تعد الأنظمة الصادرة عن ولي الأمر المصدر الأول للنظام التجاري، سواء أعلقت بنصوص أمرة أو مفسرة. وبالطبع فالنص التجاري يتقدم على غيره من نصوص الأنظمة الصادرة في مجالات المعاملات المالية. ولكن هذه الأخيرة، سواء أكانت أمرة أو مفسرة، تتمتع بمكانة أعلى من العرف التجاري، وذلك باعتبارها نصوصاً خاصة تعبر عن رغبة المنظم بالتضييق من دائرة العرف.

٥. باعتباره نصاً خاصاً بالمعاملات التجارية، يشكل العرف التجاري المصدر الثاني للنظام التجاري، وهو يتقدم في ذلك على القواعد العامة في المعاملات المالية الواردة في كتب الفقه الإسلامي وتحديدًا كتب المذهب الحنبلي المعتمدة للقضاء.

٦. تعد المبادئ القضائية المستقرة على النصوص الشرعية قواعد مختارة من كتب الفقه الإسلامي، وتتقدم على غيرها من الأقوال الواردة في كتب الفقه الإسلامي عموماً، وفي كتب المذهب الحنبلي خصوصاً. فهذه المبادئ القضائية تمثل المعمول به قضاء ولا يجوز الحكم بخلافها إلا باتباع إجراءات خاصة فرضتها المادة (١٤) من نظام القضاء السعودي لعام ١٤٢٨هـ.

٧. إذا لم يجد القاضي حكماً للنزاع في المصادر سالف الذكر، فإن له أن يرجع إلى كتب المذهب الحنبلي المعتمدة للقضاء في المملكة العربية السعودية، وبالترتيب الذي فرضه قرار الهيئة القضائية المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤/٣/١٣٤٧هـ. فيكون رجوع القاضي أولاً إلى شرح منتهى الإرادات، ثم إلى الإقناع، ثم شرحي الزاد أو الدليل. فإذا لم يجد القاضي حكماً للنزاع

المعروض عليه في هذه الكتب الأربعة وفقاً للترتيب السابق، فيبحث في كتب المذهب الحنبلي الأخرى.

٨. في حال غياب النص الصريح أو العرف التجاري، فعلى القاضي أن يجتهد رأيه ولا يلو، مسترشداً بالسوابق القضائية والفقهاء الإسلاميين المعاصر والفقهاء النظامي وأحكام الإنصاف والعدالة. والإنصاف والعدالة أفكار غير محددة تعبر عن شعور كامن في النفس يكشف عنها العقل السليم ويوحى بها الضمير المستنير بهدف إيتاء كل ذي حق حقه^(١). ويحيل إليها المنظم عادة حتى يقطع الطريق على القاضي، فلا يسمح له بالامتناع عن إصدار حكم بحجة عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه. ولكن مقتضيات الإنصاف لا تعني أن للقاضي أن يحكم وفق هواه الذاتي، وإنما عليه أن يصدر اجتهاده بناءً على اعتبارات موضوعية ومادية عامة.

التوصيات:

١. لا يوجد نص واضح يحدد مصادر النظام التجاري بالترتيب؛ مما لا يسهل مهمة القاضي السعودي في تلمس حل المنازعات التجارية بصورة واضحة وصارمة. وهذا ما دعا إلى إنشاء هذا البحث، ولعله يلفت النظر إلى ضرورة تحديدها بنص صريح من المنظم.

٢. تشكل كتب الفقهاء الإسلاميين، وخصوصاً كتب المذهب الحنبلي، مصدراً حقيقياً للمنازعات التجارية؛ وذلك باعتبارها مصدراً للقواعد

(١) حسن الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج١، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٨م، ص. ١٤٢.

العامة في المعاملات المالية. وهذا يؤكد الإصدار الجديد لكشاف القناع من قبل وزارة العدل ليكون معيناً للقضاة في أفضيتهم، وأيضاً اعتماد المبادئ والقرارات الصادرة عن المحكمة العليا والمجلس الأعلى للقضاء على التبويب الوارد في كتاب المقنع. غير أن ترتيب هذه الكتب، وإن كانت تلائم عصوراً سابقة، إلا أنها تحتاج إلى تبويب مختلف ومتطور يتلاءم مع اتساع دائرة القواعد القانونية وتصنيفاتها الحديثة. ولعل إصدار نظام عام في المعاملات المالية من قبل المنظم السعودي سيكون بلا شك أمراً محموداً؛ لأنه سيفتح الباب أمام بحوث علمية ودراسات متعمقة تهتم بتبيان خصوصية النظام السعودي وموقفه الواضح من قواعد المعاملات المالية، خصوصاً إذا ما رافقه مذكرات إيضاحية في ضوء كتب المذهب الحنبلي المعتمدة للقضاء ومدى تقييد نظام المعاملات المدنية بها، في حال صدوره.



المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

١. إبراهيم ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٢. إبراهيم الضويان، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، ط ٥، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
٣. أحمد القاري، مجلة الأحكام الشرعية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط ١، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
٤. علي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة السنة المحمدية، ط ١، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م.
٥. طاهر الدمشقي، توجيه النظر إلى أصول الأثر، ط ١، المطبعة الجمالية، مصر.
٦. محمد الترمذي، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٩٦م.
٧. محمد الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٨. عبد الرؤوف المناوي، اليواقيت والدرر في شرح نخبة ابن حجر، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٩. عبد الله بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط ١، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
١٠. محمد الغزالي، المستصفي من علم الأصول، شركة المدينة المنورة للطباعة، تحقيق: حمزة حافظ، المكتبة الوقفية، ٢٠٠٨م.
١١. منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

١٢. منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١٣. منصور البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، مدار الوطن للنشر، ط ٢، الرياض، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
١٤. موسى الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، طبعة خاصة بدار الملك عبد العزيز، ط ٣، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
١٥. عبد الله بن قدامة وعبد الرحمن بن قدامة، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ط ٢، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٩م.
١٦. عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
١٧. يحيى النووي، بستان العارفين، دار البشائر الإسلامية، بيروت، تحقيق محمد الحجار، ط ٦، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

ثانياً: الكتب العامة والمتخصصة:

١٨. أكثم الخولي، القانون التجاري، القاهرة، ط ١، ١٩٦٤م.
١٩. أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة، ج ١، الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، دار الثقافة، عمان-الأردن، ١٩٩٨م.
٢٠. أحمد البسام، مبادئ القانون التجاري، ج ١، بغداد، ١٩٦١م.
٢١. أيمن سليم، نظام المعاملات المدنية السعودي، دار النهضة العربية، مصر، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٢٢. حسن الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج ١، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٨م.

٢٣. رحاب داخلي، القانون التجاري السعودي، مركز الدراسات العربية، مصر، الجيزة، ٢٠١٥م.
٢٤. سليمان مرقس، موجز المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٥٣م.
٢٥. سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨م.
٢٦. عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة، عمان-الأردن، ط١١، ٢٠١١م.
٢٧. عبد الرحمن قرمان، الأوراق التجارية وإجراءات الإفلاس، دار الإجازة، الرياض، ط٢، ١٤٤١هـ-٢٠٢٠م.
٢٨. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٢٩. عبد الهادي الغامدي، القانون التجاري السعودي، ط٦، ١٤٤٤هـ-٢٠٢٢م.
٣٠. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٩٦م، ط٧، ١٤٠٦هـ-١٩٩٦م.
٣١. عزيز العكيلى، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج١، دار الثقافة، عمان-الأردن، ط١، ٢٠٠٨م.
٣٢. محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، ج١، القاهرة، ١٩٦٧م.
٣٣. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ١٩٥٨م.
٣٤. محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، دار علم الفوائد، ط١، ١٤٢٦هـ.
٣٥. محمد الشلبي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م.
٣٦. محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ج١/١، دار الفضيلة، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

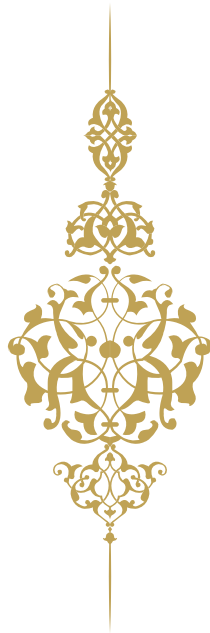


٣٧. محمد العثيمين، الشرح المتمتع على زاد المستقنع، ج/٨، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط١، ١٤٢٥ هـ.
٣٨. محمد المقبل، الامتناع عن الوفاء بالأوراق التجارية في الفقه والنظام، رسالة دكتوراه في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٦-١٤٢٧ هـ.
٣٩. محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، ط٤، ١٤١٧ هـ-١٩٩٦ م.
٤٠. همام عبد الرحيم سعيد ومحمد همام عبد الرحيم، موسوعة أحكام المعاملات المالية، موسوعة تصنيفية منهجية فقهية لأحكام المعاملات من كتب السنة الستة، دار الكوثر، الرياض، ط١، ١٤٣١ هـ.
٤١. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر، ط١، ١٤٠٦ هـ-١٩٨٦ م.
٤٢. يوسف عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الميسرة، عمان-الأردن، ط١، ٢٠١١ م.

ثالثاً: الأبحاث المنشورة في المجلات و المؤتمرات العلمية:

٤٣. أحمد العنقري، تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان، ورقة مقدمة للقاء العلمي الذي تنظمه الجمعية الفقهية السعودية مساء يوم الثلاثاء، ٢٨/١٢/١٤٣٣ هـ،
٤٤. أحمد شبيب، مصادر القانون التجاري والأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية، ١٤٣٩ هـ.
٤٥. حسين شحاته، الإعجاز الاقتصادي في القرآن الكريم في ضوء آيات المعاملات، مجلة الجامعة الإسلامية، عدد ٣٩، ٢٠٠٦ م.
٤٦. رعد الطائي، إشكالية تطبيق العرف التجاري، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة الكوفة، عدد ١٢، ٢٠٠٩ م.

٤٧. عادل الشمري، العرف التجاري: الاستناد إليه وإثباته وفقاً لنظام المحاكم التجارية السعودي، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٢١، ٢٠٢٠م.
٤٨. عارف العلي، مصادر الحكم التجاري، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٦، ٢٠١٦م.
٤٩. عبد الله الخشروم، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد ١٥، عدد ٤.
٥٠. علي البارودي، العرف التجاري، مكانته ودور القضاء والفقهاء في احترامه وتطويره، محاضرة منشورة في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عدد ١، ١٩٨٧م.
٥١. محمد السبحي، إحياء الأرض الموات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق، جامعة طنطا، القانون والاستثمار، ٢٠١٥م.
٥٢. محمد العلي، بيع العينة أو الأنموذج في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ١٩٨٥م، مجلد ٢، عدد ٣.



النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة

د. عبد الرحمن بن محمد سليمان الجهني

أستاذ مشارك في كلية الأنظمة والدراسات القضائية

الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، صلى الله عليه وسلم وعلى آله، وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين؛ أما بعد:

فلما صدر نظام الشركات عام ١٤٤٣هـ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ، نص على أشكال الشركات إذ جاء: فيه «تتخذ الشركة التي تؤسس وفقاً لأحكام النظام أحد الأشكال الآتية:

أ- شركة التضامن.

ب- شركة التوصية البسيطة.

ج- شركة المساهمة.

د- شركة المساهمة المبسطة.

هـ- الشركة ذات المسؤولية المحدودة»^(١).

وقد ذكر هذا النظام الجديد شكلاً من أشكال الشركات التي لم تُذكر في نظام الشركات السابق ١٤٣٧هـ، ولم يتطرق لها نظام الشركات ١٣٨٥هـ، ألا وهي شركة المساهمة المبسطة، وهي شركة تُعد جديدة على المملكة العربية السعودية وغير موجودة في الخليج العربي، وأول من وضعها هو القانون التجاري الفرنسي من خلال القانون (٩٤-١) الصادر بتاريخ ٣ يونيو ١٩٩٤م كإطار قانوني ينظم لشركة المساهمة المبسطة (الأسهم المبسطة)،

(١) نظام الشركات السعودي ١٤٤٣هـ الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ، المادة (٤).

ويرجع السبب في إنشاء هذا النوع من الشركات بفرنسا إلى تقرير المركز الوطني الفرنسي لأرباب العمل، الذي لفت الانتباه إلى حاجات المؤسسات الصناعية الفرنسية الكبرى التي تسعى إلى البحث عن إطار قانوني يسمح لها بتطوير التعاون بين المقاولات، مما نتج عن هذا الوضع سبب نشوء ظاهرتين: الأولى تسمى «بالتهرب القانوني» التي تعني تهرب غالبية الشركات الفرنسية والأجنبية من قواعد مدونة التجارة الفرنسية لسنة ١٩٦٦م، وتلجأ إلى دول توجد بها تنظيمات مستقلة قانونية مرنة للشركات كاللوكسمبورغ وهولندا، والثانية تنعت «باتفاقات المساهمين» عن النظام الأساسي^(١).

أما في العالم العربي فأول دولة وضعت أحكام قانونية لشركة المساهمة المبسطة هي المملكة المغربية في قانون شركة المساهمة رقم ١٢٤، ٩٦، ١ صادر في ١٤ من ربيع الآخر ١٤١٧هـ (٣٠ أغسطس ١٩٩٦م) أي بعد صدور القانون الفرنسي بستتين. ثم في ٤ شوال ١٤٤٣هـ (٥ مايو ٢٠٢٢م)، صدر أمر بإضافة مواد على القانون التجاري الجزائري أحكام شركة المساهمة المبسطة. ثم أتى من بعده نظام الشركات السعودي ١٤٤٣هـ، الصادر في ١/١٢/١٤٤٣هـ (٣٠ أغسطس ٢٠٢٢م).

ومن أجل أن أحكام شركة المساهمة المبسطة حديثة، وجديرة بالبحث فيها؛ رأيت المساهمة في المكتبة القانونية وبهذا البحث الذي وضعت لها

عنوان

(١) شركة المساهمة المبسطة في التشريع المغربي، السيد يوسف الماموني، الإدارة العلمية لمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد (٤)، المغرب، جامعة الرباط كلية الحقوق، ص(١٢).

عنوان هذا البحث: (النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة).

أولاً: الأهمية العلمية للبحث:

تكمن أهمية البحث فيما يلي:

١- سد الفراغ الذي يحيط بموضوع البحث، حيث يُعدّ من موضوعات العصر ونوازله القانونية.

٢- ي عرفه النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة.

ثانياً: سبب اختيار الموضوع:

١- يُعدّ موضوع البحث أحكاماً قانونية معاصرة وجديدة جدية بالبحث.

٢- ندرة من كتب في موضوع البحث.

٣- حاجة المجتمع القانوني خاصة، ومجتمع الأعمال عامة لمعرفة هذه الشركة.

ثالثاً: مشكلة البحث:

ما النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة؛ وما طبيعته القانونية، وهل أحكامه مشابهة لأحكام شركة المساهمة؟

رابعاً: أسئلة البحث:

ما النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة؟

ما الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة؟

ما الأحكام الخاصة بشركة المساهمة المبسطة؟

خامساً: أهداف البحث:

يهدف البحث إلى معرفة شركة المساهمة المبسطة، وكيفية تكوينها، وإدارتها، وعلاقة المساهمين بالشركة.

سابعاً: منهج البحث:

وقد كان المنهج المتبع في البحث المنهج التحليلي الوصفي المقارن، كما راعيت فيه الخطوات المنهجية الآتية:

- ١- بيان المفردات اللغوية الغريبة.
- ٢- الاهتمام بتعريف المصطلحات الواردة في البحث.
- ٣- الرجوع للمصادر الأصلية، والدراسات البحثية الحديثة.
- ٤- ذكر المصدر، أو المرجع مع بياناته من اسم المؤلف، والجزء، والطبعة، والصفحة عند أول إشارة إليه في البحث، مع الإشارة إلى صفحة الاقتبس منها الكلام.
- ٥- وضع خاتمة للبحث أوضح فيها أهم النتائج والتوصيات في البحث.

ثامناً: خطة البحث:

تطرق في هذا البحث لـ:

مبحث تمهيدي:

يتضمن التعريف بمصطلحات البحث، وقد تكون من ثلاثة مطالب:



- المطلب الأول: ماهية شركة المساهمة المبسطة.
- المطلب الثاني: خصائصها والطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة:
- الفرع الأول: خصائص شركة المساهمة المبسطة.
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة.
- المبحث الأول: شروط تأسيس شركة المساهمة المبسطة:
- المطلب الأول: الشروط الموضوعية لشركة المساهمة المبسطة.
- المطلب الثاني: الشروط الشكلية لشركة المساهمة المبسطة.
- المبحث الثاني: إدارة شركة المساهمة المبسطة:
- المطلب الأول: رئيس الشركة.
- المطلب الثاني: المساهمون.
- المطلب الثالث: الأوراق المالية التي تصدرها الشركة المبسطة.
- الخاتمة.
- المراجع.

المبحث التمهيدي التعريف بمصطلحات البحث

ويتكون من ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية شركة المساهمة المبسطة:

أولاً: تعريف الشركة لغة واصطلاحاً:

الشركة لغة:

الشَّرْكََةُ والشَّرِكة سَوَاءٌ: مُحَالِطَةُ الشَّرِيكَيْنِ. يُقَالُ: اشْتَرَكْنَا بِمَعْنَى تَشَارَكْنَا، وَقَدْ اشْتَرَكَ الرَّجُلَانِ وَتَشَارَكَا وَشَارَكَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ^(١).

وقيل الشين والصاد والكاف أصلان، أحدهما يدل على مقارنة وخلاف انفراد، والآخر يدل على امتداد واستقامة. فالأول (وهو المعني هنا) الشركة، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، ويقال: شاركت فلاناً، إذا جعلته شريكاً لك^(٢).

الشركة اصطلاحاً:

هناك عدة تعريفات للشركة عند أهل القانون وبعض القوانين، ومنها ما يأتي:

(١) لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط. الثالثة، ١٤١٣هـ، (٤٤٨/١٠).

(٢) مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٩هـ، ص(٤٧٦).

١- تعريفها في نظام الشركات السعودي ١٤٤٣هـ: «الشركة كيان قانوني يؤسس وفقاً لأحكام النظام بناء على عقد تأسيس، أو نظام أساس يلتزم بمقتضاه شخصان، أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال، أو عمل، أو منها معاً لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة، واستثناء من ذلك، يجوز -وفقاً لأحكام النظام- أن تؤسس الشركة بالإرادة المنفردة لشخص واحد، ويجوز تأسيس شركات غير ربحية»^(١).

٢- تعريفها في قانون الشركات الإماراتي: «الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يشارك كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف تحقيق الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل، واقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة»^(٢).

٣- تعريفها في القانون المدني المصري: «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة»^(٣).

(١) نظام الشركات السعودي الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ، المادة (٢).

(٢) قانون اتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ م بشأن الشركات التجارية، المادة (٨).

(٣) القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ م بإصدار القانون المدني، المادة (٥٠٥).

ثانياً: تعريف شركة المساهمة المبسطة:

قبل تعريف شركة المساهمة المبسطة، يجدر التعريف بشركة المساهمة، وهناك عدة تعريفات منها ما يلي:

١- نص نظام الشركات ١٤٤٣هـ على تعريفها بأن: «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 المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها»^(١).

٢- شركة يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولا يسأل الشريك فيها عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصته فيها، ولا يكون لها عنوان يستمد من أسماء الشركاء، إنما يشتق من الغرض الذي تكونت من أجله^(٢).

أما تعريف شركة المساهمة المبسطة، فلم يتطرق نظام الشركات السعودي ١٤٤٣هـ لتعريف لها، ولكن بعض فقهاء القانون ذكروا بعض التعريفات لها ومنها:

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٥٨).

(٢) الشركات التجارية في ضوء قانون الشركات المصري، محمد مصطفى مرسي، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٨م، ص (١٥٥).

١- الشركة التي تؤسس من مساهم أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، تكون لهم حرية كاملة في تنظيم أحكامها، ويقسم رأس مالها إلى أسهم قابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، ولا يسأل الشركاء إلا بحدود مساهمتهم في رأس مال الشركة^(١).

٢- شركة يحدد المساهمون فيها رأس مالها، ويقسم إلى أسهم، ويتولى المساهمون تنظيم هيكله الشركة وطريقة عملها وتحديد كيفية إدارتها في نظام الشركة الأساس، ويحلون محل الجمعية العامة في شركة المساهمة، وتقتصر مسؤوليتهم على أداء قيمة الأسهم المكتتب فيها، فالشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها^(٢).

٣- وقد عرفت من قبل المشرع الجزائري في القانون التجاري بأنها: «الشركة التي ينقسم رأساها إلى أسهم وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص»^(٣).

(١) الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس وفقاً لنظام الشركات ١٤٤٣هـ ونظام الإفلاس الجديد، عدنان صالح العمر، ط. الخامسة، ١٤٤٤هـ، ص (٢٥٩).

(٢) القانون التجاري السعودي، عبد الهادي الغامدي، ط. السادسة ١٤٤٤هـ، ص (٢٧٩).

(٣) قانون رقم (٢٢-٠٩) مؤرخ في ٤ شوال عام ١٤٤٣هـ الموافق ٥ مايو سنة ٢٠٢٢م، يعدل ويتم الأمر رقم ٧٥-٥٩ المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ الموافق ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥ والمتضمن القانون التجاري الجزائري، المادة (٧١٥).

المطلب الثاني: خصائص والطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة:

ويتكون المطلب من فرعين:

الفرع الأول: خصائص شركة المساهمة المبسطة:

تقترب شركة المساهمة المبسطة في خصائصها من شركة المساهمة، لأنها في الأصل شركة مساهمة خففت أو بسطت بعض إجراءاتها^(١)، ومن أهم خصائصها ما يلي:

١- عدم وجود حد أدنى لرأس مال شركة المساهمة المبسطة:

لم يشترط نظام الشركات حداً أدنى لمقدار رأس مال الشركة المبسطة، بل نص النظام على أنه: «لا يسري متطلب الحد الأدنى لرأس المال المقرر لشركة المساهمة على شركة المساهمة المبسطة»^(٢).

وقد نص القانون التجاري الجزائري^(٣) على بعض خصائص شركة المساهمة المبسطة، إذا جاء فيه: «فضلاً على الخصائص الأخرى المنصوص عليها في هذا القسم، تتميز شركة المساهمة البسيطة في عدم اشتراط حد أدنى للشركاء والرأسمال لإنشائها، وفي تحديد كفاءات تنظيمها وسيرها في قانونها الأساسي».

(١) القانون التجاري السعودي، عبدالهادي الغامدي، الطبعة السادسة ١٤٤٤هـ، ص (٢٨٠).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٣٩/٢).

(٣) قانون رقم (٢٢-٩) بتاريخ ٥ مايو ٢٠٢٢م، يعدل القانون التجاري الجزائري، المادة (١٣٤).

فجعل المنظم أول تبسيط للشركة المساهمة المبسطة بأن أعفى الشركاء من الحد الأدنى لرأس مال شركة المساهمة وهي ٥٠٠ ألف ريال، حيث نص النظام على أنه: «يجب ألا يقلّ رأس مال شركة المساهمة المصدر عن (خمسة آلاف) ريال، ويجب ألا يقلّ المدفوع منه عند التأسيس عن (الربع)»^(١).

ومع أن شركة المساهمة المبسطة لم تحدد الحد الأدنى تبسيطاً لها، إلا أنه يجب على الشركاء تحديد رأس مالها في نظام الشركة الأساس، وقد نص النظام على ذلك بأنه: «يحدد في نظام الشركة الأساس مقدار رأس مالها المصدر وقيمة المدفوع منه، ويجوز أن يُنص فيه على أن يكون لها رأس مال مصرح به»^(٢).

ويقسم رأس المال إلى أسهم يحددها الشركاء في النظام الأساس للشركة، فمسؤولية المساهمين عن التزامات الشركة محددة بقدر أسهمهم ولا تتجاوز إلى أموالهم الخاصة، فهم في هذا الشأن كالشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو الموصلين في شركة التوصية البسيطة، ولكن بسلطات وصلاحيات واسعة في تأسيس الشركة وإدارتها وهيكلتها، وتشبه المبسطة شركة المساهمة حيث الحصص على شكل أسهم، مع إمكانية إصدار أنواع وفئات متعددة من الأسهم بحقوق والتزامات وقيود متفاوتة^(٣).

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٥٩).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٣٩ / ١).

(٣) القانون التجاري السعودي، عبدالهادي الغامدي، ص (٢٧٩).

٢- المرونة في إدارة وتأسيس وهيكل الشركة:

من أهم الخصائص للشركة المساهمة المبسطة أن المنظم منح للشركاء كامل الحرية في تنظيمها وإدارتها، حيث لم يلزم المنظم أن تدار شركة المساهمة المبسطة بطريقة معينة، كما هي عليه شركة المساهمة التي يتولى إدارتها مجلس الإدارة الذي يشتمل عدداً من الأعضاء، وإنما بالنسبة لشركة المساهمة المبسطة فبالإمكان الاتفاق على تحديد طريقة إدارة الشركة من قبل رئيس أو مدير أو أكثر أو مجلس إدارة أو غير ذلك^(١)، حيث نص نظام الشركات على ذلك بأنه: «ي مارس رئيس شركة المساهمة المبسطة، أو مديرها أو مجلس إدارتها، بحسب الأحوال، جميع الاختصاصات المقررة لرئيس، وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة، ويحلون محلهم، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب»^(٢).

وشركة المساهمة المبسطة لا تخضع لإجراءات تأسيس معقدة وطويلة مقارنة بشركة المساهمة، بل إجراءات تأسيسها سهلة ومرنة، فيحق لشركاء تنظيم هيكل الشركة وطريقة عملها في نظام الشركة الأساس.

وهذا ما نص عليه نظام الشركات بأن: «للمساهمين في شركة المساهمة المبسطة تنظيم هيكل الشركة وطريقة عملها، وذلك في نظام الشركة الأساس»^(٣).

(١) الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس، عدنان صالح العمر، ص (٢٦٠).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣ هـ، المادة (١٣٨/٤).

(٣) نظام الشركات ١٤٤٣ هـ، المادة (١٣٨/٢).

٣- حلول المساهمين مكان الجمعيات العامة:

يشترط المنظم لشركة المساهمة وجود جمعيات عامة لاستمرار شركة المساهمة وهي جمعية عامة عادية، وجمعية عامة غير عادية. ووضح النظام اختصاصات كل جمعية، حيث نص على أنه: «تختص الجمعية العامة العادية بجميع الأمور المتعلقة بالشركة، وعلى الأخص ما يأتي:

- أ- انتخاب أعضاء مجلس الإدارة، وعزلهم.
- ب- تعيين مراجع حسابات، أو أكثر للشركة، وفقاً لما يقتضيه النظام، وتحديد أتعابه، وإعادة تعيينه، وعزله.
- ج- الاطلاع على تقرير مجلس الإدارة ومناقشته.
- د- الاطلاع على القوائم المالية للشركة ومناقشتها.
- هـ- مناقشة تقرير مراجع الحسابات - إن وجد - واتخاذ قرار بشأنه.
- و- البت في اقتراحات مجلس الإدارة بشأن طريقة توزيع الأرباح.
- ز- تكوين احتياطات الشركة وتحديد استخداماتها»^(١).

أما بالنسبة لشركة المساهمة المبسطة فلا توجد هذه الجمعيات، بل يحل محل الجمعيات العامة العادية أو غير العادية المساهمون، ويتولون جميع اختصاصات كافة الجمعيات، حيث نص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يحل المساهمون محل الجمعية العامة العادية وغير العادية لشركة المساهمة،

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٨٧).

وذلك في نطاق الأحكام التي تسري على شركة المساهمة المبسطة. وللمساهمين تحديد من يتولى تلك الاختصاصات في نظام الشركة الأساس وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب»^(١).

وقد نص قانون التجاري الفرنسي على ذلك بأنه:

(Les associés peuvent nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes dans les conditions prévues à l'article L. 9-227..

Sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les sociétés par actions simplifiées qui dépassent, à la clôture d'un exercice social, deux des seuils suivants, fixés par décret: le total de leur bilan, le montant de leur chiffre d'affaires hors taxe ou le nombre moyen de leurs salariés au cours de l'exercice..

Même si les conditions prévues au deuxième alinéa ne sont pas atteintes, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital..

Lorsque les conditions prévues au deuxième alinéa du présent article ne sont pas atteintes, un commissaire aux comptes peut être nommé pour faire)⁽²⁾.

يذكر الصلاحيات المخولة للاجتماعات العامة غير الاعتيادية والاعتيادية للشركات العامة المحدودة، من حيث زيادة رأس المال وتسديده، أو تخفيضه، أو دمج، أو تقسيمه، أو حله، أو تحويله إلى شركة ذات شكل آخر، أو تعيين

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٣/١٣٨).

(2) Modifié par LOI n°2019-744 du 19 juillet 2019 - art. 28 Article L227-9-1.

مراقب الحسابات الخارجي أو حسابات سنوية أو أرباح يمارسها الشركاء بشكل جماعي وفقاً للشروط المنصوص عليها في النظام الأساسي^(١).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة:

تدور الطبيعة القانونية للشركات على ثلاث فرضيات، إلا وهي: شركة الأشخاص، وشركة الأموال، والشركة المختلطة منهما، وبالنظر إلى آراء الفقهاء في شركة المساهمة المبسطة، فقد اختلفوا فيها إلى عدة آراء منها ما يلي:

الرأي الأول: شركة المساهمة المبسطة من شركة الأشخاص:

يرى جمع من الفقهاء أن شركة المساهمة المبسطة تعد من شركات الأشخاص، وذلك لما يتمتع به أعضاؤها من حرية واسعة في تنظيمها وتسيير شؤونها، حيث لا يرغمون على طريقة محددة في الإدارة، مثلما يرغم عليه المساهمون في شركة المساهمة، الذين لا مفر لهم من اتخاذ مجلس إدارة تدير الشركة بطريقة إلزامية، كما أنه لا وجود للجمعيات العامة فيها العادية أو غير العادية، والأغلبية المحددة في الحضور واتخاذ القرارات على النحو المعمول به في شركة المساهمة، بل إن ذلك يُحدد من قبل المساهمين في الشركة، بل يشترط لصحة بعض القرارات ضرورة الحصول على إجماع المساهمين، الأمر الذي يجعلها في ذلك قريبة من شركة الأشخاص^(٢).

(١) ترجمة القانون التجاري الفرنسي المادة رقم (1-9-227 Article).

(٢) الطبيعة القانونية المختلطة لشركة المساهمة المبسطة، إسماعيل عبيابة، مجلة المرافعة العدد (٢٤) ٢٠١٧م، ص (٨٣)، الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس، عدنان صالح العمر، ص (٢٦١).

الرأي الثاني: شركة المساهمة المبسطة من شركات الأموال:

اعتبر بعض الفقهاء أن شركة المساهمة المبسطة من شركات الأموال - اعتماداً على مجموعة من المعطيات - تستنتج من القانون المنظم لها، فمثلاً تحمل هذه الشركة اصطلاحاً أو تسمية شركة المساهمة المبسطة، في الدلالة على أنها شكل من شركات المساهمة، حيث يوجد نوعان من شركات المساهمة، شركة مساهمة ذات طبيعة معقدة بتأسيسها وإدارتها ورقابتها، وشركة مساهمة مبسطة في إنشائها وإدارتها ورقابتها واتخاذ القرارات وشكلها، الذي هو شكل الشركات الذي لا يدعو الجمهور إلى الاكتتاب، وكذلك إخضاع في مالا يوجد بنظامها القانوني من أحكام، للقواعد العامة لشركة المساهمة^(١)، وهذا ما نص عليه نظام الشركات بأنه: «تسري على شركة المساهمة المبسطة فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب، وبما تتفق مع طبيعتها، أحكام شركة المساهمة...»^(٢).

وبناء على ما ذكر يتضح أن شركة المساهمة المبسطة من شركات الأموال؛ لأن المنظم أحال بعض أحكامها إلى أحكام شركة المساهمة.

(١) الطبيعة القانونية المختلطة لشركة المساهمة المبسطة، إسماعيل عيابة (٨٢).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٣٨).

المبحث الأول شروط تأسيس شركة المساهمة المبسطة

شركة المساهمة المبسطة - كغيرها من أشكال الشركات الأخرى - لا بد أن تتوفر فيها شروط معينة من أجل أن يكون تأسيسها صحيحاً نافعاً، ومن أجل تفادي بطلان الشركة، أو قابليتها للبطلان وما ينتج عن ذلك من آثار، ومن أجل أن يكون تأسيس شركة المساهمة المبسطة صحيحاً منتجاً لآثاره لا بد أن تتوفر فيها شروط موضوعية وشكلية على النحو الآتي:

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لشركة المساهمة المبسطة:

الشركة تعتبر عقداً بين اثنين، أو أكثر، وشأنه شأن العقود الأخرى فيتوجب أن تتوافر فيه شروط العقد نحو: الرضا والمحل والسبب، وهي الشروط الموضوعية العامة، وبما أن الشركة لها طبيعة خاصة فيشترط شروط خاصة تسمى الشروط الموضوعية الخاصة للشركة، وبيانها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية العامة لشركة المساهمة المبسطة:

الشروط الموضوعية العامة لتأسيس جميع الشركات:

أولاً: الرضا:

يعد الرضا هو الشرط الأول لانعقاد الشركة، إذ لا يتصور نشأة رابطة عقدية دون أن تستند إلى رضا أطرافها، والرضا هو التعبير عن إرادة المتعاقدين في صيغة إيجاب وقبول متطابقين تطابقاً يشمل كافة عناصر العقد وشروطه، فإذا انعدم الرضا فلا وجود لعقد الشركة، ويجب أن ينصب

الرضا على كافة شروط عقد الشركة من مقدار رأس المال، وغرضها، وكيفية إدارتها، ومقدار حصة كل شريك فيها، وطبيعة هذه الحصة، كما يجب أن ينصب الرضا على الشكل القانوني الذي اختاره الأطراف للشركة، فالرضا الذي يشمل بعض شروط العقد دون بعض، أو الذي ينصب على شكل قانوني آخر خلاف الشكل المختار، يؤدي إلى بطلان الشركة، ويجب أن يكون رضا الأطراف صحيحاً خالياً من عيوب الرضا، وهي: الغلط والتدليس، والإكراه، والاستغلال^(١)، ويتطلب أن يكون الرضا صادراً من شخص كامل الأهلية سالماً من عوارض الأهلية.

ثانياً: المحل:

محل عقد الشركة هو الغرض الذي تكونت من أجله الشركة، أو النشاط الاقتصادي الذي تقوم به، ويجب أن يكون غرض الشركة عملاً ممكناً، ومشروعاً، فيكون عقد الشركة باطلاً إذا كان محله مخالفاً للشريعة الإسلامية، أو النظام العام أو الآداب، وعلى ذلك تعتبر الشركة متى كان موضوعها الاتجار في المخدرات أو في البضائع المهربة، أو الممنوعة كذلك يجب أن يكون محل عقد الشركة عملاً جائزاً قانونياً، ولذلك تبطل الشركة إذا قامت بنشاط يمنعه القانون على شكل معين^(٢).

(١) الشركات التجارية في القانون المصري، عاطف محمد الفقي، ٢٠٠٦، ص (٥٢).

(٢) القانون التجاري، محمود الشرفاوي، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٩م، ص (١٨٦).

ومحل التزام كل شريك هو تقديم حصة نقدية أو عينية أو عمل، ولكن المقصود هنا هو محل الشركة، أي غرضها الذي تسعى إلى تحقيقه، أو كما يعبر البعض عنه بالمشروع المالي الذي سيقوم به الشركاء، فهو الغرض الذي ستوجه إليه أموال الشركة، أو النشاط الاقتصادي الذي تقوم به الشركة^(١).

ثالثاً: السبب:

السبب في عقد الشركة يختلط بالمحل، إذ إن سبب التزام الشركاء بتقديم حصة في رأس مال الشركة هو الرغبة في تحقيق الأرباح واقتسامها عن طريق القيام بمشروع اقتصادي معين، بينما يرى آخرون أن السبب لا يختلط بالمحل، وأن السبب في عقد الشركة هو دائماً رغبة كل شريك في الحصول على الربح، وأن السبب يكون لذلك مشروعاً في كل الصور^(٢).

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة لشركة المساهمة المبسطة:

يتميز عقد الشركة بشروط موضوعية خاصة به دون غيره من العقود، وهذه الشروط يستلزم وجودها طبيعة الشركة الخاصة، فشروط الشركة تتمثل في: تعدد الشركاء، وتقديم الحصص، ونية المشاركة، واقتسام الأرباح والخسائر. وبيانها على النحو الآتي:

(١) مبادئ القانون التجاري السعودي، محمد سويلم، مكتبة الرشد، ط. الأولى، ١٤٣٧هـ، ص (١٦٧).

(٢) القانون التجاري السعودي، محمد حسن الجبر، ط. السادسة، الرياض، ١٤٤٣هـ، ص (٢٣٦).

أولاً: تعدد الشركاء:

إن عقد الشركة - كما يتبين من تعريفها - يستلزم وجود شريكين فأكثر، لأن تدخل عدة أشخاص ضروري لتحقيق الغرض الاقتصادي من العقد، وهو: جمع الأموال، ومباشرة المشروع المشترك؛ فنستنتج من ذلك أنه لا يجوز لشخص واحد أن ينشئ بمفرده شركة يخصص لها جزءاً من أمواله منفاة لمبدأ وحدة الذمة، مع ذلك فإن هذا الوضع جائز لدى بعض التشريعات، ومنها نظام الشركات السعودي، حيث يطلق على هذا النوع من الشركات شركة الشخص الواحد^(١).

وقد نص نظام الشركات السعودي على أن يكون عقد الشركة من شخصين فأكثر، ولكن استثناء من الأصل يجوز إنشاء شركة من شخص واحد: «الشركة كيان قانوني يؤسس وفقاً لأحكام النظام بناء على عقد تأسيس أو نظام أساس يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال، أو عمل، أو منهما معاً لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة، واستثناء من ذلك، يجوز - وفقاً لأحكام النظام - أن تؤسس الشركة بالإرادة المنفردة لشخص واحد، ويجوز تأسيس شركات غير ربحية وفقاً لما ورد في الباب (السابع) من النظام»^(٢).

(١) القانون التجاري، إلياس حداد، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٣م، ص (١٠٦).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٢).

والأصل في شركة المساهمة المبسطة تنعقد من شخصين فأكثر، ولكن يجوز بأن تنعقد من شخص واحد، ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «في حال تأسيس شركة المساهمة المبسطة من شخص واحد، أو إذا آلت جميع أسهمها إلى شخص واحد، يترتب ما يأتي:

أ- اقتصار مسؤولية هذا الشخص على ما خصصه من مال ليكون رأس مال للشركة.

ب- أن تكون له صلاحيات وسلطات المساهمين المنصوص عليها في هذا الباب، وتصدر قراراته كتابة وتدون في سجل خاص لدى الشركة»^(١).

وقد نص القانون التجاري الفرنسي على ذلك بأنه:

(Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée " associé unique ". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective)⁽²⁾.

ترجمة النص: عندما يكون منشئ هذه الشركة شخصاً واحداً فقط، يشار إلى هذا الشخص على أنه «المساهم الوحيد». يمارس المساهم الوحيد السلطات المخولة للمساهمين عندما ينص هذا الفصل على اتخاذ قرار جماعي.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٥٠).

(2) Modifié par LOI n°2019-744 du 19 juillet 2019 - art. 27 Article L227-1.

ثانياً: تقديم الحصص:

تقديم الحصص يعد أحد شروط الأساسية في عقد الشركة، حيث نص نظام الشركات على أن: «يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منها معاً...»^(١).

ويقصد بالحصة قيمة المساهمة التي يتقدم بها الشريك إلى رأس المال، وبدون تقديم الحصة لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها، فإذا على كل شريك أن يقدم حصته مالياً، سواء كان المال نقدياً، أم مادياً: كالمقول، أو العقار، أو معنوياً: كمحل تجاري أو شهادة براءة اختراع، أو علامة تجارية، ويجوز أن تكون الحصة عملاً، ويجب أن يكون للعمل قدر من الأهمية في حياة الشركة ونشاطها^(٢).

وقد نص نظام الشركات السعودي على بعض أحكام تقديم الحصة على النحو التالي:

أولاً: تقديم الحصة:

«١- إذا كانت حصة الشريك، أو المساهم حق ملكية، أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر، كان مسؤولاً -وفقاً لأحكام عقد البيع- عن ضمان الحصة في حالة الهلاك وضمان التعرض أو الاستحقاق، أو ظهور عيب، أو نقص في الحصة، وإذا كانت حصته مجرد الانتفاع بحق شخصي على المال طُبِّقت أحكام عقد الإيجار، وذلك ما لم يتفق على غير ذلك.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٢).

(٢) الشركات التجارية في قانون الشركات المصري ونظام الشركات السعودي، محمد مصطفى مرسي، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٨م، ص (٢٩).

٢- إذا كانت حصة الشريك عملاً، وجب أن يقوم بالعمل الذي تعهد به، ويكون كل كسب ينتج من هذا العمل من حق الشركة، ولا يجوز له أن يمارس هذا العمل لحسابه الخاص، ومع ذلك لا يكون ملزماً بأن يقدم إلى الشركة ما حصل عليه من حقوق على الملكية الفكرية الناتجة عن هذا العمل، إلا إذا اتفق على ذلك»^(١).

ثانياً: حصة الشريك أو المساهم:

«١- يجوز أن تكون حصة الشريك أو المساهم نقدية أو عينية، أو الاثنتين معاً.

٢- فيما عدا شركتي المساهمة والمساهمة المبسطة، يجوز أن تكون حصة الشريك عملاً مقابل نسبة في الأرباح يحدد عقد تأسيس الشركة مقدارها، ولا يجوز أن تكون حصته ما له سمعة أو نفوذ.

٣- تُكوّن الحصص النقدية والحصص العينية وحدها رأس مال الشركة.

٤- يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة إلى شخص مقابل قيامه بعمل، أو خدمات تعود على الشركة بالنفع، وتحقق أهدافها، وذلك دون إخلال بأحكام النظام»^(٢).

وقد نصت هذه المادة على أنه يمكن تقديم الحصة التي يقدمها الشريك في شركة المساهمة المبسطة حصة مالية سواء كانت نقدية، أو عينية أو بهما

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٣).

جميعاً، أما بالنسبة لحصة العمل فلا يجوز للشريك تقديمها في شركة المساهمة المبسطة، إذ نصت المادة على أنه فيما عدا شركتي المساهمة والمساهمة المبسطة يجوز أن تكون حصة الشريك عملاً.

وفي حال تقديم حصة عينية من الشريك تُقِيم الحصة من مقيم معتمد على النحو التالي:

«إذا قدمت حصص عينية عند تأسيس الشركة، أو عند زيادة رأس مالها، وجب تقييم تلك الحصص من مقيم معتمد أو أكثر، وأن يعد المقيم تقريراً يبين فيه القيمة العادلة لهذه الحصص، ويعرض ذلك التقرير على المؤسسين أو الجمعية العامة غير العادية بحسب الأحوال للمداولة فيه، ولا يكون لمقدمي الحصص العينية المشاركة في التصويت على القرار بشأن التقرير المعد عنها، فإن قرر المؤسسون، أو الجمعية تخفيض المقابل المحدد للحصص العينية، وجب الحصول على موافقة مقدمي تلك الحصص على ذلك التخفيض.

يشترط ألا تتجاوز المدة التي بين إصدار تقرير المقيم المعتمد بتقدير القيمة العادلة للحصص العينية، وإصدار الأسهم مقابل تلك الحصص، المدة التي تحددها اللوائح»^(١).

ثالثاً: التأخر في تقديم الحصة:

«١- يعد كل شريك مديناً للشركة بالحصة التي تعهد بها.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٦٦).

٢- إذا تأخر الشريك عن تقديم حصته في رأس مال الشركة، في الأجل المحدد لذلك، كان للشركة مطالبته بتنفيذ ما تعهد به تجاهها، أو تعليق نفاذ الحقوق المتصلة بحصصه كالحق في الحصول على أرباح، أو حق التصويت في الجمعية العامة، أو على قرارات الشركاء، مع احتفاظ الشركة في جميع الأحوال بالحق في مطالبته بالتعويض عن الضرر المترتب على ذلك»^(١).

وفي حال تقديم حصة عينية في شركة المساهمة المبسطة عند التأسيس، أو عند زيادة رأس المال، فتُقيّم الحصة على النحو التالي:

أولاً: الحصة العينية تجاوز قيمتها نصف رأس مال شركة المساهمة المبسطة: فيجب تقييم الحصة العينية من مقيم معتمد أو أكثر، وأن يعد المقيم تقريراً يبين فيه القيمة العادلة لهذه الحصص، ويعرض ذلك التقرير على المؤسسين أو المساهمين، للمداولة فيه، ولا يكون لمقدمي الحصص العينية المشاركة في التصويت على القرار بشأن التقرير المعد عنها، فإن قرر المؤسسون أو المساهمون تخفيض المقابل المحدد للحصص العينية، وجب الحصول على موافقة مقدمي تلك الحصص على ذلك التخفيض.

ثانياً: الحصة العينية لم يتجاوز قيمتها نصف رأس مال الشركة المساهمة المبسطة:

لا يجب تقييم الحصة العينية من مقيم معتمد، ما لم يتفق المؤسسون أو المساهمون على غير ذلك^(٢).

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٥).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤١).

ثالثاً: نية المشاركة:

يقصد بها الرغبة الإرادية في إنشاء الشركة، والتعاون الإيجابي بين الشركاء والمساواة بينهم في المراكز القانونية، دون أن يكون بينهم تابع ومتبوع كعقد العمل، وتشاركهم جميعاً بالربح والخسارة، ونية المشاركة هي التي تميز بين عقد الشركة وبعض العقود الأخرى المشابهة له، كعقد العمل، والشركة على الشيوع.

وتختلف درجة توافر النية في المشاركة بحسب نوع الشركة، حيث تظهر النية جلية في شركات الأشخاص وبشكل أوضح من ظهورها في شركة الأموال، لأن التعاون بين الشركاء في شركات الأموال (المساهمة، المساهمة المبسطة) يكون قاصراً على تقديم الحصص في رأس المال، مع وجود قدر ضئيل من توافر نية المشاركة، تتمثل عادة في اجتماع المساهمين من أجل مراقبة أحوال الشركة، وتعيين الهيئات الإدارية^(١).

رابعاً: اقتسام الأرباح والخسائر:

هدف الشركاء من تقديمهم الحصص هو تحقيق الغرض من تكوين الشركة وهو تحقيق الربح واقتسامه بينهم، على أن الشركة كما تحقق أرباحاً قد تلحقها خسائر، لذلك يتعين على الشركاء الاشتراك في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر، ومن هنا كان اقتسام الأرباح والخسائر من الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الشركة^(٢)، والذي نص عليه نظام الشركات بأن:

(١) الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس، عدنان صالح العمر، ص (٥٩).

(٢) القانون التجاري السعودي، عبد الهادي الغامدي، (١٥٩).

«يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل أو منها معاً لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة...»^(١).

ونص نظام الشركات على كيفية تقسيم الأرباح والخسائر بأنها تكون بحسب نسبة حصة كل شريك في رأس مال الشركة، مع جواز الاتفاق بين الشركاء على تفاوت نسب الشركاء في الأرباح والخسائر:

«١- يتقاسم جميع الشركاء الأرباح والخسائر بحسب نسبة حصة كل منهم في رأس المال، فإن اتفق على حرمان أي منهم من الربح أو على إعفائه من الخسارة، عدَّ هذا الاتفاق كأن لم يكن. ومع ذلك، يجوز الاتفاق في عقد تأسيس الشركة على تفاوت نسب الشركاء في الأرباح والخسائر.

٢- يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسارة بشرط ألا يكون قد تقرر له أجر من عمله»^(٢).

المطلب الثاني: الشروط الشكلية:

يعد عقد الشركة من العقود الشكلية، حيث لا يتم صحيحاً إلا في شكل معين، ألا وهو كتابة العقد وشهره، وتفصيل ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: كتابة عقد شركة المساهمة المبسطة:

نص نظام الشركات على أنه: «يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس، وأي تعديل يطرأ عليه، مكتوباً، وإلا كان العقد أو النظام

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٢).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٢٣).

الأساس، أو التعديل باطلاً، ويكون تأسيس الشركة أو تعديل عقد تأسيسها أو نظامها الأساس بعد استيفاء ما يلزم من متطلبات وفق ما ينص عليه النظام واللوائح»^(١).

وعلى هذا فإنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، فعقد الشركة من العقود الشكلية التي تستلزم الكتابة لانعقادها وليس فقط لإثباتها، فعقد الشركة لا يكفي لانعقاده مجرد تلاقي إرادتين وتطابقهما، بل لا بد من كتابته، فالكتابة ركن شكلي لانعقاد عقد الشركة، وهذه الكتابة ليست مطلوبة فقط لإبرام العقد، بل هي مطلوبة أيضاً كلما أريد إدخال تعديلات على هذا العقد، إذ يجب أن تتم هذه التعديلات في نفس الشكل الذي تم به إبرام العقد من قبل^(٢).

ونص نظام الشركات على أنه: «١- يكون لكل شركة تؤسس وفقاً لأحكام النظام عقد تأسيس، عدا شركة المساهمة وشركة المساهمة المبسطة والشركة ذات المسؤولية المحدودة المملوكة لشخص واحد، فيكون لكل منها نظام أساس.

٢- يجب أن يشمل عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس على الأحكام والشروط والبيانات التي يتطلبها النظام وبما يتناسب مع شكل الشركة.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٨).

(٢) الشركات التجارية في القانون المصري، عاطف الفقي، ص (٩٦).

٣- يجب أن يكون عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس باللغة العربية، ويجوز أن يكون مقروناً بترجمة إلى لغة أخرى^(١).

فيجب في شركة المساهمة المبسطة عند تأسيسها كتابة عقد التأسيس والنظام الأساس للشركة، إلا في حال كون شركة المساهمة المبسطة مملوكة لشخص واحد فيكون لها نظام أساس ولا يشترط أن يكون لها عقد تأسيس لأن مالها من شخص واحد.

ونص نظام الشركات على البيانات الإلزامية لنظام الأساس لشركة المساهمة المبسطة على نحو التالي: «يجب أن يشمل النظام الأساس لشركة المساهمة المبسطة بصفة خاصة على البيانات الآتية:

- أ- اسم الشركة.
- ب- المركز الرئيس للشركة.
- ج- غرض الشركة.
- د- رأس مال الشركة المصرح به - إن وجد - والمصدر والمدفوع منه.
- هـ- عدد الأسهم، وأنواعها وفئاتها إن وجدت، والقيمة الاسمية، والحقوق المتصلة بكل نوع أو فئة.
- و- مدة الشركة، إن وجدت.
- ز- إدارة الشركة والأحكام الخاصة بذلك.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٧).



ح- التنازل عن الأسهم.

ط- اجتماعات المساهمين، والنصاب اللازم لصحتها.

ي- قرارات المساهمين، والنصاب اللازم لصدورها.

ك- تاريخ بدء السنة المالية وانتهائها.

ل- أي أحكام أو شروط أو بيانات أخرى يتفق المؤسسون أو المساهمون على تضمينها في نظام الشركة الأساس ولا تتعارض مع أحكام النظام^(١).

ويجب أن يرفق مع النظام الأساس لشركة المساهمة المبسطة عقد تأسيس الشركة الذي يشتمل على التالي: «يجب أن يرفق بالنظام الأساس عند تقديم طلب تأسيس الشركة الآتي:

أ- أسماء المؤسسين، وعناوينهم، وجنسياتهم.

ب- بيان عن الأعمال والنفقات المتوقعة لتأسيس الشركة.

ج- إقرار المؤسسين بالاككتاب بكل أسهم الشركة، وقيمة المدفوع منها.

د- شهادة إيداع القدر المدفوع من رأس المال المصدر لدى أحد البنوك المرخص لها في المملكة.

هـ- قرار من المؤسسين بتعيين رئيس الشركة، أو مديرها أو مجلس إدارتها، بحسب الأحوال، متضمناً أسماءهم وجنسياتهم، وعناوينهم، وتواريخ ميلادهم.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٠).

و- إقرار المؤسسين الالتزام بجميع متطلبات النظام ذات الصلة بتأسيس الشركة.

ز- بيان أو تقرير معد من مقيم معتمد، أو أكثر يُبين فيه القيمة العادلة للحصص العينية (إن وجدت)، وإقراراً من باقي المؤسسين بالموافقة على المقابل المحدد لها^(١).

وإذا كانت شركة المساهمة المبسطة يملكها شخص واحد فيكتفى بتقديم النظام الأساس لشركة، فلا يجب كتابة عقد تأسيس للشركة لعدم الحاجة لها إلا في حالة تعدد الشركاء في الشركة.

الفرع الثاني: الشهر:

الشهر أي: الإعلان عن وجود الشركة، وإعلام الغير بقيام الشركة، وبيان نشاطها ورأس مالها وأسماء الشركاء، وهذا الالتزام يفرضه المنظم على كافة أشكال الشركات، والشهر يهم أمر المتعاملين مع الشركة، وتختلف وسائل الشهر باختلاف نوع الشركة، ويقصد بشهر عقد الشركة تسجيل العقد لدى جهة مختصة بتسجيل الشركات وقيده بالسجل التجاري ونشره في إحدى الصحف^(٢).

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٠).

(٢) الشركات التجارية في قانون الشركات المصري ونظام الشركات السعودي، محمد مصطفى مرسي، ص (٤٦).

ونص نظام الشركات على قيد عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس لدى السجل التجاري ويشهر السجل التجاري بيانات عقد تأسيس الشركة على النحو التالي:

«٢- يجب أن يُقيد المؤسسون، أو الشركاء أو مديرو الشركة، أو أعضاء مجلس إدارتها -بحسب الأحوال- عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس، وما يطرأ عليه من تعديل لدى السجل التجاري، ويشهر السجل التجاري ما يلزم من بيانات أو وثائق وفقاً لأحكام النظام واللوائح، ويكون من تسبب من هؤلاء في عدم قيد الوثائق لدى السجل التجاري؛ مسؤولاً بالتضامن عن التعويض عن الضرر الذي يصيب الشركة أو الشركاء أو المساهمين أو الغير جراء عدم القيد.

٣- يتاح للغير الاطلاع على البيانات والوثائق المنصوص عليها في الفقرة (٢) من هذه المادة، وتُعد البيانات والوثائق المستخرجة من السجل التجاري حجة في مواجهة الشركة والغير.

٤- لا يجوز الاحتجاج على الغير بعقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساس أو بأي تعديل عليه إلا بعد القيد لدى السجل التجاري، وإذا لم يُقيد بيانٌ أو أكثر فيكون وحده غير نافذ في مواجهة الغير»^(١).

وإشهار الشركة يمكن الغير الذي يرتبط بعلاقات قانونية مع الشركة العلم من الاطلاع على كافة الشروط والأحكام الجوهرية للشركة.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٨).

المبحث الثاني إدارة شركة المساهمة المبسطة

يتولى إدارة شركة المساهمة المبسطة رئيسها أو مديرها أو مجلس إدارتها تحت إشراف المساهمين ورقابتهم المباشرة، حيث لا يوجد جمعيات عامة عادية، أو غير عادية للتداول واتخاذ القرارات، بل يتم تداول واتخاذ القرارات بواسطة المساهمين مباشرة، وفقاً للشروط التي ينص عليها النظام الأساس^(١)، وقد نص نظام الشركات على ذلك بأنه: «تحدد طريقة إدارة شركة المساهمة المبسطة في نظامها الأساس^(٢)»، وهذا ما نص عليه القانون الفرنسي بأن:

(Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée)^(٣).

الترجمة: يحدد النظام الأساسي الشروط التي يتم بموجبها تشغيل الشركة وإدارتها.

وبيان إدارة شركة المساهمة من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها:

لم يفرض نظام الشركات -خلافاً لشركة المساهمة- طريقة معينة لإدارة شركة المساهمة المبسطة، فترك للمساهمين حرية في تحديد طريقة إدارتها في

(١) الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس، عدنان صالح العمر، ص (٢٦٩).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٢).

(٣) Article L227-5.

نظامها الأساس، فيمكن أن يتولى إدارتها رئيس أو مدير أو مجلس إدارة أو غير ذلك، كما يبين نظامها الأساس طريقة تعيين من يتولى إدارتها، وعزله، وحدود سلطاته وصلاحياته وطريقة عمله، فإن خلا نظام الشركة الأساس من أحكام بهذا الخصوص تولى المساهمون ذلك على النحو السابق، وقد نص نظام الشركات بأنه: «يحدد طريقة إدارة شركة المساهمة المبسطة في نظامها الأساس، ويجوز أن يتولى إدارتها رئيس أو مدير أو أكثر أو مجلس إدارة أو غير ذلك، ويبين في نظام الشركة الأساس طريقة تعيين من يتولى إدارتها، وعزله، وحدود سلطاته وصلاحياته وطريقة عمله. وإذا خلا نظام الشركة الأساس من أحكام بهذا الخصوص، تولى المساهمون ذلك»^(١).

وقد نص قانون شركة المساهمة المغربي على أن الذي يدير شركة المساهمة المبسطة هو رئيسها الذي يُعيّن حسب النظام الأساس، ويجوز أن يكون شخصاً اعتبارياً، إذ نص على أنه: «يحدد النظام الأساسي شروط تسيير الشركة، غير أنه يجب أن يكون للشركة رئيس يعين أصلاً في النظام الأساسي، ثم فيما بعد على النحو الذي يحدد في ذلك النظام، ويمكن أن يكون هذا رئيساً شخصياً معنوياً، ويخضع في هذه الحالة مسيرو هذا الشخص المعنوي لنفس الشروط والالتزامات، ويتحملون نفس المسؤوليات المدنية أو الجنائية كما لو كانوا رئيساً باسمهم الخاص، دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي المسير من طرفه»^(٢).

(١) نظام الشركات ١٤٤٣ هـ، المادة (١٤٢).

(٢) قانون الشركات المساهمة المغربي، المادة (٤٣٢).

فقد نصت المادة على ضرورة تعيين الرئيس، وهو الجهاز الإداري الوحيد الذي فرضه المشرع في إدارة شركة المساهمة المبسطة، فإن تعيين الرئيس يتم من طرف الشركاء، إذ يتعين عليهم أن يحددوا في النظام الأساسي الشروط الواجبة توفرها لاختياره أو تعيينه، كالكفاءة العلمية والخبرة، وطرق العزل وأسبابه، وعليهم تحديد مهامه، ومدة المهمة والسن، وطرق التعيين بالإجماع أو الأغلبية أو التعيين بالتوافق، والأجر أو المكافأة، وغيرها من المسائل التي يقدر الشركاء وجودها حسماً للنزاع والخلاف، خاصة وأن النظام الأساسي سيكون دستور التعيينات اللاحقة أو المستقبلية^(١).

ويتبين من خلال النظر في نص المادتين أن نطاق النظام السعودي واسع في تعيين مدير الشركة رئيساً للشركة، أو مديرها أو مجلس إدارتها، بعكس القانون المغربي، فهو يسمي ممثل الشركة رئيس الشركة فقط فنطاقه ضيق، ونص القانون المغربي على وجوب تسمية رئيس الشركة في النظام الأساس، أما بالنسبة للنظام السعودي فيفضل ذلك، ولكن في حالة عدم ذكره في النظام الأساس يتولى إدارة الشركة المساهمون.

ونص القانون التجاري الجزائري على أن يتولى إدارة شركة المساهمة رئيس الشركة أو القائم بالإدارة المعين بالنظام الأساسي إذ جاء فيه: «يمارس رئيس شركة المساهمة البسيطة أو القائم بالإدارة المعين في قانونها الأساسي كمدير عام أو مدير عام مفوض، صلاحيات مجلس الإدارة أو رئيسته»^(٢).

(١) الطبعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة في القانون المغربي، خالد أحرييل، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد (٧) رسالة ماجستير ٢٠١٧م، ص (٩٣).

(٢) القانون التجاري الجزائري، المادة (٧١٥).

ويتمتع رئيس الشركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها بأوسع الصلاحيات في إدارة الشركة، من أجل القيام بالعمل على أكمل وجه، لتحقيق الغرض الذي من أجله تم إنشاء الشركة، ويجوز تخصيص بعض التصرفات، لتكون من اختصاص المساهمين، وخارجه من اختصاصات رئيس الشركة، ويجوز لرئيس الشركة تفويض بعض صلاحياته للغير، ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يكون لرئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها -بحسب الأحوال- أوسع السلطات في إدارة الشركة بما يحقق أغراضها، وذلك فيما عدا ما استثني بنص خاص في النظام، أو نظام الشركة الأساس من أعمال أو تصرفات تدخل في اختصاص المساهمين، ويكون للرئيس أو المدير -في حدود اختصاصاته- أن يفوض الغير في مباشرة عمل معين أو أكثر، ولمجلس الإدارة -في حدود اختصاصاته- أن يفوض واحداً أو أكثر من أعضائه أو من الغير في مباشرة عمل معين أو أكثر»^(١).

وقد نص القانون التجاري الفرنسي بأنه:

(La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٢).

Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article.

Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers⁽¹⁾.

الترجمة: يمثل الشركة تجاه الأطراف الثالثة، رئيس مجلس إدارتها الذي يعين وفقاً للشروط المنصوص عليها في النظام الأساسي.

يتمتع رئيس مجلس الإدارة بأوسع الصلاحيات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة في حدود غرض الشركة يجوز أن ينص النظام الأساسي على الشروط التي بموجبها يجوز لشخص أو أكثر غير الرئيس الذي يحمل لقب المدير العام، أو نائب المدير العام ممارسة الصلاحيات المخولة له بموجب هذه المادة فالأحكام القانونية التي تعد من صلاحيات الرئيس غير قابلة للتنفيذ ضد أطراف ثالثة.

ويعد رئيس الشركة، أو مديرها أو مجلس الإدارة في شركة المساهمة المبسطة في حكم الوكيل عن الشركة، لأن له كل السلطات المتعلقة في إدارة الشركة والقيام بكافة الأعمال اللازمة لتحقيق غرضها، وذلك فيما عدا ما استثني بنص خاص في القانون أو نظام الشركة من أعمال، أو تصرفات تقع في اختصاص المساهمين.

(1) Modifié par Loi n°2003-706 du 1 août 2003 - art. 118 () JORF 2 août 2003 Article L227-6

وعلى هذا فإنه يكون لرئيس الشركة مباشرة كافة الأعمال القانونية أو المادية اللازمة لتحقيق غرض الشركة، لا فرق في ذلك بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة، لكي يستطيع رئيس الشركة مواجهة كافة الظروف واتخاذ القرارات اللازمة لتسيير الشركة وتحقيق غرضها^(١).

ومن صلاحيات رئيس شركة المساهمة المبسطة، أو مديرها أو رئيس مجلس إدارتها تمثيل الشركة أمام القضاء وهيئة التحكيم، وأمام جميع المتعاملين مع الشركة وجميع التصرفات القانونية التي تحت صلاحياته، ويجوز له توكيل الغير في تمثيل الشركات، ونص نظام الشركات على ذلك بأن: «يمثل رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو رئيس مجلس إدارتها -بحسب الأحوال- الشركة أمام القضاء وهيئات التحكيم والغير، ويجوز أن يفوض غيره في تمثيلها إذا نص نظامها الأساس على ذلك»^(٢).

وقد نص قانون الشركات المساهمة المغربي على تمثيل رئيس الشركة أمام الغير بأن: «يمثل الرئيس للشركة تجاه الأغيار، وتحويل له أوسع السلط للتصرف في كل وقت باسم الشركة في حدود غرضها تلتزم الشركة في علاقاتها مع الأغيار حتى بتصرفات الرئيس التي لا صلة لها بغرض الشركة، إلا إذا أقامت الدليل على أن الأغيار كانوا على علم بتجاوز التصرف لهذا الغرض، أو يكونوا ليجهلوا نظراً للظروف، مع العلم أن مجرد نشر النظام الأساسي غير كاف لإقامة هذا الدليل.

(١) الشركات التجارية في قانون الشركات المصري ونظام الشركات السعودي، محمد مصطفى مرسي، ص (٤٢٣).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٢).

لا يمكن الاحتجاج بالنصوص النظامية التي تحد من سلط الرئيس ضد الأغيار، تحدد في العلاقات ما بين الشركاء سلطات الرئيس، وعند الاقتضاء باقي المسيرين المنصوص عليها في النظام الأساسي بمقتضى هذا النظام في الحالة التي يتم فيها تطبيق القواعد العامة المتعلقة بشركة المساهمة، للرئيس أو المسيرين المعينين بالنظام الأساسي لهذه الغاية كل سلط الإدارة والتدبير والتسيير.

تطبق القواعد المحددة لمسؤولية أعضاء مجلس الإدارة، أو التدبير أو التسيير على رئيس ومسيري شركات المساهمة المبسطة المكونة بين الشركات»^(١).

رئيس الشركة هو ممثل الشركة قانوناً، ومن ثم تُسأل الشركة عن جميع تصرفات وأعمال رئيسها متى توافر أمران:

- أن يتعاقد الرئيس باسم الشركة وحسابها، ويعتبر الأمر كذلك متى تم التوقيع على التصرف بعنوان الشركة، وإذا تعاقد المدير بدون عنوان الشركة، كان معنى ذلك قيام قرينة على أن الرئيس يتعاقد لحسابه الخاص، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، ويجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، وللقاضي سلطة التقدير.

- أن يتعاقد الرئيس في حدود غرض الشركة طبقاً للنظام الأساس ما لم يكن الغير سيئ النية^(٢)، وفي ذلك نص نظام الشركات على أن: «تلتزم شركة المساهمة المبسطة بجميع الأعمال، والتصرفات التي يجريها الرئيس

(١) قانون الشركات المساهمة المغربي، المادة (٤٣٥).

(٢) القانون التجاري السعودي، محمد الجبر، (٣٠٨).

أو المدير، أو مجلس الإدارة - بحسب الأحوال - باسمها ولو كانت خارج اختصاصاته، إلا إذا كان من تعامل معه سيئ النية، أو كان يعلم أن تلك الأعمال والتصرفات خارجة عن اختصاصاته»^(١).

رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها، له أن يمارس جميع صلاحيات واختصاصات المقررة لرئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة، ويحلون محلهم، بحيث يكون لرئيس الشركة أو مديرها أو مجلس الإدارة أوسع السلطات في إدارة الشركة بما يحقق أغراضها، وذلك فيما عدا ما استثني بنص خاص في النظام، أو نظام الشركة الأساس من أعمال أو تصرفات تدخل في اختصاص المساهمين.

ويكون للرئيس، أو للمدير، أو للمجلس أيضاً - في حدود اختصاصاته - أن يفوض واحداً أو أكثر من أعضائه، أو من الغير في مباشرة عمل، أو أعمال معينة^(٢).

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يمارس رئيس شركة المساهمة المبسطة، أو مديرها أو مجلس إدارتها - بحسب الأحوال - جميع الاختصاصات المقررة لرئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة ويحلون محلهم، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب»^(٣).

ويجب على رئيس الشركة، أو مديرها، أو مجلس إدارتها، الالتزام بواجبات العناية والولاء، وبوجه خاص ما يأتي:

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٢).

(٢) نظام الشركات مع تصرف المادة (٧٧).

(٣) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٣٨).

- أ- ممارسة مهامه في حدود الصلاحيات المقررة له.
 ب- العمل على مصلحة الشركة، وتعزيز نجاحها.
 ج- اتخاذ القرارات أو التصويت عليها باستقلال.
 د- بذل العناية والاهتمام، والحرص، والمهارة المعقولة، والمتوقعة.
 هـ- تجنب حالات تعارض المصالح.
 و- الإفصاح عن أي مصلحة له مباشرة أو غير مباشرة في الأعمال والعقود التي تتم لحساب الشركة.
 ز- عدم قبول أي منفعة ممنوحة له من الغير فيما له علاقة بدوره في الشركة^(١).

بالنسبة لتقديم القروض، فلا يجوز لشركة المساهمة المبسطة أن تقدم قرضاً من أي نوع إلى أي من أعضاء مجلس إدارتها، ولا يجوز لها عقد أي كفالة، أو تقديم أي ضمانات تتعلق بقرض يعقده أي منهم مع الغير، ويسري ذلك على كل قرض، أو كفالة، أو ضمان يقدم لأي من أقاربه، ويعد باطلاً كل عقد يتم بالمخالفة لذلك، ويحق للشركة مطالبة المخالف أمام الجهة القضائية المختصة بالتعويض عما قد يلحقها من ضرر.

ويستثنى من منع تقديم القروض الآتي:

- أ- البنوك وغيرها من شركات التمويل، إذ يجوز لها -في حدود أغراضها وبالأوضاع، والشروط التي تتبعها في معاملاتها مع الجمهور- أن تقرض

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٢٦)، مع تصرف.

أحد أعضاء مجلس إدارتها أو أن تفتح له اعتماداً أو أن تضمنه في القروض التي يعقدها مع الغير.

ب- القروض والضمانات التي تمنحها الشركة وفق برامج تحفيز العاملين فيها التي تمت الموافقة عليها وفق أحكام نظام الشركة الأساس، أو بقرار من الجمعية العامة^(١).

وقد نص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يسري حكم المادة (الثانية والسبعين) من النظام على رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها، أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال»^(٢).

ويلتزم رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها في نهاية كل سنة مالية للشركة المساهمة المبسطة كما هو منصوص عليه في النظام الأساس للشركة، بأن يعد القوائم المالية للشركة وتقرير عن نشاطها المالي، ومركزها المالي عن السنة الماضية على النحو الذي نص عليه النظام.

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يجب على رئيس شركة المساهمة المبسطة، أو مديرها، أو مجلس إدارتها -بحسب الأحوال- في نهاية كل سنة مالية للشركة، أن يعد القوائم المالية للشركة وتقريراً عن نشاطها ومركزها المالي عن السنة المالية المنقضية، ويضمّن هذا التقرير الطريقة المقترحة لتوزيع الأرباح إن وجدت. وتعرض هذه الوثائق وتقرير مراجع الحسابات، إن

(١) نظام الشركات، المادة (٧٢)، مع تصرف.

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٤).

وجد على المساهمين، وذلك خلال (سنة) أشهر من تاريخ انتهاء السنة المالية للشركة، وعليه إيداع هذه الوثائق وفقاً لما تحدده اللوائح»^(١).

المطلب الثاني: المساهمون:

المساهمون في شركة المساهمة المبسطة لهم دور كبير ومباشر في إدارة الشركة، واتخاذ القرارات بشأنها، لأنهم يحلون محل الجمعية العامة في شركة المساهمة، ويمارسون الاختصاصات التي تمارسها، ونص نظام الشركات على أن: «يحل المساهمون محل الجمعية العامة العادية وغير العادية لشركة المساهمة، وذلك في نطاق الأحكام التي تسري على شركة المساهمة المبسطة، وللمساهمين تحديد من يتولى تلك الاختصاصات في نظام الشركة الأساس، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب»^(٢).

وهذا نص صريح بأن المساهمين يحلون محل الجمعية العامة العادية وغير العادية لشركة المساهمة، ومن أجل ذلك نذكر اختصاصات الجمعية العامة في شركة المساهمة من أجل معرفة اختصاصات المساهمين في شركة المساهمة المبسطة على النحو الآتي:

أولاً: اختصاصات المساهمين محل اختصاصات الجمعية العامة العادية وغير العادية:

أ- تعيين رئيس الشركة أو مديرها، أو مجلس إدارتها أعضاء، وعزلهم.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٧).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٣٨).

ب- تعيين مراجع حسابات أو أكثر للشركة، وفقاً لما يقتضيه النظام، وتحديد أتعابه، وإعادة تعيينه، وعزله.

ج- الاطلاع على تقرير رئيس الشركة ومناقشته.

د- الاطلاع على القوائم المالية للشركة ومناقشتها.

هـ- مناقشة تقرير مراجع الحسابات -إن وجد- واتخاذ قرار بشأنه.

و- البت في اقتراحات رئيس الشركة بشأن طريقة توزيع الأرباح.

ز- تكوين احتياطات الشركة وتحديد استخداماتها.

ق- تعديل نظام الشركة الأساس.

ل- تقرير استمرار الشركة أو حلها.

ح- الموافقة على شراء الشركة لأسهمها.

وهذه الاختصاصات هي اختصاصات الجمعية العامة العادية وغير العادية في شركة المساهمة التي حل محلها المساهمين في شركة المساهمة المبسطة.

ثانياً: ما تختص به الجمعية العامة العادية:

ونص نظام الشركات على أنه: «فيما عدا ما تختص به الجمعية العامة غير العادية، تختص الجمعية العامة العادية بجميع الأمور المتعلقة بالشركة، وعلى الأخص ما يأتي:

أ- انتخاب أعضاء مجلس الإدارة، وعزلهم.

- ب- تعيين مراجع حسابات أو أكثر للشركة، وفقاً لما يقتضيه النظام، وتحديد أتعابه، وإعادة تعيينه، وعزله.
- ج- الاطلاع على تقرير مجلس الإدارة ومناقشته.
- د- الاطلاع على القوائم المالية للشركة ومناقشتها.
- هـ- مناقشة تقرير مراجع الحسابات -إن وجد- واتخاذ قرار بشأنه.
- و- البت في اقتراحات مجلس الإدارة بشأن طريقة توزيع الأرباح.
- ز- تكوين احتياطات الشركة وتحديد استخداماتها^(١).

ثالثاً: ما تختص به الجمعية العامة غير العادية:

ونص نظام الشركات على أنه: «تختص الجمعية العامة غير العادية بالآتي:

- ١- تعديل نظام الشركة الأساس، إلا ما يتعلق بها يأتي:
 - أ- حرمان المساهم أو تعديل أيّ من حقوقه الأساسية التي يستمدها بصفته مساهماً، وذلك مع مراعاة طبيعة الحقوق المتعلقة بنوع، أو فئة الأسهم التي يمتلكها المساهم، وبخاصة ما يأتي:
 - (١) الحصول على نصيب من الأرباح التي يتقرر توزيعها، سواء أكان التوزيع نقداً أم من خلال إصدار أسهم مجانية لغير عاملي الشركة والشركات التابعة لها.

(٢) الحصول على نصيب من صافي أصول الشركة عند التصفية.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٨٧).

٣) حضور جمعيات المساهمين العامة أو الخاصة، والاشتراك في مداوالاتها، والتصويت على قراراتها.

٤) التصرف في أسهمه، إلا وفقاً لأحكام النظام.

٥) طلب الاطلاع على سجلات الشركة ووثائقها، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضاء المجلس، والطعن ببطان قرارات جمعيات المساهمين العامة والخاصة.

ب- التعديلات التي من شأنها زيادة الأعباء المالية للمساهمين، ما لم يوافق على ذلك جميع المساهمين.

٢- تقرير استمرار الشركة أو حلها.

٣- الموافقة على شراء الشركة لأسهمها^(١).

رابعاً: اجتماع المساهمين:

يحدد في نظام الشركة الأساس النصاب اللازم لصحة اجتماعات المساهمين وصدور قراراتها، كما يحدد المسائل اللازم عرضها على المساهمين لاتخاذ قرار بشأنها، وذلك بشكل وشروط محددة، والمسائل التي تستلزم إجماع المساهمين، ولا مانع من تحديد النظام الأساس أنصبة مختلفة لمسائل معينة عند عرضها على المساهمين، واتخاذ القرار فيها يتعين على المساهمين اتخاذ القرارات المتعلقة بزيادة رأس المال، أو تخفيضه، أو تحول الشركة إلى شكل آخر أو اندماجها أو تقسيمها، أو حلها، أو تعيين مراجع الحسابات،

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (٨٥).

أو مناقشة القوائم المالية، أو توزيع الأرباح أو تعديل نظام الشركة الأساس، ومتى تعلق القرار بأي من هذه الموضوعات يكون للمساهم حق الحصول والاطلاع على المعلومات، والوثائق ذات العلاقة الخمسة الأيام السابقة لتاريخ المحدد لعقد الاجتماع، ما لم ينص نظام الشركة الأساس على مدة أطول^(١).

وتعقد اجتماعات المساهمين في شركة المساهمة المبسطة بدعوة من رئيسها أو مديرها أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال، وفقاً للأوضاع التي يحددها نظام الشركة الأساس، ويجوز الدعوة لاجتماع المساهمين في شركة المساهمة المبسطة بناء على طلب مراجع الحسابات أو مساهم أكثر يمثلون ١٠٪ من أسهم الشركة التي لها حقوق تصويت على الأقل.

وهذا ما نص عليه نظام الشركات بأنه: «مع مراعاة نظام الشركة الأساس، تعقد اجتماعات المساهمين في شركة المساهمة المبسطة بدعوة من رئيسها أو مديرها، أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال وفقاً للأوضاع التي يحددها نظام الشركة الأساس، وتجوز الدعوة لاجتماع المساهمين بناء على

(١) القانون التجاري السعودي، عبد الهادي الغامدي، (٢٨٤).

طلب مراجع الحسابات إن وجد، أو مساهم أو أكثر يمثلون (عشرة في المائة) من أسهم الشركة التي لها حقوق تصويت على الأقل»^(١).

تُوجّه الدعوة إلى اجتماع شركة المساهمة المبسطة إلى جميع المساهمين قبل الموعد الذي تم تحديده بخمسة أيام على الأقل، ويفرق مع الدعوة جدول الأعمال متضمناً البنود المطلوب تصويت المساهمين عليها.

ونص على ذلك نظام الشركات بأنه: «توجه الدعوة إلى الاجتماع إلى جميع المساهمين قبل الميعاد المحدد له (بخمسة) أيام على الأقل، متضمنة مكان عقد الاجتماع وتاريخه وموعده، ويُرفق بها جدول الأعمال متضمناً البنود المطلوب تصويت المساهمين عليها»^(٢).

ويجوز أن يحدد في الدعوة الأولى للاجتماع تحديد موعد للاجتماع الثاني في حال لم يتوافر النصاب اللازم لانعقاد الاجتماع الأول المنصوص عليه في نظام الشركة الأساس.

ونص على ذلك نظام الشركات بأنه: «ويجوز أن يُحدد في الدعوة مكان عقد الاجتماع الثاني، وتاريخه وموعده، في حال لم يتوافر النصاب اللازم لعقد الاجتماع الأول»^(٣).

أما طريقة تبليغ المساهمين للاجتماع شركة المساهمة المبسطة، فيُبلِّغ المساهمون بخطابات مسجلة ترسل إلى عناوين المساهمين الواردة في سجل

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٦).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٦).

(٣) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٦).

المساهمين، أو من خلال وسائل التقنية الحديثة مثل البريد الإلكتروني، وتطبيق الواتس أب ما لم ينص نظام الشركة الأساس على غير ذلك.

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يبلغ المساهمون بالدعوة بخطابات مسجلة ترسل على عناوينهم الواردة في سجل المساهمين، أو من خلال وسائل التقنية الحديثة، ما لم ينص في نظام الشركة الأساس على غير ذلك»^(١).

إذا وجه رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها دعوة لاجتماع المساهمين للنظر في المسائل المنصوص عليها في النص التالي: «يُحدد في النظام الأساس لشركة المساهمة المبسطة المسائل التي يجب عرضها على المساهمين لاتخاذ قرار بشأنها، وذلك بالشكل والشروط المحددة في النظام المذكور، ومع ذلك، يجب أن تتخذ من المساهمين القرارات الداخلة في اختصاصات الجمعية العامة العادية، أو غير العادية لشركة المساهمة فيما يتعلق بزيادة رأس المال، أو تخفيضه أو تحول الشركة إلى شكل آخر أو اندماجها أو تقسيمها أو حلها، أو تعيين مراجع الحسابات، أو مناقشة القوائم المالية أو توزيع الأرباح، أو تعديل نظام الشركة الأساس»^(٢).

يحق لكل مساهم في الحصول والاطلاع على المعلومات والوثائق المتعلقة بها، ويكون هناك وقت كاف للاطلاع على هذه الوثائق لا يقل عن خمسة أيام قبل الموعد المحدد للاجتماع، ما لم ينص نظام الشركة الأساس على مدة أطول من خمسة أيام.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٦).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٥/١).

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «إذا وُجِّهت الدعوة إلى اجتماع المساهمين للنظر في المسائل المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة (الخامسة والأربعين بعد المائة) من النظام، كان لكل مساهم الحق في الحصول والاطلاع على المعلومات والوثائق المتعلقة بها، وذلك في أي وقت خلال (الخمس) أيام السابقة للتاريخ المحدد لعقد الاجتماع، ما لم ينص نظام الشركة الأساس على مدة أطول»^(١).

يُعقد اجتماع المساهمين الذي يُحدد مسبقاً في مركز الشركة الرئيس أو أي مكان آخر يرضيه المساهمون، وبالإمكان عقد الاجتماع عن طريق الاتصال المرئي بإرسال رابط الاجتماع للمساهمين.

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «تُعقد اجتماعات المساهمين في مركز الشركة الرئيس، أو أي مكان آخر يحدده، ويجوز عقدها عبر وسائل التقنية الحديثة»^(٢).

ويحق للمساهمين في شركة المساهمة المبسطة الذين يمثلون جميع أسهم شركة المساهمة المبسطة التي لها حقوق التصويت أن يُعقد اجتماع المساهمين دون مراعاة للأوضاع، والمدد المقررة للدعوة، وهذا يُعد ميزة لشركة من أجل تبسيط إجراءاتها على المساهمين بشروط معينة.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٦).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٦).

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يجوز للمساهمين الذين يمثلون جميع أسهم الشركة التي لها حقوق تصويت أن يعقدوا اجتماعهم دون مراعاة للأوضاع، والمدد المقررة للدعوة»^(١).

يجب كتابة مداورات اجتماع المساهمين في شركة المساهمة المبسطة، وكذلك قراراتهم أو القرارات التي تصدر بالتمرير بدون اجتماع، ويتم كتابتها في محاضر تدون في سجل خاص يوقعه رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس الإدارة، ولا يشترط توقيع المساهمين الحاضرين للاجتماع، ويمكن الاستفادة من التقنية الحديثة بكتابة محاضر الاجتماع باستخدام وسائل التقنية الحديثة لإثبات، وتدوين المداورات والقرارات.

ونص نظام الشركات على أنه: «تثبت مداورات اجتماع المساهمين وقراراتهم أو القرارات التي تصدر بالتمرير؛ في محاضر تدون في سجل خاص يوقعه رئيس الشركة، أو مديرها أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال، وللشركة استخدام وسائل التقنية الحديثة لإثبات وتدوين المداورات والقرارات»^(٢).

ويجب على رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها أن يقيّد قرارات المساهمين لدى السجل التجاري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرارات من المساهمين.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٦).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٨).

وقد نص نظام الشركات على ذلك بأنه: «على رئيس الشركة أو مديرها، أو مجلس إدارتها -بحسب الأحوال- أن يقيد لدى السجل التجاري قرارات المساهمين التي تحددها اللوائح خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ صدورها»^(١).

وفي حال عُرض موضوع معين، أو اقتراح معين على المساهمين بأن يرسل رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها القرار المقترح، والوثائق ذات الصلة به إلى جميع المساهمين، فإنه يجوز إصدار قرار المساهمين بعرضه عليهم بالتمرير دون الحاجة إلى اجتماع المساهمين.

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يجوز أن يُنص في نظام الشركة الأساس على إصدار قرار المساهمين بعرضه عليهم بالتمرير دون الحاجة إلى اجتماعهم، وفي هذه الحالة، يرسل رئيس الشركة أو مديرها، أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال، القرار المقترح والوثائق ذات العلاقة به إلى جميع المساهمين، مع بيان ما يتعين على المساهم اتباعه للموافقة عليه والتاريخ الذي يتعين فيه صدوره.

ما لم ينص نظام الشركة الأساس على وسيلة إبلاغ أخرى، يجوز أن يُرسل القرار المقترح وما يتعلق به من وثائق بأي من الوسائل الآتية:
أ- إرسالها إلى المساهمين بخطابات مسجلة.

ب- التسليم شخصياً إلى المساهمين، أو من ينوب عنهم نظاماً.

ج- إرسالها بالبريد الإلكتروني، أو أي من وسائل التقنية الحديثة.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٨).

يحدد نظام الشركة الأساس النصاب اللازم لصحة إصدار قرارات المساهمين بالتمرير»^(١).

يجب موافقة المساهمين بالإجماع على تضمين نظام الشركة الأساس في شركة المساهمة المبسطة أو تعديل مجموعة من القرارات.

وقد نص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يشترط موافقة المساهمين بالإجماع على تضمين نظام الشركة الأساس أحكام المواد (الحادية والخمسين بعد المائة) و(الثانية والخمسين بعد المائة) و(الثالثة والخمسين بعد المائة) من النظام، وعلى أي تعديل يطرأ على أي منها»^(٢).

والقرارات هي على النحو التالي:

أولاً: وضع قيود التصرف في الأسهم تتعلق بما يأتي:

أ- حظر التصرف في الأسهم لمدة لا تتجاوز (عشر) سنوات من تاريخ إصدار الأسهم، ويجوز تمديد هذه مدة قيد التصرف بإجماع المساهمين.

ب- اشتراط موافقة الشركة، أو المساهمين قبل التصرف فيها.

وقد نص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يجوز أن يُنص في نظام الشركة الأساس على قيود حول التصرف في الأسهم تتعلق بالآتي:

أ- حظر التصرف فيها لمدة لا تتجاوز (عشر) سنوات من تاريخ إصدارها، ويجوز تمديد هذه المدة بإجماع المساهمين.

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٤٩).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٥٤).

ب- اشتراط موافقة الشركة، أو المساهمين قبل التصرف فيها.

ويعد باطلاً كل تصرف في الأسهم يقع بالمخالفة لتلك القيود^(١).

ثانياً: إلزام أحد المساهمين بالتنازل عن أسهمه:

ويقدر ثمن شراء الأسهم وفقاً للقيمة العادلة، ما لم ينص نظام الشركة الأساس في شركة المساهمة المبسطة على غير ذلك، ويجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على تعليق الحقوق المتصلة بأسهم ذلك المساهم - فيما عدا الحقوق المالية - إلى حين تنازله عنها.

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على شروط إلزام أحد المساهمين بالتنازل عن أسهمه، ويقدر ثمن شراء الأسهم وفقاً للقيمة العادلة، ما لم ينص نظام الشركة الأساس على غير ذلك. ويجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على تعليق الحقوق المتصلة بأسهم ذلك المساهم - فيما عدا الحقوق المالية - إلى حين تنازله عنها»^(٢).

وقد نص قانون الشركات المساهمة المغربي على بعض الأحكام بتقييد التصرف بالأسهم وأحكام التنازل عن الأسهم بأنه: «يمكن أن ينص النظام الأساسي على عدم قابلية الأسهم للتفويت لمدة لا تتجاوز عشر سنوات كما يمكن أن يخضع النظام الأساسي كل تفويت للأسهم إلى القبول المسبق للشركة. في هذه الحالة يكون كل تفويت لم يحصل علة هذا القبول باطلاً كما

(١) نظام الشركات ١٤٤٣ هـ، المادة (١٥١).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣ هـ، المادة (١٥٢).

يمكن أن ينص على إمكانية إلزام أحد الشركاء بتفويت أسهمه، وإذا لم يتم بذلك التفويت علق حقوقه غير المالية^(١).

وقد نص القانون التجاري الفرنسي على ذلك بأنه:

(Les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans.

Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société.

Toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle.

Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions.

Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession)⁽²⁾.

الترجمة: أنه يجوز أن ينص النظام الأساسي للشركة على عدم قابلية التصرف في الأسهم لمدة لا تتجاوز عشر سنوات، ويجوز للنظام الأساسي إجراء أي نقل ملكية للأسهم خاضعاً لموافقة مسبقة من الشركة، ويعتبر أي نقل ملكية أسهم مخالف للنظام الأساسي باطلاً، ويجوز أن ينص النظام الأساسي على إمكانية تنازل أي شريك عن سهمه وفقاً للشروط التي يحددها النظام، كما يجوز أن ينص النظام الأساسي على تعليق الحقوق غير المالية لهذا الشريك طالما أن هذا الأخير لم ينفذ تنازله.

(١) قانون الشركات المساهمة المغربي، المادة (٤٢٩).

(2) Article L227-13-16.

ثالثاً: تسوية المنازعات:

يجوز أن يُنص في نظام الشركة الأساس في شركة المساهمة المبسطة على تسوية المنازعات، أو الخلافات أيّاً كانت طبيعتها التي قد تقع بين المساهمين، أو بين الشركة ورئيسها، أو مديرها أو أي من أعضاء مجلس إدارتها باللجوء إلى التحكيم، أو غيره من الوسائل البديلة لتسويتها مثل الوساطة والصلح، والتوفيق والقاضي الخاص، ويستثنى من ذلك الأفعال والتصرفات الجنائية، حيث أن التحكيم وجميع الوسائل البديلة في حل النزاع لا تختص في بعض القضايا ومنها القضايا الجنائية، فيختص بها القضاء الرسمي، من خلال المحكمة المختصة وهي غالباً المحكمة الجزائية.

وقد نص نظام الشركات على ذلك بأنه: «فيما عدا الأفعال الجنائية، يجوز أن يُنص في نظام الشركة الأساس على تسوية المنازعات أو الخلافات أيّاً كانت طبيعتها التي قد تقع بين المساهمين، أو بين الشركة ورئيسها، أو مديرها أو أي من أعضاء مجلس إدارتها -بحسب الأحوال- باللجوء إلى التحكيم، أو غيره من الوسائل البديلة لتسويتها»^(١).

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٥٣).

المبحث الثالث

الأوراق المالية التي تصدرها شركة المساهمة المبسطة

تصدر شركة المساهمة المبسطة أسهمها لتمثل رأس مالها، وقد نص نظام الشركات عند تأسيس الشركة على ضرورة أن يتضمن نظام الشركة الأساس بياناً بعدد الأسهم، وأنواعها وفئاتها، والقيمة الاسمية للسهم، والحقوق المتصلة بكل نوع أو فئة، ويسري على شركة المساهمة المبسطة ما يسري على أسهم شركة المساهمة، ويستثنى من ذلك القيود التي يضعها المنظم، أو تلك التي يتفق المساهمون عليها في النظام الأساس للشركة.

كما يجوز للشركة المساهمة المبسطة، إصدار أدوات الدين والصكوك التمويلية، ويسري عليها ما يسري على أدوات الدين والصكوك التمويلية في شركة المساهمة^(١).

وأتطرق إلى القيود الواردة على حرية التصرف في الأسهم، والإلزام بالتنازل عن الأسهم:

١. التصرف في الأسهم وتداولها:

يعد حق المساهم في التنازل عن أسهمه وإمكانية تداولها من الأصول التي تقوم عليها شركات الأموال، وهذا ما يتفق مع طبيعة هذا النوع من الشركات التي تقوم على الاعتبار المالي، ويقتضي تداول الأسهم إمكانية

(١) الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس، عدنان العمر، (٢٧٥).

نقل قيمة السهم من شخص إلى آخر دون أن يلحق ذلك ضرراً بالشركة، أو بدائنها وعملية تداول الأسهم لا يترتب عليها تهريب أموال رأس مال الشركة، وخروج المساهم منها، وإنما يدخل في الشركة شريك جديد بدل الشريك الذي تنازل عن حقه في أسماها.

إلا أن ذلك لا يعني أنه مطلق من كل قيد وشرط، بل يجوز أن يرد عليها بعض القيود دون أن يصل ذلك إلى حرمان المساهمين من حق التصرف في الأسهم والتنازل عنه^(١).

وقد نص نظام الشركات بأنه: «يجوز أن يُنص في نظام الشركة الأساس قيوداً على التصرف في الأسهم تتعلق بالآتي:

أ- حظر التصرف فيها لمدة لا تتجاوز (عشر) سنوات من تاريخ إصدارها، ويجوز تمديد هذه المدة بإجماع المساهمين.

ب- اشتراط موافقة الشركة، أو المساهمين قبل التصرف فيها.

ويعد باطلاً كل تصرف في الأسهم يقع بالمخالفة لتلك القيود»^(٢).

ثانياً: الإلزام بالتنازل عن الأسهم:

يجوز بالإجماع أن ينص نظام الشركة الأساس على إلزام أحد المساهمين بالتنازل عن أسهمه، ويقدر ثمن شراء الأسهم وفقاً للقيمة العادلة، ما لم ينص نظام الشركة الأساس في شركة المساهمة المبسطة على غير ذلك، ويجوز

(١) الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس، عدنان العمر، (٢٧٦).

(٢) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٥١).

أن ينص في نظام الشركة الأساس على تعليق الحقوق المتصلة بأسهم ذلك المساهم - فيما عدا الحقوق المالية - إلى حين تنازله عنها.

ونص نظام الشركات على ذلك بأنه: «يجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على شروط إلزام أحد المساهمين بالتنازل عن أسهمه، ويقدر ثمن شراء الأسهم وفقاً للقيمة العادلة، ما لم ينص نظام الشركة الأساس على غير ذلك، ويجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على تعليق الحقوق المتصلة بأسهم ذلك المساهم - فيما عدا الحقوق المالية - إلى حين تنازله عنها»^(١).

(١) نظام الشركات ١٤٤٣هـ، المادة (١٥٢).

الخاتمة

تشتمل على أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

- ١- شركة المساهمة المبسطة هي الشركة التي تؤسس من مساهم أو أكثر، يكون لهم حرية كاملة في تنظيم أحكامها، ويقسم رأس مالها إلى أسهم قابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها، أو الناشئة عن نشاطها، ولا يسأل الشركاء إلا بحدود مساهمتهم في رأس مال الشركة.
- ٢- شركة المساهمة المبسطة تعتبر من الشركات الحديثة، وأول ظهورها في فرنسا ١٩٩٤م، ثم في المغرب ١٩٩٦م، ثم الجزائر مايو ٢٠٢٢م، ثم المملكة العربية السعودية في أغسطس ٢٠٢٢م.
- ٣- من أهم خصائصها المرونة في إدارة وتأسيس وهيكله شركة المساهمة المبسطة، وحلول المساهمين محل الجمعيات العامة.
- ٤- يكون تقديم الحصص من المساهمين أما حصة نقدية أو عينية أو كلاهما، ولا يجوز أن تكون حصة عمل، مثل شركة المساهمة.
- ٥- شركة المساهمة المبسطة تأخذ أغلب أحكامها من شركة المساهمة إلا أن شركة المبسطة تم تبسيط إجراءاتها وأغلب أحكامها.
- ٦- يعتبر رئيس الشركة أو مديرها، أو مجلس الإدارة من يديرون نشاط الشركة ونطبق عليهم اختصاصات مجلس الإدارة في شركة المساهمة.

٧- يجل المساهمون محل الجمعية العامة العادية والجمعية العامة غير العادية.

٨- تصدر شركة المساهمة المبسطة أسهماً في رأس المال قابلة لتداول، ويحق للمساهمين تقييد التصرف في الأسهم لمدة عشر سنوات.

ثانياً: التوصيات:

١- تقييد نشاط شركة المساهمة المبسطة، ومنع ممارستها لبعض النشاطات مثل البنوك والتمويل، والتأمين ونحو ذلك.

٢- وضع لائحة يتوسع فيها لتوضيح بعض أحكام النظام، حيث يتم الاطلاع على مشروع اللائحة، ولم يتم التطرق لها.

٣- توعية رجال الأعمال، والمهتمين، والمساهمين بأحكام شركة المساهمة المبسطة من خلال الندوات واللقاءات بمشاركة من وزارة التجارة والغرف التجارية.

٤- حث الباحثين على البحث في هذه الشركة من جميع الجوانب القانونية والمالية.

المراجع والمصادر

١. نظام الشركات السعودي ١٤٤٣هـ، الصادر بمرسوم ملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١/١٢/١٤٤٣هـ.
٢. شركة المساهمة المبسطة في التشريع المغربي، السيد يوسف الماموني، الإدارة العلمية لمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد (٤) المغرب جامعة الرباط كلية الحقوق.
٣. لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر بيروت، ط الثالثة، ١٤١٣هـ.
٤. مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٩هـ.
٥. قانون الاتحادي الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ م بشأن الشركات التجارية.
٦. القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م بإصدار القانون المدني.
٧. الشركات التجارية في ضوء قانون الشركات المصري، محمد مصطفى مرسي، دار الفكر والقانون المنصورة، ٢٠١٨م.
٨. الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس وفقاً لنظام الشركات ١٤٤٣هـ ونظام الإفلاس الجديد، عدنان صالح العمر، ط. الخامسة، ١٤٤٤هـ.
٩. القانون التجاري السعودي، عبد الهادي الغامدي، ط. السادسة، ١٤٤٤هـ.
١٠. قانون رقم (٢٢-٠٩) مؤرخ في ٤ شوال عام ١٤٤٣هـ الموافق ٥ مايو سنة ٢٠٢٢م، يعدل ويتمم الأمر رقم (٧٥-٥٩) المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥هـ الموافق ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥م والمتضمن القانون التجاري الجزائري.
١١. القانون التجاري السعودي، عبد الهادي الغامدي.

12. Modifié par LOI n°2019-744 du 19 juillet 2019 - art.

١٣. الطبعة القانونية المختلطة لشركة المساهمة المبسطة، إسماعيل عيابة، مجلة المرافعة، العدد (٢٤)، ٢٠١٧م.
١٤. الشركات التجارية في القانون المصري، عاطف محمد الفقي، ٢٠٠٦م.
١٥. القانون التجاري، محمود الشراوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.
١٦. مبادئ القانون التجاري السعودي، محمد سويلم، مكتبة الرشد، ط. الأولى، ١٤٣٧هـ.
١٧. القانون التجاري السعودي، محمد حسن الجبر، ط. السادسة، الرياض، ١٤٤٣هـ.
١٨. القانون التجاري، إلياس حداد منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٣م.
١٩. الشركات التجارية في قانون الشركات المصري ونظام الشركات السعودي، محمد مصطفى مرسي، دار الفكر والقانون المنصورة، ٢٠١٨م.
٢٠. الطبعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة في القانون المغربي، خالد أحربيل، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد (٧)، رسالة ماجستير، ٢٠١٧م.

21. Modifié par Loi n°2003-706 du 1 août 2003 JORF 2 août 200



بحث جذور الجدل الإسلامي والحقوقى

حول قوانين الأحوال الشخصية (الأسرة) للدول الإسلامية
مقارنة وتحليل للانتقادات الموجهة لقانون الأحوال الشخصية
السعودي عبر الانتقادات الموجهة لمدونة الأسرة المغربية وإيجاد
الطول المشتركة)

د. رامي بن عبدالعزيز الشبل

أستاذ القانون المساعد

جامعة الملك فهد للبترول والمعادن

ralshebl@kfupm.edu.sa

مقدمة

تُعَدُّ قوانين الأسرة والأحوال الشخصية في الدول الإسلامية، وثيقة قانونية تعكس أحكام الفقه الإسلامي في كتب النكاح، إضافة إلى ما تتعارف عليه مجتمعات الدول الإسلامية من عادات، وأعراف، يصطلح عليها المجتمع، وتقرّها التشريعات في تلك الدول. كما تحرص الكثير من الدول الإسلامية على التوافق مع جميع المواثيق والاتفاقيات الدولية في قضايا حقوق المرأة، والطفل، والأسرة. وحيث إن الجدل قائم ومستمر حول مدى مواكبة التشريعات الخاصّة بمدونة الأسرة للدول الإسلامية في مملكة المغرب، وذلك للاتفاقيات الدولية في حقوق المرأة والطفل؛ فإن الجدل والنقد موجهان لبقية الدول الإسلامية في تشريعاتها الخاصة بالأحوال الشخصية، مثل: المملكة العربية السعودية.

لقد أصدر جلالة الملك محمد السادس (ملك المملكة المغربية) خطابه العام الماضي عام ٢٠٢٢م، وأكد على ضرورة مراجعة قانون مدونة الأسرة المغربي، وأن الوقت قد حان لحل المشاكل العملية لواقع تطبيق هذا القانون في القضاء، ومعالجة التغيرات المجتمعية التي طرأت على المجتمع من حين صدور القانون عام ٢٠٠٤م. ولا ننس أن المملكة المغربية دولة تعتر بانتمائها الإسلامي، وتفاخر به وتنص على ذلك في دستورها، فقد اتخذت الدين الإسلامي مركزاً لصدارتها، وعدت نفسها دولة إسلامية، والإسلام دين الدولة^(١). وفي موضوع بحثنا حول مدونة الأسرة المغربية، فقد نصّت المدونة

(١) دستور المملكة المغربية، دياجة الدستور والفصل (٣).

في المادة (٤٠٠) منها، على أن المذهب المالكي والاجتهاد هو المرجع فيما لم يرد فيه نص في المدونة؛ لتحقيق قيم الإسلام، والعدل، والمساواة، والمعايشة بالمعروف^(١). وهنا نستحضر كلمة الملك محمد السادس عندما قال في ديباجة مدونة الأسرة: «لا يمكنني بصفتي أميراً للمؤمنين، أن أحل ما حرم الله أو أحرم ما أحله»^(٢). كما ذكر جلالته في خطاب الذكرى الثالثة والعشرين لتولي العرش أن الخلل في تطبيق المدونة أدّى إلى الجنوح عن أهدافها التي وضعت من أجله، ممّا حثّ على المهتمين بأحكامها مناقشة حلول التطوير، والاجتهاد المنفتح في التعديل؛ للوصول إلى الأحكام القانونية التي تحقق أهدافها؛ وهي استقرار الأسرة بكل أفرادها، من امرأة، ورجل، وأبناء، وبنات، وآباء، وأمّهات، ومجتمع.

وعلى الرغم من أن مدونة الأسرة المغربية قد صدرت منذ عام ٢٠٠٤م، حيث روعي فيها الأخذ بالأحكام الفقهية عن طريق اجتهاد منفتح، ومتوافق إلى حد كبير مع الاتفاقيات الدولية في حقوق المرأة، والطفل، مثل: اتفاقية سيداو (CEDAW)، التي صادقت عليها مملكة المغرب، وحاولت عمل اللازم عبر التعديلات التشريعية، والإدارية الحكومية، والبرامج العملية التي تحفظ حقوق المرأة، وترفع من مستويات المساواة والعدالة في المجتمع المغربي بشكل كبير على كافة الأصعدة؛ إلا أنه ما زالت الهيئات الحقوقية تطالب المغرب بمزيد من الإصلاحات.

(١) مدونة الأسرة المغربية، المادة (٤٠٠).

(٢) المصدر السابق.

وسوف نتناول في هذه الورقة التقرير الوارد من لَدُن اللّجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، وهي لجنة منبثقة من الأمم المتحدة؛ إذ تُعنى بمتابعة الدول في تطبيق اتفاقيات حقوق المرأة عن طريق تقارير تطلبها من الدول على مدى سنتين أو أكثر، حسب وضع الدولة في شؤون المرأة، ثم تناقش تقارير تلك الدول، وتخرج بتوصيات لتلك الدول، وتطالبها بتقرير لمتابعة تطبيق تلك التوصيات وهكذا. فقد أصدرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تقريراً حول وضع المرأة في دولة المغرب عام ٢٠٢١م، وبناءً على ذلك فسوف نقوم بمناقشة بعض الملاحظات الختامية بشأن التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الخامس، والسادس للمغرب^(١) (©CEDAW/C/MAR/5-6). حيث نص التقرير في ختامه (تعميم الملاحظات الختامية) توصيات تخص مدونة الأسرة المغربية، وعمل تقرير في غضون سنتين بخصوص التوصية رقم ٤٠ (أ) (ج) و(د) وهي:

١- إلغاء المادة (٢٠) من قانون الأسرة دون إبطاء؛ بحيث لا يسمح بأي استثناءات للحد الأدنى لسن الزواج.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/043/54/PDF/N2004354.pdf?OpenElement> (١)

التقرير صدر بعد اعتماده من لَدُن اللجنة في دورتها الثانية والثمانين ١٣ حزيران يونيه ١ تموز يولييه ٢٠٢٢م. وقد سبق هذا التقرير، تقرير صادر عام ٢٠٠٨ م بخصوص مدونة الأسرة المغربية كذلك، انظر:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/297/91/PDF/N0829791.pdf?OpenElement>.

٢- الاعتراف بحق الأمهات غير المتزوجات في تأكيد حقوقهن، وحقوق أطفالهن، دون الخوف من أي شكل من أشكال الملاحقة القضائية.
٣- سن أحكام قانونية تكفل للمرأة عند فسخ النكاح، حقوقاً متساوية في الممتلكات المكتسبة في أثناء الزواج.

كما نص التقرير على بعض التوصيات الأخرى، إلا أنه لم يركز عليها في التوصيات الختامية، ولم يطالب المغرب بتسليم تقرير حولها.

وفي سياق النقد الدولي الحقوقي الموجه للدول الإسلامية، حول قوانين الأسرة والأحوال الشخصية، فبعد إصدار المملكة العربية السعودية لقانون الأحوال الشخصية العام الماضي ٢٠٢٢م، فقد أصدرت منظمة (هيومن رايتس ووتش) (Human Rights Watch) تقريراً ينتقد فيه القانون السعودي، وعنوانت تقريرها المفصل بعنوان: «السعودية: قانون يكرس ولاية الرجل، نظام الأحوال الشخصية يميز ضد المرأة في الزواج والطلاق والحضانة»^(١).

حيث أصدرت (هيومن رايتس ووتش) هذا التقرير - الذي أعدته الباحثة روثنا- في يوم المرأة العالمي، بتاريخ ٨ مارس ٢٠٢٣م.

والنظام في السعودية هو عبارة مرادفة للقانون، ولأغراض هذا البحث سنعتبر عن نظام الأحوال الشخصية السعودية بعبارة «قانون» حتى لا يلتبس الأمر.

(1) <https://www.hrw.org/ar/news/2023/03/08/saudi-arabia-law-enshrines-male-guardianship>.

إن الجدل المغربي حول مدونة الأسرة، ومناقشة المطالبات الحقوقية الموجهة حول أحكامها، تنطبق على جميع دول العالم الإسلامي، ومنها: المملكة العربية السعودية، فالجدل هو نفسه؛ لأن المطالبات الحقوقية هي نفسها، والانتقادات من لدن الحقوقيين تزيد حداثتها على بلد إسلامي دون الآخر. ثم إذا نوقشت أحكام هذه القوانين داخلياً على المستوى الوطني، يبقى الجدل حول أي المرجعيتين تكون أحكام قوانين الأحوال الشخصية أقرب، هل إلى الأحكام الفقهية، أم أحكام الاتفاقيات الدولية؟ ومن وجهة نظري، لا نستطيع حسم هذا الجدل، فإما أن ننحاز لأحدهما، أو نقف في المنتصف بين الرأيين. ولكن الإشكالية هي أن التوسط في مثل هذا الموضوع مربك للمشهد القانوني، والديني، والاجتماعي، ولا يستقيم منطقياً؛ لأن كلا الطرفين يستند إلى مرجعية مختلفة، فالطرف الأول يستند إلى الأحكام الفقهية الإسلامية، والعرف المجتمعي. وفي المقابل يستند الطرف الآخر إلى المرجعية الدولية في موثيق حقوق الإنسان، ويبقى على من يتوسط بينهما أن يتسند إلى إحدى المرجعيتين، أو ينتقي من كل مرجعية ما يناسبه منهما، وهذا الانتقاء يكون وفقاً لمرجعية أيضاً، ولن تكون هذه المرجعية إلا إحدى المرجعيتين السابقتين، أو مرجعية ثالثة، مثل: دين آخر، أو مرجع آخر، وهذا مستبعد ولا يرضاه كلا الطرفين. فإذن، يمكن أن نقول أن ما سبق في المرجعيتين السابقتين متفق عليهما من لدن الأطراف المتوسطة، والتي تريد الموازنة، والمقاربة بين المرجعية الإسلامية، والاتفاقيات الدولية الحقوقية، ولكن لا بد عند التوسط في الأحكام، أن تكون وفق اشتراطات، أو لنقل



ضوابط، ومنهجية توافقية، منطقية، مطّردة، تحكم طريقة اختيارنا مع ما يتناسب من هاتين المرجعيتين، وطريقة أحكامنا المنظمة لشؤون الأسرة.

مشكلة الدراسة:

السؤال المطروح للنقاش هو: كيف تتم معالجة قوانين الأحوال الشخصية، والأسرة في الدول الإسلامية، لتواكب المستجدات العالمية الحقوقية، ومعالجة المشاكل المجتمعية، مع الحفاظ على الأصول والثوابت الإسلامية والأعراف المجتمعية؟ كيف نضمن أن قوانين الأحوال الشخصية تضمن الحفاظ على استقرار جميع أفراد الأسرة، وتحفظ حقوقهم، وتكون عادلة للجميع؟ هل يتم ذلك من خلال الارتكاز إلى المرجعية الإسلامية، وأحكامها الفقهية المعروفة في الفقه الإسلامي، والاجتهاد المعاصر، أم من خلال أحكام المواثيق والاتفاقيات الدولية، أم من خلال المزج بينهما فيما لا يتعارض مع الرؤية الإسلامية التي تتجهّد في مراعاة الواقع دون إخلال بالثوابت؟ ثم إذا تم ذلك، ماهي المنهجية المتبعة في التوفيق بينهما؟

أهمية الدراسة:

لا شك أن استقرار الأسرة مطلب رئيس في كل دولة، فالمملكة العربية السعودية أكّدت على أهمية استقرار الأسرة، وحمايتها، والحفاظ عليها، ونصّت على ذلك في النظام الأساسي للحكم، الذي يُعدّ الوثيقة الدستورية في المملكة. فقد نصّ الباب الثالث «مقومات المجتمع السعودي» في مادته التاسعة والعاشرة على أن الأسرة هي نواة المجتمع، وأن الدولة تحرص على

توثيق أو أصرها، والحفاظ على قيمها العربية والإسلامية^(١). فإذا كانت الدولة تنص على الأسرة، وحمايتها، وهويتها، ومرجعيتها في الدستور، فإن ذلك يقتضي انعكاس هذه الحماية في قوانينها المنظمة لشؤون الأسرة المتمثلة في قانون الأحوال الشخصية، ومناقشة أي مطالبات حقوقية ناقدة، أو مطالبة بالتغيير إذا كانت تتعارض مع هويته ومرجعيتها. إن النقد الحاد الموجه للمملكة المغربية، والمطالبات الحقوقية المتقدمة، لربما تطالب بها المملكة العربية السعودية في المستقبل، فمن الضروري الاطلاع على تجارب الدول الإسلامية، ومعالجتها مبكراً، واستشراف المستقبل ومواكبة ما يتناسب مع هويتنا وديننا.

الدِّراسات السَّابقة:

- ١- تحقيق مقصد العدل في مشروع نظام الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية وفق رؤية ٢٠٣٠، د. مازن البخاري، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية ج ٣ ع ٣٧، ٢٠٢١م.
 - ٢- إعادة هيكلة الأسرة الغربية وتأثيرها على القانون الوضعي والدولي، د. فؤاد بنوعزة، ورقة عمل في ندوة قانون الأسرة المغربي بين المرجعية الشرعية والمرجعية الدولية، جامعة ابن زهر، المملكة المغربية، ٢٠٢٣م.
 - ٣- زواج القاصر ودعوى الإلغاء في ضوء مدونة الأسرة والواقع العملي، د. عبدالوهاب محسن، أ. عبدالمنعم المومني، ورقة عمل في ندوة
- (١) النظام الأساسي للحكم، الصادر عام ١٤١٢هـ، الموافق عام ١٩٩٢م، المادة التاسعة والعاشر.

قانون الأسرة المغربي بين المرجعية الشرعية والمرجعية الدولية، جامعة ابن زهر، المملكة المغربية، ٢٠٢٣م.

خطة البحث:

يتكون البحث من مبحث تاريخي حول نشأة حقوق الإنسان، التي انبثقت منها المواثيق الدولية في حقوق المرأة، والطفل، وتسليط الضوء على أبرز الإرهاصات التي صاحبت ظهور تلك الاتفاقيات، والجدل الغربي حولها؛ بحيث يتضح لنا جذور هذه الاتفاقيات الحقوقية، ونستطيع التعامل مع مطالبة حقوقية بعقلانية إذا ما عرفنا أنها متفق عليها، أو مختلف حولها، حتى لدى الفكر الغربي الذي صدرت منه، والذي يطالبنا بها الآن، ثم ينتقل الحديث لمعالجة الانتقادات الموجهة ضد قانون الأحوال الشخصية السعودي، ومدونة الأسرة المغربية، بوصفها مقارنة ومحاولة لبحث الحلول المشتركة بين الدولتين؛ حيث إن مملكة المغرب في صدد مراجعة للمدونة، وإصدار تعديلات تشريعية. فالبحث يتكون من مقدمة، وثلاثة مباحث رئيسة، وخاتمة بأهم النتائج، وفهرس للمراجع، على النحو الآتي:

مقدمة.

المبحث الأول: نشأة حقوق الإنسان والنقد الغربي لفلسفتها.

المبحث الثاني: مقارنة الانتقادات الموجهة ضد قانون الأحوال الشخصية السعودي، ومدونة الأسرة المغربية:

المطلب الأول: النقد الموجه لقانون الأحوال الشخصية السعودي.

المطلب الثاني: النقد الموجه لمدونة الأسرة المغربية.

المبحث الثالث: معالجة الحد الأدنى للزواج، واقتسام ممتلكات الأسرة
بين الزوجين بعد الفارقة:

المطلب الأول: الحد الأدنى للزواج (مقاربة اجتماعية).

المطلب الثاني: اقتسام الممتلكات (مقاربة فقهية - قانونية مقارنة بالقانون
التركي - مقارنة اجتماعية).

الخاتمة وأهم النتائج.

المراجع.



المبحث الأول

نشأة حقوق الإنسان والنقد الغربي لفلسفتها

إن من أهم ما يساعدنا في مسعانا هو الرجوع إلى أصول منشأ حقوق الإنسان، ومعرفة جذورها الفكرية، وأهم التوجهات الفلسفية التي تقود هذه الاتفاقيات، والمواثيق الحقوقية الدولية، والتطور الذي حصل منذ نشأتها حتى اليوم، حيث إن هذه الحقوق الدخيلة على المجتمعات المسلمة، أصبحت واقعاً لا بد أن نتعامل معه، بل إن بعضها يتقاطع مع المسلمات الإسلامية، في حين أن البعض الآخر قد يخالفها. فلو ناقشنا الأساس لسهّل علينا مناقشة الفروع، وبعد ذلك تتوجه معالجتنا القانونية للمشكلات الاجتماعية الواقعية، وكذلك ناقشنا للانتقادات الدولية على الدول الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية والأسرة إلى حلول واقعية، قيمة، معتدلة، أصيلة، غير منغلقة، ولا متفلتة، من شأنها أن تحافظ على كيان الأسرة، واستقرار المجتمع، وتحفظ حقوق الجميع سواء المرأة، أم الطفل، وكذلك الزوج، والمجتمع، والوالدين، والأسرة الممتدة.

إن حقوق الإنسان، وتجليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ليست جديدة على البشرية، بل هي نابعة من فكرة الحقوق الطبيعية للبشر، التي يستحقونها بوصفهم بشراً، وهي الفكرة الفلسفية التي تبناها فلاسفة العقل في أوروبا بعد عصور التنوير، وهي ليست وليدة عصرنا الحديث وذلك عندما أعلنت عنها الأمم المتحدة في منتصف القرن الماضي عام ١٩٤٨م، بل سبقها وثيقة الحقوق (Bill of Rights) في كل من إنجلترا، والدستور

الأمريكي، وإعلان الثورة الفرنسية كلها في نهايات القرن الثامن عشر، التي نصّت على ذلك، وهكذا، فقد واجهت فكرة الحقوق نقاشات على مستوى عالٍ من لدن المفكرين والفلاسفة - قبل قرنين من الآن - الذين ناقشوا جذورها في المجتمع الغربي نفسه، وكان لها نقاد كثر.

من أهم النقاد لحقوق الإنسان المبكرة كان الإنجليزي جيرمي بينثام، مؤسس الفلسفة النفعية، وهو محام وسياسي من الطبقة البرجوازية، أسهم في الكثير من التشريعات الإنجليزية، في كتابه «الفوضى الأناركية» الذي قال: «انظر إلى الرسالة تجدها هراء، انظر إلى ما وراء الرسالة لا تجد شيئاً» يقصد الإعلان الفرنسي للحقوق^(١).

انتقد بينثام هذه الحقوق؛ لأنها تزعم عالميتها، وأنها معيارٌ يصلح لكل الناس، فهو يجادل في ذلك، ويرى أنها غير واضحة المعالم، ولا معنى لها، فالحرية المطلقة لا يمكن أن تكون حقاً إذا استغلها شخص ما لإيذاء الآخرين بحجة الحرية، حيث يقول: «سيكون هناك بالطبع تناقض ذاتي، لأن هذه الحقوق، في الوقت نفسه الذي أعلن فيه وجودها، أعلن أنها غير قابلة للتطبيق، ولا يمكن تفسيرها... وهذا لا يعني شيئاً ما لم يتم استثناء تدخل القوانين»^(٢). فهو ينبهنا على نقطة مهمة تُشكّل على فكرة حقوق الإنسان؛ فطالما أن الحقوق الطبيعية (التي اتكأت عليها فكرة حقوق الإنسان) لا يوجد فيها صفة الإلزام والتعاقدية؛ فذلك القوانين الطبيعية، لا يوجد

(1) Bentham, Jeremy. "Anarchical fallacies." *Headline Series* 318 (1998): 56.

(٢) نفس المصدر السابق، ص ٥٧.

فيها صفة الإلزام والتعاقدية، مثل: ما يوجد في القانون الوضعي، فهو يدعو إلى أن تكون هذه الحقوق في القوانين الوضعية والدساتير؛ حتى يكون لها صفة الإلزام. لذا وجّه نقده لفكرة الحقوق أنها دعوة للثورية على الحاكم، وأنه بالرغم من وجوب السعي للإصلاح، وإرساء العدل، فإن الحقوق يجب أن تكون صادرة من صاحب السلطة، ولعل أهم ما يثير انتباهنا في هذا النقد المبكر لفكرة الحقوق من لدن بينثام هو التأكيد أنها قائمة على الفردية، والأناية، والمغالاة فيها، وإعطاء الحق للفرد حتى لو أدّى ذلك إلى الإضرار بباقي المجتمع، حيث يرى أن المجتمع يسعى إلى الخير الأعظم والأعم للمجتمع، وليس الرضا قصير الأجل المحقق للربغبات الفردية، فهو يرى أن إعلان الحقوق هو احتفال بالأناية، ووسيلة للعبث بالمجتمع وكسره^(١).

وبالرغم من أن مؤسس المنفعة جيرمي بينثام انتقد إعلان الحقوق الفرنسي، إلا أن الفلسفة النفعية عدّلت وطوّرت لتخدم فكرة الحقوق، حيث طغت المنفعة الفردية على حقوق الإنسان، وما انبثق منها من قوانين تحمي حقوق الإنسان في المجتمع الغربي بشكل قوي تجاوز ما كان يطالب به أرباب الفلسفة النفعية.

ثم برزت فكرة العقد الاجتماعي التي حاولت حقوق الإنسان الاتكاء عليها كأساس كما في كتابات توماس هوبز، في كتابه «الليفيثان»، وجان جاك روسو، في كتابه «العقد الاجتماعي»، حيث تطورت فكرة القوانين الطبيعية؛ فيما أن القوانين الطبيعية سابقة للقانون الوضعي، فيجب أن يخضع لها جميع

(1) Waldron, Jeremy. Nonsense Upon Stilts (Routledge Revivals): Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man. Routledge, 33-34(2014).

الناس الذين هم على قدم المساواة أمامها، والحرية هي أساس الوجود الإنساني، ثم تطورت بعد ذلك لتضم لها مبدأ المنفعة؛ لتكون بذلك كل هذه الأسس مرجعيات لحقوق الإنسان بعيداً عن الدين^(١).

يتضح بذلك الاهتمام العالمي لفكرة حقوق الإنسان في العصر الحديث، ابتداءً من القرن الثامن عشر بعد انتهاء عصر التنوير الأوروبي، وبداية عصر الثورة الصناعية، والديمقراطية، والرأسمالية، وتشكل الجمهوريات التي استقلت عن الملكيات، أو الملكيات البرلمانية أو الدستورية، حيث كان السياق التاريخي الأوروبي هو نظام إقطاع زراعي، واستعمار كولوني للدول، وثورات داخلية على الملكيات، وتشكل الجمهوريات، فكان لا بد من تغيير في النظام الاقتصادي إلى النظام الرأسمالي، الذي تزامن مع ظهور المكتشفات والثورة الصناعية التي بحاجة إلى قوة بشرية هائلة متعلمة، فكانت المساعي منذ ذلك الحين إلى تحرير العبيد، وتجريم تجارتها، ومحاولة إيجاد شرعية سياسية للدولة نابعة من المجتمع.

وقد كانت من أوائل المواثيق الدولية المعاصرة هي معاهدة باريس للسلام، وإعلان مؤتمر فيينا عام ١٨١٥م، ثم أنشئت عصبة الأمم عام ١٩١٩م، ثم منظمة الأمم المتحدة عام ١٩٤٥م التي صدر عنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨م كمحاولة لردع النزاعات الأوروبية، ومنع حصول المزيد من الحروب العالمية.

(١) مسفر بن علي القحطاني، حقوق الإنسان في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية مقارنةً بالمواثيق الدولية، مركز البحوث والتواصل المعرفي، الرياض، ٢٠١٩م، ص ٣٦، ١٠٧-١٠٩.

هذا السرد المقتضب يضعنا في السياق التاريخي لفكرة حقوق الإنسان، وأنها نابعة من المعاناة الأوروبية، معالجة لمشاكله، ومتشكلة من فكره ودينه، وهي بذلك تصدر إلى شعوب العالم على شكل ميثاق عالمي لا نعرف خلفياته، وأسبابه التي قد لا تكون موجودة في واقعنا، ولا تعالج قضايانا في بلداننا ولا تنطبق علينا. كما أن للدين المسيحي دوراً في ثقافة وفكر مؤسسي وثائق الحقوق، فمثلاً، نجد أن الميثاق العالمي لحقوق الإنسان أكد على كرامة الإنسان، ونجد فيه نزعة تكريم الإنسان، والكرامة والمبالغة في التأكيد على كرامة الإنسان بشكل غريب بالنسبة لغير الغربي المسيحي. فقد كانت النظرة المسيحية للإنسان نظرة دونية من الكنيسة لكل النفس البشرية، وأنها مدنسة بسبب خطيئة أبينا آدم التي أنزلته إلى الأرض، مما جعل الفلسفة الحقوقية المعاصرة تؤكد على الفطرة وكرامة الإنسان^(١).

وإنه من الملاحظ على الميثاق العالمي لحقوق الإنسان، ومطالبات اللجان الحقوقية هو التأكيد على المساواة، والمساواة التامة بين الرجال والنساء، وجميع أفراد المجتمع بما فيهم الأقليات، والمضطهدين أمام القانون عبر التعميم الشامل والعام. فقد ذكر صمويل موين، أستاذ القانون الدولي في جامعة هارفارد، في كتابه «ليست كافية، حقوق الإنسان في عالم غير عادل» أنه بعد نهاية الحرب العالمية الثانية وانتصار الليبرالية والرأسمالية على الشيوعية

(١) محمد سبيلا، الأسس الفكرية لثقافة حقوق الإنسان، المركز الثقافي العربي، ص ١١١ - ١٣٥.

انظر كذلك: مسفر بن علي القحطاني، حقوق الإنسان في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية مقارنةً بالمواثيق الدولية، مركز البحوث والتواصل المعرفي، الرياض، ٢٠١٩م، ص ١١٦ - ١٢٨، ١١٧.

والاشتراكية، وبعد فشل الأخيرة في تطبيق أفكارها عملياً على المجتمعات، لا يزال النَّفس الشيوعي الاشتراكي قائماً، والعقلية الناقدة الثائرة على الحكومات موجودة في فكر منتسبها؛ مما اضطرها للتغير التكتيكي في تغيير مطالبها من مساواة بين الطبقات المجتمعية، وزيادة التوزيع العادل للثروات من الجانب الاقتصادي في الدول إلى المطالبة بالمساواة المجتمعية، عن طريق مساواة الجنسين والجنديرية والأقليات العرقية؛ زاعمةً أن ذلك يؤدي إلى الرغد الاقتصادي. في حين أن إستراتيجيتها تلك باتت مكرسة للرأسمالية وخادمة لها في زيادة الانقسام المجتمعي المحتاج إلى إنفاق أكثر؛ لذلك لم تحاربها الدول الليبرالية الرأسمالية، بل احتوتها وهيأت لها المجال طالما أنها لا تقوّض نظامها الاقتصادي الرأسمالي^(١).

ثم ظهرت الحركات النسوية التي تطالب بالمزيد من المساواة مع الرجل في كل المجالات، لاسيما الوضع الاجتماعي، مما قوّض الأسرة كمكوّن اجتماعي أساس يشكّل المجتمع، وأصبح التركيز على الفرد فحسب، وتُنوسيت مشكلة عدم تكافؤ الدخل الاقتصادي بين الجنسين، والتركيز على المساواة الاجتماعية بشكل بارز. وأصبحت حقوق الإنسان ميداناً للحركات النسوية، حيث أصبحت المرأة وكيلة لحقوق الإنسان في العصر الليبرالي الرأسمالي الحديث؛ تخدم الحملات الدرامية المناوئة للتمييز، حيث لم يشهد التاريخ على مر العصور، منذ عصور الأديان، وعصور ما قبل الحداثة إلى القومية، والاشتراكية الحديثة، حركات اجتماعية تقدمية جعلت مساواة المرأة عنصراً بارزاً في تحديها للهرمية. حيث حققت المطالبات الحقوقية

(١) صمويل موين، ليست كافية، حقوق الإنسان في عالم غير عادل، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠٢٢م، ص ٣٠٦-٣١١.



النسوية نجاحات كبيرة في مجال العمل والسياسة وغيرها، ولكن لم يحظ موضوع ثروة المرأة وعدالة التوزيع بأي اهتمام في جدول أعمال جهود الحركات النسوية، والحقوقية التي تطالب بحقوق الإنسان، وحقوق المرأة تحديداً^(١). وتبين أن الأغنياء هم الفائزون الحقيقيون، وأصبحت المرأة من أوائل المتفيعين من عصر حقوق الإنسان، ولم تخدمها أيولوجيا مثلما خدمتها حقوق الإنسان، والحركات النسوية في مجال المساواة مع الرجل في المنزلة الاجتماعية، ولكن ليس المساواة مع الرجل في المادة والدخل، حيث أصبحت المساواة المادية في حقبة حقوق الإنسان في ظل الاقتصاد السياسي الحديث الضحية الأساسية^(٢).

وقد تحدث الخبير الاقتصادي الفرنسي توماس بيكيتي أن الدول الأنجلوسكسونية (أمريكا وبريطانيا) شهدت انعكاساً صارخاً من تقلص المساواة في الدخل منتصف القرن العشرين إلى العودة إلى مستويات قريبة من مستويات العهد الفيكتوري التي بلغها أصحاب الدخل الأعلى^(٣).

كتب الفيلسوف المعاصر الأمريكي ستيفن هيكس في كتابه «شرح ما بعد الحداثة، الشكية والاشتراكية من روسو إلى فوكو» أن الاشتراكية

(١) المصدر السابق، ص ٣١٠.

(٢) المصدر السابق، ص ٣١٢.

انظر للاستزادة:

Boserup, Ester. Woman's role in economic development. Earthscan, 2007.
Jain, Devaki. Women, development, and the UN: A sixty-year quest for equality and justice. Indiana University Press, 2005. Meyerowitz, Joanne. A War on Global Poverty: The Lost Promise of Redistribution and the Rise of Microcredit. Princeton University Press, 2021.

(٣) المصدر نفسه.

الاجتماعية وقعت في مأزق أخلاقي وفلسفي بعد الحرب العالمية الثانية، حيث كانت تبشر بسقوط الرأسمالية الليبرالية، وأنها ستحرم البشر، وتزيد الفقر، إلا للطبقة الغنية القليلة، بينما في الواقع تبين أن الرأسمالية انتشلت الفقراء، وزادت نسب التعليم في العالم، وقلت نسب الأمية، وزاد النعيم الاقتصادي، وبذلك زادت الطبقة الوسطى في أغلب الدول التي تضمن دولها التوزيع العادل. فكان لزاماً على الاشتراكيين التغيير الإستراتيجي لفلسفتها الأخلاقية، والاقتصادية؛ لتصل في العصر الحديث إلى تبني التغيير الاجتماعي، والجندرية، وتغيير الهوية اللفظية، والتعددية، والاهتمام بالأقليات، وترك موضوع المعالجة الاقتصادية، حيث ثبت أن الرأسمالية أقوى منها بكثير وأنجح في الجانب الاقتصادي، وهي بذلك التغيير الاجتماعي تستبطن الفكر الثوري الذي تسعى عبر تشكيلاته هذه إلى زعزعة الرأسمالية الصلبة الكلاسيكية من الداخل وإثارة الناس⁽¹⁾.

والسؤال المطروح للنقاش هو: طالما أن هذه الحركة الاشتراكية التي تصارع الرأسمالية وتحاول أن تستغل كل ما يمكن أن يخدمها من حقوق الإنسان إلى النسوية والتعددية والمطالبة بالمساواة الاجتماعية، لماذا لا تحاربها الرأسمالية من الغرب أنفسهم؟ ولماذا حققت نجاحات في التغيير الاجتماعي الغربي ومن ثم صُدِّرت للعالم أجمع؟ ألا يمكن للرأسمالية الغربية المهيمنة أن تقضي عليها أو تحجمها؟ أو أنها مستفيدة منها وتتحكم بخيوطها وتسمح لها بالحرّك في دوائر محددة، وتستغلها للتأثير على الدول والضغط عليها، ومحاولة بسط النفوذ من

(1) Hicks, Stephen Ronald Craig. Explaining postmodernism: Skepticism and socialism from Rousseau to Foucault. Scholargy Publishing, Inc., 135-173(2004).

خلال تصدير الفكر والقوانين والرقابة على تعديلات الدول الداخلية، وفرض الاتفاقيات الدولية عليها؟ يبقى السؤال معلقاً ويحتاج إلى نقاش موسع ليس هذا مجاله، بقدر ما يهمننا أن نسلط الضوء عليه. وبناءً على ما سبق، ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار عند مناقشة الجدل حول قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية، أن المساواة الاجتماعية -وبين الجنسين تحديداً- تستبطن الفكر الشيوعي الثوري على المجتمعات.

وفي المقابل، يحننا الدين الإسلامي على مبدأ المساواة بين أفراد المجتمع على اختلاف أجناسهم، وأعراقهم، وطبقاتهم فيما يتعلق بالكليات الخمس للدين: الدين، والعقل، والنفس، والمال، والعرض، وهذه المساواة في التكاليف الدينية مبدأ أصيل، وأن كلا الجنسين مخاطبين بنص القرآن. كما نص المفسرون على أن الخطاب القرآني للذكور شامل للإناث؛ إذ ذكر ذلك ابن عاشور على أن الأصل في الإسلام المساواة في الخطاب الإلهي للبشر؛ ولذلك خطاب الذكر يشمل الأنثى في القرآن، ومُسَلَّمات وكُلِّيَّات الدين الخمس يتساوى فيها البشر. والاستثناء هو عند المصلحة الراجحة، أو المفسدة المتحتمة عند المساواة، وكذلك في الأحكام الشرعية المقننة، أي: الأحكام الفقهية المبنية على المصلحة. فكان الأصل في الإسلام هو المساواة باعتبارها منطلقاً إسلامياً أصيلاً، والاستثناء لا يكون إلا المصلحة راجحة^(١).

(١) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ١٩٧٨م، ص ٩٥-١٠٠.

المقصود بالاستثناء أي: الاستثناء من مساواة الرجل بالمرأة، أو الحر بالعبد وغيرها من الأحكام التي لا تساوي بين الأفراد؛ من أجل تحقيق العدل.

وقد كانت من أهم وسائل تفعيل حقوق المرأة عالمياً تشكيل لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الأمم المتحدة، وإقرار اتفاقية السيادة (CEDAW) التي تنص في المادة (٢٩) منها على التحكيم بين الدول المصادقة، وأن للدول المصادقة أن تلزم الدولة المصادقة للاتفاقية التي لم تطبقها، وهذا تدخل صارخ لسيادة الدول، حيث تحفظت على هذه المادة الكثير من الدول التي صادقت عليها، كما تحفظت كثير من الدول الإسلامية على الكثير من بنود هذه الاتفاقية التي تخالف الدين الإسلامي.



المبحث الثاني

مقاربة الانتقادات الموجهة ضد قانون الأحوال الشخصية السعودي ومدونة الأسرة المغربية

لو أردنا الرجوع إلى الجدل الإسلامي والحقوقى حول قوانين الأحوال الشخصية، والأسرة للدول الإسلامية عن طريق ما قُدم في تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في تقريرها ردًا على تقرير المملكة المغربية في الإصلاحات الخاصة بشؤون المرأة، وعبر تقرير منظمة (هيومن رايتس ووتش) الذي انتقد قانون الأحوال الشخصية الجديد للمملكة العربية السعودية؛ نجد أنهما يتمحوران حول نفس الانتقادات التي تشغل الأوساط الحقوقية.

وأرى أن مقارنة المشكلات المثارة حول مدونة الأسرة المغربية مع المشكلات المثارة حول قانون الأحوال السعودي من جهة، والمطالبات الحقوقية، جديرة بإبراز الحلول الممكنة والتوافقية مع الحفاظ على المرجعية والهوية، فالإشكالات المثارة على القانونين واحدة ومتشابهة، وعلاجها مشترك يمكن للدولتين الاستفادة من تجربة بعضهما، وزيادة البحث العلمي المشترك في هذا الحقل المهم والحساس في أمن المجتمعات واستقرارها. إن النظرة المعتدلة المستمدة من الفكر الإسلامي، والإرث الثقافي المتين، جديرة بالنظر والتأمل في كل ما يمكن تحديثه من أحكام وتطلعات تتواءم مع النظرة الحديثة للحقوق وفق ما يتسق مع المقاصد الإسلامية.

ومملكة المغرب هي من أوائل الدول الإسلامية التي احتكت بالثقافة الغربية بحكم الاحتلال الفرنسي، ومن ثم التأثير الثقافي، وعلى الرغم من ذلك إلا أن هوية المغرب الإسلامية والعربية راسخة وثابتة ومنصوص عليها في دستورها وقوانينها، ولا أدل على ذلك من خطابات الملك محمد السادس وديباجة القوانين المغربية والمرجعية الفقهية المالكية المنصوص عليها في مدونة الأسرة. فكان من الجدير الاطلاع على التجربة المغربية وكيف تعالج الانتقادات المقدمة من لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التي تطالبها بتعديلات تشريعية متطرفة قد تبعد المجتمع المغربي عن الهوية الإسلامية، لاسيما أن بوادر الانتقادات قد بدأت ضد قانون الأحوال الشخصية السعودي من لدن (هيومن رايتس ووتش)، ويبدو أن مطالبات التغيير ستوجه للمملكة في المستقبل، وقد تجنح إلى التطرف الموجه ضد المغرب، فيلزمنا المعالجة المبكرة والاطلاع على تجارب غيرنا.

المطلب الأول: النقد الموجه لقانون الأحوال الشخصية السعودي^(١):

فقد ذكر تقرير (هيومن رايتس ووتش)^(٢) عدة نقاط في قانون الأحوال الشخصية السعودي، وطالب بتغييرها من باب المساواة مع الرجل تماماً في ولاية الرجل والطاعة للزوج، وأن القانون نص في المادة (١٥) على وجوب وجود ولي للمرأة عند الزواج، وترتيب الأولياء في حال عدم توفر الولي الأساسي وهو الأب في المادة رقم (١٧). كما انتقد التقرير وجوب طاعة

(١) نظام الأحوال الشخصية، الصادر عام ١٤٤٣هـ الموافق ٢٠٢٢م.

(2) <https://www.hrw.org/ar/news/2023/03/08/saudi-arabia-law-enshrines-male-guardianship>.

الزوجة لزوجها في المادة رقم (٤٢) وأن على الزوجين المعاشرة بالمعروف، والسكن في بيت الزوجية، إضافة إلى انتقاد فقدان المرأة للحق في الحضانة إذا غادرت بيت الزوجية من غير إذن أو سبب^(١)، وأن كل هذه الأحكام من حق الرجل في الولاية في تزويج موليته، والطاعة يكرس العنف الأسري؛ مثل: الاعتداء الجنسي في الزواج الذي يتعارض مع حق الإنسان في الاستقلال الشخصي.

كذلك انتقد التقرير السن القانوني للزواج الذي حدده القانون السعودي بسن (١٨) في المادة رقم (٩) بالرغم من سماح القانون بالزواج في أقل من ذلك إذا كان بالغاً (سواء كان ذكراً أو أنثى) بشرط إذن المحكمة بعد تحققها من أن ذلك الزواج من مصلحة الطرفين، واعتبر التقرير أن زواج القاصرات ينتهك استقلالها، ويعرضها لإشكالات الحمل والرضاع في سن مبكرة، وإلى مشاكل صحية وعنف أسري.

كما انتقد التقرير أحكام الطلاق الواقعة بين المادة رقم (٨٠) والمادة رقم (١١٣) في حق الرجل من التطلق دون موافقة الزوجة، وأحكام الخلع وفسخ النكاح من طرف المرأة في حالات يقبل بها القضاء، مثل: الإضرار بها، وغيرها من الأحكام المترتبة على الفرقة بين الزوجين، في محاولة من التقرير تصوير انحياز القانون السعودي للرجل على حساب المرأة.

(١) هذا الادعاء غير صحيح، فحسب المادة رقم (١٣٣) من نظام الأحوال الشخصية السعودي فإن الأم لا يسقط حقها بالحضانة إذا تركت بيت الزوجية لخلاف أو غيره إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون خلاف ذلك.

وأخيراً طالب التقرير المملكة العربية السعودية بالالتزام بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها السعودية في اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، واتفاقية حقوق الطفل الأمية أيضاً التي صادقت عليها المملكة، في عدم تقييد حق المرأة، وحريتها، واستقلالها في الأهلية المدنية، مساواة بالرجل، وحق حرية التنقل والعمل وغيرها، إضافة إلى إلزام المملكة بحقوق الطفل، وأن القانون السعودي فيه ثغرة تتيح زواج الأطفال الذي ينتهك حقوقهم. والغريب أن التقرير تناسى أن المملكة في كل اتفاقياتها الدولية التي تصادق عليها تلتزم بأحكام الاتفاقية ما لم تخالف الشريعة الإسلامية، ولديها الكثير من التحفظات على بنود اتفاقية (سيداو)، واتفاقية (حقوق الطفل) التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية صراحة، فكيف يتم مطالبتها بالالتزام بما لم تلتزم به.

وأود الإشارة إلى أن الدورة التشريعية التي تتم في عملية إصدار القوانين في المملكة العربية السعودية تحرص أن تراجع جميع مشاريع القوانين من لدن جميع أصحاب المصلحة، وأن يتم التوافق مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها المملكة^(١). فقد حرص المنظم السعودي على مواكبة أحدث القوانين العربية والإسلامية في هذا الصدد، والاهتداء بالمشروع المعد من لدن أمانة جامعة الدول العربية (وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد

(١) قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣)، الضوابط المطلوب مراعاتها عند إعداد ودراسة مشروعات الأنظمة وما في حكمها الصادر عام ١٤٣٨هـ، وقرارات مجلس الوزراء اللاحقة والمكملة لهذا القرار، التي تنص على أهمية مراجعة جميع أصحاب المصلحة وأن لا يصدر قانون إلا بعد المراجعات وأخذ الدورة التشريعية الكاملة.

للأحوال الشخصية المعتمد من مجلس وزراء العدل العرب عام ١٩٨٨م)، والتي كانت السعودية طرفاً مشاركاً فيها. كما أُخذَ بتوصيات هيئة حقوق الإنسان في المملكة التي راجعت مشروع القانون، وجعلتها متوافقاً قدر الإمكان مع الاتفاقيات التي صادقت عليها المملكة في ما لا يخالف الشريعة الإسلامية، إضافة إلى الأخذ بتوصيات مجلس شؤون الأسرة في السعودية الذي يُعنى بشؤون الطفل، والمرأة، والأسرة ككل^(١).

ويمكن ذكر أهم ما تميز به القانون السعودي الحديث في الأحوال الشخصية الذي لم يتطرق لها تقرير (هيومن رايتس ووتش)، ولم يكن موضوعياً في نقده للمواد المذكورة في تفاصيلها؛ إذ يتبين أن القانون السعودي قد تميز في ذلك ويستحق الإشادة بدلاً من النقد. ففي أكثر من ستة عشر موضوعاً يندرج تحتها العديد من الأحكام الماثورة في ثنايا مواد القانون بداية من حقوق الطفل في سن الزواج، والحضانة، والنفقة، والنسب، وإلحاق النسب، وحقوق الأبوين، والتوثيق، في وقائع الأحوال الشخصية، والتسهيل في بداية عقد الزواج في عدة مسائل، وحق المرأة في الفسخ بإرادة منفردة في أكثر من (١٠) مواضع إضافة إلى الخلع، ظهر تميز القانون السعودي. كما راعى القانون السعودي حق المرأة في أثناء فترة

(١) تقرير هيئة حقوق الإنسان السنوي لعام ٢٠٢١م، الذي ينص على اختصاص الهيئة الأصيل في مراجعة مشروعات الأنظمة المتعلقة بحقوق الإنسان، ومنها مشروعات الأنظمة الجديدة والتي من ضمنها ما هو موضوع بحثنا وهو نظام الأحوال الشخصية، ص ٤٤. على الرابط التالي:

<https://www.hrc.gov.sa/storage/reports-attachment/IP2iOdSi9U5GB5h4mJgghrbMCZLpRAP2jDYn944.pdf>.

الزواج، وبعد الطلاق في أثناء العدة وبعد الفرقة، كما قيّد القانون السلطة التقديرية للقضاء في بعض المسائل، وسمح بها في حدود أقل مما كانت عليه في السابق، كما راعى التكافل الاجتماعي لدى المجتمع السعودي في نفقة الأقارب وحفظ أحكام القاصرين، وراعى أحكام المفقودين، والمدد المحددة للاحتساب التي ينبنى عليه آثاراً في حال انقضائها.

لذلك، إن أردنا أن نذكر المزايا التي تغفلها -عمداً- هيئات حقوق الإنسان، والحركات النسوية التي تميز بها القانون السعودي؛ لأنها ليست من اهتماماتها، فإنه يمكن القول بتميز القانون السعودي في الآتي:

١- وجوب نفقة الرجل على الزوجة في بيت الزوجية حتى بعد الفرقة في حال الحضانة والرضاع، حتى في حال غنى المرأة.

٢- الحفاظ على الملكية الخاصة للمرأة، وصونها في مالها من الاندماج في الذمة المالية للأسرة.

٣- الحفاظ على حق الوالدين، ووجوب النفقة عليهما عند الحاجة، كنظرة شمولية في استقرار المجتمع.

٤- النسب، وحق الطفل في الانتماء الأسري والاجتماعي في أثناء الزواج، في حالات الشك بين الزوجين والخلاف حول ذلك، أو بعد الفرقة في حال اللعان، والتدقيق في ذلك ولو اضطر إلى الفحص الجيني DNA.

المطلب الثاني: النقد الموجه لمدونة الأسرة المغربية^(١):

لعل أسلط الضوء على بعض الفروقات بين قانون مدونة الأسرة المغربي، وقانون الأحوال الشخصية السعودي:

القانون السعودي	القانون المغربي	
حق للأب ومن بعده بالترتيب	حق للمرأة، يشترط الولي عند الاقتضاء	الولاية في الزواج
(١٨) مع سلطة القاضي بتزويج أقل من ذلك بشروط	(١٨) مع سلطة القاضي بتزويج أقل من ذلك بشروط	سن الزواج
(١٥) للجنسين	(١٥) للجنسين	سن اختيار الحاضن للطفل
مسموح من غير شروط	بإذن القاضي للضرورة بعد موافقة الزوجة الأولى	التعدد
بيد الزوج	بيد الزوج والزوجة بالتمليك، ولا بد من إذن المحكمة	الطلاق
لها الخلع أو الفسخ	توسيع الدائرة	حق المرأة في طلب التطلق
لا يوجد له ذكر	رضائي بعد اتفاق الزوجين	اقتسام الممتلكات بعد الفرقة

(١) مدونة الأسرة المغربية، الصيغة الصادرة عام ٢٠٢١م.

أشار تقرير المغرب عام ٢٠٢٠م المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة^(١) قضايا عالقة ما زالت تحت البحث والتعديل، مثل:

- ١- زواج القاصرات.
- ٢- زواج الأم الحاضنة.
- ٣- اقتسام الممتلكات بعد الطلاق.
- ٤- الولاية على الأبناء.
- ٥- حماية النيابة لأحد الزوجين بعد الرجوع لبيت الزوجية.

ثم إن النقاط التي انتقدت فيها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة مملكة المغرب في تقرير عام ٢٠٢٢م في التوصية رقم (٤٠)^(٢) وطالبت المغرب بتعديل:

- ١- سلطة القضاء في السن القانوني للزواج، وعدم تحديد حد أدنى لذلك.
- ٢- إلغاء تعدد الزوجات تماماً.
- ٣- تجريم الأمهات غير المتزوجات، ومنحهن الحقوق والحماية.
- ٤- عدم مساواة المرأة في حقوق الممتلكات عند فسخ الزواج، والمطالبة بذلك.

(1) <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/043/54/PDF/N2004354.pdf?OpenElement>

(2) <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/043/54/PDF/N2004354.pdf?OpenElement> 14 .

٥- عدم تعديل جميع أحكام التمييز ضد المرأة في الطلاق، والحضانة، والميراث بعد التشاور مع المجتمع المدني لا سيما المنظمات النسائية.

لعل بعض النقاط المثارة قابلة للنقاش والتحديث وفق الحاجة المجتمعية في إطار الرؤية الإسلامية، ولكن بعض المطالبات متطرفة، ولا أتصور طريقة يمكن أن تتوافق فيها مع المرجعية الإسلامية. أكد ذلك القانون السعودي في ختام قانون الأحوال الشخصية في المادة الحادية والخمسين بعد المائتين: «فيما لم يرد فيه نص في هذا النظام، تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لترجيحات هذا النظام». وهذا يوضح جلياً حرص المشرع السعودي على الحفاظ على كيان الأسرة في المجتمع السعودي التي تحكمها أحكام الشريعة.

وفي السياق نفسه لدى المشرع المغربي، يمكننا الاهتداء بعبارة الملك محمد السادس في ديباجة مدونة الأسرة حينما قال: «لا يمكنني بصفتي أميراً للمؤمنين، أن أحل ما حرم الله أو أحرم ما أحله». فهذه العبارة توضح لنا حدود ما يمكن أن نسعى لمعالجته، ونتقدم في السعي لتحديثه في هذا الإطار وهذا المرجع الإسلامي الأصيل.

ولا بد عند معالجة هذه القضايا أن تكون الحلول نابعة من صميم الثقافة المغربية، وحاجته المجتمعية؛ حتى لا تكون آثارها مدمرة على المجتمع. ولعلّي أسلط الضوء على موضوعين اثنين: زواج القصر، واقتسام الممتلكات بعد الفرقة.

المبحث الثالث معالجة الحد الأدنى للزواج، واقتسام ممتلكات الأسرة بين الزوجين بعد الفرقة

المطلب الأول: الحد الأدنى للزواج (مقاربة اجتماعية):

ردًا على جواب اللجنة في ملحوظتها رقم (٣٩)، في الزواج وحقوق الملكية للمرأة، فإن اللجنة أبدت قلقها بعدم وجود سن قانوني كحد أدنى يمنع من خلاله الزواج قانوناً. وبالرغم من أن المغرب قد أشارت في تقريرها للجنة عام ٢٠٢٠م إلى عدة نقاط في تعزيز هذا الحق القانوني، إلا أنه لم يكن كافياً ومقنعاً للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة جواب المغرب. فقد ذكرت مملكة المغرب أنها حافظت على هذا الحق عن طريق قيام الجهات الحكومية المغربية بحملات ثبوت الزوجية للحد من الزيجات غير الموثقة؛ لحفظ الحقوق ومن ضمنها ضمان السن القانوني للزواج. كما ذكرت كذلك أن النيابة العامة قد أصدرت دورية حول زواج القاصر تطلب فيها من المحاكم طلب ملتمسات للقضاة تنسجم مع قصد المشرع من جعل الزواج قبل سن الرشد متوقفاً على موافقة القضاة، وقد بادرت وزارة العدل إلى تبني تعديل تشريعي يجعل الحد الأدنى للزواج هو (١٦) عاماً لحصر السلطة التقديرية للقاضي بعد مراعاة تقارب سن المتزوجين، ووجوب استعانة القضاة بخبرة طبية واجتماعية لمنح الإذن بذلك للزواج.

في حين نجد أن قانون الأحوال الشخصية السعودي حدّد السن الأدنى للزواج؛ إذ راعى الاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بحقوق الطفل، فمنع من

توثيق الزواج قبل سن الثامنة عشرة؛ إلا بإذن المحكمة، وبعد أن يظهر للمحكمة مصلحة القاصر في الزواج فقط مع مراعاة الضوابط التي ستنص عليها اللوائح والإجراءات اللازمة لذلك حسب نص المادة التاسعة من النظام السعودي. إضافة إلى صدور ضوابط من مجلس الوزراء تخص تنظيم الزواج المبكر أعطت الحق بالتزويج لمن هم دون سن الثامنة عشرة للقاضي، بشرط أن يكون طلب عقد النكاح مقدماً من الشاب أو الفتاة الراغبين بالزواج، وإقرار كلا الطرفين صراحة أمام القاضي بالموافقة إضافة إلى تأكد القاضي من بلوغ الطرفين والاكتمال الجسدي والعقلي للطرفين بتقارير طبية ونفسية معتمدة^(١).

ويمكن عند تأمل هذا الموضوع، التمييز بين زواج القاصر في المدينة، وبين زواج القاصر في الريف والبوادي، فأوضاع المجتمع الحضري تختلف عن المجتمع القروي والبدوي، بيد أن التشريعات والقوانين فيها صفة العموم، ولا يصلح إلا أن تكون حكماً واحداً باتاً لجميع أفراد المجتمع، والمطالبة الحقوقية تجنح إلى تحديد سن للحد الأدنى دون مراعاة لاختلاف البيئات. ومن الناحية الإسلامية الشرعية، فيمكن للحاكم أن يرفع الخلاف، ويحدد رأياً يلزم فيه الجميع، ولكن النظرة هنا ليست شرعية فقط، بل من وجهة نظري هي اجتماعية صرفة، والقانون أداة لتحقيق توجه ورغبة الحاكم والمجتمع عن طريق الإطار الإسلامي. فإذاً يجب أن ندرس الآثار المترتبة على تحديد الحد الأدنى للزواج.

(١) معتمدة بموجب الأمر الملكي رقم (٤٦٠٣٢) في ٢٨ / ٧ / ١٤٤١هـ، لحين صدور لائحة نظام الأحوال الشخصية.

وإننا إذا قلنا أن القانون يسمح بتوثيق الزواج في سن الثامنة عشرة فقط، ويسمح للقضاة سلطة فيما دون ذلك بعد مراعاة الضوابط المعنية، وتحديد سن أدنى لزواج حاسم وفاصل؛ فقد يترتب على ذلك انتشار الزواج غير الموثق الذي قد يكون ذريعة لهدم الحقوق. فماذا لو حصل فرقة للزوجين قبل توثيق الزواج، وجحد الزوج حق الزوجة في اقتسام الممتلكات مثلاً الذي نسعى لإيجاد مقاربة لحله؟ كذلك ما حال الأولاد وتثبيت نسبهم؟ ثم في حال الطلاق، وحضانة الأم للرضيع قد يتنكر الرجل زواجه بالمرأة حتى لا يثبت عليه النفقة والحضانة وغيرها؟ ولو قال قائل: إن الإشهاد ووسائل الإثبات قد تفيد في إثبات الزواج والبنوة، فإن ذلك يدخلنا في مشكلات اجتماعية معقدة، ومدد طويلة للتقاضي لا نعلم أمادها، ولا نضمن معها ثبوت الحق القانوني، فالمراكز القانونية للزوجين غير ثابتة قانونياً، بل قد يصعب إثباتها، ثم آثار هذا الزواج قد لا تثبت وتكون عرضة للضياع.

أرى أن توجه قانون الأحوال الشخصية السعودي، والمدونة المغربية كان حكيماً ومراعياً تماماً لحاجة المجتمع بكافة بيئاته، إذ إن الأوضاع الاقتصادية لأهل الريف والبوادي تحتم عليهم تزويج من هم أقل من (١٨) عاماً، ووضع البنت والولد في تلك البيئات ليس مثل وضعهم في المدن الذين يكونوا في هذا السن في سنوات الدراسة الثانوية مثلاً، وأهلهم يساعدونهم للتأهيل ومواصلة الدراسة الجامعية حتى يتمكنوا من العمل في الوظائف، ثم يقوم الأولاد والبنات بعد ذلك بمساعدة أسرهم مادياً، ثم الزواج بمفردهم. بينما نجد أن المعادلة مختلفة تماماً في الريف والبوادي، فإن الأولاد قد يتوقفون عن الدراسة في سن مبكرة، أو يواصلون الدراسة من غير اهتمام كبير بها من لدن الأسرة، ولكن الاهتمام الأكبر هو أن يقوم الابن والبنت بمساعدة



الأسرة في الرعي، والزرع، والحراث، والغزل، والحياكة وغيرها من أعمال الأرياف والبوادي، ومساعدة الأسرة مادياً، فكون الابن يتزوج مبكراً فإنه بعد زواجه ومجيء زوجته معه إلى بيت أسرته فإنه يضيف قوة بشرية لأسرته يستطيع عن طريقها القيام بالحد الأدنى من احتياجاته المادية، وفي المقابل إذا تزوجت البنت فإنها تحفف على أسرته الأعباء المادية. على الرغم من أن هذا السائد في سكان المدن والأطراف، إلا أنه يوجد استثناءات ولا يصح التعميم، ولكن نستطيع من خلال تصور وجود تنوع في التركيبة الاجتماعية للسكان أن نصوغ قانوناً يلبي احتياج جميع شرائح المجتمع. يبقى من المهم التنبيه على إشكالية منع الأولاد من الدراسة بسن مبكرة أو تشغيلهم في سن مبكرة دون سن الخامسة عشرة - قد منعها القانون السعودي في (نظام حماية الطفل) كما نص على ذلك في المادتين الثالثة والثامنة، إلا أنه لم يفصل في النظام ولا في اللائحة التنفيذية ما هي المراحل الدراسية التي تكون إلزامية للطفل الالتحاق بها ويعد الوالدان قد قاما بإيذاء الطفل أو أهملوا تربيته إذا انقطع عنها، كما أوضح المشرع السعودي في اللائحة التنفيذية بعض الاستثناءات في تشغيل الأطفال في أعمال خفيفة وغير شاقة ولا تعارض دراستهم واستثناءات للعمل بين سن الثالثة عشرة والخامسة عشرة^(١).

فيمكن من خلال تحليل القوانين السعودية أن المشرع السعودي قد راعى تنوع التركيبة المجتمعية، وأن بعض الأطفال قد لا يكملون الدراسة وقد ينخرطون في بعض الأعمال منذ الصغر، ولكن من خلال توفير بيئة قانونية وإدارية تحميه وتقدم له الخدمات وتحمل المسؤولية على المقصرين.

(١) نظام حماية الطفل، الصادر عام ١٤٣٦هـ، الموافق ٢٠١٤م.

بقي أن نقول في سبيل الحد من استغلال هذا المدخل أن يتم تحديد المسؤوليات المالية على عاتق والدي الزوجين، وأن تكون الولاية في الزواج بالنسبة للصغيرين، الذكر والأنثى هي للأب؛ ويمكن أن ينص عليها في قانون الدولتين، حتى يتضح أن الآباء في هذه الحال هم أصحاب المسؤولية قانونياً عن هذا الزواج ولو حصل بعد ذلك من خلاف، أو ظلم، أو تعد من أي الزوجين على الطرف الآخر قبل بلوغ السن القانوني (١٨) عاماً؛ فإن القانون يلزم الآباء بالمسؤولية والمحاسبة، ولا يقتصر على حضور الولي الشرعي وتوقيعه على الزواج فقط، كما في المدونة المغربية، إذ يجب ألا يقدم الآباء على تزويج القُصّر إلا بعد معرفة ما يترتب على ذلك الالتزام من تبعات قانونية. كما أرى أن تقييد سلطة القاضي في البت في زواج القاصرين إذا امتنع أحد الأولياء الشرعيين عن الحضور والتوقيع أفضل؛ لأن العقد بذلك يعد مختلفاً ولم تلتق فيه إرادة الطرفين.

واعتقد أنه من خلال ذلك، تخف حدة النقد على القانونين في عدم تحديد سن أدنى تحت سلطة القضاء، فالقاضي بعدما يتحقق من رضا الزوجين وتقارب سنهما، وأخذ المشورة الطبية والاجتماعية (حسب ما تقتضيه مدونة الأسرة المغربية)، يوضح للأبوين المسؤولية القانونية الواقعة عليهما بعد عقد زواج أولادهما، وأن الولاية لهما، وعليهما تحمل تبعات ما قد ينشأ من آثار حتى يصل الزوجان إلى السن القانونية. وقد نص الفقهاء أن تكون ولاية الأب على الصغير، الابن والبنت، ولاية إجبار، واستدلوا بزواج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من عائشة، وكذلك زواج عمر بن الخطاب من أم كلثوم بنت

علي بن أبي طالب، ولكن فصلوا في حال لم ترغب البنت بهذا الزوج، فمنهم من قال بإكراهها ومنهم من منع ذلك، ولكنهم اتفقوا أنها لو أرادت مخالفة بعد ذلك عند بلوغها فلها ذلك، حتى لو كان السبب أنها تكرهه، لحديث امرأة ثابت بن قيس بن شماس في البخاري (الفتح ٩ / ٤٠٠)، ويمكن أن لا نشترط ولاية الإيجاب بل بالرضا، حتى نمنع ما قد يكون مجالاً للنقد أو ما قد ينشأ من إشكالات بين الزوجين في المستقبل.

المطلب الثاني: اقتسام الممتلكات (مقاربة فقهية - قانونية، مقارنة بالقانون التركي - مقارنة اجتماعية):

أجابت مملكة المغرب في تقريرها عام ٢٠٢٠م للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في الفقرة رقم (٢٢٨) على ما يسمى عرفاً بالسعاية، وثبت حق الكد عن طريق اقتسام المرأة ممتلكات الأسرة في حال الفرقة؛ أنه قد صدر حكمان قضائيان عام ٢٠١٠م عن ابتدائية الرباط الذي أقرّ بأحقية الزوجة بنصف الشركة مع زوجها بعد ثبوت عملها وكدها معه فيها، وكذلك الحكم الصادر من ابتدائية الدار البيضاء عام ٢٠٠٦م، الذي نص على أن عمل الزوجة اليومي ولو داخل بيت الزوجية يعد مساهمة منتجة لأموال الأسرة يحق لها به أن يقيم حقها ونصيبها من أموال الأسرة؛ إذ لا يستوجب عليها عقد الزوجية الخدمة بالبيت.

فهذا مما يثبت أن الاجتهاد القضائي المغربي المعاصر يعترف بحق المرأة في اقتسام الممتلكات التي تحصلت للأسرة، كما أن المدونة المغربية قد ذكرت في المادة (٤٩) أن للزوجين ذمة مالية مستقلة، ولهما أن يتفقا من خلال وثيقة

مستقلة عن عقد الزواج ما يمكن أن يُستثمر ويُوزَّع من الأموال، وفي حال عدم الاتفاق يُرجع إلى الإثبات والتحقق من عمل كل واحد منهما، وما قدمه من مجهود لتنمية مال الأسرة.

أود التوضيح إلى أن قانون الأحوال الشخصية السعودي لم يشر إلى هذا الموضوع نهائياً، ولم يرتب عليه الأحكام، فالذمة المالية للزوجين مستقلة، وعلى الزوج النفقة وتوفير المسكن، وليس على الزوجة النفقة أو العمل إلا برضاها، كما ذكر أحكاماً تفصيلية أخرى بخصوص النفقة، ومتى تثبت ومتى تسقط، وغير ذلك من الأحكام المذكورة في الفصل الرابع من (نظام الأحوال الشخصية) السعودي^(١).

وأريد أن أشير إلى أن التراث المالكي المغربي قد أثار هذه النقطة في فتاوى كثيرة مبثوثة لفقهاء المغرب، ذكر الكثير منها في نظام الكد والسعاية، كما ذكرت هذه المسألة عند فقهاء المذاهب الأخرى إلا أن الاجتهاد المغربي المعاصر قاس على تلك الفتاوى والأحكام في المذهب المالكي، وبنى عليها اجتهاده دون غيره من المذاهب، وقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في هذه المسألة، فمنهم من قال إن مال الأسرة للرجل بحكم أن عليه النفقة والسكنى وما يترتب على ذلك من أثاث، واستثنوا متاع المرأة وخاصتها ومال الزوج الخاص، ومنهم من قال هو لهما بالنصف؛ لأن كليهما يمكنه أن يرث ذلك المال، ومنهم من فصل في حال غنى الزوجين، أو فقرهما، وفي حال إسهام المرأة في أثاث البيت. والخلاصة أنه موضوع خاضع لحال كل أسرة حسب حالها، وليس هو محل نقاشنا.

(١) نظام الأحوال الشخصية، الصادر عام ١٤٤٣هـ، الموافق ٢٠٢٢م.

أما ما يتعلق بحق المرأة في ممتلكات الأسرة، وتحديدًا في حق المرأة في ثروة الزوج، التي هي محل الإشكال والجدل الواسع المثار حوله في المغرب؛ إذ حق الزوج في ثروة امرأته إذا عمل على تنميته فله إما نصيب من النماء دون الأصل، أو أجره المثل وأحكاماً تفصيلية أخرى ليست هي محل نقاشنا، إذ ليس هذا هو الأكثر. أما ما يتعلق بحق المرأة في مال زوجها عند الفرقة بطلاق أو موت، فلفقهاء المالكية ثلاثة أقوال في ذلك:

١- إما أنها تعمل في نماء مال زوجها بمقتضى العرف ولا تستحق على ذلك شيئاً.

٢- لها أجره المثل وليس لها مشاركة زوجها في أصل ماله ولا نمائه.

٣- أنها شريكة للزوج في كل ما سعت في نمائه بسعيها وكدها، فتتقاسم معه كل ثروته، ثم تأخذ بعد ذلك فرضها من الميراث في حال الوفاة، اقتداءً بقضاء عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في زوجة عامر بن حارث، حبيبة بنت زريف، حيث كان عامراً قصاراً وزوجته ترقع الثياب فكسبا مالاً كثيراً فمات عنها فحكم لها عمر بنصف المال، ثم أخذت فرضها من التركة وهي الربع^(١).

(١) الخطاب المغربي المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل (٣/٥٤٠). انظر كذلك ابن عبد البر القرطبي المالكي، الكافي في فقه أهل المدينة (١/٤٨٢). انظر كذلك: رسالة دكتوراه حنان ابن شقرون، دليل الحقوق والواجبات المالية للمرأة المسلمة، ص ٧٥٥، نقلاً عن العمل السوسني في الميدان القضائي. ومنهم من قال لها الشركة في النماء (أي في الأرباح) فقط دون الأصل، فلها أن تتشارك مع الزوج في أرباحه ولكن لا تشاركه في أصوله.

والملاحظ على هذه الفتاوى أنها عاجلت فتاوى تخص المرأة في البادية، حيث كانت الأموال المذكورة في هذه الفتاوى المغربية أغلبها ماشية أو ما يخص المرأة الحضرية القروية، مثل: الغزل وغيره، ولم تتطرق للحياة المدنية للمرأة الحضرية والمال في المدينة. كما ذكر الأستاذ عبدالسلام حسين أن كل ما ذكر في حق السعاية، وأجر الكد إنما راعى المرأة في البوادي التي تعمل على نماء مال زوجها، والرعي من خلال العمل البدني والكد والسعي، فهي شريكة له بذلك، ولكن التراث الفقهي المغربي لم يتطرق للمرأة الحضرية المعاصرة التي تسهم في هذا العصر بمال الأسرة وثروتها، وهذا ما أثبتته القضاء المغربي في الحكمين الصادرين عام ٢٠١٠م و٢٠٠٦م المذكورين في تقرير المغرب للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة^(١). إن الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة راجع إلى الاجتهاد الفقهي في تحقيق العدل والإنصاف بين الزوجين، حيث لم ينص القرآن ولا السنة على هذه المسألة، وتركها خاضعة للاجتهاد وما تعارف عليه الناس. فوجب أن نوجد مقاربة اجتماعية قانونية لهذا الموضوع حتى نحيط بكل ما يكتنفه قبل التعديل التشريعي. كما أن الملاحظ أن النساء اللاتي يعملن مع الرجل في ماله من ماشية وزرع وتجارة هم في الغالب، حسب المجتمع المغربي، أمه وزوجته وبناته وأحياناً أخواته غير المتزوجات، فلا يصح المطالبة فقط بحق الزوجة في ممتلكات الأسرة ونسيان بقية النساء اللاتي أسهمن في بناء ثروة الأسرة.

وأود أن أشير إلى عدة نقاط مهمة في هذا الصدد:

(١) دليل الحقوق والواجبات المالية للمرأة المسلمة، ص ٧٧٦-٧٧٧.

النقطة الأولى: أن مدونة الأسرة المغربية ذكرت أن ذمة الزوجين مستقلة ولهما أن يتفقا على تدبير أموالهما حسب المادة (٤٩)، مما يعني أن أموال الأسرة قد تكون قسمة بينهما في حال الفرقة. وهذا لا ينضبط في حال كانت الذمة المالية بينهما مستقلة منفصلة، فإما أن نقول إن ذمتها مشتركة في أموال الأسرة، ومن ثم يقتسمان نماء أموال الأسرة أو جميع أموال الأسرة حسب الاستثناءات المحددة قانوناً، أو نقول إن ذمتها مستقلة ولكن للزوجة أجرة المثل في حال سعيها وكدها في نماء ثروة الأسرة. فقد سبق القانون التركي إلى وجوب تحديد الزوجين موضوع الذمة المالية بينهما في بداية عقد الزواج إما أن يكون مشتركاً أو يكون منفصلاً حتى لا يحصل إشكال في المستقبل بخصوص اقتسام الممتلكات.

فإنه عند المقارنة بقانون الأسرة التركي^(١) المنصوص عليها في القانون المدني من المادة (٢٠٢) الذي ينص على أن الأصل في الأموال المكتسبة بعد الزواج بعد عام ٢٠٠٢م هو مال مشترك في حال لم يختار الزوجان نظام الفصل في الممتلكات بعد الزواج.

وعلى ذلك، في المدونة المغربية يمكن أن يتم مراعاة أحكام اقتسام الممتلكات في حال اختيار الملكية التشاركية، بينما لا يصح المطالبة بالحق بالمطالبة باقتسام الأموال بعد الفرقة في حال كان نظام الملكية منفصلاً بين الزوجين، فكيف يكون مالاً للكل من سعى له وجلبه أثناء الزواج ثم يؤخذ

(١) حكيمة السباعي، قراءة في مضامين قانون الأسرة التركي. مجلة الجامعة العراقية، مجلد ٢٠٢٠، عدد ٤٩، جزء ١، ص ٣٠١-٣١٢.

منه غصباً بعد الفرقة سواء كان رجلاً أم امرأة؟! مع أنه في حال اختيار الملكية المشتركة يفرق بين الملكية الشخصية للزوجين قبل عقد الزواج وما نتج عنه بعده. كما يفرق القانون التركي بين ما كان مالاً شخصياً لأحد الزوجين، مثل ما كان قبل الزواج، أو الهدايا الخاصة والهبات والميراث، أو ما كان محددًا للملكية لأحدهما أو اتفقا على أنه لأحدهما.

على أنه يجب مراعاة ما تحمله كل طرف من ديون لأجل نهاء ثروة الأسرة، فلا يصح أن نتطرق لاقتسام الممتلكات بعد الفرقة من غير تحديد من يتحمل سداد الديون التي كانت سبباً لنهاء أموال الأسرة! فلو تحمل الزوج ديناً وفتح به محلاً يتاجر به وشاركته زوجته في السعي والبيع والشراء، ثم حصل فرقة بينهما بموت أو طلاق، فلا نقول إن للمرأة نصيب ملك في مال الزوج من غير أن يكون لها غرم الدين الذي تكفل به الزوج لأجل الحصول على هذه التجارة، إلا إن كان الاتجاه أنها شريكة له في الربح دون الأصل.

كذلك عند الطلاق وفي حال كانت الحضانة للأم، فإنه عند اقتسام الممتلكات، فيحسن أن يكون المنزل من نصيب المرأة حماية لها وللأولاد من الضياع والشقاء لو اضطرت للانتقال عن بيت الزوجية مع الأطفال، ولكن يجب التنبيه إلى موضوع الديون، وهل قام الزوج بأخذ دين من البنك لشراء هذا المنزل لوحده أم تشارك مع زوجته في ذلك؟ وهل يمكن في حال كان هو من تحمل دين العقار أن ينتقل إلى الزوجة؟ ولو فرضنا أن العقار هو المال الوحيد الذي بقي بعد الفرقة وكانت الأم حاضنة للأطفال والأصلح لها وللأطفال أن لا يخرجوا من بيت الزوجية سواء كان الزوج قد اشترى

هذا البيت بالدين من البنك أم لم يكن ديناً، فكيف يقتسم هذا الملك المتبقي بعد الفراق؟ مع الأخذ بالاعتبار لو كانت المرأة غنية أو كان لها منزلٌ آخر أو قامت بالزواج بعد ذلك، فليس من العدل منحها البيت مباشرة من غير اعتبار لحالها وحال الزوج. فيمكن القول أنه يستحسن في بعض الأحوال خوفاً من ضياع الأطفال وقد لا يستحسن في بعض الأحوال. وهذه من المسائل التي يجب مناقشتها نقاشاً مستفيضاً قبل البت في حكم قد لا نعلم مآلاته وما ينتج عنه من آثار اجتماعية مستقبلاً.

ثم أخيراً عند معالجة اقتسام الممتلكات بعد الطلاق في هذه الحال، ينبغي مراجعة حكم نفقة الزوجة في بيت الزوجية وحكم وجوب نفقة الزوج بحيث يجب التفصيل في هذه الحال حتى تكون أحكام المدونة مطردة، فلا يصح أن نقول باستقلال الذمة المالية بين الزوجين ووجوب النفقة ثم نحكم بوجوب اقتسام الممتلكات بينها بعد الفرقة!

النقطة الثانية: لا بد من ملاحظة السلوكيات السلبية التي قد تنشأ في حال المغالاة في موضوع اقتسام الممتلكات بعد الطلاق تحديداً، فلو نظرنا إلى تطبيقه في المجتمع الغربي نجد أنه من منطلق الذمة المالية المشتركة بين الزوجين، فهو مبرر أن يتم الاقتسام بينهما، فالمرأة ملزمة بالنفقة على بيت الزوجية وكل الأموال بينها وبين زوجها ملك لهما جميعاً، حتى إن الحسابات البنكية تكون مشتركة بينهما، في المقابل في القانون الإسلامي ومنه المدونة المغربية، فإن الزوج ملزم بالنفقة وللزوجة ذمة مالية مستقلة لها ما تكسب ولها الإنفاق على بيتها برغبتها ولو كانت موسرة، فأخشى أن يترتب على

ذلك (أي المبالغة في اقتسام الممتلكات بعد الطلاق) أن تظهر سلوكيات مثل إلزام المرأة بالإنفاق أو إكراهها على ذلك أو تلوؤ الرجل في الإنفاق. إضافة إلا أنه من أشنع السلوكيات التي ظهرت في الغرب بسبب اقتسام الممتلكات والخوف من تبعات الطلاق هو العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة، وإنجاب الأولاد غير الشرعيين، وإثبات النسب البيولوجي دون النسب الشرعي، والعيش في بيت واحد من غير عقد زواج خوفاً من وقوع الطلاق، واقتسام الممتلكات، فتنشأ أسرة غير شرعية، وغير مبنية على الثقة، وأطفال مهددون بالنسيان والحرمان بسبب عدم وجود عقد زواج صحيح ملزم للزوجين.

حيث أصبحت المساكنة (cohabitation) ظاهرة في المجتمع الغربي والأمريكي تحديداً، ويقصد بها سكن شخصين من غير عقد زواج، من جنس واحد أو جنسين مختلفين، في علاقة حميمية قد ينشأ عنها أطفال أيضاً في حالاتها المتقدمة. فبناءً على تقرير مركز بيو ريسيرتش (pew research center) للأبحاث⁽¹⁾ الذي يقيس توجهات المجتمع الأمريكي في الكثير من القضايا المجتمعية، فإنه سلط الضوء على الاشتراك في السكن من غير عقد زواج، وأن هذه الظاهرة باتت منتشرة في المجتمع الأمريكي، وحسب استطلاعات الرأي الموسعة؛ فإن شريحة الشباب تُفضّل هذه العلاقة على الزواج، بينما تميل الشريحة العمرية الأكبر إلى علاقة الارتباط بالزواج الرسمي.

(1) <https://www.pewresearch.org/social-trends/2019/11/06/marriage-and-cohabitation-in-the-u-s/>

وكان من أهم العوامل المؤثرة على انتشار هذه الظاهرة هو قياس مدى انسجام الطرفين قبل الارتباط بعقد زواج، وكذلك لما للطلاق من تبعات مؤلمة نفسياً، حيث إن قضايا الطلاق تتطلب جلسات محاكم وتوكيل محامين، ومدد طويلة مرهقة نفسياً، ومثيرة للتساؤلات بين أفراد الأسرة وأقاربهم. فالاشتراك بالعلاقة الحميمة، والسكن المشترك من غير زواج مريح، وسهل للفراق بسهولة، وكذلك تنتشر هذه الظاهرة بسبب عدم الرغبة بتحمل تبعات الزواج المادية والأسرية من تربية ورعاية، ثم العامل الأهم هو اقتسام الممتلكات بعد الطلاق، فالطرفان يعرفان حقاً أن ممتلكاتهما ستكون خاضعة للاشتراك، حسب قانون الأسرة الأمريكي، فلا يرغبان بخطوة الزواج إلا بعد سنوات طويلة من العشرة التي قد تنتهي بموت أو فراق من غير عقد زواج أصلاً!

في المقابل وحسب نتائج الاستطلاع الموسعة يرى المتزوجون من أصحاب الفئة العمرية الأكبر نوعاً ما من الشباب (٥٠ فأعلى) أن أهم عامل ساعدهم على بقاء رابطة الأسرة هو الالتزام بعقد الزواج، وأن وجود عقد زواج بينهما يزيد من الثقة والاطمئنان النفسي لكليهما وللأطفال، حتى بات إثبات أفضلية عقد الزواج على العلاقة من غير عقد زواج محل مقارنة مع المساكنة من غير زواج بحيث يحاول أنصار عقد الزواج الشرعي الانتصار له وإثبات أفضليته.

النقطة الثالثة: التفصيل السابق هو محاولة لمقاربة الوضع التشريعي في مدونة المغرب كمحاولة للتخفيف من الآثار السلبية لدمج الذمتين الماليتين

أو إبرام عقد بين الزوجين بخصوص اقتسام الممتلكات، وليست دعوة لدمج الذمتين الماليتين بين الزوجين أو إبرام العقود المالية بينهما، فالجهالة لا تنفك عن هذا النوع من العقود ولا وضوح للاستحقاقات المالية بينهما، فالعقد بين الزوجين ليس عقد عمل ولا شراكة بل هو عقد أسمى من ذلك، وهو ميثاق غليظ، ويجب أن يبنى على الرحمة والمسامحة، ولا وجود للتوثيق إلا فيما تنص عليه الشريعة مثل حقوق التوثيق والاشتراطات القبلية بين الزوجين. فليس من الحكمة التفصيل الزائد في عقد الزوجية وكأنه عقد عمل أو شراكة، إذ بذلك يصبح العقد خالي من المشاعر ويمنح إلى العلاقة المادية الصرفة التي تهدم كيان الأسرة.



الخاتمة وأهم النتائج

إننا إذ قد بسطنا الحديث عن كل هذه المسائل التي تنتقد البلدين في قوانين الأحوال الشخصية أو الأسرة، تبين لنا أمران جوهريان عند مناقشة وتحليل أمثال هذه التقارير الحقوقية، التي تطالب الدول الإسلامية بتغيير قوانينها المتعلقة بالأحوال الشخصية بطريقة قد تكون مقبولة أحياناً، وفي أحيان -ليست بالقليلة- هي مصادمة تماماً للدين الإسلامي ومسلماته وعادات المجتمع، وهي:

أولاً: صدام الخلفيات الثقافية والفكرية والدينية التي تقع خلف القوانين؛ مما يستحيل لها أن تتوافق. فلا يصح عقلاً محاكمة قانون أسرة، وأحوال شخصية خاص بدولة إسلامية في ضوء قانون أحوال، أو وثيقة حقوقية دولية نابعة عن مزاج ما بعد حدثي علماني خال من أي مرجعية دينية يدعي العقلانية، في حين أنه عند التحليل العميق يتبين أن عقلانيتها نسبية، وراجعة إلى استحسان وذوق المزاج الحقوقي الغربي الذي يرغب بمحاكمة أمم الشرق والغرب، وأن يكون هو المعيار على حقوق الإنسان.

ثانياً: تُعدُّ قوانين الأحوال الشخصية من أكثر القوانين حساسية لدى الدول في العالم أجمع، ولا بد أن تتوافق مع دينها وعادات مجتمعتها حرصاً على استقرار المجتمع الذي يعد الأسرة أهم مكون له، لذلك نجد الدول تحرص حرصاً شديداً على عدم مصادمة مجتمعاتها، وتحرص على استقرارها وعدم زعزعتها بزرع أحكام وقوانين ينفر منها الناس والمجتمع، ولا تتقدم الدول وتنهض علمياً واقتصادياً إذا كانت دواخلها مفككة، والأمراض

النفسية والجرائم الخلقية منتشرة بينها. ولكن يحسن بالدول مراجعة قوانين الأسرة (الأحوال الشخصية) باستمرار، ومواكبة مزاج المجتمع في ظل أحكام الشريعة، وعدم التمسك بالتقاليد والأعراف التي لا تستند إلى دليل، أو قابلة للتحديث وفق الرؤية الإسلامية، وأن تحرص الدول على التوافق مع مستجدات العصر والمجتمع الدولي قدر ما تسمح به الرؤية الإسلامية المستنيرة حتى لا يوصف القانون الإسلامي بالجمود، ولا يسبب آثاراً كارثية يسهل بعدها التخلي عن مرجعيته.

فلا بُدَّ عند مقارنة مثل هذه الموضوعات الحساسة بأمن المجتمع وأساسه، «الأسرة أنموذجاً»، ألا نغفل عن النظر لمصلحة الأسرة والمجتمع ككل، ولا نقع في مصائد الفردية والأنانية. كما يجب علينا ألا نغفل المساواة العادلة بين أفراد الأسرة في جميع الجوانب، ولا نقع في ضغط المساواة المجتمعية بين الرجل والمرأة فقط، التي تطالنا بها المنظمات الحقوقية، بل نسعى للمساواة العادلة في الاقتصاد، والصحة، والتعليم، والنسب وغيرها من الحقوق الكثيرة للجميع. كما يجب علينا تحديد الحقوق، وإرساء المساواة العادلة، إضافة إلى تحديد المسؤوليات على جميع الأطراف، وألا نغالي في تضخيم الحقوق على حساب المسؤوليات أو العكس.

المراجع

الأبحاث، والكتب العلميّة:

١. ابن عبد البر القرطبي المالكي، الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض المملكة العربية السعودية، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
٢. مسفر بن علي القحطاني، حقوق الإنسان في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية مقارنةً بالمواثيق الدولية، مركز البحوث والتواصل المعرفي، الرياض، ٢٠١٩م.
٣. محمد سيلا، الأسس الفكرية لثقافة حقوق الإنسان، المركز الثقافي العربي، ٢٠١٠م.
٤. صمويل موين، ليست كافية، حقوق الإنسان في عالم غير عادل، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠٢٢م.
٥. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ١٩٧٨م.
٦. الخطاب الرعيني المالكي محمد الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط ٣، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٧. حنان ابن شقرون، دليل الحقوق والواجبات المالية للمرأة المسلمة، أطروحة دكتوراه، مؤسسة دار الحديث الحسنية، المملكة المغربية، ٢٠٠٧م.
٨. حكيمة السباعي، قراءة في مضامين قانون الأسرة التركي. مجلة الجامعة العراقية، مجلد ٢٠٢٠م، عدد ٤٩، جزء ١.

القوانين والأنظمة والقرارات:

٩. نظام الأحوال الشخصية، الصادر عام ١٤٤٣هـ، الموافق ٢٠٢٢م.
١٠. نظام حماية الطفل، الصادر عام ١٤٣٦هـ، الموافق ٢٠١٤م.

١١. قرار مجلس الوزراء رقم (٧١٣)، الضوابط المطلوب مراعاتها عند إعداد ودراسة مشروعات الأنظمة وما في حكمها، الصادر عام ١٤٣٨هـ.
١٢. النظام الأساسي للحكم، الصادر عام ١٤١٢هـ، الموافق عام ١٩٩٢م.
١٣. دستور المملكة المغربية، الصادر عام ٢٠١١م.
١٤. مدونة الأسرة المغربية، الصيغة الصادرة عام ٢٠٢١م.

التقارير:

١٥. تقرير (هيومن رايتس ووتش)، روثنا بيغم بعنوان: «السعودية: قانون يكرس ولاية الرجل، نظام الأحوال الشخصية يميز ضد المرأة في الزواج والطلاق والحضانة».

<https://www.hrw.org/ar/news/2023/03/08/saudi-arabia-law-enshrines-male-guardianship>.

١٦. تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في الأمم المتحدة الجامع للتقاريرين الدوريين الخامس والسادس للمغرب، دورتها الثانية والثمانين ١٣ حزيران يونيه ١ تموز يوليه ٢٠٢٢م (©CEDAW/C/MAR/5-6).

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/043/54/PDF/N2004354.pdf?OpenElement>.

١٧. تقرير هيئة حقوق الإنسان السنوي لعام ٢٠٢١م.
- <https://www.hrc.gov.sa/storage/reports-attachment/IP2iOdSi9U5GB5h4mIJgdhrbMCZLpRAP2jDYn944.pdf>.

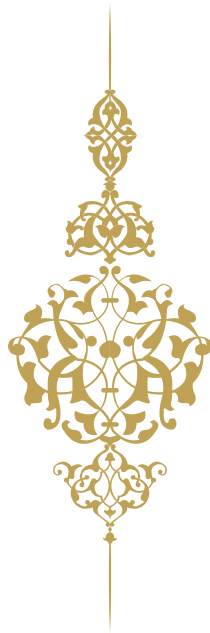
المراجع الأجنبية:

18. **Bentham**, Jeremy. "Anarchical fallacies." *Headline Series* 318 (1998).

19. **Waldron**, Jeremy. Nonsense Upon Stilts (Routledge Revivals): Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man. Routledge, (2014).
20. **17- Boserup**, Ester. Woman's role in economic development. Earthscan, (2007).
21. **Jain**, Devaki. Women, development, and the UN: A sixty-year quest for equality and justice. Indiana University Press, (2005).
22. **Meyerowitz**, Joanne. A War on Global Poverty: The Lost Promise of Redistribution and the Rise of Microcredit. Princeton University Press, (2021).
23. **Hicks**, Stephen Ronald Craig. Explaining postmodernism: Skepticism and socialism from Rousseau to Foucault. Scholargy Publishing, Inc., (2004).

التقارير الأجنبية:

24. **Horowitz**, Juliana M., Nikki Graf, and Gretchen Livingston. "Marriage and Cohabitation in the US." Washington, DC: Pew Research Center. Accessed March 18 (2019): 2022.
<https://www.pewresearch.org/social-trends/2019/11/06/marriage-and-cohabitation-in-the-u-s/>.





موقف المنظم السعودي من مكافحة جريمة غسل الأموال الواقعة من قبل الموظف العام

أ.د. نهاد فاروق عباس

أستاذ القانون الجنائي

جامعة دار العلوم - كلية الحقوق - قسم القانون العام

غادة فهد الدريبي

باحث ماجستير

جامعة دار العلوم - كلية الحقوق - ماجستير القانون العام

المقدمة

تعد جريمة غَسْل الأموال من الجرائم المستحدثة التي لم تنل حظَّها من الدراسة والبحث في حال وقوعها من الموظف العام، ويرجع ذلك للصعوبات المتعلقة بمكافحتها؛ حيث توجد معوقات لمكافحة هذه الجريمة، وأيضاً تعدد مصادر الأموال غير النظيفة والمرتبطة إلى حد كبير بتنوع الأفعال غير المشروعة وعبورها الحدود الوطنية للدول، إلى صعوبة اكتشاف كثير من جرائم غَسْل الأموال، خاصةً أنها تمر بمراحل متعددة ومعقدة، بالإضافة إلى الدور الخطير الذي يؤديه التطور التكنولوجي في تطوير الأساليب المستخدمة في غَسْل الأموال، والذي استغلته المنظمات الإجرامية لنشر نشاطها في أنحاء العالم؛ حيث ينتج عن عملية غسل الأموال نتائج خطيرة على الصعيدين الداخلي والخارجي.

كما أنها تعدّ من الجرائم الاقتصادية الخطيرة التي تشكل تهديداً للاقتصاد الوطني للدول، وقد اتسع نطاقها في السنوات الأخيرة في الأنشطة الإجرامية البالغة في الخطورة على المستوى الدولي؛ نظراً لطبيعتها وأساليبها وآثارها الاقتصادية والأمنية والاجتماعية.

وفي هذه الدراسة نركز على نطاق المسؤولية الجزائية للموظف العام عن جريمة غسل الأموال، والتي تقوم -وفقاً للقواعد العامة- على القصد؛ حيث إن القصد في الجرائم العمدية يكون أكثر اشتمالاً على ماديات الجريمة أكثر من الخطأ؛ فيعلم الجاني علماً محيطاً بماديات الجريمة العمدية ويتوقع نتيجتها ويريدها، بعكس جرائم الخطأ؛ فتكون سيطرة الجاني أقل على هذه

الماديات، كما أنه قد لا يكون عالماً بعناصر الجريمة جميعها أو بعضها وهو لا يقبل بالنتيجة ولا يريد لها.

مشكلة الدراسة:

على الرغم من أن جريمة غَسْل الأموال من الجرائم التي تعد إحدى جرائم الأموال التي يستفيد منها الجاني لمصلحته الشخصية بعيداً عن غيره، إلا أنها من جهة أخرى من أوسع أبواب الجرائم الماسّة بالصالح العام الاقتصادي الذي قد يؤدي بحياة الاقتصاد الوطني داخلياً وخارجياً، وهذا في الصورة البسيط من الجريمة. فما بالنّا إذا ارتبط هذا الفعل الشنيع ذو الخطورة الإجرامية العالية الضارة بأهم أشخاص الدولة ويكون المجرم هو من ينوب عن الدولة، وتضع فيه ثقته في إدارة الاقتصاد وتنميته مع حفظ هيبة الوظيفة العامة؟

لذا توجهنا لمناقشة هذه الصورة ذات الخطورة العالية في التجريم، وتحليل مدى قدرة النظام على ردع هذه الفئة من المجتمع وحماية الاقتصاد.

ومن هذا المنطق تنحصر مشكلة الدراسة في السؤال الرئيس التالي:

كيف واجه المنظم السعودي جريمة غسل الأموال الواقعة من قبل الموظف العام؟

تساؤلات الدراسة:

١. ما هو غَسْل الأموال في النظام السعودي؟

٢. مَنْ هو الموظف العام في النظام السعودي؟

٣. هل يُتصور أن تقع جريمة غَسْل الأموال في النظام السعودي فقط
بالقصد العام؟

٤. كيف يمكن مكافحة جريمة غَسْل الأموال الواقعة من الموظف العام
عقابياً في النظام السعودي؟

أهداف الدراسة:

١. بيان ماهية غَسْل الأموال في النظام السعودي.
٢. توضيح شخص الموظف العام في النظام السعودي.
٣. تحليل نوعية القصد الجنائي في جريمة غَسْل الأموال في النظام
السعودي.
٤. مناقشة أنواع العقوبات المقررة نظاماً عن جريمة غَسْل الأموال
عقابياً في النظام السعودي.

أهمية الدراسة:

يمكن تحديد أهمية الدراسة فيما يلي:

أولاً: الأهمية العلمية:

تتمثل الأهمية العلمية لهذه الدراسة في:

١. التعرف إلى ماهية جريمة غَسْل الأموال، وإيضاح الأمر إذا كان
مرتكبها موظفاً عاماً.

٢. لفت انتباه المنظم السعودي إلى التشديد في العقاب لجريمة غسل الأموال.

٣. المساهمة في إعادة صياغة بعض النصوص.

ثانياً: الأهمية العملية:

تتمثل الأهمية العملية لهذه الدراسة في:

١. التوعية القانونية للحد من جرائم غسل الأموال عن طريق توعية المجتمع بخطورتها على أمن الدولة.

٢. لفت انتباه المجتمع لخطورة الجريمة.

٣. لفت انتباه القضاء إلى الأخذ على يد الموظف العام حتى يكف عن جرمه بالتطبيق الصارم للنصوص الحالية.

منهج الدراسة:

تتبع الدراسة المنهج الوصفي بالاستقراء والتحليل؛ لمتابعة النصوص الدولية والمحلية وتحليلها لإبراز عناصر جريمة غسل الأموال ومناقشة الوصف القانوني للجريمة؛ للخروج بنتائج مناسبة تصلح للتطبيق على أرض الواقع، وللتحقق منها في تحليل التطبيقات القضائية السعودية التي طبقت النصوص النظامية المقررة.

الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى:

العمرى، صالحة، (٢٠٠٩م)، جريمة غسل الأموال وطرق مكافحتها،
مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد (٥)، العدد (٤)، جامعة بسكرة، الجزائر.

ركزت هذه الدراسة على مفهوم غسل الأموال وطرق مكافحتها في
القانون الجزائري، كما اتجهت إلى بيان الصورة البسيطة من الجريمة في
النصوص الداخلية والدولية، وتوصلت الدراسة إلى أن جريمة غسل
الأموال ظاهرة إجرامية خطيرة، وأن جريمة غسل الأموال زادت انتشاراً
في مجال الفساد الإداري رغم أن الدراسة لم تناقش الفساد الإداري، وهذا
مل اختلاف عن دراستنا لتعمق دراستنا في المسؤولية الجنائية عن جريمة
غسل الأموال من قبل الموظف العام.

الدراسة الثانية:

محمد، شايب، (٢٠١٨م)، مخاطر غسيل الأموال في البنوك والمؤسسات
المالية العربية ودور التكنولوجيا الحديثة في مكافحتها، المجلة الجزائرية
للأبحاث الاقتصادية، جامعة سطيف، الجزائر، عدد مايو.

ربطت الدراسة غسل الأموال بتمويل الإرهاب، ومساهمة التكنولوجيا
المالية في انتشار الجريمة، وتوصلت الدراسة إلى أهمية النظام المصرفي في الحد
من انتشار جريمة غسل الأموال، والدعوة إلى الاستثمار في التكنولوجيا

المالية، وهنا توجهت دراستنا إلى اتجاه مغاير لهذه الدراسة؛ حيث نركز على الصورة المشددة من صور جريمة غسل الأموال.

خطة الدراسة:

الفصل الأول: المناط المادي للمسؤولية الجنائية للموظف العام عن غسل الأموال في النظام السعودي:

المبحث الأول: ماهية الموظف العام ومن في حكمه.

المبحث الثاني: ماهية غسل الأموال.

الفصل الثاني: المناط المعنوي للمسؤولية الجنائية للموظف العام عن غسل الأموال في النظام السعودي:

المبحث الأول: القصد الجنائي العام في جريمة غسل الأموال من قبل الموظف العام.

المبحث الثاني: القصد الجنائي الخاص في جريمة غسل الأموال من قبل الموظف العام.

الفصل الأول

المناط المادي للمسؤولية الجنائية للموظف العام عن غسل الأموال في النظام السعودي

تمهيد وتقسيم:

لا تقوم الجريمة إلا على عناصرها الأساسية التي تظهر للعيان، وتشير بأصابع الاتهام إلى وجود فاعل لها، وهو ما يظهر في المناط المادي لجريمة غسل الأموال التي تقع من الموظف العام. وعليه يتكون المناط المادي هنا من الفاعل وهو الموظف العام أو من في حكمه، والسلوك الذي يقوم به من خلال وسائل وأشكال مختلفة في الأداء. ويتناول الفصل الحالي تبيان ذلك في مبحثين: يتناول الأول منها ماهية الموظف العام ومن في حكمه، ويعكف الثاني على بيان ماهية غسل الأموال.

المبحث الأول ماهية الموظف العام ومن في حكمه

تمهيد وتقسيم:

الموظف العام بصفته ممثلاً للدولة في تحقيق الصالح العام يعد محور عمل الدولة وعلاقتها بالمجتمع، ونظراً لخطورة جريمة غسل الأموال التي تقع من الموظف العام فلا بد أن يتناول المبحث الحالي بيان صفة الفاعل للجريمة كأحد أهم العناصر المادية بالجريمة وهذا في المطلب الأول، إضافة لمن هم في حكمه في مطلب ثانٍ يتناول مَنْ هُم في حكم الموظف العام.

المطلب الأول: مفهوم الموظف العام:

للموظف العام تعريفات متعددة ومختلفة، ومن خلال هذا المطلب سوف نتعرف إلى بعض التعريفات في المملكة العربية السعودية وفي بعض الدول الأخرى، ومن هذه التعريفات ما يلي:

إن نظام الخدمة المدنية في المملكة العربية السعودية ينطبق على فئة الموظف العام. والمنظم السعودي كلل جهده بوضع تعريف للوظيفة العامة بداءة بموجب نص الفقرة السادسة من تعريفات المصطلحات الواردة في المادة الأولى من نظام الانضباط الوظيفي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٨) بتاريخ ١٤٤٣/٢/٨هـ؛ بأن الوظيفة العامة هي: «مهام واختصاصات مدنية يؤديها الموظف العام لخدمة عامة، يخضع فيها للسلطة الرئاسية في التنظيم الإداري». كما حرص وبدقة على تعريف للموظف العام بموجب

نص الفقرة السابعة من تعريفات المصطلحات الواردة بالمادة الأولى من ذات النظام؛ حيث عرفه بأنه: «من يعمل لدى الدولة، أو لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة بوظيفة مدنية - بأي صفة كانت - سواء كان يعمل بصورة دائمة أو مؤقتة».

كما وقد أشار نظام الخدمة المدنية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٩) بتاريخ ١٠ / ٧ / ١٣٩٧ هـ في المادة الرابعة منه المعدلة بمرسوم ملكي رقم (م/ ٩٥) بتاريخ ١٥ / ٩ / ١٤٣٩ هـ إلى عدد من الشروط التي ينبغي أن تتوفر فيمن يتصف بصفة الموظف العام؛ حيث ورد بها أنه: «مع مراعاة ما تقضيه به الأنظمة الأخرى، يُشترط فيمن يُعيّن على الوظائف أن يكون:

أ- سعودي الجنسية، ويجوز استثناء من ذلك استخدام غير السعودي بصفة مؤقتة في الوظائف التي تتطلب كفايات غير متوفرة في المتقدمين السعوديين لشغل هذه الوظائف، وذلك بموجب قواعد يضعها مجلس الوزراء.

ب- مكماً ثمانية عشر عاماً من العمر.

ج- لائقاً صحياً للخدمة.

د- حسن السيرة والأخلاق.

هـ- حاصلاً على المؤهلات المطلوبة للوظيفة، ويجوز لمجلس الوزراء الإعفاء من هذا الشرط.

و- غير محكوم عليه بحدٍّ شرعي، أو بالقصاص، أو بعقوبة السجن لمدة تزيد على سنة أو بالإدانة والعقوبة في أي من الجرائم الآتية: الرشوة، والتزوير، والاختلاس، وتهريب المخدرات أو المسكرات أو ترويجها أو المتاجرة فيها، أو كان محكوماً عليه ومضت سنة على الأقل على انتهاء تنفيذ العقوبة أو الإعفاء منها.

ز- غير مفصول من خدمة الدولة لأسباب تأديبية، أو كان مفصولاً ومضت سنة على الأقل من تاريخ الفصل.

ويجوز إضافة شروط أخرى إلى اللائحة للتعين على بعض الوظائف».

من ذلك يعرف الموظف العام بأنه: الشخص الذي يشغل إحدى الوظائف العامة الخاضعة لنظام الخدمة المدنية أو أحد الأنظمة الوظيفية الخاصة بنظام الوزراء أو نظام القضاء الإداري أو لائحة المستخدمين ونحو ذلك، وذلك بالشروط والمؤهلات المطلوبة لشغل أيٍّ من هذه الوظائف^(١).

كما يُطلق على الموظف العام أنه: موظف عمومي يكون في وظيفة عامة يقوم بقضاء حوائج المجتمع من خلال عمله في السلك الإداري أو القضائي، وكل ضابط من ضباط السُلطة المدنية أو العسكرية أو فرد من أفرادها، وكل عامل في الدولة أو في إدارة عامة^(٢).

(١) السنيدي، عبد الله راشد. (١٩٩٢م). مبادئ الخدمة المدنية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية. ط ٥، مطابع الفرزدق التجارية، الرياض، ص ٢٣٢.

(٢) العجمي، مشعل محمد. (٢٠١١). الضمانات التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة بالقانونين الكويتي والأردني. ط ١، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن.

وبشكل عام يُعيّن من خلال السُلطة العامة للقيام بخدمة في المرافق العامة بطريقة مباشرة، ويكون ذلك عن طريق قضاء دوام في محلّ الوظيفة التي يقوم بها^(١).. فلكي يُطلق على الشخص صفة الموظف العام فلا بد أن يكون هناك قرار صادر بالتعيين من السُلطة التي تختص بذلك التعيين، ويكون تعيينه بموجب الإجراءات التي نصّ عليها النظام، وبقرار من السُلطة المختصة، ويكون عن طريق التعيين أو بالانتخاب؛ ففي كل الحالات لا بد من أن يكون هناك قرار يصدر من الجهة المختصة بالتعيين.

ومن هنا وجب عليه أن يكون متفرغاً للوظيفة العامة التي تستند له، أي إنه لا يعمل أي عمل آخر في الوقت نفسه الذي يعمل فيه في الوظيفة العامة، وأن يكون ملتزماً بالوظيفة في وقت الدوام، لكن بالرغم من ذلك أجاز نظام الخدمة المدنية في المملكة العربية السعودية استثناءً شغل بعض الوظائف بصفة مؤقتة.

ولنا أن نستخلص تعريف الموظف العام بأنه: هو ذلك الشخص الذي يعمل لدى الدولة بقرار أو عقد بشكل دائم أو مؤقت لتقديم منفعة عامة لأفراد المجتمع.

لذا نرى أن تعريف الموظف العام في المملكة العربية السعودية يعتمد على مدى توفر شروط معينة فيه، ومن أهم هذه الشروط ما يلي:

(١) قباني، بكر. (د. ت). القانون الإداري الكويتي، مطبوعات، جامعة الكويت، الكويت، ص ١٦٢.

١- أن يتم تعيينه من قبل الإدارة المختصة، سواء بطريق العقد، أو القرار الإداري.

٢- أن تكون علاقته بالدولة علاقة لها طابع الاستمرارية.

٣- أن يكون عمله في خدمة الصالح العام من خلال مرفق من مرافق الدولة، أو مما تساهم فيه الدولة من شركات.

المطلب الثاني: أشخاص في حكم الموظف العام:

تقسيم الموظَّفين في المملكة العربية السعودية:

أيضاً من الموظَّفين الملتحقين بالموظَّف العام ما يلي:

- موجهون:

حيث يتولى العاملون الموجهون رسم السياسة الإدارية، ويقومون بوضع الخطط في المستقبل وأساليب التنظيم المختلفة، بالإضافة إلى أعمال الرقابة والتنسيق والأعمال التوجيهية، وتقوم هذه الوظيفة على أساس السيطرة والإشراف.

- عاملون منفذون:

يتولى المنفذون القرارات التوجيهية التي تصدر عن القسم الأول - وهم الموجهون-، مع وضع هذه القرارات في حيز التطبيق. ويختلف معنى موظفي الخدمة المدنية في الدولة عن المديرين التنفيذيين أو موظفي القانون الإداري؛ لأن موظفي العامة هؤلاء الذين ترأسهم الدولة والموظَّفين

الإقليميين والمنتسبين يقتصرون على هذا، في حين أن العمال هم أشخاص،
ومن ثم يظهرون كعوامل بشرية في مجال قانون إداري.
ويمكن وصف موظفي الخدمة المدنية في الدولة بأنهم: «موظفون أو
موظفون حكوميون».

ورد في نصّ المادة الثامنة من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم
الملكي رقم (م/ ٣٦) بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ١٤١٢ هـ أنه هناك فئات من المجتمع
تتمتع بصفة الموظف العام؛ حيث ورد بها أنه:
«يعدّ في حكم الموظف العام في تطبيق أحكام هذا النظام:

- ١- كل مَنْ يعمل لدى الدولة أو لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية
المعنوية العامة سواء كان يعمل بصفة دائمة أو مؤقتة.
- ٢- المحكم أو الخبير المعين من قبل الحكومة أو أية هيئة لها اختصاص
قضائي.
- ٣- كل مكلف من جهة حكومية أو أية سلطة إدارية أخرى بأداء مهمة
معينة.
- ٤- كل من يعمل لدى الشركات أو المؤسسات الفردية التي تقوم بإدارة
وتشغيل المرافق العامة أو صيانتها أو يقوم بمباشرة خدمة عامة، وكذلك
كل من يعمل لدى الشركات المساهمة والشركات التي تُسهم الحكومة في
رأس مالها، والشركات أو المؤسسات الفردية التي تزاوّل الأعمال المصرفية.

٥- رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من هذه المادة.

٦- موظفو وأعضاء الجمعيات الأهلية ذات النفع العام ورؤساء وأعضاء مجالس إدارته^(١).

٧- الموظف العمومي الأجنبي وموظفو المؤسسات والمنظمات الدولية فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية الدولية^(٢).

وعليه قسّم النصّ المذكور الموظّفين العموميين في المملكة العربية السعودية إلى أقسام، كما يلي:

القسم الأول: من هم في حكم الموظف العام:

يكون في حكم الموظّف العام من يقوم بعمل لدى الدولة في أجهزتها المختلفة حتى لو كان متعاقدًا بصفة مؤقتة مع الدولة، أي يكون تابعاً لأجهزتها.

القسم الثاني: المحكم أو الخبير المعين من قبل الحكومة أو أية هيئة لها اختصاص قضائي:

يشمل أيضاً حكم الموظّف العام الخبير الذي يُعيّن من الحكومة، أو يتم تعيينه من الهيئات التي لها اختصاص قضائي، من خلال التعاقد بين الحكومة والشخص التي تريده أن يقوم بأعمالها، والذي له دور وتستطيع

(١) معدلة بالمرسوم الملكي (م/٤) بتاريخ ٢/١/١٤٤٠هـ.

(٢) معدلة بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٤٣/٤/٢٧هـ.

الهيئات الحكومية أن تستفيد منه، لذا هذا يعدّ في حكم الموظف العام في المملكة العربية السعودية.

القسم الثالث: كل مُكلّف من جهة حكومية أو أية سلطة إدارية أخرى بأداء مهمة معينة:

أيضاً يكون في حكم الموظف العام من يُكلّف من جهة حكومية أو السلطات الإدارية بالقيام بأداء مهمة معينة ومحددة، ويكون ملحقاً لديها خلال قيامه بأداء هذه المهمة، وربما يكون هذا التخصص غير متوفر لديهم فيلجؤون إلى هذا التخصص فترة وجيزة^(١).

فالمادة (٢٥) من نظام الخدمة المدنية بعد تعديلها بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٣) وتاريخ ١٤٤١/٥/٢٧ هـ أشارت إلى أنه: «يجوز التعاقد للقيام بأعمال بعض الوظائف وفقاً لما تحدده اللائحة».

(١) مرعي، أحمد لطفي السيد، ٢٠١٦، الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة والثقة العامة في النظام الجزائي السعودي - الجزء الأول (جرائم الرشوة) - ط ١، دار الكتاب الجامعي، ص ٢٠٥.

المبحث الثاني ماهية غسل الأموال

تمهيد وتقسيم:

يتناول المبحث الحالي مفهوم غسل الأموال كأحد أهم عناصر المناط المادي للجريمة وهو السلوك الذي يقوم به الموظف العام، وتحديد مراحلها كل في مطلب على استقلال.

المطلب الأول: مفهوم غسل الأموال:

معنى الغسل:

هو: «مجموعة العمليات المالية المتداخلة لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال، وإظهارها في صورة أموال مُتَحَصِّلة من مصدر مشروع، أو الإسهام في توظيف أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجناية أو جنحة»^(١).

وغسل الأموال يعمل على تغيير شكل المال من حالة إلى حالة أخرى وتوظيف المال وتحويله، على الرغم من معرفة المصدر الأساسي لهذه الأموال وهو مال متسخ أي يكسب صفة الجريمة، وتحويل المال الغرض منه إخفاؤه غير المشروع إلى طرق مشروعة^(٢).

(١) قشقوش، هدى. (٢٠٠٣). جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧.

(٢) محيي الدين، عوض. (١٩٩٨). تحديد الأموال القذرة ومدلول غسلها، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص ٨.

محل الغسل:

ويرد غَسَلُ الأموال على الأموال التي تم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة، بحيث تشمل الأموال الناتجة عن نشاط إجرامي مرتبط عادة بالجريمة المنظمة؛ مثل الابتزاز والمقامرة غير القانونية والتزوير والاتجار بالمخدرات والجرائم الأخرى^(١).

وقد عرّف نظام غَسَلِ الأموال السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٠) بتاريخ ٥/٢/١٤٣٩هـ في الفقرة الثالثة من المادة الأولى الأموال بأنها: «الأصول أو الموارد الاقتصادية أو الممتلكات أيًا كانت قيمتها أو نوعها أو طريقة امتلاكها - سواء أكانت مادية أم غير مادية منقولة أم غير منقولة ملموسة أم غير ملموسة - والوثائق والصكوك والمستندات والحوالات وخطابات الاعتماد أيًا كان شكلها؛ سواء أكانت داخل المملكة أم خارجها. ويشمل ذلك النظم الإلكترونية أو الرقمية، والائتمانات المصرفية التي تدل على ملكية أو مصلحة فيها، وكذلك جميع أنواع الأوراق التجارية والمالية، أو أية فوائد أو أرباح أو مداخيل أخرى تنتج من هذه الأموال».

وعليه يظهر لنا أن عملية غسل الأموال، هي تلك التي يُتَصَرَّفُ في الأموال الناتجة، عن نشاط غير مشروع، بطريقة تخفي مصدرها الأصلي وأصلها الحقيقي، كي تجعله مشروعاً، وذلك عن طريق عدد من عمليات التحويل بين الحسابات البنكية المختلفة. ولكي ينجح أصحاب الأموال غير

(١) عطير، عبد القادر، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، ط١، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٣م، ص١٤٧.

المشروعة في غسلها، فإن عليهم إجراء عدد من العمليات المعقدة، والمتعددة المراحل لكي تتغير طبيعة المتحصلات من الجريمة من الصورة غير المشروعة إلى الشكل المشروع.

المطلب الثاني: مراحل غسل الأموال:

يُمرَّ غسل الأموال بمراحل متعددة، بداية من إيداع نواتج الجريمة الأصلية التي يريد الجاني القيام بالتغطية عليها إلى نهاية الغسل بتحقيق النتيجة فتصبح الأموال القذرة سابقاً ذات مظهر مشروع؛ وتتضح هذه المراحل فيما يلي:

المرحلة الأولى: مرحل الإيداع:

تأتي مرحلة الإيداع على الأموال محل الغسل وهي مُتَحَصِّلات الجريمة الأصلية. وقد عرّف نظام غسل الأموال الجريمة الأصلية بالفقرة الرابعة من نص المادة الأولى بأنها: «كل فعل يرتكب داخل المملكة يشكل جريمة معاقباً عليها وفق الشرع أو الأنظمة في المملكة، وكل فعل يرتكب خارج المملكة إذا كان يعد جريمة وفقاً لقوانين الدولة التي ارتكب فيها، ووفقاً للشرع أو أنظمة المملكة فيما لو ارتكب داخلها».

أي إن المنظم السعودي ساوى بين الجريمة إذا كانت داخلية أو خارجية فالأهم هو المُتَحَصِّلات التي وصلت إلى الفاعل الغاسل.

كما عُرِّفت المُتَحَصِّلات بموجب نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى بأنها: «الأموال الناشئة أو المتحصلة - داخل المملكة أو خارجها- بشكل

مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جريمة أصلية، بما في ذلك الأموال التي حولت أو بدلت كلياً أو جزئياً إلى أموال مماثلة».

وتعدّ المرحلة الأولى من مراحل غَسْل الأموال هي مرحلة الإيداع، وهي بداية غَسْل الأموال غير المشروعة، وهي من أخطر المراحل على الغاسل؛ لأن في هذه المرحلة تدخل الأموال مرحلة الدورة الاقتصادية في الدولة، وتتضح خطورتها في الكشف عن الجريمة الأصلية وأصل أمواله التي يراد غسلها^(١).

ويتم في هذه المرحلة توظيف متحصلات الجريمة في النظام المالي لمصرف أو مؤسسة مالية تودع بها الأموال غير المشروعة بمبالغ صغيرة، تودع في عدد من تلك المؤسسات مقسمة؛ بحيث يقع في نصيب كل مؤسسة مبلغ محدد ليس بالملفت للنظر في الحساب؛ حتى لا يكون عرضة للشك أو الريبة التي تستدعي الالتفات إليه^(٢).

وفي هذه المرحلة يكون المال غير المشروع المصدر، والذي هو محل للغسل عرضة للكشف عن حقيقته عند بداية هذه المرحلة؛ أي عند الإيداع،

(١) الهواري، أنور إسماعيل. (٢٠٠١م). ورقة عمل ظاهرة غسل الأموال والتدخل التشريعي، مقارنة بين التشريعات العربية والدولية، في دورة أساليب مكافحة غسل الأموال، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الأردن، ص ٥، عبد العظيم، حمدي. (٢٠٠٠). غسل الأموال في مصر والعالم، ط ٢، (د. ن)، ص ٥٣.

(٢) العمري، صالحه، (٢٠٠٩)، جريمة غسل الأموال وطرق مكافحتها، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد (٥)، العدد (٤)، جامعة بسكرة، الجزائر، ص ١٨٤.

بل وعرضة للاستيلاء عليه وعدم إتمام إيداعه وظهوره في شكل أسهم أو غيرها في المصارف أو البنوك^(١).

المرحلة الثانية: مرحلة التغطية:

تكمن مرحلة التغطية في إخفاء أو تمويه مصدر الأموال غير المشروعة؛ حتى تظهر بالنهاية في شكل مشروع، وهو ما جرّمه وعده المنظم السعودي ضمن أشكال غسل الأموال عندما نصّ في الفقرة الأولى من المادة الثانية من النظام على أنه: «يعدّ مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من قام بأي من الأفعال الآتية:

١- تحويل أموال أو نقلها أو إجراء أي عملية بها، مع علمه بأنها من متحصّلات جريمة؛ لأجل إخفاء المصدر غير المشروع لتلك الأموال أو تمويهه، أو لأجل مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تحصّلت منها تلك الأموال للإفلات من عواقب ارتكابها».

وعليه نرى أنه في هذه المرحلة يعمل غاسل الأموال على تجميع الأموال التي يريد غسلها بعدد من العمليات المعقدة، والهدف منها فصل الأموال المشبوهة عن المصدر الأساسي غير المشروع وإخفاؤها.

(١) محمد، شايب، (٢٠١٨)، مخاطر غسل الأموال في البنوك والمؤسسات المالية العربية ودور التكنولوجيا الحديثة في مكافحتها، المجلة الجزائرية للأبحاث الاقتصادية، جامعة سطيف، الجزائر، عدد مايو، ص ٥.

وحتى يصل الفاعل إلى هدفه يرى أنه لا بد أن يقوم بعدة مراحل تتضمن القيام ببعض العمليات البنكية والمالية^(١).

ولم يكتفِ المنظم السعودي بذلك بل جرّم هذه الأفعال ولو صدرت لحساب شخص معنوي؛ فليس شرطاً أن يقوم بها شخص طبيعي لصالحه الذاتي؛ بل قد يقوم الشخص الطبيعي بالجريمة لصالح شخص اعتباري أو لحسابه أو باسمه، وجميعها صور مجرمة وفق نصّ المادة الثالثة من نظام غَسْل الأموال لما ورد بها أنه: «يُعد الشخص الاعتباري مرتكباً جريمة غَسْل الأموال إذا ارتكب باسمه أو لحسابه أي من الأفعال الواردة في المادة (الثانية) من النظام، وذلك مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لرؤساء وأعضاء مجالس إدارته أو مالكيه أو العاملين فيه أو ممثليه المفوضين أو مدققي حساباته، أو أي شخص طبيعي آخر يتصرف باسمه أو لحسابه».

ويظهر من ذلك أنه مما يساعد في هذه المرحلة هو أن هذه التحويلات تكون تحت مظلة شركات ومؤسسات وهمية تعمل على قطع حلقة الوصل بين المال المراد غسله وأصله غير المشروع، وذلك عن طريق الاستعانة بالإجراءات التي اتخذت في المرحلة السابقة وهي مرحلة الإيداع؛ بفتح حسابات لدى البنوك المحلية باسم الشركات الوهمية ليتم إيداع الأموال المشبوهة فيها ثم نقل هذه الأموال وتحويلها إلى البنوك خارج البلد^(٢).

(١) كمال، شريف سيد. (٢٠٠٢م). مكافحة جرائم غسل الأموال في التشريع المصري، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٦، الخريشة، أمجد سعود. (٢٠٠٤م). الإطار القانوني لجريمة غسل الأموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، ص ١٨.
(٢) سليمان، عبد الفتاح. (٢٠٠٣). مكافحة غسل الأموال. دار علماء الدين للطباعة والنشر، القاهرة، ص ١٤١.

وعليه نرى أن هذه المرحلة من أخطر مراحل الجريمة وهي المرحلة الفاصلة في جريمة غسل الأموال؛ لما تتضمنه من سلوكيات متعددة ومتداخلة محرمة في عمومها وهادفة إلى نتيجة إجرامية أيضاً هي التلاعب في مظهر المتحصلات غير المشروعة بالتمويه والتحويل من خلال أشخاص طبيعية، أو معنوية.

المرحلة الثالثة: مرحلة الإدماج:

تعد مرحلة الإدماج هي مرحلة العلانية؛ حيث يتم من خلالها إعطاء مظهر قانوني للأموال غير المشروعة بعد انقطاعها بأصلها غير المشروع وبمنشئها الإجرامي، ويتم فيها إدخال الأموال في الأموال المشروعة الأخرى، لتندمج معاً وتصبح كأنها واحد، لذا تعدّ هذه المرحلة هي النهائية في مراحل غسل الأموال، وتدخل هذه الأموال غير المشروعة للاقتصاد بشكل رسمي، كما لو كانت مشروعة المصدر، ويتم توظيف هذه الأموال مرة أخرى دون ملاحقة أو أي ملحوظات أخرى؛ لأنها اكتسبت صفة القانونية وأصبح لها دور في الأنشطة الاقتصادية المشروعة^(١).

وغالباً ما يلجأ مجرموا غسل الأموال إلى تنشيط أموال الغسل في الاستثمار بالأسواق المالية التي تنتشر في جميع أنحاء العالم^(٢)، والاستفادة

(١) الفاعوري، أروى. قطيشات، إيناس. (٢٠٠٢). جريمة غسل الأموال المدلول العام والطبيعة القانونية، ط ١، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ص ٧٣.

(٢) الحكيم، رباب مصطفى عبد المنعم، (٢١-٢٢/١٠/٢٠١٩)، يمة غسل الأموال وأثرها على المصلحة العامة، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلني الثالث بكلية

منها من حيث الثورة الاتصالية من خلال الشبكة العنكبوتية التي سهّلت نقل الأموال بشكل كبير من دولة إلى دولة أخرى في وقت وجيز. ومن ذلك نستنبط اهتمام المنظم السعودي بالرقابة على المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية، بتقديم تقارير واضحة ومحددة وتتمتع بالشفافية لجهات الرقابة حتى لا تدان بجريمة غسل أموال؛ حيث ورد في نصّ المادة الخامسة من النظام أنه: «على المؤسسات المالية، والأعمال والمهن غير المالية المحددة؛ تحديد مخاطر احتمال وقوع غَسْل الأموال لديها وتقييمها وتوثيقها وتحديثها بشكل مستمر، من خلال الجوانب المتعددة للمخاطر بما فيها العوامل المرتبطة بعملائها والدول الأخرى والمناطق الجغرافية والمنتجات والخدمات والمعاملات وقنوات التسليم، وتوفير تقارير عن ذلك للجهات الرقابية عند الطلب، وعليها أن تراعي -عند قيامها بذلك- المخاطر المرتبطة بالمنتجات الجديدة وممارسات العمل والتقنيات قبل استخدامها».

الشريعة والقانون بطنطا، بعنوان (حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، ص ٢٠٥.

الفصل الثاني

المناط المعنوي للمسؤولية الجنائية للموظف العام عن غسل الأموال في النظام السعودي

تمهيد وتقسيم:

بعد تبيان المناط المادي لجريمة غسل الأموال من قبل الموظف العام وتحديد صفة الفاعل للجريمة؛ فهذا الفاعل لا يرتكب الجريمة دون علم، بل لا بد حتى تثبت مسؤولية هذا الموظف عن جريمة غسل الأموال -وهي من الصور المشددة العقاب- وأنه يعلم بعناصر جريمته، كما يريد الوصول بفعله ليس فقط إلى الكسب؛ بل أيضاً يظهر من فعله نية الإضرار بالاقتصاد الوطني، كما يظهر معه نية الإضرار بالدولة والوظيفة العامة أيضاً. وعليه ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين: يتناول الأول منها القصد الجنائي العام بعنصره، ويُعرِّج الثاني على دراسة القصد الجنائي الخاص.

المبحث الأول

القصد الجنائي العام في جريمة غَسْل الأموال من قَبَل الموظف العام

تمهيد وتقسيم:

يتناول المبحث الحالي القصد الجنائي العام لجريمة غَسْل الأموال من قَبَل الموظف العام، بعد السلوكيات التي تؤدي إلى ثبوت تمام وقوع جريمة غَسْل الأموال من الموظف، وعليه ينقسم المبحث إلى مطلبين: يناقش الأول منهما العِلْم بعناصر جريمة غَسْل الأموال، الذي يوضح العنصر الثاني وهو الإرادة التي تتجه مبنية على هذا العلم إلى ارتكاب الفعل رغم العلم المسبق، ويعكف الثاني على دراسة إرادة إتمام غَسْل الأموال.

المطلب الأول: العِلْم بعناصر غَسْل الأموال:

يعدُّ العِلْم أول وأهم عناصر القصد الجنائي، وهو علاقة بين أمر ما وبين النشاط الذهني لشخص من الأشخاص. ولذا ينبغي لقيام الركن المعنوي في جريمة غَسْل الأموال أن يعلم الجاني بأن القانون ينظر إلى فعلته أنها جريمة يُعاقبها بموجب النصوص القانونية^(١).

ومن هنا نرى أن هناك عنصراً مفترضاً وهو عِلْم الموظف بصفته موظفاً عاماً يمثل الدولة ويعلم بأن سلوكه هذا يضرُّ بها وباقتصادها، أن هذه

(١) سلمان، عبد المنعم. (١٩٩٩م). مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ظاهرة غسل الأموال، دار النهضة العربية، الإسكندرية، ص ٦٨.

الجريمة من الجرائم التي يُشدد فيها العقاب لتوفر هذه الصفة في الفاعل، ورغم ذلك يصرّ على إتمامها وتحقيق النتيجة.

كما يعلم الموظف العام مرتكب جريمة الغسل بماهية سلوكه الذي جرمه المنظم بأي من الصور التي يقوم بها الجاني ولو كانت مجرد شروع في تنفيذ السلوك الاجرامي، أو أي من الصور الآتية وفق ما ورد. في نص المادة الثانية من نظام غَسْل الأموال السعودي:

«يعدّ مرتكباً جريمة غَسْل الأموال كل من قام بأي من الأفعال الآتية:

١. تحويل أموال أو نقلها أو إجراء أي عملية بها، مع علمه بأنها من مُتَحَصِّلات جريمة؛ لأجل إخفاء المصدر غير المشروع لتلك الأموال أو تمويهه، أو لأجل مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تحصّلت منها تلك الأموال للإفلات من عواقب ارتكابها.

٢. اكتساب أموال أو حيازتها أو استخدامها، مع علمه بأنها من مُتَحَصِّلات جريمة أو مصدر غير مشروع.

٣. إخفاء أو تمويه طبيعة أموال، أو مصدرها أو حركتها أو ملكيتها أو مكانها أو طريقة التصرف بها أو الحقوق المرتبطة بها، مع علمه بأنها من مُتَحَصِّلات جريمة.

٤. الشروع في ارتكاب أي من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات (١) و(٢) و(٣) من هذه المادة، أو الاشتراك في ارتكابها بطريق الاتفاق أو تأمين

المساعدة أو التحريض أو تقديم المشورة أو التوجيه أو النصح أو التسهيل أو التواطؤ أو التستر أو التآمر».

ومن ذلك نستنبط إصرار المنظم السعودي على تبيان القصد الجنائي وتوفير العِلْم بعناصر الجريمة الأصلية التي تسبق غَسْل الأموال، مع تأكيده على ذلك في كل فقرة من فقرات النصّ التجريمي لكل صورة من صور غَسْل الأموال؛ بدايةً من إجراء التحويل أو النقل أو إجراء أي عملية يكون محلها أموال غير مشروعة بصفة عامة، إلى الشروع والاشتراك في جريمة غَسْل الأموال بأي من صور المساهمة التبعية التي ذكرها المنظم بالفقرة الأخيرة من النصّ.

والعلم في جريمة غَسْل الأموال يتجه أيضاً لهدفها الحقيقي؛ أي أن يكون الفاعل عالماً بالنتيجة المرجوة من غَسْل الأموال، وهي إخفاء المصدر غير المشروع لهذه الأموال، ولا بد أن يتوفر العلم في جميع الصور المختلفة للسلوك الإجرامي الذي تتكون منه جريمة غَسْل الأموال، بالإضافة إلى أن هذا العِلْم يكون في الوقت نفسه الذي يقوم به نشاط غَسْل الأموال^(١).

كما يجب أن يكون العِلْم المكون للقصد الجنائي معتمداً على الوقائع التي تتعلق بموضوع الحق المعتدى عليه ومكان وزمان ارتكاب الفعل، وهذه الوقائع يجب توفرها كعناصر للعلم بوقائع جريمة غَسْل الأموال^(٢)؛ فمن

(١) الهريش، عبد اللطيف. (١٤٢٤هـ). جوانب موضوعية وإجرائية لنظام مكافحة غسل الأموال السعودي، مجلة العدل، العدد (٢٠)، ص ١٦٨.

(٢) سليمان، عبد الفتاح. (٢٠٠٥م). مكافحة غسل الأموال، دار الكتب القانونية، مصر، ص ٦٩.



يقوم بنقل الأموال، أو تحويلها وهو يعلم أنها أموال غير مشروعة المصدر في حد ذاته يعدّ من الأشخاص ذوي الخطورة الإجرامية؛ فهو إن لم يكن يعلم بمصدرها فلن يكون على قصد من غسل الأموال، وهو ما تطلبه نصّ المادة السابقة الذكر من النظام بأنه يعلم بالمصدر.

كما لا يشترط توفر العلم بالمصدر قبل أو بعد بداية النشاط، بل نرى أنه يعتد به في أي مرحلة كانت عليها الجريمة^(١). وعليه يظهر لنا أن الإطار الزمني لجريمة غسل الأموال من قبل الموظف العام يبدأ منذ تحقق الجريمة الأصلية ويستمر معه إلى نهاية مراحل غسل الأموال. وبما أن هناك خصائص لجريمة غسل الأموال تختلف عما في الجرائم الأخرى؛ فإننا نرى أنه لا بد أن يشتمل النصّ في تجريم غسل الأموال على كفاية توفر العلم بحقيقة أو مصدر الأموال على جميع الأحوال سواء عند بدء السلوك المادي غير المرغوب فيه أو في أي وقت بعد ذلك.

المطلب الثاني: إرادة إتمام غسل الأموال:

الإرادة هي حالة ذهنية ونفسية تتوفر بالفاعل للجريمة، وتتجه إلى إتيان الفعل، المتمثل هنا في الغسل، وإتمام هذا الفعل بتحقيق النتيجة، وهي إتمام عملية الغسل. ومع ذلك يظهر من النصّ أن التجريم هنا ورد بموجب نصّ المادة الثانية من النظام على مجرد الشروع، ويتساوى من أتمّ بإرادته الواعية

(١) الغامدي، سعود بن عبد العزيز. (٢٠٠٥م). جريمة غسل الأموال في النظام السعودي والاتفاقيات الدولية (دراسة تأصيلية تطبيقية)، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص ١٤٢.

جريمة غَسَل الأموال مع مَنْ شرع في جريمة غَسَل الأموال. ومن هنا تظهر أهمية الإرادة في وضوح وكشف حقيقة القصد الجنائي للفاعل الموظف العام من ارتكابه جريمة الغسل بجميع عناصرها ومراحلها أو مجرد القيام بأي من المراحل، مع علمه بمصدر الأموال غير المشروعة الناتجة عن الجريمة الأصلية، والتي عرفها المنظم في نصّ الفقرة الرابعة من المادة الأولى من النظام بأنها: «كل فعل يُرتكب داخل المملكة يشكل جريمة معاقباً عليها وفق الشرع أو الأنظمة في المملكة، وكل فعل يُرتكب خارج المملكة إذا كان يعد جريمة وفقاً لقوانين الدولة التي ارتكب فيها، ووفقاً للشرع أو أنظمة المملكة فيما لو ارتكب داخلها».

والقصد الجنائي هو: القصد الذي يكفي لارتكاب العمل الإجرامي، ويتمثل في إرادة هذا الفعل المبنية على العلم بعناصره. فهنا الموظف العام وهو من يمثل الدولة وقناة توصل الحق العام إلى أفراد المجتمع يعلم بهذه الصفة التي يمثلها بالنسبة للدولة وبالنسبة لفراد المجتمع، ومع ذلك يقدم بناء على هذا العلم من الصفة وماديات الجريمة على إثبات الفعل بإرادة واعية ترغب في تحقيق النتيجة التي يعلم أن النظام يعاقب عليها.

وقد يتخذ الركن المعنوي لأي جريمة صورة القصد الجنائي، وبه تكون الجريمة عمدية. كما قد يأخذ صورة الخطأ وعندها تكون جريمة غَسَل الأموال غير عمدية. ويتحقق الركن المعنوي في جريمة غَسَل الأموال العمدية بتوفر القصد الجنائي عند الجاني باعتباره صورة معتمدة لمخالفة القاعدة القانونية. والفرق بين القصد والخطأ يكمن فيما تنصبّ عليه الإرادة؛

ففي القصد الجنائي تكون الإرادة موجهة إلى السلوك والنتيجة التي يعاقب عليها، بينما قد تتجه إلى السلوك دون النتيجة في حالة الخطأ وقد لا تتوفر^(١).
ومن هنا لنا أن نخلص إلى القول بأن الإرادة الواعية الحرة للموظف العام هي قوام العنصر الأول من عنصريّ الركن المعنوي الذي يجب توفره من أجل قيام المسؤولية في القانون، وعندما لا تكون هناك إرادة يؤدي ذلك إلى استبعاد الوصف القانوني للجريمة، وبالتالي لم يكن هناك عقاب على المتهم في أحوال وهي:

- ١- عدم توفر إرادة إتيان النشاط المجرم.
- ٢- عندما تكون إرادة غير واعية مثل حالات صغر السن والجنون.
- ٣- عندما يكون نشاط يلازمه عيب الإكراه.

ومن هنا نرى أن جريمة غَسْل الأموال حق عليها التشديد لما يمثله المركز القانوني للموظف العام، ومع ذلك وبناء على علم وإرادة واعية وإدراك وحرية اختيار يقوم بهذا الفعل الذي لا نتصور وقوعه منه من غير القصد؛ لما يقوم عليه من عدة مراحل تتطلب فترة زمنية وتخطيط وترتيب داخل أو خارج وداخل البلاد.

(١) وزير، عبد العظيم مرسي. (٢٠٠٦). شرح قانون العقوبات، القسم العام النظرية العامة للجريمة، ج ١، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٦٥.

المبحث الثاني القصد الجنائي الخاص في جريمة غسل الأموال من قِبَل الموظف العام

تمهيد وتقسيم:

لا يكتفي المنظم السعودي بضرورة توفر القصد الجنائي العام لتمام جريمة غسل الأموال من الموظف العام، وإنما تطلب إلى جانب ذلك توفر القصد الجنائي الخاص لدى الموظف العام من وراء ارتكاب جريمة غسل الأموال، المتمثل في نية الإخفاء أو التحويل للأموال غير مشروعة المصدر رغم العلم بأن هذه الأموال غير مشروعة المصدر، وأن وهذا السلوك من السلوكيات التي تحقق الإضرار بالوظيفة العامة، والاقتصاد الوطني. ومنها يختلف القصد عن الباعث ويظهر كل منهما في مطلب مستقل.

المطلب الأول: نية إتمام غسل الأموال رغم العلم بالمصدر غير المشروع والإضرار بالاقتصاد الوطني:

تتمثل نية الموظف في إتمام غسل الأموال بغاية بعيدة هي إظهار المال القدر في صورة نظيفة ومشروعة من خلال إخفاء أو تمويه مصدر المتحصّلات التي عرفها المنظم في نصّ الفقرة الخامسة من المادة الأولى من نظام غسل الأموال بأنها: «الأموال الناشئة أو المتحصّلة - داخل المملكة أو خارجها- بشكل مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جريمة أصلية، بما في ذلك الأموال التي حولت أو بُدلت كلياً أو جزئياً إلى أموال مماثلة». وذلك رغم علم الموظف العام بأن هذا السلوك مما يضر أيضاً من جهة أخرى بالوظيفة العامة، وكذلك بالاقتصاد الوطني مع علمه بمصدر المتحصّلات

أنه غير مشروع، ومع ذلك ينوى إخفاء أصلها حتى يظهرها بشكل مشروع في المرحلة الأخيرة من الغسل.

فجرمة غسل الأموال جرمة يلزم لقيامها توفر قصد ارتكاب العناصر المفترضة والمادية في الجرمة عند الجاني، أي أن يقصد الجاني القيام بإخفاء المال الذي يحصل عليه من جرمة طبيعته أو مصدره أو مكانه، أو من أجل مساعدة شخص آخر متورط في قيامه بارتكاب الجرمة الأصلية، أو تغيير حقيقة المال بفعل التمويه لأموال متحصل عليها من الجرمة الأولية؛ فالركن المعنوي يتطلب في جرمة غسل الأموال توفر القصد الجنائي، من العلم والإرادة، ولضرورة علم الجاني بأن هذه الأموال والتي هي تُقام عليها الجرمة تنتج من مصدر غير مشروع.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف بالقضية رقم (٣٢٣٦٩٠٢٢) بتاريخ ٢٠/٤/١٤٣٤هـ، بالحكم رقم (٣٤١٩١٨٠٧) (مج ٢٤، ص ٢٤٥): «إدانة المدعى عليها بقيامهما بجرمة غسل الأموال لارتكابهما الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثانية؛ وذلك باكتساب أموال وحفظها وتلقيها، مع علمهما بأنها تنتج من نشاط إجرامي ومصدر غير مشروع، لذا يمكن القول إن الأصل أن الاكتفاء بصورة العمد العامة دون التطرق إلى نية خاصة بشكل صريح ويشير إلى أن هدف المنظم من القصد المطلوب لاكتمال الركن المعنوي هو توار القصد العام دون الحاجة إلى القصد الخاص»^(١).

(١) حكم المحكمة الجزائية، رقم (٣٤١٩١٨٠٧)، في الدعوى رقم (٣٢٣٦٩٠٢٢)، بتاريخ ٢٠/٤/١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، المجلد رقم

كما يظهر لنا أن المنظم السعودي ينصّ على القصد العام والقصد الخاص، والذي يتوافر في حالة إذا كان الغاسل قد قصد من نشاطه إخفاء الأموال أو إخفاء مصدرها، أو إخفاء الحق فيه وتغيير حقيقته، والعمل على إخفاء هذه الأموال دون اكتشافها، أو عرقلة التوصل إلى أي شخص ارتكب الجريمة الأصلية، وقد جاء ذلك في المادة الثانية من نظام مكافحة غسل الأموال، عندما تحدثت عن سلوك الإجرام في غسل الأموال؛ حيث ذكر فيها التالي: «مع علمه بأنها ناتجة من مُتحصّلات جريمة لأجل إخفاء المصدر غير المشروع»، أو لأجل مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تحصّلت منها تلك الأموال للإفلات من عواقب ارتكابها.

لذا لا تكفي معرفة من يقوم بهذه الأفعال الإجرامية أن الأموال التي اكتسبها أو يستعملها أو يقوم باستبدالها أو نقلها هي أموال غير مشروعة، ولا بد أن يكون هدفه إخفاء مصدرها غير المشروع، أو مساعدة شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي يحصل منها تلك الأموال من أجل إفلاته من عواقب ارتكابها، وإظهار المال فيما بعد بشكل مشروع^(١).

وعليه نرى أن من يقوم بغسل الأموال مع علمه بمصدرها غير المشروع يقوم في الوقت ذاته بالإضرار بالوظيفة العامة التي يتكسب منها رزقه ويقوم عليها الصالح العام؛ وهو يعلم أنه يمثل الدولة في تقديم الصالح العام ومع ذلك يصرّ على الإضرار به.

(٢٤)، ص ٢٤٥.

(١) الهريش، عبد اللطيف. (١٤٢٤هـ). مرجع سابق، ص ١٦٨.

فالموظف العام هنا ليس فقط يعلم ويريد، بل أيضاً ينوي التمويه والإخفاء لتحقيق مطمع شخصي؛ مما يجعل يسيء ليس فقط إلى الجانب المادي لاقتصاديات الدولة، بل إلى سمعتها الاقتصادية على الصعيد الدولي^(١). كما يؤثر أيضاً على خطط الدولة الاقتصادية وتحقيق أهداف رؤيتها ٢٠٣٠ أيضاً من تحقيق رفعة الاقتصاد والتنمية المستدامة.

المطلب الثاني: الفارق بين الباعث والقصد الجنائي الخاص:

اتجه بعض الفقهاء إلى أنه لم يشترط المنظم توفر القصد الجنائي الخاص إلا في صورة الإخفاء والتمويه، أما اكتساب أو استخدام الأموال مع علمه بأن هذه الأموال من حاصلات جريمة أو مصدر غير مشروع فيكتفي فيها بالقصد العام^(٢).

ولكن بالنظر بتمعن في نظام غسل الأموال نجد أنه قد جاءت المادة الثانية من النظام الصادر في ١٤٣٩هـ بشكل يؤكد ضرورة توفر القصد الجنائي الخاص في جميع صور الجريمة بجميع الفقرات بالنص معبراً عنه بلفظ: «مع علمه».

(١) المطيري، صقر بن هلال. (٢٠٠٤م). جريمة غسل الأموال «دراسة حول مفهومها ومعوقات التحقيق فيها وإشكاليات تنسيق الجهود الدولية لمواجهتها». جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، ص ٥١، عبد الغفار، محمد. (١٩٩٥م). تناقص الإدخال المحلي في مصر خلال فترة ٨٢ / ٨١ - ٩٤ / ٩٣ بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الأول لكلية التجارة، جامعة الزقازيق، فرع بنها، مايو، ١٩٩٥م، ص ٢١-٢٢.

(٢) عجبل، طارق كاظم. (٢٠٠٨م). جريمة غسل الأموال، دراسة في ماهيتها والعقوبات المقررة لها، مجلة القانون المقارن، العدد ٥٩، كلية الحقوق، ذي قار، ص ٤٣.

ويمكن الاستدلال على القصد الجنائي العام والخاص من الظروف التي تخص الجريمة والتي تحيط بها^(١).. واتضح ذلك في الفقرة الثانية من المادة الرابعة حيث نصت على: «٢- يُتحقق من القصد أو العلم أو الغرض في ارتكاب جريمة غسل الأموال من خلال الظروف والملابسات الموضوعية والواقعية للقضية»، وأشار نظام مكافحة غسل الأموال السعودي بموجب نص المادة الثانية منه إلى اشتراطه لقيام جريمة غسل الأموال توفر القصد الجنائي العام والخاص، ويكون في ثلاث صور من السلوك المادي للجريمة، بل وجاء بعدها كل صورة من صور السلوك المادي في الفقرات الثلاث بعبارة: «مع علمه» بأنها ناتجة من نشاط إجرامي أو مصدر غير مشروع أو غير نظامي، وسكت عن ذلك في الفقرة الأخيرة «الرابعة». وذهب البعض إلى تفسير هذا السكوت بأنه يعني الرجوع إلى الأصل والذي يقضي بأن الأصل في تلك الجرائم أن ترتكب بصورة عمدية إلا إذا نص المنظم على غير ذلك، وفي هاتين الفقرتين لم يُنص على غير ذلك، ومعنى ذلك تطلب توفر القصد الجنائي العام في هاتين الصورتين من صور النشاط الإجرامي لجريمة غسل الأموال^(٢).

إلا أننا نرى خلاف ذلك؛ فكيف يرد النص على أن الشخص يعاقب على مجرد الشروع في نقل أو تحويل أو إخفاء أموال وهو حسن النية؟ إذا لم

- (١) المنشاوي، محمد أحمد. (٢٠١٩م). القانون الجزائي الخاص: جرائم التعزير المنظمة في المملكة العربية السعودية. ط ١، دار الكتاب العربي، الرياض، ص ٢٦٣.
- (٢) الغامدي، سعود بن عبد العزيز. (٢٠٠٥م). جريمة غسل الأموال في النظام السعودي والاتفاقيات الدولية (دراسة تأصيلية تطبيقية)، مرجع سابق، ص ١٤٢.

يرد النص بالفقرة الرابعة بالسكوت عن ذكر العلم لأن من يقوم بالإخفاء لم يكن ليشارك أو يشرع في إخفاء أموال إلا لأنها من مصدر غير مشروع وإلا لماذا يساعد أو يشارك مع الغير في إخفاء أو تمويه إذا كانت من مصدر مشروع؟ ولماذا يساعد في ذلك بداية حتى ولو كانت حقاً لمن جهازها له حتى يخفيها فلماذا يطلب صاحبها هذا الإخفاء؟ هذا بعيداً عن كونها يمكن أن تكون في صورة الأمانة التي يدعها صاحبها لدى الغير بالتأكيد وتوفر حسن النية في ذلك.

فالنية هنا عنصر أساسي في الجريمة، وتزول الجريمة بتخلف هذه النية، ولا تتحقق الجريمة إلا بتوفر هذه النية بغض النظر عن الباعث، فيستوي أن يكون الباعث شريفاً أو غير شريف؛ مثل أن يهدف الجاني من وراء ذلك الوصول إلى الثراء بطريقة سريعة، أو توفير الجاني إعانة لشخص محتاج أو مساعدة له، ويمكن القول إن القصد الخاص يندمج في فعل القيام بغسل الأموال؛ لأن الغسل ليس مادياً فقط، وإنما هو مركب من فعل مادي ونية خاصة تتمثل في إضاعة المال على مالكه، وإضافته إلى ماله، ولذا فعندما يقوم موظف البنك بعملية التصرف في المال على اعتبار أنه مملوك له فإن مؤدى ذلك بالضرورة انعقاد نيته على تملك هذا المال وتغيير حيازته من حيازة ناقصة إلى كاملة^(١).

(١) حسني، محمود نجيب. (١٩٩٣م). الموجز في شرح قانون العقوبات. القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩٣.

ويختلف الباعث عن القصد الجنائي؛ حيث إنه يختلف من جريمة إلى جريمة أخرى، فعند القيام بجريمة غسل الأموال محل الدراسة هنا ربما يكون من أجل الكسب السريع، وأن يصير غنياً في فترة قصيرة، فالطمع في الأموال يكون هو المسيطر على الشخص في هذه الجريمة، لكن القصد الجنائي الخاص قد يكون الوصول إلى كسب الأموال حتى يتخلص من الفقر أو يتخلص من الحياة الصعبة التي يعيشها، لكن إرادة الوصول إلى الغنى هو القصد الوحيد لهذا الشخص الذي يقوم بجريمة غسل الأموال^(١).

فالباعث يختلف من جريمة إلى جريمة أخرى، ولكن القصد الجنائي لا يختلف ولا يتنوع من جانب إلى آخر ولا من جريمة إلى أخرى؛ فجريمة العمد مثلاً لا تقوم إلا عند توفر القصد الجنائي الذي لا يتنوع من شخص إلى آخر، وأيضاً الباعث لا يكون ركناً من أركان الجريمة بخلاف القصد الجنائي فإنه يكون ركناً من أركان الجريمة^(٢).

كما نرى أن الباعث يتمثل في الغاية الدفينة في النفس، والدافع الذي يحرك بدوره الإرادة الواعية التي بنيت على العلم والإدراك نحو ارتكاب الفعل وإتمامه بغاية بعيدة هي الصالح الشخصي للفاعل أو لغيره فهما سواء^(٣). كما

(١) عبيد، رؤوف، (١٩٩٠م). النظرية العامة للظروف المخففة، القاهرة، دار النهضة العربية.

(٢) أبو عامر، محمد زكي. (٢٠٠٠م). قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص ٢٧٠.

(٣) سالم، عبد المهيمن بكر. (٢٠٠٠م). القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص ٢٧٧.

يظهر الباعث بطبيعة حسية معنوية، والقصد عملية ذهنية أكثر وضوحاً^(١)؛ لذلك فلا يعد الباعث ضمن عناصر الجريمة وإنما يعتد بالقصد^(٢).

مما سبق يمكن القول إن الباعث في جريمة غسل الأموال ينقسم إلى قسمين وهما جانب بداخل غاسل الأموال، وهو يشكل طبيعته النفسية البحتة التي تتمثل بالشعور الغريزي من أجل إشباع حاجة في النفس البشرية، ومن جانب آخر الجاني يحتاج إلى التفكير في آلية ووسيلة من خلالها يحقق ذلك الإشباع، وهناك يفكر في غسل الأموال، فهناك تتوفر له الآلية وهو التفكير في تجارة ما هدفها غسل الأموال، وهذا يكون دافع للمجرم أن ينتقل إلى مرحلة التحضير بالوسائل اللازمة حتى يصل مبتغاه، وهو من خلال الباعث يؤمن بفكرة الغاية تبرر الوسيلة؛ فغايته المال والغنى وكسب الأموال الكثيرة والوسيلة عنده لا ينظر إليها وهي العقوبة التي من الممكن أن يتعرض لها.

وعليه يمكن التفريق بين الباعث والقصد الجنائي في عدة نقاط يمكن إجمالها فيما يلي:

(١) شويش، ماهر. (١٩٩٠م). الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط ١، الموصل: دار الحكمة للطباعة والنشر، ص ٣٠١-٣٠٥.

(٢) عبید، حسنین إبراهيم صالح. (١٩٩٥م). فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، العدد (٢)، المجلد السابع عشر، ص ٢٣٧.

١. من حيث المفهوم القانوني:

فالباعث هو: التصور والتمثل للشعور بالحاجة، ومن خلاله يسعى الجاني لإشباع غرائزه الداخلية والباعث عنده يدفعه لغسل الأموال. في حين أن القصد الجنائي يقوم الجاني والفاعل بتوجيه إرادته لارتكاب الفعل المكون للجريمة، ويكون هادفاً إلى النتيجة الإجرامية التي وقعت، ولذا يكون الوصف معاصراً لوقوع الفعل الجرمي لا قبله ولا بعده.

٢. من حيث الطبيعة القانونية:

يتكون الباعث من عناصر حسية عاطفية ومن تصور وتمثل، وهي عناصر تتفاعل مع الإرادة الجرمية للغاسل، وهي التي تدفعه لارتكاب غسل الأموال. وعلى جانب آخر فطبيعة القصد الجنائي تتكون من عناصر ذهنية واضحة الحدود من حيث الموقف من السلوك الإجرامي، وما يترتب على جريمة غسل الأموال من نتيجة؛ لأن عناصر القصد الجنائي تتمثل في العلم اليقيني في واقعة غسل الأموال، والتي يشترط القانون العلم بها ثم على الإرادة التي تعي وتشكل القوة النفسية التي تدرك تفاصيل جريمة الغسل، والتي تسيطر على تسلسل الأحداث وهي جوهر القصد الجنائي.

٣. من حيث الإسهام في الجريمة:

على الرغم من أن الباعث في جريمة غسل الأموال هو الدافع والمحرك الأساسي لنمط السلوك الإجرامي، لكن الباعث وما يتعلق به يكون خارج كيان الجريمة؛ لأنه يولد قبل القيام بجريمة غسل الأموال. ولكن القصد

صورة من الركن المعنوي ولا ينفصل القصد الجنائي عن الجريمة؛ فهو يعكس إرادة الجاني التي تعي السلوك الإجرامي الذي تم ارتكابه، ويشكل الأصول النفسية لماديات الجريمة، فهو يمثل روح الجريمة والركن المادي جسدها، وتؤشر درجة الخطورة الإجرامية على المصالح الاجتماعية التي لا يمكن لأمر المجتمع أن يستقيم من دون حمايتها^(١).

(١) عبيد، حسنين إبراهيم صالح. (١٩٩٥م). فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، العدد (٢)، المجلد السابع عشر، ص ٢٣٧.

الفصل الثالث

العقوبات المقررة نظاماً عند ثبوت المسؤولية الجنائية للموظف العام عن غسل الأموال في النظام السعودي

تمهيد وتقسيم:

يتناول الفصل الحالي تحليل أنواع العقوبات التي يمكن أن تنال من الموظف العام الذي قام بغسل الأموال؛ وهي في حد ذاتها من الصور التي تُشدد فيها العقوبات لتوفر صفة الموظف العام. وعليه ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: العقوبات الأصلية.

المبحث الثاني: العقوبات التكميلية والتبعية.

المبحث الأول العقوبات الأصلية

تمهيد وتقسيم:

لقد أدركت المملكة العربية السعودية خطورة جريمة غسل الأموال، وما لها من آثار ضارة بالمجتمع، ولذا فقد تضمن نظام مكافحة غسل الأموال العديد من العقوبات تجاه من يقوم بفعل من أفعال جريمة غسل الأموال سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً مثل المؤسسات المالية وغير المالية، وتتمثل هذه العقوبات في عقوبة بدنية هي السجن، وعقوبة مالية هي الغرامة.

المطلب الأول: السجن:

لقد حرصت الأنظمة السعودية على تجريم عمليات غسل الأموال وتشديد العقوبات على غاسلي الأموال، وعدم المعاملة الحسنة بل عدم استخدام الرأفة والتسامح لمثل هذه الجرائم عن طريق فرض جزاءات جنائية رادعة للمجرم ومن يرتكب هذه الجريمة، ومن بينها العقوبات التي تتأثر بها الحرية مثل السجن، والحكم على مرتكبي هذه الجريمة من الموظفين بالسجن حتى يقيد حريته، كما تنوع العقاب المقرر على لمرتكبي جريمة غسل الأموال، حتى يتم القضاء على هذه الجريمة.

«السجن والحبس اسمان لمعنى واحد، وهو الموضع الذي يتم حبس الشخص فيه»^(١). كما عرف بأنه: «السجن ما يمنع المحبوس عن الخروج

(١) الزيلعي، فخر الدين عثمان علي. (١٤١٣هـ). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، ط ١، المطبعة الأميرية، القاهرة، ص ١٧٩.

إلى أشغاله ومهامه، وإلى الجمع والأعياد وتشجيع الجنازات وعبادة المرضى والزيارات والضيافة»^(١).

ومن هنا فقد وردت عقوبة السجن في المواد (٢٦-٣٢) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي^(٢)؛ حيث وردت ضمن عقوبات الصورة البسيطة لجريمة غسل الأموال بنص المادة السادسة والعشرون ولمدة لا تزيد على عشر سنوات.

وعلى الجانب الآخر نجد الصورة المشددة من جريمة غسل الأموال التي تقع عند توفر أي من الحالات المنصوصة بالنظام؛ حيث ورد في نص المادة السابعة والعشرين من نظام مكافحة غسل الأموال أنه: «يُعاقب كل من يرتكب جريمة غسل الأموال - المنصوص عليها في المادة (الثانية) من النظام - بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تتجاوز خمس عشرة سنة،...؛ إذا اقترنت الجريمة بأي من الآتي: ... ٣- اتصالها بوظيفة عامة يشغلها الجاني، أو ارتكابها باستغلال السلطة أو النفوذ...».

ومن هنا يظهر لنا أن المنظم السعودي قد سار على الدرب باعتبار أن عقوبة السجن هي العقوبة الأصلية لجريمة غسل الأموال التي يرتكبها الموظف العام، وهي الصورة المشددة. ويظهر من النص أنه قد قيد سلطة القاضي في الحد الأدنى لعقوبة السجن؛ حيث شدد على ألا يقل عن ثلاث

(١) الكاساني، علاء الدين أبي بكر مسعود. (١٤٠٢هـ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١، ج ٧، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص ١٧٤.

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٠) وتاريخ ١٤٣٩/٥/٢هـ

سنوات، وكذلك في الحد الأقصى الذي لا ينبغي أن يزيد عنه وهو خمس عشرة سنة؛ مما يعني التشديد على الموظف العام لكون الحد الأقصى هنا يفوق الحد العلي في الصورة البسيط بخمس سنوات.

ويُستنبط من النصّ أن للقاضي سلطة تقديرية في أن يقضي بمدة ما بين الثلاث سنوات والخمس عشرة سنة، بحسب الخطورة الإجرامية التي يظهر بها الجاني في ارتكاب جريمته باستغلال سلطته في الوظيفة العامة على سبيل المثال أو باستغلال نفوذه فيها.

كما يظهر من النصّ أن للقاضي أيضاً سلطة تقديرية في أن يقضي بالسجن ليس بمفرده، بل له أن يجمع معه الغرامة في الحكم ذاته، وهو ما يدل على سلطة أقوى للقاضي في التقدير حتى يجمع عقوبتين أصليتين وفق سياق النصّ، فهذا يدل على مدى خطورة الجاني الإجرامية فيما ينتج عن جرمه من أضرار بالصالح العام.

ومن ذلك، ونظراً للسلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالسجن ومدته في الصورة البسيطة؛ فقد طبق قضاء الاستئناف السعودي الحكم في الصورة البسيطة بسلطته التقديرية في الحد الأدنى لعقوبة السجن، ووصل بها إلى خمسة أيام، وهو ما ظهر في حكمها بالقضية رقم (٣٤١٦٠٣٥٤) بتاريخ ٥ / ٢ / ١٤٣٥ هـ، بالحكم رقم (٣٥١٣٦٥٥٤)^(١) بأنه: «أقام المدعي العام دعواه ضد المدعى عليه طالباً إثبات إدانته بارتكاب جريمة غسل أموال، وذلك باكتساب مبلغ مالي نتيجة نشاط مخالف لنظام العمل، وبعدم الإقرار

(١) مجموعة الأحكام القضائية، وزارة العدل، ١٤٣٦، المجلد ١٢، ص ٥١٥.

عن حملة مبلغاً مالياً أثناء خروجه من البلاد، وطلب الحكم عليه بعقوبة السجن والإبعاد والمصادرة الواردة في نظام مكافحة غسل الأموال، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحتها؛ ولذا فقد ثبت لدى القاضي إدانة المدعى عليه بما نسب إليه، ولم يثبت لديه ما يوجب مصادرة الأموال المضبوطة، وحكم بسجنه لمدة خمسة أيام، وبردّ كافة المضبوطات للمدعى عليه، فاعترض المدعي العام، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف».

وعليه نخلص إلى أن العقوبات المقررة عن ارتكاب هذه الجريمة، والتي تهدف للقضاء على جريمة غسل الأموال وتضمنها نظام مكافحة غسل الأموال السعودي؛ تنبع من حرص المملكة واهتمامها بمكافحة جريمة غسل الأموال لتحقيق رؤيتها في تحقيق الاقتصاد القوي والتنمية المستدامة.

المطلب الثاني: الغرامة:

تعدُّ الغرامة من صور العقوبات المالية التي تُفرض على الموظف العام في جريمة غسل الأموال، ولها أهمية بالغة في تحقيق وظيفة العقاب الأخلاقية، وحرمان الموظف من الأموال التي كانت غايته من البداية والدافع الذي من خلاله يسعى الموظف له وراء اندفاعه إلى ارتكاب جريمة غسل الأموال^(١).

(١) الثنيان، عبد الله بن ثنيان. (١٤٢٧هـ). أحكام غسل الأموال. رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، ص ٥٧٧.

تُعرَّف الغرامة بأنها: «هي مال يلزم الجاني بأدائه إذا حكم به عليه، يدفع لبيت المال أو لمستحقيه»^(١).. كما تُعرَّف بأنها: «هي إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ مقدر في خزينة الدولة أو الحكومة»^(٢).

وتكون الغرامة مقدرة، وتكون أحياناً نسبية عندما يخضع تقديرها لسلطة القاضي التقديرية، وفقاً لمقدار الضرر الذي ينتج عن الجريمة التي تم ارتكابها أو الفائدة التي تحصل منها، وقد تكون الغرامة عقوبة أصلية، وقد تكون عقوبة تكميلية بجانب العقوبة الأصلية للجريمة، وفي هذه الحالة يكون القصد من التقدير للعقوبة هو زيادة العقوبة بالجاني ورد قصده إليه خاصةً في الجرائم التي تتعلق بالمال مثل جرائم غسل الأموال التي يكون القصد منها الحصول على الأموال بطرق غير مشروعة.

وتضمنت المادة السابعة والعشرون من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية بمفردها، إذ جاء نصها: «يُعاقب كل من يرتكب جريمة غسل الأموال -المنصوص عليها في المادة (الثانية) من النظام-...، أو بغرامة لا تزيد على سبعة ملايين ريال، أو بكلتا العقوبتين؛ إذا اقترنت الجريمة بأي من الآتي: ... ٣- اتصاها بوظيفة عامة يشغلها الجاني، أو ارتكابها باستغلال السلطة أو النفوذ...».

(١) الحديثي، عبد الله بن صالح. (١٩٨٨م). التعزيرات البدنية وموجباتها في الفقه الإسلامي، مكتبة الحرمين الشريفين، الرياض، ص ٤٢.
(٢) سلامة، مأمّن ومحمد. (١٩٩٠). قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٦٦٣.

وهنا لنا أن نستنبط أن النص قد منح قاضي الموضوع سلطة تقديرية في القضاء بالغرامة منفردة بعيداً عن عقوبة السجن، بل وبدونها بداية؛ فقد خيّرَ بينها وبين السجن في بداية النص. والبديهي أن القاضي لن يلجأ إلى الغرامة بمفردها إلا في حالات ضعيفة تنم عن خطورة إجرامية، ولكن ليست بالقدر الذي يمكن أن يجمع فيه بين الغرامة والسجن. فقد تقرر بموجب هذا النص إمكانية القضاء بالسجن والغرامة معاً، وهنا لا تقف الغرامة موقف العقوبة التكميلية كعادتها لتكمل السجن في الحكم ذاته.

ومنه نستخلص أن النص عندما فصل الغرامة عن السجن في بداية النص ثم مكّن القاضي من الجمع بينهما، فهو جمعٌ بين عقوبتين أصليتين وليس جمع عقوبة تكميلية إلى جانب عقوبة أصلية.

وعليه نرى أنه لن يلجأ القاضي إلى الحكم بالجمع بين عقوبتين أصليتين، إلا أن الحالة التي يقضي فيها بذلك تؤكد أنها على درجة عالية من الخطورة الإجرامية؛ وبما أن جريمة غسل الأموال من الجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني فالمؤكد أنه يقضي بذلك عندما يرى مدى تضرر الاقتصاد الوطني من جريمة الموظف العام؛ وهو ما يسهل تكيفه؛ لما للموظف العام من موقع مهم في الدولة؛ فهو في أقل صورة ممثل الدولة في تحقيق النفع العام للجمهور وإيصال الحق على صاحبه، وتزداد خطورته وأضراره بحسب ارتفاع منصبه.

كما يلاحظ على النص أنه حدد سلطة القاضي في الغرامة بالحد الأقصى الذي لا يجوز أن يزيد على سبعة ملايين ريال، ولم ينص على حد أدنى للغرامة،

وترك فيها سلطة تقديرية للقاضي لما يتناسب وحجم الضرر المترتب على الجريمة، وخطورة الجريمة والجاني على الاقتصاد الوطني.

كما تطلب المنظم أن يكون وصف الموظف أو استعماله لنفوذه مقترناً بالجريمة أي معاصراً؛ مما يدل على ضرورة توافر هذه الصفة بالموظف العام عند ارتكابه لسلوك الجريمة المكون لها ولا يكون مكفوف اليد على سبيل المثال أو متقاعداً.

وعليه نخلص إلى أن ارتكاب الموظف العام لمثل هذه الجرائم الخطرة على الأمن القومي، والاقتصاد القومي، وإعاقة التنمية هو من باب تساهل مؤسسته في الرقابة عليه؛ لذلك ينبغي أن تطال العقوبة الموجهة للموظف المؤسسة التي ينتمي إليها ويفرد للوظيفة العامة نص خاص على تكون صيغته كالتالي: «المادة السابعة والعشرين (مكرر): يُعاقب كل موظف عام يرتكب جريمة غَسْل الأموال -المنصوص عليها في المادة (الثانية) من النظام- بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تتجاوز خمس عشرة سنة، أو بغرامة لا تزيد على سبعة ملايين ريال، أو بكلتا العقوبتين؛ إذا اتصلت جريمته بوظيفة عامة يشغلها، أو ارتكبه باستغلال السُلطة أو النفاذ، وتحمل مؤسسته التي ينتمي إليها غرامة ما قدره ١٥٪ من متحصلات جريمة غسل الأموال إذا ظهر إفراط أو تفريط من قبلها، أو عدم التزام في المراقبة والزيارات التفتيشية على موظفيها».

المبحث الثاني العقوبات التكميلية والتبعية

تمهيد وتقسيم:

يتناول هذا المبحث تحليل العقوبات التكميلية التي تقع على الموظف بسبب ارتكابه جريمة غسل الأموال، وأيضاً العقوبات التبعية التي تترتب على القضاء بالعقوبات الأصلية عن قيام الموظف بجريمة غسل الأموال عليه، وعليه يقسم المبحث إلى مطلبين يتناول كل منهما نوعاً من هذه العقوبات كما ورد ذكرها بالترتيب.

المطلب الأول: العقوبات التكميلية:

تأتي العقوبات التكميلية بعد الحكم بالعقوبة الأصلية، والعقوبة التكميلية تلحق بالموظف إذا نصّ عليها صراحة في القرار؛ أي يجب أن يحكم بها القاضي إلى جانب الجزاء الأصلي، فإذا لم ينصّ عليها الحكم لا تنفذ؛ فالجزاء التكميلي جزاء ثانوي على المخالفة.

ومن العقوبات التكميلية ما يلي:

١. المصادرة:

المصادرة هي: عقوبة مالية عينية على منقولات أو عقارات، تنزع فيها ملكية المال من الشخص الطبيعي أو المعنوي، ومن ثم تدخل تحت يد الدولة جبراً^(١).

(١) الفرغ، نوف بنت ماجد. (١٤٢٧هـ). غسل الأموال في الفقه الإسلامي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ص ٢٨، السالم، ثامر بن عبد الرحمن بن إبراهيم. (٢٠٠٩م)، مكافحة جريمة غسل الأموال في المؤسسات المالية وغير المالية في المملكة =

وعقوبة المصادرة تختلف عن عقوبة الغرامة؛ حيث إن الأصل في الغرامة أنها عقوبة أصلية بينما تكون المصادرة عقوبة تكميلية، والمصادرة تكون عينية؛ أي يتم من خلالها نقل أشياء بعينها إلى الدولة بدون مقابل، وفي بعض الأحيان تلحق المصادرة عائلة الجاني بمصادرة ما يمتلكون من أموال، لذا تعدّ المصادرة من الآثار غير المباشرة التي تقع بصورة ملازمة مع تنفيذ الحكم الجنائي، وتمتد إلى الغير دون أن يلزموا بتنفيذ ذلك الجزاء.

وتعدّ المصادرة من صور العقوبات التكميلية المالية؛ حيث إن مُصادرة الأموال التي تم الحصول عليها عن طريق ارتكاب جريمة غَسْل الأموال تعدّ من الوسائل الأكثر فعالية لتحقيق الأثر الرادع في مواجهة مرتكب الجريمة، لذا تعدّ المصادرة أشد ألم مالي، كما أن المصادرة تشكل مورداً للدولة بشكل عام ولأنشطة تنفيذ القوانين الرامية لمكافحة جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات وغَسْل الأموال بوجه خاص.

وقد قرر المنظم السعودي عقوبة المصادرة ليكون محلها الأموال المغسولة، والمتحصّلات من الجريمة، والوسائط؛ وهي كل ما تم استخدامه في ارتكاب جريمة غَسْل الأموال.

تقوم المحكمة المختصة بالحكم بمصادرة أموال من ارتكب جريمة غَسْل الأموال مع مراعاة حقوق الغير في حسن النية، ويقدر حسن النية

= العربية السعودية (دراسة تطبيقية)، ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي، الرياض، ص ٣٠٤.

من الجهة القضائية التي تختص بهذه الجريمة، ويستدل عليه من الظروف والملابسات الموضوعية، ولا يجوز مصادرة الأموال إذا أثبت الموظف أن هذه الأموال حصل عليها في مقابل تقديم خدمة تتناسب مع قيمة هذه الأموال، أو حصل عليها بناءً على أسباب أخرى مشروعية، وهو يجهل مصدر هذه الأموال غير المشروع، وهذا ما جاء في المادة (٣٣) من نظام غسل الأموال، كما تظل الأموال المصادرة محملة في حدود قيمتها بأي حقوق تنقرر بصورة مشروعة لأي طرف آخر حسن النية وفق نص (مادة ٣٦) من النظام.

بل قد راعى المنظم السعودي ضرورة احترام الملكية الفردية؛ حيث قرر النظام في حالة اختلاط تلك المتحصّلات بأموال أخرى اكتسبت من مصادر مشروعة فيمكن مصادرة ما يعادل منها القيمة المقدرة للأموال غير المشروعة.

وفي حال كانت الأموال التي ترتبط بجريمة غسل الأموال غير ممكنة ولا يمكن الحصول عليها أي غير متوفرة، فإنه يمكن تقدير هذه الأموال غير المشروعة بمصادرة أموال أخرى يملكها الموظف وتعادل الأموال من جريمة غسل الأموال.

وأيضاً عندما تكون قيمة المتحصّلات التي تم الحصول عليها من الجريمة أقل من قيمة الأموال الناشئة عن الجريمة الأصلية فتحكم المحكمة في هذه الحالة بالمصادرة من الأموال الأخرى لمرتكب الجريمة بما يكمل قيمة المتحصّلات المحكوم بمصادرتها، وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٥) من النظام ما يلي:



« ١ - إذا كانت مصادرة الأموال المرتبطة بجريمة غسل أموال غير ممكنة لكونها لم تعد متوافرة للمصادرة أو لا يمكن تحديد مكانها؛ فتحكم المحكمة المختصة بمصادرة أموال أخرى يملكها مرتكب الجريمة تماثل قيمة تلك الأموال.

٢- إذا كانت قيمة مُتَحَصِّلات الجريمة المحكوم بمصادرتها - وفقاً للمادة (الثالثة والثلاثين) من النظام- أقل من قيمة المُتَحَصِّلات الناشئة من الجريمة الأصلية؛ فعلى المحكمة المختصة أن تحكم بالمصادرة من الأموال الأخرى لمرتكب الجريمة ما يكمل قيمة المُتَحَصِّلات المحكوم بمصادرتها». وهذه الأموال التي تُصادر تذهب إلى خزانة الدولة وفق نصّ المادة السادسة والثلاثين التي ورد بها أنه: «ما لم ينصّ نظام آخر على غير ذلك، تؤول الأموال المصادرة إلى الخزانة العامة، وتظل هذه الأموال مُحملة في حدود قيمتها بأي حقوق تتقرر بصورة مشروعة لأي طرف آخر حسن النية».

ونستخلص من ذلك توجه المنظم السعودي للدفاع عن الصالح العام وفي ذات الوقت الصالح الفردي لحسني النية من غير أطراف الجريمة؛ حيث إن مثل هذه العقوبات تدل على مدى استفادة الخزانة العامة في الدولة من الأموال المصادرة من موظف مرتكبي جريمة غَسْل الأموال، وترك المنظم حرية التصرف في هذه الأموال للسلطة المختصة ولكن لما يقضي به النظام.

٢. نشر الحكم:

من العقوبات التكميلية التي تلحق بالموظف العام مرتكب غسل الأموال عقوبة نشر الحكم الذي تم إصدار الحكم فيه، وأجاز النظام للمحكمة أن تقوم بنشر ملخص للحكم على نفقة الموظف مرتكب غسل الأموال والمحكوم عليه في صحيفة محلية، وتصدر هذه الصحيفة في محل إقامة الموظف أو مقر الشخص، أو يكون في المقر الذي يعمل فيه أو المدينة التي يقيم فيها مثل مدينة الرياض، فينشر الحكم في أقرب منطقة له، كما يجوز النشر عبر وسائل التواصل الاجتماعي؛ حيث إنها من أسرع الوسائل في الوقت الحالي وتصل إلى كل إنسان في وقت قصير، لكن من شروط النشر أن يكون قد صدر حكم نهائي لهذه الجريمة وبعد اكتساب الصفة النهائية كعقوبة تكميلية جوازية لهذا الحكم؛ وهو ما ورد في نص المادة الثانية والثلاثين من نظام غسل الأموال على أنه: «يجوز تضمين الحكم الصادر بالعقوبة النص على نشر ملخصه على نفقة المحكوم عليه في صحيفة محلية تصدر في مقر إقامته، فإن لم تكن في مقره صحيفة ففي أقرب منطقة له، أو نشره في أي وسيلة أخرى مناسبة، وذلك بحسب نوع الجريمة المرتكبة وجسامتها وتأثيرها، على أن يكون نشر الحكم بعد اكتسابه الصفة النهائية».

٣. المنع من السفر والإبعاد:

ورد في نص المادة الثامنة والعشرين من نظام غسل الأموال عقوبة تكميلية وجوبية تتخذ ذات المعنى وتختلف في الوصف بين المواطن والأجنبي؛ حيث ورد بها وصف المنع للمواطن لأنه صاحب الأرض، ووصف الإبعاد

للأجنبي لأنه غريب عن المكان بقولها: «١- يمنع السعودي المحكوم عليه بعقوبة السجن في جريمة غسل أموال من السفر خارج المملكة مدة ماثلة لمدة السجن المحكوم عليه بها. ٢- يبعد غير السعودي المحكوم عليه في جريمة غسل أموال عن المملكة بعد تنفيذ العقوبة المحكوم عليه بها، ولا يسمح له بالعودة إليها».

ومن ذلك ما صدر من أحكام قضائية تطبق هذه العقوبات وغيرها على الموظفين العموميين الذين ارتكبوا الرشوة والتبديد وغسل الأموال مجتمعة؛ ومنها ما أعلنته هيئة الرقابة ومكافحة الفساد من التحقيق في عدة قضايا على موظفي الدولة، وصدرت بحقهم أحكام ابتدائية، ومنها أنه في إحدى هذه القضايا: «شملت إجراءات التحقيق فيها موظفين اثنين بوزارة.... وشقيق أحدهما ورجل أعمال وبتوجيه الاتهام لهم بارتكاب جرائم الرشوة، وغسل الأموال، واستغلال نفوذ الوظيفة العامة لمصلحة شخصية، وبإحالتهم للمحكمة المختصة صدر بحقهم حكم يقضي بسجن الأول (٨) ثماني سنوات، وتغريمه (٢,٠٠٠,٠٠٠) مليوني ريال، ومصادرة الأرض المملوكة له على سبيل الرشوة، وكذلك مصادرة مبلغ مالي قدره (٦١٧,٨١٩) ست مئة وسبعة عشر ألفاً وثمان مئة وتسعة عشر ريالاً، ومنعه من السفر (٤) سنوات، وسجن الثاني (٨) سنوات، وتغريمه (٢,٠٠٠,٠٠٠) مليوني ريال، ومصادرة مبلغ مالي وقدره (١,٠٠٧,٧٠٩) مليون وسبعة آلاف وسبع مئة وتسعة ريالات، ومنعه من السفر (٤) سنوات، والحكم على الثالث بالسجن (٤) سنوات، وتغريمه (١,٠٠٠,٠٠٠) مليون ريال،

ومصادرة المنزل المسجل باسمه، ومنعه من السفر (٤) سنوات، والحكم على رجل الأعمال بالسجن سنة واحدة، وتغريمه (٥٠٠,٠٠٠) خمس مئة ألف ريال^(١).

وعليه نرى التالي:

الوقائع:

وجه الاتهام إلى موظفين اثنين بوزارة رسمية لارتكابهما عدداً من الجرائم، وأهمها هنا غسل الأموال، وهي الجريمة محل البحث، والتي وقعت عن طريق ارتكاب جرائم الرشوة، واستغلال نفوذ الوظيفة العامة لمصلحة شخصية.

الأسباب:

- ١- ثبوت صفة الموظف العام.
- ٢- ثبوت ارتكاب جريمة غسل الأموال بالفعل بطريق الرشوة واستغلال النفوذ.
- ٣- ثبوت إتمام الجريمة وترتب آثارها.

المبادئ القانونية الواردة بالحكم:

أولاً: بالتدقيق في الحكم يتبين لنا أن القضاء طلب إثبات ما نسب إلى الموظفين.

(١) موقع هيئة الرقابة ومكافحة الفساد، <https://2u.pw/YRenac> تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١/١٩.

ثانياً: اختصاص هيئة الرقابة ومكافحة الفساد.

ثالثاً: أن القضاء الابتدائي سلطة فاصلة في النزاع.

تبنى القضاء في هذه القضية نص المادة السابعة والعشرين من نظام مكافحة غسل الأموال من أنه: «يُعاقب كل من يرتكب جريمة غسل الأموال -المنصوص عليها في المادة (الثانية) من النظام- بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تتجاوز خمس عشرة سنة، أو بغرامة لا تزيد على سبعة ملايين ريال، أو بكلتا العقوبتين؛ إذا اقترنت الجريمة بأي من الآتي: ... ٣- اتصالها بوظيفة عامة يشغلها الجاني، أو ارتكابها باستغلال السلطة أو النفوذ».

فوجد أنه حُكم بالسجن على الموظفين بذات مدة السجن لكل منهما وهي ثمانية سنوات؛ وهي في حدود السلطة التقديرية للقاضي؛ وذلك لما أقره النص من أن مدة السجن من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة، وما بينهما هي السلطة التقديرية التي مارسها هنا القاضي، ولا غبار عليه في ذلك.

كما قضى الحكم بالغرامة بمبلغ وقدرة مليوني ريال لكل منهما؛ وهنا نرى أن القاضي أيضاً استعمل سلطته التقديرية التي منحه إياها المنظم في الجمع بين السجن والغرامة في حكم واحد. وهنا نجد أن قاضي الموضوع جمع بين عقوبتين أصليتين كما قرر النص. وفي ذات الوقت فالقاضي لم يخرج عن حدود النص؛ حيث لقاضي الموضوع في الغرامة الالتزام بما لا يزيد على سبعة ملايين وقضى في ذلك بمليون ريال فقط، وهي عقوبة في حدود

سلطته التقديرية التي منحه إياها النظام؛ حيث له أن ينزل عن الحد الأقصى السبعة ملايين.

كما تؤيد حكم القاضي بالمصادرة للأموال الناتجة عن الجريمة والمستعملة فيها ذات المصدر غير المشروع التي تم كسبها لصفة الموظف العام التي تتوافر في كلا المتهمين.

وألحق بالعقوبة أيضاً عقوبة تكميلية أخرى هي المنع من السفر إلا أن القضاء الابتدائي هنا جانبه الصواب في مدة المنع المقررة لهذا النوع من الجرائم، وهي فترة تساوي مدة عقوبة السجن المحكوم على الجاني بها وهي ثمان سنوات وفق نص المادة الثامنة والعشرون من ذات النظام، إلا أن الظاهر هنا هو الحكم بالمنع من السفر لمدة تعادل نصف مدة العقوبة بالسجن وهي أربعة سنوات يمنع من السفر، والتي قررها لكل من الموظفين ولا نرى للقاضي مبرر ولا سند من القانون في حكمه بذلك.

المطلب الثاني: العقوبات التبعية:

تعد العقوبة الجنائية الصادرة بحق الموظف العام ذات أثر على مركز الموظف النظامي؛ حيث إن الوظيفة العامة يشترط لها شروط وتحدد لها واجبات يفترض أن تتوفر في الموظف الذي يقوم بالوظيفة طوال مدة توليه لهذه الوظيفة، لذا فحقه في الوظيفة يتأثر بالحكم الجنائي الذي يصدر ضده لارتكابه جريمة غسل الأموال، ومن المحتمل أن يكون أثر هذه الجريمة أشد على الموظف من الحكم الجنائي نفسه تبعاً للتنظيم المحدد لذلك؛ فالعقوبة الجنائية تؤدي دوراً مهماً في مجال الخدمة المدنية، ويترتب عليها آثار

عديدة تتعلق بالمركز الوظيفي للموظف العام، فعندما يتم فصل الموظف من الوظيفة فهو من أشد الجزاءات التأديبية.

الفصل أو إنهاء الخدمة:

ورد في نص الفقرة الخامسة من المادة السادسة من نظام الانضباط الوظيفي أن الفصل من الخدمة من الجزاءات التي يجوز إيقاعها على الموظف المخالف، إذ جاء في نصها أن: «الجزاء الذي يجوز إيقاعه على الموظف هو:

١. الإنذار المكتوب.

٢. الحسم من الراتب بما لا يتجاوز صافي راتب (ثلاثة) أشهر على ألا يتجاوز المحسوم شهرياً (ثلث) صافي الراتب الشهري.

٣. الحرمان من علاوة سنوية واحدة.

٤. عدم النظر في ترقيته بما لا يتجاوز سنتين من تاريخ استحقاقه للترقية.

٥. الفصل من الخدمة».

ومما يظهر لنا أن عقوبة الفصل من أشد العقوبات التأديبية التي تقع على الموظف العام، ونظراً لخطورتها فإنها لا توقع على الموظف إلا بناءً على حكم تأديبي، وعن جرائم تمثل قدراً من الجسامة ينبئ بعدم صلاحية الموظف للاستمرار في الوظيفة، ونظراً لخطورة هذه العقوبة على حياة الموظف العام الاجتماعية فإن السلطات التأديبية لا تلجأ إليها إلا في الحالات القصوى^(١).

(١) العتيبي، حمد بن زويد. (١٩٩٦). نظام الخدمة المدنية وتطبيقها، ط ١، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص ٩٢.

كما تمثل عقوبة الفصل أثراً بالغ القسوة على الموظف؛ لأنها تنال بشكل مباشر من مركزه الوظيفي والمالي، ويمتد أثرها إلى حياته الاجتماعية، وتأثيرها السلبي ينعكس على الإدارة ككل، لأنه الموظف يفقد بفصله الوظيفة، ولذلك فهي عقوبة لا يجوز للوزير المختص إيقاعها كونها من اختصاص القضاء أو المقام السامي أو مجلس الوزراء، فعقوبة الفصل من الخدمة بوصفها عقوبة تأديبية تتفق من حيث النتيجة مع الفصل الذي يقع بحق الموظف كعقوبة تبعية تبعاً لجزاء أصلي يقرره النظام كعقوبة الحد الشرعي أو السجن في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو السجن لمدة تزيد على السنة في الجرائم الأخرى؛ وهو ما يستفاد من نص المادة الثامنة والعشرين بعد المائتين من اللائحة التنفيذية للموارد البشرية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (١٥٥٠) في تاريخ (١٤٤٠ / ٦ / ٩هـ)؛ حيث ورد بها أنه: «يفصل الموظف بقوة النظام ويعد الفصل لأسباب تأديبية في الحالات الآتية:

... د- إذا حُكم عليه بعقوبة السجن لمدة تزيد على سنة».

وعليه نستخلص أن عقوبة الفصل هنا تكون أيضاً لمقتضيات المصلحة العامة؛ وذلك لأنه في كل الأحوال يكون الحكم فيها هو إنهاء علاقة الموظف بالدولة أو إنهاء الرابطة الوظيفية.

خلاصة نتائج وتوصيات الدراسة

من خلال ما تم استعراضه من مكونات أركان جريمة غسل الأموال من قبل الموظف العام، كان من الضروري تحديد ماهية الموظف كفاعل رئيسي لهذه الجريمة، مع بيان ماهية فعله. وحتى تصبح مساءلته صحيحة كان لزاماً علينا مناقشة مدى توفر العمد من عدمه لتحمل الموظف العام تبعه تصرفه. ولتوضيح تلك العناصر قمنا بتحليل العقوبات المقررة نظاماً عن جريمة الموظف تحليلاً دقيقاً؛ حيث شملت الدراسة تنوع العقوبات المقررة وبيان التشديد فيها، وتفصيل العقوبات الأصلية التكميلية والتبعية فيها.

وعليه توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها:

١. أن جريمة غسل الأموال من الجرائم المضرة بالاقتصاد الوطني.
٢. ضعف الرقابة على الموظف العام هو الذي يدع له الفرصة سانحة لارتكاب جريمته.
٣. استمرار وقوع الجريمة ينم عن ضعف النصوص العقابية وضعف فعاليتها.
٤. أن جريمة غسل الأموال بالصورة المشددة التي تقع من الموظف العام جريمة عمدية لا تقع بطريق الخطأ.
٥. نظر المنظم السعودي إلى عقوبة السجن على أنها عقوبة أصلية لجريمة غسل الأموال.
٦. شدد المنظم عقوبة غسل الأموال إذا وقعت من موظف عام.

٧. قرر المنظم عقوبة الغرامة كعقوبة تكميلية وجوبية إلى جانب السجن للتشديد على الفاعل في حال كان موظفًا عامًا.
٨. تقرر عقوبة المصادرة للأموال التي حصل عليها بسبب ارتكابه لهذه الجريمة؛ حتى لا ينتفع من متحصلات الجريمة فيما بعد.
٩. إن جريمة غَسْل الأموال بسببها يخسر الموظف العام وظيفته بسبب تقديمه التسهيلات، وتصل إلى حدّ الفصل من وظيفته.

التوصيات:

١. لإدارة الموارد البشرية العمل على مراقبة حسابات الموظف العام وخاصة في البنوك.
٢. على البنوك إغلاق الحسابات فوراً في حالات تلقي الكثير من الأموال من جهات مختلفة وخاصة خارج المملكة وأيضاً إرسال الأموال بمبالغ كبيرة خارج المملكة.
٣. ينبغي على إدارة الموارد البشرية إيجاد آلية لتفعيل إقرار الذمة المالية للموظف قبل العمل، ويتم تقديم وحصر للأموال التي يمتلكها كل ستة أشهر.
٤. ينبغي لإدارة التحريات المالية تفعيل دورها لمتابعة أنشطة غَسْل الأموال من قبل الموظف العام بدقة وسرية.
٥. ينبغي لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد أن تلتفت لضرورة بناء مؤشر عالمي لهذه الجريمة بصفة خاصة منها محور الموظف العام للاستفادة منه



بالتسيق مع صندوق النقد الدولي وجهات مكافحة الفساد، وإدارات التحريات المالية في الدول حسب مسمياتها، والإنتربول، ومجموعة العمل لإعادة تنظيم إدخلات ومخرجات الأموال والاقتصاديات الوطنية لكل دولة.

٦. ينبغي لهيئة الرقابة ومكافحة الفساد تقييم ومتابعة مخاطر عدم الالتزام بالدور الأساسي لوظيفته من تقديم النفع العام دون منافع شخصية.

المقترحات:

نقترح أفراد نص للوظيفة العامة يلي المادة السابعة والعشرين على أن يكون بالصيغة التالية: «المادة السابعة والعشرين (مكرر): يُعاقب كل موظف عام يرتكب جريمة غَسْل الأموال -المنصوص عليها في المادة (الثانية) من النظام- بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تتجاوز خمس عشرة سنة، أو بغرامة لا تزيد على سبعة ملايين ريال، أو بكلتا العقوبتين؛ إذا اتصلت جريمته بوظيفة عامة يشغلها، أو ارتكبه باستغلال السُلطة أو النفوذ، وتحمل مؤسسته التي ينتمي إليها غرامة ما قدره ١٥٪ من متحصلات جريمة غسل الأموال إذا ظهر إفراط أو تفريط من قبلها، أو عدم التزام في المراقبة والزيارات التفتيشية على موظفيها».

المراجع

١. المهريش، عبد اللطيف. (١٤٢٤هـ). جوانب موضوعية وإجرائية لنظام مكافحة غسل الأموال السعودي، مجلة العدل، العدد (٢٠)، وزارة العدل السعودية، الرياض.
٢. الهيتي، محمد حماد. (٢٠٠٥م). الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية، ط ١، دار الثقافة، عمان.
٣. الهواري، أنور إسماعيل. (٢٠٠١م). ورقة عمل ظاهرة غسل الأموال والتدخل التشريعي، مقارنة بين التشريعات العربية والدولية، دورة أساليب مكافحة غسل الأموال، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الأردن.
٤. وزير، عبد العظيم مرسي. (٢٠٠٦م). شرح قانون العقوبات، القسم العام النظرية العامة للجريمة، ج ١، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة.
٥. الحديشي، عبد الله بن صالح. (١٩٨٨م). التعزيرات البدنية وموجباتها في الفقه الإسلامي، مكتبة الحرمين الشريفين، الرياض.
٦. حسني، محمود نجيب. (١٩٩٣م). الموجز في شرح قانون العقوبات. القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.
٧. الحكيم، رباب مصطفى عبد المنعم، (٢١-٢٢ / ١٠ / ٢٠١٩م)، جريمة غسل الأموال وأثرها على المصلحة العامة، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلني الثالث بكلية الشريعة والقانون، بعنوان (حماية المصلحة العامة في الشيعة الإسلامية والقانون الوضعي)، جامعة طنطا.
٨. الزيلعي، فخر الدين عثمان علي. (١٤١٣هـ). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، ط ١، المطبعة الأميرية، القاهرة.
٩. الكاساني، علاء الدين أبي بكر مسعود. (١٤٠٢هـ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ١، ج ٧، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.



١٠. كمال، شريف سيد. (٢٠٠٢م). مكافحة جرائم غسل الأموال في التشريع المصري، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة.
١١. محارب، علي جمعة. (٢٠٠٤م). التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي، دار الثقافة للنشر، الأردن.
١٢. المنشاوي، محمد أحمد. (٢٠١٩م). القانون الجزائي الخاص: جرائم التعزير المنظمة في المملكة العربية السعودية. ط ١، دار الكتاب العربي، الرياض.
١٣. المطيري، صقر بن هلال. (٢٠٠٤م). جريمة غسل الأموال «دراسة حول مفهومها ومعوقات التحقيق فيها وإشكاليات تنسيق الجهود الدولية لمواجهتها». جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض.
١٤. مرعي، احمد لطفي السيد، (٢٠١٦م)، الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة والثقة العامة في النظام الجزائي السعودي - الجزء الأول (جرائم الرشوة) - ط ١، دار الكتاب الجامعي.
١٥. محمد، شايب، (٢٠١٨م)، مخاطر غسل الأموال في البنوك والمؤسسات المالية العربية ودور التكنولوجيا الحديثة في مكافحتها، المجلة الجزائرية للأبحاث الاقتصادية، جامعة سطيف، الجزائر، عدد مايو.
١٦. سلامة، مأمّن ومحمد. (١٩٩٠م). قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة.
١٧. سلمان، عبد المنعم. (١٩٩٩م). مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ظاهرة غسل الأموال، دار النهضة العربية، الإسكندرية.
١٨. سليمان، عبد الفتاح. (٢٠٠٣م). مكافحة غسل الأموال. دار علاء الدين للطباعة والنشر، القاهرة.



١٩. السندي، عبد الله راشد. (١٩٩٢م). مبادئ الخدمة المدنية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية. ط ٥، مطابع الفرزدق التجارية، الرياض.
٢٠. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن. (١٩٨٣م). الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٢١. سالم، عبد المهيم بكر. (٢٠٠٠م). القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.
٢٢. أبو عامر، محمد زكي. (٢٠٠٠م). قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
٢٣. عبيد، رؤوف، (١٩٩٠م). النظرية العامة للظروف المخففة، القاهرة، دار النهضة العربية.
٢٤. العتيبي، حمد بن زويد. (١٩٩٦م). نظام الخدمة المدنية وتطبيقها، ط ١، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية.
٢٥. عطري، عبد القادر، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، ط ١، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٣م.
٢٦. عبد الغفار، محمد. (١٩٩٥م). تناقص الادخار المحلي في مصر خلال فترة ٨١ / ٨٢ - ٩٣ / ٩٤، المؤتمر العلمي السنوي الأول لكلية التجارة، جامعة الزقازيق، فرع بنها، مايو، ١٩٩٥م.
٢٧. عبيد، حسنين إبراهيم صالح. (١٩٩٥م). فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، العدد (٢)، المجلد السابع عشر، القاهرة.
٢٨. عجيل، طارق كاظم. (٢٠٠٨م). جريمة غسل الأموال، دراسة في ماهيتها والعقوبات المقررة لها، مجلة القانون المقارن، العدد ٥٩، كلية الحقوق، جامعة ذي قار.



٢٩. العجمي، مشعل محمد. (٢٠١١م). الضمانات التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة بالقانونين الكويتي والأردني. ط ١، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن.
٣٠. عوض، محمد محيي الدين عوض. (٢٠٠٤م). جرائم غسل الأموال. مركز الدراسات والبحوث، الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
٣١. العمري، صالحه، (٢٠٠٩م)، جريمة غسل الأموال وطرق مكافحتها، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد (٥)، العدد (٤)، جامعة بسكرة، الجزائر.
٣٢. الفاعوري، أروى. قطيشات، إيناس. (٢٠٠٢م). جريمة غسل الأموال المدلول العام والطبيعة القانونية، ط ١، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان.
٣٣. قباني، بكر. (د. ت). القانون الإداري الكويتي، مطبوعات، جامعة الكويت، الكويت.
٣٤. قشقوش، هدى حامد. (٢٠٠٣م). جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة.
٣٥. الشريف، خالد محمد. (١٤٣٣هـ). جريمة غسل الأموال والجرائم المرتبطة بها، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض.
٣٦. شوشي، ماهر. (١٩٩٠م). الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط ١، الموصل: دار الحكمة للطباعة والنشر.
٣٧. شريط، محمد. (٢٠١٠م). ظاهرة غسل الأموال في نظر الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر.
٣٨. الشريف، حسين بن علي بن أحمد. (١٤٢٠هـ). تأديب الموظف في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في النظام السعودي. جامعة الملك سعود، كلية الدراسات العليا، قسم الثقافة الإسلامية، شعبة الفقه وأصوله.

٣٩. الثنيان، عبد الله بن ثنيان. (١٤٢٧هـ). أحكام غسل الأموال. رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء.
٤٠. الخريشة، أمجد سعود. (٢٠٠٤م). الإطار القانوني لجريمة غسل الأموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن.
٤١. الغامدي، سعود بن عبد العزيز. (٢٠٠٥م). جريمة غسل الأموال في النظام السعودي والاتفاقيات الدولية (دراسة تأصيلية تطبيقية)، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.

