



المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
جامعة الامام محمد بن عبد الله
الجمعية العلمية القضائية السعودية



قضاء

مجلة علمية محكمة

طبعة ثانية

العدد السابع عشر • رجب ١٤٤١هـ • مارس ٢٠٢٠م

— ٢ —

مظاهر حماية الزَّاهِن والمُزْتَهِن
في نظام الزَّهْن العَقَارِي الْمُسَجَّل
دراسة مقارنة

د. علي بن إبراهيم الدهيمي



— ٢ —

حقوق المؤلّف: دراسة فقهية
تطبيقية مقارنة بالنظام السعودي

د. عبد العزيز بن ناصر التميمي



— ٢ —

تحرير الدعوى في ضوء نظام المرافعات
الشرعية السعودي والمبادئ القضائية
دراسة نظامية قضائية

د. محمد بن علي القرني



— ٢ —

ضمان الحارس القضائي
دراسة فقهية تطبيقية

د. خالد بن سعد السرهيد



— ٢ —

التظلم الإداري كسبب لامتداد مهل
التقاضي في ضوء نظام المرافعات
أمام ديوان المظالم

د. بدر بن عبد الله المطرودي



— ٢ —

أحكام النزاعات المسلحة الداخلية
دراسة مقارنة

د. عبد الله بن عبد العزيز الغيث



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مَجَلَّةُ قَضَاءِ

العدد السابع عشر | رجب ١٤٤١هـ | مارس ٢٠٢٠م



 mag@qadha.org.sa

 www.qadha.org.sa

 @qdha

  /qadha.ksa

 0538999887

 0112584996

 0112584701

مَجَلَّةُ
قَضَاءِ
مَجَلَّةُ عِلْمِيَّةُ مُحْكَمَةٌ

هيئة التحرير

رئيس التحرير

أ. د. عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْعُمَرَانِي

الأستاذ بكلية الشريعة
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

أعضاء هيئة التحرير

د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدِ آلِ عَسْكَرٍ

قاضي استئناف

أ. د. مُحَمَّدُ بْنُ جَبْرِ الْأَلْفِيِّ

الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء

مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَيْدَرِيِّ

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

د. خَالِدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُهَنَّا

عضو هيئة التدريس بقسم الفقه في كلية الشريعة

د. خَالِدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعُمَيْرِ

الأستاذ المشارك بكلية الحقوق بجامعة الملك سعود

مدير التحرير

د. عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ نَاصِرِ التَّمِيمِيِّ

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء



ضوابط النشر في مجلة قضاء

- ١ أن يكون البحث لم يسبق نشره.
- ٢ أن يكون البحث في ما يخدم مجال القضاء.
- ٣ أن يتصف البحث بالجدة والأصالة.
- ٤ إذا كان البحث تحقيقاً لمخطوط؛ فيذكر الباحث ما يفيد قيمته العلمية وأنه لم يسبق تحقيقه.
- ٥ أن يلتزم الباحث بالمنهجية العلمية لكتابة البحوث وتحقيق المخطوطات.
- ٦ ألا يتجاوز عدد الصفحات (٥٠ صفحة)، ولهيئة التحرير الاستثناء من ذلك.
- ٧ أن يرفق الباحث ملخصاً للبحث باللغتين (العربية والإنجليزية) بما لا يزيد عن مائتي كلمة.
- ٨ أن يرفق الباحث نسخة من البحث في قرص مدمج (CD) يحتوي على البحث بكامله بصيغة (Word) عند إجازته للنشر.
- ٩ أن يكون خط الأصل (١٨) وخط الهامش (١٤)، ونوع الخط (Traditional Arabic).
- ١٠ للمجلة الحق في نشر البحث على الموقع الإلكتروني للجمعية بعد إجازته للنشر.
- ١١ ترسل البحوث عبر البريد الإلكتروني للمجلة mag@qadha.org.sa بصيغتي (Word) و (PDF).
- ١٢ لا يحق للباحث نشر البحث قبل مضي ستة أشهر من تاريخ نشره في المجلة.



محتويات العدد

- ٦ كلمة رئيس التحرير
مظاهر حماية الرَّاهِن والمُرْتَهِن
في نظام الرِّهْن العقاري المُسَجَّل
دراسة مقارنة
- ٩ د. علي بن إبراهيم الدهيمي
حقوق المؤلف: دراسة فقهية
تطبيقية مقارنة بالنظام السعودي
- ٦٥ د. عبد العزيز بن ناصر التميمي
تحرير الدعوى في ضوء نظام المرافعات
الشرعية السعودي والمبادئ القضائية
دراسة نظامية قضائية
- ١٢٢ د. محمد بن علي القرني
ضمان الحارس القضائي
دراسة فقهية تطبيقية
- ١٦٧ د. خالد بن سعد السرهيد
التظلم الإداري كسبب لامتداد مُقَل
التقاضي في ضوء نظام المرافعات
أمام ديوان المظالم
- ٢١٧ د. بدر بن عبد الله المطرودي
أحكام النزاعات المسلحة الداخلية
دراسة مقارنة
- ٢٥٧ د. عبد الله بن عبد العزيز الغيث

كلمة رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد عليه وعلى آله أفضل الصلاة وأتم التسليم، ورضوان الله على الصحابة الغر الميامين، وعلى من تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.
أما بعد:

فإنَّ مما تتميزُ بهِ المجلات العلمية المحكمة جودة البحوث، وتنوع الدراسات النظرية والتطبيقية، فإذا أُضيف إلى ذلك التنوع العملي للباحثين، وتعدد خبراتهم؛ كان له أثر إيجابي في تلاحق الأفكار، وامتزاج التجارب والخبرات، الأمر الذي يفضي إلى حصول الفائدة الأسمى، والغرض المطلوب للباحثين والمهتمين، وهذا - بفضل الله تعالى - متوافر في مجلة قضاء؛ فكتابة القضاة تعنى بالتطبيقات القضائية، وكتابة المحامين تعلن عن خبراتهم في الممارسة العملية، وكذا أعضاء هيئة التدريس في الفقه والأنظمة والسياسة الشرعية وغيرها من التخصصات ذات العلاقة تضيفي معارف ومعلومات في كل علم؛ ولذا آمل أن تتسع قلوب قراء المجلة لهذا الاختلاف والتمايز؛ فهو يحقق أهدافاً علمية، وينتج توصياتٍ مثمرة - إن شاء الله -، ويتأثر البحث بتأثر صاحبه؛ وذلك بحسب الزاوية التي ينظر إليها، ويحدد الرؤية من خلالها، كما يظهر في البحث المتميز شخصية الباحث التي تفيد من مجال عمله وتخصصه واهتمامه؛ باختلاف الأعمال، والعلوم، والتخصصات، والآراء والاختيارات؛ لها انعكاساتها الظاهرة على البحوث.

وإنَّ المادة البحثية القضائية موردها العلوم المتنوعة: الفقه، والأنظمة، والوقائع القضائية المختلفة؛ بيدَ أنَّ التأليف لا يقتصر على هذه الموارد؛ فهناك مواردٌ أخرى تلقي بظلالها على المجال القضائي، كالجوانب الاقتصادية والاجتماعية والنفسية والمحاسبية والعلوم المختلفة؛ ولذا أدعو الباحثين والمهتمين أن ينتقوا من الأفكار البحثية ما لها الأولوية في المسارات البحثية، مما يكون فيه إضافة علمية، لها أثر في الجانب الواقعي والممارسة العملية، مع جودة الصياغة وسلاسة الأسلوب والتركيز على المحاور الرئيسة للموضوع وتجنب الاستطراد.

آملين أن تكون مجلتكم ميداناً للتنوع المفيد، والتأصيل الفريد، والابتكار المحمود.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس تحرير مجلة قضاء
أ. د. عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْعِمْرَانِيّ





مظاهر حماية الرّاهن والمرّتهن في نظام الرّهن العقّاري المُسجَّل دراسة مقارنة

د. علي بن إبراهيم الدهيمي

أستاذ القانون الخاص المساعد

قسم القانون - كلية العلوم والدراسات الإنسانية بحريملاء
جامعة شقراء



المقدمة

تُعَدُّ جميع أموال المدين التي توجد في ذمته المالية ضامنة للوفاء بديونه، وهو ما يعرف بالضمان العام للدائنين، ومن سمات هذا الضمان العام أنه يشمل جميع أموال المدين من منقولات وعقارات، ويكون فيه جميع الدائنين متساوين، عدا من له حق أفضلية أو امتياز، دون أن يكون للدائنين حق تتبع أي مال للمدين أو التدخل في إدارته، ولأن الضمان العام يتأثر بالتصرُّفات القانونية للمدين التي يباشرها قبل وقت التنفيذ من زيادة التزاماته، أو إنقاص حقوقه المالية، أو غير ذلك، فإن الضمان العام لا يكفي عادة لتحقيق الائتمان اللازم، ولا يقدم للدائن الحماية القانونية التي يتطلع إليها، ولذا يعتمد معظم الدائنين إلى تقوية الائتمان من خلال الضمانات الخاصة، ومنها الرهن، وقد صدر نظام الرهن العقاري المُسجَّل بموجب المرسوم الملكي رقم م/٤٩ وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ، ليعمل على دعم الائتمان، ومن ثم تسهيل عملية الاقتراض، مع حفظ حق الرهن في قدرته على استعمال حقوق الملكية على الرهن، دون أن يكون لازماً حيازة الرهن من قبل المرتهن، ومن هنا يظهر اكتناف نظام الرهن العقاري المُسجَّل لمجموعة من المصالح المتنازعة، بين مصلحة الدائن المرتهن في حفظ الرهن والتنفيذ عليه عند إخلال المدين بالوفاء، وحق المدين الرهن في استعمال الرهن واستغلاله بل والتصرُّف فيه، هذا التنازع هو الذي دعانا إلى إلقاء الضوء على دور نظام الرهن العقاري المُسجَّل في حماية مصالح كل من الرهن والرهن، والتوفيق بينهما، وذلك بتحقيق التوازن بينهما، لأن في تغليب مصلحة أحد الطرفين إضراراً بالآخر، بل قد يمتد أثر انعدام التوازن في إعدام الفوائد التي تغياها المنظم السُّعودي من نظام الرهن العقاري المُسجَّل، وسيكون بحثنا من خلال العنوان الذي يظهر لنا قدرته على تحقيق أهداف البحث وهو (مظاهر حماية الرهن والمرتهن في نظام الرهن العقاري المُسجَّل «دراسة مقارنة»).

أهمية البحث:

يعتبر الرهن العقاري المسجل من أهم أشكال دعم الائتمان، ويسعى إلى توفير الضمانات اللازمة للراهن والمُرتهن عند ممارسة نشاط التمويل بضمان عقاري من خلال ضوابط تحمي الدائن والمدين الراهن، وتحقيق مصلحة كلا الطرفين، وذلك بالقدرة على التوفيق وإيجاد التوازن اللازم في حماية مصلحتهما وتحقيق مآربهما، فالدائن يستفيد حصوله على ضمانات خاصة تضمن سداد دينه، وبالتالي تمكنه من الاضطلاع بدوره في ممارسة هذه الوظيفة سواءً أكان مصرفاً أو شركة تمويل، وفي المقابل يستفيد المدين الراهن من حصوله على التمويل، من خلال رهن عقار مع بقاء حقوقه على هذا العقار المرهون وتمكنه من الاستفادة منه، بل تمكنه من الحصول على العقار بحد ذاته من خلال التمويل لشراء العقار ورهنه والاستفادة منه، إذ الصورة القديمة للرهن كانت تستلزم نقل المرهون من يد الراهن، على ما قد يجره ذلك من تعطيل انتفاع الراهن بالرهن، إلا أن التطور في مجال التوثيق والتسجيل العقاري أوجد مفهوماً آخر لقبض المرهون، من قبض عينه إلى قبضه بالتسجيل والإشهار، مع بقاء عين المرهون بيد مالكة، وبين فائدة الراهن في الحصول على القرض مع حقه في استعمال المرهون واستغلاله بل والتصرف فيه، وفائدة المُرتهن في حصوله على ضمانه خاصة تمكنه من استيفاء دينه وتشجعه على الضلوع بعمله في التمويل، تظهر أهمية تسليط البحث على مظاهر حماية كل من الدائن والمدين التي كفلها نظام الرهن العقاري المسجل السُّعُودي، والضوابط والقيود التي تضمن عدم الميل لطرف على حساب الآخر.

مشكلة البحث:

تظهر مشكلة الدراسة في اختلاف الرهن العقاري المسجل عن الرهن الحيازي الذي كان يتطلب تجريد الراهن من الرهن، حيث جاء نظام الرهن

العقاري المسجل مكتفياً بالتسجيل عوضاً عن نقل الرهن من يد الراهن، بالإضافة إلى تقرير حقوق الراهن المتعلقة بالملكية على الرهن وحمايتها، وفي المقابل منح المنظم للمرتهن الدائن مجموعة من الحقوق على الرهن تمكنه من استيفاء دينه منه، وتمتد هذه الحقوق حتى تتداخل مع حقوق ملكية المدين الراهن، سعيًا من النظام في تحقيق القدر اللازم من التوازن بين مصلحة الراهن ومصلحة المرتهن حتى يتسنى للنظام تحقيق أهدافه، كون عدم قدرة النظام على حماية حقوق ومصلحة أي من طرفي العقد يعد إخلالاً بالتوازن الضروري، ومن ثم عدم تمكنه من تحقيق أهدافه، ويظهر ذلك في أن الإخلال بحماية مصلحة وحقوق المرتهن يؤدي إلى إضعاف الائتمان والثقة المالية، ومن ثم ارتفاع الأرباح المقابلة للمدة أياً كانت طريقة التمويل، وصعوبة الإقراض، وفي المقابل فإن تغليب مصلحة المرتهن وإضعاف حماية الراهن سيؤدي إلى الإحجام عن الاقتراض برهن العقار، ومن ثم عدم تحقيق الرهن العقاري لأهم أهدافه ومنها تمكين المواطن من تملك المسكن من خلال الحصول على تمويل برهن هذا المسكن؛ الأمر الذي دعانا من خلال هذا البحث إلى الإجابة عن تساؤل مفاده: ما هي حقوق كل من الراهن والمرتهن التي كفل نظام الرهن العقاري المسجل حمايتها؟ لنخلص من خلال الإجابة على هذا التساؤل إلى معرفة حقوق كلا الطرفين، ومدى قدرة النظام على تحقيق التوازن اللازم بين هذه الحقوق، وضمان قدرة المدين على الاستفادة من الرهن، وقدرة الدائن على استيفاء دينه.

منهج البحث:

اعتمدنا للإجابة على إشكالية الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، الذي يقوم على وصف موضوع الدراسة، وتحليل عناصرها بما يمكن معه الوصول إلى أهداف هذه الدراسة، بالإضافة إلى الاعتماد على المنهج المقارن

بغية الوقوف على موقف الفقه الإسلامي من الأحكام الواردة في النظام، بالإضافة إلى المقارنة مع القانون المصري والقانون الأردني والقانون الإماراتي، لمعرفة أحكامها المنظمة لموضوعات هذه الدراسة؛ للخروج بتوصيات تساهم في تحقيق التوازن بين مصالح كل من الرَّاهِن والمُرْتَهِن في عقد الرَّهْن العقاري المُسَجَّل.

خطة الدراسة:

تقوم خطة الدراسة على تقسيمها إلى مبحثين، من خلالهما سنعمل على بيان وشرح حقوق كل من الدَّائِن والمُرْتَهِن، ومظاهر الحماية لهما في نظام الرَّهْن العقاري المُسَجَّل، حيث سيخصص المبحث الأول لمظاهر حماية الرَّاهِن والمُرْتَهِن خلال مرحلة الأجل، والثاني لمظاهر الحماية عند حلول أجل الوفاء، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: مظاهر حماية الرَّاهِن والمُرْتَهِن في مرحلة الأجل:

المطلب الأول: مظاهر حماية الرَّاهِن في مرحلة الأجل.

المطلب الثاني: مظاهر حماية المُرْتَهِن في مرحلة الأجل.

المبحث الثاني: مظاهر حماية الرَّاهِن والمُرْتَهِن عند تعذر الوفاء بحلول أجله:

المطلب الأول: مظاهر حماية الرَّاهِن عند استيفاء الدين من الرَّهْن.

المطلب الثاني: مظاهر حماية المُرْتَهِن عند تعذر الوفاء وطلب الاستيفاء من الرَّهْن.

وأخيراً نتائج البحث والتوصيات المقترحة، ونرى أنه هذه الخطة تعمل على تحقيق أهداف البحث، المتمثلة في بيان حقوق الرَّاهِن والمُرْتَهِن في نظام الرَّهْن العقاري المُسَجَّل ومظاهر حمايتها، لتتوصل من خلالها إلى إيضاح وبيان الحقوق ومظاهر الحماية ومدى قدرة النظام على تحقيق التوازن اللازم بين هذه الحقوق.

التمهيد

عرّف النظام في المادة الأولى منه الرّهن العقاري المسجّل بأنه عقد يسجل وفق أحكام النظام، ويكسب به المرتهن الدّائن حقاً عينياً على عقار معين له سجل، ويكون له بمقتضاه أن يتقدم على جميع الدّائنين في استيفاء دينه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون، وبهذا فإن الرّهن العقاري المسجّل يسهم في دعم الائتمان، وتوفير الضمانات اللازمة بالنسبة للدّائن، وتمكين المدين من الحصول على التمويل من خلال الرّهن مع انتفاعه بالعقار المرهون، دون الحاجة إلى تجريده من يده خلال فترة الرّهن، ويهدف نظام الرّهن العقاري المسجّل إلى مجموعة من الأهداف يقع ضمن مقدماتها دعم التمويل العقاري، وتمكين الأفراد من الحصول على السيولة الكافية لشراء المسكن^(١)، وحتى يحقق الرّهن العقاري أهدافه، حرص المنظم على توفير الحماية اللازمة لكل من المدين والدّائن، من خلال التوفيق بين مصلحتهما، ومن هنا وللنظر في مدى قدرة النظام على تحقيق التّوازن اللازم والتوفيق بين مصلحتي الرّاهن والمرتهن، فقد تم تقسيم هذه الدّراسة إلى مبحثين، يركز المبحث الأول على مظاهر حماية المدين الرّاهن والدّائن المرتهن في مرحلة الأجل، والمبحث الثاني يركز على مظاهر الحماية عند حلول الأجل.

(١) تزامن إصدار نظام الرّهن العقاري المسجّل مع إصدار مجموعة من الأنظمة التي تعنى بجانب تنظيم التمويل والتمويل العقاري، ومن تلك الأنظمة نظام التمويل العقاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٠ وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ، ونظام الإيجار التمويلي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٨ وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ، ونظام مراقبة شركات التمويل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ، كما صدر نظام التنفيذ بالمرسوم الملكي رقم م/٥٣ وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ.

المبحث الأول

مظاهر حماية الرَّاهِن والمرْتَهِن في مرحلة الأجل

يُمْكِنُ نظام الرَّهْن العقاري المُسَجَّل المَدِين من الحصول على التمويل برهن عقار معين، مع حماية حقه تجاه هذا العقار في مباشرة سلطات الملكية عليه وقت الأجل، من انتفاع واستغلال بل وتصرف، بيد أن هذه المباشرة ليست مطلقة، إذ يجب على الرَّاهِن أن يتوخى عدم الإضرار بحقوق الدَّائِن المُرتَهِن على العقار المرهون، وقد خول النظام للمرْتَهِن في مقابلة حقوق الملكية التي يمارسها الرَّاهِن مجموعة من السلطات التي تضمن حفظ حقوقه، وتناى بالرَّهْن من تعطله أو الإضرار به، وهذان الأمران سيكونان مجال بحثنا من خلال المطالبين التاليين.

المطلب الأول: مظاهر حماية الرَّاهِن في مرحلة الأجل:

يتميز الرَّهْن العقاري المُسَجَّل في أنه لا يسلب الرَّاهِن حيازة العقار المرهون، خلافاً للرَّهْن الحيازي الذي يستلزم تجريد الرَّهْن من يد الرَّاهِن، وقد كان الأخير هو الصورة الوحيدة للرَّهْن^(١)، ولذا نجد مثلاً في تعريف

(١) يعد الرَّهْن الحيازي قسيم الرَّهْن العقاري المُسَجَّل في النظام السُّعُودي، والرَّهْن الرسمي في القوانين الأخرى، وقد عمل على وجود الأخير امتزاج الحاجة والفكر القانوني المعاصر الذي نظم الرَّهْن كأداة للائتمان دون أن يحرم الرَّاهِن من الانتفاع بالرَّهْن، ويقع الرَّهْن الحيازي على العقارات والمنقولات، بخلاف الرَّهْن العقاري المُسَجَّل في النظام السُّعُودي وما يسمى بالرَّهْن الرسمي في بعض القوانين فيختص برهن العقارات وتتجاوز بعض القوانين كالقانون الأردني والمصري والإماراتي للمنقولات التي تتطلب قوانينها الخاصة تسجيلها كالسيارات والسفن، ويتميز الرَّهْن الرسمي أو الرَّهْن العقاري المُسَجَّل في أنه لا يحرم الرَّاهِن من الانتفاع برهنه واستغلاله، بينما يعد حرمان الرَّاهِن من الرَّهْن خلال فترة الأجل من أهم سمات الرَّهْن الحيازي، ويعد هذا الأمر أحد سلبات الرَّهْن الحيازي كونه يتسبب في تعطيل الرَّهْن فترة الأجل وانتقاله من المدين إلى الدَّائِن أو شخص آخر قد لا يحسن استغلاله أو المحافظة عليه. ينظر: الضمانات الشخصية والعينية، أحمد الزقرد، ص ٢٣١، وص ١٢٦. وينظر: أحكام =

الحنفية للرهن بأنه: «جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن»^(١)، وعرفت مجلة الأحكام العدلية الرهن بأنه: «جعل مال محبوس وتوقيفه مقابل حق يمكن استيفاءه منه»^(٢)، ومن تعريفات المالكية: «مال قبض توثقاً به في دين»^(٣)، فيلاحظ في هذه التعريفات النص على الحبس والقبض كأساس في تعريف كونه الرهن، وفي الحقيقة أن مرد القول بالتجريد أو الحبس جاء تأسيساً على القول بأن قبض المرهون من لوازم انعقاد الرهن وصحته أو لتمامه، وفي هذه المسألة اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية^(٤) بين القول بأن قبض الرهن من لوازم انعقاد الرهن وصحته وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة^(٧)، والقول بأن الرهن ينعقد بالقول وتمامه بالقبض وهو قول المالكية^(٨)، ورواية عند الحنابلة فيما عدا المكيل والموزون^(٩)، وأثر

= الضمان العيني والشخصي، عيد نايل، ص ٢٦٥. وينظر: القانون المدني الأردني، رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، المادة ١٣٣٤، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ والمعدل سنة ١٩٨٧م، المادة ١٤١١، والقانون المدني المصري، رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، المادة ١٠٣٥.

- (١) الهداية في شرح بداية المبتدي، ٤/٤١٢.
- (٢) المادة ٧٠١ من مجلة الأحكام العدلية، ص ١٣٣.
- (٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ٥/٢٣٦.
- (٤) لست هنا في معرض بيان القولين وأدلتها ومناقشتها؛ كون هذا البحث لا ينصب على بيان حكم الرهن العقاري المسجل وحكم القبض والأبحاث في هذا الموضوع كثيرة يمكن الرجوع إليها، وهدفنا من إيراد هذه المسألة يقف عند حدود إظهار الغاية من القبض عند الفقهاء وصورته القديمة التي لم يكن من بد عنها حتى يحقق الرهن هدفه والصورة الحديثة وما رتبته بإبقاء الرهن بيد مالكة من حقوق الملكية.

- (٥) ينظر: المسبوط للسرخسي، ٢١/٦٨. وينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٦/١٣٧.
- (٦) ينظر: الأم للشافعي، ٣/١٤٢. وينظر: المهذب، ٢/٨٧.
- (٧) ينظر: المغني، ٤/٢٤٧. وينظر: الإقناع، ٢/١٥٥.
- (٨) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٥/٥٧. وينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، ٢/٨١٢.
- (٩) ينظر: المغني، ٤/٢٤٧. ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع، ٤/٤٢٥.

الخلاف أن عقد الرهن على القول الأول لا يلزم الرّاهن ما لم يتم القبض، ومن ثم فهو مُخَيَّر بين الإمضاء بتسليم المرهون أو الرجوع، وعلى الثاني فإن الرهن منعقد بالتراضي، ويلتزم الرّاهن بالتسليم، إلا أن يفرض المُرْتَهَن في طلب القبض حتى يفوت المحل كأن يفلس الرّاهن^(١)، ويذهب الفقهاء إلى أن صفة القبض في كل شيء بحسبه، والعبرة بالعرف^(٢)، ومقصود الفقهاء من اشتراط القبض في الرهن التمكن من استيفاء الحق من المرهون عند تعذر استيفاء الحق من الرّاهن، وكان هذا لا يتم إلا بقبض المُرْتَهَن للرهن وتجريده من يد الرّاهن، لأن بقاء الرهن بيد الرّاهن يجعل الأخير يحول دون استيفاء الحق من الرهن، وقد نص على هذا شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللهُ^(٣)، بل ذكر الحنفية أن سبب اشتراط القبض لصحة عقد الرهن أن موجب عقد الرهن تمكين المُرْتَهَن من الاستيفاء، ولا يحصل له ذلك إلا بقبض الرهن وتجريده من يد الرّاهن^(٤)، وعليه فيظهر جلياً أن غاية الفقهاء من اشتراط القبض والتجريد لصحة عقد الرهن كونه وسيلة الاستيفاء عند عدم الوفاء، وقد أظهرت المعاملات الحديثة معنىً جديداً للقبض يضمن استيفاء المُرْتَهَن للدين دون الحاجة إلى التجريد، عن طريق التسجيل النظامي وفقاً لأحكام نظام الرهن العقاري المسجل، لاسيما وأن القبض في كل شيء بحسبه وفي كل معاملة بحسبها، فالقبض في البيع ليس كالقبض في الرهن لاختلاف حق المالك عن حق المُرْتَهَن، الأمر الذي يُظهر أن التسجيل يعد قبضاً على المعنى الذي يورده الفقهاء ما دام أنه

(١) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٥/ ٥٧.

(٢) قال ابن قدامة: «ولأن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف» ينظر: المغني، ٤/ ٨٥، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وأما استدلالهم بأن القبض هو التخلية فالقبض مرجعه إلى عرف الناس حيث لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع»، ينظر: مجموع الفتاوى، ٣٠/ ٢٧٥.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى، ٢٩/ ٤٠٢.

(٤) ينظر: المبسوط، ٢١/ ٦٨.

يضمن استيفاء الدين من المرهون، وأما عن موقف النظام السُّعُودي حول اعتبار قبض الرهن بالتسجيل للصحة أو للتمام، فقد أخذ بالقول الثاني حيث لم يرَ بأن التسجيل لازم لانعقاد الرهن، وإنما ينعقد الرهن بالرضا واتفق المتعاقدان، دون الحاجة إلى القبض لا بتجريد المرهون من يد الراهن، ولا بالتسجيل، إذ النظام في الفقرة الثالثة من المادة الأولى نص على أن أثر الرهن على الغير لا يسري إلا بالتسجيل، ويلتزم الراهن بالتسجيل، وهذا يعني أن فائدة التسجيل تكمن في آثار الرهن العقاري، ولا تتعلق بانعقاده، إذ بمجرد التراضي ينعقد الرهن العقاري، إلا أن آثاره في مواجهة الغير تبقى معطلة إلى حين القيام بإجراءات التسجيل الواردة في النظام، وقد أقرَّ النظام انعقاد عقد الرهن العقاري، مكتفياً بالتسجيل عوضاً عن التجريد، لتقرير حق الراهن في حيازة العقار المرهون وممارسة سلطات الملكية الثلاث، وفق ضوابط معينة وقيود محددة نعرض لها تباعاً من خلال ما يأتي:

أولاً: حق الاستعمال:

يقصد بحق الاستعمال في الرهن: حق الراهن في استخدام المرهون بما يتفق مع طبيعته بغية الحصول على منفعه بطريقة مباشرة، كسكنى المنزل، أو زراعة الأرض، ونحو ذلك^(١)، وقد أكد نظام الرهن العقاري المسجل في المادة الثانية عشرة على أن إدارة العقار المرهون حق للراهن، والإدارة تشمل حق الراهن في الاستعمال، وحقه في الاستغلال.

ثم لحماية الراهن نص النظام في المادة التاسعة عشرة على أنه لا يصح اشتراط أن تكون منافع العقار المرهون للمرتهن، وفي حال وجد هذا الشرط في عقد الرهن فإن الشرط يكون باطلاً، دون أن يسري هذا البطلان لعقد الرهن، فيكون العقد صحيحاً دون الشرط، وهذا موافق لأحكام الشريعة الإسلامية؛

(١) ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة السُّعُودية، أيمن سعد سليم وآخرون، ص ١٢٨.

لأن عقد الرهن جاء لتوثيق حق الدائن في استيفاء دينه، وتمكينه من الانتفاع بالعقار المرهون خلال الأجل زيادةً نفع مقابل الأجل وهذا في عقد القرض، والقاعدة الفقهية أن كل قرض جر نفعاً فهو رهن^(١)، أما إذا كان العقد ليس قرضاً وإنما عقد بيع وجاء الرهن لتوثيق الثمن، فإن الانتفاع بالمرهون لا يعد رهنًا، لأن الانتفاع داخل في ثمن المبيع إذا كان باتفاق مسبق ومقدار الانتفاع محدد بما ينفي الجهالة في الثمن.

ونجد أن القانون المصري^(٢) والقانون الأردني^(٣) والقانون الإماراتي^(٤) تنص على حق الرهن في إدارة العقار المرهون، بينما لا يوجد لنص المادة التاسعة عشرة من نظام الرهن العقاري المسجل مثيل في تلك القوانين^(٥)، والتي تقضي ببطالان شرط تملك المرتهن لمنفعة الرهن، وتضمن تلك المادة في النظام يحمي الرهن من استغلال المرتهن، ويحقق الغاية من نظام الرهن العقاري المسجل. ويتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن للدائن الانتفاع بالرهن إذا كان ذلك بإذن المرتهن^(٦)، وإذن الأخير مُتحقق باختيار صورة عقد الرهن المسجل؛

(١) رُوِيَ حديثاً عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا أَنَّ الْمُحَدِّثِينَ اتَّفَقُوا عَلَى ضَعْفِهِ كَالْأَلْبَانِيِّ فِي ضَعِيفِ الْجَامِعِ، ص ٦١٧. والشوكاني، في نيل الأوطار، ٢٧٦/٥. وابن حجر في التلخيص الحبير، ٨٩/٣. والصنعاني في سبل السلام، ٧٤/٢. وهي قاعدة فقهية صحيحة ومشهورة في باب المعاملات. ينظر: موسوعة القواعد الفقهية، ٤٨٤/٨. وينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ٦٥٤/١.

(٢) المادة ١٠٤٤ من القانون المدني المصري رقم ١٣، لسنة ١٩٤٨ م.

(٣) المادة ١٣٣٥ من القانون المدني الأردني رقم (٤٣)، لسنة ١٩٧٦ م.

(٤) المادة ١٤١٣ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم (٥)، لسنة ١٩٨٥ م والمعدل سنة ١٩٨٧ م.

(٥) ينظر: الضمانات الشخصية والعينية، أحمد الزقرد، ص ١٧٨.

(٦) ينظر: المبسوط، ١٠٦/٢١. وينظر: المدونة، ١٥٨/٤، وينظر: الحاوي الكبير، ٢٠٣/٦. وينظر: المغني، ٢٩٣/٤.

لأن إجراء القبول والإيجاب بين الرَّاهِن والمُرْتَهِن على صورة الرَّهْن العَقَارِي المُسَجَّل يتضمن رضاً بمستلزماته، ونص النظام والعرف وطبيعة العقد تدخل في تحديد مستلزمات كل عقد، لأن الغاية من كل عقد الوصول إلى نتيجة حقوقية رضائية لم تكن حاصلة بين المتعاقدين قبله^(١)، واختيار صورة معينة من العقود كالرَّهْن المُسَجَّل، دون اختيار صورة الرَّهْن الحيازي، يقتضي تنفيذه وفقاً لمدلوله وطبيعته ومداه^(٢)، ومنها رضا المُرْتَهِن وإذنه بانتفاع الرَّاهِن بالرَّهْن.

على أنه يمكن القول أن اشتراط الفقهاء إذن المُرْتَهِن إنما هو في الصورة التي يتحدث عنها الفقهاء وهي الرَّهْن الحيازي، التي تتطلب تجريد الرَّهْن من يد الرَّاهِن ليكون بيد المُرْتَهِن أو يد عدل، ذلك أنه ليس من بُدٍّ من التجريد في تلك الصورة ليتمكن المُرْتَهِن من الاستيفاء عند تعذره من الرَّاهِن، وتمكين الأخير من استعمال الرَّهْن في تلك الصورة يحتاج إلى إذن المُرْتَهِن لأنه في حيازته، ولأن استعمال الرَّاهِن للمرهون قد يتعارض مع التجريد الذي لا بد منه في تلك الصورة، وأما في الصورة الحديثة المتمثلة في الرَّهْن المُسَجَّل - حيث يمكن التنفيذ مباشرة على الرَّهْن عند حلول الأجل وعدم وفاء الرَّاهِن، ودون حاجة إلى التجريد قبله ولا إذن الرَّاهِن وقته، وحيث أن من أعظم فوائد هذه المعاملة بقاء الرَّهْن بيد الرَّاهِن ليتمكن من استعمال العين المرهونة وقت الأجل - فإنه يمكن القول بأنه لا حاجة لإذن المُرْتَهِن لاستعمال الرَّاهِن للرَّهْن، وأن كل استعمال من قبل الرَّاهِن جائز ما دام أنه لا يلحق بالرَّهْن ضرراً يمنع المُرْتَهِن من استيفاء حقه منه.

(١) المدخل الفقهي العام، ٥١٦/١.

(٢) مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، ص ١٠٩.

ثانياً: حق الاستغلال:

أصل كلمة الاستغلال أخذ الغلة، والانتفاع، يقال استغل الأرض أي أخذ غلتها، وهو الريع أي الجزء الذي يؤديه المستأجر إلى المالك من غلة الأرض مقابل استغلال قواها الطبيعية أي الانتفاع بقواها الطبيعية^(١)، ويُقصد بحق الاستغلال في الرَّهن: حق الرَّاهن في استثمار الرَّهن بغية الحصول على منفعة بطريقة غير مباشرة، فاستغلال المنزل بتأجيره، والأرض كذلك أو بزراعتها بقصد بيع ثمارها^(٢)، فالرَّاهن يحصل على منافع الرَّهن بطريقة غير مباشرة، من خلال انتفاع الغير بالمرهون وحصول الرَّاهن على الأجرة عوضاً عن ذلك.

وقد جعل النظام استغلال العقار المرهون حقاً للرَّاهن وفق الطريقة التي يراها مناسبة ولا تضر بحق الدائن، وأكد أن غلة العقار ملك له، فنص النظام في المادة الثانية عشرة على أن: «غلة العقار المرهون لمالكه ونفقته عليه، وإدارته حق له، بما لا يخل بحق المرتهن»، وحماية للرَّاهن أبطل النظام في المادة التاسعة عشرة الشرط الذي يخول المرتهن حق الحصول على منافع العقار بما ذلك غلته إذا كان أخذ الغلة على سبيل الانتفاع، وأجاز للمرتهن بموافقة الرَّاهن تحصيل غلة العقار المرهون على ألا ينتفع بها، حفظاً لحق الرَّاهن، في حين أجاز الاتفاق على رهنها، أو سداد الدين منها، حيث نصت المادة الثانية عشرة على أنه: «٢- لا تكون الغلة رهنًا مع الأصل إلا إن اشترط المرتهن ذلك. ٣- يجوز أن يتفق الرَّاهن والمرتهن على استيفاء ما حل من الدين خصماً من غلة العقار المرهون». ويعد تأجير العقار المرهون من أوضح صور استغلاله، لذا نجد أن النظام قد اعتنى به ونظمه تنظيمًا خاصاً في المادة العشرين، وقد بدأ فيها النظام بالتمييز بين حالتين:

(١) ينظر: المعجم الوسيط، ١/ ٣٨٦، ٢/ ٦٦٠. وينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة، ٢/ ١٦٣٧.

(٢) ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة السُّعودية، أيمن سعد سليم وآخرون، ص ١٢٩.

الحالة الأولى:

إذا كان العقار المرهون مسجلاً وفقاً لنظام التسجيل العيني، وفي هذه الحالة إذا كان عقد الإيجار مسجلاً قبل عقد الرهن فإنه يعد نافذاً في مواجهة المرتهن، وأما إذا كان عقد الرهن هو السابق ففي هذه الحالة لا يسري عقد الإيجار في مواجهة المرتهن، إلا إذا كانت مدة الإيجار أقل من خمس سنوات^(١). وهذه الحالة - العقار المسجل وفقاً لنظام التسجيل العيني - هي الأقل شيوعاً، بسبب محدودية نطاق تطبيق نظام التسجيل العيني، إذ لم يطبق نظام التسجيل العيني للعقار الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ ١١/٢/١٤٢٣هـ منذ صدوره إلا على مناطق عقارية محدودة، لذا فإن الحالة التالية هي الأكثر أهمية.

الحالة الثانية:

إذا كان العقار المرهون غير مسجل وفقاً لنظام التسجيل العيني للعقار، وفي هذه الحالة أوجب النظام على الرّاهن الإفصاح في عقد الرّاهن عن أي حق عيني أصلي أو تباعي على العقار المرهون، وبين النظام أن جزاء الإخلال بهذا الأمر حق المرتهن في التعويض عن الضرر الذي يلحق به، وإن كان عدم الإفصاح بسوء نية من الرّاهن فإنه يكون معرضاً لدعوى جزائية تقام ضده وفقاً لأحكام نظام مكافحة التزوير.

وفي الحقيقة رغم أهمية هذه الحالة باعتبارها الأكثر شيوعاً نجد أن النظام سكت عن بيان حكمها فلم يبين أثر عقد الإيجار في مواجهة المرتهن، وإن كان ظاهراً أن عقد الإيجار إذا كان سابقاً لعقد الرهن وأفصح عنه الرّاهن فإنه يسري في مواجهة المرتهن، ولا أظن أن في هذه الحالة خلافاً.

(١) تجدر الإشارة إلى أن نظام التسجيل العيني أوجب في المادة السابعة والثلاثين قيد عقود الإيجار التي ترد على منفعة العقار المسجل عينياً، والتي تزيد مدتها على خمس سنوات، وأما ما كانت المدة فيه أقل من خمس سنوات فحكم قيده الجواز بطلب من ذوي الشأن.

وأما الحالة الثانية وهي التي يكون فيها عقد الرهن هو السابق على عقد الإيجار، فالذي يظهر لي قياسها على العقار المسجل عينياً من حيث سريان عقد الإيجار في مواجهة المرتهن إذا كانت مدة عقد الإيجار تقل عن خمس سنوات؛ ذلك أن حكم النظام بسريان هذه المدة في مواجهة المرتهن لا تتأثر بكون العقار مسجلاً أو غير مسجل، وإنما نظر المنظم إلى تضرر المرتهن من عدمه، وقد اعتبر المنظم أن مدة الخمس سنوات مدة مقبولة في عقد الإيجار لا تتسم بالطول المضر بمصلحة وحقوق المرتهن، وهو في ذلك سواء أكان العقار مسجلاً أم لا، خاصة إذا علمنا أن نظام التسجيل العيني لم يوجب تسجيل عقد الإيجار إذا كانت مدته أقل من خمس سنوات^(١)، كما يمكن القول أن النظام في الحالة الثانية تكلم عن الأحكام التي تختلف في العقار غير المسجل عنها في العقار المسجل، وهي مسألة الإفصاح وما يتعلق بها، إذ إن معرفة الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية لا يمكن الوصول إليها في العقار غير المسجل إلا بواسطة إفصاح المالك، ولذا بين النظام أحكامها، بخلاف الإفصاح في الحالة الأولى التي لا تحتاج سوى الرجوع لسجل العقار، وأما ما عدى مسألة الإفصاح فالحكم فيه مماثل للحالة السابقة ولذا سكت عنها النظام، ولا أظن أنه من الصواب قياس هذه الحالة على التصرف بالعقار في حالة كان العقار غير مسجل، لاختلاف أثر التصرف عن التأجير.

وعلى أية حال يظهر ضرورة قيام المنظم بمعالجة الإبهام الوارد في هذه المادة، لا سيما وأنها الحالة الأكثر شيوعاً ومساساً بحاجة الناس، ولأن أثرها بطلان أو صحة عقود الإيجار، إذ لا يخفى أن من أكثر صور الرهن العقاري المسجل شيوعاً هو رهن المسكن الممول، والذي يعتمد فيه المشتري في الغالب إلى تأجير بعض شقق العقار لتكون عوناً له على سداد قيمة التمويل، وهنا مكمّن المشكلة، إذ يكون مالك العقار في هذه الحالات معرضاً للحكم ببطلان عقد الإيجار بسبب إبهام المادة والاختلاف في تفسيرها.

(١) المادة السابعة والثلاثون من نظام التسجيل العيني للعقار.

ونجد أن القانون المصري أكد أحقية الرَّاهِن في إدارة العقار المرهون^(١)، ونظَّم عملية التأجير بأن جعل الإيجار السابق على قيد الرَّهْن نافذاً في حق المُرْتَهِن أياً كانت مدته^(٢)، وما كان بعد قيد الرَّهْن فينفذ منه ما كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وينفذ في تسع سنوات كحدٍّ أقصى، وأما إذا لم يكن ثابت التاريخ أو عقد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ولم تعجل فيه الأجرة فلا يكون نافذاً إلا إذا كان داخلاً في الإدارة الحسنة، ويرجع تقدير الأخيرة لقاضي الموضوع^(٣)، فنلاحظ أن القانون المصري حدد أقصى مدة للإيجار بتسع سنوات، وهنا يظهر أن صياغة القانون المصري في تحديد نفاذ المدة عند تجاوز الحد الأقصى^(٤) كانت أحسن لأن مفادها أن ما كان من العقود المدة فيه تزيد على تسع سنوات فإنه ينفذ منها تسع فقط، وأما مفاد صياغة النظام السُّعُودي^(٥) أن ما كان من العقود يزيد على خمس سنوات فحكمه عدم النفاذ، لذا لو رعيت هذه الصياغة لكان حسناً.

وأما القانون الأردني والقانون الإماراتي فقد نصا على أحقية الرَّاهِن في إدارة العقار المرهون والحصول على غلته^(٦)، وفي معرض بيان حكم الإيجار

(١) المادة ١٠٤٤ من القانون المدني المصري.

(٢) المادة ١٠٤٥ الفقرة ٢ من القانون المدني المصري.

(٣) المادة ١٠٤٥ من القانون المدني المصري.

(٤) ونصها: «وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات فلا يكون نافذاً في حق الدائن المُرْتَهِن إلا لمدة تسع سنوات، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرَّهْن» المادة ١٠٤٥ الفقرة ٢ من القانون المدني المصري.

(٥) ونصها: «فلا ينفذ عقد الإيجار الصادر من الرَّاهِن في حق المُرْتَهِن إلا إذا كان مسجلاً قبل تسجيل عقد الرَّهْن، ما لم تكن المدة أقل من خمس سنوات، فينفذ حينئذ عقد الإيجار ولو سجل بعد عقد الرَّهْن» المادة ٢٠ من نظام الرَّهْن العَقَّاري المُسَجَّل.

(٦) المادة ١٣٣٥ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤١٣ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات.

تماثلت عباراتهم في إيجاز اقتصر على تنظيم عقود الإيجار المبرمة قبل عقد الرهن، وفرق فيها بين العقد المنجز فينفذ إذا كان ثابت التاريخ قبل الرهن، وأما الإجارة المضافة أي التي تبدأ بعد الإجارة المنجزة فلا تنفذ إلا إذا سُجِّلَتْ في عقد الرهن^(١)، أما التأجير بعد تسجيل الرهن فيذهب بعض الشراح إلى جوازه استناداً على أحقية الراهن في إدارة العقار المرهون والحصول على غلته، ودون أن يحدد أيّاً من القانونين حداً أعلى لمدة الإيجار، تاركاً إياها للاجتهاد بين من يحدها بعدم الإضرار وتقديره لقاضي الموضوع، وبين من يحدها بميعاد أجل الوفاء؛ لأن ما بعدها فيه إضرار بالمرتهن^(٢)، ولذا فقد أحسن النظام السعودي عندما قطع الاحتمال بالبيان.

ويتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز تأجير الرهن من قبل الراهن إذا كان ذلك بإذن المرتهن، واختلفوا في أثره بين انقضاء الرهن وبقائه على قولين:

القول الأول:

إذا أجر الراهن الرهن وأجازه المرتهن، جاز التأجير وبطل الرهن، وهو قول الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥).

القول الثاني:

أن إجارة الرهن بإذن المرتهن جائزة، والرهن باقٍ، وهو قول الشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

(١) المادة ١٣٤٤ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤٢١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) ينظر: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، يوسف عبيدات، ص ٢٦٨.

(٣) ينظر: المبسوط، ١٠٨/٢١.

(٤) ينظر: المدونة، ٤/٤٧٦. وينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، ٥٥٤/٦.

(٥) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، ٨١/٢.

(٦) ينظر: الحاوي الكبير، ٢٠٥/٦.

(٧) ينظر: المغني، ٢٩٣/٤.

واستدل أصحاب القول الأول بأن من لوازم الرهن الحبس أو الحوز ودوامه لدى المرتهن أو نائبه، ومتى زال الحبس زال الرهن، والإجارة تقتضي الزوال^(١).

وأجاب أصحاب القول الثاني عنه بعدم التسليم بأن مقتضى الرهن الحبس، وإنما تعلق الحق به على وجه يحصل به الاستيثاق والاستيفاء، والإجارة لا تنافيه، ولو سلم أن مقتضى الرهن الحبس، فلا يمنع كون المستأجر نائباً عن المرتهن في الإمساك والحبس^(٢).

واستدل أصحاب القول الثاني بأدلة منها:

١- أن مقصود الرهن الاستيثاق، واستيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من المدين، وهذا لا ينافي الانتفاع بالرهن ولا إجارته، فجاز اجتماعهما لعدم التعارض.

٢- ولأن تعطيل منافع الرهن، والمنع من التأجير تضييع للمال، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال^(٣).

والراجح - والله أعلم - القول بأن إجارة الراهن للرهن لا تبطل الرهن، لتعلق الرهن بالاستيفاء عند تعذر وفاء الراهن، وهذا ممكن لاسيما من خلال الأنظمة الحديثة، وغاية من قال بإبطال الرهن انتفاء القبض وقد سبق الكلام فيه، ولذا نجد أن المالكية يرون أنه لو كان التأجير من قبل المرتهن وبإذن الراهن فإن ذلك لا يكون خروجاً من الرهن ما دام أنه لم يسلمه للراهن^(٤)، وهذا يؤيد القول بأن غاية الفقهاء التمكن من الاستيفاء من الرهن عند حلول الأجل،

(١) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، ٥/ ٢٤٥. وينظر: المغني، ٤/ ٢٩٣.

(٢) ينظر: المغني، ٤/ ٢٩٣.

(٣) أخرجه الشيخان، البخاري في باب ما ينهى عن إضاعة المال، رقم ٢٤٠٨، ٣/ ١٢٠. ومسلم في باب النهي كثرة المسائل من غير حاجة...، رقم ٥٩٣، ٣/ ١٣٤١.

(٤) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، ٤/ ٥٧.

وهذا حاصل في الرهن العقاري بالتسجيل ولا يعارضه التأجير ولا الانتفاع، وعليه يظهر أن القول الثاني هو الراجح - والله أعلم -، وقد سبق الكلام في إذن المرتهن وتحقيقه.

ثالثاً: حق التصرف:

يُقصد بحق التصرف حق الرهن في القيام بالتصرّفات المادية على العقار المرهون من بناء أو هدم أو ترميم، والقيام بالتصرّفات القانونية كبيع العقار أو رهنه^(١).

وقد نص نظام الرهن العقاري المسجل، على جواز التصرف القانوني بالعقار المرهون من قبل الرهن في حال كان العقار مسجلاً وفقاً لأحكام نظام التسجيل العيني^(٢)، وأما إذا لم يكن العقار مسجلاً وفقاً لأحكام نظام التسجيل العيني، فلا يجوز للرهن التصرف في العقار المرهون، ما لم يتم الاتفاق بين الرهن والمرتهن على خلاف ذلك، على أن يوثق في صك العقار وسجله^(٣).

وتقييد المنظم في الحالة الثانية جاء انطلاقاً من ضعف التسجيل العادي مقارنة بالتسجيل العيني في تقييد التصرفات اللاحقة على العقار، الأمر الذي يؤثر على حق المرتهن ويضعف دور الرهن في الاستيثاق والاستيفاء بعد التصرف به في حال إيقاله بأعباء تحد من دوره وتضر المرتهن، ولأن حق المرتهن يبقى مع العقار عند انتقاله للغير، فيكون للمرتهن مع هذا الغير علاقة تؤثر على القرار من العزم أو العزف أو التقوية، أبرزها الصعوبة التي قد يواجهها المرتهن عند تتبع العقار غير المسجل عينياً بيد الغير وإيقال كاهله بهذا الأمر، لذا اشترط المنظم إذن المرتهن الخاص، حماية له.

(١) ينظر: المدخل لدراسة الأنظمة السعودية، أيمن سعد سليم وآخرون، ص ١٢٩.

(٢) م ١/١١ من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٣) م ٢/١١ من نظام الرهن العقاري المسجل.

كما يلاحظ في عبارة المنظم فيما يتصل بالتصرّف بالعقار في الحالة الأولى المتعلقة بالعقارات المسجلة وفقاً لنظام التسجيل العيني أنها وردت بصيغة الجواز: «جاز التصرّف فيه»، بخلاف عبارته في إدارة العقار إذ جاءت بتقريرها حقاً للرّاهن: «وإدارته حق له»، وهذه العبارة تُورد الاحتمالات في تفسيرها والقول بأن إدارة العقار حق من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، بينما التصرّف جائز فيجوز الاتفاق على خلافه^(١)، إلا أن الذي يظهر للباحث أن طبيعة نظام الرّهن العقاري المُسجّل والتي تتمثل في توفير ائتمان لا يحرم من استعمال سلطات الملكية^(٢) تقتضي عدم جواز الاتفاق على خلافها، ذلك أن الرّاهن قبل الحصول على القرض هو الطرف الأضعف الذي سيستجيب لشروط الطرف الآخر، ودور النظام حمايته وحماية المُرتّهن من خلال توفير توازن يحقق هذا الأمر بالشكل الأمثل، وإذا جاز الاتفاق على خلاف ما ورد في النظام فيما يتصل بحق الرّاهن في ممارسة سلطات الملكية الثلاث، فهنا يظهر أن النظام لم يوفر الحماية اللازمة للرّاهن، وتحوّل نص النظام من تقرير حق وحمايته، إلى الإشارة والتنبيه للجواز، مع جواز الاتفاق على خلافه، وكأن فائدة النص النظامي تقتصر على افتراض إذن المُرتّهن ابتداءً، مع جواز نفي هذا الأمر.

وعليه فيظهر قصور في حماية حق الرّاهن فيما يتصل بحق التصرّف، من خلال منع الرّاهن منه في الحالات الأكثر شيوعاً والمتمثلة في العقارات غير الخاضعة لنظام التسجيل العيني، وإضعافه في الحالات الأخرى عندما اتخذ المنظم عبارة الجواز لتنظيم هذا الحق، دون نص يؤكد على حمايته.

(١) ينظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية، الرويس والريس، ٨٨. وينظر: المدخل إلى دراسة الأنظمة السّعودية، أيمن سعد وآخرون ص ٣٦. في أن لفظة «يجوز» من المعايير التي تدل على أن القاعدة القانونية قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على خلافها.

(٢) ينظر: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، يوسف عبيدات، ص ٢٦٦.

وقد جاءت المادة (١٠٤٣) من القانون المدني المصري لتقرر حكم التصرف بأمضائه بصيغة الجواز، ليختلف على أثرها الشراح بين كون التصرف ليس من النظام العام، وبين كونه من النظام العام على القول الأقوى بين الشراح^(١)، في حين أمضى القانون الأردني وكذلك القانون الإماراتي النص باللام: «للمرتهن أن يتصرف»^(٢)، ليكون قاعدة أمرّة لا يجوز الاتفاق على خلافها^(٣)، باعتبار أن اللام للملك أو الاستحقاق^(٤).

وقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية التصرف بالمرهون بالتصرفات الناقلة للملكية، إذا كان هذا التصرف بإذن المرتهن، مع بطلان الرهن في هذه الحالة، واختلفوا في انتقال الرهن لثمن المرهون^(٥)، من عدمه^(٦)، وعلة هذا الأمر عند الفقهاء أن غاية الرهن التمكّن من الاستيفاء، وبيع العقار وانتقاله بيد الغير يمنع الاستيفاء ولذا يبطل الرهن، لأنه حق للمرتهن وقد تنازل عنه بالإذن

(١) ينظر: الضمانات الشخصية والعينية، أحمد الزقرد، ص ١٦٥ والحاشية رقم ١.

(٢) المادة ١٣٣٥ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤١٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) ينظر: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، يوسف عبيدات، ص ٢٦٦.

(٤) ينظر: اللامات، عبد الرحمن بن إسحاق البغدادي النهاوندي الزجاجي، ص ٦٢، وص ٦٥.

(٥) ينتقل للثمن عند الحنفية سواء شرطه المرتهن أم لا، ويرى أبو يوسف من الحنفية أن الرهن لا ينتقل إلى الثمن إلا بالشرط. ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٤٦/٦. وينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي، ٤/٤٢٩.

(٦) لا ينتقل للثمن عند المالكية، إلا إذا نواه المرتهن وأبقى المرهون بيده عند بيع الرهن له، وتثبت النية باليمين، وعلة إبقاء المرهون بيد المرتهن أن من شروط صحة الرهن عند المالكية استدامة القبض، فإذا خرج المرهون من يد المرتهن بطل الرهن، فلا ينتقل للثمن بعد البيع لأن الرهن بطل بمجرد تسليمه للمرتهن. ينظر: المدونة، ٤/١٣٣. وينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٤/٥٧. وينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، ٦/٥٥٥. والمذهب عند الشافعية عدم انتقال الرهن للثمن ولو اشترطه المرتهن للجهالة في الثمن وعند الشرط قولان لهم في صحة البيع، ينظر: الأم، ٣/١٤٨. وينظر: مختصر المزني، ٨/١٩٣. والمذهب عند الحنابلة على أن الرهن لا ينتقل للثمن إلا إذا شرطه المرتهن، ينظر: المغني، ٤/٣٠٢. وينظر: المبدع، ٤/٢١٣.

بالتصرّف^(١)، وهذه العلة إذا كانت متحققة في الرهن الحيازي، فإنها غير واردة في الصورة الحادثة وهي الرهن العقاري المسجل، لأن التصرف بالعقار المرهون المسجل لا يمنع من الاستيفاء، إذ ينتقل العقار المرهون للغير مثقلاً بالرهن، علماً به من انتقل إليه المرهون، وعند تعذر الوفاء ينفذ على العقار ولو كان بيد الغير، ومع انتفاء علة المنع والبطلان يظهر - والله أعلم - جواز التصرف في العقار المرهون المسجل وفقاً لأحكام نظام الرهن العقاري المسجل، مع بقاء حق الرهن متعلقاً بالعقار أياً كانت اليد الحائزة له، ويقول هذا القول إجماع الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) على بقاء حق المرتهن في الرهن عند انتقاله للورثة بعد موت الرّاهن ولو لم يكن الرهن بيده كما لو كان بيد عدل، فإن الرهن باقٍ للمرتهن حق الأولوية على الرهن، وتنتقل ملكية الرهن إلى الورثة مثقلاً بحق الرهن.

محصل الكلام: يظهر لنا أن نظام الرهن العقاري المسجل راعى حقوق الرّاهن في مرحلة الأجل بتمكينه من ممارسة سلطات الملكية على عقاره المرهون، وعمل على حماية هذه الحقوق حيث ظهرت هذه الحماية جلية فيما يتعلق بحق الانتفاع، مع ضعفها فيما يتصل بحق الاستغلال وكذلك التصرف، لسكوت النظام عن البيان في الأول، وورد الثاني بصيغة القواعد المكملة التي تجيز الاتفاق على خلافها مع المنع منه في الحالات الأكثر شيوعاً، وفي مقابل حقوق الرّاهن اعتنى النظام بحماية المرتهن لضمان تحقيق الرهن لهدفه كأداة ائتمان، من خلال مجموعة من المظاهر التي سنعرض لها في المطلب التالي.

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٤٦/٦. وينظر: المغني، ٣٠٢/٤.

(٢) المبسوط للسرخسي، ٨٠/٢١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٥٦/٦.

(٣) المدونة، ١٥٦/٤. الذخيرة للقرافي، ٩٢/٨.

(٤) الأم، ١٥٠/٣. الحاوي الكبير، ١٩/٦.

(٥) الإنصاف، ٢٩١/٥. كشف القناع عن متن الإقناع، ٤٢٨/٣.

المطلب الثاني: مظاهر حماية المرتهن في مرحلة الأجل:

ظهر لنا من خلال المطلب السابق أن المنظم اعتنى بحقوق الرّاهن في ممارسة سلطات الملكية على العقار المرهون، بيد أن المنظم لم يجعل للرّاهن الحرية المطلقة في استعمال هذه الحقوق، بل جعل في مقابقتها مجموعة من الالتزامات على الرّاهن والحقوق للمرتهن، وأول الحديث عن التزام الرّاهن بالتسجيل إذ النظام السّعودي عد الرّهن العقاري منعقداً بمجرد الإيجاب والقبول، دون الحاجة إلى التسجيل، وجعل أثر هذا التسجيل ينحصر في الاحتجاج به أمام الغير، ولأهمية هذا الأمر بالنسبة للمرتهن كونه هو الذي يحمي حقه ويعطيه الامتياز على هذا العقار دون سائر دائني المدين، أكد نظام الرّهن العقاري المسجّل على أنه يقع على الرّاهن الالتزام بتسجيل الرّهن ونفقات التسجيل، وقد يظهر أن اعتبار المنظم الرّهن العقاري منعقداً دون الحاجة إلى التسجيل، من مظاهر حماية المرتهن، في تلك الحالات التي يتعجل فيها الدائن بإقراض المدين شرط الرّهن العقاري وقبل تسجيله، ففي تلك الحالات كفّل المنظم للمرتهن حق إلزام الرّاهن بتسجيل الرّهن العقاري، ويرد أن يتعلق للغير حق عيني على العقار في الفترة التي تكون بين طلب المرتهن وإلزامه وتنفيذ الرّاهن، وفي مثل هذه الحالات يبيّن النظام الحكم بقوله في المادة الحادية والعشرين: «يسري أثر الرّهن المسجّل في مواجهة الغير من تاريخ تسجيله، ما لم يكن هذا الغير قد اكتسب حقاً عينياً على العقار المرهون قبل تسجيل الرّهن»، وعليه فيظهر أنه إذا اكتسب شخص ما حقاً عينياً على العقار قبل تسجيل الرّاهن له فإنه لا يحق للمرتهن الاحتجاج على هذا الشخص بعقد الرّهن المبرم بينه وبين الرّاهن، واهتزاز حماية المرتهن في هذه الحالة، كانت من فعله بتفريطه في التسجيل ابتداءً، بينما سعى النظام في حمايته عندما أقر صحة عقد الرّهن، وجعل على عاتق الرّاهن الالتزام بالتسجيل، وللمرتهن إلزامه،

بينما ينص القانون المصري على أن انعقاد الرهن لا يكون إلا بورقة رسمية^(١)، ويقصد بالورقة الرسمية عقداً يتم بمكتب التوثيق طبقاً للإجراءات التي نص عليها قانون التوثيق^(٢)، في حين لا يكون هذا الرهن الرسمي نافذاً قبل الغير إلا بالقيد^(٣) في دفتر الشهر العقاري^(٤)، واستلزم القانون الأردني^(٥) والقانون الإماراتي^(٦) التسجيل لانعقاد الرهن ونفاذه.

ونثني بالإشارة إلى أنه لضمان حماية حقوق الدائن المرتهن في مواجهة تلك الحقوق المكفولة للرهن، فقد جعل نظام الرهن العقاري المسجل على الرهن الالتزام بعدم الإخلال بحقوق المرتهن، أو الإضرار بها، ومن ذلك ما ورد في المادة الثانية عشرة من النظام التي بدأت بتقرير حق الرهن في إدارة العقار، وقيدته بعدم الإخلال بحق المرتهن، ثم أكدت المادة الثالثة عشرة على حماية حق المرتهن، عندما وضعت التزاماً على عاتق الرهن في فترة الأجل بالمحافظة على سلامة العقار المرهون حتى تاريخ الوفاء، ونصت على حق المرتهن في الاعتراض على جميع ما من شأنه إنقاص قيمة العقار المرهون، أو تعرضه للهلاك، أو العيب، وفي سبيل حفظ حق المرتهن على العقار المرهون، فقد منح النظام للمرتهن حق اتخاذ الإجراءات النظامية التحفظية التي تضمن سلامة حقه، وما يتكلفه من النفقات فله الرجوع فيها على الرهن^(٧).

(١) المادة ١٠٣١ من القانون المدني المصري، ونصها: «لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية».

(٢) ينظر: أحكام الضمان العيني والشخصي، عيد نايل، ص ٢٠٥.

(٣) المادة ١٠٥٣ من القانون المدني المصري، ونصها: «لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار».

(٤) ينظر: أحكام الضمان العيني والشخصي، عيد نايل، ص ٢٠٧.

(٥) المادة ١٣٢٣ والمادة ١٣٤٥ من القانون المدني الأردني.

(٦) المادة ١٤٠٠ والمادة ١٤٢٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٧) المادة الثالثة عشرة من نظام الرهن العقاري المسجل.

فإذا قامت أعمال من شأنها تعريض العقار المرهون للتلف أو النقص، أو جعله غير كافٍ للوفاء، فللمُرتَهِن - وفقاً لأحكام القضاء المستعجل - أن يلجأ للمحكمة بطلب وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر^(١). ولأن متابعة العقار المرهون من قبل المُرتَهِن - بنوكاً أو شركات تمويل - تزيد من أعبائها، وقد لا تكون أمراً متيسراً، يتمكن المُرتَهِن من خلاله حماية حقه، فقد جعل المنظم للمُرتَهِن عند تعرض العقار المرهون لما قد يمنعه من استيفاء حقه منه من نقص قيمة أو هلاك أو عيب أو استحقاق، وكان ذلك بتعدُّ أو تفريط أو تدليس ممن بيد المرهون - راهناً أم حائزاً - أن يطالب الأخير بزيادة الرهن بقدر ما نقص منه أو بتقديم رهن مماثل مكانه، فإن لم يمثل لأحدهما، كان له إلزامه بسداد الدين وفقاً لمعايير السداد المبكر المذكورة في نظام مراقبة شركات التمويل ولائحته التنفيذية^(٢)، والتي تؤكد على أنه في مقابل السداد المبكر تسقط كلفة الأجل عن المدة المتبقية وفق معايير تحقق العدالة لطرفي العقد^(٣).

عليه فيلاحظ أنه في مقابل تمكين الرَّاهِن من ممارسة حقوق الملكية على العقار المرهون، حمى المنظم حقوق المُرتَهِن بإلزام الرَّاهِن بالمحافظة على سلامة العقار المرهون، ومنح المُرتَهِن حق الاعتراض على الأعمال التي قد تضر حقوقه على العقار المرهون، بل واتخاذ الإجراءات التحفظية التي تضمن سلامة العقار، ووقف الأعمال الضارة بالعقار بواسطة القضاء المستعجل، وتمتد حماية النظام للمُرتَهِن إلى مطالبة من بيده العقار المرهون بالسداد المبكر عندما تضر

(١) المادة السادسة عشرة من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٢) المادة الرابعة عشرة من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٣) ينظر: المادة ٣٣ من نظام مراقبة شركات التمويل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١، بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ، والمواد ٨١ و٨٤ من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل الصادرة بقرار محافظ مؤسسة النقد رقم ٢/م ش ت، وتاريخ ١٤/٤/١٤٣٤هـ.

حقوقه على الرهن بتعد أو تفريط من الرهن أو من بيده العقار، دون رفع الضرر بزيادة الرهن أو تقديم رهن مماثل بعد مطالبته.

ويلاحظ على المادة الثالثة عشرة من النظام قصر التزام المحافظة على سلامة العقار المرهون حتى تاريخ الوفاء على الرهن، دون ذكر للحائز، فهل معنى هذه المادة أن الرهن هو الذي يلتزم بسلامة العقار المرهون وحده دون حائزه؟ الذي يظهر من النظام أن هذا غير مراد بدلالة المادة التالية لهذه المادة والتي رتبت جزاءً على الحائز عندما يلحق العقار المرهون ضرر يمنع المُرتهن من استيفاء حقه منه بتعد أو تفريط أو تدليس منه، ونص النظام على التفريط يقتضي أن هناك واجباً ملقى على عاتق الحائز بالعناية بالعقار والمحافظة على سلامته.

ثم إنه يرد تساؤل آخر مفاد: هل قصر الالتزام بالمحافظة على سلامة العقار على الرهن والنص على أن هذا الالتزام يمتد حتى تاريخ الوفاء يعني أن الرهن يلتزم بسلامة العقار حتى بعد التصرف فيه لاسيما وأن هذه المادة جاءت بعد بيان حكم التصرف بالعقار المرهون وإدارته؟

صياغة المادة تجعل الأمر محتملاً، إلا أن الذي يظهر للباحث أن التزام الرهن بالسلامة لا يمتد حتى بعد التصرف بالعقار، إذ بعد التصرف بالعقار المرهون ينتقل هذا الالتزام إلى الحائز؛ ويعضد هذا الرأي أن النظام لم يرتب جزاءً على الرهن عندما يلحق العقار ضرر بعد التصرف فيه، عدا ما يتعلق بإخلال الرهن السابق كالتدليس في الرهن، أو التدليس في الحقوق العينية على العقار المرهون، والأخيرة وردت كالتزام بنص مستقل في حالة كان العقار المرهون غير مسجل وفقاً لنظام التسجيل العيني، فإنه وفقاً للمادة العشرين يقع على الرهن التزاماً بالإفصاح في عقد الرهن عن أي حق عيني أصلي أو تباعي على العقار المرهون، فإن ظهرت حقوق لم يُفصح عنها الرهن كان عليه تعويض المُرتهن عن الأضرار التي تلحق به.

وهذا يُظهر أن الأولى في صياغة المادة الجمع بين الرَّاهِن والحائز كما هو نص المادة الرابعة عشرة، بأن يكون النص كالتالي: «يلتزم من بيده العقار المرهون - راهناً كان أم حائزاً - بالمحافظة على سلامة العقار المرهون حتى تاريخ وفاء الدين...».

وأما إذا هلك العقار المرهون من غير تفريط أو تدليس ممن بيده العقار المرهون، فقد كفل النظام للمُرتَهِن انتقال الرَّهْن إلى ما يحل محل الرَّهْن^(١)، من تعويض عن إتلاف، أو مقابل تأميني، أو ما شابه ذلك، فإن لم يكن ثمة ما يحل محل الرَّهْن فإن الرَّهْن ينقضي وفقاً للمادة الثانية والأربعين من النظام، دون أن يكون لذلك أثر في تعجيل السداد.

وقريباً من هذا الاتجاه سار القانون المصري والأردني والإماراتي حيث أكدت التزام الرَّاهِن بضمان سلامة الرَّهْن^(٢) وقصر الخطاب عليه دون الحائز، وامتد قصر الخطاب حتى في بيان أحكام الهلاك، واكتفى القانون المصري بالنص على أن الحائز مسؤول شخصياً عما يصيب العقار من تلف بخطئه^(٣)، بينما جعل القانون الأردني^(٤) والقانون الإماراتي مسؤولية الحائز مطلقة في كل ما يصيب العقار المرهون من تخريب أو تعيب^(٥)، وقد توافقت القوانين في حكم الهلاك إذا كان بتعدُّد من الرَّاهِن في إتاحة الخيار للمُرتَهِن بين طلب وفاء الدين فوراً أو تقديم ضمان كاف للدين^(٦)، في حين تميز النظام السُّعُودي

(١) م ٢/١٤ من نظام الرَّهْن العَقَّاري المُسَجَّل.

(٢) المادة ١٠٤٧ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٣٧ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤١٤ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) المادة ١٠٨١ من القانون المدني المصري.

(٤) المادة ١٣٦٠ من القانون المدني الأردني.

(٥) المادة ١٤٣٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٦) المادة ١٠٤٨ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٣٨ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤١٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

بأن جعل الخيار لمن بيده الرهن - راهناً أم حائزاً - دون المرتهن، حيث جعل للمرتهن مطالبته في زيادة الرهن بقدر النقصان، أو بتقديم رهن مماثل مكان الفائت ما لم يحل محله مثله، فإن لم يحصل فللمرتهن إلزامه بالسداد المبكر، كما تميز النظام السعودي بأن جعل بيان الحكم عاماً يخاطب من بيده العقار - راهناً أو حائزاً^(١).

وأما إن كان الهلاك بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه، فقد جعلت تلکم القوانين الخيار للراهن بين تقديم ضمان كافٍ أو الوفاء قبل حلول الأجل^(٢)، مع تقريرها لانتقال الرهن عند هلاك العقار المرهون لما يحل محله^(٣)، على خلاف النظام السعودي الذي اكتفى في حال كان الهلاك بغير تعدد أو تفريط أو تدليس ممن بيده العقار ببقاء الرهن فيما بقي من هذا العقار أو ما حل محله^(٤)، فإن لم يمكن الأول ولم يوجد الثاني فإن الرهن ينقضي^(٥).

كما اتفقت القوانين محل المقارنة والنظام السعودي في حق المرتهن في الاعتراض على الأعمال التي تنقص ضمانه، واتخاذ الإجراءات التي تحفظ حقه، مع الرجوع بالنفقات التي يتكبدها على الراهن، وأن يطلب من المحكمة وقف الأعمال التي تُعرض الرهن للهلاك أو التلف أو جعله غير كاف للضمان، واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر^(٦).

(١) المادة ١٤ من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٢) المادة ١٠٤٧ و ١٠٤٨ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٣٧ و ١٣٣٨ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤١٤ و ١٤١٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٣) المادة ١٠٤٩ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٣٩ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤١٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٤) المادة ١٤ من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٥) المادة ٤١ من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٦) المادة ١٠٤٨ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٣٨ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤١٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

وقد أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على التزام الرَّاهِن بعدم الإضرار بالرَّهْن أو القيام بأعمال تُنقص قيمته^(١)، ولو تعدى الرَّاهِن على الرَّهْن فأضرَّ به بإحداث تلف أو هلاك أو عمل يُنقص قيمته أو ما شابه، فإنه يضمنه للمرتهن^(٢)، وعند المالكية أنه إن كان ذا مال فيتعجل الدين، وإن لم يكن ذا مال فيباع الرَّهْن، وما نقص من قيمته عن حق المرتهن فيضمنه الرَّاهِن^(٣). كما يذهب الفقهاء إلى حق المرتهن في منع الرَّاهِن من فعل ما يضر بالرَّهْن^(٤)، وإذا احتاج الرَّهْن إلى مؤونة لحفظه من التلف أو الهلاك فيجبر عليها الرَّاهِن، فإن أبى الرَّاهِن فعند الحنفية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة^(٧) للمرتهن دفعها ويرجع بما أنفق إذا كان إنفاقه بإذن الحاكم أو الرَّاهِن، ويُقيّد الشافعية والحنابلة إذن الحاكم بالقدرة عليه، وعند المالكية يرجع فيما أنفق على قيمة الرَّهْن بعد بيعه ويبدأ باستيفاء النفقات ثم الدين، فإن لم يكفي رجع على الرَّاهِن^(٨). وبعد ما تبين من مظاهر حماية المراهن والمرتهن في مرحلة الأجل، ومدى قدرة النظام على التوفيق بين مصالح كل منهما، نتقل للمبحث الثاني للحديث عن تلکم المظاهر عند حلول أجل الوفاء.

(١) ينظر: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ٩٨/٢. وينظر: المغني، ٢٧٢/٤.

(٢) ينظر: درر الحکام، ٢٥٨/٢. وينظر: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ٩٩/٢. وينظر: المغني، ٢٧٣/٤.

(٣) ينظر: المدونة، ١٥٨/٤.

(٤) ينظر: المجموع شرح المذهب، ٢٣٤/١٣. وينظر: المغني، ٢٩٥/٤.

(٥) المبسوط، ١١١/٢١.

(٦) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٦٩/٢.

(٧) المغني، ٢٩٦/٤. وعند القدرة وعدم الرجوع للحاكم روايتان عند الحنابلة.

(٨) ينظر: المدونة، ١٦٣/٤.

المبحث الثاني

مظاهر حماية الرَّاهِن والمرْتَهِن

عند تعذر الوفاء بحلول أجله

تحصل لنا من خلال المبحث السابق أن النظام سعى في تحقيق التوازن بين حماية مصالح الرَّاهِن، وحماية مصالح المرْتَهِن في فترة الأجل عندما أقر للأول استعمال سلطات الملكية على العقار المرهون وتقييده بعدم الإخلال بحقوق المرْتَهِن أو الإضرار بها، مع الالتزام بسلامة العقار المرهون، وأقر للأخير الحق في إيقاف الأعمال التي تضر بالعقار المرهون، واتخاذ كافة الوسائل النظامية التحفظية التي تحفظ حقه، مع أحقيته في الرجوع بالنفقات التي تكلفها على الرَّاهِن أو من بيده العقار المرهون. وفي هذا المبحث نتقل إلى الفترة الزمنية اللاحقة، التي يحل فيها موعد الأجل، ويطلب المرْتَهِن المدين بالوفاء، وفيها إما أن يقوم المدين بالوفاء فينقضي الرهن ولا إشكال، حيث نصت المادة الثامنة عشرة على أنه إذا أدى المدين الدين أخذ عقاره المرهون، ونصت المادة السابعة والثلاثون على أن الرهن يتبع الدين، فإذا قضي الدين، انقضى الرهن وانفك، وأما إذا لم يقم الرَّاهِن بالوفاء، فلا مناص من بيع العقار المرهون إذا طلبه المرْتَهِن لسداد دينه، وفي هذه المرحلة تضمّن النظام مجموعة من الأحكام التي تُعنى بحماية كلٍّ من الرَّاهِن والمرْتَهِن، وستكون هذه الأحكام محل دراستنا من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مظاهر حماية الرَّاهِن عند استيفاء الدين من الرهن:

عمد النظام إلى حماية المدين الرَّاهِن من خلال المنع من بعض الاشتراطات أو الإجراءات التي قد تضر به على اعتبار أنه الطرف الأضعف في العقد، ويقع في مقدمتها: اشتراط المرْتَهِن في عقد الرهن تملك العقار المرهون إذا لم يقم

المدين بأداء الدين عند حلول وقت الوفاء، وهذا الشرط يبين النظام في المادة التاسعة عشرة أنه لا يصح للمرتهن اشتراطه في عقد الرهن. وهذا الشرط وإن كان يقترن بالعقد، إلا أن أثره يكون عند حلول الأجل وتعدُّر الوفاء، وقد حكم المنظم بطلانه، وهذا المنع من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه^(١)، وما ذاك إلا لأجل حماية حقوق الرّاهن، لاسيما وأن عقود القرض التي تضمَّنْها هذه الرهون غالباً ما تتسم بكونها عقود إذعان، ليس للمدين فيها إلا الموافقة عليها كما هي، فجاء النظام بإبطاله حماية للمدين الرّاهن من الشروط التعسفية التي قد تُفرض عليه، وفي تلك العقود التي تتضمن مثل هذا الشرط فقد حكم فيها النظام بصحة الرهن وبطلان الشرط^(٢).

ونحو هذا الاتجاه سار القانون المصري^(٣)، والقانون الأردني^(٤)، والقانون الإماراتي^(٥)، إلا أن الملاحظ في النظام السُّعُودي والقانون المصري والأردني قصر نص البطلان على وقوع الشرط في عقد الرهن، ومفهومه أنه لو وقع باتفاق لاحق فلا يبطل الاتفاق، بل صرح القانون المصري بذلك وزاد باستمرارية الحكم بطلان هذا الاتفاق ولو كان بعد الرهن، وجوازه بعد حلول الدين أو قسط منه^(٦)، في حين تمسك القانون الإماراتي بالبطلان ولو

(١) ينظر: الوجيز في نظام المعاملات المدنية السُّعُودي، الضمانات الشخصية والعينية، أحمد الزقرد، ص ١٧٧.

(٢) المادة التاسعة عشر من النظام.

(٣) المادة ١٠٥٢ فقرة ١ من القانون المدني المصري.

(٤) المادة ١٣٤٣ من القانون المدني الأردني.

(٥) المادة ١٤٢٠ الفقرة ١ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات.

(٦) المادة ١٠٥٢ الفقرة ٢ من القانون المدني المصري.

كان باتفاق لاحق دون استثناء^(١). ويأتي هذا الموقف موافقاً للحديث النبوي ((لا يغلق الرهن))^(٢)، أي لا يكون منغلقاً عن راهنه، إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر راهنه على فكه، والمعنى أنه لا يستحقه المرتهن إذا لم يخلصه صاحبه^(٣). وفي هذه المسألة قولان:

الأول:

لا يصح تملك المرتهن للرهن إذا لم يُوفِ الرَّاهن بالدين، وهو قول الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

القول الثاني:

يصح اشتراط تملك المرتهن للرهن إذا لم يُوفِ الرَّاهن بالدين، وهي رواية

(١) المادة ١٤٢٠ الفقرة ٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه، باب لا يغلق الرهن، رقم ٢٤٤١، ٥٠٨/٣. والإمام مالك في الموطأ، باب ما لا يجوز من غلق الرهن، رقم ٢٦٩٨، ١٠٥٤/٤. وابن حبان في صحيحه، باب ذكر ما يحكم للرَّاهن والمرتهن في الرهن إذا كان حيواناً، رقم ٥٩٣٤، ٢٥٨/١٣. والحاكم في المستدرک، باب: وأما حديث أبي هريرة، رقم ٢٣١٥، ٥٨/٢، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري». والبيهقي في السنن الصغير، باب زيادة الرهن، رقم ٢٠٣٣، ٢/٢٨٩. والدارقطني في سننه في كتاب البيوع، رقم ٢٩٢٠، ٣/٤٣٧، وقال: «وهذا إسناد حسن متصل». والحديث روي بطرق عدة منها موصول ومنها مرسل، قال الألباني في الحكم على الحديث: «وجملة القول أنه ليس في هذه الطرق ما يسلم من علة والنفس تطمئن لرواية الجماعة الذين أرسلوه أكثر، لاسيما وهم ثقات أثبات» - بتصرف - . ينظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ٥/٢٤٣.

(٣) وكان هذا من فعل الجاهلية، أن الرَّاهن إذا لم يؤد ما عليه في الوقت المعين ملك المرتهن الرهن، فأبطله الإسلام. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، ٣/٣٧٩.

(٤) المبسوط للسرخسي، ٢١/١٢١.

(٥) المدونة ٤/١٥١.

(٦) الأم، للشافعي، ٣/١٩٠.

(٧) المغني، لابن قدامة ٤/٢٨٧.

عند الحنابلة^(١)، وجوابهم عن الحديث أنه على من يأخذ الرهن قسراً دون إذن من الراهن، أما إذا كان بإذن مسبق وتراضٍ فلم يغلق الرهن عن الراهن، وإنما حقه وتنازل عنه.

والذي يظهر لي - والله أعلم - صحة القول الأول؛ لعموم الحديث، ولأن الشريعة تتشوّف لرفع الضرر، والإنسان عند الاقتراض قد يلزم نفسه بما لا يريد لحاجته، ومعلوم أن غالب عقود الإقراض الحالية أو البيع بالتقسيط وخلافها من قبل البنوك أو شركات التمويل هي عقود إذعان، ولو وُضع هذا الشرط في العقد لوافق عليه الراهن لا رضاً به وإنما لعدم البديل، ولا يصح أن يقال ماله وتنازل عنه، إذ لو صح ذلك لصح في الفوائد الربوية فهي مال المقترض ورضي بالزيادة، ولكن الشريعة تُفرّق في بعض المواضع بين ما يكون قبل العقد وبعده، فلو أراد المقترض الوفاء والزيادة بعد حلول الأجل إحساناً في الوفاء لجاز، ولو شرط في أول العقد لفسد العقد، ومثله في الرهن، فلا يصح تنازل الراهن، لأنه لم يقصده وإنما غلب على ظنه قدرته على الوفاء، وعند عدم الاستطاعة فمن صالحه بيع الرهن وسداد الدين ليرجع هو بالباقي، واحتمال كون الرهن أقل من المبلغ وارد لكنه قليل.

والشرط الثاني هو ما يطلق عليه اصطلاح (شرط الطريق الممهد)، ويراد به اشتراط المرتّهن أن يتولى هو أو غيره بيع العقار المرهون عند حلول الأجل وعدم وفاء المدين دون الرجوع إلى القضاء، وقد جرت بعض القوانين على التأكيد ببطالان مثل هذا الشرط، ومن ذلك القانون المدني المصري، حيث نص في المادة ١٠٥٢ على أنه: «يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن

(١) الإنصاف، للمرداوي، ٣٥٧/٤. نقلها عن شيخ الإسلام ابن تيمية، وهي مأخوذة من فعل الإمام أحمد رَحِمَهُ اللهُ.

معلوم أياً كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن^(١)، وكما أكدت المادة ١٠٦٩ هذا الحكم بالنص على أنه: «إذا طلب بيع العقار وجب اتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية»، والقانون المدني الإماراتي^(٢)، وكذلك القانون الأردني^(٣)، إلا أن الأخير لم ينص صراحة على بطلان هذا الشرط وإنما أكد على أحقية المرتهن في استيفاء دينه من العقار المرهون من خلال اتخاذ الإجراءات القانونية^(٤).

أما النظام السعودي فقد ورد فيه في المادة الثامنة عشرة النص التالي: «إذا حل أجل الدين وجب أدائه، فإذا أداه المدين أخذ عقاره المرهون، وإن لم يؤده بيع العقار المرهون بطلب المرتهن»، وجاء في المادة الثامنة والعشرين: «للمرتهن أن يتخذ إجراءات النزاع الجبري للملكية العقار المرهون وبيعه إذا لم يقيم المدين بالوفاء في أجل المعين، وذلك بعد إنذار المدين وحائز العقار المرهون وفقاً لنظام التنفيذ»، وجاء في المادة الحادية والثلاثين: «تتم إجراءات النزاع الجبري للملكية العقار المرهون وبيعه عند عدم الوفاء بالدين وفقاً لنظام التنفيذ». ولم يتضمن النظام نصاً صريحاً يقضي ببطلان هذا الشرط، إلا أن بعض شراح القانون أخذ من هذه المواد أن النظام السعودي يمنع مثل هذا الشرط، وأن هذا

(١) القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨ م.

(٢) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، حيث نص صراحة على بطلان هذا الشرط في المادة ١٤٢٠ ونصها: «إذا اشترط بيعها دون مراعاة الإجراءات القانونية فالرهن صحيح والشرط باطل».

(٣) القانون المدني الأردني، المادة ١٣٤٢. وينظر: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، يوسف محمد عبيدات، ص ٢٧٠.

(٤) ونص المادة ١٣٤٢: «للمرتهن رهناً تأمينياً أن يستوفي دينه من العقار المرهون عند حلول أجل الدين طبقاً لمرتبه وبعد اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراء أو القوانين الخاصة».

المنع من النظام العام^(١)، بيد أن مفهوم هذه المواد لا يقتضي المنع من الاتفاق بين الرَّاهِنِ والمُرْتَهِنِ على بيع العقار المرهون دون الرجوع لمحاكم التنفيذ، إذ غاية ما يفيدُه تقرير حق المُرْتَهِنِ في اختيار اللجوء إلى التنفيذ الجبري، وبيان أحكام التنفيذ الجبري دون التطرُّق لنفي التنفيذ الاختياري، ولا تفيد صياغة المواد التقييد بالتنفيذ الجبري، وأثر ذلك صحة بيع العقار المرهون إذا بيع من قبل المُرْتَهِنِ دون اللجوء للتنفيذ الجبري، سواء برضا الرَّاهِنِ عند البيع أم لا، في حال كان يمكن هذا الأمر دون الحاجة إلى طلب التنفيذ الجبري من المحكمة، لا سيما إذا علمنا أن ما يجري عليه العمل حالياً لدى البنوك وبعض شركات التمويل هو جعل العقار باسمها على سبيل الرَّهْنِ^(٢)، ومن خلاله فإنهم يتمكنون من بيع العقار المرهون عند عدم السداد دون الحاجة للجوء للمحاكم لاتخاذ سبيل التنفيذ الجبري، وهذا وإن كان جعلَ البنوك وشركات التمويل العقارَ باسمها مخالفاً للأنظمة، إلا أن ذات البيع لا يعارض نصاً صريحاً.

وهنا دقيقة وهي أن النظام لم يتضمن نصاً صريحاً يمنع من الاتفاق على بيع العقار من قبل المُرْتَهِنِ عند عدم الوفاء، إلا أن هذا الشرط لا يمكن إلزام المدين به أمام محاكم التنفيذ، فغاياته التنفيذ الاختياري برضا المدين، أو أن يكون من خلال قيام البنوك أو شركات التمويل بإجراءات البيع باعتبار أن العقار باسمها، وأما إذا لم يمكن ذلك، فليس أمام المُرْتَهِنِ إلا طلب التنفيذ الجبري، (١) ينظر: الوجيز في نظام المعاملات المدنية السُّعُودِي، الضمانات الشخصية والعينية، أحمد الزقرد، ص ١٧٥.

(٢) وهذا التصرف وإن كان مخالفاً للأنظمة، إلا أنه ما يجري عليه العمل الآن، ولذا صدر تعميم مؤسسة النقد العربي السُّعُودِي رقم (٣٨١٠٠٠٠٨٩٨٢٨) وتاريخ ٢٦ / ٨ / ١٤٣٨ هـ، والذي تؤكد فيه المؤسسة على البنوك والمصارف وشركات التمويل بتوثيق الرهون العقاري وفقاً لحقيقة العقود، والتوقف عن الإجراءات عن نقل ملكية العقار عوضاً عن رهنه، وتصحيح وضع العقارات المسجلة حالياً بأسماها خلال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات.

وهذا يكون وفقاً لأحكام نظام التنفيذ بناءً على المادة الحادية والثلاثين من نظام الرهن العقاري المسجل، وقد يقال بل يمكن إلزامه بالشرط عن طريق قاضي الموضوع، إلا أنه يجب على ذلك بعدم المنطقية، فكيف يترك المرتهن الطريق الأقصر المتمثل في قضاء التنفيذ، ليسلك الطريق الأطول وهو قضاء الموضوع من أجل إلزامه بتنفيذ الشرط فيستغرق وقتاً أطول فيما لو قامت محاكم التنفيذ بدورها، هذا إن حكم له قاضي الموضوع، لأن النص محتمل وخاضع لاجتهاد القضاة، وإن كان الظاهر أن مآله للتنفيذ الجبري، لأن حكم قاضي الموضوع حكم بالتنفيذ الجبري.

وقد يتبادر للذهن أنه إذا لم تكن وسيلة لتنفيذ الشرط إلا رضا الرهن عند حلول الأجل، فإن حقيقة مستنده الاتفاق اللاحق لا السابق، ويظهر عدم صحة هذا الأمر أنه فيما لو مكن الرهن المرتهن من بيع العقار المرهون ظناً منه أن الشرط يلزمه قضاءً، ثم طعن في البيع باعتبار الغرر، فالذي يظهر في هذه الحالة صحة البيع لاستناده على شرط صحيح، بخلاف ما لو اتفق الرهن والمرتهن على تملك الأخير للعقار المرهون عند عدم الوفاء، وقام الرهن بعد حلول الأجل وتعذر الوفاء بتمليك المرتهن العقار استناداً على الشرط، ففي هذه الحالة يحق للرهن الطعن على هذا التصرف؛ لأنه بُني على شرط باطل.

وعليه فالذي يظهر للباحث أن نظام الرهن العقاري المسجل يحيز الاتفاق على بيع العقار دون اللجوء إلى الجهات الرسمية، وجواز مثل هذا الشرط يعني أن المرتهن لن يعدل عنه؛ لما يوفره من السرعة والمرونة في إجراءات البيع، إلا أنه تكمن خطورة هذا الأمر في مساسه بحقوق الرهن بحرمانه من الإنذار قبل التنفيذ، وكذلك حرمانه من الضمانات التي يوفرها نظام التنفيذ، والتي تكفل بيعاً عادلاً للعقار المرهون، إذ غالباً ما يكون سعي المرتهن عند بيع العقار المرهون مُنصباً على تحقيق مبلغ الدين وإن كان البيع بسعر السوق، بخلاف

البيع عن طريق محكمة التنفيذ، والتي تراعي البيع بالسعر الأعلى عن طريق التهيئة للمزاد، وفق الإجراءات التي تضمّن نظام التنفيذ. وعلى الصعيد الآخر فإنه يمكن القول بأن عدم إلزام النظام يحقق مزايا عدة على مستوى المرتّين وكذلك الرّاهن، لأنه من المعلوم أن إجراءات البيع عبر محاكم التنفيذ تأخذ مدة أطول من المعتاد، ولذا لا يلجأ إليها المشترون، إلا إذا كانت تحقق لهم فرصة، كأن يكون الموقع هاماً ويقل العرض فيه، أو أن يكون السعر أقل.

لذا فإن الذي يظهر أن عدم منع النظام أمر جيد، وسعّي من المنظم في توفير المرونة، إلا أننا نرى أهمية أن يضع المنظم في مثل هذه الحالات الضمانات الكافية التي تحفظ حق الرّاهن من تفريط المرتّين عند بيع العقار، وبذلك يكون المنظم قد حمى الرّاهن وحقق مرونة وسرعة في التنفيذ والاستيفاء، أو أن يقطع المنظم الاحتمال ببيان عدم الصحة.

وقد جاء في الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، جواز اشتراط المرتّين على الرّاهن تفويضه ببيع المرهون عند تخلّفه عن السداد دون الرجوع للقضاء^(١).

وجواز بيع المرتّين للرّهن بإذن الرّاهن هو قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنابلة^(٤). وقول الشافعية بعدم جواز الشرط وبطلان البيع إلا أن يحضر الرّاهن؛ لـ: «أنه توكيل يجتمع فيه غرضان متضادان، وذلك: أن الرّاهن يريد التّأني في البيع للاستقصاء في الثمن، والمرتّين يريد الاستعجال في البيع ليستوفي

(١) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، أمانة الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط (٢٦٢)، ص ٨١.

(٢) تحفة الفقهاء، ٤٣/٣.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٥٨/٤.

(٤) المغني، لابن قدامة، ٣٠٣/٤.

دينه، فلم يَجْزُ، كما لو وُكِّله ببيع الشيء من نفسه»^(١)، فإذا لم يأذن الرَّاهِنُ بالبيع فيبيع الحاكم الرَّهْنُ، على قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وقول أبي حنيفة بأن الحاكم لا يبيع الرَّهْنُ وإنما يحبسُه حتى يؤدي المدين الدين، أو يبيع هو الرَّهْنُ^(٦)؛ لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق، لا على ماله، فلم يَنْفُذْ بيعه بغير إذنه، والصحيح أنه حق تعين عليه، فإذا امتنع من أدائه، قام الحاكم مقامه في أدائه^(٧).

صفوة القول أن النظام السُّعُودي قام بحماية مصالح الرَّاهِنِ عندما منع من اشتراط تملك المُرتَهِنِ للعقار عند عدم وفاء الرَّاهِنِ، وحكم ببطالان هذا الشرط، وحصل قصور عندما سكت النظام عن حكم اشتراط بيع العقار المرهون دون اللجوء للمحاكم، إذ السكوت يُبقي الحكم على الأصل وهو الإباحة، وفي معرض النصوص التي أوردها أضحي السكوت مورداً للاحتمال، وورود الاحتمال من مظاهر ضعف النصوص النظامية، لتعرُّضها للاختلاف في التطبيق، إذ ستكون تحت تقدير كل قاضٍ واجتهاده، لاسيما عند التنازع بعد البيع، ولا يخفى أثر ذلك على أطراف العقد، لذا يُحسُنُ أن يبين النظام حكم هذا الشرط، ووضع الضمانات التي تحمي الرَّاهِنِ من تعجُّل المُرتَهِنِ بتفويت بيع عادل للعقار المرهون.

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي، ٥٩/٦.

(٢) حاشية الشلبي على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٦٦/٦.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٥٨/٤.

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي، ٥٩/٦.

(٥) المغني، لابن قدامة، ٣٠٣/٤.

(٦) حاشية الشلبي على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٦٦/٦.

(٧) المغني، لابن قدامة، ٣٠٣/٤.

المطلب الثاني: مظاهر حماية المرتهن عند تعذر الوفاء وطلب الاستيفاء من الرهن:

بحلول أجل الوفاء وتعذر الأداء، يكون للمرتهن الحق في طلب بيع العقار المرهون لاستيفاء دينه منه، وقد كفل النظام للمرتهن هذا الحق من خلال عدة مظاهر تضمن حماية مصالح المرتهن، ومن تلك المظاهر أن النظام جعل لعقد الرهن المسجل حكم السندات التنفيذية، فيستطيع المرتهن طلب التنفيذ الجبري واستيفاء دينه من خلال محاكم التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء العام، حيث أشارت المادة الثامنة والعشرون على حق المرتهن في طلب النزع الجبري للعقار وبيعه، إذا لم يُوف المدين بالدين، وفقاً لأحكام نظام التنفيذ، كما نصت المادة التاسعة من نظام التنفيذ على أن العقود والمحركات الموثقة من سندات التنفيذ، ويدخل فيها عقد الرهن العقاري كونه موثقاً ومسجلاً رسمياً.

ومن المظاهر التي كفلها النظام امتداد حق المرتهن في استيفاء الدين إلى التأثير على شركاء الرهن ببيع العقار المرهون المشاع بحالته المشاعة بطلب المرتهن ودون أن يكون لشركاء الرهن الحق في الشفعة^(١)، أو بقسمة العقار إذا طلبها المرتهن ولو بغير رضا الرهن^(٢).

ويلاحظ أنه في مقابل تقرير حق الرهن في تأجير العقار المرهون قبل حلول الأجل، سكت نظام الرهن العقاري المسجل عن الحكم بعده، إلا أن نظام التنفيذ يبين عدم نفاذ ما يقوم به المدين من تصرف في أمواله المحجوزة^(٣)، وأن تصرفات المدين بعد حجز ماله تتعلق بذمته لا بماله المحجوز^(٤)، وعليه فيتبين أن الرهن تنقيد تصرفاته في العقار المرهون بعد حجزه حماية لمصالح المرتهن،

(١) م ١٢/٥٠ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ.

(٢) المادة الثامنة من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٣) م ٢٠ من نظام التنفيذ.

(٤) م ١/٢٠ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ.

وفي الحقيقة أن الذي يظهر أن هذا النص وحده لا يكفي لحماية مصالح المرتهن كون الرّاهن يستطيع إدارة العقار وتأجيره ولو بعد حلول أجل الوفاء وتعذّره وطلب المرتهن من قاضي التنفيذ بيع العقار المرهون وقبل الحجز؛ لأن المنع النظامي إنما يكون عند الحجز، وقد بيّنت اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ بدايته بوقت صدور أمر الدائرة ساعة وتاريخاً^(١)، ويرى الباحث أنه كما تولى نظام الرّهن العقاري المسجّل تقرير حق الرّاهن في إدارة العقار المرهون فإنه كان الأجدر تقييد حق الإدارة بمجرد حلول أجل الوفاء وتعذّره وعلم الرّاهن بطلب المرتهن ببيع العقار المرهون.

وتبعاً لتقييد تصرفات الرّاهن في العقار المرهون بعد الحجز، تُغلّ يده من التصرّف في غلة العقار، أو استيفاء الأجرة بعد صدور أمر الحجز، حيث نصت المادة ٤٥ م/٣ من نظام التنفيذ على أن الحجز على العقار حجز على غلته، وعلى إبلاغ المستأجر بالحجز لتسليم الأجرة للمحكمة أو الحارس حسب الأحوال، إلا أنه يضاف لما قد قيل بشأن بداية غل يد الرّاهن، أن هذه الإجراءات إنما تتعلق بالمدة اللاحقة للحجز، فتتبع فيها الغلة والأجرة لأصل العقار، وفيها تُغلّ يد الرّاهن عن القبض، لكن يُثار تساؤل عن تصرفات الرّاهن في القبض المعجل للأجرة عن المدة اللاحقة قبل صدور أمر الحجز، وفي الحقيقة نجد أن النظام لم يبين أحكامها، ومعلوم أن قيام الرّاهن بتأجير العقار - قبيل أمر الحجز - المدة التي رخص فيها النظام دون تسجيل وهي أقل من خمس سنوات تؤثر في قيمة العقار ومن ثم إمكانية استيفاء الدين منه، ومثله القبض المعجل للأجرة، لذا كان من الأجدر أن يبين النظام الأحكام المتعلقة بها دفعاً للضرر عن المرتهن، وقد يؤخذ من نظام التسجيل العيني أن النظام حد جواز القبض

(١) م ٢٠٢/٢ من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ.

المعجل بثلاث سنوات لاحقة، وما زاد عليها فيجب تسجيله^(١)، ولكن مع هذا فإن القبض المعجل لثلاث سنوات يؤثر في قيمة العقار عند بيعه إذا كان القبض قبيل الحجز.

وعليه فيظهر هنا خلل في تحقيق التوازن بين مصلحة الرّاهن في الانتفاع بالعقار المرهون وإدارته وقبض غلته قبل حلول أجل الوفاء، ومصلحة المرتهن في عدم الإضرار به وتقليل ضمانه والتأثير على استيفاء حقه.

وقد تميز القانون المصري بأن ذكر أحكام القبض المعجل في ذات موضع تنظيم أحكام الرّهن الرسمي، وعلى غرار النظام السّعودي حد القانون المصري القبض المعجل بثلاث سنوات، شريطة كون القبض ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، وما تجاوز هذه المدة فلا ينفذ منه إلا مقدار الثلاث سنوات إلا إذا كانت مسجلة قبل عقد الرّهن^(٢).

بينما سكت القانون الأردني والإماراتي عن بيان حكم القبض المعجل، ويذهب بعض الشراح إلى أن نص المادة ١٣٣٦ من القانون الأردني والتي نصت على أحقية الرّاهن في إدارة العقار المرهون وقبض غلته حتى تاريخ نزع الملكية، إشارة إلى أن غاية مدة جواز التأجير وقبض الأجرة هو موعد أجل الوفاء، وما زاد على ذلك فيعد مخالفاً للنظام ومخالفاً للمادة ١٣٣٥ من القانون الأردني التي قيدت عمل الرّاهن بعدم التأثير على حقوق المرتهن^(٣).

ومن مظاهر حماية المرتهن بل تُعدّ جوهر الرّهن العقاري المسجّل الحق في التقدم أو الأفضلية^(٤)، ويُقصد بحق التقدم حق المرتهن في أولوية استيفاء دينه من العقار المرهون على سائر دائني المدين العاديين، مهما كان تاريخ ترتّب

(١) المادة ٣٧ من نظام التسجيل العيني للعقار.

(٢) المادة ١٠٤٦ من القانون المدني المصري.

(٣) ينظر: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، يوسف عبيدات، ص ٢٦٨.

(٤) ينظر: أحكام الضمان العيني والشخصي، السيد عيد نايل، ص ٢١٦.

حقوقهم في ذمة المدين، فلا يأخذون شيئاً إلا بعدما يستوفي المرتهن كامل حقه منه^(١)، وقد أكدت المادة الأولى من نظام الرهن العقاري المسجل هذا الأمر عندما عرّفت الرهن العقاري المسجل وبيّنت أهم أثر له بـ «يكون له بمقتضاه أن يتقدم على جميع الدائنين في استيفاء دينه من ثمن ذلك العقار»، وفي المادة الثامنة عشرة بيّن النظام أن المرتهن يُقدّم على جميع الغرماء في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون وفقاً لمرتبه شرعاً ونظاماً، فإذا بقي له دين حاصص الغرماء في بقية أموال المدين كغيره من الدائنين.

فإذا تعدّد الدائنون المرتهنون للعقار، كان لكل منهم التقدم بحسب مرتبة الرهن وفقاً لرقم قيده وتاريخ تسجيله، ولا يقتصر حق التقدم على ثمن العقار بل يتجاوزه إلى المال الذي يحل محله وفقاً للمادة الرابعة والعشرين من نظام الرهن العقاري المسجل، وقد أكد القانون المصري^(٢) هذا الحق للمرتهن وكذلك القانون الأردني^(٣) والإماراتي^(٤)، ويتفق فقهاء المذاهب الأربعة^(٥) على حق المرتهن في التقدم وأحقيقته بالثمن من بين سائر الغرماء؛ لأنه بعقد الرهن ثبت له الاختصاص.

ومن المظاهر الهامة والتي تحقق التوازن في حماية كل من الراهن والمرتهن، أنه في إطار منح الراهن أحقية التصرف في العقار المرهون بالتصرّفات الناقلة للملكية، جعلت القوانين^(٦) والنظام السعودي للمرتهن حق تتبع العقار

(١) ينظر: أحكام الضمان العيني والشخصي، السيد عيد نايل، ص ٢١٦.

(٢) المادة ١٠٥٦ من القانون المدني المصري.

(٣) المادة ١٣٤٨ من القانون المدني الأردني.

(٤) المادة ١٤٢٥ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات.

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٥٣/٦. التهذيب في اختصار المدونة، ٦٢٦/٣. الحاوي الكبير، ٣١٤/٦. المغني، ٣٠٣/٤.

(٦) المادة ١٠٦٠ من القانون المدني المصري، والمادة ١٣٥٢ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٤٢٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المرهون «في أي يد يكون»^(١)، ويُقصد بحق التتبع حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون إذا انتقلت ملكيته أو اكتسب الغير عليه حقاً في أي يد يكون^(٢)، ويطلق عليه الحائز، وهو من انتقلت إليه ملكية هذا العقار بعد الرهن وبأي سبب من أسباب انتقال الملكية، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن^(٣)، فيحق للمرتهن أن ينفذ على هذا العقار المرهون في يد حائزه، وللأخير حق أداء الدين على أن يرجع بما أدّاه على المدين^(٤)، كما أن له حق تطهير العقار المرهون من كل رهن مسجل عليه^(٥)، ويقر فقهاء الشريعة الإسلامية حق المرتهن في التتبع، ويظهر في كلامهم عند موت الرّاهن وانتقال ملكية الرهن إلى الورثة، حيث يجمع الفقهاء من الحنفية^(٦) والمالكية^(٧) والشافعية^(٨) والحنابلة^(٩) على بقاء حق المرتهن في الرهن ولو لم يكن الرهن بيده كما لو كان بيد عدل، فإن الرهن باقٍ للمرتهن حق الأولوية على الرهن، وتنتقل ملكية الرهن إلى الورثة مثقلاً بحق الرهن، وللورثة فك الرهن بسداد الدين، أو طلب بيع الرهن ليستوفي المرتهن حقه ويرجع الباقي عليهم.

(١) المادة الأولى من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٢) ينظر: الضمانات الشخصية والعينية، أحمد الزقرد، ص ٢٠٥.

(٣) المادة السابعة والعشرون من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٤) المادة التاسعة والعشرون من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٥) المادة الثلاثون من نظام الرهن العقاري المسجل.

(٦) المبسوط للسرخسي، ٨٠/٢١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٥٦/٦.

(٧) المدونة، ١٥٦/٤. الذخيرة للقرافي، ٩٢/٨.

(٨) الأم، ١٥٠/٣. الحاوي الكبير، ١٩/٦.

(٩) الإنصاف، ٢٩١/٥. كشف القناع عن متن الإقناع، ٤٢٨/٣.

الخاتمة

بحسبنا في هذه الدراسة مظاهر حماية الرَّاهِن والمرْتَهِن في نظام العقاري المُسَجَّل، وقد تطرقنا لهذه المظاهر من خلال مرحلتين: الأولى مرحلة الأجل، والثانية حلول وقت الوفاء، وتوصلنا لمجموعة من النتائج أبرزها:

١. يعد الرهن الحيازي قسيم الرهن العقاري المُسَجَّل في النظام السُّعُودي، والرهن الرسمي في القوانين الأخرى، وقد أتاح الرهن العقاري المُسَجَّل للرَّاهِن حيازة العقار المرهون وممارسة سلطات الملكية في إطار يضمن الاستيفاء، كما يُعَدُّ من أبرز مزايا النظام أنه شجع على الاقتراض في سبيل تملك المسكن، وهذا يحقق النفع للرَّاهِن والمرْتَهِن بنوكاً أو شركات تمويل، بالإضافة إلى تقوية الائتمان والثقة المالية.

٢. ضَمِنَ نظام الرهن العقاري المُسَجَّل للرَّاهِن حق إدارة العقار المرهون، والإدارة تشمل حق الرَّاهِن في الاستعمال، وحقه في الاستغلال كما أكد النظام أحقية الرَّاهِن في تقاضي غلة العقار المرهون، وحمى الرَّاهِن بالنص على عدم صحة شرط استفادة المرْتَهِن من منافع العقار، وفي حال وجد هذا الشرط في عقد الرهن فإن الشرط يكون باطلاً، دون أن يسري هذا البطلان لعقد الرهن، وقد تفرَّد بالنص على بطلان هذا الشرط النظام السُّعُودي من بين القوانين محل المقارنة، وهو ما يضمن حماية الرَّاهِن من استغلال المرْتَهِن، ويحقق غاية النظام.

٣. أفرد النظام لبيان حكم التأجير مادةً بدءاً فيها بالتفريق بين حالة كون العقار مسجلاً وفقاً لنظام التسجيل العيني، وفي هذه الحالة إذا كان عقد الإيجار مسجلاً قبل عقد الرهن فإنه يُعَدُّ نافذاً في مواجهة المرْتَهِن، وأما إذا كان عقد الرهن هو السابق فلا يسري عقد الإيجار في مواجهة المرْتَهِن، إلا إذا كانت مدة الإيجار أقل من خمس سنوات، والحالة

الثانية إذا كان العقار المرهون غير مسجل وفقاً لنظام التسجيل العيني للعقار، وفيها أوجب النظام على الرَّاهن الإفصاح عن الحقوق العينية، وسكت عن حكم التأجير، الأمر الذي أدى إلى الاختلاف في تفسير هذا السكوت، وظهر لنا أن هذا يُعَدُّ من مواطن ضعف النظام في حماية الرَّاهن، لاسيما وأن العقارات غير المُسجَّلة وفقاً لنظام التسجيل العيني هي الأكثر بسبب محدودية نطاق تطبيق النظام، مع الحاجة لإجراء هذا العقد.

٤. نص النظام على جواز التصرُّف بالعقار المرهون من قبل الرَّاهن في حال كان العقار مسجلاً وفقاً لأحكام نظام التسجيل العيني، وأما إذا لم يكن العقار مسجلاً فلا يجوز للرَّاهن التصرُّف في العقار المرهون، ما لم يتم الاتفاق بين الرَّاهن والمرتهن على خلاف ذلك، على أن يوثَّق في صك العقار وسجله، وتقييد المنظم جاء انطلاقاً من ضعف التسجيل العادي مقارنة بالتسجيل العيني في تقييد التصرُّفات اللاحقة على العقار، وظهر أن نظام الرهن العقاري المُسجَّل، أودن في حماية حق الرَّاهن فيما يتصل بحق التصرُّف، من خلال منع الرَّاهن منه في الحالات الأكثر شيوعاً والمتمثلة في العقارات غير الخاضعة لنظام التسجيل العيني، وإضعافه في الحالات الأخرى عندما اتخذ المنظم عبارة الجواز لتنظيم هذا الحق، دون نص يؤكد على حمايته.

٥. أن النظام السُّعُودي عد الرهن العقاري منعقداً بمجرد الإيجاب والقبول، دون الحاجة إلى التسجيل، وأثر التسجيل ينحصر في الاحتجاج به أمام الغير، ولهذا الأثر أهمية كبيرة بالنسبة للمرتهن كونه هو الذي يحمي حقه ويعطيه الامتياز على العقار دون سائر دائتي المدين، ولذا أكد نظام الرهن العقاري المُسجَّل على التزام الرَّاهن بتسجيل

الرَّهْن ونفقات التسجيل، وهذا الموقف يُعدُّ من مظاهر حماية المرتهن، في تلك الحالات التي يتعجَّل فيها الدَّائن بإقراض المدين شرط الرَّهْن العقاري وقبل تسجيله، ففي تلك الحالات كفل المنظم للمرتهن حق إلزام الرَّاهن بتسجيل الرَّهْن العقاري.

٦. لضمان حماية حقوق الدَّائن المرتهن في مواجهة تلك الحقوق المكفولة للرَّاهن، فقد جعل نظام الرَّهْن العقاري المُسجَّل على الرَّاهن الالتزام بعدم الإخلال بحقوق المرتهن، أو الإضرار بها، والمحافظة على سلامة العقار المرهون حتى تاريخ الوفاء، وللمرتهن حق الاعتراض على جميع ما من شأنه إنقاص قيمة العقار المرهون، أو تعرُّضه للهلاك، أو العيب، واتخاذ الإجراءات النظامية التحفظية التي تضمن سلامة حقه، واللجوء للقضاء المستعجل لطلب وقف الأعمال الضارة، واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر، وما يتكلَّفُه من النفقات فله الرجوع فيها على الرَّاهن.

٧. جعل المنظم للمرتهن عند تعرُّض العقار المرهون لما قد يمنعه من استيفاء حقه منه من نقص قيمة أو هلاك أو عيب أو استحقاق، وكان ذلك بتعدُّ أو تفريط أو تدليس ممن بيده المرهون - راهناً أم حائزاً - أن يطالب الأخير بزيادة الرَّهْن بقدر ما نقص منه، أو بتقديم رهن مماثل مكانه، فإن لم يمثل لأحدهما، كان له إلزامه بسداد الدين وفقاً لمعايير السداد المبكر.

٨. حمى النظام السُّعُودي الرَّاهن عند استيفاء الدين من الرَّهْن بعد بلوغ أجل الوفاء وتعذُّره عندما منع من اشتراط تملك المرتهن للعقار عند عدم وفاء الرَّاهن، وحكم ببطالان هذا الشرط، وحصل قصور عندما سكت النظام عن حكم اشتراط بيع العقار المرهون دون اللجوء للمحاكم، إذ

السكوت يُبقي الحكم على الأصل وهو الإباحة، وفي معرض النصوص التي أوردتها أضحي السكوت مورداً للاحتمال، وورود الاحتمال من مظاهر ضعف النصوص النظامية، لتعرضها للاختلاف في التطبيق؛ إذ ستكون تحت تقدير كل قاضٍ واجتهاده، ولا يخفى أثر ذلك على طرفي العقد.

٩. كفل المنظم للمُرتَهِن استيفاء دينه بحلول أجل الوفاء وتعدُّر الأداء، بجَعْلِهِ لعقد الرهن العقاري المُسَجَّل حكم السندات التنفيذية، وغلَّ يد الرَّاهِن عن العقار المرهون والتصرُّف في غلته بعد حجزه حماية لمصالح المُرتَهِن، إلا أنه ظهر لنا عدم كفاية النص النظامي من وجهين: الأول: قدرة الرَّاهِن على تأجير العقار المرهون قبيل الحجز عليه المدة النظامية وهي خمس سنوات، والثاني: القبض المعجل للأجرة عن الثلاث سنوات القادمة، ولا يخفى ما قد يكون لهذا الأمر من الأثر على انخفاض قيمة العقار عند التنفيذ عليه.

١٠. ومن مظاهر حماية المُرتَهِن الحق في التقدم أو الأفضلية وهو حق المُرتَهِن في أولوية استيفاء دينه من العقار المرهون على سائر دائني المدين العاديين، وفي مقابل حق الرَّاهِن في التصرُّف بالعقار المرهون جعل النظام للمُرتَهِن حق تتبُّع العقار المرهون، وهو حق الدائن المُرتَهِن في التنفيذ على العقار المرهون إذا انتقلت ملكيته أو اكتسب الغير عليه حقاً في أي يد يكون.

وانطلاقاً من هذه النتائج فإننا نوصي بما يلي:

١. إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة العشرين، حيث أن مفادها أن ما زاد من العقود على خمس سنوات فحكمه البطالان، مع أن الذي يظهر أن المراد بطلان الزيادة ونفاذ خمس سنوات فقط، وقد تميز القانون

- المصري في هذه الصياغة بذكر هذا التفصيل بشكل صريح وواضح.
٢. ضرورة قيام المنظم بمعالجة الإبهام الوارد في الفقرة الثانية من المادة العشرين، لا سيما وأنها الحالة الأكثر شيوعاً ومساساً بحاجة الناس، ولأن أثرها بطلان أو صحة عقود الإيجار.
٣. ملاحظة صياغة الفقرة الأولى من المادة العشرين في تقرير حق التصرف حيث وردت بصيغة الجواز، وهذه اللفظة تشير إلى جواز الاتفاق على خلافها كونها تجعل القاعدة القانونية من القواعد المكملة، بينما تقتضي طبيعة نظام الرهن العقاري المسجل حفظ حق التصرف للرهن وعدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك؛ لأن دور النظام حماية طرفي العقد ولا سيما أن الرهن هو الطرف الأضعف غالباً والذي سيستجيب لشروط الدائن، فيتعين على النظام حماية حقوقه من استغلال المرتهن، ويتجه أغلبية شراح القانون المصري والأردني وغيرهم إلى أن تقرير حق التصرف للرهن يُعد من النظام العام.
٤. معالجة الحالات الأكثر شيوعاً وهي العقارات غير المسجلة وفقاً لنظام التسجيل العيني، فيما يتصل بحق التصرف المنظمة في الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة.
٥. الأولى في صياغة المادة الثالثة عشرة الجمع بين الرهن والحائز كما هو نص المادة الرابعة عشرة، بأن يكون النص كالتالي: «يلتزم من بيده العقار المرهون - رهنأ كان أم حائزاً - بالمحافظة على سلامة العقار المرهون حتى تاريخ وفاء الدين...».
٦. توضيح موقف النظام من الشرط الممهد أي بيع العقار المرهون دون اللجوء للقضاء، وفي حالة عدم المنع، فيحسُن وضع الضمانات الكافية التي تضمن حماية الرهن من تفريط المرتهن عند بيع العقار.

٧. يُحسن إعادة النظر في بداية المدة التي تُغلّ فيها يد الرّاهن عن العقار المرهون، وخاصة ما يتعلق بالتأجير والقبض المعجل للأجرة، لما قد يكون لها من الأثر في انخفاض قيمة العقار المرهون عند التنفيذ عليه، لاسيما إذا كان التأجير قبيل الحجز وبالمدة الأعلى الجائزة نظاماً خمس سنوات، مع القبض المعجل للأجرة عن ثلاث سنوات.

المراجع

كتب اللغة:

١. المعجم الوسيط، أحمد الزيات وآخرون، دار الدعوة - القاهرة، ١٤٢٥هـ.
٢. معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.
٣. اللامات، عبد الرحمن بن إسحاق البغدادي النهاوندي الزجاجي (المتوفى: ٣٣٧هـ)، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر - دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

كتب الأحاديث والتخريج:

٤. ضعيف الجامع، محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة المجددة والمزيدة والمنقحة.
٥. نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٦. التلخيص الحبير، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.
٧. سبل السلام، محمد بن إسماعيل الصنعاني (المتوفى: ١١٨٢هـ)، دار الحديث، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
٨. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري (المتوفى: ٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٩. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة وتاريخ.
١٠. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

١١. الموطأ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٢. الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان الدارمي (المتوفى: ٣٥٤هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
١٣. المستدرک علی الصحيحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم النيسابوري (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
١٤. السنن الصغير، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي - باكستان، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
١٥. سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، ضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
١٦. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
١٧. النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، بدون طبعة، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

مراجع المذهب الحنفي:

١٨. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (المتوفى: ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون رقم طبعة وتاريخ نشر.
١٩. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ - كراتشي.

٢٠. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٢١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٢٢. تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٢٣. حاشية الشلبي على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.

مراجع المذهب المالكي:

٢٤. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الرعيني (المتوفى: ٩٥٤هـ)، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٢٥. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٢٦. الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد محمد أيد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
٢٧. المدونة، الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٢٨. الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، محقق الجزء الثامن: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٢٩. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.

٣٠. التهذيب في اختصار المدونة، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (المتوفى: ٣٧٢هـ)، دراسة وتحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

مراجع المذهب الشافعي:

٣١. الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
٣٢. المذهب، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
٣٣. الحاوي الكبير، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٣٤. مختصر المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني (المتوفى: ٢٦٤هـ)، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
٣٥. المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، دار الفكر - بيروت، بدون رقم طبعة وتاريخ.
٣٦. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
٣٧. البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

مراجع المذهب الحنبلي:

٣٨. المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة الجماعلي المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة - القاهرة، بدون طبعة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٣٩. الإقناع في فقه الإمام أحمد، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي (المتوفى ٩٦٨هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة وتاريخ نشر.
٤٠. الشرح الكبير على متن المقنع، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٨٢هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي - ود. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٤١. مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية (المتوفى: ٧٢٨هـ)، تحقيق: عبد الرحمن ابن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة النبوية، بدون رقم الطبعة، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
٤٢. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٤٣. المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٤٤. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية، دون طبعة وتاريخ.
٤٥. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.

المراجع الفقهية العامة:

٤٦. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٤٧. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.

٤٨. المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ.

٤٩. مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، عبد السلام التونجي، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية - طرابلس، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

كتب القانون، والسياسة الشرعية، والقضاء:

٥٠. الضمانات الشخصية والعينية، أحمد الزقرد، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.

٥١. أحكام الضمان العيني والشخصي، السيد عيد نايل، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.

٥٢. المدخل لدراسة الأنظمة السُّعُودية، أيمن سعد سليم وآخرون، دار الحافظ - جدة، الطبعة الرابعة، ١٤٣٣هـ.

٥٣. الحقوق العينية الأصلية والتبعية، يوسف عبيدات، دار المسيرة - عمان، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.

٥٤. المدخل لدراسة العلوم القانونية، خالد الرويس ورزق الريس، مطبعة الحميضي - الرياض، الطبعة الخامسة، ١٤٣٣هـ.

٥٥. المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبد القادر الفار، دار الثقافة - عمان، الطبعة الثالثة عشرة، ١٤٣٢هـ.

٥٦. الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، أمانة الهيئة الشرعية لبنك البلاد، أمانة الهيئة الشرعية، دار الميمان - الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.

٥٧. درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، دار عالم الكتب - الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

الأنظمة والقوانين:

٥٨. نظام التسجيل العيني للعقار، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦)، وتاريخ ١٤٢٣/٢/١١هـ.

٥٩. نظام الرهن العقاري المُسجَّل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٩، وتاريخ ١٤٣٣/٨/١٣هـ.

٦٠. نظام التنفيذ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٣، وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ.
٦١. اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ، المحدثه والصادرة بالقرار الوزاري رقم ٥٢٦، وتاريخ ٢٠/٢/١٤٣٩هـ.
٦٢. نظام مراقبة شركات التمويل، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١، بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ.
٦٣. اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل، الصادر بقرار محافظ مؤسسة النقد رقم ٢/م ش ت، وتاريخ ١٤/٤/١٤٣٤هـ.
٦٤. القانون المدني الأردني رقم (٤٣)، لسنة ١٩٧٦م.
٦٥. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم (٥)، لسنة ١٩٨٥م، والمعدل سنة ١٩٨٧م.
٦٦. القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨م.



حقوق المؤلف دراسة فقهية تطبيقية مقارنة بالنظام السعودي

د. عبد العزيز بن ناصر التميمي
عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستهديه، 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، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿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﴾ [النساء: ١].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧٠-٧١].

فإن الله سبحانه وتعالى قد جعل الشريعة الإسلامية خاتمة الرسالات السماوية، وجعلها كاملة صالحة لكل زمان ومكان، وما من قضية أو حادثة تقع، إلا والله سبحانه وتعالى فيها حكم، علمه من علمه، وجهله من جهله، وقد استجدت معاملات كثيرة متعددة ومتجددة، والحاجة ماسة إلى تجلية حكم الله تعالى فيها. ومن المسائل المعاصرة المهمة الجديرة بمزيد البحث والدراسة مسألة «حقوق المؤلف»؛ وذلك لكثرة المؤلفات والمصنفات في شتى العلوم والمعارف، وفي كافة المجالات العلمية والأدبية والفكرية والفنية، وما صاحب ذلك من تطوُّر في حركة البرمجة الآلية لكثير من المؤلفات والكتب العلمية، التي سهَّلت على الباحثين وطلاب العلم كثيراً من الصَّعاب، ويسَّرت لهم سبل البحث والتأليف، وفي مقابل ذلك؛ سهَّلت عمليات التقليد والتزوير،

وانتشرت السرقات العلمية والأدبية لمؤلفات الآخرين، ونتاجهم العلمي والفكري، وكثرت عمليات النسخ للمؤلفات المختلفة، مما جعل العالم كله يسعى جاهداً في سبيل الحماية لهذه الحقوق والممتلكات، وسنّ الأنظمة والقوانين التي تحكمها وتحفظ حقوقها المعنوية والمادية لأصحابها، وفرض العقوبات الزاجرة والرادعة لكل من يتعدى عليها بأي نوع من أنواع التعدي؛ لذا رأيت أن أسهم بالكتابة في هذا الموضوع مبيّناً موقف الشرع من ذلك مع مقارنته بالنظام السعودي، مسترشداً ببعض التطبيقات القضائية فيه، سائلاً الله تعالى التوفيق والسداد والإعانة؛ إنه ولي ذلك والقادر عليه.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. إن مسائل هذا الموضوع لم تُفرد في بحث يجمع شقيها النظري والتطبيقي العملي، بدراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والنظام السعودي.
٢. جاءت أهمية هذا البحث أيضاً من أهمية موضوعه، حيث إنه تناول جانباً مهماً وهو الحقوق التي يحصل النزاع فيها غالباً، فدراسة مثل هذه الموضوعات مما يُثري الفقه الإسلامي، وفقه القضاء على وجه الخصوص.
٣. كُثرت عمليات النسخ للمؤلفات المختلفة، مما جعل العالم كله يسعى جاهداً في سبيل الحماية لهذه الحقوق والممتلكات، وسنّ الأنظمة والقوانين التي تحكمها وتحفظ حقوقها المعنوية والمادية لأصحابها؛ مما يجعل الأمر ملحاً لتقديم دراسات في جميع الجوانب المتعلقة به، ولا شك أن من أولى هذه الجوانب هو الجانب الشرعي الذي يُبصر الناس بتكاليفهم الشرعية.
٤. المشاركة في نشر العلم، وإن كان بجهد قليل علّ الله أن ينفعنا به يوم نلقاه؛ وذلك بدراسة المسائل الشرعية من ناحية فقهية تطبيقية، وإخراجها إلى الناس؛ لينتفعوا بها في دينهم ودنياهم.

٥. الاستزادة من العلم في هذه المسائل الفقهية، وضبطها، وجمعها، ومعرفة الراجح من المرجوح فيها، واختيارات أهل التحقيق فيها، وذلك على ضوء الكتاب والسنة.
٦. إبراز عناية الشريعة بالحقوق عند المسلمين، وما فيها من العدل، والوسطية، والانسجام، مع الفطرة التي فطر الله تعالى الناس عليها، وصلاحيّة الشريعة لكل مجالات الحياة.
٧. إبراز ما توليه المملكة العربية السعودية من اهتمام بحقوق الإنسان على وجه عام، وحقوق المؤلفين على وجه الخصوص، من خلال الأنظمة والقرارات والأحكام المتعلقة بحقوق التأليف، التي كفلها النظام المستمد من الشريعة الإسلامية.

الدراسات السابقة، والمقارنة بينها وبين موضوع البحث:

عندما جاءت فكرة هذا البحث قمتُ بالتفتيش عن دراسة أو رسالة علمية فيه، فلم أجد فيما اطلعت عليه من قواعد المعلومات عن مرجع، أو كتاب، تناول هذا الموضوع بالدراسة وفق الآلية التي سأقوم بها، إلا ما كان من دراسات تناولت موضوع حق الملكية الفكرية من جوانب عدة ولم تكن دراسة مقارنة بالنظام السعودي، كما أنها خلت من التطبيقات القضائية، بخلاف دراستي التي قارنت بين الفقه والنظام السعودي، واشتملت على تطبيقات قضائية، ومن تلك الدراسات:

١. الحق الأدبي للمؤلف، للدكتور عبد الرشيد مأمون.
٢. الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني.
٣. الحماية القانونية للملكية الفكرية، للدكتور عصمت عبد المجيد، والدكتور صبري خاطر.
٤. الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية، لعبد الله النجار.

٥. حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، لفتحي الدريني وآخرون.
 ٦. حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، لحسين الشهراني.
 ٧. حقوق والتزامات المؤلف، للدكتور حسن بودي.
 ٨. حماية الملكية الفكرية، للدكتور ناصر بن مشري الغامدي.
- وقد استفدت منها في إعداد هذا البحث، خصوصاً دراسة: حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، لحسين الشهراني؛ فهي أقرب هذه الدراسات لموضوع البحث، وقد أضفت عليها، وعلى ما سبق من دراسات، الجانب التطبيقي مع المقارنة بالنظام السعودي.

خطة البحث:

- اشتمل البحث على العناوين التالية:
- المقدمة: وتضمنت الاستفتاح، وأهمية الموضوع وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، وخطة البحث، والمنهج المتبع.
- التمهيد: وتضمن خمسة مطالب على النحو الآتي:
- المطلب الأول: تعريف الحق، وأقسامه، وفيه فرعان:
- الفرع الأول: تعريف الحق.
- الفرع الثاني: أقسام الحق.
- المطلب الثاني: تعريف حق التأليف، ومسمياته، والألفاظ ذات الصلة، وفيه ثلاثة فروع:

- الفرع الأول: تعريف حق التأليف.
- الفرع الثاني: مسميات حق التأليف.
- الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة.

المطلب الثالث: أنواع التأليف، وبداية ظهور حقوق التأليف، وفيه
فرعان:

الفرع الأول: أنواع التأليف.

الفرع الثاني: بداية ظهور حقوق التأليف.

المطلب الرابع: تعريف الفقه، والنظام، في اللغة والاصطلاح، وفيه
فرعان:

الفرع الأول: تعريف الفقه في اللغة والاصطلاح.

الفرع الثاني: تعريف النظام في اللغة والاصطلاح.

المطلب الخامس: عناية الشريعة بحفظ الحقوق.

المبحث الأول: الحقوق الأدبية للمؤلف، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: معنى الحق الأدبي للمؤلف.

المطلب الثاني: منشأ الحق الأدبي للمؤلف.

المطلب الثالث: حكم الحق الأدبي للمؤلف في الفقه.

المطلب الرابع: حكم الحق الأدبي للمؤلف في النظام.

المطلب الخامس: ما يشمل الحق الأدبي للمؤلف.

المبحث الثاني: الحقوق المالية للمؤلف، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى الحق المالي للمؤلف.

المطلب الثاني: منشأ الحق المالي للمؤلف.

المطلب الثالث: حكم الحق المالي للمؤلف في الفقه.

المطلب الرابع: حكم الحق المالي للمؤلف في النظام.

المبحث الثالث: تطبيقات قضائية على حقوق التأليف.

ملاحق البحث: وتضمنت قرار المجمع الفقهي الإسلامي، وقرار مجمع

الفقه الإسلامي، وفتوى هيئة كبار العلماء.

الخاتمة: وتضمنت أهم النتائج.

الفهارس: وتضمنت فهرس المصادر والمراجع.

منهج البحث:

سأسير في هذا البحث -إن شاء الله تعالى- وفق الخطوات الآتية:

أولاً: العناية بالمصادر والمراجع الأصلية للبحث من كتب الفقه في المذاهب الأربعة، وكتب الدراسات المعاصرة.

ثانياً: توثيق جميع المعلومات الواردة في البحث، سواء ما ينقل منها بالنص أو بالمعنى.

ثالثاً: الاهتمام بعلامات الترقيم، والترتيب، وحُسن الإخراج.

رابعاً: عزوت الآيات القرآنية، ووضعها بين قوسين مُزَّهرين ﴿...﴾.

تميزاً لها عن غيرها، مع كتابتها بالرسم العثماني.

خامساً: إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فأكتفي في تخريجه بذكر رقم الحديث والجزء، والصفحة، والكتاب، والباب.

سادساً: إذا كان الحديث في غير الصحيحين أزيد على ما سبق بذكر الحكم على الحديث من حيث الصحة أو الضعف باختصار.

سابعاً: أُوثِّق النصوص الشرعية بوضع النص بين الهلالين (()) هكذا.

ثامناً: أُوثِّق النصوص الأخرى بوضعها بين علامتي التنصيص « » هكذا.

تاسعاً: أُمِيز ما يُنقل بالمعنى بالإشارة إليه في الهامش بكلمة: (ينظر).

عاشراً: في المسائل الخلافية: أُصدر المسألة بتحرير محل النزاع، ثم بذكر الأقوال في المسألة إجمالاً، ثم الأدلة مع المناقشة، ثم الترجيح.

التمهيد

ويتضمن خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الحق، وأقسامه:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الحق:

الحق في اللغة: مفرد الحقوق، جاء في معجم مقاييس اللغة، الحاء والقاف أصل واحد على إحكام الشيء وصحته، فالحق نقيض الباطل، ثم يرجع كل فرع إليه بجودة الاستخراج وحسن التلفيق، والحق: مصدر حق الشيء، من باب ضرب وقتل؛ إذا وجب وثبت؛ ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها. والحق اسم من أسماء الله تعالى، والقرآن، ويطلق أيضاً على المال الثابت بلا شك، والعدل، والإسلام، والأمر المقضي، والنصيب الواجب للفرد، وغيرها، ويجمع الحق على حقوق، وحقوق^(١).

الحق في الاصطلاح: استعمل الفقهاء الحق بمعانٍ عديدة، وفي مواضع مختلفة، ترجع كلها إلى المعنى اللغوي، وأكثر الفقهاء المتقدمين لم يضعوا للحق تعريفاً اصطلاحياً؛ نظراً لشيوعه ووضوحه عندهم، بحيث لا يحتاج إلى تعريف خاص، ومن الاستعمالات العامة للحق في نظر الفقهاء:

الاستعمال الأول: ما يثبت للشخص من ميزات ومكّنات، سواء أكان الثابت شيئاً مالياً أم غير مالي^(٢).

الاستعمال الثاني: إطلاق الحق في مقابل الأعيان والمنافع المملوكة، بمعنى: المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع؛ كحق

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة (٢/١٥-١٩)؛ ولسان العرب (٣/٢٥٥)، والقاموس المحيط (١٢٩)، والمصباح المنير ص: (٧٨) والمعجم الوسيط (١/١٨٨)، مادة: (حق).

(٢) الملكية في الشرعية الإسلامية (١/٩٣).

الشفعة، وحق الطلاق، وحق الحضانة، ونحو ذلك^(١).

الاستعمال الثالث: إطلاق الحق بمعناه اللغوي الصّرف؛ كما في قولهم: حقوق الدار: أي مرافقها؛ كحق التعلي، والمرور، ونحو ذلك^(٢).
أما المعاصرون فقد اختلفت وجهاتهم - كذلك - في تحديد معنى الحق في الاصطلاح، فعرفوه بعدة تعريفات منها:

١. «اختصاصٌ يُقرّر به الشرع سلطةً على شيء»^(٣).
 ٢. «مصلحةٌ ثابتةٌ شرعاً للفرد أو الجماعة»^(٤).
 ٣. «اختصاصٌ ثابتٌ شرعاً، يقتضى سلطةً أو تكليفاً لله تعالى على عباده، أو لشخص غيره»^(٥).
- ولعل التعريف الأخير هو المختار.

الفرع الثاني: أقسام الحق:

يُقَسَّم الحق باعتبارات كثيرة مختلفة، يطول المقام بذكرها، والكلام عليها مستوفى في كثير من الدراسات الحديثة ذات الصلة بالموضوع؛ وسأقتصر على ذكر التقسيمات ذات العلاقة بموضوع البحث.
أولاً: أقسام الحق باعتبار صاحب الحق:
ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:
القسم الأول: حقٌ خالص لله تعالى: وهو ما يتعلق به النفع العام للعباد، من غير اختصاص بأحد، ويُنسب إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمولية نفعه، وهو ما يسمى بالحق العام.

(١) ينظر: الملكية في الشريعة الإسلامية (٩٣/١) فما بعدها.

(٢) الفقه الإسلامي أساس التشريع (١٥٠)، رد المختار (٢٤٢/٧).

(٣) الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده (١٨٣-١٠٣).

(٤) الملكية في الشريعة الإسلامية (٩٣/١-١٠٣).

(٥) الملكية الفكرية (٤٢).

وقيل في تعريفه: بأنه ما قصد به قصداً أولياً التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه وإقامة دينه كالعبادات الواجبة من الصلاة والصوم، أو قصد به حماية المجتمع، بأن ترتبت عليه مصلحة عامة من غير اختصاص بأحد، كالكف عن المحرمات، مثل الزنا، وشرب الخمر ونحوها^(١).

القسم الثاني: حق خالص للعبد، وهو ما ترتبت عليه مصلحة خاصة لفرد، أو أفراد؛ كحق كل أحد في داره وماله^(٢).

القسم الثالث: حق مشترك بين الله تعالى وبين عباده، وهو ما اجتمع فيه الحقان: حق الله تعالى، وحق العبد، وقد يكون حق الله تعالى هو الغالب، كما في حق الحياة، وقد يكون حق العبد هو الغالب كما في القصاص^(٣).

ثانياً: أقسام الحق باعتبار محل الحق:

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: الحق غير المتقرر «المجرد»: وهو عبارة عن مُكنة يشتملها الشارع للإنسان، لمباشرة تصرف من التصرفات في أمر من الأمور؛ كحق الشفعة، وكحق التعاقد بالعقود المشروعة^(٤).

القسم الثاني: الحق المتقرر «المتعلق بالمال»: ويُراد به: الحق الذي يقوم بمحل معين يدركه الحس، ويثبت لصاحبه سلطة على هذا المحل، تمكنه من مباشرة التصرفات الشرعية، وذلك كحق الملك للعين أو المنفعة^(٥).

ثالثاً: أقسام الحق باعتبار المالية وعدمها:

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: الحقوق المالية، وهي الحقوق المتعلقة بالمال؛ كحق ملكية الأعيان أو الديون أو المنافع، وهي على ثلاثة أنواع:

(١) ينظر: الفروق (١/ ١٤٠) الفرق الثاني والعشرون، شرح التلويح على التوضيح (٢/ ١٥٥).

(٢) الفقه الإسلامي أساس التشريع (١٧٧).

(٣) الفروق (١/ ١٤٠ - ١٤١)، الموافقات في أصول الشريعة (٢/ ٣١٨).

(٤) الملكية ونظرية العقد (١٢١)، رد المختار (٤/ ٥١٨ - ٥١٩).

(٥) حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي (٤٦ - ٤٧).

النوع الأول: الحق الشخصي «حق الالتزام»، وهو حق يقره الشرع على شخص لآخر، كحق كل من المتبايعين على الآخر؛ فإن أحدهما يستحق على الآخر أداء الثمن، والآخر يستحق تسليم المبيع.

النوع الثاني: الحق المعنوي، وهو الحق الذي يرد على أشياء معنوية، لا تدرك بالحواس، كالأفكار العلمية، والمخترعات والابتكارات.

النوع الثالث: الحق العيني، وهو أن يكون لشخص ما مصلحة اختصاصية، تخول له سلطة مباشرة على عين مالية معينة؛ كحق الملكية، والارتفاق المقرر لشخص على عقار معين؛ كحق المرور، أو الشرب أو المسيل.

القسم الثاني: الحقوق غير المالية، وهي الحقوق التي لا تتعلق بالمال؛ كحق الولاية، والحضانة^(١).

المطلب الثاني: تعريف حق التأليف، ومسمياته، والألفاظ ذات الصلة:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف حق التأليف^(٢):

تعريف التأليف في اللغة: جاء في مقاييس اللغة: الهمزة واللام والفاء أصل واحد يدل على انضمام الشيء، يقال: أَلِفَ الطائر الوكر، إذا انضم إليه دائماً، أو غالباً وتألَّفَ القوم: بمعنى اجتمعوا، وتحابوا.

وَأَلَّفَ الكتاب: جمعه بأن جمع بعضه إلى بعض، والتأليف والمؤلف: الكتاب جمعت فيه مسائل علم من العلوم^(٣).

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة (١٥-١٨)، الملكية في الشريعة الإسلامية (١٩-٢٠).

(٢) سبقت الإشارة إلى تعريف الحق.

(٣) ينظر في تعريف التأليف لغة: مقاييس اللغة (١/١٣١)، لسان العرب (١/١٨٠)، القاموس المحيط (١٠٢٤)، المصباح المنير (٧).

المعنى الاصطلاحي: لا يكاد يخرج المعنى الاصطلاحي للتأليف عن المعنى اللغوي، ولذلك فإن أهل اللغة لما بينوا معنى التأليف في اللغة - كما سبق - ذكروا أن منه تأليف الكتب، وإن التأليف والمؤلف هو: الكتاب جُمعت فيه مسائل علم من العلوم.

وبناء على ذلك فالتأليف: «عبارة عن إيداع العالم أو الكاتب ما يحصل في النفس من الصور الذهنية العلمية في كتاب ونحوه»^(١).
ويعرّف المؤلف بأنه: «من يودع ما يحصل في نفسه من صور ذهنية علمية في كتاب ونحوه»^(٢).

وعرّفه المنظم السعودي في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من نظام حقوق المؤلف بأنه: «أي شخص نشر المصنف منسوباً إليه، سواء بذكر اسمه على المصنف، أم بأي طريقة من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات لمؤلفيها، إلا إذا دل دليل على عكس ذلك»^(٣).

تعريف حق التأليف باعتبار تركيبه: هو مركب إضافي يُقصد به معنى معين، وثمة تعريفات متنوعة، ولعل الأقرب منها ما عرّفه به صاحب كتاب حقوق الاختراع والتأليف حيث قال: «هو ما يثبت للعالم أو المؤلف من اختصاص شرعيٍّ بمؤلفه، يمكنه من نسبته إليه، ودفع الاعتداء عنه، والتصرف فيه، والاستئثار بالمنفعة المالية الناتجة عن استغلاله استغلالاً مباحاً شرعاً»^(٤).

(١) حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، لحسين الشهراني (٨٣).

(٢) ينظر: حماية الملكية الفكرية (٥٥)، حقوق الاختراع والتأليف (٨٣-٨٤) بتصرف.

(٣) نظام حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤١ بتاريخ، ٢ / ٧ / ١٤٢٤ هـ، وقرار مجلس الوزراء رقم ٨٥، بتاريخ ٩ / ٤ / ١٤٢٤ هـ.

(٤) حقوق الاختراع والتأليف (٩٩-١٠٠).

الفرع الثاني: مسميات حق التأليف:

- ١- حقوق المؤلف.
 - ٢- الملكية الأدبية والفنية.
 - ٣- ملكية التأليف.
 - ٤- حقوق التأليف.
 - ٥- حقوق الابتكار.
 - ٦- الحقوق الذهنية.
 - ٧- الحقوق الفكرية.
 - ٨- حق الإبداع العلمي.
- وغيرها.

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة:

أولاً: التدوين:

التدوين في اللغة: مأخوذ من دَوَّنَ الكتب: جمعها، ومنه الديوان، وهو مجمع الصحف، والكتاب الذي يكتب فيه أهل الجيش، وأهل العطايا، وعليه فيكون التدوين: بمعنى الجمع في الكتاب^(١).

ثانياً: التصنيف:

وأصله في اللغة: تمييز الأشياء بعضها عن بعض، ويقال: صنفته تصنيفاً: أي جعلته أصنافاً، وميزت بعضها عن بعض.

وفي الاصطلاح: «تأليف الكلام لتحريره نثراً ونظماً»^(٢).

والفرق بين التدوين والتصنيف: أن التدوين متقدم على التصنيف، بمعنى أن التدوين كان يطلق على الجمع في صحف ونحوها، من غير ترتيب، ولا تصنيف وهذا ما كان عليه الأمر في عهد الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ والتابعين، وأما التصنيف فهو عبارة عن المرحلة التالية للتدوين؛ حيث صُنِّفَت العلوم، وُضِّمَ كل علم إلى ما يناسبه ويماثلته^(٣).

(١) ينظر: القاموس المحيط (١١٩٧)، المصباح المنير (٧).

(٢) أبجد العلوم (١٢٠).

(٣) ينظر: القاموس المحيط (٨)، المصباح المنير (١٣٣).

ثالثاً: الإملاء:

يعتبر الإملاء من الطرق التي كانت تستخدم للتأليف وهو: «أن يقعد عالم، وحوله تلامذته بالمحابر والقراطيس؛ فيتكلم العالم بما فتح الله سبحانه وتعالى عليه من العلم، ويكتب التلامذة؛ فيصير كتاباً بالإملاء»^(١).

وهكذا كانت طريقة علماء السلف من الفقهاء، والمحدثين، وأهل العربية، وغيرهم^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن المنظم السعودي استخدم عبارة «المصنف» بدل من «المؤلف»؛ حيث جاء في نظام حقوق المؤلف في المادة الأولى منه «يقصد بالعبارات الآتية أينما وردت في هذا النظام المعاني المذكورة أمامها ما لم يقتض السياق خلاف ذلك:

- المصنف: أي عمل أدبي، أو علمي، أو فني.
- المصنف المشترك: المصنف الذي يشترك في وضعه شخصان أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين سواء أمكن فصل إسهام كل منهم في العمل أم لم يمكن ذلك.
- المصنف الجماعي: المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته، أو باسمه، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي، أو المعنوي بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة.
- المصنف السمعي: أي تثبت سمعي لأداء أو صوت معين مهما كانت طريقة التثبيت.

(١) كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون (١/ ١٦٠).

(٢) ينظر: كشف الظنون (١/ ١٦١).

- المصنّف السمعى البصري: أي مصنف مُعدّ للسمع والنظر في آن واحد، يتكون من مجموعة من الصور المترابطة والمصحوبة بأصوات والمسجلة على دعامة ملائمة، ويعرض بواسطة أجهزة مناسبة.
- المصنّف المشتق: كل مصنف يوضع استناداً إلى مصنف آخر سابق له^(١). فنجد أن النظام وضح بأن المصنّف قد يكون مشتركاً بين اثنين فأكثر، وقد يكون خاصاً بشخص واحد، كما أن المصنّف قد يكون مقروءاً وقد يكون مسموعاً، وقد يكون سمعياً بصرياً في آن واحد، كما أنه قد يكون مبتكراً وقد يكون مشتقاً بمعنى أنه يستند على مصنف آخر سابق له.
- وفي جميع الأحوال فهو حقٌّ يُنسب إلى أصحابه سواء كانوا أفراداً أم جماعات، وتترتب عليه حقوق بينها النظام.

المطلب الثالث: أنواع التأليف، وبداية ظهور حقوق التأليف:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أنواع التأليف:

المقصود بهذا المطلب: ذكر التأليف المحمية، والتي لصاحبها الاحتفاظ بحقوقها، وهي بالتبّع على نوعين:

النوع الأول: المحررات:

وتعني أي تأليف مكتوب، يصل إلى الناس عن طريق الكتابة، في أي علم من العلوم، كال تفسير، والحديث، والفقه، والتوحيد، والأصول، واللغة العربية، والرياضيات، والتاريخ، والجغرافيا، والطب، والهندسة، وما جرى مجرى ذلك من العلوم المباحة شرعاً.

ويدخل في هذا النوع برامج الحاسب الآلي، وما كان مكتوباً بواسطتها، حيث يُودع التأليف في أشرطة، أو أسطوانات رقاقة، تتم قراءة محتوياتها

(١) نظام حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤١ بتاريخ ٢/٧/١٤٢٤هـ، وقرار مجلس الوزراء رقم ٨٥، بتاريخ ٩/٤/١٤٢٤هـ.

بواسطة جهاز الحاسب الآلي.

النوع الثاني: الشفويات:

كالخطب، والمحاضرات، والمواظع، والندوات، وغيرها مما يجري مجرى ذلك مما يُلقى شفاهاً، ولا يضمه كتاب^(١).

الفرع الثاني: بداية ظهور حقوق التأليف:

هذا النوع من الحقوق - أعنى حقوق التأليف - لم يكن معروفاً عند الفقهاء المتقدمين، رغم ازدهار حركة التأليف والترجمة آنذاك، ولذلك أسباب من أهمها:

السبب الأول: أنه لم يكن لهذه الحقوق وقائع أحوال، تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي في تلك الوقائع.

السبب الثاني: أن الوازع الديني عندهم كان يفرض سلطاته على النفوس، فكان أقوى من أي مشروع زجري آخر.

السبب الثالث: أن ما يرجع نفعه للأمة مما تحتاجه في حياتها المادية أو العلمية يعتبر عندهم من الواجبات التي يتفانون ويتسابقون في أدائها، لاسيما فيما يتعلق بالعلم ونشره وبذله لطلابه ومريديه^(٢).

وبناءً على هذه الأسباب وغيرها لم تبرز أهمية هذه المسألة لدى المتقدمين، وبخاصة ما يتعلق بالاستحقاق المالي، وإن كان من المعلوم الحرص على نسبة المؤلفات والكتب إلى أصحابها.

وكانت البداية الحقيقية لظهور هذا النوع من الحقوق نتيجة لتطور الحياة، والتقدم الكبير في المجالين: الصناعي، والمعرفي، فظهرت المصانع، وتنوعت المخترعات، وظهرت المطابع نتيجة لثورة الإنتاج الذهني، وإحياء مآثر الأسلاف، وقارن التقدم العلمي ظهور القيمة الاقتصادية لهذه المؤلفات، نظراً

(١) فقه النوازل (٢/ ١٥٧)، حماية الملكية الفكرية (٥٦).

(٢) فقه النوازل (٣/ ١٢٤).

لما تدره من أموال طائلة، فكان ذلك دافعاً لفئات من الناس - في زمن ضعفت فيه الأمانة العلمية - إلى الاعتداء على حقوق الآخرين، وانتحال الكتب والمؤلفات والأفكار التي قدح أصحابها زناد عقولهم، وشحدوا أذهانهم، حتى أخرجوها إلى الواقع المحسوس، ونتيجة لذلك؛ ظهرت هذه الحقوق، وصدرت لذلك قوانين خاصة، واتفاقات دولية، ونشأت منظمات عالمية تثبت هذه الحقوق، وتعتني بها وتدافع عنها.

ولقد كان للعلماء المعاصرين دور كبير في إبراز هذه الحقوق وتأسيسها وردها إلى أصولها الشرعية، وحمايتها، وصيانتها عن الاعتداء عليها أو التلاعب بها^(١).

المطلب الرابع: تعريف الفقه، والنظام في اللغة والاصطلاح:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الفقه في اللغة والاصطلاح:

الفقه في اللغة: يدور حول الفهم والعلم بالشيء، جاء في مقاييس اللغة: «الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به. تقول: فقهته الحديث أفقهه. وكل علم بشيء فهو فقه. يقولون: لا يفقه ولا ينقه. ثم اختص بذلك علم الشريعة، ف قيل لكل عالم بالحلال والحرام: فقيه. وأفقهتهك الشيء، إذا بينته لك»^(٢).

والم تأمل في ما جاء عن كتب اللغة والمعاجم وغيرها في تعريف الفقه يلحظ أنها تكاد تتفق على ما ذكرناه أولاً من أن معنى الفقه في اللغة يدور حول الفهم والعلم بالشيء، ثم اختص بعد ذلك بعلوم الشريعة، ثم خُصص حتى قُصر إطلاقه على علم الحلال والحرام، كما سيأتي في التعريف الاصطلاحي.

(١) حقوق الاختراع والتأليف (٤٣-٤٦).

(٢) (٤/٤٤٢)، وينظر: تاج العروس من جواهر القاموس (٣٦/٤٥٦).

الفقه في الاصطلاح:

- تعددت تعريفات الفقه وتنوعت، وسأقتصر على ذكر تعريف لكل مذهب من المذاهب الأربعة، ثم أذكر التعريف المختار.
- تعريف الفقه عند الحنفية: معرفة النفس ما لها وما عليها^(١).
 - تعريف الفقه عند المالكية: العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية بالاستدلال^(٢).
 - تعريف الفقه عند الشافعية: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية^(٣).
 - ويلاحظ على هذا التعريف أنه قريب جداً من تعريف المالكية السابق، بل يكاد التعريفان يتطابقان.
 - تعريف الفقه عند الحنابلة: معرفة الأحكام الشرعية الفرعية بالفعل أو بالقوة القريبة^(٤).

- (١) ينسب هذا التعريف للإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، وهذا تعريف عام يشمل أحكام الاعتقادات، كوجوب الإيمان ونحوه، والوجدانيات كالأخلاق والتصوف، والعمليات كالصلاة والصوم والبيع ونحوها، وهذا هو الفقه الأكبر، وعموم هذا التعريف كان ملائماً لعصر أبي حنيفة حيث لم يكن الفقه فيه قد استقل عن غيره من العلوم الشرعية، ثم استقل بعد ذلك، فأصبح علم التوحيد يبحث في الاعتقادات، وعلم الأخلاق كالزهد والصبر والرضا وحضور القلب في الصلاة ونحوها، يبحث في الوجدانيات. وأما الفقه فقد أصبح مقصوراً على معرفة ما للنفس وما عليها من الأحكام العملية، وعندئذ زاد الحنفية في التعريف كلمة (عملاً) لتخرج الاعتقادات والوجدانيات.
- ينظر: مرآة الأصول، (٤٤ / ١)، التوضيح لمتن التنقيح، (١٠ / ١).
- (٢) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، شمس الدين الأصفهاني (٩ / ١)، شرح تنقيح الفصول لأبي العباس القرافي، (١٧ / ١).
- (٣) الإبهاج في شرح المنهاج لتقي الدين لسبكي، (٢٨ / ١)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، (١١ / ١).
- (٤) كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، (١٧ / ١)، الروض المربع شرح زاد المستنقع للبهوتي، (٤ / ١)، وهذا التعريف اختاره بعض المتأخرين من الحنابلة، وإلا فكثير من الحنابلة يُعرفون الفقه بتعريف قريب مما عرّفه به المالكية والشافعية.

التعريف المختار:

العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية^(١).

شرح التعريف، وبيان محترزاته:

العلم: ضد الجهل، وهو إدراك الشيء على ما هو عليه إدراكاً جازماً.
الأحكام: جمع حُكْم، والحكم هو خطاب الله المتعلق بأحكام المكلفين
بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع. واحترز بقوله: «العلم بالأحكام» عن العلم
بالذوات والصفات والأفعال.

الشرعية: أي الاستفادة من الشرع خاصة، واحترز بها عن الأحكام المأخوذة
من العقل أو الحس أو التجربة، أو نحو ذلك.

العملية: أي المتعلقة بأفعال الجوارح الظاهرة والباطنة كالصلاة والحج
القراءة ونحوها، واحترز بها عن الأحكام الشرعية غير العملية كالأحكام
العلمية والاعتقادية كأصول الفقه وأصول الدين ونحو ذلك.

المكتسبة: صفة للأحكام، أي: المستنبطة بالنظر والاجتهاد، واحترز
بقوله: «المكتسبة» عن علم الله تعالى، وعلم الملائكة بالأحكام الشرعية، وعلم
الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالحاصل بالوحي لا بالاجتهاد، وعلمنا بالبدييات
والضروريات التي لا تحتاج إلى نظر.

واحترز بها عن علم المقلد لأئمة الاجتهاد، فإنه لم يحصل على العلم
باجتهاده، بل بسؤاله وتقليده لأئمة المجتهدين؛ لأنه مقلد، وفرضه السؤال
والتقليد لا النظر في الأدلة.

(١) وسبب اختيار هذا التعريف: أولاً: أنه تعريف جامع مانع، ثانياً: أن عبارات الأصوليين
والفقهاء مع تعددها وتنوعها إلا أنها تكاد تتفق على هذا التعريف، أو ما هو قريب منه
من حيث المعنى.

الأدلة التفصيلية: يراد بها أدلة كل مسألة بعينها، وتشمل: النص، والإجماع، والقياس^(١).

الفرع الثاني: تعريف النظام في اللغة والاصطلاح:

النظام في اللغة: يطلق لفظ النظام في اللغة على عدة معانٍ، منها: الأشياء المضموم بعضها إلى بعض، وكل خيط ينظم به لؤلؤ أو غيره فهو نظام، ويطلق على الشيء الجامع لتلك الأشياء، كما يشترط أن يُراعى في ذلك الشيء الجامع الترابط الذي ليس فيه تنافر، ونظام كل أمر ملاكه، وجمعه أنظمة وأناظيم ونظم.

كما يُطلق النظام على السيرة والهدي والعادة، والانتظام الاتساق. والنَّظْم: نظمك الخرز بعضه على بعض في نظام واحد، يُقال: ليس لأمره نظام أي لا تستقيم طريقته، وكل شيء قرننه بآخر أو ضممت بعضه إلى بعض فقد نظمته.

والنظم: التأليف، وضم شيء على شيء آخر، والنظام العقد من الجوهر والخرز ونحوها^(٢).

وعلى هذا يكون المراد من النظام: هو مجموعة الخطوات المترابطة المتألّفة التي يتم من خلالها تدبير الأمور، وتشييدها بطريقة واضحة لا يصحبها عوج، والاطراد الذي لا يعتريه اختلاف.

(١) ينظر: مرآة الأصول (١/ ٥٠)، شرح جمع الجوامع للمحلي (١/ ٣٢)، الإحكام للآمدي (١/ ١١-١٢)، المحصول للرازي (١/ ٩٢)، شرح تنقيح الأصول للقرافي (١/ ١٧)، شرح العضد لمختصر ابن الحاجب (١/ ١٨).

(٢) ينظر: لسان العرب لابن منظور (١٢/ ٥٧٨)، ومختار الصحاح للرازي (٣٢٢)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٢٥ هـ. القاموس المحيط، مجد الدين الفيروز آبادي، باب الميم، فصل النون، (١٥٠٠).

النظام في الاصطلاح:

«مجموعة من القواعد والأجهزة المتناسقة المترابطة فيما بينها، تبين نظام الحكم ووسائل إسناد السلطة وأهدافها وطبيعتها ومركز الفرد فيها، وضماناته قبلها، كما تحدد عناصر القوى المختلفة التي تسيطر على الجماعة وكيفية تفاعلها مع بعضها، والدور الذي تقوم به كل منها»^(١).

المطلب الخامس: عناية الشريعة بحفظ الحقوق:

لا ريب أن الشريعة الإسلامية هي مصدر الحقوق المعتبرة؛ بشتى أنواعها؛ فلا يثبت للعبد حق إلا عن طريقها. وثبوت الحقوق عن طريق الشرع يعني أن تلك الحقوق مصونة ومحفوظة لا يجوز التعدي عليها. ومن جملة الحقوق التي عُنيت الشريعة الإسلامية بحفظها: الحقوق المالية، والمعنوية، التي من ضمنها حقوق المؤلف.

فقد تضافرت الأدلة في الكتاب والسنة على عناية الشريعة بحفظ الحقوق بجميع أنواعها والتحذير من التعدي عليها؛ ومن ذلك:

- قول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].

- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩].

ففي الآيتين دليل على عدم جواز التعدي على الحقوق المالية بجميع أنواعها، ويدخل في عموم هذا النهي الحقوق المالية والمعنوية التي من ضمنها حقوق المؤلف.

(١) النظم السياسية، د. ثروت بدوي (١١)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩ م.

ومن السنة: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ: دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعِرْضُهُ))^(١).

وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا...))^(٢).

ففي هذين الحديثين وغيرهما دلالة صريحة على حرمة الاعتداء والظلم، والإضرار بالآخرين ويدخل في ذلك الاعتداء على الحقوق المالية والمعنوية دخولاً أولياً.

وقد أجمع المسلمون على تحريم أكل أموال الناس بالباطل، وأن ذلك مما حرم الله^(٣).

فتبين بذلك أن الشريعة الإسلامية قائمة على حفظ حقوق الناس بشتى أنواعها، وصيانتها عن الاعتداء عليها بأي وجه من الوجوه^(٤).

(١) أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة، باب تحريم ظلم المسلم برقم: (٦٥٤١).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة برقم: (١٧٣٩)، ومسلم، كتاب القسامة، وباب تغليظ الدماء (١٦٧٩).

(٣) ينظر: الإجماع لابن المنذر (١٨٤).

(٤) حقوق الاختراع والتأليف (٤٤٨).

المبحث الأول الحقوق الأدبية للمؤلف

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: معنى الحق الأدبي للمؤلف:

الحق الأدبي هو أحد نوعي الحقوق المتعلقة بالتأليف، إذ الحقوق الواردة على التأليف نوعان:

١. النوع الأول: الحقوق الأدبية.

٢. النوع الثاني: الحقوق المالية^(١).

وقد سبق أن بينا معنى الحق في اللغة والاصطلاح، وبقي بيان معنى كلمة الأدبي.

تعريف الأدبي: مأخوذ من كلمة الأدب، فلفظ الحق منسوب إليها، وبالرجوع إلى المعاجم اللغوية يتبين أن الأدب يعود إلى معنى الجمع والدعاء، ومن ذلك جمع الناس على طعامك وهي المأدبة، والأدب: الداعي، ويقال: أدب القوم على أمر كذا أي: جمعهم عليه^(٢)، وفي المعجم الوسيط: الأدب رياضة النفس بالتعليم والتهديب على ما ينبغي^(٣)، والأدب: اجتماع خصل الخير في العبد، وعلم الأدب: هو علم إصلاح اللسان والخطاب، وإصابة مواقعه، وتحسين ألفاظه، وصيانتها عن الخطأ، والخلل، وهو شعبة من الأدب العام^(٤).

(١) فقه النوازل (٢/ ١٦٤).

(٢) معجم مقاييس اللغة (١/ ٧٤).

(٣) (١/ ٢٢).

(٤) مدارج السالكين (٢/ ٣٩١).

وأما معنى الحق الأدبي للمؤلف باعتبار تركيبه فهو: ما يترتب على جهد المصنف من اختصاصات غير مالية، تستوجب نسبة مؤلف إليه، مع احتفاظه بحقه في تعديله وتنقيحه^(١).

المطلب الثاني: منشأ الحق الأدبي للمؤلف:

الشريعة الإسلامية هي المنشأ والمصدر الوحيد لكل الحقوق المعتمدة، ذلك أنها الشريعة التي شرعها الله عزَّجَلَّ وارتضاها لعبادة لتنظيم حياتهم ليسعدوا في الدارين، الدنيا والآخرة، قال تعالى: ﴿... الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣].

ولقد تفضل الله سبحانه وتعالى على عباده بأن أثبت لهم حقوقاً كثيرة وكلفهم - كذلك - بأداء حقوقه، وأداء حقوق الآخرين، فما أثبتته الشريعة الإسلامية حقاً فهو حق، إذ لا حقوق إلا ما ثبت عن طريقها، وما سوى ذلك فلا عبرة به، ومن هنا يمكننا القول بأن الحق الأدبي للمؤلف منشأ الشريعة الإسلامية، فالشريعة الإسلامية قائمة على رعاية مصالح العباد، وحفظ حقوقهم من الاعتداء والضياع، ويدخل ضمن ذلك: إثبات الامتيازات الشخصية للمؤلف على مُصنِّفه^(٢)، واختصاصه بما أنتجه عقله، وفكره من الصور الذهنية التي يجسدها ويودعها في الكتب ونحوها، ومنحه حق التصرف فيه بما فيه مصلحة، ودفع الضرر الذي قد ينتج من الاعتداء عليه^(٣).

المطلب الثالث: الحق الأدبي للمؤلف في الفقه:

إنَّ الحق الأدبي للمؤلف، وما يثبت له من امتيازات شخصية على مؤلفه من حمايته وصيانتها، والاحتفاظ بقيمته وجهده فيه مما علم من الإسلام بالضرورة،

(١) الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية (٢٨) بتصرف.

(٢) ينظر: الحق الأدبي للمؤلف (٢٠٤)، فقه النوازل (١٦٤/٢).

(٣) سيأتي مزيد بيان لهذه المسألة في المبحث التالي بحول الله.

وتدل عليه بجلاء نصوص الشريعة وقواعدها وأصولها، بل إن الحق الأدبي يعتبر من بدائه العلم عند المتقدمين، وإن لم يلقبوه بذلك، ويضعوا له سنناً وأنظمة تحفظية، لأنها أمور فطرية عندهم، تقتضيها الديانة، وتحمل الأمانة، وخرقها من نواقض الفطرة، فضلاً عن أن تكون خرقاً لسنن الشريعة وهداياها. وعلى هذا فإنه ينبغي ألا يكون الاحتفاظ بهذا الحق وبذل الطرق لحمايته محل خلاف.

فالحق الأدبي للمؤلف من الحقوق المعتمدة شرعاً، وهذا يقتضي أنه مصون ومحفوظ لا يجوز الاعتداء عليه بأي نوع من أنواع الاعتداء. ومصدر هذا الحق هو الشرع، بقواعده الكلية، وأصوله الشرعية^(١). وفيما يأتي بعض الأدلة الدالة على ذلك:

الدليل الأول: ما أثبتته الشرع حقاً بالسبق إليه وإحرازه من المباحات، فإن من سبق إلى شيء من ذلك ثبت حقه فيه، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ))^(٢).

ووجه الاستدلال من الحديث: أن من سبق إلى ابتكار شيء فلا ريب أنه أحق به من غيره، وأكد شيء في ذلك نسبته إليه، والتصرف فيه، وانتفاعه به، وقد نص العلماء - أخذاً من هذا الحديث - على أن من سبق إلى مباح فهو أحق به، وأن ذلك يشمل سائر المباحات، فيدخل فيها الحق الأدبي للمؤلف دخولاً أولاً^(٣).

الدليل الثاني: ما أثبتته الشرع حقاً باعتباره ثمرة مجهود الإنسان، فالشريعة قاضية بحق الإنسان الكامل في ثمرة مجهوده الذاتي، كالأشأن في عامة حقوقه في

(١) ينظر: فقه النوازل (٢/ ١٦٥) الحق الأدبي للمؤلف (٤٠٥).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب إقطاع الأرضين برقم (٣٠٧١)، والحديث صححه الضياء في المختارة (٣/ ١٥٠)، وضعفه الألباني في الإرواء (٩/ ٦).

(٣) ينظر: المقنع والشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/ ١٣٨).

تصرفاته التكوينية والجبليّة ببدنه، وحواسه، ومشاعره، وما تولد عن ذلك مثل نسل الإنسان، ونسل نَعَمه، وثمر بستانه، ونحو ذلك. ولا ريب أن التأليف يعد من ثمرة مجهود الإنسان، ونسل عقله، وخلاصة إبداع فنه، وعمل قريحته، فتكون بذلك حقاً شرعياً مختصاً به دون غيره^(١).

الدليل الثالث: ما كفلته الشريعة الإسلامية من احترام الحقوق، والملكيّات الخاصّة، وحفظها لأصحابها، وحرمة التعدي عليها، ومن الآثار المترتبة على إثبات الحقوق لأصحابها الدفاع عنها وحمايتها، وعلاقة المؤلف بمصنّفه داخلة في عموم الحق شرعاً، فثبت له بناء على ذلك حق نسبته إليه، وحمايته، ودفع التسلط عنه^(٢).

الدليل الرابع: أن هدف نسبة الإبداع والتأليف لصاحبه مما علّم من دين الإسلام بالضرورة، وتدل عليه بجلاء نصوص الشريعة العامة، وقواعدها، وأصولها مما هو مسطر في آداب المؤلفين، وكتب الاصطلاح، ويتجلى ذلك في عدة مظاهر ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

- ١- الأمانة العلمية المتمثلة في توثيق النصوص بالإسناد، وتخريج النصوص، ونسبتها إلى أصحابها.
- ٢- طرق التحمل والأداء، وآداب التلقي.
- ٣- تحريم الكذب والتدليس.
- ٤- تحريم السرقة والانتحال^(٣).

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره مما يدل بمجموعة على اعتبار اختصاص المؤلف بما يصدر عنه من أفكار، فقد جاءت بعض الوقائع التاريخية الخاصّة،

(١) ينظر: فقه النوازل (٢/٦٥).

(٢) ينظر: حقوق الاختراع والتأليف (١٢٦).

(٣) ينظر: المرجعان السابقان.

الدالة على إثبات هذا الحق للمصنف، وسنقصر على ذكر مثال واحد من هذه الوقائع، والتي تعتبر أحكاماً قضائية شرعية صادرة من القضاء الشرعي في وقته فمن ذلك: واقعة أسد بن الفرات في مدونته الأسدية^(١). وذلك أنه لما دون أسد بن الفرات رَحِمَهُ اللهُ مدونته الموسومة بالأسدية، عزم على الرحيل إلى أفريقيا، فقام عليه أهل مصر فسألوه أن ينسخوها، فأبى عليهم، فرفعوه إلى القاضي، فقال لهم القاضي: وأي سبيل لكم عليه؟ رجل سأل رجلاً فأجابه وهو بين أظهركم، فسلوه كما سألته، فرغبوا إلى القاضي في سؤاله أن يقضي حاجتهم، فسأله القاضي، فأجابه إلى ذلك، فنسخوها حتى فرغوا منها.

قال الشيخ بكر أبو زيد رَحِمَهُ اللهُ متعقباً على هذه الكائنة: «فهذا حكم قضائي بالحق للمؤلف، لكن أسداً - لمكارم أخلاقه - قبل شفاعته القاضي»^(٢). فهذه الواقعة وغيرها مما ترك خشية الإطالة، بالإضافة إلى ما سبق ذكره، تدل دلالة واضحة على وجوب احترام حق المؤلف في مؤلفه، وإثبات سلطته عليه، وفي الجملة فهذه المسألة من المسائل التي اتفق عليه الناس قديماً وحديثاً، وهذا دليل كافٍ على ثبوته واعتباره^(٣).

المطلب الرابع: حكم الحق الأدبي للمؤلف في النظام:

الحق الأدبي للمؤلف في النظام لا يكاد يخرج عن حكمه الشرعي الفقهي، ولا سيما في النظام السعودي القائم على تطبيق الشريعة الإسلامية، كما نصت على ذلك عدد من المواد في النظام الأساسي للحكم، ولذلك رأينا أن نقتصر في هذا المطلب على ما ورد في نظام حماية حقوق المؤلف ولائحته التنفيذية؛ لأنه في

(١) ينظر: رياض النفوس (١/ ١٦٢-١٦٣).

(٢) ينظر: فقه النوازل (٢/ ١٤٧).

(٣) ينظر: حماية الملكية الفكرية (٦٤).

الحقيقة فرغ عن المطلب الذي قبله، ويتضح ذلك بالتفصيل من خلال ما ورد في نظام حقوق المؤلف الصادر عام ١٤١٠هـ، ثم أعقبه نظام حماية حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤١، وتاريخ: ١٤٢٤/٧/٢هـ، والمعدل بقرار مجلس الوزراء رقم: (٥٣٦)، وتاريخ: ١٤٣٩/١٠/١٩هـ. حيث نص النظام في المادة الثامنة من الفصل الثالث على الحقوق الأدبية للمؤلف، ونص في الفقرة الأولى من هذه المادة على أن للمؤلف الحق في ممارسة أي من التصرفات الآتية:

- أ- نسبة المصنف إليه، أو نشره باسم مستعار، أو بدون اسم.
 - ب- الاعتراض على أي تعدد على مصنفه، ومنع أي حذف، أو تغيير، أو إضافة، أو تحريف، أو تشويه، أو كل مساس آخر بذات المصنف.
 - ج- إدخال ما يراه من تعديل أو إجراء أي حذف على مُصنّفه.
 - د- سحب مُصنّفه من التداول.
- ونص النظام في الفقرة الثانية من هذه المادة على أن الحقوق الأدبية الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة هي حقوق أدبية للمؤلف، ولا تقبل التنازل، ولا تسقط بالتقادم.
- كما نص النظام في الفقرة الثالثة من هذه المادة على أن الحقوق الأدبية تبقى لصاحبها، ولا تسقط بمنح حق استغلال المصنف بأي وجه من وجوه الاستغلال.

ونصت الفقرة الرابعة منه على أن الحقوق الأدبية المنصوص عليها في هذا النظام تؤول إلى الهيئة السعودية للملكية الفكرية في حال وفاة صاحب الحق دون وارث له^(١).

(١) نظام حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤١ بتاريخ ١٤٢٤/٧/٢هـ، وقرار مجلس الوزراء رقم ٨٥، بتاريخ ١٤٢٤/٤/٩هـ.

ومن تتبع الحقوق الأدبية في الأنظمة الدولية يلحظ أنها متفقة، ولا تكاد تختلف عما قرره المنظم في النظام السعودي.

المطلب الخامس: ما يشمله الحق الأدبي للمؤلف:

يشمل الحق الأدبي للمؤلف عدة أمور وهي:

- ١- حق النسبة.
- ٢- حق الإذن بالنشر.
- ٣- حق السمعة.
- ٤- حق التعديل.
- ٥- حق السحب من التداول.
- ٦- حق دفع الاعتداء^(١).

(١) ينظر: حماية الملكية الفكرية (٦٤).

المبحث الثاني الحقوق المالية للمؤلف

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى الحق المالي للمؤلف:

من المقرر أن حقوق المؤلف على نوعين:

١. النوع الأول: الحق الأدبي، وقد سبق بيانه في المبحث السابق.

٢. النوع الثاني: الحق المالي، وهو المقصود بهذا المبحث.

ولا بد لبيان - معنى الحق المالي للمؤلف - من معرفة معنى المال في اللغة، والاصطلاح؛ حيث سبق بيان معنى الحق، وأقسامه.

المال في اللغة: مأخوذ من الفعل مول، من قولهم: تمول الرجل، اتخذ مالاً ويطلق المال على كل ما تملكه الإنسان وحازه من جميع الأشياء، عيناً كان أم منفعة، قال في لسان العرب: «المال معروف، ما ملكته من جميع الأشياء»^(١)، وفي القاموس المحيط: «المال ما ملكته من كل شيء»^(٢).

ويجمع المال على أموال، وإنها سمى مالا؛ لأنه يميل إلى هذا تارة، وإلى الآخر تارة، أو لأن الناس يميلون إليه بطبعهم.

تعريف المال في الاصطلاح:

لم يرد في الشرع تعريف للمال يحدد معناه تحديداً دقيقاً، كما هو الحال في الإيمان والصلاة والزكاة، حيث جعل الشارع لها حقائق شرعية. بل ترك ذلك لعرف الناس.

(١) ينظر: لسان العرب (٢٢٣/١٣) (مول).

(٢) ينظر: القاموس المحيط (١٣٦٨)، (مال)، معجم مقاييس اللغة (٢٨٥/٥)، المعجم الوسيط (١٩٢/٢).

والمقصود أن المال في الفقه يطلق ويراد به معنى واسع، يشمل كل ما يُقتنى ويملك من الأشياء، والأعيان، والمنافع من غير تحديد^(١).

وبسبب اختلاف الأعراف فيما يعد مالاً، وما لا يعد، فقد اختلف الفقهاء -رحمهم الله تعالى - في تعريف المال على اصطلاحين مشهورين هما: اصطلاح الحنفية، واصطلاح الجمهور، وفيما يأتي عرض لكل منهما:

أولاً: المال في اصطلاح الحنفية:

عرّف فقهاء الحنفية المال بتعريفات كثيرة، ومن أجمعها أنه: ما يميل إليه طبع الإنسان، ويجري فيه البذل والمنع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، منقولاً أو غير منقول^(٢).

وهذا التعريف - كغيره من تعاريف الحنفية للمال - عليه مآخذ عدة، ومنها:

١- قولهم: «ما يميل إليه طبع الإنسان» يرد عليه اختلاف طباع الناس وتفاوتها، وتناقضها في ذلك، وبناء على ذلك فلا تصلح أن تكون مقياساً لتمييز المال من غير المال، فبعض الأدوية - مثلاً تعافها النفوس وتنفر منها، ومع ذلك فهي مال.

٢- قولهم: «ويمكن ادخاره لوقت الحاجة» يؤخذ عليه: أن من المال أنواعاً لا يمكن ادخارها، كالنفواكه، والخضروات، والثمار الطازجة ونحوها، مع أنها تعتبر أموالاً مهمة عند عامة الناس، وخرج بقوله: «يمكن ادخاره» أيضاً المنافع والديون فإنه لا يمكن ادخارهما، وبالتالي فلا تعتبر مالاً عند الحنفية^(٣).

(١) ينظر: حماية الملكية الفكرية (٣٧-٣٨).

(٢) ينظر: رد المحتار الدر المختار (٤/ ٥٠١)، المادة (١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام (١/ ١١٥-١١٦)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٧)، كشف الأسرار (١/ ٢٦٨).

(٣) ينظر في مناقشة هذا التعريف: حقوق الاختراع والتأليف (٢٠٣-٢٠٤)، حماية الملكية الفكرية (٣٩)، المعاملات في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة (١/ ١١٣-١١٥)، الملكية في الشريعة الإسلامية (١/ ١٧٣)، الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٤٠-٤١).

ويمكن أن نخلص مما سبق إلى أن فقهاء الحنفية - رحمهم الله تعالى - يشترطون لتحقيق المالية في كل شيء اجتماع أمرين:

الأمر الأول: العينية، ويراد بها كون الشيء مادياً يمكن إحرازه وحيازته، وبناء على هذا الشرط؛ فإنه يخرج من المالية كل ما لا يتحقق في هذا الأمر؛ كالمنافع، والديون والحقوق المحضة - المجردة - كحق الشفعة، ويخرج عن معنى المالية - كذلك - حقوق المؤلف، ونحوها، مما اصطلاح على تسميته بالملكية الأدبية، أو الملكية الصناعية، فلا تدخل في مسمى المال عند الحنفية.

الأمر الثاني: أن يكون الشيء مما يمكن الانتفاع به انتفاعاً معتاداً، ومرد ذلك إلى العرف، بأن يعتاد الناس تمؤله وصيانته، بحيث يجري فيه بذل ومنع، ويخرج بهذا الشرط: الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها أصلاً كالحم الميتة، والطعام الفاسد، والمسموم، وكذلك الأشياء التي لا ينتفع بها انتفاعاً معتاداً؛ كحبة الأرز أو القمح، وقطرة الماء ونحوها، فهذه الأمور لا تعد أموالاً، وإن أمكن حيازتها لعدم تحقق شرط الانتفاع فيها، والمراد بالانتفاع: الانتفاع المشروع في حال السعة والاختيار، دون حال الضرورة^(١).

ثانياً: المال في اصطلاح الجمهور.

عرّف الجمهور - من المالكية، والشافعية، والحنابلة - المال بتعريفات أوسع، وأشمل من تعريفات الحنفية، وسنذكر تعريفاً واحداً لكل مذهب، ثم نذكر التعريف المختار.

١- تعريف المالكية:

عرّف المالكية المال بتعريفات كثيرة، ومنها ما عرفه به الإمام الشاطبي حيث قال: «المال ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»^(٢).

(١) ينظر: الملكية، علي الخفيف (١٧)، المدخل للزرقا (١٢٦)، الملكية في الشريعة الإسلامية (١/ ١٧٤)، المعاملات المالية في الفقه الإسلامي (١/ ١١٥).

(٢) الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣).

وهذا التعريف يفهم منه أن معيار المالية عند علماء المالكية - رحمهم الله تعالى - هو التملك والاستبداد، فما ملكه الإنسان، واستبد به إذا كان من طريق صحيح شرعاً فهو مال، سواء أكان عيناً أم منفعة، وما لا فلا. غير أن هذا الكلام يشكل عليه أن هناك أشياء قد يستبد بها المالك عن غيره، ويجوز له الانتفاع بها، ومع ذلك فلا تعتبر مالاً، كشحوم الميتة، وجلودها على المشهور من مذهب المالكية؛ فإنهم يبيحون الانتفاع بها، ولا يميزون بيعها^(١). ومع ذلك فهذا التعريف أشمل وأوسع من تعريف الحنفية السابق؛ لأن قوله: «ما يقع عليه الملك» يشمل الأعيان كما يشمل المنافع؛ لأنه يقع عليهما الملك.

٢- تعريف الشافعية:

مما عرّف به الشافعية المال ما نقله السيوطي عن الشافعي - رحمه الله عليهما - حيث قال: «أما المال فقال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتلزم مُتْلَفُهُ، وإن قَلَّتْ، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك»^(٢).

- فقوله: «ما له قيمة» أخرج ما ليس له قيمة فلا يعد مالاً.
- وقوله: «تلزم مُتْلَفُهُ» أخرج الكلب ونحوه مما له منفعة مباحة ولكنها مقيدة بالحاجة أو الضرورة، فإذا أتلّفه أحد تلزمه قيمته^(٣).

٣- تعريف الحنابلة:

عرّف الحنابلة المال بتعاريف متعددة، ومن أجمعها ما عرفه به الفتوحى حيث قال: «المال ما يباح نفعه مطلقاً أو اقتناؤه بلا حاجة»^(٤).

(١) ينظر: المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة (١/ ١١٦)، حقوق الاختراع والتأليف (٢٠٨)، والملكية (١/ ١٧١).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣٧).

(٣) المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة (١/ ١٨-١٩).

(٤) منتهى الإرادات (٢/ ٤).

- فقلوه: «ما يباح نفعه مطلقاً» عام يشمل جميع أنواع المال عيناً كان أو منفعة، وخرج بهذا القيد ما لا نفع فيه كالحشرات، وما فيه نفع محرم كالخمر، وما لا يباح نفعه لنجاسته كالميتة.

- وخرج بقوله: «يباح اقتناؤه بلا حاجة» ما أبيح اقتناؤه لكن بقيد الحاجة فلا يعتبر مالاً كالكلب، أو ما أبيح للضرورة كأكل الميتة^(١).

وبعد هذا العرض الموجز لتعريف الحنفية والجمهور للمال:

يتبين لنا أن مصطلح الجمهور في تعريف المال هو الأرجح؛ لكونه أوسع وأشمل من تعريف الحنفية؛ فالجمهور يُعرفون المال بما يشمل العين والمنفعة معاً، بينما يقتصر الحنفية في تعريفه على ما يختص بالعين دون المنفعة.

التعريف المختار:

بناء على ما تقرر من ترجيح اصطلاح الجمهور في تعريف المال، فقد عُرِف المال بتعريف يكشف عن حقيقته بما يوافق اصطلاح الجمهور بأنه: «ما يمكن تملكه، وكان ذا منفعة مباحة مطلقاً، واعتاد معظم الناس تمؤله»^(٢).

شرح التعريف:

- قوله: «ما يمكن تملكه» يشمل العين والمنفعة.

- وقوله: «وكان ذا منفعة مباحة مطلقاً» يخرج به ما كانت منفعته مباحة لكن بقيد الحاجة كإقتناء الكلب، أو ما كانت منفعته مباحة للضرورة كتناول الميتة، ويخرج به كذلك ما لا نفع فيه كالحشرات، وما فيه نفع محرم كالخمر.

- وقوله: «واعتاد معظم الناس تمؤله» يخرج به ما لم يعتد الناس تمؤله كقوائم الذبيحة وكرشها في هذا الزمن، وعدل بالتعبير عن «أو بعضهم»^(٣)؛ لأن البعض يصدق عليه فعل الواحد؛ وعليه فلا يكون هذا القيد دقيقاً^(٤).

(١) ينظر: كشف القناع (٣/١٥٢)، شرح المنتهى للبهوتي (٣/١٢٦).

(٢) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/١٣٥) بتصرف يسير.

(٣) وهذا ما رجحه شيخنا د. سعد الخثلان في تعليقه على كتاب الديان.

(٤) ينظر: كشف القناع، (٣/١٥٢)، وشرح المنتهى للبهوتي (٣/١٢٦).

المطلب الثاني: منشأ الحق المالي للمؤلف:

تعد هذه المسألة ذات أهمية كبيرة في هذا البحث؛ حيث يتبين من خلالها المنشأ والمأخذ الشرعي للحق المالي للمؤلف، وهو - أعنى الحق المالي للمؤلف - من أهم مسائل البحث؛ إن لم يكن أهمها على الإطلاق، ومنشأ الحق المالي للمؤلف يتبين من خلال مسألة «مالية المنافع»، وقد وقع خلاف عريض بين الحنفية والجمهور في هذه المسألة، وسنذكر فيما يأتي ما يتعلق بهذه المسألة - إن شاء الله - من غير تطويل مُملٍّ، ولا اختصار مُخلٍّ.

تحرير محل النزاع:

من المعلوم أن الأشياء التي ينتفع بها الإنسان نوعان: النوع الأول: أعيان، وهي الأشياء المادية، التي لها مادة وجرم. النوع الثاني: حقوق، وهي قد تكون متعلقة بالمال، وقد لا تكون متعلقة بالمال؛ كحق الحضانة، وحق الولاية على القاصر، وغيرها. وبناء على هذا التقسيم فقد اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أن الأعيان أموال، إذا أمكن حيازتها والانتفاع بها، واتفقوا - كذلك - على أن الحقوق المتعلقة بغير المال - الحقوق المجردة وحق الولاية على القاصر - ليست بمال، واختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمال والمنافع هل تعد أموالاً أم لا؟

الأقوال في المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين مشهورين^(١): القول الأول: أن المنافع لا تعتبر أموالاً متقومة بذاتها، وإنما تقوم بها بالعقد، وهذا قول فقهاء الحنفية عدا زفر رَحِمَهُ اللهُ^(٢).

(١) ينظر في تحرير محل النزاع: الحقوق المعنوية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢٣٠٣)، (بيع الحقوق المجردة) مجلة المجمع، العدد الخامس (٢٣٦٢).

(٢) ينظر: المبسوط (٨٠ / ١١)، وتبيين الحقائق (٢٣٣ / ٥)، ومجلة الأحكام العدلية ص: (١٢٦).

القول الثاني: أن المنافع تعتبر أموالاً، وهو قول جمهور العلماء من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وبه قال زُفر من الحنفية^(٤) رحمة الله تعالى على الجميع.

أدلة القولين:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل الحنفية - رحمهم الله تعالى - على ما ذهبوا إليه من أن المنافع ليست أموالاً بأدلة منها:

الدليل الأول: أن صفة المالية لا تثبت إلا بالتموّل، والتموّل صيانة الشيء وإحرازه، والمنافع لا يمكن تموّلها؛ لأنه لا يمكن إحرازها^(٥).

نوقش: بأن المنافع داخلية في وصف المال؛ من حيث ميل الطبع إليها، ولأنه يمكن تموّلها وحيازتها بحيازة أصلها ومصدرها، فتقوم العين مقام المنفعة في حيازتها ورد العقد عليها^(٦).

الدليل الثاني: أن المنافع قبل كسبها معدومة، والمعدوم لا يطلق عليه اسم المال، وبعد كسبها تتلاشى وتنفى، فلا يمكن إحرازها، وغير المحرز لا يكون مالاً متقوماً، وإذا كانت المنافع لا يمكن إحرازها، فلا يمكن أن تعتبر مالاً متقوماً^(٧).

(١) ينظر: مواهب الجليل (٧/٦)، بداية المجتهد (٢/٢٦٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (٣/١٩٧، ٤٤٢).

(٢) ينظر: مغني المحتاج (٥/٢)، المذهب للشيرازي (١/٣٦٧)، روضة الطالبين (٥/١٣).

(٣) ينظر: المغني (٥/٢١٧)، المبدع شرح المقنع (٤/٣٢٨)، المقنع والشرح الكبير (١١/٣٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٨).

(٥) المبسوط (١١/١٨٠)، بدائع الصنائع (٧/١٤٦-١٤٧).

(٦) المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة (١/١٤٣).

(٧) المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة (١/١٤٣)، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي ص: (٢٢٠).

نوقش: بأن كون المنافع معدومة قبل وجودها لا ينفي عنها المالية إذا وجدت، وأما كونها تتلاشي بعد كسبها؛ فهذا ليس بشيء؛ فإن من الأعيان ما يكون الانتفاع بعينه يذهب به بالكلية، وذلك لم ينف عنه المالية فضلاً عن المنافع المتجددة^(١).

الدليل الثالث: أن المنافع لو كانت أموالاً لكان ينبغي ضمانها بالاعتداء عليها ولكنها لا تضمن، لأن الاعتداء لا يرد عليها، فالغصب الذي هو عبارة عن إزالة يد المالك بإثبات اليد المعتدية لا يتصور في المنافع؛ لأنها أغراض لا تبقى زمانين، فيستحيل غصبها^(٢).

نوقش: بأنه استدلال في موضع النزاع، فلا يسلم؛ فالمنافع تعتبر أموالاً ويجري عليها من الأحكام ما يجري على الأعيان، وما ذكرتم من أن الغصب لا يتصور في المنافع، خلاف الواقع؛ فلو قدر أن شخصاً غصب داراً ثم سكنها فترة من الزمن وجب عليه لصاحبها أجره المثل عند الجمهور.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الجمهور - رحمهم الله تعالى - على قولهم - بأن المنافع أموال - بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: حديث سهل بن سعد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: جاءت امرأة إلى رسول الله فقالت: يا رسول الله: إني قد وهبت لك نفسي، فلم يجبه شيئاً... ثلاث مرات، فقام رجل فقال: يا رسول الله، أنكحنيها، قال: ((هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ؟))، قال: لا قال: ((أَذْهَبَ فَاطْلُبْ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ))، فذهب وطلب؛ ثم جاء فقال: ما وجدت شيئاً، ولا خاتماً من حديد، قال: ((هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ؟))، قال: معي سورة كذا، وسورة كذا، قال: ((أَذْهَبَ فَقَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ))^(٣).

(١) المرجعان السابقان.

(٢) المبسوط (٧٨/١١)، تبين الحقائق (٢٣٤/٥).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، برقم (٥١٤٩) ومسلم في كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن، برقم (٣٤٨٧).

وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد جعل صداق المرأة - المذكورة في الحديث - منفعة، وهو تعليم القرآن، ومن المعلوم أن الصداق لا يكون إلا مالا، قال ابن رجب رَحِمَهُ اللَّهُ: «لو لم تكن المنفعة مالا لما صحت لهذا الغرض»^(١).

وقال الحافظ ابن حجر: «واستدل به على جواز جعل المنفعة صداقا، ولو كان تعليم القرآن»^(٢).

الدليل الثاني: أن نصوص الكتاب والسنة قد دلت على جواز العقد على المنافع كما في الإجازة، وهذا دليل على أن الشريعة قد اعتبرت المنافع أموالاً متقومة في ذاتها، تضمن بورود العقد عليها، وضمانها فيه دليل على ماليتها بالعقد عليها^(٣).

نوقش: بأن العقد على المنافع في عقد الإجازة وارد على خلاف القياس، لأنها عقد على معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز، فكان تقومها في عقود الإجازات ضرورة اقتضاها أن الشارع قد أجاز هذه العقود لحاجة الناس إليها، واضطرارهم إلى التعامل بها^(٤).

أجيب: بأن هذه دعوى في محل النزاع؛ فلا نسلم قولكم بأن الإجازة على خلاف القياس، إذ لا يوجد في كتاب الله ولا سنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما هو على خلاف القياس، كما بين شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم - رحمه الله على الجميع -^(٥).

(١) القواعد لابن رجب (٣١٣).

(٢) فتح الباري (٩/٢٦٢).

(٣) ينظر: قواعد الأحكام (١/٢٧٠).

(٤) ينظر: الاختبار التعليل المختار (٢/٦١)، حقوق الاختراع والتأليف (٢٢٣).

(٥) مجموع فتاوي شيخ الإسلام (٢٠/٥٣٣)، إعلام الموقعين (١/٣٨٨).

الدليل الثالث: أن المنافع لو لم تكن أموالاً لما صح بذل الأموال في تحصيلها ولما بُني عليها كثير من العقود، كعقد الإجارة، والاستصناع^(١).

الدليل الرابع: أن المنفعة ينطبق عليها وصف المال؛ لأن المال اسم لما يميل إليه الطبع، والمنافع يميل إليها الطبع، ويسعى الناس في ابتغائها وطلبها^(٢).

الترجيح:

الراجح - والعلم عند الله تعالى - ما ذهب إليه الجمهور من أن المنافع تعتبر أموالاً يجري عليها من الأحكام في ذلك ما يجري على الأعيان سواء بسواء.

ثمرة الخلاف:

يترتب على الخلاف بين الجمهور والحنفية في مالية المنافع أثر كبير في الفروع الفقهية، ولعل من أشهر المسائل التي تبين ثمرة الخلاف في ذلك:

مسألة: «ضمان منافع المغصوب أو عدم ضمانها».

فالحنفية: يرون عدم إلزام الغاصب بضمان أجر المثل عن منافع المغصوب، لأنها عندهم ليست مالاً متقوماً.

والجمهور يرون إلزام الغاصب بأجرة مثل المغصوب خلال مدة الغصب سواء استوفى الغاصب منافع المغصوب أو عطلها؛ بناء على رأيهم في مالية المنافع^(٣).

وبناء على سبق ذكره في هذه المسألة من الأقوال والأدلة والترجيح، يتبين لنا أن الحقوق المعنوية ومنها حقوق المؤلف المالية منشؤها ومصدرها مالية المنافع، وهذا الترجيح هو الذي استقر عليه جمهور العلماء والباحثين والمعاصرين، وهو الراجح إن شاء الله^(٤).

(١) ينظر: المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة (١/ ٤٨).

(٢) ينظر: حق الابتكار (٧٦).

(٣) للاستزادة من ثمرات الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى كتاب تأسيس النظر لأبي زيد الدبوسي، القسم الثامن في ذكر الخلاف بين أئمة الحنفية، والإمام القرشي أبي عبد الله الشافعي (١٢٨).

(٤) ويفهم من كلام د. بكر أبو زيد رَحِمَهُ اللهُ تَخْرِيج هذه المسألة على مسألة «أخذ الأجرة على أعمال القرب» ينظر: فقه النوازل (٢/ ١٦٩).

المطلب الثالث: حكم الحق المالي للمؤلف في الفقه^(١):

اختلف الفقهاء المعاصرون في الحق المالي للمؤلف: هل هو معتبر شرعاً أم لا؟ على قولين مشهورين:

القول الأول: إن للمؤلف حقاً فيما ألفه وصنفه، ينطوي على قيمة مالية مشروعة، يجوز له التصرف فيها، ومنع الاعتداء عليها.

وإلى هذا القول ذهب أكثر الفقهاء، والباحثين المعاصرين، منهم: العلامة ابن عثيمين، وابن جبرين، والدكتور بكر أبو زيد، والدكتور عبد الله بن منيع، والدكتور صالح بن حميد، وغيرهم.

وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، والهيئة الشرعية العالمية للزكاة التابعة لبيت الزكاة بالكويت^(٢).

القول الثاني: أن التأليف لا ينطوي على حق مالي، ولا يشتمل على قيمة مالية مشروعة، يمكن المعاوضة عليها، وبالتالي فليس للمؤلف حقاً مالياً في مؤلفه ومصنفه.

وإلى هذا القول ذهب بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين ومنهم الشيخ: محمد شفيع (مفتي باكستان) والد الشيخ محمد تقي العثماني^(٣)، وأحمد الحجي الكردي، وغيرهم، ومنهم من خص المنع بأخذ العوض في العلوم الشرعية دون غيرها كالشيخ عبد الله بيه، ومحمد عبد اللطيف الفرفور^(٤).

(١) الخلاف في هذه المسألة مبني على الخلاف في المسألة السابقة وهي: «مالية المنافع» وبناء على ذلك: فيمكن أن يخرج للجمهور القول بإثبات الحق المالي للمؤلف؛ بناء على قولهم في إثبات مالية المنافع، ويخرج المنع للحنفية بناء على رأيهم في عدم مالية المنافع.

(٢) ينظر: حقوق الاختراع والتأليف (٢٣٨-٢٤٠)، فقه النوازل (١٦٨/٢)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (٢٣٥٥/٣).

(٣) الشيخ محمد شفيع رَحِمَهُ اللهُ لَهُ فتوى في هذا الموضوع باسم (ثمرات التقطيف من ثمرات الصنعة والتأليف) باللغة الأردنية، ترجمها بعض المشايخ، وقد أوردها الشيخ أبو زيد رَحِمَهُ اللهُ فِي كتاب فقه النوازل (١٢٢/٢).

(٤) ينظر: حقوق الاختراع والتأليف (٢٤١)، فقه النوازل (١٢٢-١٨٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس، (٢٥٣٤/٣)، (٣٢٥٤٤).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول - القائلون بأن للمؤلف حقاً مالياً فيما ألفه وصنفه - بأدلة كثيرة، ومنها:

الدليل الأول: ما رواه ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ))^(١).

وجه الاستدلال من الحديث: أنه إذا جاز أخذ العوض على القرآن الكريم كما دل عليه الحديث ففي السنة من باب أولى، وإذا جاز في الوحيين ففيما تفرع عنهما من المؤلفات والمصنفات من باب أولى^(٢).

الدليل الثاني: ما رواه سهل بن سعد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وفيه: ((أَذْهَبَ فَقَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ))^(٣).

وجه الاستدلال من الحديث: أنه إذا جاز أن يكون تعليم القرآن عوضاً ومهرأً تستحل به الأبضاع؛ فمن باب أولى أخذ العوض عليه، لتعليمه، ونشره بما يتعدى به نفعه، وأولى من ذلك أخذ العوض على ما هو دون ذلك من المؤلفات.

الدليل الثالث: أن التأليف عمل يد وفكر، وقد قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَطْيَبُ الْكَسْبِ عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ، وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ))^(٤).

الدليل الرابع: أن المؤلف قد سبق غيره إلى ما أنتجه عقله، وابتكره ذهنه من جديد أو تجديد، فيكون أحق به، وفي الحديث: ((مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ))^(٥).

(١) أخرجه البخاري، كتاب الطب، باب الشروط في الرقية بفاتحة الكتاب، برقم (٥٧٣٧).

(٢) ينظر: فقه النوازل (١٧١ / ٢).

(٣) تقدم تخرجه.

(٤) رواه أحمد في المسند (١٤١ / ٤)، والطبراني في الأوسط، (١٣٥ / ١)، والحاكم في المستدرک (٢ / ١٠)، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة برقم (٦٠٧).

(٥) سبق تخرجه.

الدليل الخامس: أن الإنتاج الذهني للمؤلف من قبيل المنافع المعتبرة شرعاً - كما سبق في مالية المنافع - فيتحقق فيه المناط الشرعي لاعتباره مالاً، وبذلك يكون محلاً للملك، وتجوز المعاوضة عنه شرعاً، والقاعدة: أن كل منفعة مأذون فيها شرعاً جاز بيعها وأخذ العوض عنها^(١).

الدليل السادس: أن القول بجواز الاعتياض عن حق المؤلف لا يعارض نصاً ولا إجماعاً، ولا قياساً صحيحاً، ولا قول صحابي، ولا قاعدة شرعية، بل إن ذلك موافق لقواعد الشريعة الإسلامية وأصولها ومقاصدها، وقد جرى عليه العمل في هذا العصر دون نكير^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني - القائلون بأن حق التأليف لا ينطوي على حق مالي - بأدلة منها:

الدليل الأول: أن حق التأليف ليس بهال، بل هو حق مجرد، والحقوق المجردة لا تقوم بالمال، ولا يجوز الاستعاضة أو التنازل عنها بهال كحق الشفعة، وبناء عليه: فلا يجوز بيع هذا الحق وشراؤه، لأنه يشترط في المبيع أن يكون مالاً، والحق المحض المجرد ليس بهال^(٣).

نوقش: بأنه لا يسلم بأن حق التأليف من قبيل الحقوق المحضة - المجردة - بل هو حق أصلي عيني متقرر، متقوم، يجوز الاستعاضة والتنازل عنه كما يجوز بيعه وشراؤه^(٤).

الدليل الثاني: أن حق المؤلف حق معنوي، والمالية لا تثبت إلا لما يمكن حيازته وادخاره، وبناء على ذلك: فليس للمؤلف حق مالي فيما ألفه وصنفه.

(١) ينظر: حقوق الاختراع والتأليف ص: (٢٤٦).

(٢) ينظر: المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصره (١/ ١٩٨-١٩٩).

(٣) ينظر: فقه النوازل (٢/ ١٢٣)، فتوى الشيخ محمد شفيع مفتى باكستان.

(٤) يرجع في الفرق بين الحقوق المجردة والحقوق الأصلية المتقررة إلى أقسام الحق.

نوقش: بأن حصر المال فيما يمكن حيازته وادخاره ليس مسلماً، بل المال كل ماله قيمة شرعية، وأمكن الانتفاع به انتفاعاً مباحاً؛ فليست الأموال محصورة في الأعيان، كما قدمنا في مالية المنافع^(١).

الدليل الثالث: أن في هذا السلوك كتماناً للعلم، وقد دلت الأدلة من الكتاب والسنة على تحريم كتمان العلم، ودخول كاتم العلم تحت الوعيد. نوقش: بأن هناك فرقاً بين كتمان العلم عن الناس، وبين بذله لهم بعوض مالي؛ فالوعيد في الأول دون الثاني^(٢).

الدليل الرابع: أن العلم قربة وعبادة، وليس تجارة أو صناعة، ولا سيما العلوم الشرعية، وإذا كان كذلك فإن المعاوضة عليه لا تجوز، إذ لا يجوز التعبد بعوض^(٣).

نوقش: بأن كون العلم قربة وعبادة ينبغي الإخلاص فيه، من الأمور المتفق عليها، ولكن ذلك لا ينافي استحقاق الأجر الدنيوي، فإن التأليف والتصنيف أصبح اليوم حرفة ومهنة، والقول بعدم جواز أخذ هذا العوض فيه مشقة عظيمة على المؤلف والمصنف قد تؤثر سلباً على نتاجه الفكري، ثم إن أخذ العوض الدنيوي عما يراد به الآخرة لا حرج فيه إلا إذا كان الباعث على التأليف ابتداء هو الدنيا والكسب المحض^(٤).

الدليل الخامس: أن التأليف كان موجوداً في عصور الإسلام المختلفة، ومع ذلك فلم يطالب المصنفون لهذه الكتب بحقوق مالية، ولم يكن هذا الحق معروفاً شرعاً وإنما مصدره القوانين الوضعية الناشئة في ظل الرأسمالية الغربية^(٥).

(١) ينظر: المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة (١/ ١٩١).

(٢) ينظر: المرجع السابق (١/ ١٩٦).

(٣) ينظر: حقوق الاختراع والتأليف (٢٥٨)، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/ ١٩٥).

(٤) ينظر: حماية الحقوق الفكرية (١٨).

(٥) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١/ ١٩١).

نوقش: بعدم تسليم كون مصدر هذا الحق هو القوانين الوضعية، وأن الشرع لم يتعرض له، بل هناك نصوص شرعية كثيرة تدل على أن أخذ الأجرة على التأليف سائغ شرعاً كالإذن بأخذ الأجر على الرقية، وجعل التعليم مهراً في النكاح، وأخذ الأجر على التحديث، وغيرها وعلى فرض تسليم أن مصدر هذا الحق هو القانون؛ فإن القواعد الشرعية تثبته وتقره.

أما كون هذا الحق لم يقيم في المجتمع الإسلامي رغم نشاط حركة التأليف القديم فله أسباب كثيرة ومنها على سبيل المثال:

السبب الأول: ما سبق ذكره من أن التمول مرده إلى العرف والعادة، وإذا أثبت ذلك فلقد أصبح العرف في هذا الزمن في بلاد الدنيا كافة يقضي بأن حق المؤلف يعتبر حقاً مالياً لا يجوز الاعتداء عليه.

السبب الثاني: أن التأليف - عندهم - كان عبارة عن شعور بواجب تبليغ العلم وتعليمه لاسيما في المراحل المبكرة في تدوين العلوم الشرعية التماساً للأجر والثواب من الله.

الترجيح:

الراجح - والعلم عند الله تعالى - القول الأول، الذي يقضي بأن حقوق المؤلف المالية هي حقوق معتبرة شرعاً، وأنها تنطوي على قيمة مالية، يكون لأصحابها بموجبها التصرف فيها بعوض أو بدون عوض.

وذلك لقوة أدلة وتعليلات أصحاب هذا القول وسلامتها من المناقشة، ولضعف أدلة القول الآخر، ولما ورد عليه من المآخذ والمناقشات.

ولا ريب أن المسلم إن لم تدعه حاجة في أخذ العوض - وبخاصة في المؤلفات الشرعية - فإن الأولى له عدم الأخذ؛ تحقيقاً لخلوص النية، وتجريدها مما قد يشوبها ومن دعتة حاجة، أخذ بقدر ما يدفع حاجته، ومن أغناه الله تعالى فالأولى له التعفف، والله أعلم^(١).

(١) قال الشيخ بكر أبو زيد رَحِمَهُ اللهُ: «وقد كان جماعة من العلماء المعاصرين لا يأخذون عوضاً عن مؤلفاتهم منهم شيخنا المذكور رحمه الله تعالى، وكان يزجر عن ذلك لما قلت =

ثمرة الخلاف:

الخلاف في هذه المسألة معنوي، وله أثر في مسائل كثيرة، ومنها:
 أولاً: أنه على القول بعدم ماليتها هذه الحقوق شرعاً؛ فإنه لا يجوز التصرف فيها ببيع أو إجارة أو غيرها، لعدم تحقق المالية في ذواتها.
 ثانياً: يترتب على القول بمالية حقوق المؤلف أنه ليس للمؤلف أن يمنع غيره ممن حصل على نسخة من مصنفه أن يتصرف في نسخته التي تملكها بما يشاء من أنواع التصرفات المباحة، من بيع، وهبة، وإجارة، وإعارة، ونحوها^(١).
 ثالثاً: يترتب - كذلك - على القول بمالية حقوق المؤلف تحريم التصرف في هذه الحقوق وما يجري مجراها بأي من أنواع التصرفات بغير إذن صاحب الحق، ويشمل ذلك حقوق النشر والتوزيع، والنسخ بنوعيه:
 ١ - نسخ برامج الحاسب الآلي.

٢ - وكذلك نسخ المواد المرئية والسمعية.

ويستثنى من ذلك بعض ما تمس إليه الحاجة مما لا يشكل ضرراً على صاحب الحق كالاقتباس، والاستفادة العلمية، والنسخ لغرض الانتفاع الشخصي الذي لا يقصد منه التجارة والتربح، كما أفتى بذلك الشيخ: محمد بن عثيمين رَحِمَهُ اللهُ.

وأما النسخ لغرض التوزيع الخيري: فيفهم من كلام الشيخ عبد العزيز بن باز، والشيخ محمد بن عثيمين - رحمة الله عليهما - القول بجوازه، وأنه لا ينبغي

= له لو طبع أضواء البيان طبعة تجارية لكان أكثر لانتشاره، فقال: لا أتاخر في البيان لكتاب الله تعالى، وما أظن أحداً يجترئ على كتابي فيبيعه فأدعو عليه إلا أن تصيبه الدعوة، هكذا شافهني وأنا بجانبه في المسجد النبوي الشريف، رحمه الله تعالى، ومنهم الشيخ محمد الحامد رحمه الله تعالى كما في ترجمته، وقد أدركت عدداً من علماء نجد كذلك، والله تعالى أعلم» فقه النوازل (١٨٣/٢).

(١) ينظر: حقوق الاختراع والتأليف (٢٧١).

لصاحب التأليف منع غيره من نسخ المؤلف؛ تحقيقاً لمصلحة نشر العلم، وإفادة المسلمين^(١).

والحقيقة أن هذه المسألة مشكلة جداً؛ إذ يتنازعها أصلاً عظيمها ينبغي مراعاتها على السواء:

الأصل الأول: وجوب حفظ حقوق الناس، ودفع الظلم والاعتداء عنها.
الأصل الثاني: وجوب نشر العلم، وتحريم كتمانها، والوعيد الشديد الذي توعده به كاتم العلم.

وبعد النظر والتأمل يتبين أن ليس ثمة تعارض وتضاد بين هذين الأصلين؛ إذ يمكن مراعاتهما على السواء في هذه المسألة، دون إلغاء أحدهما وإعمال الآخر، فأقول:

قد تقرر فيما سبق أن حقوق المؤلف حقوق أصلية متقررة شرعاً، وأنها تنطوي على قيمة مالية، لا يجوز الاعتداء عليها بأي حال من الأحوال ولأصحابها حرية التصرف فيها بما يرونها مناسباً ما دام هذا التصرف من التصرفات المباحة هذا من حيث الأصل، ولكن هذا الأصل ليس على إطلاقه؛ إذ قد يرد عليه ما يقيد، لأمر معتبرة شرعاً، كما إذا تعارضت مصلحة صاحب المؤلف الخاصة مع مصلحة الأمة العامة؛ فحينئذ تقدم مصلحة الأمة العامة^(٢). كما ذكر ذلك غير واحد من أهل العلم، مما يطول ذكره في مثل هذا البحث المختصر وبناء على ذلك: فلو قدر أن مؤلفاً من المؤلفات، احتاجت إليه الأمة

(١) الحقيقة أنني أهاب مخالفة الشيخين فيما ذهبوا إليه في هذه المسألة، ومع ذلك: فإن القول بتخريج حقوق المؤلف على مالية المنافع، وما ذهب إليه جمهور المعاصرين من القول بمالية حقوق المؤلف يقتضي عدم جواز الفسخ ولو كان لغرض التوزيع الخيري من غير إذن صاحب الحق.

(٢) ينظر: قواعد الأحكام (١٥٨/٢)، زاد المعاد (٤٨٠/٣)، الموافقات (٢٧٨/٢)، حقوق الاختراع والتأليف (٣٠).

فمنع مؤلفه من طبعه ونشره وحدث أن نفدت نسخه أو قلت؛ فإنه يسوغ للجهة ذات العلاقة في الدولة العمل على نشر وتوزيع هذا المؤلف، مع مراعاة حق المؤلف في ذلك، وبهذا نكون قد تمكنا من الجمع بين هذين الأصلين، ونكون - كذلك - قد راعينا الحق العام والخاص من غير ضرر بأي طرف من الأطراف، والله أعلم.

على القول بمالية حقوق المؤلف، فهل تكون هذه الحقوق مؤبدة أو تكون مؤقتة ومحدودة بزمان معين؟

اتفق القائلون بثبوت الحقوق للمؤلف على استمرار هذه الحقوق للمؤلف طيلة حياته، واختلفوا في ثبوت هذه الحقوق واستمرارها بعد وفاة المؤلف على اتجاهين^(١):

الاتجاه الأول: يرى تأقيت هذه الحقوق وعدم استمرارها مطلقاً، وإلى هذا ذهب القانونيون، فقد اتفقوا على توقيت هذه الحقوق بعد وفاة المؤلف، واختلفوا في تحديد المدة كل قانون بحسبه^(٢).

الاتجاه الثاني: اتجه الفقهاء والمعاصرين، وقد اختلفوا في تأقيت هذه الحقوق على قولين:

القول الأول: القول بعدم التأقيت واستدلوا بأدلة كثيرة لا تخرج في الغالب عن الأدلة السابقة في مالية حقوق المؤلف.

القول الثاني: القول بتأقيت هذه الحقوق كما هو رأى القانونيين في المسألة ولهم في ذلك أدلة وتعليلات لا تخرج عن الأدلة السابقة في عدم مالية حقوق المؤلف.

(١) ينظر: الحماية القانونية للملكية الفكرية (٦٥)، نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية (٦٥).

(٢) حددها القانون الفرنسي بخمسين سنة، والقانون الألماني بسبعين سنة، والقانون المصري بخمسين سنة، وأكثر الدول على تحديد المدة بخمسين سنة أسوة بالقانون الفرنسي.

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - أن هذه الحقوق مؤبدة، وغير مؤقتة، وأن ملكية أصحابها دائمة، وتنتقل بعد مماتهم لورثتهم كبقية الأملاك، وذلك لاعتضاد هذا القول بالنصوص الشرعية، ولما في القول بالتأقيت من الاضطراب.

المطلب الرابع: حكم الحق المالي للمؤلف في النظام:

اتفقت جميع الأنظمة ومنها نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية على إثبات الحق المالي للمؤلف، كما نصت على ذلك المادة التاسعة من الفصل الثالث من هذا النظام حيث جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة ما نصه: «للمؤلف أو من يفوضه حق القيام بكل التصرفات الآتية أو بعضها حسب طبيعة المصنّف ...». وجاء في البند الرابع من الفقرة الأولى ما نصه: «جميع أشكال الاستغلال المادي للمصنّف بوجه عام، بما في ذلك التأجير التجاري المسموح به».

وجاء في الفقرة الثانية منها ما نصه: «يتمتع مؤلفو المصنّفات الأدبية والفنية ومؤدوها ومعدوها ومنتجو التسجيلات السمعية وهيئات الإذاعة بحقوقهم المالية وفق ما توضحه اللائحة التنفيذية».

وكما ذكرنا آنفاً: فإنَّ حكم الحق المالي للمؤلف في النظام المعمول به في المملكة لا يختلف عن حكم الحق المالي للمؤلف في الفقه؛ وذلك لأن الحكم النظامي هنا فرع عن الحكم الفقهي المذكور، كما هو الشأن في جميع الأنظمة التي تُسنُّ في المملكة.

وقد اتفقت الأنظمة على إثبات الحقوق المالية للمؤلف في حال حياته، واختلفوا فيما بعد وفاته على رأيين: رأي يرى أنها مؤبدة، وآخر يرى أنها مؤقتة، وهذا الذي عليه أغلب الأنظمة، ومنها النظام السعودي؛ حيث نص في المادة

التاسعة عشرة من الفصل الخامس من نظام حماية حقوق المؤلف على أن تكون حماية حق المصنّف مدى حياة المؤلف، ولمدة خمسين سنة بعد وفاته^(١).

(١) ينظر: نظام حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤١، بتاريخ ٢/٧/١٤٢٤هـ، وقرار مجلس الوزراء رقم ٨٥، بتاريخ ٩/٤/١٤٢٤هـ.

المبحث الثالث

تطبيقات قضائية على حقوق المؤلف

قبل الولوج إلى شيءٍ من تلك التطبيقات القضائية المتعلقة بحقوق المؤلف، يحسن أن أشير إلى الجهة المختصة بفصّ النزاع في مثل هذه القضايا، فأقول:

إن النظر في المنازعات المتعلقة بحقوق التأليف كان موكولاً إلى لجنة شبه قضائية^(١)، وهي لجنة الفصل في مخالفات حماية حقوق المؤلف، والتي تم إنشاؤها بناءً على المرسوم الملكي رقم م/ ٤١ وتاريخ ٢٢/ ٧/ ١٤٢٤هـ، وتشكّلت اللجنة بقرار من وزير الثقافة، مكوّنة من ثلاثة أعضاء، تضم مستشاراً شرعياً وآخر قانونياً، تُصدر هذه اللجنة عقوبة: (الإنذار، الغرامة، والإغلاق، المصادرة، والتعويض، والإجراءات التحفظية، والتشهير)، ولا بد من مصادقة وزير الثقافة على العقوبة قبل تنفيذها، وللمحكوم ضد التظلم أمام ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ العلم، أو الإخطار بالقرار.

فلم تكن هذه المنازعات منظورة في المحاكم الشرعية، حتى صدر نقل اختصاص نظر الدعاوى المدنية والجزائية الناشئة عن تطبيق نظام حماية حقوق المؤلف، ونظام الاختراع، والتصميمات التخطيطية للدارات المتكاملة والأصناف النباتية، والنماذج الصناعية، إلى القضاء العام اعتباراً من تاريخ

(١) اللجان شبه القضائية هي: عبارة عن محاكم ذات اختصاص قضائي محدود، حيث يدخل في تشكيلها عنصر غير قضائي رغم أنه قد يحمل من المؤهلات الشرعية والنظامية التي تؤهله إلى هذا العمل، بالإضافة إلى أن هذه اللجان تمارس وظيفتها بإجراءات مختلفة قد تختلف عن إجراءات التقاضي العادية، وهي لا تمثل تشكيلاً من تشكيلات القضاء العادي، ولا مكوّناً من مكوّناته، في الوقت الذي تقوم فيه بالفصل في منازعات ذات صفة خاصة، ومحددة، ودعاوى من نوع خاص، على الرغم من أنها أجهزة إدارية، إلا أنها تتبع في ذلك إجراءات نصت عليها الأنظمة واللوائح الإدارية المتعددة. ينظر: اللجان شبه القضائية في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية على أهم اللجان شبه القضائية، رسالة ماجستير مقدمة من الباحث: أسامة بن سالم طفران، ص: (١٦٦).

١٤٤١/٠٦/٠١هـ؛ وذلك بناءً على نظام القضاء وآلية العمل التنفيذية الصادرين بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨)، وتاريخ ١٩/٠٩/١٤٢٨هـ، وقرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٥٥٨/١٥/٤١)، وتاريخ ٠٦/٠٣/١٤٤١هـ. وقد صدر تعميم وزير العدل رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم (١٤١٨/ت)، وتاريخ: ٢١/٥/١٤٤١هـ، والذي ينص على أن يباشر القضاء العام من خلال الدوائر والمحاكم التجارية اختصاصات النظر في مخالفات نظام حماية حقوق المؤلف ولجنة الفصل في دعاوى براءات الاختراع، على أن تنظر تلك القضايا في المحاكم التجارية المكونة من ثلاثة قضاة، والدوائر التجارية في المحاكم العامة في كافة مناطق المملكة، في حين تستمر لجنة النظر في مخالفات حقوق المؤلف، ولجنة الفصل في دعاوى براءات الاختراع بإنهاء القضايا المقيدة لديها قبل هذا التاريخ.

كما تضمن قرار وزير العدل تدريب القضاة المعنيين بالنظر في مخالفات نظام حماية حقوق المؤلف ولجنة الفصل في دعاوى براءات الاختراع في الدوائر والمحاكم التجارية، وحصر كافة القضايا المقيدة لدى الهيئة، وتوفير المبادئ القضائية الدولية في الملكية الفكرية بعد ترجمتها، وجمع السوابق القضائية لأعمال اللجان وتدوينها وفقاً للنموذج المخصص لذلك، وإيقاف استقبال الدعاوى الجديدة قبل أسبوعين من تنفيذ القرار.

ونلاحظ على أن التعميم السابق نصّ على (حصر كافة القضايا المقيدة لدى الهيئة، وتوفير المبادئ القضائية الدولية في الملكية الفكرية بعد ترجمتها، وجمع السوابق القضائية لأعمال اللجان وتدوينها).

مما يعني أن قضايا النزاع في حقوق المؤلف لم تكن ضمن ما تم جمعه من سوابق قضائية في شتى المجالات الأخرى، ذلك العمل والجهد الكبير الذي قامت به وزارة العدل من جمع السوابق القضائية وتصنيفها وترتيبها؛ ليستفيد

منها الاختصاص عموماً، والقضاة بوجه خاص، لكن تم توجيه وزير العدل بأن يتم جمع ما قامت به اللجان شبه القضائية وتدوينه، ولا شك أن هذه مبادرة طيبة منه؛ لخدمة الجانب القضائي.

وقد واجهت صعوبة في الحصول على تلك السوابق، وقد تم اختياري لسابقة قضائية تم التظلم فيها أمام ديوان المظالم، وقمت بدراستها والتعليق عليها.

السابقة القضائية

قضية رقم ٥٥٢/١ ق لعام ١٤٢٤هـ، رقم الحكم الابتدائي ١٨٩/د/١/٤ لعام ١٤٢٤هـ، رقم حكم هيئة التدقيق ٢٢٠/ت/٥ لعام ١٤٢٥هـ.

وحيث إن وقائع الدعوى تطول، ولا داعي لذكرها؛ اختصاراً؛ ولأن ما جاء في التسبيب يعطي تصوراً واضحاً عن تلك الوقائع فإني سأذكر ملخص الدعوى والوقائع حسب ما جاء في المدونة القضائية، ثم مستند الحكم، والأسباب، ثم التعليق على السابقة القضائية.

ملخص الدعوى والوقائع:

مطالبة المدعية إلغاء قرار لجنة النظر في المخالفات بوزارة الثقافة والإعلام المتضمن تغريمها مبلغاً مالياً؛ وسحب نسخ الكتاب المنشور من قبلها والمتعدية في مضمونها على كتاب آخر تملك حقوقه الشاكية - الثابت أنه وبعد الاطلاع على الكتابين محل النزاع تبين اختلاف مضمون كل منهما عن الآخر فالكتاب المنشور من قبل الشاكية كتاب حديثي، بينما الكتاب المنشور من قبل المدعية كتاب فقهي - اقتصار الكتاب المنشور من قبل المدعية على تعليق محدود في أحد أجزائه عن بعض محتوى الكتاب المنشور من قبل الشاكية مع مراعاة الأصول العلمية المتعارف عليها في النشر، ومنها ذكر الحكم مجرداً من النقولات التي

تدخل في اختصاص كتب أخرى، مع ذكر المصدر واسم المؤلف - استقرار العرف على الإشارة إلى الحكم على الأحاديث في سائر الكتب من مصادرها الحديثية مقترنة باسم المحدث وكتابه - مخالفة القرار محل الدعوى لنظام حماية حقوق المؤلف الذي حدد أوجه الاستخدام المشروعة للمصنف المحمي دون الحصول على موافقة مؤلفه، والتي منها جواز الاستشهاد بفقرات مصنف آخر بشرط أن يكون ذلك متمشياً مع العرف، وأن يكون بالقدر الذي يبرره الهدف المنشود، وأن يذكر المصدر، واسم المؤلف في المصنف الذي يرد فيه الاستشهاد. مستند الحكم بإلغاء القرار: المادتان (٨، ٣١) من نظام حماية المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١١)، وتاريخ ١٩/٥/١٤١٠هـ.

الأسباب:

حيث إن موضوع هذه الدعوى هو التظلم من قرار لجنة النظر في المخالفات بوزارة الثقافة والإعلام المنصوص عليها في نظام حماية حقوق المؤلف؛ فإن الدعوى تدخل في اختصاص ديوان المظالم بموجب المادة (٨/١/ح) من نظامه، والمادة (٣٣١) من نظام حماية حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١١)، وتاريخ ١٩/٥/١٤١٠هـ، وحيث تبلفت المدعية بالقرار محل الدعوى بموجب خطاب الوزارة رقم (٧٧٧/أ/ر)، وتاريخ ١٩/١/١٤٢٤هـ، فإن الدعوى تعتبر مقبولة شكلاً؛ لتقديمها خلال مدة الستين يوماً المنصوص عليها في الماد (٣١) من نظام حماية حقوق المؤلف، أما فيما يتعلق بالموضوع؛ فحيث إن الثابت من الدعوى والإجابة، ومن استقراء الكتابين موضوع الدعوى ما يلي:

١. أن كتاب (تمام المنة) كتاب حديثي يعنى بمصطلح الحديث والحكم على رجاله وتتبع أسانيده وأقوال أهل الجرح والتعديل في رجاله ومناقشة ذلك من هذا الوجه والحكم على الحديث، وقد اشتمل على مقدمة متكاملة في هذا الفن، بينما كتاب (فقه السنة) لا شيء من ذلك فيه سوى ما سيأتي ذكره فقط.

٢. أن كتاب (تمام المنة) يعلق على الحديث الوارد في (فقه السنة) من حيث سنده والحكم على رجاله في تعليقات قد تصل إلى ثلاث صفحات، بينما لا يعنى كتاب (فقه السنة) سوى بالحكم على الحديث الوارد في الكتاب بصورة مقتضبة جداً، ومن ذلك على سبيل المثال عبارة (ضعيف: تمام المنة) (صحيح: صحيح أبي داود) (صحيح: مسلم) (صحيح: صحيح ابن ماجه) (منكر: ضعيف أبي داود) (ضعيف: ضعيف الجامع) (تحويل المصدر لا أصل له في السنة البتة: تمام المنة).
٣. أن كتاب (تمام المنة) بحكم موضوعه لا يقتنيه في الغالب إلا المختصون من العلماء وطلبة العلم، بينما (فقه السنة) كتاب فقهي ميسر وضع لعامة الناس مما حقق له رواجاً كبيراً بينهم، وقد نوه الشيخ الألباني بهذه الخصيصة لهذا الكتاب، ولم يطرأ على الكتاب في طبعته الجديدة إلا إيراد الحكم على الحديث على هيئة نتيجة مقتضبة كما أسلفنا، وبالتالي فإن محتوى كتاب (تمام المنة) باق على أصله.
٤. أن كتاب (تمام المنة) اقتصر في تعليقه على (فقه السنة) في حدود الربع فقط وقد نص كتاب (تمام المنة) على هذه الحقيقة وهو الأمر الواقع، وقد أقر المشتكي في مرافعته أمام الدائرة بذلك وأن شكواه مقتصرة على الجزء الأول من كتاب (فقه السنة) دون بقية أجزائه، وهو الأمر الذي يخالف ما صدر به القرار محل الدعوى الصادر بسحب كتاب (فقه السنة) بإطلاق.
٥. أن تذييل أحاديث (فقه السنة) بالحكم عليها استمد من العديد من المراجع حتى في الجزء الأول منه.
٦. أن إيراد الحكم على الحديث في (فقه السنة) قد جاء متفقاً مع الأصول العلمية المتعارف عليها، حيث اقتصر على ذكر الحكم مجرداً من أي

نقولات أخرى تدخل في اختصاص الكتب الأخرى، وقد تم ذكر المصدر واسم المؤلف.

وحيث إن الثابت ما تقدم، وحيث نص نظام حقوق المؤلف في مادته (٨) على أنه: «تعتبر أوجه الاستخدام التالية للمصنف المحمي بلغته الأصلية، أو بنصه المترجم، مشروعة دون الحصول على موافقة المؤلف ... ٢ - الاستشهاد بفقرات من ذلك المصنف في مصنف آخر بشرط أن يكون ذلك الاستشهاد متمشياً مع العرف، وأن يكون الاستشهاد بالقدر الذي يبرره الهدف المنشود، وأن يذكر المصدر، واسم المؤلف في المصنف الذي يرد فيه الاستشهاد»، فإن الدائرة تنتهي إلى إلغاء القرار محل الدعوى؛ لعدم قيامه على سند صحيح، ولمخالفته صريح حكم المادة الثامنة من النظام سالف الذكر، وقد استقر العرف على الإشارة إلى الحكم على الأحاديث في سائر الكتب من مصادرها الحديثية مقترنة باسم المحدث وكتابه، وخاصة من ذلك مؤلفات الشيخ الألباني رحمه الله تعالى التي لقيت مؤلفاته في هذت الباب قبولا واسعاً.

لذلك حكمت الدائرة: بإلغاء قرار لجنة المخالفات بوزارة الثقافة والإعلام رقم (١٤٢٣/٣٣٦)، وتاريخ ٢٤/١١/١٤٢٣ هـ، والموفقة الصادرة عليه من وزير الثقافة والإعلام برقم (م/و/٦٨١/س)، وتاريخ ٢٥/١٢/١٤٢٣ هـ. والله الموفق وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

التعليق:

بدراسة القضية والنظر فيما جاء فيها من مرافعة، وما تم إقراره من لجنة المخالفات بوزارة الثقافة والإعلام، وما جاء في حكم الهيئة المكلفة بالنظر في الدعوى من ديوان المظالم وتسبيها، نخلص إلى الآتي:

١. أن محل الدعوى هو (حقوق المؤلف) حيث إن الجهة الشاكية ادّعت حصول اعتداء على حقها، وهو حق التأليف في الكتاب المذكور في

الدعوى، وتقدمت بالشكوى إلى لجنة المخالفات بوزارة الثقافة والإعلام؛ كونها الجهة المخولة بالنظر في مثل هذه الدعاوى.

٢. أن اللجنة حكمت للجهة الشاكية، بناء على العقوبات المنصوصة في النظام؛ وذلك بتغريم الجهة المشكية، وسحب الكتاب المنشور من قبلها محل الدعوى.

٣. تظلمت الجهة المشكية لدى ديوان المظالم؛ كونه الجهة التي لها السلطة في إلغاء القرارات الإدارية، وقدمت الدفع التي يمكن أن تكون سبباً في إلغاء قرار اللجنة.

٤. بالنظر في التسبيب الذي سببت به الدائرة القضائية نجد أنه استند على عدة أمور وهي:

أ. المادة الثامنة من نظام حقوق المؤلف الصادر عام ١٤١٠هـ؛ حيث نصت على أنه: «تعتبر أوجه الاستخدام التالية للمصنف المحمي بلغته الأصلية، أو بنصه المترجم، مشروعة دون الحصول على موافقة المؤلف ... ٢ - الاستشهاد بفقرات من ذلك المصنف في مصنف آخر بشرط أن يكون ذلك الاستشهاد متمشياً مع العرف، وأن يكون الاستشهاد بالقدر الذي يبرره الهدف المنشود، وأن يذكر المصدر، واسم المؤلف في المصنف الذي يرد فيه الاستشهاد»، وهو نفس ما جاء في النظام الجديد الصادر عام ١٤٢٤هـ في المادة الخامسة عشرة.

ب. المادة الحادية والثلاثون من نظام حقوق المؤلف الصادر عام ١٤١٠هـ، والتي نصت على أنه: «يحق لمن صدر ضده قرار بالعقوبة أو التعويض التظلم أمام ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه القرار الصادر من اللجنة»، وهو نفس

ما جاء في النظام الجديد الصادر عام ١٤٢٤هـ في المادة الثلاثة والعشرين مع تغيير في الألفاظ.

ت. ذكرت الدائرة الفروق بين الكتابين في ست نقاط، حيث استبعدت كون الجهة المتظلّمة أمام ديوان المظالم معتدية، وأن ما قامت به قد جاء متفقاً مع الأصول العلمية المتعارف عليها، فلا يُعدُّ هذا الفعل اعتداءً أو سرقة علمية؛ وبناءً عليه أصدرت الحكم بإلغاء قرار اللجنة.

ومن خلال هذه السابقة القضائية يتبين لنا أن النظام في المملكة العربية السعودية قد كفل للمؤلف حقوقه كاملة، ومنع من التعدي عليها بأي وجه كان، وبما سبق الإشارة إليه من القرار الذي نقل اختصاص نظر الدعاوى المدنية والجزائية الناشئة عن تطبيق نظام حماية حقوق المؤلف إلى المحاكم، يؤكد لنا حرص المنظم على هذه الحقوق وأن شأنها شأن جميع الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية، وليس لأحد أن يعتدي على أي حق ليس له، وأن الشريعة هي الحاكمة عند النزاع والتخاصم، كما قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [سورة النساء: ٦٥].

الملاحق

الملحق الأول

قرار الجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة

«الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته التاسعة، المنعقدة بمبنى «رابطة العالم الإسلامي» في مكة المكرمة في الفترة من ١٢-١٩ رجب ١٤٠٦هـ، قد نظر في موضوع حقوق التأليف لمؤلفي الكتب والبحوث والرسائل العلمية: هل هي حقوق ثابتة مملوكة لأصحابها، وهل يجوز شرعاً الاعتياض عنها؟

وعرض على المجلس التقارير والدراسات التي هيأها في هذا الشأن بعض أعضاء المجلس وبعد مناقشة المجلس المستفيضة لآراء بعض الباحثين المعاصرين في هذه المسألة انتهى المجلس إلى القرار التالي:

أولاً: إن الكتب والبحوث قبل ابتكار طرق النشر بالمطابع التي تخرج منه الآلاف المؤلفة من النسخ، حين لم يكن في الماضي وسيلة لنشر الكتاب إلا الاستنساخ باليد، لم يكن نسخ الكتاب عدواناً على المؤلف، واستثماراً من الناسخ لجهود غيره وعلمه، بل بالعكس، كان خدمة له، وشهرة لعلمه، وجهوده.

ثانياً: أما بعد ظهور المطابع فقد أصبح الأمر معكوساً تماماً، فقد يقضي المؤلف معظم عمره في تأليف كتاب نافع، وينشره لبيعه، فيأخذ شخص آخر نسخة منه فينشرها بالوسائل الحديثة طبعاً وتصويراً، ويبيعه مزاحماً مؤلفه ومنافساً له، أو يوزعه مجاناً ليكسب بتوزيعه شهرة، فيضيع تعب المؤلف وجهوده، فيجب أن يعتبر للمؤلف والمخترع حق فيما ألف أو ابتكر، وهذا

الحق هو ملك له شرعاً، لا يجوز لأحد أن يسطو عليه دون إذنه، وذلك بشرط أن يكون الكتاب أو البحث ليس فيه دعوة إلى منكر شرعاً، أو بدعة أو أي ضلالة تنافي شريعة الإسلام، وإلا فإنه حينئذ يجب إتلافه، ولا يجوز نشره^(١) والله ولي التوفيق وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه».

قلت: (إن هذه النتائج التي انتهى إليها المجمع لتؤكد كل ما سبق ذكره من أسباب عدم بروز هذا الحق عند الفقهاء المتقدمين، وظهوره وبروزه بشكل لافت لدي المعاصرين نتيجة للثورة العظيمة في المجالين الصناعي والمعرفي).

(١) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي (موقع الرابطة).

الملحق الثاني

قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة التابع لمنظمة التعاون الإسلامي

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١-٦ جمادي الأول عام ١٤٠٩ هـ، وبعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله قرر ما يلي:

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموّل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

قلت: (وهذا يؤيد ما أسلفناه من أن التمويل مرده العرف والعادة، فما دل العرف والعادة على تموله وجاز شرعاً الانتفاع به فهو مالاً، وما لا فلا).
ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش.
قلت: (وهذا أثر من آثار القول بهالية الحقوق وهو القول الراجح الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء والباحثين والمعاصرين).

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها، والله أعلم^(١).

قلت: (وهذا الشأن في كل ما ثبت بالشرع أنه حق، فلا يجوز التعدي عليه بأي نوع من أنواع الاعتداء، فإن حقوق العباد مبنية على المشاحة، ولا سيما ما يتعلق منها بالمال، حيث جلبت النفوس على حبه والتعلق به وطلبه).

(١) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي بجدة، القرارات من (١-٩٧)، دار القلم.

الملحق الثالث

فتوى هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على رسوله وآله وصحبه... وبعد:
فقد اطلعت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء على ما ورد إلى
سماحة المفتي العام من المستفتي / ماجد عبادي محمد، والمحال إلى اللجنة من
الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء برقم (٢١٤٤)، وتاريخ ٨ / ٥ / ١٤١٦ هـ، وقد
سأل المستفتي سؤالاً هذا نصه:

«أعمل في مجال الحاسب الآلي منذ فترة، ومنذ أن بدأت العمل في هذا
المجال أقوم بنسخ البرامج للعمل عليها، ويتم ذلك دون أن أشتري النسخ
الأصلية لهذه البرامج، علماً بأنه توجد على هذه البرامج عبارات تحذيرية
للسنخ، مؤداها أن طرق النسخ محفوظة، تشبه عبارة: (حقوق الطبع محفوظة)
الموجودة على بعض الكتب، وقد يكون صاحب البرنامج مسلماً أو كافراً،
وسؤالي هو: هل يجوز النسخ بهذه الطريقة أم لا؟

وبعد دراسة اللجنة للاستفتاء: أجابت بأنه لا يجوز نسخ البرامج التي
يمنع أصحابها نسخها إلا بإذنهم؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الْمُسْلِمُونَ عَلَى
شُرُوطِهِمْ))، ولقوله: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَبِيعَةٍ مِنْ نَفْسِهِ)).
وقوله: ((مَنْ سَبَقَ إِلَى مَبَاحٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ))، سواء كان صاحب هذا البرنامج
مسلياً أو كافراً غير حربي؛ لأنَّ حق الكافر غير الحربي محترم كحق المسلم.
والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم^(١).

اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء.

نائب الرئيس
عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ
عضو
صالح بن فوزان الفوزان

رئيس اللجنة
عبد العزيز بن عبد الله بن باز
عضو
بكر بن عبد الله أبو زيد

(١) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، الفتوى رقم: (١٨٤٥٣)، وتاريخ
١٤١٧/١/٢ هـ.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وصلى الله وسلم على من ختم به ربه جميع النبوات والرسالات وبعد:

فإني أحمد الله تعالى وأشكره على ما مَنَّ به عليَّ من إتمام هذا البحث، وفي ختامه أضع بين يدي القارئ أهم ما تم التوصل إليه من النتائج:

أولاً: أن التعريف الأقرب للحق عند الفقهاء هو: (أنه اختصاص ثابت شرعاً يقتضي سلطة أو تكليفاً لله تعالى على عباده، أو لشخص على غيره).

ثانياً: يقسم الحق باعتبار صاحبه إلى ثلاثة أقسام: حق خالص لله تعالى، وحق خالص للعبد، وحق مشترك بين الله تعالى وبين عباده، كما يقسم الحق باعتبار محله إلى قسمين: الحق المجرد (غير المقرر)، والحق المقرر (المتعلق بالمال).

ثالثاً: الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد لجميع الحقوق المعتمدة، فما أثبتته حقاً فهو حق، وما لا فلا.

رابعاً: لم يكن لحقوق المؤلف بروز لدى العلماء المتقدمين لأسباب من أهمها أنه لم يكن لهذه الحقوق أحوال تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي في تلك الوقائع.

خامساً: يُعرَّف التأليف بأنه: (عبارة عن إبداع العالم أو الكاتب ما يحصل في النفس من الصور الذهنية العملية في كتاب ونحوه).

سادساً: يُعرَّف حق التأليف بأنه: (ما يثبت للعالم أو المؤلف من اختصاص شرعي بمؤلفه، يمكنه من نسبه إليه، ودفع الاعتداء عنه، والتصرف فيه، والاستثمار بالمنفعة المالية الناتجة عن استغلاله، استغلالاً مباحاً شرعاً).

سابعاً: يُعرَّف الحق الأدبي للمؤلف بأنه: (ما يترتب على جهد المصنف من اختصاصات غير مالية، تستوجب نسبة مؤلفه إليه، مع احتفاظه بحقه في تعديله وتنقيحه).

ثامناً: يشتمل الحق الأدبي للمؤلف على أمور منها: حق النسبة، وحق الإذن بالنشر، وحق السمعة، وحق التعديل، وحق السحب من التداول، وحق دفع الاعتداء.

تاسعاً: لم يرد في اللغة تعريف محدد للمال، والمعنى الواسع للمال في اللغة يشمل كل ما يقتنى ويملك من جميع الأشياء من المنافع والأعيان.

عاشراً: المرجع في بيان معنى المال في الاصطلاح هو العُرف، إذ القاعدة أن كل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع إلى العُرف.

الحادي عشر: التعريف المختار للمال هو: (ما يمكن تملكه، وكان ذا منفعة مباحة مطلقاً، واعتاد معظم الناس تمؤله).

الثاني عشر: القول بدخول المنافع في مسمى المال هو الراجح، وهو الذي تشهد له النصوص الشرعية، وعليه جمهور العلماء.

الثالث عشر: الحق المالي للمؤلف هو: (ما يثبت للمؤلف من اختصاص شرعي بابتكاره الذهني، يمكنه من التصرف فيه، والاستثمار باستغلاله استغلالاً مباحاً شرعاً).

الرابع عشر: الذي يترجح - والله أعلم - أن حقوق المؤلف حقوق معتبرة شرعاً وتنطوي على قيمة مالية، يكون لأصحابها بموجبها مطلق التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات المباحة شرعاً.

الخامس عشر: الأصل أن للمؤلف حق التصرف في مؤلفه بالتصرفات المباحة شرعاً، ويكون لأصحابها بموجبها مطلق التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات المباحة شرعاً.

السادس عشر: حقوق المؤلف المالية غير مؤقتة - على الأرجح - فملكية أصحابها لها دائمة، تنتقل بعد موتهم لورثتهم كسائر الحقوق.

السابع عشر: لا يجوز شرعاً التعدي على حقوق المؤلف بأي نوع من أنواع التعدي كالنشر والتوزيع والنسخ وغير ذلك بدون إذن صاحب الحق،

ومن فعل ذلك فهو معرض للعقوبة، بحسب جنس التعدي وقدره، ومرد ذلك إلى ولي الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة.

الثامن عشر: الأولى للمسلم الذي لم تدعُ الحاجة لأخذ المال مقابل مؤلفه عدم الأخذ، ولا سيما في المؤلفات الشرعية، تحقيقاً لخلوص النية، وتجريدها مما قد يشوبها.

التاسع عشر: اتفقت جميع الأنظمة، ومنها نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة على اعتبار الحقوق الأدبية للمؤلف، ولا تقبل التنازل.

العشرون: اتفقت الأنظمة على اعتبار الحق المالي للمؤلف طيلة حياته، واختلفوا فيما بعد مماته، وأغلب الأنظمة على تحديد ما بعد وفاة المؤلف بخمسين سنة أو نحوها.

الحادي والعشرون: أن دراسة السوابق القضائية في حقوق المؤلف ما زالت بحاجة إلى دراسات علمية تعنى بالجانب التطبيقي العملي.

والله تعالى أعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

فهرس المصادر والمراجع

١. أبجد العلوم، لأبي الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي، دار ابن حزم.
٢. الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، دار المعرفة - بيروت.
٣. الأشباه والنظائر، للسيوطي، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي - مصر.
٤. الإجماع، لابن المنذر، ت: صغير أحمد حنيف، مكتبة الفرقان.
٥. البحر الرائق، نجيم، دار الكتب العلمية - بيروت.
٦. التلخيص الحبير، لابن حجر، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية.
٧. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر القرطبي المالكي.
٨. الجامع في فقه النوازل، د. صالح بن حميد، الدار العربية للطباعة والنشر.
٩. الحق الأدبي للمؤلف، د. عبد الرشيد مأمون، دار النهضة العربية.
١٠. الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، د. فتحي الدريني، طبعة دمشق.
١١. الحماية القانونية للملكية الفكرية، د. عصمت عبد المجيد، د. صبري خاطر، طبعة بيت الحكمة.
١٢. الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية، عبد الله النجار، دار النهضة العربية - القاهرة.
١٣. السلسلة الصحيحة، للألباني، المكتب الإسلامي - بيروت.
١٤. الفروق، للقرافي، مطبعة إحياء الكتب العربية.
١٥. الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق.
١٦. الفقه الإسلامي أساس التشريع، د. أحمد فهمي أبو سنة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - بمصر.
١٧. القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
١٨. اللجان شبه القضائية في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية على أهم اللجان شبه القضائية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، إعداد: أسامة بن سالم طفران، إشراف: د. محمد بن عبد الرحمن الحقييل، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، معهد الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، للعام ١٤١٧ هـ.
١٩. المبسوط، للسرخسي، دار الكتب العلمية - بيروت.

٢٠. المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، د. مصطفى الزرقا، دار الفكر.
٢١. المستدرک، لأبي عبد الله الحاكم، دار المعرفة - بيروت.
٢٢. المسند، للإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة - القاهرة.
٢٣. المصباح المنير، للفيومي، المكتبة العصرية - بيروت - لبنان.
٢٤. المعاملات المالية في الفقه الإسلامي أصالة ومعاصرة، الديان.
٢٥. المعجم الوسيط، مجموعة مؤلفين، دار الفكر - بيروت - لبنان.
٢٦. المغني، لابن قدامة، دار الملك عبد العزيز.
٢٧. المنع والشرح الكبير مع الإنصاف، دار عالم الكتب.
٢٨. الملكية الفكرية، عامر الكسواني، دار الحبيب.
٢٩. الملكية في الشريعة الإسلامية، علي الخفيف، دار النهضة العربية - بيروت.
٣٠. الملكية ونظرية العقد، د. أحمد حسين، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية.
٣١. الموافقات في أصول الشريعة، للإمام الشاطبي، ت: عبد الله دراز، مكتبة الرياض الحديثة.
٣٢. إرواء الغليل، الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت.
٣٣. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، مكتبة ابن تيمية - القاهرة.
٣٤. بدائع الصنائع، للكاساني، دار الكتب العلمية.
٣٥. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد، دار الكتب العلمية - بيروت.
٣٦. تأسيس النظر، لأبي زيد الدبوسي، المكتبة الأزهرية للتراث.
٣٧. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي، دار الكتب العلمية - بيروت.
٣٨. حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدريني وآخرون، مؤسسة الرسالة.
٣٩. حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، حسين الشهراني، دار طيبة.
٤٠. حقوق والتزامات المؤلف، د. حسن بودي، دار الجامعة الجديدة للنشر.
٤١. حماية الملكية الفكرية، د. ناصر بن مشري الغامدي، دار ابن الجوزي.
٤٢. درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، دار الكتب العلمية.
٤٣. رد المحتار علي الدر المختار، محمد أمين ابن عابدين، دار الفكر - بيروت - لبنان.
٤٤. روضة الطالبين، النووي، ت: عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت.

٤٥. رياض النفوس في طبقات علماء إفريقية والقيروان، أبو بكر عبد الله بن محمد المالكي، دار الغرب الإسلامي.
٤٦. زاد المعاد في هدى خير العباد، ابن القيم، مؤسسة الرسالة.
٤٧. سنن أبي داود، دار ابن حزم.
٤٨. شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني، مطبعة صبيح - القاهرة.
٤٩. شرح تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب، عبد الكريم اللاحم.
٥٠. صحيح البخاري مع الفتح، دار السلام.
٥١. صحيح مسلم مع شرح النووي، دار الفكر.
٥٢. فتح الباري، ابن حجر، دار السلام - دار الفحاء.
٥٣. فقه النوازل، د. بكر أبو زيد، مؤسسة الرسالة.
٥٤. قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي (موقع الرابطة).
٥٥. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي.
٥٦. قواعد الأحكام، للعز ابن عبد السلام، دار القلم.
٥٧. كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، دار عالم الكتب.
٥٨. كشف الأسرار، للنسفي، دار الكتب العلمية - بيروت.
٥٩. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، حاجي خليفة، دار الفكر.
٦٠. لسان العرب، ابن منظور، دار إحياء التراث الإسلامي - بيروت - لبنان.
٦١. مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكم، دار الكتب العلمية - بيروت.
٦٢. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس.
٦٣. مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية، طبعة رئاسة الحرمين.
٦٤. مدارج السالكين، ابن القيم، دار الحديث - القاهرة.
٦٥. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ت: عبد السلام هارون، دار الجليل - بيروت.
٦٦. مغني المحتاج، للشربيني، دار المعرفة - بيروت.
٦٧. منتهى الإرادات، الفتوح الحنبلي، مؤسسة الرسالة.
٦٨. مواهب الجليل، للحطاب، دار الفكر.
٦٩. نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية، د. محمد فريد عزت.





تحرير الدعوى في ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي والمبادئ القضائية دراسة نظامية قضائية

د. محمد بن علي القرني

أستاذ مشارك - تخصص الأنظمة والقانون
قسم الفقه - كلية الشريعة وأصول الدين
جامعة الملك خالد - أبها



المقدمة

وتشتمل على أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، ومشكلة البحث وأسئلته، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته.

يتبوأ القضاء منزلة خاصة لاتصاله بحياة الناس وحقوقهم، ولذا فإن اتباع القواعد المنظمة لإجراءاته تضمن النزاهة والحياد وإيصال الحقوق لأهلها، ويعتبر حق التقاضي من الحقوق الأساسية للمواطن والمقيم في المملكة العربية السعودية (م ٤٧م النظام الأساسي للحكم)، وتمثل (الدعوى) الوسيلة المشروعة للمطالبة بالحق، وبما أن ركن الدعوى هو طلب المدعي لحقه، ومنه ينطلق القاضي في نظر الخصومة، فإن دراسة أحكامه وقواعده من الأهمية بمكان، ويزيد تلك الأهمية في النظام السعودي كونه مستمدًا من الفقه الإسلامي، لنكتشف تميز هذا النظام على أقرانه من النظم المعاصرة، وقد وقع اختياري على مسألة (تحرير الدعوى في ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي والمبادئ القضائية - دراسة نظامية قضائية -) لتكون محلاً لهذا البحث، سائلاً المولى عز وجل أن يلهمني الصواب وأن يرزقني السداد، وهو الموفق والمستعان.

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع من جوانب أهمها:

١. مكانة تحرير الدعوى بين إجراءات التقاضي وأثر صحة إجراءاته على سير الدعوى وإجراءات التقاضي.
٢. ارتباط تحرير الدعوى بعدد من العلاقات المؤثرة في الدعوى افتتاحاً وانعقاداً وسيراً.
٣. علاقة الموضوع بالجانب العلمي البحثي، والجانب العملي التطبيقي في سير المحاكمات.

أسباب اختيار الموضوع:

١. إضافة إلى ما سبق من أهمية الموضوع، فقد دعاني لاختيار الكتابة فيه:
٢. المساهمة في دراسة نظام المرافعات الشرعية، ورफده بالدراسات والبحوث ذات الأهمية النظرية والتطبيقية.
٣. رصد الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس القضاء الأعلى في موضوع البحث، ودورها في توحيد الإجراءات القضائية.

مشكلة البحث وأسئلته:

لما كانت المطالبة بالحق أمام جهات التقاضي لا بد أن تكون بالكيفية الصحيحة حتى يتمكن القاضي من النظر في الخصومة والحكم فيها بما يجعل الحقوق في أهلها، فإن منشأ أهمية (تحرير الدعوى) يظهر هنا، فالقاضي لا يحكم بمبهم ولا مجهول، ولأن تحرير الدعوى يكون في افتتاح الخصومة وينبني عليه السير فيها، كان من المناسب بحث مفهومه وحدوده، وطبيعته، وما يترتب عليه من أحكام وما يترتب على عدمه أو الخلل فيه من آثار، وما تميز به نظام المرافعات الشرعية السعودي تجاهه من قواعد تنظيمية، وهو ما أتناوله في هذا البحث من خلال الإجابة على عدد من التساؤلات، أهمها:

- ما مفهوم تحرير الدعوى؟ وما عناصر ذلك المفهوم؟ وما الفرق بينه وبين المصطلحات المشابهة؟
- ما طبيعة تحرير الدعوى وتوصيفها الشرعي والنظامي؟ وماذا ينبني على هذا التوصيف؟
- ما الآثار التي تترتب على عدم تحرير الدعوى أو الإخلال به؟

■ هل تميّز نظام المرافعات الشرعية السعودي عن غيره من قوانين المرافعات في تناول أحكام تحرير الدعوى؟ وما وجه ذلك وسببه؟

الدراسات السابقة:

يبحث الفقهاء شروط صحة الدعوى وما يتعلق بها في كتاب القضاء في عموم مدونات الفقه الإسلامي، فلا تكاد تخلو مدونة فقهية من بيان أحكامها، وفي العصر الحاضر ظهرت دراسات فقهية وقانونية عديدة تناولت نظرية الدعوى، ومع ذلك وبعد البحث والتقصي في فهارس المكتبات والأدلة البحثية والمواقع الإلكترونية لم أجد دراسة نظامية قضائية مختصة بتناول أحكام (تحرير الدعوى في ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي والمبادئ القضائية).

الجديد في البحث:

- جمع الأحكام المتعلقة بتحرير الدعوى، وما تستند إليه من نظام أو اجتهاد قضائي، وترتيبها بشكل موضوعي انتظمته خطة البحث.
- تحليل القواعد النظامية المتعلقة بتحرير الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي ولائحته التنفيذية.
- استقراء المبادئ القضائية المتعلقة بالموضوع وتحليل مضمونها واستنباط اتجاهات القضاء السعودي حوله.
- مقارنة اتجاهات نظام المرافعات الشرعية السعودي ولائحته التنفيذية ببعض النظم المعاصرة.

مما يؤيد حداثة الموضوع ومناسبة بحثه وفقاً للنظام السعودي، والله الموفق.

حدود البحث:

أ. الحدود الموضوعية: سيتم تناول مفهوم تحرير الدعوى وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة، ودراسة الأحكام النظامية الخاصة به من خلال:

١. نظام المرافعات الشرعية السعودي / الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١)، وتاريخ ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ، ولائحته التنفيذية، الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٣٩٩٣٣)، وتاريخ ١٩ / ٥ / ١٤٣٥ هـ.

٢. المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١ إلى عام ١٤٣٧ هـ^(١).

٣. مدونة التفتيش القضائي، الإصدار الأول عن المجلس الأعلى للقضاء (إدارة التفتيش القضائي).

ب. الحدود الزمانية: الأنظمة الصادرة في المملكة العربية السعودية والمبادئ القضائية حتى تاريخ إعداد هذا البحث في النصف الأول من عام ١٤٤١ هـ.

ج. الحدود المكانية: نطاق الحدود الجغرافية للمملكة العربية السعودية.

منهج البحث:

يستعمل الباحث المنهج الاستقرائي الوصفي بالرجوع إلى الأنظمة واللوائح السارية في المملكة العربية السعودية - ذات الصلة بالموضوع - كما يأخذ بالمنهج التحليلي للوصول إلى اتجاهات النظام السعودي في موضوع البحث، مقارناً بقوانين المرافعات المعاصرة، ومؤيداً - ما أمكن - بالمبادئ القضائية الصادرة عن القضاء السعودي، وقد راعيت في الكتابة البحثية ما يلي:

(١) باعتبار أن المبادئ القضائية مصدر من مصادر الأنظمة والعمل القضائي في المملكة، وقد صدرت مدونة «المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة العليا والدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا» عن وزارة العدل سنة ١٤٣٩ هـ، وجاء في تعريفها ص ٣٣ بأنها: «القاعدة القضائية العامة الموضوعية والإجرائية التي تقررها المحكمة العليا وتراعى عند النظر في القضايا والأحكام والقرارات»، وينظر في طريقة إقرارها (م ١٣ / ٢ / أ) من نظام القضاء.

١. أتناول الجانب النظامي، في مسائل البحث وفقاً لنصوص الأنظمة واللوائح محل الدراسة.
٢. أما في المسائل التي لم يشتمل النظام على نصوص تعالج موضوعها فسيكون بيان موقف النظام السعودي فيها استناداً إلى المبادئ القضائية الصادرة عن القضاء السعودي مؤيداً بما سطره الفقه الإسلامي في ذلك.
٣. المقارنة بين نظام المرافعات الشرعية السعودي وبعض قوانين المرافعات المعاصرة في موضوع البحث.
٤. أعزو الآيات القرآنية بذكر رقم الآية واسم السورة في الهامش مع كتابتها بالرسم العثماني.
٥. أعرف المصطلحات التي تحتاج إلى تعريف، وأبين معاني الكلمات الغريبة من مصادرها.
٦. عند ذكر مواد الأنظمة؛ فإنني أكتفي بنسبتها إلى النظام مع ذكر رقم المادة، وفي أول ذكر للنظام أذكر رقم الأمر باعتداده وتاريخه.
٧. توثيق المذاهب والأقوال الفقهية وآراء شراح الأنظمة من المراجع والمصادر المتخصصة.
٨. في حالة النقل من المرجع بالنص يكون المنقول بين قوسين في متن البحث، وفي حالة النقل بالمعنى يكون خالياً من الأقواس.
٩. عند الإحالة للمراجع؛ فإنني أذكر اسم المؤلف واسم الكتاب أول مرة ثم أكتفي بذكر اسم المرجع، وأكتفي باستيفاء معلومات المراجع في القائمة الخاصة بها في خاتمة البحث، ما لم يتكرر نفس الاسم؛ فإنني أذكر اسم المؤلف للتفريق بينها، وقد أذكر أسماء المؤلفين وأصحاب الآراء الفقهية مجردةً من الألقاب والأوصاف العلمية، مع تقديري ودعائي لكل من نقلت منه وأخذت عنه.

خطة البحث:

انتظمت خطة البحث في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، وفق ما يلي:
المقدمة: وفيها توطئة للموضوع وأهميته وأسباب اختياره والدراسات السابقة ومنهج البحث وخطة.

• المبحث الأول: تعريف تحرير الدعوى وعناصره، والتمييز بينه وبين تدوين الدعوى وقيد الدعوى، وفيه مطلبان:

o المطلب الأول: تعريف تحرير الدعوى وعناصره وفيه ثلاثة فروع:
- الفرع الأول: تعريف تحرير الدعوى باعتبار مفرداته.
- الفرع الثاني: تعريف تحرير الدعوى باعتبارها لقباً في علم المرافعات.

- الفرع الثالث: عناصر تحرير الدعوى.
o المطلب الثاني: التمييز بين تحرير الدعوى وبين تدوين الدعوى (تحرير صحيفة الدعوى) وقيد الدعوى، وفيه ثلاثة فروع:
- الفرع الأول: التمييز بين تحرير الدعوى وبين تدوين الدعوى (كتابة صحيفة الدعوى).

- الفرع الثاني: التمييز بين تحرير الدعوى وبين قيد الدعوى.
- الفرع الثالث: التمييز بين تحرير الدعوى وبين سؤال الخصوم أثناء المرافعة.

• المبحث الثاني: طبيعة تحرير الدعوى وعلاقاته:

• المبحث الثالث: آثار عدم تحرير الدعوى، وفيه خمسة مطالب:

o المطلب الأول: عدم استجواب المدعى عليه، وعدم طلب البينة.
o المطلب الثاني: جزاء عدم تحرير الدعوى.
o المطلب الثالث: تحرير الدعوى بعد الحكم بصرف النظر عنها.

- المطلب الرابع: العجز عن تحرير الدعوى بعد إعادة النظر فيها.
 - المطلب الخامس: الدفع بعدم تحرير الدعوى.
 - الخاتمة: وتشتمل على النتائج وفهرس المصادر والمراجع.
- وأسأل الله عز وجل السداد والقبول، وحسن القول والعمل، وصلاح النية والكلمة، وبالله التوفيق.

المبحث الأول

تعريف تحرير الدعوى وعناصره

والتمييز بينه وبين تدوين الدعوى وقيد الدعوى

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف تحرير الدعوى وعناصره:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف تحرير الدعوى باعتبار مفرداته:

تعريف التحرير:

أولاً: التحرير لغة: إقامة الشيء وإصلاحه وتخليصه من العيب والنقص والاختلاط بغيره، قال ابن منظور: تحرير الكتابة: إقامة حروفها وإصلاح السقط، وتحرير الحساب إثباته مستويًا^(١)، وقال ابن فارس: تحرير الشيء تخليصه من العيب والنقص والاختلاط بغيره^(٢).

ثانياً: التحرير اصطلاحاً: يُعرف بحسب ما يضاف إليه، فتححرير الدعوى بناء على المعنى اللغوي: تخليصها مما يشوبها من الجهل بها والوهم والغموض والفضول والاختلاط بغيرها.

تعريف الدعوى:

أولاً: الدعوى لغة^(٣):

اسم من الادعاء، أي لما يُدعى، وتجمع على (دعاوى) و(دعاوي). وتطلق على عدة إطلاقات منها ما يلي:

(١) لسان العرب ٨٢/٤.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٦/٢، وينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ص ١٢٨.

(٣) ينظر: معجم مقاييس اللغة ٢/٢٧٩، مختار الصحاح، ص ٢٠٥، لسان العرب ١٤/٢٥٧.

أ - الطلب والتمني^(١): نحو قوله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَنَكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾^(٢)، أي يطلبون أو يتمنون.

ب - الدعاء: ومنه قوله تعالى: ﴿دَعَوْنَهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ﴾^(٣).

ج - الزعم: فيقال عن مسيلمة مثلاً أنه ادّعى النبوة؛ لأنها لا تطلق عند العرب على القول المدعوم بالحجة والبرهان، بل يُسمّى ما هو كذلك: حقاً.

د - وتستعمل بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً، سواء أكان بالملك أم بالاستحقاق، بطريق المنازعة أو المسالمة. كقوله: هو لي أو ملكي، ومن هنا عرفها بعضهم بقوله: «قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره لنفسه»^(٤).

هـ - الإخبار عن النفس أو أي شيء، يقال فلان يدعي كذا عن نفسه أو يدعي حصول كذا، أي يخبر.

ثانياً: الدعوى اصطلاحاً:

١ - تعريف الدعوى في اصطلاح الفقهاء:

تعتبر الدعوى عند فقهاء الشريعة تصرّفاً له شروط خاصة، إذا توافرت؛ تحققت آثارها، وبناءً على هذا جاءت تعريفاتهم لها متقاربة، وقد عبر بعضهم بأنها قول^(٥) والبعض أنها طلب^(٦) وآخرون أنها إضافة^(٧) وغيرهم أنها إخبار^(٨)، وهي المعاني اللغوية المذكورة سابقاً، وبعد استقراء لتعريفات فقهية عديدة وما ورد عليها من مآخذ، أختار التعريف الآتي:

(١) التعريفات للجرجاني، ص ٧٢.

(٢) سورة يس: الآية ٥٧.

(٣) سورة يونس: من الآية ١٠.

(٤) شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي ١٥٩/٨.

(٥) ينظر: الدر المختار ٥٤١/٥، شرح حدود ابن عرفة ٦٠٨/٢.

(٦) ينظر: العناية على الهداية ١٤٣/٧، الذخيرة ٥/١١، المطلع، ص ٤٠٣.

(٧) ينظر: تبين الحقائق ٢٩٠/٤، البحر الرائق ١٩١/٧، المغني ٢٧٥/١٤، شرح المنتهى ٥١٨/٣.

(٨) ينظر: مغني المحتاج ٤٦١/٤، تحفة المحتاج ٢٨٥/١٠.

التعريف المختار:

«قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يُمثله، أو حمايته»^(١).

شرح التعريف:

○ قوله: «قول مقبول أو ما يقوم مقامه»: الأصل في الدعوى أن تكون بالقول ويصح أن تكون بالكتابة أو بالإشارة.

○ قوله: «في مجلس القضاء» يحترز به عن:

- الدعوى بالمعنى اللغوي، لعدم تقييدها بمجلس القضاء، وفي الاصطلاح الشرعي لا تكون إلا فيه.

- التصرفات القولية التي لا يشترط لصحتها مجلس القضاء، كالعقود من بيع ونحوه.

○ وقوله: «يقصد به إنسان طلب حق له» يحترز به عن:

- التصرفات القولية التي يشترط لصحتها حدوثها في مجلس القضاء، ولا يقصد بها مقيمها طلب حق لنفسه بل لغيره، كالشهادة والإقرار.

○ قوله: «أو لمن يُمثله» لإدخال الوكيل والولي والوصي، لصحة الدعوى بالوكالة.

○ قوله: «أو حمايته» يدخل الدعوى بعدم التعرض أي: الحق العدمي.

وجه اختيار هذا التعريف:

وهذا التعريف يُبين طبيعة الدعوى باعتبارها تصرفاً قولياً مباحاً، الأصل فيه أن يكون بوسيلة القول، مع صحته بالكتابة والإشارة عند عدم القدرة على القول. ويُميزها عن غيرها من التصرفات التي لا يشترط لها مجلس القضاء،

(١) ينظر: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، د. محمد نعيم ياسين، ص ٨٣.

وتدخل فيه أنواع الدعاوى المعتبرة عند جمهور الفقهاء بما فيها دعوى منع التعرض، والدعاوى التي يرفعها وكيل صاحب الحق، ويستبعد الدعاوى الفاسدة لكونها قولاً غير مقبول^(١).

٢- تعريف الدعوى في النظام السعودي: تترك أغلب التشريعات المقارنة تعريف الدعوى للشرح وفقهاء القانون، وعلى هذا الدرب سار المنظم السعودي في نظام المرافعات الشرعية، وقد تصدى الشرح لتعريف الدعوى، واختلف الفقه (القانوني) في تعريف الدعوى إلى آراء متعددة، أذكر منها:

٥ الاتجاه الأول: يرى أن الدعوى هي عبارة عن ادعاء معين يطلب من القاضي الحكم فيه، والادعاء طبقاً لهذا الاتجاه هو عبارة عن «تأكيد شخص لحقه أو مركزه القانوني قبل شخص آخر بناء على واقعة أساسية معينة». فالدعوى مجرد ادعاء قد يكون على أساس أو على غير أساس ومع ذلك يعترف بها قانون المرافعات ويلزم القضاء بالفصل فيها^(٢). وبصياغة أخرى هي: (مطالبة بالحق أمام القضاء) كما هو في الفقه الإسلامي، وهو أوفق لمدلول الدعوى في اللغة^(٣).

٥ الاتجاه الثاني: يرى أن الدعوى هي سلطة (حق) الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته^(٤).

فالدعوى وسيلة قانونية يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السلطة القضائية تحديداً لحماية حقه، واستعمال الدعوى أمر اختياري، فهي رخصة لصاحب الحق، فله مطلق الحرية في الالتجاء أو عدم الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقه.

(١) المرجع السابق.

(٢) مبادئ القضاء المدني، د. وجدي راغب، ص ٩٠، أصول المرافعات، د. أحمد مسلم، ص ٣٨٧، القانون القضائي الخاص، د. إبراهيم نجيب سعد ١/١٢٨.

(٣) ينظر: نظرية الدعوى، ص ٨٦ - ٨٧.

(٤) المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، أبو هيف، ص ٢٣٧.

○ **الاتجاه الثالث:** التعريف الإجرائي للدعوى باعتبارها محل العمل القضائي أو هي الأداة الفنية للحماية القضائية، فهي أداة الأفراد في الحصول على هذه الحماية كما أنها أداة السلطة القضائية في أدائها^(١) ويأخذ بهذا الاتجاه غالب فقهاء الأنظمة، وتُعرّف الدعوى حينئذ بأنها: الوسيلة القانونية التي يطلب بها الشخص من القضاء الحصول على تقرير حق له أو حمايته^(٢).

الفرع الثاني: تعريف تحرير الدعوى باعتبارها لقباً في علم المرافعات:

تحرير الدعوى: أن تكون معلومة المدعى به وتمييزها عما يلتبس بها، مصرّحاً بالطلب فيها^(٣).

وقد سَوَّى القضاء السعودي بين لزومها في جانب (طلبات) المدعي ولزومها في جانب جواب (دفع) المدعى عليه^(٤) باعتبار أن الطلب والدفع دعوى يجب تحريرها^(٥).

الفرع الثالث: عناصر تحرير الدعوى:

لا توجد قاعدة كلية لضبط تحرير الدعوى، ولم ينص نظام المرافعات الشرعية على كيفية محددة لتحريرها، والسبب في ذلك: أن الدعاوى والمنازعات متنوعة ويختلف تحرير كل دعوى بحسبها، ولكن يمكن وضع عدد من العناصر اللازمة لذلك:

١. أن تكون الدعوى بشأن موضوع واحد، فلا يجمع في دعواه بين طلبات لا علاقة بينها.

- (١) الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. محمود عمر محمود، ص ٢٢٨.
- (٢) المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد أبو الوفا، ص ١٠١، الوسيط د. فتحي والي، ص ٤٦، الوسيط، د. أحمد السيد صاوي، ص ٢١٦، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، د. عزمي عبد الفتاح، ص ١٦١.
- (٣) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين، ١/ ٣٢٠.
- (٤) جاء في مدونة المبادئ والقرارات القضائية في المبدأ رقم (١٩١٥): «كل دعوى تفتقر إلى تحرير دعوى المدعي، وجواب المدعى عليه، وتمحيص لأسباب استحقاق كل مدعٍ لما يدعيه».
- (٥) مدونة التفتيش القضائي، ص ١٨، ص ٨٣.

٢. أن يذكر في الدعوى الوقائع المؤثرة التي كانت سبباً لرفعها.
٣. أن يذكر سبب استحقاق الحق المدعى به^(١) من عقد كبيع أو إجارة أو ضمان وغير ذلك، وقد أرست المبادئ القضائية الإلزام بذكر سبب الاستحقاق عموماً وأن الدعوى تفتقر لتمحيصها^(٢) ومنها القضايا المالية^(٣)، ونص نظام المرافعات على أن القاضي يسأل المدعي عما هو لازم لتحرير دعواه بما يكفي للسير فيها^(٤)، وهو ما يفهم منه أن ذلك متروك لسلطة القاضي التقديرية واجتهاده، وأنه يسأل بما يجعل المدعى به معلوماً متميزاً متصوراً في ذهنه وأذهان أطراف الدعوى ليتمكن من السير في الدعوى والفصل فيها^(٥).
٤. أن يكون المدعى به معلوماً بما يناسبه، بذكر نوعه وجنسه وصفته ومقداره وكل ما يُميّزه عن غيره^(٦).

(١) أي سبب نشوء الحق المدعى به ووجوبه، وقد اتفق الفقهاء على وجوب ذكر سبب الاستحقاق في مسائل، واختلفوا في وجوب ذكره في مسائل أخرى، (لمطالعة الأقوال والأدلة ينظر بحث محكم بعنوان: اشتراط ذكر سبب الاستحقاق في الدعوى، للباحث القاضي عبد السلام بن حمد العيدي، منشور بمجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل بالملكة العربية السعودية، عدد (٥٤) ربيع الآخر ١٤٣٣هـ، ص ١٢٤-١٤٨).

(٢) جاء في مدونة المبادئ والقرارات القضائية في المبدأ رقم (١٩١٥): «كل دعوى تفتقر إلى تحرير دعوى المدعي، وجواب المدعى عليه، وتمحيص لأسباب استحقاق كل مدع لما يدعيه».

(٣) جاء في مدونة المبادئ والقرارات القضائية في المبدأ رقم (١٨١٠): «لتضح الدعوى وينظر في الاختصاص الولائي لا بد من تحرير المدعي دعواه ببيان مبلغ القرض وتاريخه ومقدار المبالغ الأخرى وسبب استحقاقها والتصريح بطلب الحكم له على المدعى عليه».

(٤) م (٦٦).

(٥) ينظر: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، محمود محمد بركات، ص ١٩٤-٢٠٠ (رسالة دكتوراه بجامعة دمشق)، نشر دار النفائس، الأردن، ١، ١٤٢٧هـ.

(٦) جاء في مدونة المبادئ والقرارات القضائية الصادرة عن مجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، ط ١، عام ١٤٣٨هـ في المبدأ رقم (٢٠٦): «يقتضي تحرير الدعوى في قضايا الإجارة بيان العين المؤجرة بوصفها وذكر مستند مدعي الملكية والتأكد منه»، وفي المبدأ رقم (١٨٦٣): «ينبغي =

٥. أن تكون الدعوى على سبيل القطع واليقين وبصيغة الجزم دون شك أو تردد.

٦. أن يحدد المدعي طلباته صراحة دون إجمال أو تخيير^(١).

المطلب الثاني: التمييز بين تحرير الدعوى وبين تدوين الدعوى وتيد الدعوى وسؤال الخصوم:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التمييز بين تحرير الدعوى وبين تدوين الدعوى (كتابة صحيفة الدعوى):

تدوين الدعوى (كتابة صحيفة الدعوى) بمعنى أن تكون مكتوبة بصحيفة تسلم للموظف المختص، وتكون من أصل وصور بعدد المدعى عليهم مستوفية البيانات المطلوبة نظاماً^(٢)، وصحيفة الدعوى هي الورقة (النموذج) التي يكتب المدعي دعواه فيها وفق الشكل النظامي المحدد ويقدمه للمحكمة إلكترونياً أو ورقياً^(٣).

وهذا التدوين قد يكون مستوفياً لعناصر تحرير الدعوى وقد لا يكون، لكونه إجراء افتتاحياً للدعوى لا يتم إجراؤه أمام القاضي بحضور الخصم،

= على المدعي تحديد ما يدعي به من نصيب في المدعى به، مع ذكر دليله عليه»، وفي المبدأ (١٨٧٦): «من لوازم تحرير المطالبة بالعقار ذكر حدود المدعى به ومساحته وسبب التملك»، وفي المبدأ (١٨٨٦): «من ضروريات تحرير الدعوى والحكم فيها: الكشف عن مقدار ما دفع، وما جرى عليه من صرف، وما نتج لها من أرباح...»، وهذا تأكيد لأهمية تحرير الدعوى ولزومه ولتنوعه بحسب موضوع كل دعوى.

(١) ينظر: م (٤١/١، ٢) من نظام المرافعات، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية، مرجع سابق ١/ ٣٢٠، شرح نظام المرافعات الشرعية، إبراهيم حسين الموحان، ص ٢٠٥، التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية، نبيل الجبرين ١/ ٥٦٥.

(٢) م ٤١ نظام المرافعات.

(٣) وهو متوفر ضمن الخدمات الإلكترونية التي قدمتها - مشكورة - وزارة العدل على موقعها الرسمي على شبكة المعلومات.

ولا يتم التحقق منه ومن أسبابه وأسانيده إلا في الجلسات القضائية أمام القاضي، وقد يطلب القاضي تحرير هذا التدوين أو إيضاح بعض ما ورد فيه، أو أفراد الطلبات لتتعلق بموضوع واحد وغير ذلك، فليس كل تدوين للدعوى يعتبر تحريراً لها، فالتحرير ليس معناه الكتابة بل ذكر الأوصاف والمعلومات التي تتعلق بها الدعوى، كما أن تدوين الدعوى يعتبر إجراء شكلياً لافتتاح الخصومة القضائية وتحريك إجراءاتها، بينما يعتبر التحرير إجراء موضوعياً متعلقاً بمحل الدعوى وإمكان الفصل فيها.

الفرع الثاني: التمييز بين تحرير الدعوى وبين قيد الدعوى:

قيد الدعوى هو إجراء يقوم به الكاتب المختص في المحكمة في يوم تقديمها بتسجيلها في سجل المواعيد بالمحكمة ويحدد تاريخ الجلسة لنظر الدعوى^(١)، ويترتب عليه إجراء التبليغ للمدعى عليه ليحضر الجلسة وفق الموعد المحدد في ورقة التبليغ^(٢)، فهو إجراء إداري خارج مجلس القضاء، لا يتطرق لتصحيح الدعوى وطلب تحريرها من المدعي، إذ هو عمل قضائي يباشره القاضي عند بداية نظره الخصومة ويترتب عليه توجيه الدعوى إلى المدعى عليه وطلب الجواب.

الفرع الثالث: التمييز بين تحرير الدعوى وبين سؤال الخصوم أثناء المرافعة:

إن تحرير الدعوى مسألة أولية يتعين إجراؤها عند بداية نظر الدعوى وافتتاح مداولاتها، وهو شرط لصحتها والسير فيها وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي، إذ ينبنى على ذلك توجيه الادعاء إلى المدعى عليه وطلب جوابه، أما سؤال الخصوم أثناء المرافعة والتحقق مما يطرحونه - من طلبات ودفع وبيانات - واستيضاح كلامهم، فهو إجراء لاحق لتحرير المدعي دعواه،

(١) م ٤٢ نظام المرافعات.

(٢) م ١١، ١٣ نظام المرافعات.

وهو يسير مع الخصومة حتى يقفل باب المرافعة، فيما يتصل بالدعوى، كما أنه إجراء تقديري حول المسائل التي تحتاج إلى سؤال من القاضي أو من الخصوم، وقد نصت المادة الرابعة والسبعون من نظام المرافعات على أن: «رئيس الجلسة هو الذي يتولى توجيه الأسئلة إلى الخصوم والشهود وغيرهم ممن له صلة بالدعوى، وللأعضاء 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». ومبدأ سؤال الخصوم أثناء المرافعة منصوص عليه في عموم أنظمة المرافعات والمحاكمات المعاصرة^(١).

(١) ينظر على سبيل المثال: قانون المرافعات المدنية العراقي (م ١/٥٩)، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (م ٦٥)، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي (م ٢/٧٣)، قانون أصول المحاكمات السوري (م ١٣٤)، قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني (م ٤٩٣)، قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني (م ١/٧٦).

المبحث الثاني

طبيعة تحرير الدعوى

المراد بطبيعة تحرير الدعوى بيان الوصف الشرعي والتكييف النظامي لها من خلال موقعها من إجراءات الدعوى والغرض منها والآثار التي تنتج عنها^(١)، فطبيعة العمل القانوني هي أساس أثره^(٢)، وتتضح طبيعة تحرير الدعوى من خلال النقاط التالية:

١. أنها شرط لصحة الدعوى، فمن شروط صحة الدعوى عند الفقهاء: أن يكون المدعى به معلوماً، فلا تصح الدعوى إلا محررة تحريراً يُعْلَم به المدعى، وهذا شرط متفق عليه بينهم في الجملة^(٣). مع بعض الاستثناءات كصحة الدعوى ابتداء بالمجهول في الوصية والإقرار وغيرها^(٤)، والمقصود بالعلم هنا: تمييز الحق وتصوره بين أطرافه، وقد تعددت تعبيرات الفقهاء عن هذا الشرط تارة بأن يكون معلوماً، وتارة ألا يكون مجهولاً، وتارة بأن يكون محرراً، وأخرى أن يكون محققاً بصيغة الجزم واليقين^(٥)، وقد فصل الفقهاء حدود هذا الشرط حسب أنواع الحقوق

(١) التكييف الفقهي هو: «إعطاء الوصف الفقهي للتصرفات محل البحث ويكون ذلك بالنظر إلى حقيقتها ومجانستها لما يياثلها من التصرفات التي منحت أوصافاً فقهية»، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، د. محمد عثمان شبير ص ٢٩.

(٢) القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ص ١١.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٤/ ٦٩٤، ٥/ ٣٨٤، تبصرة الحكام ١/ ١٤٨، مواهب الجليل ٦/ ١٢٥، المهذب ٢/ ٣١١، الحاوي الكبير ١٦/ ٣٠٧، الإنصاف ١١/ ٢٩٨، المغني ١٤/ ٦٧.

(٤) ينظر: شرح فتح القدير ٦/ ١٤٢، الفروق ٤/ ٧٢، القواعد لابن رجب، ص ٢٦٥.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٤/ ٦٩٤، ٥/ ٣٨٤، تبصرة الحكام ١/ ١٤٨، المهذب ٢/ ٣١١، الإنصاف ١١/ ٢٩٨، المغني ١٤/ ٦٧، الكاشف في شرح نظام المرافعات ١/ ٥٧.

وأسابها، فإذا كان المحكوم به ديناً اشترط بيان قدره وجنسه وصفته، وإن كان عقاراً اشترط بيانه بما يرفع الالتباس والاشتباه، ببيان موقعه وحدوده، فالإعلام يكون بما يميز الحق ويوضحه ويرفع عنه الإبهام والاحتمال^(١). والحكمة من هذا الشرط:

أولاً: أن المقصود بالحكم التوصل إلى قطع الخصومة ورد الحق إلى صاحبه، ولا يمكن ذلك إذا كان محله مبهماً أو مجهولاً لأنه لا يمكن تنفيذه، حيث يتعذر الإلزام بالوفاء لأنه لا إلزام بالجهالة.

ثانياً: أن الحكم القضائي تصرف شرعي، فيجب أن يكون مضمونه معلوماً في ذهن المحكوم له ليعلم بماذا حكم له، وفي ذهن المحكوم عليه ليستطيع الدفاع عن نفسه، وفي ذهن الحاكم ليستطيع الحكم لأن الحكم بالمجهول لا يصح، ولا يصح كذلك الإلزام بالمجهول^(٢).

ويشمل اشتراط العلم هنا:

(أ) العلم بذات الحق سواء كان عيناً أم ديناً أم حقاً شخصياً، وسواء كانت العين عقاراً أم منقولاً. فيكون معلوماً لا يتطرق إليه اللبس والغموض.

(ب) العلم بسبب استحقاقه بذكر الواقعة الشرعية التي يعتمد عليها في استحقاقه^(٣).

وقد لاحظ بعض الباحثين أن الفقهاء لم يتشددوا في تطبيق هذا الشرط بل احتاطوا بأمرين:

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٢٢، معين الحكام، ص ٥٦، الفتاوى الهندية ٤/٣، الفروق ٤/٧٢، تبصرة الحكام ١/١٣١، المهذب ٢/٣١٠، روضة الطالبين ١٢/٨، الفروع ٦/٤٦١، المغني ٦٨/١٤.

(٢) ينظر: معين الحكام، ص ٥٤، نظرية الدعوى، ص ٣٤٣، الدعوى القضائية، ص ١٦٢.

(٣) ينظر: نظرية الدعوى، ص ٣٤٩، الدعوى القضائية، ص ٢٠٠.

○ أحدهما: ما أوردوه من مسائل تجوز الدعوى فيها بالمجهول باعتبار الحق والمصلحة.

○ والآخر: لم يتشددوا في الجزاء المترتب على تخلف هذا الشرط فلم يقولوا برد الدعوى فوراً، بل يطالب المدعي بتحرير دعواه واستكمالها، فإذا أكملها صحّت دعواه، وإن لم يكملها أو تجاهل ذلك رُدّت دعواه^(١). وهذا هو ما أخذ به نظام المرافعات الشرعية السعودي إذ جاء نص المادة السادسة والستين بأن: «على القاضي أن يسأل المدعي عما هو لازم لتحرير دعواه قبل استجواب المدعي عليه، وليس له السير فيها قبل ذلك، وإذا عجز عن تحريرها أو امتنع عن ذلك، فيحكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى».

وهذه المادة بما اشتملت عليه من إجراء مستقاة من الفقه الإسلامي الذي سرى التأثير به في عموم الأنظمة الصادرة في المملكة العربية السعودية ومنها نظام المرافعات، ولذلك فإنه وبحسب اطلاعي لا توجد في أنظمة المرافعات أو المحاكمات المعاصرة مادة مقابلة لهذه المادة في نظام المرافعات السعودي، وهذا جانب تميّز وأصالة لهذا النظام، إذ تكتفي القوانين المعاصرة باشتراط ذكر المدعى به في صحيفة الدعوى التي يتم قيدها في افتتاح الدعوى مشتملة على ذكر الوقائع والأدلة وطالبات المدعي وأسانيدها^(٢)، علماً أن هذا الإجراء الشكلي منصوص عليه في نظام المرافعات الشرعية السعودي (م ٤١)، ولم يكتفِ النظام بذلك بل نص على مسألة تحرير الدعوى بخصوصها

(١) ينظر: نظرية الدعوى، ص ٣٤٧، ٣٧٢.

(٢) ينظر على سبيل المثال: قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري (م ٦٣)، قانون المرافعات المدنية العراقي (م ٤٦)، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (م ٤٥)، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي (م ٤٢)، قانون أصول المحاكمات السوري (م ٩٥)، قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني (م ٤٤٣، ٤٤٥)، قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني (م ٥٦).

كما تقدّم مقتضياً أثر الفقه الإسلامي، وصرحت المادة (٦٦) المذكورة آنفاً بعدم السير في الدعوى قبل تحريرها بما يعني افتقار الدعوى لهذا الإجراء^(١).

٢. أن تحرير الدعوى من المسائل الأولية التي يتعين عملها^(٢) عند نظر الدعوى، بل يتوقف السير في الدعوى على استكمالها أو الفصل فيها، وجاء تعريف المسائل الأولية في نظام المرافعات بأنها: «الأمور التي يتوقف الفصل في الدعوى على البت فيها مثل - البت في الاختصاص، والأهلية، والصفة، وحصر الورثة - قبل السير في الدعوى».

(اللائحة ٣٠ / ١).

٣. أن تحرير الدعوى يحدد نطاقها وجهة الاختصاص القضائي بنظرها^(٣) فطلبات المدعي هي التي تحدد النطاق الموضوعي للخصومة القضائية - محلاً وسبباً وأشخاصاً - والتي يجب أن يكون الحكم القضائي ملائماً لها وفاصلاً في شأنها، حيث يلتزم القاضي بالفصل في الطلبات المطروحة أمامه وإصدار الحكم فيها^(٤)، «إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية المذكورة، فلصاحب الشأن أن يطلب من المحكمة أن تكلف خصمه بالحضور أمامها وفقاً للإجراءات المعتادة لنظر هذا الطلب، والحكم فيه». (المادة ١٧٥ مرافعات)، ولا يجوز للقاضي أن يقضي في شيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، وإلا كان هذا محلاً للاعتراض على الحكم بالتماس إعادة النظر فيه^(٥)، وهذا يجلي أهمية تحرير الدعوى وأثرها في سيرها والحكم فيها.

(١) مبدأ (١٩١٥) وسبق إيراده ص ١٤٥ من البحث.

(٢) نص المبدأ (٢٠٦١) في مدونة المبادئ والقرارات القضائية ص ٥١٣.

(٣) مبدأ (١٨١٠) وسبق إيراده ص ١٤٦ من البحث.

(٤) الوسيط في شرح نظام المرافعات د. محمود عمر، ص ٣٢٦.

(٥) م (٢٠٠) مرافعات.

٤. المدعي هو المسؤول عن تحرير الدعوى وهو الذي يطالب بها وفقاً لنص المادة (٦٦)^(١)، ويتم إفهامه بذلك^(٢)، وقد أعطى نظام المرافعات الشرعية للقاضي سلطات واسعة في هذا الشأن في نص المادة (٦٦)، فالقاضي هو الذي يقدر ما هو لازم لسير الدعوى ليكمّله المدعي قبل جواب المدعي عليه، ويحكم بصرف النظر عن الدعوى عند عدم مبادرة المدعي بتحرير دعواه^(٣)، وهذا يؤكد مبدأ حياد القاضي إذ يتقيّد بطلبات الخصوم ولا يقضي بعلمه ولا بما لم يطلبوه^(٤)، وهو مما ذكره الفقهاء^(٥)، ويذكر شراح النظام أن سؤال المدعي عمّا هو لازم لتحرير دعواه واستفهامه لا يعتبر من تلقين الخصم حجته، للأسباب التالية:

- (أ) أن تحرير الدعوى شرط لنظرها والفصل فيها، فسؤال القاضي هنا لازم لتحريرها من باب الإتيان بشرط الشيء.
- (ب) أن من الخصوم من يجهل بعض عناصر الدعوى أو ينسى إيرادها بدايةً، فكان للقاضي السؤال عن ذلك.
- (ج) أن مهمة القاضي هنا هي السؤال، وعلى المدعي الجواب، فصدور تحرير الدعوى حقيقة هو من المدعي.
- (د) أن هناك فرقاً بين الدعوى وبين الحجة على الدعوى، والمحظور هو تلقين الخصم حجته^(٦).

(١) نص المبدأ (١٩٦٦) على أنه: «إذا لم يتم تحرير الدعوى... فعلى القضاة إفهام المدعي بأنه يلزمه تحرير دعواه... وإذا امتنع فيحكمون بصرف النظر لعدم تحريرها» مدونة المبادئ والقرارات القضائية، ص ٤٩٥. وفي المبدأ (١٩٦٧): «... فالمدعي هو من يحرر دعواه» مدونة المبادئ والقرارات القضائية، ص ٤٥٩.

(٢) جاء في مدونة المبادئ والقرارات القضائية في المبدأ رقم (٧٠٣): «... وينبغي إفهام المدعي أنه متى حرر دعواه سُمعت».

(٣) أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، د. هشام عوض، ص ٣١٨.

(٤) المرجع السابق، ص ٣٤٧.

(٥) ينظر: الحاوي ٢٩٩/١٧، الفروع ١١/١٦٧.

(٦) ينظر: التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية، د. نبيل الجبرين، ١/٥٦٦-٥٦٧.

٥. يكون تحرير الدعوى شفويًا وهو الأصل، ولأنه يمكن المحكمة من استجلاء الوقائع أو المعلومات التي تتطلب إيضاحاً مباشراً، وأجاز النظام تقديمها مكتوبة ونصت المادة الخامسة والستون على أن «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...»، ويرى بعض الشراح أن تحرير الدعوى أمام القاضي لازم ولو كانت محررة على الورق من باب تقرير المدعي بما يطلبه فالتحرير كالتقرير^(١).

(١) ينظر: شرح نظام المرافعات الشرعية إبراهيم حسين الموجدان، ص ٢٠٥، الوسيط، د. محمود عمر، ص ٢٨٨.

المبحث الثالث

آثار عدم تحرير الدعوى

وفيه خمسة مطالب:

إذا لم يحرر المدعي دعواه، وسأله القاضي تحريرها، ولم يُجب القاضي إلى ذلك عجزاً أو امتناعاً، فيترتب على ذلك جملة من الآثار، بيانا في المطالب التالية:

المطلب الأول: عدم استجواب المدعى عليه، وعدم طلب البينة:

تقوم الدعوى على وسيلتين هما: الطلبات والدفع، فالطلبات وسيلة المدعي للحصول على الحماية القضائية والحكم لصالحه في مواجهة الطرف الآخر، والدفع وسيلة الرد على طلبات المدعي حتى لا يحكم له بدعواه^(١)، ويضمن النظام للمدعى عليه حق الدفاع للرد على الدعوى، ويقتضي هذا تمكينه من الاطلاع على الدعوى، وموضوعها وأسانيدها وطلباتها وإجراءاتها؛ حتى يتمكن من الدفع التي يراها لصالحه أثناء سير المحاكمة، أو لتمكينه من الاعتراض بذلك بعد صدور الحكم، كما يقتضي أن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم قبل قفل باب المرافعة في الدعوى - سواء تكلم فعلاً أم بتمكينه من الكلام والرد على ما يُطالب به -، وبهذا يتحقق مبدأ المواجهة بين الخصوم، وترتيب حق الدفاع كمبدأ إجرائي سائد في النظم القضائية الإجرائية، وكضمانة للعدالة والمساواة بين الخصوم، لتتقابل ادعاءاتهم التي تساعد القاضي في الوصول إلى حقيقة الدعوى والحكم فيها^(٢).

(١) ينظر: أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، د. هشام عوض، ص ٢٣٧، ٢٦٢.

(٢) ينظر: الوسيط، د. محمود عمر، ص ٢٨٨، ٤٢٣.

وحيث أخذ النظام السعودي بلزوم تحرير الدعوى - موضوعاً وطلبات وأسائيد - فإن الدعوى غير المحررة تعتبر ناقصة يجب إكمالها، ولا يصح أن يطلب القاضي البيئة من المدعي^(١)، ولا الجواب من المدعى عليه، ولو طلبه فله أن يمتنع عن الإجابة.

المطلب الثاني: جزاء عدم تحرير الدعوى (صرف النظر لعدم تحرير الدعوى وعدم السير فيها):

الأصل في الأعمال الإجرائية^(٢) للدعوى أن تتم صحيحة مستوفية لمقوماتها وشروطها، حتى لا تتعرض لجزاء إجرائي، لأنها ترسم طريق الوصول إلى الحق واستيفائه والمراحل التي يسير فيها، والأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها^(٣)، ويرتب النظام جزاء على مخالفة الإجراءات حيث ينصب الجزاء إمّا على الخصومة القضائية بكاملها - كشطب الخصومة وسقوطها أو صرف النظر عنها - أو على إجراء من إجراءاتها - كالبطلان -.

وإجراءات تحرير الدعوى بما تنطوي عليه من البيانات التي نصت عليها المادة (٤١) من نظام المرافعات، لم ينص النظام فيها صراحة على البطلان - حين افتتاح الدعوى - حال عدم تضمنها لتلك البيانات أو بعضها، ولذا فمن حق الخصم أن يتمسك بالبطلان لهذا السبب، وأن يثبت أن تخلف تلك البيانات المتعلقة بتحرير الدعوى قد فوّت عليه مصلحة أو ألحق به ضرراً^(٤)، ويكون للقاضي سلطة تقدير البطلان^(٥).

(١) جاء في مدونة المبادئ والقرارات القضائية في المبدأ رقم (٢٠٣): «طلب القاضي البيئة من المدعي على دعوى غير محررة لا يصح».

(٢) الإجراء هو: التصرف الذي يتخذه القاضي أو أعوانه أو الخصوم أو غيرهم ممن له تعلق بالدعوى لأجل تسييرها وفقاً لأحكامها المقررة في المرافعات شرعية أو نظامية. الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله آل خنين ٢٦/١.

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ٢٠٢/١.

(٤) ينظر: أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، د. هشام عوض، ص ٣١٠، ٣٠٩.

(٥) م ١/٥ لائحة نظام المرافعات.

والنظام وإن لم ينص على البطلان حين افتتاح الدعوى بدعوى غير محررة، لكنه أتاح للقاضي - قبل المدعى عليه - سلطة مطالبة المدعي بما يلزم لتحريرها، فليس له رد الدعوى لتحريرها، ولا رفع الجلسة لذلك بل يسأل المدعي في ذات الجلسة عما هو لازم لتحرير دعواه^(١)، فيسأل عن موضوعها وسببها وأسانيدها، «وليس له السير فيها قبل ذلك، وإذا عجز عن تحريرها أو امتنع عن ذلك، فيحكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى» (م ٦٦ مرافعات)، و«إذا حكمت الدائرة بصرف النظر عن الدعوى لعدم تحريرها، فتصدر صكاً بذلك وينحصر الحكم لطرق الاعتراض» (١ / ٦٦ لائحة مرافعات)، ومعنى صرف النظر عدم صحته وإمكانه لعدم تحرير الدعوى وهو شرط لصحتها، وهو حكم يصدره القاضي، فإذا لم يقتنع به المدعي فله الاعتراض أمام الاستئناف^(٢).

المطلب الثالث: تحرير الدعوى بعد الحكم بصرف النظر عنها:

إن الحكم بصرف النظر عن الدعوى حكم شكلي، فهو لا يتناول الحكم في موضوع الدعوى (الحق المتنازع فيه)، ويكون قبل بحث الدعوى والاستماع للمدعى عليه، ولا يمنع النظر فيها لاحقاً، فيجوز إعادة النظر في ذات الدعوى بعد استكمال ما يلزم لها، فمن المبادئ القضائية أن «صرف النظر لا يمنع سماع الدعوى إذا وجد المدعي البينة، لأن مجرد صرف النظر ليس حكماً - أي في الموضوع - وهو لا يمنع من سماع الدعوى عند توافر مسوغ سماعها ما لم يمنع

(١) مدونة التفيتش القضائي ملحوظة رقم (٤٠٩)، ص ٣١٩.

(٢) مبدأ (١٨٤٢): «إذا صح أن الدعوى غير محررة فيصرف القاضي النظر عنها حتى تحريرها ويعامل من لم يقتنع لذلك بمقتضى تعليقات التمييز» مدونة المبادئ والقرارات القضائية، ص ٤٧١، ونص المبدأ (١٩٦٦) على أنه: «إذا لم يتم تحرير الدعوى... فعلى القضاة إفهام المدعي بأنه يلزمه تحرير دعواه... وإذا امتنع فيحكمون بصرف النظر لعدم تحريرها» مدونة المبادئ والقرارات القضائية، ص ٤٩٥.

- من ذلك مانع معتبر شرعاً، ولا يفتقر سماع الدعوى إلى إلغاء صرف النظر، لأنه ليس حكماً قاطعاً...»^(١). ويترتب على هذا أنه إذا حرر المدعي دعواه بعد صدور الحكم بصرف النظر عنها لا متناعه أو عجزه عن تحريرها:
١. تختص الدائرة التي أصدرت الحكم ولو اكتسب الحكم القطعية بنظر الدعوى (٢٦ / ٢ لائحة نظام المرافعات)، بمعنى أنها لا تكون قضية جديدة بإحالة جديدة.
 ٢. يبدأ القاضي تسيير الخصومة بين الأطراف وفق القواعد الإجرائية في النظام.

المطلب الرابع: العجز عن تحرير الدعوى بعد إعادة النظر فيها:

- إذا تقدّم الخصم للدائرة أنه قام بتحرير الدعوى واستكمل ما يلزم لها، ثم ظهر للقاضي عدم تحرير الدعوى فيحكم القاضي كذلك بصرف النظر عن الدعوى لعدم تحريرها وفقاً لما تقدم في المطلب السابق.
- وإذا ظهر له بمجموع القرائن المحيطة بالدعوى أن امتناع المدعي عن تحريرها أو إظهاره العجز عن ذلك من باب التعنت واللّد في الخصومة فله الحكم بكيدية الدعوى لنص المادة الثالثة (الفقرة الثانية) من نظام المرافعات أنه: «إن ظهر للقاضي أن الدعوى صورية أو كيدية وجب عليها رفضها، وله الحكم على من يثبت عليه ذلك بتعزير». ويترتب على ذلك:
١. للقاضي الحكم بتعزير المدعي إذا ثبت لديه كيدية دعواه، حيث تنص (م ٣ / ٢ نظام المرافعات) أنه: «إن ظهر للمحكمة أن الدعوى صورية أو كيدية وجب عليها رفضها، ولها الحكم على من يثبت عليه ذلك بتعزير».

(١) مبدأ رقم (١٧٠٤) مدونة المبادئ والقرارات القضائية، ص ٤٤١.

٢. يخضع الحكم بالتعزير لكيدية الدعوى لطرق الاعتراض، حيث تنص (م ٦ / ٣ لائحة نظام المرافعات) على أن «يكون الحكم بالتعزير لكيدية الدعوى أو صورتها مع الحكم برفض الدعوى - إن أمكن -، ويخضع لطرق الاعتراض».

٣. إذا تضرر المدعى عليه من دعوى المدعي وثبتت كيديتها ف «للمتضرر في الدعاوى الصورية أو الدعاوى الكيدية المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بطلب عارض، أو بدعوى مستقلة لدى الدائرة نفسها، ويخضع الحكم لطرق الاعتراض» (م ٥ / ٣ لائحة نظام المرافعات).

المطلب الخامس: الدفع بعدم تحرير الدعوى:

يُقصد بالدفع في نظام المرافعات: الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة، دون التعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه ليتفادى مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه^(١). والدفع بعدم تحرير الدعوى: قول يأتي به المدعى عليه رداً على الدعوى ليدفع به الخصومة بما يردها عنه دون التعرض لموضوع الدعوى بتصديق أو تكذيب^(٢).

ويُصنّف هذا الدفع ضمن حالات الدفع بعدم القبول، لأنه يوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى لعدم توافر شروط قبولها أو سماعها، ويهدف إلى منع المحكمة من النظر فيها دون التعرّض لموضوعها أو مدى أحقيّة المدعي في طلبه، وهو لا يُوجّه إلى إجراءات الخصومة ولا إلى ذات الحق المدعى به، بل يوجه إلى الدعوى ذاتها لعدم توافر شروطها^(٣)، فيُقصد منع عدم سماع

(١) نظرية الدفع في قانون المرافعات، د. أحمد أبو الوفا، ص ١١.

(٢) الكاشف، آل خنين، مرجع سابق ٣٥٤ / ١.

(٣) ينظر: نظرية الدفع في قانون المرافعات، د. أحمد أبو الوفا، ص ١٦.

الدعوى لانخراط شرط من شروطها فتُدفع الخصومة مؤقتاً ما دامت على تلك الحال، ويعاد السير فيها بعد تصحيحها بإتمام الإجراء المطلوب^(١).
فإذا دفع المدعى عليه بعدم تحرير صحيفة الدعوى فإن تقدير هذا الدفع يرجع إلى القاضي، فإن رأى صحته أفهم المدعي بتحرير دعواه وسأله عما هو لازم لذلك، وإن رأى عدم صحة هذا الدفع أو ظهر له مما طلة المدعى عليه باستعماله طلب منه الرد على الدعوى فـ «إذا امتنع المدعى عليه عن الجواب كلياً، أو أجاب بجواب غير ملائٍ للدعوى، كرر عليه القاضي طلب الجواب الصحيح ثلاثاً في الجلسة نفسها، فإذا أصر على ذلك عدّه ناكلاً بعد إنذاره، وأجرى في القضية المقتضى الشرعي» (م ٦٧ نظام المرافعات).

(١) ينظر: الكاشف، آل خنين، مرجع سابق ١/ ٣٥٥.

خاتمة البحث

- في ختام هذا البحث أُسجِّل أهم النتائج التي خلُصتُ إليها فيما يلي:
- معنى تحرير الدعوى أن تكون معلومة المدعى به وتمييزها عما يلتبس بها، مُصرِّحاً بالطلب فيها، وقد ميَّزْتُ هذا المصطلح عن بعض المصطلحات المشابهة.
 - ذكرتُ عناصر تحرير الدعوى في الجملة؛ لأن الدعاوى والمنازعات متنوعة ويختلف تحرير كل دعوى بحسبها.
 - تحرير الدعوى شرط لصحتها، ويحدد نطاقها ويتوقف السير في الدعوى على استكمالها، فلا تُسمَع الدعوى ما دامت على تلك الحال، وللمدعى عليه الدفع بذلك.
 - يترتب على عدم تحرير الدعوى آثار، أهمها:
 - عدم استجواب المدعى عليه، وعدم طلب البيّنة لأن الدعوى تعتبر ناقصة.
 - يسأل القاضي المدعي عما يلزم لتحرير الدعوى، وإذا عجز عن تحريرها أو امتنع عن ذلك، فيحكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى.
 - صرف النظر عن الدعوى لعدم تحريرها لا يمنع النظر فيها لاحقاً، وتختص الدائرة التي أصدرت الحكم بنظرها ولو اكتسب الحكم القطعية.
 - تكفي القوانين المعاصرة باشتراط ذكر المدعى به في صحيفة الدعوى التي يتم قيدها في افتتاح الدعوى مشتملة على ذكر الوقائع والأدلة وطلبات المدعي وأسانيدها، ولا توجد في أنظمة المرافعات أو المحاكمات المعاصرة أحكام مقابلة لأحكام تحرير الدعوى في نظام المرافعات السعودي الذي نص عليها مقتضياً أثر الفقه الإسلامي.
- هذا، والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

فهرس مراجع البحث

أولاً: الكتب والمؤلفات الفقهية:

١. اشتراط ذكر سبب الاستحقاق في الدعوى، للباحث: عبد السلام بن حمد العيدي، منشور بمجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل بالملكة العربية السعودية، عدد (٥٤)، ربيع الآخر ١٤٣٣هـ، في الصفحات ١٢٤ - ١٤٨.
٢. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل لعلاء الدين المرادوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، ط ١.
٣. البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة ابن نجيم الحنفي، دار الباز بمكة ودار المعرفة ببيروت، ط ٢.
٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي - بيروت، ط ٢، ١٤٠٢هـ.
٥. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المالكي، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، ط ١، ١٤٠٦هـ.
٦. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة الزيلعي الحنفي، وبهامشه حاشية الشلبي، الطبعة الأميرية - مصر، ط ١.
٧. تحفة المحتاج بشرح المنهاج لأحمد بن حجر الهيتمي، مطبوع مع حاشيتي العبادي، والشرواني، دار الفكر.
٨. التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، د. محمد عثمان شبير، دار القلم - دمشق، ط ١، ١٤٢٥هـ.
٩. حاشية ابن عابدين المسمى (رد المختار على الدر المختار) للشيخ محمد بن عابدين، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
١٠. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي معوض - وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ.
١١. الدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، د. عدنان محمد الدقيلان، دار ابن الجوزي - الدمام ط ١، ١٤٢٩هـ.

١٢. دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس البهوتي، دار عالم الكتب - بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ.
١٣. الذخيرة لشهاب الدين القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٩٩٤م.
١٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي، بإشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
١٥. السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي لمحمود محمد بركات، (رسالة دكتوراه بجامعة دمشق)، نشر: دار النفائس - الأردن، ط ١، ١٤٢٧هـ.
١٦. شرح فتح القدير للإمام ابن الهمام الحنفي، على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني، وهامشه العناية على الهداية للبابري، تحقيق: عبد الرازق المهدي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ.
١٧. شرح مجلة الأحكام العدلية لخالد محمد الأتاسي، مطبعة السلام - حمص، ١٣٥٥هـ.
١٨. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار المعرفة - بيروت، ط ٣، ١٣٩٣هـ.
١٩. الفروع لأبي عبد الله محمد بن مفلح، دار عالم الكتب - بيروت، ط ٤، ١٤٠٥هـ.
٢٠. الفروق لشهاب الدين القرافي، دار المعرفة - بيروت.
٢١. القواعد في الفقه لعبد الرحمن بن رجب، دار المعرفة - بيروت.
٢٢. المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، دار الفكر - دمشق، ١٣٨٧هـ.
٢٣. معين الأحكام على القضايا فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي الحنفي، مطبعة مصطفى الحلبي - مصر، ١٣٩٣هـ.
٢٤. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين الخطيب الشربيني، تحقيق: علي معوض - وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ.
٢٥. المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق: أ. د. عبد الله التركي - ود. عبد الفتاح الحلو، دار هجر - القاهرة، ط ٢، ١٤١٣هـ.

٢٦. المذهب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي، دار المعرفة - بيروت ط٢، ١٣٧٩ هـ.

٢٧. مواهب الجليل على شرح مختصر خليل لمحمد بن محمد الخطاب، دار الفكر، ط٢، ١٤١٢ هـ.

٢٨. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية للدكتور محمد نعيم ياسين، دار النفائس - الأردن، ط٣، ١٤٢٥ هـ.

ثانياً: شروح الأنظمة و الكتب والبحوث القانونية:

٢٩. أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، د. هشام موفق عوض، مكتبة الشقري - جدة، ط١ / ١٤٣٧ هـ.

٣٠. أصول المرافعات، د. أحمد مسلم، دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٧٩ م.

٣١. التوضيحات المرعية لنظام المرافعات الشرعية، نبيل الجبرين، دار التدمرية - الرياض، ط٢، ١٤٣٩ هـ.

٣٢. شرح نظام المرافعات الشرعية، إبراهيم حسين الموجان، مكة المكرمة، ط١.

٣٣. القانون القضائي الخاص، د. إبراهيم نجيب سعد، منشأة المعارف - الإسكندرية، ١٩٨٠ م.

٣٤. القوة التنفيذية لحكم التحكيم، د. أحمد محمد حشيش، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ٢٠٠١ م.

٣٥. الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، عبد الله بن محمد آل خنين، دار التدمرية - الرياض، ط١، ١٤٢٧ هـ.

٣٦. مبادئ القضاء المدني في قانون المرافعات، د. وجدي راغب، دار النهضة العربية - القاهرة، ط٣، ٢٠٠١ م.

٣٧. المبادئ والقرارات القضائية الصادرة عن مجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا ط١، عام ١٤٣٨ هـ.

٣٨. مدونة التفيتش القضائي، الإصدار الأول عن المجلس الأعلى للقضاء (إدارة التفيتش القضائي)، المملكة العربية السعودية.

٣٩. المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد أبو الوفا، منشأة المعارف - الإسكندرية، ط١٣، ١٩٨٠ م.

٤٠. نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، د. عزمي عبد الفتاح، جامعة الكويت، مطبوعات الجامعة، الطبعة الأولى، ١٩٨٦ م.

٤١. نظرية الدفع في قانون المرافعات، د. أحمد أبو الوفا، دار المعارف - الإسكندرية، ط ٦، ١٩٨٠ م.

٤٢. الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. أحمد السيد صاوي، ٢٠١١ م.

٤٣. الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، د. محمود عمر محمود، دار خوارزم - جدة، ط ١، ١٤٣٦ هـ.

٤٤. الوسيط في قانون القضاء المدني، د. فتحي والي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ م.

ثالثاً: معاجم اللغة والتعريفات:

٤٥. التعريفات لأبي الحسن على الجرجاني، طبعة دار الكتاب - بيروت، ط ١، ١٤٠٥ هـ.

٤٦. شرح حدود ابن عرفة للرصاع التونسي، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٩٩٣ م.

٤٧. لسان العرب لابن منظور الإفريقي، دار صادر - بيروت.

٤٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، ت: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف - القاهرة، ط ٢.

٤٩. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ت: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ.

رابعاً: الأنظمة السعودية والمقارنة:

٥٠. نظام المرافعات الشرعية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١)، وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٣٩٩٣٣)، وتاريخ ١٩/٥/١٤٣٥ هـ.

٥١. قانون أصول المحاكمات السوري رقم ١، لعام ٢٠١٦ م.

٥٢. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤، لعام ١٩٨٨ م.

٥٣. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠، لعام ١٩٨٣ م.

٥٤. قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١، لعام ١٩٩٢ م.

٥٥. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣، لعام ١٩٦٩ م.

٥٦. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨، لعام ١٩٨٠ م.

٥٧. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣، لعام ١٩٨٦ م.



ضمان الحارس القضائي

دراسة فقهية تطبيقية

د. خالد بن سعد السرهيد
عضو هيئة التدريس بجامعة المجمعة



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه، واستنَّ بسنته إلى يوم الدين، أما بعد:

فقد جاءت الشريعة الإسلامية رحمة للعالمين، ووعد الله تعالى من قام بها بنزول البركات وكثرة الخيرات، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ ءَامَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ﴾^(١)، وإن من مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية: حفظ الأموال، ويتأكد هذا المقصد فيمن يضع يده على مال غيره على وجه الرعاية والحفظ، أو بموجب الولاية العامة أو الخاصة، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾^(٢)، ولما كان من لوازم إجراءات التقاضي في بعض الأحوال: أن يعهد القاضي بالمال لمن يحفظه، أو يديره، لضرورة إقامة العدل، وخوفاً من حقوق الضرر بأحد الأطراف، جاءت مشروعية الحراسة القضائية، التي أساس شرعيتها قائم على قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»، وهي إحدى القواعد الشرعية الكبرى المتفق عليه، وخامسة خمس قواعد تدور عليها أحكام الشرع، فالحارس القضائي ما هو إلا عون للقاضي على تحقيق العدالة، وإقامة العدل بين العالمين، ومن هنا عظم خطر هذه المهمة، ولا سيما وأن الغالب أن الحارس القضائي يضع يده على مال غيره، لا على سبيل الرضا، بل بموجب الحكم الملزم من القاضي، فللحارس القضائي ولاية على هذا المال يستمدّها من حكم القاضي، وله حق التصرف فيه بما يحفظ أصله، وينمي غلته؛ لذا كان لزاماً على هذا القائم على مال غيره، أن يكون له عناية خاصة، وأن يكون مسؤولاً عن هذا المال في حال تفريطه أو تعديه، بما يحقق صيانة أموال الآخرين، وبالأخص

(١) سورة الأعراف: الآية ٩٦.

(٢) سورة الأنعام: الآية ١٥٢. وسورة الإسراء: الآية ٣٥.

أن الحارس القضائي يُمثل القضاء، وما هو إلا نائب عن القاضي في هذه المهمة، فعليه أن يعلم واجباته كما يعلم حقوقه، بل لا بد من أن يكون الحارس القضائي على علم بما يترتب على إهماله أو تعديه على المال الذي تحت يده من أحكام؛ ليكون على بصيرة من أمره، وهو ما سوف أُسلط الضوء عليه في هذا البحث الذي عنوانته بـ (ضمان الحارس القضائي)، متوخياً في بحثي له تحقيق الأهداف التالية:

١. اطمئنان أصحاب الأموال المحروسة على أموالهم إذا علموا أن الحارس القضائي له حدود في تصرفه، وهو محاسب على ما قد يبدر منه من إساءة أو تقصير.

٢. تبصير الحارس القضائي بأحد الجوانب المهمة في العمل الذي يضطلع به، وهو موجبات ضمانه، وتحملُه التعويض عما يحصل بسبب تعديه أو تفريطه في أداء عمله.

٣. تسهيل للسلطة القضائية، ولعموم المهتمين بالاطلاع على أهم الأحكام المتعلقة بضمان الحارس القضائي في موضع واحد.

وموضوع بهذه الأهمية لا بد وأن العلماء السابقين واللاحقين قد تناولوا مسأله، وأوعبوا في أحكامه، غير أن الفقهاء لم يبحثوا أحكامه في موضع واحد بل في مواضع متعددة في أبواب الرهن والحجر والوكالة والشركة والإجارة والوديعة والوقف والوصية والقضاء، ومواضع أخرى متفرقة هنا وهناك مما يستحث الباحث على جمعها ولمّ شتاتها، كما أن الكتابات القانونية فيه وإن كثرت، فإنها تحتاج من طالب علم الشريعة أن يمحّص هذه الكتابات ويزنها بميزان الشرع؛ ليُبينَ المقبول منها من المردود، والصحيح من الفاسد.

وقد قسّمتُ هذا البحث بعد مقدمته إلى مطلب تمهيدي، بحث فيه التعريف بمفردات العنوان.

ثم أتبعته بمبحثين هما صلب البحث، فجعلت المبحث الأول: في التوصيف الفقهي للحارس القضائي، وجعلت الكلام فيه على مطلبين:

المطلب الأول: التوصيف الفقهي لعمل الحارس القضائي.

المطلب الثاني: التوصيف الفقهي ليد الحارس القضائي.

ثم المبحث الثاني: في تطبيقات ضمان الحارس القضائي، وجعلت الكلام فيه على مطلبين:

المطلب الأول: تطبيقات ضمان الحارس القضائي التي ترجع إلى وصف التعدي.

المطلب الثاني: تطبيقات ضمان الحارس القضائي التي ترجع إلى وصف التفريط.

ثم ختمت البحث بخاتمة بينت فيها أبرز النتائج والتوصيات. وقد بذلت في هذا البحث جهدي، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وهو الموفق سبحانه وعليه التكلان، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي المقصرة ومن الشيطان، والله ورسوله بريئان منه. وهذا أوان الشروع في المقصود مستمداً العون من المعبود، وما توفيقي إلا بالله، عليه توكلت وإليه أنيب.

المطلب التمهيدي: التعريف بمفردات العنوان:

الفرع الأول: تعريف الضمان:

الضمان في اللغة: مصدر ضَمِنَ الشيء، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، ومنه قولهم: ضَمَنْتَ الشيء: إذا جعلته في وعائه، وضَمَنْتَهُ الشيء تضميناً، فتضمَّنه عني: غَرَّمته فالتزمه^(١).

وأما في الاصطلاح فيطلق الفقهاء الضمان على معنيين: أحدهما خاص والآخر عام، فالضمان بالمعنى الخاص يعنون به عقداً محدداً، وهو المسمى عقد الضمان أو عقد الكفالة، وهو ضم ذمة إلى ذمة أخرى في التزام حق، وأما الضمان بالمعنى العام فهو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير^(٢)، وهذا المعنى هو المقصود في هذا البحث، وقد أورد الشوكاني رَحْمَةُ اللَّهِ تعريفاً جامعاً مانعاً مختصراً للضمان بمعناه العام فقال: «هو عبارة عن غرامة التالف»^(٣).

وقد عدلت عن استخدام لفظ المسؤولية المشهور في عصرنا هذا، وهو الذي يعتمد شراح القانون إلى لفظ الضمان وهو تعبير الفقهاء؛ لأن التعبير به أدق؛ وأدُل على المراد، فهو ينصب على الجانب المالي فحسب؛ بينما التعبير بالمسؤولية يشعر بمحاسبة الشخص من ناحية الجزاء بعيداً عن الناحية المالية^(٤)، وهذا ظاهر في الاستعمال الشرعي، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾^(٥)، وقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ)) متفق عليه^(٦).

(١) يراجع: مادة (ضمن) في: معجم مقاييس اللغة ٣/ ٣٧٢، لسان العرب ٨/ ٩٠، القاموس المحيط ١٢١٢.

(٢) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي لحمد الهاجري ١/ ٥٤-٦٢، الجامع لأحكام الكفالة والضمانات للنجار ١/ ١٢.

(٣) نيل الأوطار ٥/ ٣٩٠.

(٤) الحراسة القضائية للجوفان ٢٩٧.

(٥) سورة الإسراء: الآية ٣٦.

(٦) أخرجه البخاري، حديث (٧١٣٨)، ومسلم حديث (٤٧٠١).

هذا بالإضافة إلى ما ينطوي عليه مصطلح المسؤولية عند القانونيين من مجانبات للشريعة في أكثر من جانب، كاعتبار الخطأ ركناً للمسؤولية، مما يستبعد تضمين غير المكلف^(١)، وكالمسؤولية العقدية التي تبيح إلزام المدين بالتعويض مع إمكانية تنفيذ العقد^(٢)، وكبعض مسائل علاقة السببية^(٣)، وغير ذلك مما هو معلوم في موضعه.

وقد استخدم البغدادي رَحِمَهُ اللهُ في مجمع الضمانات هذا المصطلح: «ضمان الحارس»^(٤) إلا أن مراده بالحارس ليس هو المعنى الاصطلاحي المقصود في هذا البحث، بل مراده المعنى اللغوي للحارس وهو المكلف بحفظ المتاع ونحوه.

الفرع الثاني: تعريف الحارس القضائي:

الحارس القضائي مصطلح نظامي معاصر لم يرد ذكره بهذا اللفظ في كلام الفقهاء المتقدمين - فيما وقفت عليه -، إلا أن الفقه الإسلامي لم يكن ليغفل عن هذا التنظيم القضائي المهم، والذي لا يكاد يستغني عنه القاضي في تسييره لكثير من القضايا، وفي غايته لإحقاق الحق، وإقامة العدل بين المتخاصمين،

(١) في المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن الفعل الضار لمحمد صبري الجندي ص ٥٠٤، المصادر غير الإرادية للالتزام لعبدان السرحان ص ٢٣.

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص ١٩، مصادر الحق للسنهوري ٧٩/٦، ويلاحظ هنا أن المسؤولية العقدية تختلف معناها عن ضمان العقد عند الفقهاء، فالمسؤولية العقدية موجبة: عدم تنفيذ العقد، وضمان العقد موجب: تلف العقود عليه.

(٣) وفي هذا يقول الدكتور عبد اللطيف القرني: «مسائل السببية في القوانين الوضعية تحولت وتبدلت بسبب المتغيرات والظروف، بينما نجدتها في الشريعة الإسلامية متجانسة مع تغير الزمان والمكان؛ لأنها اهتمت بالضوابط المرنة... يعود تأصيل علاقة السببية في الفقه الإسلامي إلى معاني السبب والعلة، وارتباطها بمعنى المباشر والمتسبب، وارتباط الإفضاء كمعنى ذهني بهما» نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانوني، ص ٥٤٦.

(٤) مجمع الضمانات ١/١١٧.

ولذلك وردت أحكام الحارس القضائي في مدونات الفقهاء قديماً وحديثاً بأسماء ومصطلحات متعددة، نظراً لأهمية الدور الذي يؤديه الحارس القضائي، فورد تسميته بالعدل، والأمين، ونائب القاضي ونائب الحاكم، وأمين القاضي وأمين الحاكم، والقيّم، والوصيّ والناظر وغيرها^(١)، ولا ريب أن تعدد مسميات القائم بهذه الوظيفة دليل على مدى حضورها، والاهتمام الكبير بأحكامها في مدونات الفقه الإسلامي^(٢).

وأما تعريف الحارس القضائي في اللغة فهو مُرَكَّب وصفي، فالحارس: اسم فاعل من حَرَس الشيء يَحْرُسُه، ويَحْرِسه حَرْساً، أي: حفظه، ومنه قوله

(١) يراجع: بدائع الصنائع ٥٩٠/١٠، شرح فتح القدير ٢٤٩/٧، شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٨٥/١، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ٢٠١/٢ عند شرحه المادة (٧٥٥)، المدونة الكبرى ٢٢٥١/٥، تبصرة الحكام ١٥٢/١، شرح ميارة الفاسي ١٢٣/١، الأم ٧٢/٤، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٥٨، المغني ٤٧٦/٦، المبدع ٣٦٦/٥، كشف القناع ٣٦١/٨، مطالب أولي النهى ٣٢٤/٩، القضاء المستعجل لموسى فقيهي ص ٢٧، الحراسة القضائية للنفيصة فقرة ٢، الحراسة القضائية في الفقه الإسلامي لنبييل المشيقح ص ٥٧.

(٢) يقول الدكتور عبد الحكيم فراج وهو من أقدم من بحث الحراسة القضائية بهذا المسمى: «من عرض الحالات السابقة المتقدمة من صور الحراسة في الفقه الإسلامي التي أمكن العثور عليها في تطبيقات الشريعة الإسلامية وقضاتها للحراسة القضائية يتبين أن الشريعة الإسلامية أجازت نظام الحراسة القضائية لمواجهة شتى الضرورات العملية التي كانت شائعة في ذلك الوقت، بحيث يمكن القول بأن نظام الحراسة القضائية كان تحت ظل الشريعة الإسلامية مطلقاً من كل قيد غير محصور في حالات معينة» الحراسة القضائية له فقرة ٢١، ص ١١. ويقول الدكتور عبد اللطيف هداية الله في رسالته العلمية الحراسة القضائية في التشريع المغربي: «إذا كان الرومان قد عرفوا نظام الحراسة القضائية وعالجوا قواعده فإنهم لم يصلوا في ذلك إلى ما وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.... الفقهاء قرروا مبادئ وقواعد بصدد تطبيقات واسعة في مختلف الضرورات العملية يمكن مقارنتها مع أرقى ما وصل إليه الفقه والقضاء في العصر الحاضر» نقله عنه نبييل المشيقح في رسالته الحراسة القضائية ص ١٣٥. ويقول الدكتور القاضي أحمد الجوفان: «النظرة الفقهية أوسع وأسهل للحراسة القضائية من الأنظمة الحديثة» الحراسة القضائية له ص ٢٤٩، وينظر: المرجع نفسه ص ٢٦٤.

تعالى: ﴿وَأَنَا لَمَسْنَا السَّمَاءَ فَوَجَدْنَاهَا مُلِئَتْ حَرَسًا شَدِيدًا وَشُهْبًا﴾^(١)، والحارس يقال للرجل الذي يؤتمن على حفظ شيء لا يخشى أن يخون فيه^(٢). والقضائي في اللغة: اسم نسبة للقضاء، وهو الحكم، ومنه قول الله تعالى: ﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾^(٣)، أي: اصنع واحكم^(٤).

ووصف الحارس في هذا المصطلح بالقضائي: يخرج الحارس الغير القضائي، وهذا يشمل أنواع متعددة كالحارس الرضائي^(٥)، والحارس القانوني^(٦)، وغيرهما.

وأما في الاصطلاح فإنه يجدر بنا لتصور مدلول هذا المصطلح أن نقرنه بما يشابهه، حيث إن القاضي عند حصول النزاع لديه على مال بأيدي أحد الخصوم ويخشى عليه من أن تمتد يد هذا الخصم بما يلحق الضرر بخصمه، فإما أن يكون الهدف هو مجرد منع الخصم من التصرف في المال والحفاظ على عينه، فهذا ما يسمى بالحجز التحفظي، وقد اصطلح الفقهاء على تسميته بالتوقيف

(١) سورة الجن: الآية ٨.

(٢) لسان العرب ٣/ ١٢١.

(٣) سورة طه: الآية ٧٢.

(٤) معجم مقاييس اللغة ٥/ ٩٩، وينظر: لسان العرب ١١/ ٢٠٩، القاموس المحيط ١٣٢٥.

(٥) الحارس الرضائي: هو من يتفق ذوو الشأن على وضع المال تحت يده، ومنه: العُدْل الذي يضع الراهن والمرتهن لديه عين الرهن، وقد نُصَّ على حكمه في جميع المذاهب الفقهية، ينظر: بدائع الصنائع ٨/ ١٤٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣٧٥، روضة الطالبين ٣/ ٣٢٩، المغني ٦/ ٤٧٠.

(٦) الحارس القانوني: هو من تسلم إليه الأموال ليحفظها ويستثمرها لصالح أصحابها لسبب يقتضي ذلك شرعاً: إما غيبة، أو صغر سن ونحو ذلك بموجب نظام معتمد في الدولة، وأقرب مثال له في الوقت المعاصر: الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، يراجع: المادة الثانية من نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، الصادر بالأمر الملكي الكريم م/ ١٧، وتاريخ ١٣/ ٣/ ١٤٢٧هـ.

والعُقلة ونحو ذلك^(١)، وإن كان الهدف هو الحفاظ على عين المال مع استغلاله وتنميته فهو الحراسة القضائية، وإن كان القصد بيع المال وحفظ ثمنه، فهو التصفية، وعمل وكيل البيع القضائي، وعلى هذا فالحراسة القضائية هي منزلة وسط بين الحجز التحفظي والتصفية، فالقصد منها حفظ أصل المال، مع تنميته واستثماره وقبض غلته، وحفظها مع أصله.

وقد جاء تعريف الحراسة القضائية في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية بأنها: «وضع الأموال المتنازع عليها تحت يد أمين تعيينه الدائرة إن لم يتفق على تعيينه ذوو الشأن»^(٢)، وقد أبرزت المادة ٢١١ من النظام نفسه حدود عمل الحارس القضائي فقررت بأن يتكفل الحارس القضائي بحفظ المال وإدارته ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه»^(٣).

والواقع أنها وردت في نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية هو من باب التعريف بالمثال، لغرض التوضيح والتفريع عليه، وليس من باب الحد الجامع المانع، وذلك لأنه يخرج من هذا التعريف بعض أنواع الحراسة القضائية، مثل حراسة المال المحجوز عليه حجزاً تنفيذياً، فالأصل أن المال المحجوز عليه ليس محلاً للنزاع، بل هو محل للتنفيذ الجبري ولذلك حجز عليه، ويسمى ذلك أيضاً حراسة قضائية^(٤).

(١) تسمية الحجز التحفظي بالاعتقال والعُقلة والتوقيف نجده غالباً في مدونات الفقه المالكي، يراجع: تبصرة الحكام ١/١٥٢، شرح ميارة الفاسي ١/١٢٣ عند شرحه لقول صاحب التحفة:

ثَالِثَةٌ لَا تُوجِبُ الْحَقَّ نَعَمْ *** تُوجِبُ تَوْقِيفًا بِهِ حَكَمَ الْحَكَمُ

(٢) الفقرة ٢١١/١ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية K الصادرة بموجب قرار معالي وزير العدل رقم ٣٩٩٣٣، في ١٩/٥/١٤٣٥هـ.

(٣) نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/١)، وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.

(٤) ينظر: المادة الثلاثة والأربعون من نظام التنفيذ، الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/٥٣)، وتاريخ ١٤٣٣/٨/١٣هـ.

وقد وُجِّه انتقاد لتسمية من يتولى ذلك بالحارس القضائي؛ لأن مدلول الحراسة في اللغة يقتصر على الحفظ، ولا يشمل التصرف في المال بالتنمية والثمار^(١)، إلا أن المنظم السعودي كغيره في القوانين المقارنة ولا سيما العربية منها قد استعمل هذه التسمية، فيكون ذلك من باب النقل في الاستعمال من اللغة إلى العرف، وهو سائغ عند جمهور علماء الأصول^(٢).

وأختار في تعريف الحارس القضائي أنه: من يضع يده على ماله غيره على وجه الحماية والرعاية بناء على أمر المحكمة لمقتضى شرعي^(٣).

والمقصود بالحماية في التعريف: الحفظ من المفسدات الخارجية، ويقصد بالرعاية: القيام على المال بما يصلحه ويضمن استمراريته^(٤).

وقولي: «لمقتضى شرعي»: يشمل المال المتنازع عليه، ومال القاصر، ومال الغائب، والمال المحجوز عليه حجزاً تنفيذياً مما يستدعي الحراسة القضائية، ورفع يد من كان يحوزه ابتداءً.

(١) الحراسة القضائية للجوفان، وأيد تسمية المنظم التونسي للحارس القضائي بالمؤمن العدي، ورأى أنه أقرب للتسمية الفقهية ص ٣٥١. وينظر: الحراسة القضائية لنيل المشيخ ص ٩١.

(٢) روضة الناظر ٥٥١/٢.

(٣) هذا التعريف مستفاد من تعريف القاضي خالد الرشود مع بعض التعديل عليه، ينظر بحثه: الحراسة القضائية في نظام المرافعات الشرعية ص ١٤٠.

(٤) المرجع السابق ص ١٣٨.

المبحث الأول

التوصيف الفقهي للحارس القضائي

لئن كان الحارس القضائي مصطلح حادث، إلا أن أحكامه - كما تبين لنا في التمهيد - معلومة معهودة عند الفقهاء، وقد اصطلاح الفقهاء على تسميته عدلاً، أو قِيماً أو أميناً أو نائباً عن القاضي، وقد تبين لنا في تعريفه أنه من يوكل له القضاء حفظ المال، وإدارته، ولتبيين لنا الأحكام المتعلقة بضمانه، وما يدخل في ضمانه، وما لا يدخل، فلا بد من توصيف عمله أولاً، ثم توصيف يده على المال ثانياً^(١)، وهذا ما سوف أبحثه في المطلبين اللاحقين.

المطلب الأول: التوصيف الفقهي لعمل الحارس القضائي:

عمل الحارس القضائي هو الحراسة القضائية التي تجمع بين الحفاظ والحماية، والتنمية والرعاية^(٢)، وهي منزلة وسط - كما مرّ بنا - بين الحجز التحفظي الذي يُكتفى فيه بالحفظ والتوقيف، وبين التصفية التي هي قسمة وتوزيع وتصرف في عين المال، ومن هنا فقد نص المنظم السعودي على أن المصفي يتولى مهمة الحارس القضائي ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك^(٣)، ولمعرفة أحكام الضمان المتعلقة بالحارس القضائي، فلا بد من استظهار الأوصاف الشرعية التي علّق الشارع عليها الأحكام والمتحققة في عمل

(١) للتوصيف الفقهي أهمية كبيرة في التعرف على أحكام الشريعة في الوقائع المتعددة، قال شيخ الإسلام أحمد بن تيمية رَحِمَهُ اللهُ: «الحكم المعلق بوصف يحتاج الحكم فيه على المعين إلى أن يُعْلَم ثبوت ذلك الوصف فيه» ثم ذكر لذلك أمثلة إلى أن قال: «وهذا النوع مما اتفق عليه المسلمون بل العقلاء بأنه لا يمكن أن ينص الشارع على حكم كل شخص، إنما يتكلم بكلام عام، وكان نبينا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد أوتي جوامع الكلم» مجموع الفتاوى ٢٢/٣٢٩، وينظر: توصيف الأقضية للشيخ عبد الله بن خنين ١/٥٧.

(٢) الحراسة القضائية لخالد الرشود ص ١٤٢.

(٣) المادة التاسعة والعشرون من لائحة قسمة الأموال المشتركة.

الحارس القضائي، وقد ظهر لي بعد النظر والتتبع أن الحراسة القضائية تجمع أربعة أوصاف، فهي نيابة قضائية، وعقد، وهذا العقد مركب من الوكالة والوديعة، وهي إجارة على عمل، أو عقد مضاربة، وأبحث كل وصف من هذه الأوصاف في فرع مستقل.

الفرع الأول: الحراسة القضائية نيابة قضائية:

قد قرر الفقهاء أن للقاضي ولايةً تبيح له التصرف بما يحقق المصلحة ويدفع المضرة عن المتخاصمين إذا لم يتناصفوا بينهم^(١)، فله بمقتضى هذه الولاية أن يضع يده على المال، ويتصرف فيه بالحفظ تارة، وبالإستغلال تارة أخرى، وربما بالبيع والتفويت على صاحبه، وهذه الولاية لا تثبت للقاضي إلا عند امتناع أطراف القضية على القيام بالواجب عليهم من تلقاء أنفسهم^(٢)، وهذا راجع إلى وجوب إقامة العدل والقسط بين الناس، ورفع الضرر والظلم عنهم، وهو مقصد شرعي ثابت بالضرورة من دين الإسلام، وعلى هذا سار المنظم السعودي، فقد ورد في المادة الثانية عشرة بعد المائتين من نظام المرافعات الشرعية على أنه: «يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه»، فجعل المنظم سلطة تعيين الحارس منوطة أولاً

(١) للقاعدة الشرعية: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»، وقاعدة: «يقوم الحاكم مقام الممتنع من أداء حق واجب عليه»، ينظر في القاعدة الأولى: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣٢، موسوعة القواعد الفقهية للبورنوي ٤/ ٣٠٧، وينظر في القاعدة الثانية: المغني، حيث قال ابن قدامة: «... نصب الحاكم أميناً يقبضه لها؛ لأن للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه» ٦/ ٤٧٢، وينظر المرجع السابق ٦/ ٥٣١، كشف القناع ٩/ ١١٦، الإلزام في التصرفات المالية ص ٧٢-٧٣.

(٢) قال الشافعي رحمه الله: «وإن اختلفا فيمن يدعوان إليه، قيل لهما: اجتمعا، فإن لم يفعلا اختار الحاكم الأفضل من كل من دعا واحد منهما إليه إن كان ثقة، فدفعه إليه، وإن لم يكن واحد ممن دعوا إليه ثقة قيل: ادعوا إلى غيره، فإن لم يفعلا اختار الحاكم له ثقة فدفعه إليه» الأم ٤/ ٧٢، وقال المرداوي: «فإن اختلفا أي الشريك والمرتمن في كونه بيد أحدهما أو غيرهما، جعله الحاكم في يد أمين أمانة بلا نزاع» الإنصاف ١٢/ ٣٧٣، وينظر: مغني المحتاج ٢/ ٩٨، المغني ٦/ ٢٨٦، ٤٧٢، دقائق أولي النهى شرح المنتهى ٣/ ٣٥٧.

إلى أصحاب الشأن وهم كل من ثبت له حق في عين المال المحروس بشرط أن يكون ذلك باتفاقهم، فإذا تعذر الاتفاق من أصحاب الشأن فتبث حينئذ ولاية القاضي، وينفذ حكمه عليهم في تعيين الحارس القضائي، واختياره شخصه، وهذا تطبيق ظاهر لحديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسلطانُ وليُّ مَنْ لا وليَّ له))^(١)، وهذا الحديث وإن كان سياقه في الولاية على النفس إلا أنه يثبت حكمه في الولاية على المال من باب قياس الأولى.

وأما عند اتفاق ذوي الشأن على تعيينه بمحضر القاضي، فإن القاضي سوف يثبت اتفاقهم، ويحكم بإقامة الحارس القضائي متى ثبت لديه موجب ذلك، وعلى هذا فإن الحارس سوف يستمد سلطته من هذا الحكم القضائي، فتبث له صفة النيابة القضائية من هذا الوجه^(٢).

فإذا ثبت ولاية القاضي المختص على المال المحروس، فإن المعهود أن القاضي لن يلي عمل الحراسة بنفسه؛ لانشغاله بفصل القضايا، ولأن الغالب أن مثله لا يلي هذا العمل، وعلى هذا فسوف ينبئ شخص الحارس القضائي الذي تتوفر فيه شروط الحراسة^(٣)؛ ومن هنا صرح بعض الفقهاء بتسمية الحارس القضائي بنائب القاضي، أو نائب الحاكم^(٤)، استشعاراً منهم في تحقق هذا الوصف فيمن يُفوض إليه القاضي أمر الحراسة.

ويترتب على وصف النيابة حكم شرعي مقرر لدى الفقهاء، فقد نص فقهاء الحنفية والشافعية، والحنابلة: أنه متى باع العدل مال المفلس، أو باع

(١) جزء من حديث صحيح رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد وغيرهم، وقد حسنه الترمذي وصححه الحاكم، والألباني: إرواء الغليل ٢٤٣/٦.

(٢) راجع: الدعاوى التحفظية لأنور العمروسي ص ٢٢١.

(٣) ذكر الفقهاء شروطاً لتولي مثل هذه الأعمال، وترجع الشروط إلى القوة والأمانة، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَعْجَرَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «الولاية لها ركنان: القوة والأمانة... والقوة في كل ولاية بحسبها» مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٥٣/٢٨.

(٤) روضة الطالبين ٣/٣٣٠، المبدع ٣٦٦/٥.

الرهن، وخرجت السلعة مستحقة، فالعهدة على المفلس، ولا شيء على العدل، بخلاف الوكيل العادي^(١).

وقد بين الفقهاء أن سبب تخلف الضمان في هذه الحالة هو النيابة القضائية: «لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي، والقاضي كالإمام، وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة»^(٢).

وأشير هنا إلى ملحظ مهم: فقد عدّ نظام المرافعات الشرعية الحراسة القضائية أحد صور القضاء المستعجل، إلا أنه لا يعني صفة الاستعجال في إقامة الحارس القضائي ألا يكون هنالك تروّ في اختيار الحارس القضائي، والتحديد الدقيق لمهامه، ومدى صلاحياته، بل كل ذلك أمر مطلوب من المحكمة أن تقوم به على أتم وجه حماية لحقوق المتخاصمين، وتجنباً لتعريض المال للتلف والهلكة، «فالحراسة القضائية سيف ذو حدين، فإما أن تحسن المحكمة استعماله فيعود بالنفع على أطرافه المباشرة بصفة خاصة، والاقتصاد الوطني بصفة عامة، أو أن تسيء هذا الاستعمال فيرجع ذلك خسارة على الجميع»^(٣).

الفرع الثاني: الحراسة القضائية عقد:

إن وجود صفة النيابة في الحارس القضائي لا يتعارض مع اعتبار العلاقة بين الحارس وبين أصحاب الشأن علاقة تعاقدية، فالفقه الإسلامي يعتبر الوكيل نائباً والعلاقة بينه وبين موكله علاقة تعاقدية، وكذلك الحال في

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٤٢/٢٥، البحر الرائق ٨٥/٧، شرح فتح القدير ٣٣٢/٧، الأم للشافعي ١٣٩/٤، روضة الطالبين ٣٣٠/٣، تحفة المحتاج ٥١/٥، المغني ٤٧٦/٦، المرجع السابق ٥٣٣/٦، كشاف القناع ٤٤٦/٨، وينظر: الحراسة القضائية لنيل المشيخ ٤٧٠، قضاء الأمور المستعجلة لمحمد علي راتب ص ٨٨٢.

(٢) شرح فتح القدير ٣٣٢/٧، وينظر: البحر الرائق ٨٥/٧، روضة الطالبين ٣٣٠/٣، مغني المحتاج ١٠٨/٣.

(٣) بحث المسؤولية المدنية للحارس القضائي لباسل النوايسة ص ١١٧.

الشركة، الشريك نائب عن شريكه في التصرف، ومع ذلك فالعلاقة بينهما علاقة تعاقدية، وأما القانونيون فيأبى كثير منهم اعتبار هذه العلاقة تعاقدية، ويرون أنها مجرد نيابة، ويُفرّقون بين الحراسة الاتفاقية فيجعلونها عقداً، وبين الحراسة القضائية فيجعلونها نيابة^(١)، وهذا القول غير صحيح بدليل: تناقض أصحاب هذا الاتجاه، لأنهم رجعوا بعد ذلك يقررون توصيف الحراسة القضائية: وهل هي عقد وكالة أو عقد ودیعة، أو عقد مركب بينهما^(٢)، وهو ما سوف أبحثه في الفرع التالي.

ويثور السؤال هنا إذا كانت الحراسة القضائية عقد، فمن طرفاه؟ إن القاضي حينما يتصرف عن أصحاب الأموال في إنابة الحارس القضائي، فتصرفه مأذون فيه شرعاً باعتبار ولايته العامة في فصل الخصومات، ودفع الضرر عن المتخاصمين، فالقاضي ينوب عن أصحاب المال في هذا الشأن نيابة جبرية، فهو في هذا كالولي على اليتيم، وبناءً على هذا فالطرف الأول هو القاضي وهو من يملك حق الإيجاب لا بصفته أصيلاً بل هو أيضاً نائب هنا عن أصحاب المال، ويتمثل صورة الإيجاب في القرار القضائي الذي تصدره المحكمة بإنابة الحارس القضائي، والطرف الثاني وهو من يملك القبول، فهو الحارس القضائي، فالأصل أن الحارس القضائي لا يُجبر على القيام بالحراسة، فالغالب أنه ليس موظفاً عاماً، بل هو يقبل القيام بهذا العمل بإرادته التامة، مما يؤكد لنا أن الحراسة القضائية عقد من العقود المالية.

(١) ينظر: قضاء الأمور المستعجلة لمحمد علي راتب، ص ٨٠٥. الوسيط للسنهوري، الجزء ٧، المجلد الأول، ص ٩١٠. نظرية العقد للسنهوري ٢٠٧/١، الدعاوى التحفظية لأنور العمروسي، ص ٢٢٠، ٢٨٧.

(٢) وفي هذا يقول المستشار أنور العمروسي: «إذا خلا الاتفاق أو الحكم من بيان سلطة الحارس وما عليه من التزامات، وما له من حقوق، فإن القانون قد تكفل ببيان ذلك، والأصل هو تطبيق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة» الدعاوى التحفظية له ص ٢٢٥، ٢٢٩.

فترتب على اعتبار الحراسة القضائية عقداً نتيجة مهمة، وهي أن آثار تصرفات الحارس القضائي في المال المحروس مما يدخل تحت ولايته تعود إلى أصحاب المال وتُنسب إليهم، وكذلك ما يتلف من المال دون تعدٍّ أو تفریط يعود إليهم، كما سوف يتبيّن لنا في المطلب الثاني من هذا المبحث إن شاء الله تعالى.

الفرع الثالث: الحراسة القضائية عقد مركب من الوديعة والوكالة:

الأصل في العقود أن تكون مفردة، إلا أن التعامل التجاري، وحاجة المتعاقدين تفرض في كثير من الأحيان تركيب العقود، فيكون العقد الواحد بين الطرفين يتضمن عدداً من العقود في آن واحد، وهذا أمر سائغ شرعاً ما لم يترتب على ذلك محذور شرعي كالربا، وجهالة الثمن، والغرر، ونحو ذلك، فالأصل الشرعي في المعاملات هو الحل والإباحة، ولا يُحرّم من ذلك شيء إلا بحجة وبرهان من آية محكمة أو سنة متبعة^(١).

وبالنظر إلى الحراسة القضائية نجد أن الحارس القضائي يجمع في عمله بين حفظ أصل المال، وحفظ غلته والالتزام برده لأصحابه عند انتهاء الحراسة القضائية، وهذا هو حقيقة الوديعة، وفي الوقت نفسه نجد أن الحارس القضائي مخوّل بالتصرف في المال^(٢)، نيابة عن القاضي الذي ينوب عن أصحاب المال،

(١) يراجع: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنزيه حماد ص ٢٥٠، العقود المالية المركبة لعبد الله العمراني ص ٩١.

(٢) أنبّه هنا إلى أن مصطلح التصرف عند الفقهاء يختلف عنه عند القانونيين، فيعني الفقهاء بالتصرف مطلق التعامل من بيع وشراء وإجارة واستئجار ورهن وارتهان وغير ذلك، بينما يخص القانونيون التصرف القانوني: بأنه نقل الملكية أو تقرير حق عيني على المال، فإطلاق الفقهاء أعم من إطلاق القانونيين في هذا المصطلح، وقد جريت في بحثي هذا على مصطلح الفقهاء، فليتنبه لذلك. يراجع في معنى التصرف لدى الفقهاء: الفروق للقرافي: الفرق التاسع والسبعون ٢/٥٤٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ٧٣/١٢، ويراجع في معنى التصرف لدى القانونيين: أحكام الملكية لمفلح القحطاني وبهاء الدين العلايلي ص ٣٥، والحقوق العينية الأصلية للزقرد وآخرين ص ٣٥.

وهذا هو حقيقة الوكالة، وعلى هذا فيطبق في أحكام الضمان عقد الوديعة فيما يعود إلى الحفظ^(١)، وعقد الوكالة فيما يعود إلى التصرف.

ونجد التفريق بين أثر هذين العقدين ظاهراً عند الفقهاء، فمتقدمو الحنفية يُفرِّقون بين الوصي والقيم، وكلاهما نائب عن القاضي، فالوصي بمنزلة الحارس القضائي في عصرنا، بينما القيم بمنزلة الخازن القضائي، أو المحجوز لديه حجزاً تحفظياً في عصرنا، وفي هذا يقول الصدر الشهيد: «ثم صاحب الكتاب أشار إلى الفرق بين الوصي والقيم... وإنما كان كذلك لأن القيم من فَوْضٍ إليه حفظ المال، والقيام عليه، وجمع الغلات، دون التصرف، حتى لو تصرف يصيراً مخالفاً، كالمودع إذا تصرف في مال الوديعة. والوصي من فَوْضٍ إليه التصرف والحفظ جميعاً، فيكون بمنزلة الوكيل بالتصرف والحفظ جميعاً»^(٢).

الفرع الرابع: هل الحراسة القضائية إجارة على عمل، أو عقد مضاربة؟

إذا ثبت لدينا أن الحراسة القضائية عقد مركب من الوكالة والوديعة، فهل الحارس القضائي يقوم بذلك متبرعاً أو بأجر؟ لا شك أنه إن قام بذلك متبرعاً أن الوكالة والوديعة هنا هي وكالة ووديعة مجردة، وأما إن كان يأخذ أجراً على ذلك، فإن توصيف الحراسة سوف يزيد وصفاً جديداً، وهو اعتبار الحراسة أيضاً إما إجارة على عمل، أو عقد شركة مضاربة، وذلك يختلف باختلاف طبيعة الأجرة، فإن كان المقابل أجرة محددة المقدار ابتداء فهو عقد إجارة على عمل، وأما إن كانت الأجرة جزءاً مشاعاً من الربح فإن العقد حينئذ سيكون عقد مضاربة، فمن الحارس القضائي العمل، ومن أصحاب المال رأس المال،

(١) يقول الدكتور محمد آل الشيخ: «أحكام الوديعة تُعدُّ تشريعاً عاماً تخضع له الحراسة في غالب أحكام الحفظ والرد» بحث أثر استعمال الحارس للأشياء المحروسة ص ١٤.

(٢) شرح أدب القاضي ١/ ٢٨٥، ثم أشار بعد ذلك إلى تنبيه مهم مبيناً اختلاف المصطلحات من عصر إلى عصر، فقال: «هذا الفرق إنما كان من قبل، وأما في زماننا فإنه لا يُفرَّق بين القيم والوكيل» وقصده بذلك اختلاف المصطلحات، وأما الأحكام فهي واحدة لا تختلف ما دام المناط أي الوصف الذي يُعلّق عليه الحكم واحداً». وينظر: بدائع الصنائع ٨/ ٢٦.

ويترتب على هذا التوصيف عدم جواز جمع الحارس في أجرته بين الأمرين، فلا يجوز له أن يطلب راتباً محدداً كأجرة، مع نسبة مئوية من الربح، والمنع من هذه المسألة محل إجماع لأهل العلم نقله ابن المنذر رَحِمَهُ اللهُ، وغيره^(١)، وإن كان قد صدر بعض الأحكام القضائية بذلك فيجب أن تخضع للمراجعة والتدقيق^(٢). وأشير هنا إلى مسألة له ارتباط وثيق بضمان الحارس القضائي، وهي أن العقد إذا تم توصيفه بأنه عقد إجارة على عمل، فقد قرر الفقهاء بأن الإجارة على عمل: إما أن تكون إجارة مشتركة، أو إجارة خاصة^(٣)؛ ولهذا فرأى بعض الباحثين: أن الحارس القضائي وإن كانت يده يد أمانة، إلا أنه من قبيل الأجير المشترك، فيسأل عما تلف تحت يده، ما لم يثبت أن التلف كان بسبب أجنبي، أو قوة قاهرة، ولا يقبل مجرد قوله في نفي التعدي والتفريط^(٤).

(١) قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل أن يشترط لنفسه جزءً وعشرة دراهم بطلت الشركة، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط لأحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة» المغني ١٤٦/٧، وينظر: بدائع الصنائع ٢٤/٨، بداية المجتهد ١٣٦٩/٤، روضة الطالبين ٢٠٤/٤، كشف القناع ٤٨١/٨.

(٢) من ذلك: الحكم الصادر من فرع ديوان المظالم بالمدينة المنورة برقم ١٧/د/تج/٢١ لعام ١٤٢٧هـ، حيث نص الحُكْم في الفقرة الثالثة: «تحدد أتعاب الحارس القضائي بواقع خمسة عشر ألف ريال شهرياً إضافة لمبلغ ١٪ من الإيرادات» ورُدَّ هذا الحكم في رسالة: الحراسة القضائية لنيل المشيقيح ص ٦٣٣، ومن ذلك: الحُكْم الصادر من الدائرة التجارية بالمحكمة الإدارية بجدة برقم ٦١٢/د/تج/٩ لعام ١٤٣٠هـ حيث حدد الحُكْم أتعاب الحارس القضائي بواقع ٢٪ وعشرين ألف ريال شهرياً، ورُدَّ هذا الحكم في رسالة: الحراسة القضائية لنيل المشيقيح ص ٦٩٧.

(٣) الأجير الخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها، ومثال ذلك: من استؤجر لخدمة معينة كالنظافة في مدة معينة كشهر مثلاً، وسُمِّي أجيراً خاصاً؛ لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس، والأجير المشترك هو الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو مدة معينة لا يستحق جميع نفعه فيها، ومثال ذلك: الخياط، والنجار ونحوهما، وسمي أجيراً مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين وثلاثين وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته، فمسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته، ينظر: المغني ١٠٣/٨، تصرفات الأمين في العقود المالية للحجيلان ١/٣٨٩، ٣٨٩.

(٤) ينظر: الحراسة القضائية للجوفان ص ٣١٦، الحراسة القضائية للرشود ص ١٧٧.

والباحث وإن كان يوافق هذا الرأي في توصيف الحارس القضائي بأنه أجير مشترك نظراً لانطباق تعريف الأجير المشترك على الحارس القضائي، لأنه مستأجر لتحقيق منفعة معلومة مدة زمنية محددة تبدأ من تاريخ الحكم بالحراسة القضائية وتنتهي عند فصل النزاع في الخصومة بين ذوي الشأن^(١)، إلا أن القول بتضمين الأجير المشترك عما تلف تحت يده بفعله مطلقاً ولو لم يتعدَّ أو يفترط هي مسألة خلافية بين أهل العلم على أقوال ترجع في حاصلها إلى قولين^(٢)، وهما:

القول الأول: أن الأجير المشترك يعدُّ أميناً، فلا يضمن ما تلف تحت يده إلا بتعدُّ أو تفريط، وهو مذهب الحنفية والشافعية، وبه قال ابن حزم من الظاهرية^(٣).

القول الثاني: أن الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده مطلقاً، وهو مذهب المالكية والحنابلة، وقول الصحابين من الحنفية^(٤).

واستدل أصحاب القول الأول بالأدلة التالية:

١. قول الله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾^(٥)، فدلَّت الآية على أن الأصل في الضمان أنه لا يجب إلا على المعتدي، فيشمل ذلك الأجير المشترك؛ لأنه مأذون له بالقبض، والهلاك إذا لم يكن بتعدُّ ليس من صنعه، فلا يجب الضمان عليه^(٦).

(١) عدم تعيين المدة لا إشكال فيه شرعاً ما دامت الأجرة معلومة بكل يوم أو شهر وهكذا؛ لأن علياً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَجَّرَ نَفْسَهُ كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ. أخرجه ابن ماجه في كتاب الرهون من سننه، حديث رقم (٢٤٤٧) ٣/ ١٦٥، ولم ينكره النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولأن كل يوم معلوم مدته وأجرته؛ فصَحَّ. المغني ٨/ ٨٤.

(٢) ينظر: تصرفات الأمين في العقود المالية للحجيلان ١/ ٣٨٨.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٥٤، البيان للعمراني ٧/ ٣٨٥، المحلى ٨/ ٢٠١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٥٤، بداية المجتهد ٤/ ١٣٥٩، القوانين الفقهية ص ٢٤٩، المغني ٨/ ١٠٣.

(٥) سورة البقرة: الآية ١٩٣.

(٦) بدائع الصنائع ٦/ ٥٥.

٢. قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١)، فدلّت الآية على تحريم أكل الأموال بالباطل، فيدخل في عموم ذلك مال الأجير المشترك، فيحرم على غيره إذا لم يتعدّ، فإن اعتدى لزم حينئذ أن يتعدى عليه بمثل ما اعتدى، وذلك بتضمينه^(٢).

٣. قياس الأجير المشترك على الأجير الخاص، وعلى عامل المضاربة، وعلى المودّع ونحوهم، بجامع أن كلاّ منهم قد قبض المال بإذن المالك لمنفعته، فلا يكون مضموناً عليه^(٣).

واستدل أصحاب القول الثاني بالأدلة:

١. الآثار المروية عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فقد روي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا تضمين الصناع الذين انتصبوا في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم، وقال علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا يُصلح الناس إلا ذلك»^(٤).

٢. القياس على العارية، فكما أن المستعير يضمن ما تلف تحت يده ولو لم يتعدّ أو يفرط فكذلك الأجير المشترك^(٥).

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٢) ينظر: المحلى ٢٠١/٨.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٥٥/٦، بداية المجتهد ١٣٥٩/٤، البيان للعمري ٣٨٥/٧.

(٤) أخرجهما ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأفضية، باب في القصار والصبّاغ وغيره، رقم (٢١٤٤٨، ٢١٤٤٩) ٨٣/١١، وأخرج البيهقي أثر علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في سننه الكبرى، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، رقم (١١٨٧٣، ١١٨٧٠)، وقال: «قال الشافعي: وقد روي من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي بن أبي طالب ضمّن الغسّال والصبّاغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك... قال: ويروى عن عمر تضمين بعض الصناع من وجه أضعف من هذا، ولم نعلم واحداً منها يثبت» ٤٤/٩.

(٥) البيان شرح المذهب للعمري ٣٨٤/٧.

مناقشة الأدلة والترجيح:

ليس في هذه المسألة نص صريح، بل هي تدخل في عموم الآيتين اللتين استدل بهما أصحاب القول الأول، وقد يقال بتخصيص عمومهما بالآثار المروية عن الصحابييين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا إن صحت^(١)، ومع ذلك فقد يقال إن عمر وعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قد ذهبا إلى هذا الحكم استصلاحاً؛ لما نسب لعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قوله: «لا يُصلح الناس إلا ذلك»^(٢)، وإذا كان الأمر كذلك فإن المصلحة في عدم تضمين الحارس القضائي ظاهرة حتى لا يتقاعس الناس عنها؛ ولهذا نص الفقهاء على أن نائب القاضي كالقاضي لا يضمن حتى لا تتعطل مصالح الناس في مثل هذه الولايات^(٣)، والحارس القضائي أولى بهذا الأمر من العدل الذي يقيمه الراهن والمرتهن ليقبض الرهن ويكون بيده، فقد قال موفق الدين ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: «وإذا باع العدل الرهن بإذنها وقبض الثمن، فتلف في يده من غير تعدٍّ، فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين، فهو كالوكيل، ولا نعلم في هذا خلافاً»^(٤)، ولذلك فإن القياس الذي استدل به أصحاب القول الأول مطرد مع القواعد الشرعية، وأما القياس الذي استدل به أصحاب القول الثاني، فهو معارض في الأصل بأن القول بتضمين المستعير محل خلاف، وهو أيضاً قياس مع الفارق؛ لأن المستعير يقبض المال لحظ نفسه، وأما الأجير المشترك فهو

(١) ينظر في تخصيص عموم النص بقول الصحابي: روضة الناظر ٢/ ٧٣٣.

(٢) يبين الكاساني وجه بناء قول من قال بتضمين الصناع على المصلحة: «أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون هلك أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرقة الغالب» بدائع الصنائع ٦/ ٥٥، وقال ابن رشد: «ومن ضمَّنه - أي الأجير المشترك - فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة» بداية المجتهد ٤/ ١٣٥٩، وأقول: المصلحة التي بني عليها هذا الحكم هي في الواقع دفع مفسدة، وهذه المفسدة غير موجودة في الحارس القضائي غالباً.

(٣) شرح فتح القدير ٧/ ٣٣٢، البحر الرائق ٧/ ٨٥، روضة الطالبين ٣/ ٣٣٠.

(٤) المغني ٦/ ٤٧٦.

يقبض المال لحظه وحظ المالك على السواء فافترقا؛ ولهذا فيرى الباحث أن الحارس القضائي وإن عُدَّ أجيراً مشتركاً، فإن الراجح لدى الباحث أنه لا يضمن ما تلف بفعله إلا إذا ثبت تعديه أو تفريطه كما سيتبين لنا في الفرع اللاحق إن شاء الله.

وفي ختام هذا المطلب يجدر بي أن أُبين أن تعدد الأوصاف الشرعية على عقد واحد، ليس نشازاً في هذا العقد، بل له أمثلة كثيرة في الشريعة، فهذا المضارب يقرر الفقهاء في توصيفه أنه: أمين وأجير ووكيل وشريك^(١)، يقول ابن القيم رَحِمَهُ اللهُ: «المضارب: أمين وأجير ووكيل وشريك، فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه، وأجير فيما يباشره بنفسه من العمل، وشريك إذا ظهر فيه الربح»^(٢)، ويعقب البهوتي رَحِمَهُ اللهُ على ذلك: بأن مراد المؤلف أن المضارب يعمل لغيره بعوض، فيكون كالأجير في ذلك، وليس المراد مطلق الإجارة فتعريف الإجارة لا ينطبق عليه^(٣)، مع الاختلاف بين العوض في العقدين، فأجرة المضارب نصيب مشاع من الربح، بينما أجرة الأجير مال أو منفعة معلومة محددة.

المطلب الثاني: التوصيف الفقهي ليد الحارس القضائي:

يستعمل الفقهاء اليد هنا بقصد الحيازة، فكل من حاز مالاً لغيره تحت يده، فهو إما أن يكون ضامناً له، أو أن يكون أميناً عليه، فالفقهاء يقسمون اليد إلى يد ضمان ويد أمانة، فيد الضمان: هي اليد التي حصل المال في حوزتها بغير إذن من الشارع أو المالك، أو وضعها بإذن المالك ولكن على وجه البدل، ومقتضى يد الضمان: أنه إذا تلف المال تحتها بأي سبب من الأسباب، سواء أُلِفَ باعتداء

(١) كشف القناع ٨/٤٩٩.

(٢) زاد المعاد ١/١٥٤، قال ابن جزى: «الوكالة بأجرة حكمها حكم الإجازات» - بتصرف - القوانين الفقهية ص ٢٤٤.

(٣) كشف القناع - بتصرف - ٨/٤٩٩.

من وازع اليد أو من أجنبي غيره، أو كان التلف بسبب سماوي، فإن صاحب اليد يضمن هذا المال لصاحبه، وأما يد الأمانة: فهي اليد التي حصل المال في حوزتها بإذن من الشارع أو من المالك لا على وجه البدل، ومقتضى هذه اليد: أنه إذا تلف المال في حوزتها، فلا يضمن صاحب اليد إلا إذا كان تعدى على المال أو فرط في حفظه^(١).

وعدم تضمين الأمين ما تلف تحت يده ما لم يتعد أو يفرط هو موضع اتفاق بين الفقهاء^(٢)، وإن كان الخلاف حصل في بعض أنواع الأيدي: هل هي يد أمانة أو ضمان كالمرتهن، والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤)، قال الشوكاني رحمه الله في بيان وجه الاستدلال من الآيات: «التضمين حُكْمٌ شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل»^(٥)، ولأن الأمين نائب عن المالك في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، وهذا الحكم يشمل أمين الحاكم - وهو متمثل في شخص الحارس

(١) يراجع: الفروق للقرافي: الفرق الحادي عشر والمائة ٢/ ٦٥٤، المنشور ٧٢/ ٢، المغني ١٠٦/ ٨، قواعد ابن رجب: القاعدة التسعون ٣٢١/ ٢، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للهاجري ٩٣/ ١.

(٢) الهداية للمرغيناني ١٠/ ٣، الكافي لابن عبد البر ص ٤٠٧، المنشور ٧٢/ ٢، المغني ٢٥٧/ ٩، المرجع السابق ١٢/ ٥٥٠، مجموع فتاوى ابن تيمية ٨٨/ ٣٠، الإنصاف ٤٣٩/ ١٢.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) السيل الجرار ٣/ ٢٠٠، وقال الرمي: «يد الوكيل يد أمانة، وإن كان بجعل لنيابته عن موكله في اليد والتصرف؛ ولأنه عقد إحسان، والضمان مُنْفَرِّعٌ عنه، فإن تعدى ضمن كسائر الأمناء....» تحفة المحتاج ٤٨/ ٥.

القضائي هنا - والأب، والوصي، والشريك، والمضارب، والمرتهن - على القول الراجح - والمستأجر، ونحوهم^(١)، وقد نصت القاعدة الفقهية على أن «التلف في يد الأمين غير مضمون إذا لم يتعدَّ أو يفرط»^(٢).

وعند تطبيق وصف يد الأمانة على الحارس القضائي نجد انطباقها، فهو يضع يده على المال المحروس نيابة عن القاضي، الذي ينوب عن أصحاب المال، إما اختيارياً عند يتفقون على عين القاضي ويحكم القاضي بتعيينه، أو عندما يُفوضون القاضي باختيار شخص الحارس القضائي، أو بالولاية الجبرية عليهم حينما يحصل بينهم النزاع، فيصدر القاضي قراره الملزم للأطراف بتعيين الحارس القضائي، وغلَّ أيديهم عن المال. ثم إن وضع الحارس ليده على المال المحروس إنما هو لمنفعة أصحاب المال، وليس على سبيل البدل، أي أنه ليس مشترياً للمال، وعلى هذا فلا إشكال أن يده يد أمانة لا يد ضمان، وقد نصَّ ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ وغيره على أن العدل وكيل وأمين^(٣)، وقال البهوتي رَحِمَهُ اللهُ: «إن تلف شيء من ماله أي المفلس تحت يد الأمين أي: أمين الحاكم، فمن مال المفلس أو بيع شيء ماله وأودع ثمنه، فتلف عند المودع، من غير تعدُّ ولا تفريط، فمن ضمان المفلس، أي: فالتالف من مال المفلس؛ لأن نهاءه له، فتلفه عليه كالعروض»^(٤).

(١) ينظر: كشف القناع ٤٥٣/٨.

(٢) ينظر: الهداية للمرغيناني ٤/ ٤٧٠، الفوائد الزينية ص ١٢٧، مجلة الأحكام العدلية مادة (٧٦٨) ص ٢٣٣، المغني ١٢/ ٥٥٠، القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٦١، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للمهاجري ٥٩٢/٢.

(٣) المغني ٦/ ٤٧٧، المرجع السابق ١٤/ ٣١٤، وينظر: شرح أدب القاضي للمصدر الشهيد ١/ ٢٨٥، ٢٨٨، القوانين الفقهية ص ٢٤٩، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٠/ ٨٨، الإنصاف ١٢/ ٣٧٣، كشف القناع ٨/ ٤٣٥، ٤٥٤، بحث أثر استعمال الحارس للأشياء المحروسة لمحمد آل الشيخ ص ١٣.

(٤) كشف القناع ٨/ ٣٦١، وينظر: المغني ١٤/ ٣١٣، مطالب أولي النهى ٩/ ٣٢٤.

واعتبار يد الحارس القضائي يد أمانة هذا حكم ثابت شرعاً، لا يجوز اشتراط خلافه، بأن يشترط على الأمين الضمان ولو لم يتعدَّ أو يفرط - فهو كما يقال من النظام العام - قال البهوتي رَحِمَهُ اللهُ: «ولا ضمان على وكيل بشرط بأن قال له: وكَلْتُكَ بشرط ضمان ما يتلف منك، فإن تلف منه شيء بغير تفريط لم يضمّنه؛ لأنه أمين، والشرط لاغ؛ لأنه ينافي مقتضى العقد»^(١).

وهنا أُنبّه إلى حكم قد يخفى، وهو أن التعدي والتفريط سبب للضمان، إلا أنه لا يجب التضمين حتى يحصل الإتلاف، قال الكاساني رَحِمَهُ اللهُ: «معنى الدخول في ضمان المودع أنه انعقد سبب وجوب الضمان، موقوفاً وجوبه على وجود شرطه، وهو الهلاك في حالة الخلاف»^(٢)، وعلى هذا فإن حصول التعدي والتفريط من الحارس القضائي سبب الضمان، وشرطه حصول التلف للمال أو بعضه أو منفعته، ولا يتم الحكم حتى تجتمع شروطه وأسبابه وتنتفي موانعه.

(١) كشف القناع ٨/ ٤٥٧، وقال ابن رشد: «إذا شرط رب المال الضمان على العامل، فقال مالك: لا يجوز القراض وهو فاسد، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه: القراض جائز والشرط باطل» بداية المجتهد ٤/ ١٣٧٠، وينظر: مغني المحتاج ٣/ ١٠٧، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للهاجري حيث ساق أقوال الفقهاء في المسألة وأدلتهم وناقشها، ورجَّح صحة اشتراط الضمان على الأمين ١/ ١٨٤.

(٢) بدائع الصنائع ٨/ ٣٦٤، وينظر: حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٥، مغني المحتاج ٣/ ١١٦.

المبحث الثاني

تطبيقات ضمان الحارس القضائي

قد ثبت لدينا أن يد الحارس القضائي يد أمانة، فهو وكيل ووديع، وهو إما أن يكون أجيراً أو مضارباً باعتبار طريقة تحديد أتعابه، وإما أن يكون ووكيلاً ووديعاً مجرداً عندما يتولى الحراسة مجاناً على سبيل التبرع، وهذا نادر في زماننا، وعلى كل حال فإن القاعدة في الأمين أنه لا يضمن عند تلف المال تحت يده إلا بسببين إما التعدي أو التفريط، ولهذا فسوف أخصص المطلب الأول: في تطبيقات ضمان الحارس القضائي التي ترجع إلى التعدي، والمطلب الثاني: في تطبيقات ضمان الحارس القضائي التي ترجع إلى التفريط.

المطلب الأول: تطبيقات ضمان الحارس القضائي التي ترجع إلى وصف التعدي:

سأتكلم في هذا المطلب عن فرعين، أخصص الفرع الأول لتعريف التعدي والدليل على تضمين الأمين إذا تعدّى، وأخصص الفرع الثاني للكلام على صور التعدي من الحارس القضائي.

الفرع الأول: تعريف التعدي والدليل على تضمين المتعدي.

المسألة الأولى: تعريف التعدي.

التعدي في اللغة: هو الظلم، وأصله مجاوزة الحد والقدر والحق، يقال: تعديت الحق واعتديته وعدوته، أي: جاوزته، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ﴾^(١)، أي: يجاوزها^(٢).

ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن معناه في اللغة، فيستعمل بمعنى: الاعتداء على حق الغير وهو المقصود في بحثنا، ويستعمل استعمالاً آخر بمعنى: انتقال الحكم إلى محل آخر ويقال أيضاً: تعدية^(٣).

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٢) لسان العرب ٩٢/٩.

(٣) ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي ٢٤٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٢٣٣.

فيحصل التعدي من الحارس القضائي بأن يجاوز حدود صلاحياته، وما حُدِّد له في القرار القضائي، أو ما حُدِّد في العرف، بأن يكون في العرف بين الناس متجاوزاً لصلاحياته، معتدياً على المال المحروس، فإنه يُحَكَّم عليه بمقتضى العرف، والحال هذه، فالعرف معتبر في تحديد الحدود التي لم يُنصَّ عليها في الشرع، أو في نص العاقد^(١). وسوف أُبين عدداً من صور التعدي في الفرع التالي.

المسألة الثانية: الدليل على تضمين المتعدي.

إذا حصل التعدي من الحارس القضائي، فإنه يترتب عليه حكم تكليفي وحكم وضعي، فأما الحكم التكليفي فهو الإثم؛ لأنه منهي عن التعدي والنهي يقتضي التحريم، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢)، وقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مَسْلَمٍ إِلَّا بِطِبِّ نَفْسٍ مِنْهُ))^(٣).

ويترتب على التعدي حكم وضعي، وهو أن التعدي يكون سبباً للضمان، وللتعزير، والتعزير هو التأديب، ويكون بالحبس أو الجلد أو ما يراه الحاكم مناسباً، وهو ما يسمى عند القانونيين بالمسؤولية الجنائية، وليس هذا مجال بحثه، وأما الضمان فهو أثر للتعدي متى حصل تلف للمال، أو منفعته بسبب التعدي، وقد دلت الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة على تضمين المتعدي، ولو كانت يده في الأصل يد أمانة:

(١) قال ابن قدامة: «الوكيل إذا خالف موكله، فاشترى غير ما أمره بشرائه أو باع ما لم يؤذن له في بيعه، أو اشترى غير ما عُيِّنَ له، فعليه ضمان ما فوّت على المالك، أو تلف؛ لأنه خرج عن حال الأمانة، وصار بمنزلة الغاصب» ٦/ ٢٩٤، وقال ابن تيمية: «عموم الولايات وخصوصها، وما يستفيد المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ، والأحوال، والعرف، وليس لذلك حد في الشرع» مجموع الفتاوى ٢٨/ ٦٨، وينظر: كشف القناع ٨/ ٤٣٩.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٣) رواه الدارقطني والبيهقي وصححه الألباني، ينظر: إرواء الغليل ٥/ ٢٧٩.

فمن الكتاب: قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(١)، وقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٢)، وقول الله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾^(٣)، ووجه الدلالة: أن الله تعالى أجاز للمعتدي عليه أن يأخذ حقه من المعتدي، وأباح لمن وقعت عليه العقوبة بغير حق أن يستوفي بدلها، وبين الله تعالى أن جزاء من عمل السوء أن يفعل به مثل ما فعل ومن ذلك: ضمان أمواله من المعتدي، فالمال يُضمّن بمثله^(٤).

ومن السنة: ما روى أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان عند بعض نساءه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام فضربت بيدها، فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا، وحبس الرسول - أي الخادم - والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة، وحبس المكسورة^(٥)، وفي لفظ آخر: قال: ((طعامٌ بطعام، وإناءٌ بإناء))^(٦)، ووجه الدلالة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد ألزم الكاسرة بالضمان، مما يدل على أن من استهلك على غيره شيئاً كان مضموناً عليه^(٧).

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) سورة النحل: الآية ١٢٦.

(٣) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٤) تيسير الكريم الرحمن للسعدي عند تفسيره لهذه الآية ص ٧٢، ٧٠٦، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للهاجري ١٥٣/٢.

(٥) أخرجه البخاري، كتاب المظالم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره، حديث رقم (٢٤٨١) ١٥٤/٥.

(٦) لفظ: ((طعامٌ بطعام، وإناءٌ بإناء)) ليس في البخاري، وإنما أخرجه الترمذي في أبواب الأحكام من جامعه، باب: ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الكاسر، حديث رقم (١٣٧٠) ٥٩٣/٤، وقال عقيبه: حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٣٥٩/٥.

(٧) ينظر: سبل السلام ١٤٧/٣.

الفرع الثاني: صور تعدي الحارس القضائي:

إن أصول التزامات الحارس القضائي ترجع إلى ثلاثة أمور: حفظ المال، وإدارته، ورده إلى من ثبت له الحق فيه، وهذا الالتزام قد نصت عليه المادة ٢١١ من نظام المرافعات، فجاء فيها: «ويتكفل الحارس بحفظ المال، وإدارته، وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه»، وعلى هذا فصور التعدي من الحارس القضائي ولو تعددت، فإنها ترجع إلى أحد هذه الأصول، ولذلك فسوف أجعل صور التعدي التي ترجع إلى كل أصل منها في مسألة مستقلة.

المسألة الأولى: صور التعدي التي ترجع إلى حفظ المال المحروس:

لقد تقرر لدينا أن الحراسة القضائية عقد مركب من الوديعة والوكالة، وأن أحكام الوديعة تطبق على الحراسة القضائية فيما يرجع إلى حفظ المال، وتطبق أحكام الوكالة فيما يرجع إلى إدارة المال والتصرف فيه^(١)، ولذلك فلدينا عدد من صور التعدي ترجع إلى حفظ المال المحروس، فمنها: انتفاع الحارس القضائي بالمال المحروس، أو غلته لمصلحته الشخصية، لا لمصلحة المال، فالواجب عليه أن يحرز المال فيما يحفظ فيه مثله إذا لم يتأتى استغلاله بتأجير، ونحو ذلك، فإذا استعمله لمصلحته الشخصية ترتب على ذلك أمران، الأول: أن تنقلب يده من يد أمانة إلى يد ضمان، فيصير حكمه حكم الغاصب، والأمر الثاني: أن يجب عليه ضمان منفعة المال لأصحابه مدة انتفاعه به^(٢)، ويُقاس الحارس القضائي على المرتهن إذا انتفع بالرهن بغير إذن الراهن، قال البهوتي: «وإن انتفع المرتهن بالرهن بغير إذن الراهن فعليه أجرته، في ذمته كالغاصب... وإن تلف الرهن ضمنه المرتهن لتعديده، بانتفاعه به بغير إذن ربه، كالوديعة»^(٣).

(١) قد بينت سابقاً الفرق بين الفقهاء والقانونيين في مصطلح التصرف، وقد سرت في كلامي على مصطلح الفقهاء فليتبَّه له.

(٢) بدائع الصنائع ٨/ ١٩٤، الهداية للمرغيناني ٣/ ٢٤١، القوانين الفقهية ص ٢٧٦، قال الشربيني: «فإن تلف المأخوذ في يده ضمنه، فإن مضت في يده مدة بعد التعدي وجب عليه أجره مثل تلك المدة» مغني المحتاج ٣/ ١١٦، كشف القناع ٩/ ٤١٩.

(٣) كشف القناع ٨/ ٢١٣.

وكما أن الحارس القضائي يعتبر متعدياً على المال المحروس إذا انتفع به لمصلحته الشخصية، فكذلك إذا أعاره لغيره أو أقرضه أو أذن له في الانتفاع به، وسواء أقام بذلك مباشرة، أو أمر بذلك أحد معاونيه، أو موظفيه، فإنه يضمن المال ومنفعته على ما سبق في انتفاعه هو بنفسه، وإذا لم يجز له الانتفاع بالمال لمصلحته الشخصية بنفسه، فكذلك لا يجوز له أن يأذن لغيره أن ينتفع بالمال المحروس لمصلحته لا باستعارة أو اقتراض أو نحوه، ثم إن الفقهاء قد منعوا المودع أن يودع المال لغيره، فمن باب أولى منعه أن يعيره أو يقرضه^(١).

والمبادر إلى الذهن أن الحفظ يختص بالأموار المادية من أعيان المال المحروس وغلته، إلا أنه يجب أن يمتد حفظ الحارس إلى الأشياء المعنوية التي تؤول إلى مال، فقد قرر فقهاء العصر أن الحقوق المعنوية أموال يجوز الاعتياض عنها، وتضمن بالتعدي عليها^(٢)، فمن ذلك: أسرار المهنة الخاصة بالمال المحروس، فهو مما يجب على الحارس القضائي أن يحافظ عليه، فإذا تعدى بإفشائه، فيجب أن يكون ذلك موجباً لتضمنه^(٣).

المسألة الثانية: صور التعدي التي ترجع إلى إدارة المال المحروس:

مصطلح «الإدارة» يقصد به في الاصطلاح المعاصر القيام على المال بتنميته واستثماره في كل نوع من أنواع الأموال بحسبه، وما يناسبه من أوجه الاستغلال، فيخرج بذلك التصرف في عين المال، ولو كان من قبيل بيع ما يكون معروضاً للتلف، أو إجراء تحسينات في العين، فإن هذا يدخل في الاصطلاح الحادث تحت مسمى التصرف^(٤)، بينما يطلق الفقهاء المتقدمون التصرف على ما يشمل الأمرين.

(١) قال البهوتي: «وإلا بأن دفعها لأجنبي أو حاكم بلا عذر ضمن المستودع الوديعة لتعديه؛ لأن المستودع ليس له أن يودع بلا عذر» كشف القناع ٩/ ٤١٥، وينظر: بدائع الصنائع ٨/ ١٩٤، ٣٥٥، القوانين الفقهية ص ٢٧٦، مغني المحتاج ٣/ ١٠٧.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥، جزء ٣، قرار رقم (٥) لعام ١٤٠٩ هـ، ص ٢٥٨١، المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير ص ٧٤.

(٣) ينظر: المسؤولية المدنية الناشئة عن إفشاء السر المهني لسلطان الحلبوسي ص ٧١.

(٤) ينظر: الجديد في القضاء المستعجل لمصطفى هرجه ص ٤٣٢، والدعاوى التحفظية لأنور العمروسي ص ٢٣٦.

وسلطة الإدارة تُميّز الحارس القضائي عن الخازن القضائي الذي ليس له سوى قبض المال، والحفاظ عليه، دون التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف^(١)، وعلى الحارس القضائي أن يتقيد في إدارة المال بالصلاحيات المنصوص عليها في القرار القضائي الذي خوّله الحراسة، كما يجب عليه أن يتقيد بالعرف المتبع في إدارة المال المحروس، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٢)، وتعتبر مخالفة نص القرار القضائي أو العرف من موجبات الضمان، فإذا لم يُنصّ على أعمال الحراسة في القرار القضائي فيدخل في صلاحيات الحارس القضائي جميع أعمال الإدارة المخوّل للوكيل وكالة عامة^(٣)، وكما مرّ معنا أن الحارس القضائي يعتبر وكيلًا فيما يتعلق بأعمال الإدارة.

فيعتبر الحارس ضامناً متى تصرف في العين المحروسة أو الغلة تصرفاً ناقلاً للملكية؛ لأنه يكون بذلك قد تجاوز صلاحياته، وقد نص الفقهاء على أن الوكيل يضمن ما يفوت بتصرفه، إذا لم تثبت وكالته؛ لأنه تصرف بغير حق^(٤)، ويكون الحارس القضائي ضامناً عند تصرفه بالمال المحروس بالبيع ونحوه من جهتين: من جهة أصحاب المال كما تبين، ومن جهة المتصرف إليه إذا أصابه ضرر جراء هذا التصرف؛ لأنه غرّه^(٥)، والتغدير من أسباب الضمان.

وإذا احتاج الحارس القضائي أو اضطر لبيع شيء من أموال الحراسة أو من الغلة، لأنه معرض للعيب أو الهلاك، فلا بد أن يستأذن القاضي الذي أقامه

(١) قد نصّ نظام التنفيذ السعودي على أن كلاً من الحارس القضائي والخازن القضائي يعتبران من مقدمي خدمات التنفيذ، يراجع المواد: ٤٢، ٤٣، ٧٢، ٩٣ من هذا النظام.

(٢) يراجع في هذه القاعدة الفقهية: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٧٤٩/١٠.

(٣) الوسيط للسنهوري ٧/١/٩٣٣.

(٤) كشف القناع.

(٥) الحراسة القضائية لأحمد الجوفان ص ٣١٤.

حارساً قضائياً^(١)؛ لأنه إن باع بغير إذن فهو مُعتدٍ في البيع، فيضمن، وإن ترك الاستئذان مع وجود الحاجة أو الضرورة في ذلك فيضمن أيضاً لأنه مُفَرِّط، ومُتسبِّب في تلف المال، إلا أن يتعذر الاستئذان فله التصرف حينئذ بما يقتضيه الحال؛ للضرورة^(٢).

وعلى الحارس القضائي ألا يُمكن أحداً من أصحاب المال بأن يحلَّ محله في إدارته بشكل مباشر أو غير مباشر، ولو فعل ذلك فهو مُتعدٍّ وعليه الضمان لما يحصل من ضرر بسبب ذلك، وقد نص الفقهاء على أن على العدل الذي يقيمه الراهن والمرتهن لقبض الرهن ألا يُمكن أحداً منهما من التصرف في الرهن، فلو خالف فإنه يضمن^(٣)، فيقاس عليه الحارس القضائي، فإذا اضطر الحارس إلى تفويض بعض المهام لبعض الأطراف، فعليه أن يستأذن المحكمة، أو الأطراف جميعاً^(٤).

فإذا ظهر لنا حكم إنابة الحارس القضائي لأحد من الأطراف في تولي بعض مهامه، فما الحكم لو كان من فوّضه الحارس القضائي ليس له علاقة بالمال بل هو أجنبي عنه؟ فالجواب عن ذلك أن هذه المسألة تُخَرِّج على مسألة توكيل الوكيل لغيره، وهي مسألة خلافية بين الفقهاء^(٥)؛ إلا أنهم قد اتفقوا على أن

(١) القضاء الاستعجالي لمحمد منقار ص ١٤١.

(٢) ينظر: كشاف القناع ٨/ ١٩٢.

(٣) بدائع الصنائع ٨/ ١٩٤، مواهب الجليل ٦/ ٥٥٩، نهاية المحتاج ٤/ ٢٧٢، كشاف القناع ٨/ ١٩٣، قال في تكملة البحر الرائق: «ولو دفع العدل الرهن إلى أحدهما - أي الراهن أو المرتهن - ضمن؛ لأنه مودع الراهن في حق العين، ومودع المرتهن في حق المالية، وكل منهما أجنبي عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي» ٨/ ٤٧٠.

(٤) يراجع: المادة ٢١٣ من نظام المرافعات الشرعية، والفقرة ٢/ ٢١٣ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

(٥) ينظر لبيان الخلاف في هذه المسألة: المبسوط ١٩/ ١٩٢، مواهب الجليل ٧/ ١٩١، البيان للعمري ٦/ ٤١١، المغني ٧/ ٢٠٧، تصرفات الأمين في العقود المالية لعبد العزيز الحجيلان ١/ ٤٩٥، العقود المضافة إلى مثلها لعبد الله طاهر ص ١٧٥.

الوكيل إذا نهاه موكله أن يؤكّل غيره، فلا يجوز له التوكيل والحال هذه، ومن نقل الإجماع على ذلك ابن قدامة في المغني^(١)، وهذا منطبق على هذه المسألة، وعلى هذا فلا يجوز للحارس القضائي توكيل غيره في مهامه الأصلية؛ لأن النظام والعرف قد جرى على ذلك^(٢)، فلو خالف الحارس القضائي في ذلك ضمن ما يتلف بسبب ذلك، فإذا احتاج الحارس القضائي إلى توكيل غيره في مهامه الأصلية أو بعضها فلا بد أن يستأذن المحكمة، أو أصحاب الشأن جميعاً^(٣)، ويلاحظ هنا: أن ما جرى فيه العرف من توظيف الحارس القضائي لبعض العمال والموظفين في بعض المهام الجزئية أنه مما أذن فيه عرفاً، فلا يدخل في المنع من التوكيل^(٤).

المسألة الثالثة: صور التعدي التي ترجع إلى رد المال المحروس مع غلته المقبوضة:
إن الحارس القضائي نائب في حفظ المال وإدارته مدة محددة تبدأ من صدور القرار القضائي بتعيينه، وتنتهي غالباً بقرار قضائي مماثل يحدد من يكون له الحق في استلام المال المحروس، فعلى الحارس واجب حفظ المال في أثناء الحراسة، وألا يسلم المال المحروس، أو شيئاً من غلته إلى أحد طرفي

(١) ٢٠٧/٧.

(٢) ينظر: الفقرة ٢١٣ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

(٣) ينظر: الفقرة ٢١٣ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

(٤) في هذا يقول الخطاب المالكي: «أن يكون الموكل فيه كثيراً يعلم بقرينة العادة أن الموكل لا يستقل بالتصرف فيه، فيجوز له أن يوكل من يعينه، قال ابن عبد السلام: وهذه القرينة تسوّغ له الاستعانة بوكيل، ولا تسوّغ له أن يجعل وكيلاً، أو وكلاء ينظرون فيما كأن ينظر فيه... ويكون للوكيل الأعلى النظر على من تحته» مواهب الجليل ١٩١/٧، وهذا النقل يُبين لنا الفرق بين التوكيل في المهام الأصلية، والتوكيل في المهام الجزئية، وينظر: قضاء الأمور المستعجلة لمحمد راتب ص ٨٨٧، الحراسة القضائية لرضا عيسى ص ٣٥٥، الحراسة القضائية للجوفان ص ٣١٦.

النزاع، فضلاً عما هو أجنبي عن المال بدون إذن المحكمة أو رضا ذوي الشأن مجتمعين، فإن خالف فقد نصّ الفقهاء أن ذلك من قبيل التعدي^(١).

وعند انتهاء الحراسة عليه المبادرة إلى تسليم المال، وهذا واجب شرعي في جميع الأمانات، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٢)، وقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَنَكَ))^(٣)، وقال عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «لم يرخص الله لمعسر ولا موسر أن يمسك الأمانة - أي يحبسها عن صاحبها عند طلبها -»^(٤)، فإن تأخر الحارس القضائي في ردّ المال، وحبسه عن أصحابه بغير عذر انقلبت يده من يد أمانة إلى يد ضمان، وعومل معاملة الغاصب، قال البهوتي رَحِمَهُ اللَّهُ: «فإن أخرج الوكيل رده أي الثمن بعد طلبه، أي الموكل، مع إمكانه أي الرد، فتلف الثمن ضمنه الوكيل؛ لتعديده بإمساكه بعد الطلب، وتمكّنه منه»^(٥)، فيجب على الحارس القضائي ردّ الأموال المحروسة، وجميع توابعها من الغلال، والوثائق التي تسلمها لغرض قيامه بالحراسة، ومن ذلك: الأوراق التجارية، والإدارية - كالتراخيص ونحوها - والسندات، والعقود التي أبرمها مع الغير^(٦).

(١) ينظر: تكملة البحر الرائق ٨/ ٤٧٠، مواهب الجليل ٦/ ٥٥٩، شرح الدردير بحاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٥، المغني ٦/ ٤٧٢، دقائق أولي النهى ٣/ ٣٥٦، وقال عlish: «ضمن لتعديده بتسليمه للمرتن بلا إذن الراهن» منح الجليل ٣/ ٨٢، وقال البهوتي: «فإن دفعها لأجنبي ضمن لتعديده؛ لأن المستودع ليس له أن يودع بلا عذر» كشف القناع ٩/ ٤١٥.

(٢) سورة النساء: الآية ٥٨.

(٣) رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه، والدارقطني والبيهقي، وصححه الألباني بمجموع طرقه، ينظر: إرواء الغليل ٥/ ٣٨٣.

(٤) تفسير ابن جرير الطبري ٤/ ١٤٩.

(٥) كشف القناع ٨/ ٤٥٨، وينظر: بدائع الصنائع ٧/ ٤٥٩.

(٦) القضاء الاستعجالي لمحمد منقار ص ١٤٠.

المطلب الثاني: تطبيقات ضمان الحارس القضائي التي ترجع إلى وصف التفريط:

الفرع الأول: تعريف التفريط والدليل على تضمين المفريط: المسألة الأولى: تعريف التفريط:

التفريط في اللغة: مصدر الفعل الثلاثي المضعف فرط، «والفاء والراء والطاء أصل صحيح: يدل على إزالة شيء عن مكانه، وتنحيته عنه... يقال أفرط: إذا تجاوز الحد في الأمر... لأنه إذا جاوز القدر فقد أزال الشيء عن جهته، وكذلك التفريط، وهي التقصير؛ لأنه إذا قصر فيه فقد قعد به عن رتبته التي هي له»^(١)، فالتفريط هو التقصير، وتضييع الشيء حتى يفوت^(٢). ولا يخرج اصطلاح الفقهاء في هذا عن المعنى اللغوي^(٣)، إلا أنهم يفرقون بين التعدي والتفريط، بأن التفريط هو ترك ما يجب من غير عذر، والتعدي هو فعل ما لا يجوز^(٤)، فالمفريط ترك ما يجب عليه فعله من الحفظ والاحتياط إهمالاً، حتى حصل فوت المال أو منفعته، فهو متسبب في التلف، ومن القواعد المقررة أن من أتلف مالاً لإنسان بمباشرة أو تسبب فإنه يضمن هذا المال^(٥)، وعند التأمل نجد أن التفريط يرجع إلى التعدي، ولذلك تجد بعض الفقهاء يكتفون بالقول: لا يضمن الأمين إلا إذا تعدى^(٦)؛ لأن التفريط نوع تعدي، فالإهمال

(١) معجم مقاييس اللغة ٤/ ٤٩٠.

(٢) لسان العرب ١٠/ ٢٣٥.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣/ ٨٢.

(٤) القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٦٢، وينظر: كشف القناع ٩/ ٤٠٥، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «التفريط: هو ترك ما يجب عليه من غير عذر» مجموع الفتاوى ٣٠/ ١٨٣.

(٥) مجمع الضمانات ١/ ٣٤٥، قواعد ابن رجب ٢/ ٣١٦.

(٦) ومن ذلك القاعدة الفقهية «الأمانات تضمن بالتعدي» ينظر: الهداية للمرغيناني ٤/ ٤٧٠، الحاوي للمواردي ٧/ ٥٩٣ بواسطة: القواعد والضوابط في الضمان المالي ٢/ ٥٩٣، وقاعدة: «الضمان لا يجب على الوديع إلا بالتعدي» قال الخرقى: «وليس على مودع ضمان إذا لم يتعد» وقد فسر ابن قدامة التعدي هنا بالتفريط فقال: «وجملته أن الوديعة أمانة، فإذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان» المغني ٩/ ٢٥٧، مما يبين ما ذكرته أن هذين اللفظين من الألفاظ التي يطلق أحدهما على الآخر.

والتقصير هو تعدي في حفظ حقوق الغير، كما قرروا بأن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً^(١)، وتحقيق القول في ذلك: أنها لفظان إذا اجتمعا دل كل واحد منهما على معنى مستقل، فيدل التعدي على فعل ما لا يجوز فعله، والتفريط على ترك ما يجب فعله، وإذا استقل التعدي دخل فيه التفريط تغليباً^(٢).

المسألة الثانية: الدليل على تضمين المفرط:

قد دلت السنة النبوية على تضمين المفرط، فروى الإمام مالك رَحِمَهُ اللهُ أن ناقة للبراء رَضِيَ اللهُ عَنْهُ دخلت حائط قوم، فأفسدت، فقضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم^(٣)، وقد قرر الفقهاء أن مناط التضمين في الحديث: هو التفريط^(٤)، فيكون التفريط سبباً للضمان بمدلول هذا الحديث الشريف.

الفرع الثاني: صور تفريط الحارس القضائي:

المسألة الأولى: صور التفريط التي ترجع إلى حفظ المال المحروس:

إن أول درجات الحفظ: أن يضبط الحارس القضائي طريقة استلامه للمال المحروس^(٥)، فيكون وفق الطريقة المنصوص عليها في النظام^(٦)، والتي تتلخص في الخطوات التالية:

- (١) مجمع الضمانات ١/ ٣٤٥.
- (٢) ينظر: نظرية الضمان لوحة الزحيلي ص ١٩، والقواعد والضوابط في الضمان المالي للهاجري ١٦٣/١.
- (٣) أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً، وأخرجه أبو داود والطحاوي والحاكم والبيهقي موصولاً، وصححه الألباني، ينظر: إرواء الغليل ٥/ ٣٦٢، قال ابن عبد البر: «إن كان هذا مرسلاً فهو مشهور حدث به الأئمة الثقات، وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول» المغني ١٢/ ٥٤١.
- (٤) المغني ١٢/ ٥٤١، ولا يشكل على هذا ما ذكره بعض أهل العلم من أن سبب الضمان في الحديث هو التعدي؛ لأن الليل ليس وقتاً معتاداً للرعي، كما في المنتقى للباقي ٧/ ٤٤٤؛ لما بينته في المتن، من أن التعدي إذا أطلق، وأفرد فإنه يدخل فيه التفريط تغليباً.
- (٥) قد حرص الفقهاء على ضبط استلام المال وطريقة حفظه من قبل الوصي وأمين القاضي، قال البهوتي - في الوصيين -: «.... وجعل المال في مكان تحت أيديهما لكل واحد منهما عليه نحو قفل، فإن تعذر ذلك، ختم عليه ودفع إلى أمين القاضي» كشاف القناع ١٠/ ٣١٥.
- (٦) الفقرة ١/ ٢١٣ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

١. تحرير محضر مجرد فيه الأموال محل الحراسة، وأوصافها، ويوقعه الحاضرون من ذوي الشأن، ومن امتنع منهم من التوقيع يثبت ذلك في المحضر، ويوقع الباقيون.
٢. إخطار ذوي الشأن بالحضور عند استلام الأموال.
٣. أن يتم الاستلام، وتحرير المحضر بحضور مندوب من المحكمة، وتوقيعه على المحضر.

وهذه الطريقة في الاستلام قد أمر بها ولي الأمر، وطاعته واجبة، ثم إنها مما جرى به عرف المتعاملين في هذا الزمان، وقد سبق معنا أن مخالفة الحارس القضائي للعرف من مقتضيات ضمانه، وعلى هذا فيكون هذا المحضر مرجعاً عند اختلاف أصحاب المال مع الحارس القضائي في ما قبضه من المال، فإذا لم يكن قد حرر المحضر، أو نسي ذكر شيء فيه، فيكون قد فرط في الحفظ، مما يُسوّغ تضمينه والحال هذه، وقد نص الفقهاء على أن تجهيل الوصي والمودع يعتبر أحد أسباب ضمانه، إذا لم يبين حال الأمانة التي تحت يده، ووصفها، فمات عنها أو فقدت، وذلك راجعاً إلى تفريط الأمين في الحفظ^(١).

وفي أثناء العمل على الحارس القضائي أن يتخذ دفاتر حساب منظمة، يُبين فيها ما يستلمه من المال، وما ينفقه عليه، ويلتزم بأن يُقدّم في الفترات التي يحددها القاضي أو في كل سنة على الأكثر إلى ذوي الشأن حساباً بما تسلمه وبما أنفقه، معزّزاً بما يثبت ذلك من مستندات، وأن يودع صورة من ذلك في إدارة المحكمة^(٢)، وهذا كما مرّ معنا هو مما ألزم به ولي الأمر، وهو مما جرى

(١) قال الكاساني: «كل من كان المال في يده أمانة، إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها، فإنه يكون عليه ديناً في تركته، لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة» بدائع الصنائع ٨/ ٨٣، وينظر: المرجع نفسه ٨/ ٣٦٨، مجمع الضمانات ١/ ٢٣٢، المغني ٩/ ٢٧٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧٣/ ١٠.

(٢) المادة ٢١٦ من نظام المرافعات الشرعية.

به العُرف أيضاً فيكون ملزماً للحارس القضائي، فإذا لم يُبين ما استلمه وما أنفقه في حساب دوري منتظم بالصفة المذكورة، كان ذلك من أسباب ضمانه إذا وجد عجز مالي على الحارس القضائي، ولم يعلم سبب هذا العجز؛ لأنه لم يتخذ دفاتر حساب منتظمة، فلا بد أن يكون ذلك داخلاً في ضمانه؛ لحصول التجهيل منه.

وقد نصّ عليه الفقهاء على القاضي أن يحاسب أمناءه على ما جرى على أيديهم من أموال المسلمين، ومن غلاتهم؛ لما روي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه كان يحاسب عمّاله كل سنة؛ لأن القاضي هو الذي يلي التصرف في أموال اليتامى، وفي أموال الوقف، وفي أموال المتخاصمين، وربما يعجز عن ذلك بنفسه فيستعين بغيره على بعض أعماله، فيجب أن يحاسب؛ ليصير معلوماً للقاضي، فإن أحسّ خيانتة عزله، واستبدل به غيره، وإن وجده أميناً قرره على ذلك^(١)، وفي عصرنا هذا الذي تشعبت فيه القضايا، وصار التخصص علامة بارزة تُميّز العصر، فإن الباحث يوصي وزارة العدل أن تجعل مهمة محاسبة الحُرّاس القضائيين لمركز متخصص في الوزارة يكون لديه من الكفاءات الإدارية والمحاسبية ما يُمكنه من دراسة التقارير المحاسبية السنوية المقدمة من الحُرّاس القضائيين، وذلك لضبط عمل الحارس القضائي، فإن وجد الحارس القضائي أميناً قائماً بعمله على الوجه المطلوب، فإنه يُقرّر على عمله، وإن وجد لديه تقصير أو خيانة، فإنه يرفع للمحكمة بالنظر في عزله قبل أن يستفحل الأمر، وتضيع حقوق أصحاب الأموال.

وقد سبق القول بأن الحارس القضائي وديع فيما يتعلق بحفظ المال المحروس، وغلة هذا المال، فعليه أن يحافظ على هذا المال، فإن فرط في حفظه

(١) ينظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/ ٢٨٤، الكاشف لابن خنن ٢/ ٤٧٢.

حتى تلف أو تعيب، فعليه ضمانه، أسوة بالوديع، وهذا أمر متقرر فقهاً^(١)، ونظماً^(٢)، ولا يُكتفى بمجرد الحفظ المادي للمال، بل يمتد ذلك إلى حفظه قضاءً بالمطالبة به، والدفاع عنه، وهو بذلك صاحب صفة مدعياً أو مدعى عليه^(٣).

المسألة الثانية: صور التفريط التي ترجع إلى إدارة المال المحروس:

لئن كان الحارس القضائي وديعاً في حفظ المال، والغلة، فهو وكيل في إدارة المال، وتنميته، واستثماره، فحكمه في ذلك حكم الوكيل سواء بسواء، كما مرّ معنا، وعلى هذا فيجب عليه أن يلتزم بالصلاحيات المخولة له في القرار القضائي، وما نصّ عليه النظام، وكذلك يلزمه القيام على المال وفق ما يجري به العرف، فإن فرط في الإدارة وتقاوس عن بعض هذه الصلاحيات، فتسبب ذلك فوت المال، أو منفعة أو غلته، فهو ضامن^(٤)، ومن أمثلة ذلك:

تقاوس الحارس القضائي عن قبض الأجرة^(٥)، وسوء اختيار من ينوب عنه في بعض أعماله، فإن يكون ضامناً لما يقع من أضرار بسبب اختيارهم^(٦).

(١) بدائع الصنائع ٨/ ٣٦٤، مواهب الجليل ٧/ ٢٧٠، مغني المحتاج ٣/ ١١١، كشاف القناع ٩/ ٤٠٦، وينظر: الحراسة القضائية للجوفان ص ٣١٨.

(٢) المادة ٢١١ من نظام المرافعات الشرعية، وينظر: الحراسة القضائية لعبد الحميد الشواربي ص ١٩١.

(٣) كشاف القناع ٩/ ٤٣٤، وينظر: بحث المسؤولية المدنية للحارس القضائي لباسل النوايسة ص ١٣٥، الحراسة القضائية للجوفان ص ٣٠٥.

(٤) حاشية ابن عابدين ٨/ ٢٢٧، علّق الدسوقي على قول خليل: «وحيث خالف في اشتراء لزمه» قال: «أي الوكيل ما اشتراه، أي ولو كانت مخالفته خطأ لتقصيره» حاشية الدسوقي ٣/ ٥٩٣، مغني المحتاج ٢/ ٢٩٥، وقال البهوتي: «وإن باع هو أي: وكيل ومضارب بدون ثمن المثل، إن لم يقدر له ثمناً، أو باع بأنقص مما قدره له الموكل أو رب المال صح البيع؛ لأن من صح بيعه بثمن المثل صحّ بدونه كالمرضى، وضمنا: أي الوكيل والمضارب النقص كله، إن كان مما لا يتغابن به عادة؛ لأن فيه جمعاً بين حظ المشتري بعدم الفسخ، وحظ البائع، فوجب التضمنين، وأما الوكيل فلا يعتبر حظه؛ لأنه مفّرط» كشاف القناع ٨/ ٤٣٧.

(٥) ينظر: الحراسة القضائية للبكري ص ٣٩١.

(٦) ينظر: الحراسة القضائية للبكري ص ٣٩٣.

على أنه لا يعتبر من التفريط: أن يترك الحارس القضائي شيئاً ليس من صلاحياته، بل لو فعل ما ليس من صلاحياته، فإنه يضمن للتعدي، فإن رأى فيه مصلحة ظاهرة للمال، فعليه أن يرجع إلى المحكمة في ذلك^(١).

المسألة الثالثة: صور التفريط التي ترجع إلى رد المال المحروس مع غلته المقبوضة: إذا انتهت الحراسة القضائية وجب على الحارس أن يردّ المال مع غلته إلى من يصدر الحكم القضائي بتسليم المال له، وعلى هذا فإن تأخر الحارس القضائي عن رد المال، بلا عذرٍ، موجبٌ لضمانه؛ إذا تلف المال لتفريطه، وهو في هذا كالوكيل، وقد نص الفقهاء على ضمان الوكيل إذا تأخر في تسليم المال لموكله^(٢).

ومن التفريط في ردّ المال: عدم الإشهاد على من سُلم له المال، وقد قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللهِ حَسِيبًا﴾^(٣)، وهذه الآية نص في الأمر بالإشهاد على اليتامى إذا دفع الولي إليهم أموالهم، ويُقاس عليه كل من قبض المال بحكم الولاية الجبرية، ومنهم الحارس القضائي، فعليه أن يُشهد على تسليم المال إذا دفعه إلى أصحابه، ومن هنا قرر الفقهاء أن الوكيل إذا كانت وكالته بجعل، فلا يقبل دعواه الردّ إلا بينة، ونصّوا على أن مثله في هذا الحكم: الوصي وناظر الوقف، وكل من قبض المال لحظ نفسه^(٤).

(١) قال البهوتي: «ولم يملك الوكيل - أي في البيع - قبض ثمنه؛ لأنه قد يوكل في البيع من لا يأتمنه على الثمن، فعلى هذا إن تعذر قبضه لموت المشتري مفلساً، ونحوه لم يلزمه أي الوكيل شيء من الثمن؛ لأنه ليس بمفطرّ، كونه لا يملكه» كشف القناع ٨/ ٤٤٦.

(٢) كشف القناع ٨/ ٤٤٨.

(٣) سورة النساء: الآية ٦.

(٤) كشف القناع ٨/ ٤٥٥.

الخاتمة

تبَيَّنَ لنا في طيات هذا البحث أن الحراسة القضائية أداة فاعلة، وهي نيابة قضائية، فالحارس القضائي نائب للقاضي، وقد غلبت تسميته في مدونات الفقه بأمين القاضي؛ لأن من أهم الشروط في تعيينه أن يكون أميناً، والأمين يُقْبَلُ قوله، ويُصَدَّقُ خبره، ما لم يعارضه ما هو أقوى منه، ومن أحكام الأمين في الفقه الإسلامي أنه لا يضمن ما يتلف تحت يده، ولو كان ذلك بسبب خطأ في تقديره واجتهاده، إلا أن يكون قد تعدَّى على المال، أو فرَّط في حفظه وإدارته، وقد عاجلت الشريعة الإسلامية هذا الموضوع بكل وضوح وصفاء، فوضعت الحدود، وصرفت الأحكام، واتضح الحلال من الحرام، فالواجب على الحارس القضائي أن يقوم بعمله وفق الحدود المرسومة له في القرار القضائي، ووفق مقتضيات العرف وما جرت به العادة في التعامل، فإن قصَّر دون ذلك عرَّض نفسه للضمان، وهكذا إذا تجاوز الحدَّ وأساء وظلم بأن تعدَّى على المال أو منفعته، وسواء كان التعدي أو التفريط في حفظ المال أو إدارته، أو ردّه لصاحب الحق فيه بعد انتهاء الحراسة، فهذا كله من مُوجِبَات الضمان إذا تلف المال أو منفعته، فالواجب القصد، وكلا طرفي قصد الأمور ذميم، وقد سُقَّتْ في البحث صوراً متعددة خَرَجَتْ حُكْمُهَا مما نص عليه الفقهاء في أبواب الفقه المختلفة، راجياً أن يكون هذا البحث قد سلَّط الضوء على هذا الموضوع المهم، وإلا فإن الإحاطة بأطرافه عسيرة، وفيما ورد - إن شاء الله تعالى - إشاراتٌ تغني اللبيب، وترشد الفقيه الأريب.

وأوصي في خاتمة بحثي هذا بضرورة أن تتخذ وزارة العدل مركزاً لمتابعة أعمال الحُرَّاس القضائيين؛ للإنذار المبكِّر حال وجود أي تجاوز أو تقصير، وللمتابعة الدقيقة والمنظمة، وللدراسة الفنية المؤهلة للتقارير المالية التي يلزم

الحُرَّاس القضائيين تقديمها بموجب المادة ٢١٦ من نظام المرافعات الشرعية،
ويقترح الباحث: أن يخصص لهذا المركز جزء من غلة الحراسة القضائية؛
لضمان استمرار عمله، وفاعليته.
هذا، وبالله تعالى التوفيق، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى
الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر والمراجع

١. أثر استعمال الحارس للأشياء المحروسة، د. محمد آل الشيخ، بحث منشور في مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد ٦٠، شوال ١٤٣٤هـ.
٢. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، علي بن محمد الماوردي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: ١، ١٤١٠هـ.
٣. أحكام الملكية في الفقه الإسلامي والقانون، د. مفلح القحطاني، ود. بهاء الدين العلايلي، ط: ١، ١٤٣٤هـ.
٤. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، ط: ٢، ١٤٠٥هـ.
٥. الأشباه والنظائر للسيوطي، تحقيق: محمد المعتصم البغدادي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: ٣، ١٤١٧هـ.
٦. الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي، د. وليد بن خالد الربيع، دار النفائس - عمان، ط: ١، ١٤٢٧هـ.
٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: عبد الله التركي، دار هجر - الجيزة، ط: ١، ١٤١٥هـ.
٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي وتكملته للطوري، دار الكتب العلمية، ط: ١، ١٤١٨هـ.
٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني الحنفي، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١٨هـ.
١٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم - بيروت، ط: ١، ١٤١٦هـ.
١١. البيان في مذهب الإمام الشافعي شرح المذهب للعمرائي، عناية: قاسم النوري، دار المنهاج - بيروت، ط: ١، ١٤٢١هـ.
١٢. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون المالكي، عناية: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١٦هـ.
١٣. تحفة المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، شمس الدين أحمد بن شهاب الرملي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ٣، ١٤٢٤هـ.

١٤. تصرفات الأمين في العقود المالية، د. عبد العزيز بن محمد الحجيلان، إصدارات مجلة الحكمة، بريطانيا، ط: ١، ١٤٢٢هـ.
١٥. تفسير ابن جرير الطبري، المسمى: جامع البيان في تفسير القرآن، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ٣، ١٤٢٠هـ.
١٦. تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، محمد علي المكي، المطبوع مع أصله الفروق للقرافي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١٨هـ.
١٧. توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، معالي الشيخ عبد الله بن محمد بن خنين، ط: ١، ١٤٢٣هـ.
١٨. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: ٤، ١٤١٧هـ.
١٩. الجامع لأحكام الكفالة والضمانات على المذاهب الأربعة، ياسر بن أحمد النجار، دار الصميعي - الرياض، ط: ١، ١٤٣٥هـ.
٢٠. جامع الترمذي المطبوع مع شرحه تحفة الأحوذى، عناية: عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الفكر.
٢١. الجديد في القضاء المستعجل، مصطفى هرجة، دار الثقافة - القاهرة، ط: ٢، ١٩٨٢.
٢٢. حاشية ابن عابدين المسماة: رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، تحقيق: محمد صبحي حلاق، وعامر حسين، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط: ١، ١٤١٩هـ.
٢٣. الحراسة القضائية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة فؤاد الأول بالقاهرة، د. عبد الحكيم فراج، ١٩٤٤م، موقع دار المنظومة الشبكي.
٢٤. الحراسة القضائية على الأموال «دراسة مقارنة»، د. رضا محمد عيسى، مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض، ط: ١، ١٤٣٤هـ.
٢٥. الحراسة القضائية في ضوء نظام المرافعات الشرعية السعودي وتطبيقاتها، صالح بن عبد الرحمن النفيسة، بحث مقدم للندوة العلمية التثقيفية بالأنظمة العدلية بمنطقة القصيم، منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط:

<https://www.mohamah.net/law/>

٢٦. الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه، د. عبد الحميد الشواربي، منشأة المعارف - الإسكندرية، ١٩٨٦م.
٢٧. الحراسة القضائية في الفقه الإسلامي والأنظمة الحديثة، أحمد الجوفان، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الزيتونة، المعهد الأعلى لأصول الدين، تونس، ٢٠١٠م.
٢٨. الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء، محمد عزمي البكري، دار محمود للنشر والتوزيع، ط: ١، ١٩٩٧م.
٢٩. الحراسة القضائية في نظام المرافعات الشرعية، القاضي بالمحكمة الإدارية خالد بن سعود الرشود، مجلة العدل، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، عدد ٣٨، لسنة ١٤٢٩هـ.
٣٠. الحقوق العينية الأصلية في النظام السعودي، د. أحمد الزقرد، ود. مزيد المزيد، ود. أشرف عبد القادر، مكتبة الرشد - الرياض، ط: ١، ١٤٣٤هـ.
٣١. الدعاوى التحفظية تشريعاً وفقهاً وقضاء، أنور العمروسي، دار محمود للنشر والتوزيع.
٣٢. روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، دار عالم الكتب - الرياض، ١٤٢٣.
٣٣. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد - الرياض، ط: ٤، ١٤١٦هـ.
٣٤. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، تحقيق: شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: ٢، ١٤١٨هـ.
٣٥. سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: ٨، ١٤١٦هـ.
٣٦. السنن الكبرى، للحافظ أبي بكر أحمد بن حسين البيهقي، دار الفكر - لبنان، بدون تاريخ طباعة.
٣٧. سنن ابن ماجه، تحقيق: خليل مأمون شيخا، دار المعرفة - بيروت، ط: ٢، ١٤١٨هـ.
٣٨. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد علي الشوكاني، تحقيق: محمود زايد، دار الكتب العلمية - بيروت.

٣٩. شرح أدب القاضي للخصاف، حسام الدين ابن مازة المعروف بالصدر الشهيد، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد - بغداد، ط: ١، ١٣٩٧هـ.
٤٠. شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، محمد بن أحمد المالكي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤٢٠هـ.
٤١. صحيح البخاري المطبوع مع شرحه فتح الباري لابن حجر، مكتبة دار الفحاء - دمشق، ط: ١، ١٤١٨هـ.
٤٢. صنوان القضاء وعنوان الإفتاء، عماد الدين الأشفوري قاني، تحقيق: مجاهد الإسلام القاسمي، طباعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ١٤٢٢هـ.
٤٣. الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، دار الفكر العربي - القاهرة.
٤٤. العقود المالية المركبة، عبد الله بن محمد العمراني، دار كنوز إشبيليا - الرياض، ط: ١، ١٤٢٧هـ.
٤٥. العقود المضافة إلى مثلها، عبد الله بن عمر بن طاهر، دار كنوز إشبيليا - الرياض، ط: ١، ١٤٣٤هـ.
٤٦. الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي، تحقيق: د. محمد سراج، ود. علي جمعة، دار السلام - القاهرة، ط: ١، ١٤٢١هـ.
٤٧. الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، زين الدين ابن نجيم الحنفي، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي - الدمام، ط: ١، ١٤١٤هـ.
٤٨. القاموس المحيط للفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: ٦، ١٤١٩هـ.
٤٩. قضاء الأمور المستعجلة، محمد علي راتب، تنقيح: محمد نصر الدين كامل، ومحمد فاروق راتب، دار الفكر العربي، ط: ٤.
٥٠. القضاء الاستعجالي، محمد منقار نبيس، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط.
٥١. القضاء المستعجل في الفقه ونظام المرافعات الشرعية، د. موسى فقيهي، بحث مقدم لندوة القضاء والأنظمة العدلية، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٤هـ.
٥٢. قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد، دار القلم - دمشق، ط: ١، ١٤٢١هـ.

٥٣. قواعد ابن رجب المسمى: تقرير القواعد وتحرير الفوائد، زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن القيم - الدمام، ط: ١، ١٤٢٤هـ.
٥٤. القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: د. خالد المشيقح، دار الوطن - الرياض، ط: ٢، ١٤٢٢هـ.
٥٥. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، د. حمد بن محمد الهاجري، دار كنوز إشبيلية - الرياض، ط: ١، ١٤٢٩هـ.
٥٦. القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد ابن جزي الكلبي، عناية: محمد أمين الضاوي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١٨هـ.
٥٧. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية - بيروت.
٥٨. كشاف القناع عن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ط: ١، ١٤٢٧هـ.
٥٩. لسان العرب لابن منظور، عناية: أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصادق العبيدي، دار إحياء التراث - بيروت، ط: ٣، ١٤١٩هـ.
٦٠. المبدع في شرح المقنع، برهان الدين ابن مفلح الحنبلي، المكتب الإسلامي - بيروت، ط: ٣، ١٤٢١هـ.
٦١. المبسوط للسرخسي، تحقيق: كمال العناني، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤٢١هـ.
٦٢. مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، محمد بن غانم البغدادي، تحقيق: محمد سراج، وعلي جمعة، دار السلام - القاهرة، ط: ١، ١٤٢٠هـ.
٦٣. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع: عبد الرحمن القاسم، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - الرياض، ١٤١٦هـ.
٦٤. مجلة الأحكام العدلية، عناية: بسام الجابي، دار ابن حزم - بيروت، ط: ١، ١٤٢٤هـ.

٦٥. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، ١٤٠٩هـ.
٦٦. المسؤولية المدنية للحارس القضائي «دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري»، د. باسل النوايسة، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والسياسة، مجلد ٥، عدد ١، يناير ٢٠١٣م.
٦٧. المسؤولية المدنية الناشئة عن إفساء السر المهني «دراسة قانونية»، سلمان بن علي الحلبوسي، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ط: ١، ٢٠١٢م.
٦٨. في المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن الفعل الضار «دراسة في الفقه الغربي والفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني»، الأستاذ الدكتور محمد صبري الجندي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥م.
٦٩. مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، لعبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث - بيروت، ط: ١، ١٤١٧هـ.
٧٠. المصادر غير الإرادية للالتزام، د. عدنان سرحان، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، ط: ١، ٢٠١٠م.
٧١. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى الرحيباني الحنبلي، ط: ٣، ١٤٢١هـ.
٧٢. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، دار النفائس - الأردن، ط: ٣، ١٤١٩هـ.
٧٣. معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الكتب العلمية - بيروت، الناشر: إسماعيليان نجفي - قم.
٧٤. مغني المحتاج للشربيني، عناية: محمد عيتاني، دار المعرفة - بيروت، ط: ١، ١٤١٨هـ.
٧٥. المغني لموفق الدين ابن قدامة، تحقيق: عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب - الرياض، ط: ٣، ١٤١٧هـ.
٧٦. المنتقى شرح موطأ مالك، سليمان بن خلف الباجي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤٢٠هـ.
٧٧. المنثور في القواعد، بدر الدين الزركشي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤٢١هـ.

٧٨. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد المغربي المعروف بابن الخطاب، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١٦هـ.
٧٩. الموسوعة الفقهية، وزارة الشؤون الإسلامية، الكويت، ط: ١، ١٤١٤هـ.
٨٠. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنوي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: ١، ١٤٢٤هـ.
٨١. نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانوني «دراسة تأصيلية مقارنة»، د. عبد اللطيف بن عوض القرني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط: ١، ٢٠١٦م.
٨٢. نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر - بيروت، ط: ٢، ١٤١٨هـ.
٨٣. نظرية العقد، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ١٩٩٨م.
٨٤. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: خليل مأمون شيخا، دار المعرفة - بيروت، ط: ١، ١٤١٩هـ.
٨٥. الهداية للمرغيناني، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١٠هـ.
٨٦. الوجيز في المسؤولية المدنية (الضمان)، د. رضا متولي وهدان، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط: ١، ٢٠١١م.
٨٧. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠١١م.

الأنظمة:

١. نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالأمر الملكي الكريم رقم م/١، وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.
٢. نظام التنفيذ، الصادر بالأمر الملكي الكريم رقم م/٥٣، وتاريخ ١٤٣٣/٨/١٣هـ.
٣. نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، الصادر بالأمر الملكي الكريم رقم م/١٧، وتاريخ ١٤٢٧/٣/١٣هـ.

٤. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات، الصادرة بموجب قرار معالي وزير العدل رقم ١٣/ت/٥٣٣٢، وتاريخ ١٩/٥/١٤٣٥هـ.
٥. لائحة قسمة الأموال المشتركة، الصادرة بموجب قرار معالي وزير العدل رقم ١٣/ت/٧١٨٧، وتاريخ ٢١/٥/١٤٣٩هـ.



د. بدر بن عبد الله المطرودي
الأستاذ المساعد بالمعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.. وبعد:

يعد القضاء الإداري هو الملاذ الأساسي لحماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف الإدارة، غير أن إجراءات الدعوى الإدارية التي تكتنفها تعيق من تحقيق هذه الفعالية حيث تتطلب إجراءات رفع الدعوى الإدارية أمام ديوان المظالم أن يسبقها إجراء معين يتمثل في التظلم الإداري، بل إن القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية والمتمثل في ديوان المظالم اعتبره شرطاً لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري، وبدون شرط التظلم ترفض الدعوى شكلاً إلى حين استيفاء ذلك.

وقد حدد نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ مواعيد التظلم والمُدَد التي يتقدم بها صاحب الشأن من القرارات المراد إلغاؤها أو سحبها أو تعديلها، إلا أن ذلك النظام قد سكت عن التظلمات التي تكون سبباً في امتداد المُدَد والتي هي مستثناة من المواعيد التي حددها النظام، والسؤال هنا: ما هو أثر التظلم على امتداد مُهل التقاضي؟ وتأتي هذه الدراسة للإجابة عن هذا التساؤل على ضوء نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، كما لم أجد أحداً من الباحثين قد تطرق إلى هذه الجزئية، بل أن كل ما وقفت عليه في كتب التظلم الإداري، وجدت أنها تتحدث عن التظلم الإداري بشكل عام، ونظراً لكوني لم أظفر بدراسة أفردت البحث في مسألة التظلم كسبب لامتداد مُهل التقاضي، ولكون نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ لم يُبينها، ولحاجة المسألة إلى بيان وخصوصاً في المملكة العربية السعودية فالمجتمع السعودي الذي لم يَألف هذه الإجراءات بل إن الكثير منهم يجهلها،

ولحاجة المسألة إلى توضيح؛ فقد آثرتُ الكتابة مستعيناً بالله على كتابة ما تيسر في هذه المسألة، والتي اشتملت على:

أهمية الموضوع:

١. يمثل التظلم الإداري أهمية على صعيد القضاء الإداري، فمن شأنه حسم المنازعة الإدارية في مهدها من خلال تلقي الجهة للتظلمات والفصل فيها ابتداءً وتقليل عدد الدعاوى الإدارية واختصارها وتخفيف العبء عن كاهل ديوان المظالم بتحقيق العدالة^(١)، خصوصاً ونحن في عصر تزايدت فيه الدعاوى الإدارية بشكل كبير في المملكة العربية السعودية، وحدث هناك ازدياد في الوعي لدى أفراد المجتمع السعودي بحقوقهم تجاه جهة الإدارة؛ مما زاد حجم الدعاوى، وأصبح البت فيها يستغرق وقتاً ليس باليسير.

٢. تتجلى أهمية التظلم بالنسبة للأفراد في جانبين مهمين: أولهما: أنه يحقق للأفراد ما يحققه الطعن القضائي، وبخاصة فيما لو استجابت الإدارة له، وبالتالي يجنب الأفراد إجراءات التقاضي المعقدة والطويلة وبأسرع وقت ممكن، وثانيهما: أنه إجراء مرن وسهل لا يتطلب شكيلات معينة، فضلاً عن أنه لا يكلف نفقات مالية باهظة^(٢).

أهداف الدراسة:

١. خدمة المرافق العدلية ومنها على وجه الخصوص مرفق القضاء الإداري «ديوان المظالم»، وذلك خلال دراسة أحكامه وتحليلها في هذه الدراسة.

(١) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، دراسة فقهية وقضائية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٩.

(٢) القضاء الإداري، د. محمود خلف الجبوري، دراسة مقارنة، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ١٩٩٨م، ص ٨٣.

٢. سد حاجة المكاتب النظامية في المملكة بالبحوث القضائية المتخصصة.
٣. بيان الأثر المترتب على قبول التظلم والإجراءات من قبل جهة الإدارة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى بيان أن التظلم يُعدُّ من ضمن الحالات القاطعة للمواعيد ووقتها في دعوى الإلغاء، التي تؤدي إلى امتداد مهل التقاضي بسبب التظلم الإداري.

مشكلة الدراسة:

لما كان مؤدى التظلم قيام صاحب الشأن بالتظلم من القرار الصادر بحقه لجهة الإدارة مُصدرة القرار خلال المدد المحددة، والتي حددها نظام المرافعات أمام ديوان المظالم^(١) بأن هذه المدد التي يتقدم من خلالها صاحب الشأن بالتظلم إلى مصدر القرار، فتثور مشكلة البحث هنا في أن صاحب الشأن قد يعتريه ظروف وأسباب تؤدي إلى امتداد مدد الطعن في القرارات الإدارية مما يكون سبباً لامتداد مهل التقاضي بانقطاع المدد أو وقفها في دعوى الإلغاء. وتأتي هذه الدراسة لبيان هذه المشكلة وكيفية كون التظلم الإداري سبباً لامتداد مهل التقاضي في ضوء نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ.

تقسيمات الدراسة:

يتكون البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة، وبيانها كما يلي:

* المقدمة وفيها: (أهمية الموضوع وسبب اختياره وأهداف الدراسة ومشكلتها وتقسيمات البحث).

* المبحث الأول: المبادئ العامة للتظلم:

المطلب الأول: تعريف التظلم وأنواعه.

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ، والمنشور بجريدة أم القرى ٢٢/٢/١٤٣٥ هـ.

المطلب الثاني: الغاية من التظلم وشروطه وإجراءاته.

* المبحث الثاني: القواعد المنظمة لمهل التقاضي:

المطلب الأول: تحديد مدد التقاضي في دعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: وسائل بدء ميعاد التقاضي وحسابه.

* المبحث الثالث: التظلم الإداري وأثره القانوني على امتداد مهل التقاضي:

المطلب الأول: الأثر القانوني لامتداد مهل التقاضي.

المطلب الثاني: مسلك الإدارة الإيجابي في التظلم الإداري.

* الخاتمة.

* النتائج والتوصيات التي توصلت لها هذه الدراسة.

المبحث الأول القواعد العامة للتظلم

المطلب الأول: تعريف التظلم وأنواعه:

الفرع الأول: تعريف التظلم:

أولاً: في اللغة:

قُصِدَ بالتظلم لغةً الشكوى من الظلم، والمتظلم: هو من يشكو شخصاً ظلمه، يقال ظلمه، ويقال تظلمني فلان، أي ألحق الظلم بي، والظلمة هم المانعون أهل الحق من حقوقهم، ويقال ظلمته فتظلم، أي صبر على الظلم. ووردت في القرآن كلمة الظلم ومشتقاته في عدد من الآيات، منها قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا﴾^(١)، ومنها قوله تعالى: ﴿لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجْتِكَ إِلَىٰ نِعَاجِهِ﴾^{(٢)(٣)}.

ثانياً: في الاصطلاح:

يراد بالتظلم الإداري اصطلاحاً أن يصدر قرار إداري معيب، أو غير ملائم على الأقل، فيتقدم أحد الأفراد ممن يمسهم الضرر إلى الجهة التي أصدرت القرار، أو إلى الجهة الرئاسية طالباً سحبه أو تعديله^(٤). كما عُرِّفَ بأنه: «طلب يتقدم به صاحب الشأن إلى الإدارة لإعادة النظر في قرار إداري يدعي مخالفته للقانون»^(٥).

(١) سورة النساء الآية ٧٥.

(٢) سورة ص الآية ٢٤.

(٣) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم وفق نزول الكلمة، ضبطها ورتبها محمد سعيد اللحام، دار المعرفة، الطبعة العاشرة، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، ص ٦٥٧، ص ٦٦١.

(٤) القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، د. سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، ١٩٨٦م، ص ٥٣٣.

(٥) القضاء الإداري، د. ماجد راغب الحلو، منشورات دار المطبوعات الجامعية في الإسكندرية، عام ١٩٨٥م، ص ٣٢٥.

وعُرف كذلك بأنه: «التظلم الذي يقدمه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار، أو إلى الجهة الرئاسية طالباً تعديله أو سحبه»^(١).
وعُرف أيضاً أنه: «عريضة يقدمها الفرد المواطن إلى الإدارة شاكياً لها من قرار إداري معيب، مستهدفاً إلغائه أو تعديله أو سحبه من خلال المواعيد المقررة»^{(٢)(٣)}.

لم يكن من السهل وضع تعريف جامع مانع للتظلم، لكن من خلال التعاريف السابقة يمكننا أن نعرف التظلم الإداري بأنه: «قيام صاحب المصلحة بالشكوى من قرار يرى عدم مشروعيته، أو إلحاقه الضرر بمركزه القانوني طالباً ممن أصدره أو من رئيسه الأعلى أو من جهة مستقلة إلغائه هذا القرار أو تعديله أو سحبه أو التعويض عما سببه من ضرر».

الفرع الثاني: أنواع التظلم:

القسم الأول: التظلم الإداري من حيث الجهة التي يُقدَّم إليها:

ينقسم التظلم إلى أقسام باعتبارات متعددة، وذلك على النحو التالي^(٤):
وهذا التظلم يتنوع إلى ثلاثة أنواع^(٥)، فقد يُقدَّم إلى الجهة التي أصدرت

(١) الوسيط في القضاء الإداري، للدكتور: سليمان الطحاوي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م، ص ٣٣١.

(٢) القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، لعبد الغني بسيوني، المجلد ٣، القضايا الإدارية، الطبعة الثانية، ص ٢٠٢.

(٣) انظر للاستزادة من التعريفات: التظلم الإداري، دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة، محمد خليفة الخليل، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٠٩م، ص ٢٤.

(٤) ميعاد دعوى إلغاء القرار الإداري في النظام السعودي، مشبب بن محمد سعد البقمي، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ، ص ١٧٣.

(٥) القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقاً لنظام ديوان المظالم الجديد، محمد جمال ذنيبات، حمدي محمد العجمي، الطبعة الثالثة، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م، ص ٢٣٥.

القرار أو الشخص الذي قام بإصداره ويسمى بـ (التظلم الولائي)^(١)، وقد يُقدَّم إلى رئيس من أصدر القرار ويسمى بـ (التظلم الرئاسي)^(٢)، وقد يُقدَّم إلى جهة مستقلة عن الجهة مصدرة القرار وتملك الصلاحية النظامية للبت في التظلم ويسمى بـ (التظلم الإداري من حيث السلطة المختصة بفحصه)^(٣).

القسم الثاني: التظلم الإداري من حيث إلزاميته:

ينقسم من حيث إلزاميته إلى نوعين^(٤):

(١) التظلم الاختياري «الجوازي». (٢) التظلم الوجوبي «الإجباري».

(١) التظلم الجوازي «الاختياري»:

هو: التظلم الذي يتقدم به صاحب الشأن من تلقاء نفسه دون اشتراط من المنظم لتقديمه خلال مدة معينة تلي علمه بالقرار الإداري، سواء عن طريق النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني^(٥). فمتى كان التظلم جوازياً، فبوسع صاحب الشأن الطعن على القرار قضائياً دون انتظار منه لرد الإدارة على تظلمه، أو مرور مدة معينة على تقدمه به إليها.

(٢) التظلم الوجوبي «الإجباري»:

ويُراد به: التظلم الذي يجب أن يقدمه صاحب الشأن في حالات ومواعيد محددة، كشرط سابق على رفع دعوى الإلغاء، بحيث إذا رُفعت الدعوى قبل تقديمه التظلم فإنها تكون غير مقبولة^(٦).

(١) الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام، د. عبد العزيز خليفة، الجزء الرابع، ضمانات تأديب الموظف العام، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م، ص ٢٤٨.

(٢) أحكام التظلم الإداري في القانونين المصري والكويتي، دراسة فقهية وقضائية، لعبد الرؤوف هاشم بسيوني، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧م، ص ٩.

(٣) وهو ما نص عليه نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، المادة (٨)، والجهة هي وزارة الخدمة المدنية.

(٤) القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقاً لنظام ديوان المظالم الجديد، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(٥) ميعاد دعوى إلغاء القرار الإداري في النظام السعودي، لمشيب البقمي، مرجع سابق، ص ٨.

(٦) القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقاً لنظام ديوان المظالم الجديد، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

فالأصل أن التظلم الإداري - باعتباره بمثابة اعتراض على القرار الإداري - يكون اختيارياً، إلا أنه يكون وجوبياً إذا ما فرضه المنظم على صاحب الشأن قبل اللجوء للقضاء طاعناً على القرار الإداري بالإلغاء، ولقد نص نظام المرافعات أمام ديوان المظالم^(١) بالتظلم الوجوبي في المادة الثامنة منه والتي نصت على أنه: «يجب في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (أ) و(ب) من المادة الثالثة عشرة في نظام ديوان المظالم، أن تتضمن صحيفة الدعوى تاريخ الإبلاغ بالقرار، أو العلم به، أو نشره في الجريدة الرسمية - بحسب الأحوال - وتاريخ التظلم ونتيجته».

كما أقرت المادة الثامنة من النظام المذكور بالتظلم الوجوبي من القرار الإداري المعيب، في حال كون القرار المطعون فيه غير متعلق بشؤون الخدمة المدنية فيجب التظلم إلى الجهة مصدرة القرار خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار، أما إذا كان متعلقاً بشؤون الخدمة المدنية فيكون التظلم أمام وزارة الخدمة المدنية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار. فإذا قام الطاعن برفع الدعوى مباشرة دون استيفاء هذا الشرط نظاماً، فإن ديوان المظالم يُقرر رد الدعوى شكلاً.

وهناك استثناء أورده المنظم السعودي على شرط التظلم الوجوبي حينما أجاز للمحكمة أن تقبل دعوى الإلغاء خلال فترة التظلم الوجوبي في الحالات المستعجلة، متى اقترنت بطلب وقف تنفيذ القرار الإداري المطلوب إلغاؤه، بشرط التظلم إلى الجهة مصدرة القرار، على أن تبت المحكمة على وجه السرعة في طلب وقف التنفيذ، وتنظر في موضوع الدعوى بعد انتهاء فترة التظلم الوجوبي، أو إذا رفضت الجهة مصدرة القرار تظلمه قبل انتهاء هذه المدة^(٢).

(١) نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ.
(٢) الفقرة الخامسة من المادة الثامنة اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣)، وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ.

المطلب الثاني: الغاية من التظلم وشروطه وإجراءاته:

الفرع الأول: الغاية من التظلم:

لذا فإن شرط التظلم يعتبر من أهم الركائز التي تقوم عليه الدعوى الإدارية؛ حيث أنه يوفر السبيل على صاحب الشأن في حل منازعته بأسر وسهولة، مما يوصله إلى حقه المراد والوصول إليه بأسر السبل وبأقل مجهود^(١)، ومن ثم فالغاية من التظلم الإداري هو تخفيف العبء عن المحاكم، وإتاحة الفرصة للتسوية الودية للنزاع، فقد ترى الإدارة بعد فحص التظلم المقدم إليها، أن مقدمه على حق فتجيبه إلى طلبه، من سحب أو تعديل للقرار الذي أصدرته. وهذا من شأنه أن يؤدي إلى وأد الخصومة في مهدها، الأمر الذي يوفر الكثير من الوقت والجهد والمال، وينأى بالإدارة عن الدخول في خصومة لا طائل من ورائها، ويغني المتهم عن اللجوء إلى القضاء حيث يحصل على حقه بوسيلة ميسرة، إلا أن المتهم إذا رفضت الإدارة تظلمه، أو لم تبت فيه خلال الزمن المحدد وهو ستون يوماً، يكون بوسعه سلوك سبيل الطعن على القرار قضائياً^(٢).

لذا يمكننا القول - بعد إطلاعنا على بعض الأحكام الإدارية الصادرة من ديوان المظالم في مجموعة أحكامه ومبادئه الإدارية^(٣) - أن الهدف والغاية من التظلم هي الرغبة في التقليل من المنازعات الإدارية بإنائها في مراحلها الأولى بطريق أسر للناس، وتحقيقاً للمصلحة العامة ومصلحة صاحب الشأن (المتظلم) وجهة الإدارة (المتظلم إليها) ومرفق القضاء الإداري (ديوان المظالم)

(١) القضاء الإداري، د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٢) دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٦٨٣.

(٣) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية من عام ١٤٢٧ إلى ١٤٣٧ هـ الصادرة من ديوان المظالم، الشؤون الفنية. أو زيارة موقع ديوان المظالم على موقعهم في المدونات القضائية على الرابط التالي:

على حد سواء، ولقد أيد هذا التوجه من قبل القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، والذي أوضح أهميته وجدواه وتوسع في شأنه، مما يؤدي إلى مدأواصر الثقة ما بين المتظلم وجهة الإدارة.

وبالتالي فإن الغاية من التظلم هي إحساس المتظلم بأن جهة الإدارة هي من أعادت إليه حقه، ورفعت عنه هذا الحيف والظلم، كما أن جهة الإدارة تقوم بمراجعة نفسها وبالتالي الرجوع إلى الحق، لأنها ربما تكون قد أخطأت في قرارها التأديبي السابق.

الفرع الثاني: شروط التظلم وشكله:

أولاً: شروط التظلم الإداري:

- هناك عدة شروط أساسية ينبغي أن تتوافر في التظلم وهي^(١):
١. أن يكون ضد قرار إداري نهائي قد صدر فعلاً، وبلغ به صاحب الشأن، أو نُشر في الجريدة الرسمية.
٢. أن يكون مقدماً من ذوي صفة ومصلحة، وهو صاحب الشأن، أو وكيله، أو نائبه.
٣. أن يكون مقدماً في الموعد المحدد نظاماً، وهو ستون يوماً من تاريخ المعلم بالقرار.
٤. أن يكون تظلاً حقيقياً محدد المعنى، واضحاً في مضمونه ومحتواه وغايته وطالبته.
٥. أن يكون مقدماً للجهة الإدارية المختصة بحسب الأحوال.
٦. أن يكون بإمكان الجهة التي أصدرته إعادة النظر فيه بسحبه أو تعديله.
٧. أن يكون التظلم مرة واحدة، أما تعدد التظلمات فلا أثر له.

(١) القضاء الإداري، د. سليمان الطماوي، ١/ ٥٣٣-٥٣٦، القضاء الإداري الإسلامي، قضاء المظالم في الإسلام، دراسة تطبيقية على النظام السعودي، أ. د. ناصر بن محمد بن مسدي الغامدي، دار طيبة للنشر، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، ص ٣٧٠.

فإن لم تتوفر هذه الشروط في التظلم الإداري، فإنه لا يكون صحيحاً، ولا مجدياً، ولا تترتب عليه آثاره النظامية في قطع ميعاد رفع دعوى الإدارية. ثانياً: شكل التظلم:

بادئ ذي بدء يُمكننا القول أن تقديم التظلم الإداري لا يشترط له شكل محدد، ولا يخضع لأي شروط شكلية في هذا الشأن، وإجمالاً يُعد تظلماً كل ما يُقدمه الشخص ويُفيد تمسكه بحقه ومطالبته باقتضائه، ولا يُستثنى من ذلك إلا الفروض التي ينص النظام على طريقة التظلم فيها على نحو خاص.

وعدم اشتراط شكل معين للتظلم غايته التيسير وليس التعسير، حتى لا يؤدي فرض شكل معين إلى تكاسل المتظلم وإحجائه عن تقديمه، لذلك لم يشترط فيه الكتابة طالما كان من الممكن إثباته، وبالتالي من الممكن أن يكون شفوياً^(١)، ولا يشترط أن يكون مقيداً بتوقيع المتظلم، ولا صيغة خاصة^(٢)، كما أنه ليس لازماً على المتظلم أن يقيم تظلمه على الأسس القانونية التي يقدمها في دعوى الإلغاء، وإنما يكفي في التظلم أن يستند إلى عبارات العدالة أو الملائمة ويتم أثره في هذه الحالة^(٣). ولا يشترط أن يتضمن التظلم تاريخ ورقم القرار المتظلم منه، وإنما يكفي أن يشير المتظلم إلى القرار إشارة^(٤).

وفي الجملة ينبغي أن يكون هذا التظلم واضح المعنى والمدلول، لهذا يجب أن تكون عبارات التظلم وصياغتها دقيقة وغير مبهمة في تحديد القرار والجهة الإدارية التي أصدرته، ومقدم التظلم نفسه وطلباته والادعاءات التي يستند إليها كما بيناه سابقاً^(٥).

(١) أصول إجراءات القضاء الإداري، د. مصطفى كمال وصفي، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٢) ميعاد دعوى الإلغاء، سمير صادق، دار الفكر العربي، سنة ١٩٦٩م، ص ١٥٨ وما بعدها.

(٣) الرقابة على أعمال الإدارة للرقابة القضائية، د. كامل ليلة، طبعة ١٩٦٧م، ص ١٦٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ٤٢٨٦ لسنة ٢٥ قضائية عليا، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٦م.

(٥) إجراءات إقامة الدعوى الإدارية، القاضي عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

الفرع الثالث: إجراءات تقديم التظلم:

لم يتضمن نظام المرافعات أمام ديوان المظالم (الحالي)^(١) ولا قواعد المرافعات (السابق)^(٢) إجراءات تقديم التظلم، ولكن بالنظر إلى الأنظمة المقارنة نجد أن بعض أنظمة الدول نصت على إجراءات تقديم التظلم في ضمن قوانين القضاء الإداري، ومن تلك الدول مصر، حيث جاء تنظيم هذه الإجراءات بقانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة (٢٤) والتي جاء نصها على النحو التالي: «وتبين الإجراءات التظلم وطريقة الفصل فيه بقرار من رئيس مجلس الدولة»، وبالفعل وتنفيذاً لهذا النص صدر قرار رئيس مجلس الدولة المصري رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٣م بشأن إجراءات التظلم الوجوبي من القرارات الإدارية وطريقة الفصل فيه^(٣).

ومن نصوص هذا القرار يتضح لنا إجراءات تقديم التظلم الإداري: حيث نصت المادة الأولى من القرار على أنه تبدأ إجراءات تقديم التظلم بطلب يُقدَّم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الجهات الرئاسية، أو يرسل إليها بكتاب مسجل موصى عليه مصحوب بعلم الوصول.

ويجب أن يشتمل التظلم على:

١. اسم المتظلم ووظيفته وعنوانه.
٢. تاريخ صدور القرار المتظلم منه، وتاريخ نشره في الجريدة الرسمية أو تاريخ إعلان المتظلم به.

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، والمنشور في جريدة أم القرى، بتاريخ ٣/٢/١٤٣٥هـ، والمنشور في موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء على موقعهم www.boe.gov.sa.

(٢) الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ، والمنشور بجريدة أم القرى العدد (٣٢٦٦)، بتاريخ ٤/١٢/١٤٠٩هـ.

(٣) هذا القرار تم نشره بجريدة الوقائع المصرية، العدد رقم ٨١، في ١٢/٠٤/١٩٧٣م.

٣. موضوع القرار المتظلم منه والأسباب التي بني عليها التظلم، ويفرق بالتظلم المستندات التي يرى المتظلم تقديمها (المادة الثانية من القرار).
 ٤. بمجرد تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية تقوم هذه الجهة بقيد التظلم برقم متسلسل في سجل خاص يُبين فيه تاريخ تقديمه أو وروده، ويُسلم إلى المتظلم إيصالٌ مُبينٌ فيه رقم التظلم وتاريخ تقديمه، أو يرسل إليه بطريق البريد بكتاب موصى عليه (المادة الثالثة من القرار).
 ٥. فور وصول التظلم يرسل إلى الجهة التي أصدرت القرار، وعليها أن تقدم رأيها فيه، وأن ترفق به الأوراق والمستندات المتعلقة بالموضوع، ويرسل إلى الجهة التي يناط بها فحص التظلم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه أو ورود التظلم (المادة الرابعة من القرار).
 ٦. ثم يتولى فحص التظلمات مفوضو الدولة برئاسة الجمهورية، ورؤساء مجلس الوزراء، والوزارات، والمحافظات، والهيئات، والمؤسسات العامة، أو من يُندبون لذلك من هذه الجهات، وتعرض نتيجة فحص التظلم على الجهة المختصة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ ورود التظلم (المادة الخامسة من القرار).
- وأخيراً تتخذ الإجراءات اللازمة للبت في التظلم في الميعاد النظامي، ويبلغ صاحب الشأن بالقرار الصادر في تظلمه والأسباب التي بني عليها، وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول.
- ومن خلال النظر في قرار ٧٢ الصادر من رئيس مجلس الدولة المصري، نجد أن هذه الإجراءات نظمت كيفية تقديم التظلم بشكل يحفظ له حقوقه، ولكن المنظم السعودي لم يُشر إلى هذا الأمر في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، إذ كان من اللازم الإشارة إلى هذه الإجراءات، ولذا يجب على المنظم السعودي أن يتداركها فيما بعد.

المبحث الثاني القواعد المنظمة لمهل التقاضي

المطلب الأول: تحديد مدد التقاضي ووسائل بدء الميعاد وحسابها:

الفرع الأول: تحديد مدد التقاضي في دعوى الإلغاء:

حدد نظام المرافعات أمام ديوان المظالم دعوى الإلغاء بميعاد قصير، يتعين إقامة الدعوة خلاله، وإلا قضي بعدم قبولها لرفعها بعد الميعاد، فقد قرر ديوان المظالم ذلك في أحد أحكامه حيث جاء فيه: (مطالبة المدعي بالزام المدعى عليها بإعادة تقدير عقاره المنزوع المادة (٢٤) من نظام نزاع ملكية العقارات حددت مدة التظلم أمام ديوان المظالم من القرارات التي تتخذ وفقاً لذلك النظام خلال ستين يوماً من تاريخ الإبلاغ بها، وقد تجاوز المدعي لتلك المدة وإقامته الدعوى بعد مضيها بتظلم المدعي أمام المدعى عليها لا يعد عذراً لقبول دعواه وأثر ذلك عدم قبول الدعوى)^(١).

وهذا الميعاد قد حددته الفقرة (٤) من المادة الثامنة من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم حيث نصت المادة على: (فيما لم يرد به نص خاص، يجب في الدعوى - المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم إن لم تكن متعلقة بشؤون الخدمة المدنية - أن يسبق رفعها إلى المحكمة الإدارية التظلم إلى الجهة مصدرة القرار خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار، ويتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن به أو بنشره في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ. وعلى تلك الجهة أن تبت في التظلم خلال ستين

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية، رقم القضية الابتدائية ٥٤٦٤/١٢ ق لعام ١٤٣٥هـ، رقم القضية استئناف ٢٨٩٦/٢ د س ١٤٣٦هـ / ص ٩٤ تاريخ الجلسة ١٢/٦/١٤٣٦هـ - وراجع المادة (٢٤) في نظام ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد الموقت على العقار السابق للمرسوم الملكي رقم (م/١٥) وتاريخ ١١/٣/١٤٢٤هـ، والمادة (٨) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم.

يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، ويعد مضي ستين يوماً من تاريخ تقديم التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه...»^(١).

ومن نص هذه المادة - السالفة الذكر - يتضح لنا أنه لكي يقطع التظلم المدة يجب أن يقدم في خلالها، ولكن السؤال هنا: لو قُدم التظلم من قبل صاحب الشأن في الميعاد المحدد، فما هو العمل في تحديد مدد التقاضي في هذا التظلم المقدم من صاحب الشأن؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول أن هناك مجموعة من الفروض، هي^(٢):

(١) أن ترد جهة الإدارة على التظلم بالإيجاب وتسحب القرار المطعون فيه أو تعدله - خلال الميعاد المقرر لبحث التظلم (٦٠ يوماً) قبل رفع دعوى الإلغاء - وفي هذه الحالة لا توجد أية مشكلة، لأن النزاع ينتهي في مهده، يكون التظلم قد حقق الهدف المرجو منه.

(٢) أن ترد الإدارة على التظلم بالرفض وخلال الميعاد المقرر لبحث التظلم وقبل رفع الدعوى، وفي هذه الحالة ينتهي سبب القطع وتبدأ مدة الطعن بالإلغاء من جديد، على أن يحق للمتظلم من القرار أن يقوم برفع الدعوى

(١) تكملة الفقرة (٤) من المادة الثامنة: (ويجب قبل رفع الدعوى إذا كانت متعلقة بشؤون الخدمة المدنية التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية وحدها دون الجهة الإدارية، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار، وعلى وزارة الخدمة المدنية أن تبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه. وإذا صدر قرارها برفض التظلم أو مضت المدة المحددة دون البت فيه، جاز رفع الدعوى إلى المحكمة الإدارية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو انقضاء الستين يوماً المذكورة دون البت في التظلم. ويجب أن يكون قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم مسبباً. وإذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية لمصلحة المتظلم ولم تقم الجهة الإدارية بتنفيذه خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه، جاز رفع الدعوى إلى المحكمة الإدارية خلال الستين يوماً التالية لهذه المدة).

(٢) يراجع في هذا: أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها.

في خلال ستين يوماً من تاريخ وصول الإخطار إليه برفض التظلم، وفي حالة الرفض يجب أن يكون الرفض مسبباً، ويعتبر القرار الصادر بالرفض قراراً جديداً، ويحق للمتظلم الطعن في هذا القرار ويعتبر طعنًا في قرار جديد^(١).

(٣) أن ترد الإدارة على التظلم بالرفض وخلال الميعاد، ولكن بعد رفع الدعوى، فالمتظلم في هذه الحالة قد تعجّل ورفع دعواه دون انتظار رد الإدارة، فعلى المحكمة السير في الدعوى إلى نهايتها، ولا تقضي بعدم القبول، لأن انتظار المواعيد قبل رفع الدعوى ليس مقصوداً لذاته، وإنما أريد به إفساح المجال أمام الإدارة لإعادة النظر في قرارها المتظلم منه.

وعلى ذلك لا ينبغي تأويل عبارة المنظم - كما جاء في الفقرة (٤) من المادة الثامنة من نظام المرافعات أمام الديوان المظالم^(٢) بـ (وإذا صدر قرار الجهة برفض التظلم أو مضت المدة فللمتظلم رفع الدعوى للمحكمة الإدارية) - تأويلاً حرفياً يُخرجها عن الغرض من وضعها، إذ لا معنى لانتظار انقضاء فسحته، وكذلك إذا بكر ذوو الشأن بمراجعة القضاء، ثم انقضى الميعاد في أثناء سير الدعوى دون أن تتيحهم الإدارة إلى طلباتهم، أما إذا كان رد الإدارة على التظلم بالإيجاب، فلا يقضي بعدم القبول أيضاً إنما باعتبار الخصومة منتهية^(٣).

(٤) أن ترد الإدارة على التظلم بالإيجاب وتسحب قرارها، ولكن بعد فوات الميعاد وبعد رفع الدعوى، وفي هذه الحالة تقضي المحكمة بعدم القبول باعتبار الخصومة منتهية لإجابة المتظلم لطلباته^(٤).

(١) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ٩٣.

(٢) نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥ هـ.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ٣٨٦ لسنة ٢٦ قضائية عليا، جلسة ١٧/١/١٩٨٤ م.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ٨/٥/١٩٥٧ م.

أما في حالة رد الإدارة برفض التظلم فلا تقضي المحكمة بعدم القبول، لأن الانتظار ما كان ليغير من الواقع شيئاً، فعلى المحكمة السير في الدعوى حتى البت فيها^(١).

(٥) أن تلتزم الإدارة جانب الصمت على المتظلم سواء بالقبول أم بالرفض، وهنا ينتهي سبب القطع ويعتبر مضي ستين يوماً على تقديم التظلم بمثابة رفضه، ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتظلم ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المقررة لبحث التظلم بمعرفة جهة الإدارة^(٢).

ومن خلال عرض هذه الفروض التي سردناها سابقاً يمكننا القول أن هناك حالة يمتد فيها ميعاد الرفض الضمني أي مدة الستين يوماً التي تبدأ من تاريخ التظلم، والذي يعتبر سكوت الإدارة بفواتها بمثابة رفض ضمني لهذا التظلم، وهذه الحالة هي التي تسلك فيها الإدارة أثناء المدة ما يدل على سلوكها المسلك الإيجابي تجاه التظلم، التي يمتد بها الميعاد (في حالة ظهور ما يدل على الاستجابة) ويعلم به صاحب الشأن أنها في سبيل الاستجابة لطلباته، حتى يصدر من الجهة الإدارية ما ينبئ عن عدولها عن هذا المسلك، والقول بغير ذلك مؤداه دفع المتظلم إلى مخاصمة الإدارة قضائياً في وقت تكون هي جادة في سبيل إنصافه^(٣).

(١) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ٣٠٠٠ لسنة ٣٣ قضائية عليا، جلسة ١٥/٤/١٩٩٠م، حكم المحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ١٦٦٠ لسنة ٣٤ قضائية عليا، جلسة ٢٧/١/١٩٩١م.

(٣) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ٩٦.

وبالتالي يمكننا أن نضيف إلى الفروض السابقة فرضاً آخر وهو في حالة «مسلك الإدارة الإيجابي» أي أنها في سبيلها للاستجابة لطلبات المتظلم وقبول تظلمه، والذي يعتبر حالة من حالات امتداد مهل التقاضي، وسوف يأتي معنا لاحقاً في هذه الدراسة^(١).

المطلب الثاني: وسائل بدء الميعاد التقاضي وحسابه:

الفرع الأول: وسائل بدء ميعاد التقاضي:

بدء الميعاد هو اليوم الذي يتم فيه رسمياً نقل القرار المطعون فيه إلى علم صاحب الشأن، وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الثامنة المشار إليها سابقاً، على أنه: (يتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن به أو نشره في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ)^(٢). إذاً فقد حددت هذه الفقرة الرابعة وسائل تحقق العلم بالقرار محل التظلم، طريقتين لذلك هما:

الأولى: إبلاغ الموظف الصادر بشأنه القرار (صاحب الشأن).

الثانية: النشر في الجريدة الرسمية في حال تعذر الإبلاغ.

فمن الواضح أن هذا النص ذكر وسيلتين لبدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء، وهما: نشر القرار أو إعلانه (إبلاغه) لصاحب الشأن، غير أن القضاء في الدول المقارنة أضاف وسيلة ثالثة وهي: العلم اليقيني. فما هو العلم اليقيني؟

العلم اليقيني هو: اعتراف صاحب الشأن نفسه بالعلم الفعلي بالقرار ومحتواه في حق من صدر منه^(٣). ويبدأ ميعاد الطعن بالإلغاء - في هذا الفرض - من التاريخ الذي يقر المدعي أنه علم فيه بالقرار، وفي الواقع ينذر أن يعترف المدعي بعلمه بالقرار، لأنه بذلك قد يتعرض لرفض دعواه لرفعها بعد فوات الميعاد.

(١) انظر: المطلب الثاني من المبحث الثالث ص ٢٤٧.

(٢) المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم.

(٣) القضاء الإداري السعودي، د. أحمد محمد صبحي، مرجع سابق، ص ١٥٣.

ولقد جرى القضاء الإداري على اعتبار العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه وسيلة تقوم مقام الإعلان أو النشر فيما يتعلق بيده ميعاد الطعن بالإلغاء، وذلك بالنظر إلى أن النشر والإعلان هما وسيلتان للعلم، فإذا تحقق بغيرهما قام هذا العلم مقامهما، على أن هذا العلم يجب أن يكون يقيناً لا ظنياً أو افتراضياً، كما يجب أن يشمل المضمون الكامل للقرار، وأن يثبت هذا العلم في تاريخ محدد حتى يمكن حساب بدء المدة^(١).

ومن أمثلة حالات العلم اليقيني: الاعتراف والتظلم من القرار، وتنفيذ الإدارة له في مواجهة من صدر في حقه^(٢)، ولذلك يشترط القضاء في حالة الاستناد إلى الاعتراف كدليل على علم المدعي عدم تجزئته^(٣)، فإذا اعترف المدعي بعلمه بالقرار ولكنه أضاف أنه قد سارع بالتظلم منه، لا يبدأ الميعاد من تاريخ العلم، ولكن من تاريخ الفصل في التظلم.

وفي المملكة العربية السعودية لم يُشر نظام المرافعات أمام ديوان المظالم إلى العلم اليقيني كوسيلة من وسائل العلم بالقرار الإداري، غير أن ديوان المظالم أشار إلى هذه الوسيلة في بعض أحكامه، حيث قضى بأن: (القرار الإداري إنما تكتمل أركان وجوده النظامي بمجرد توقيعه مما هو مختص نظاماً بإصداره، أما النشر والإعلان أو العلم اليقيني فهي مجرد إجراءات لاحقة على اكتمال هذه الأركان، وهي إجراءات يتطلبها المنظم لنقل العلم بالقرار إلى أصحاب الشأن لكي يلتزموا به، أو لكي يمكن الاحتجاج به في مواجهتهم)^(٤).

(١) القضاء الإداري السعودي، د. هاني بن علي الطهراوي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م، بدون ناشر، ص ١٦٢.

(٢) القضاء الإداري السعودي، د. هاني بن علي الطهراوي، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ١٤/١/١٩٥٠م، م (٤) من ٣٦٩، حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ٢١/١/١٩٥٤م، م (٨)، ص ٤٩٤.

(٤) حكم ديوان المظالم رقم ٢٤٣/د/١/٤ لعام ١٤٣٠هـ.

أما فيما يتعلق بعبء إثبات العلم اليقيني فإنه يقع على عاتق الإدارة، فهي الخصم الذي يدفع بعدم قبول الدعوى شكلاً لفوات الميعاد، ولها أن تثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، حيث أن تقديم التظلم إلى جهة الإدارة يكشف عن نيتها ومسلكتها حيال هذا التظلم عند بحثها إياه، وعمّا إذا كانت هذه النية جادة في البحث أم العكس^(١).

فجهة الإدارة هي الطرف الأقوى في العلاقة بينها وبين المتظلم، وهي تملك العديد والعديد من الإمكانيات والأدوات التي لا يملك مثلها المتظلم، فإنه يقع على عاتقها باعتبارها خصماً شريفاً ومحيداً رفع الضر عن هذا المتظلم قدر المستطاع، وذلك لتلافي لجوء المتظلم لجهة القضاء ورفع دعواه، ومن ثم الدخول في دهاليز المحاكم ولدد الخصومة^(٢).

هذه هي وسائل بدء ميعاد التقاضي، وهي مرتبطة بدعوى الإلغاء بالتظلم الإداري، والذي يعتبر قاطعاً لهذه المهل والتي تبدأ بمجرد تحقق أي وسيلة من هذه الوسائل، ولكن يصبح التظلم وسيلة تساعد على مد مهل التقاضي بشروطه التي سبق أن أشارنا إليها.

الفرع الثاني: كيفية حساب الميعاد:

يخضع حساب ميعاد الطعن بالإلغاء للفقرة (٤) من المادة الثامنة لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم، كما - أنه ووفقاً للفقرة المذكورة - أوجب المنظم السعودي على صاحب الشأن التظلم من القرار الإداري قبل الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، وبالتالي يتوقف حساب ميعاد الطعن بالإلغاء على موقف الإدارة من التظلم سواء بالقبول أو بالرفض بقرار صريح، أو

(١) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٢) أصول إجراءات القضاء الإداري، د. مصطفى كمال وصفي، مطبعة الأمانة، الطبعة الثانية، ١٩٧٨م، ص ١٠٩.

بالرغم من الضمني من خلال السكوت طوال الستين يوماً المخصصة لها لبحث التظلم^(١).

وبالتالي فإن ميعاد الطعن بالإلغاء يبدأ فيه السريان من تاريخ إخطار المتظلم برفض تظلمه، أو مرور ستين يوماً على التقدم بالتظلم دون البت فيه. أي التاريخين أسبق^(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقرة (١) للمادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم نصت على أنه: (تحسب المهلة المحددة في النظام من اليوم التالي الذي حددت فيه الأمر المجرى لها، وتنقضي بانقضاء اليوم الأخير منها، وإذا صادف آخرها عطلة رسمية امتدت إلى أول يوم عمل)، فمن خلال نص الفقرة (١) السالفة الذكر يكون التظلم القاطع للميعاد في اليوم التالي لوصوله لدى جهة الإدارة^(٣)، إذ العبرة في أن يكون سريان الميعاد من تاريخ وصوله وليس من تاريخ إرساله، وعليه إذن يبدأ العد التنازلي لفترة الستين يوماً التي تركها المنظم لجهة الإدارة حتى تبت في التظلم من اليوم التالي ليوم وصول التظلم^(٤).

مثال ذلك: أرسل صاحب الشأن التظلم في ٢ من شهر محرم واستغرق وصوله أسبوعين، فوصل جهة الإدارة في ١٧ محرم من نفس العام، فهنا لا

(١) القضاء الإداري السعودي، د. أحمد محمد صبحي، مرجع سابق، ص ١٥٧، وراجع: إجراءات إقامة الدعوى الإدارية في دعوى الإلغاء والتعويض، دراسة تحليلية مقارنة، القاضي عثمان ياسين علي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٢١١.

(٢) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص ١١٠ وما بعدها.

(٣) النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، د. رأفت فودة، الناشر دار النهضة، طبعة ٢٠٠٨م، ص ١٩٢.

(٤) دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، أ. عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ١٤.

نبدأ في عد فترة الستين يوماً المشار إليها من يوم ٢ محرم يوم إرسال التظلم، ولا من يوم ١٧ محرم يوم الوصول، وإنما نبدأ نعد بدءاً من ١٨ من شهر محرم (اليوم التالي ليوم وصول التظلم) نضيف إليها (٥٩) يوم = اليوم الأخير وهو يوم ١٧ من شهر ربيع الثاني.

● وبناء على ما سبق يكون حساب ميعاد المدة القاطعة للتظلم على النحو

الآتي:

(١) في حالة استجابة الإدارة وقبولها لطلبات المتظلم كلية:

فهنا تكون المشكلة قد انتهت بالقرار الصادر بالإيجاب كلية، وبالتالي ينتهي النزاع في مهده، ويكون التظلم قد حقق الهدف المرجو منه ولن يكون هناك حساب لأي مدة^(١).

(٢) في حالة ما إذا رفضت الإدارة كلية طلبات المتظلم، وأوصلت له الرد بالرفض قبل نهاية المدة، أي خلال فترة الستين يوماً المقررة للبت في التظلم، وكان هذا الرفض صريحاً ومسبباً:

فعلى المتظلم رفع دعوى الإلغاء كما في المثال السابق؛ لأنه تبدأ مدة ستين يوماً جديدة، وتبدأ هذه المدة من اليوم التالي لوصول قرار الإدارة إلى المتظلم^(٢).

(٣) في حالة ما إذا التزمت الإدارة الصمت ولم ترد عكس ما تطلبته النصوص: وذلك بأن تمضي مدة الستين يوماً على تقديم التظلم دون أن يتلقى المتظلم رداً صريحاً على تظلمه، فإن المشرع تدخل وافترض أن فوات هذه المدة - ٦٠ يوماً - بمثابة رفض ضمني (حكمي) من قبل جهة الإدارة للتظلم، وتبرير هذا الرفض الضمني (الحكمي) بأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى أن

(١) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٢) دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، أ. عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ١٤.

تظل مواعيد الطعن ممتدة إلى ما لا نهاية، الأمر الذي لا يتفق وحكمة فرض ميعاد قصير لدعوى الإلغاء، وهو استقرار المراكز القانونية، وسير المرفق العام بانتظام واطراد^(١).

وفي هذه الحالة يبدأ ميعاد رفع الدعوى (الستين يوماً) من اليوم التالي لانتهاؤ مدة الستين يوماً سالفه الذكر المقررة لجهة الإدارة لبحث التظلم^(٢).

(٤) في حالة استجابة الإدارة جزئياً لطلبات المتظلم:

وهنا إن أراد منازعة الإدارة في الجزء المتبقي والتي لم تعط الإدارة بصده إجابة مرضية، فعليه برفع الدعوى خلال ستين يوماً تحسب من اليوم التالي لوصول رد الإدارة إليه أو علمه به^(٣).

ويثور التساؤل في هذه الحالة عما إذا كان للمتظلم - في حالة الاستجابة الجزئية لطلبات المتظلم - هل له حق تقديم تظلم بشأن هذا القرار الصادر من جهة الإدارة بالاستجابة الجزئية؟

نقول: أنه يجوز للمتظلم أن يتظلم من هذا القرار، لأنه يعتبر قراراً إدارياً

(١) دعوى إلغاء القرار الإداري، أ. عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ١٤.

(٢) مثال هذه الحالة: إذا وصل التظلم للإدارة في يوم ١٤ من شهر رمضان، فللإدارة مدة ستين يوماً للبت في هذا التظلم كالتالي: مدة البت في التظلم تكون من ١٥ رمضان حتى ١٦ ذي القعدة.. لم ترد الإدارة، افترض المنظم رفضها يتم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتظلم منه في الميعاد الآتي: مدة رفع دعوى الإلغاء من اليوم التالي لآخر يوم للبت في التظلم ٥٩ + يوم أي من ١٧ ذي القعدة حتى ١٨ محرم فإذا رفعها يوم ١٩ محرم تكون قد رفعت بعد الميعاد ويتعين عدم قبولها شكلاً.

(٣) مثال هذه الحالة: أرسل المتظلم تظلمه في ٢ أبريل ووصل التظلم للإدارة في ١٧ أبريل لجهة الإدارة ورفضت الطلبات التي ادعاهها صاحب الشأن جزئياً، وأرسلت له الرد في ١٥ مايو وصل هذا الرد لصاحب الشأن في ٢٨ مايو، هنا على صاحب الشأن رفع دعوى الإلغاء خلال ستين يوماً تبدأ من اليوم التالي ليوم وصول الرد، أي بدءاً من يوم ٢٩ مايو مضافاً إليه ٥٩ يوماً، فيكون الميعاد هو من ٢٩ مايو حتى ٢٧ يوليو، فإن رفع دعواه بعد يوم ٢٧ يوليو تكون غير مقبولة شكلاً، لأنه تم رفعها بعد الميعاد المفروض أن ترفع خلاله.

جديداً مكتمل الأركان، بل وأنني أرى أن هذا التظلم يمثل حالة جديدة من حالات امتداد رفع دعوى الإلغاء.

ويجوز الإشارة في هذا الصدد إلى أن الطاعن غير ملزم بانتظار نتيجة التظلم، فله حق اللجوء إلى القضاء رغم تقدمه بالتظلم سواء كان هذا التظلم اختيارياً أو وجوبياً^(١).

أما فيما يتعلق بكيفية حساب المدة والمواعيد فقد نص نظام المرافعات الشرعية أن تحديد بداية ونهاية الميعاد يبدأ من شروق الشمس وينتهي عند غروبها حسب تقويم أم القرى، وحدد التاريخ الميلادي فيكتب التاريخ الهجري، ومن ثم ما يوافقه في التاريخ الميلادي^(٢).

من جهة ثانية اعتبر المنظم أن اليوم الأخير للمدة المحددة لاتخاذ إجراء يدخل في حساب ميعاد الطعن في الإلغاء، وإذا صادف وكان آخر يوم من الميعاد عطلة رسمية فإن الميعاد يمتد إلى أول يوم عمل بعد انتهاء العطلة^(٣).

كما قرر المنظم السعودي امتداد الميعاد بسبب المسافة، فإذا كان الميعاد في النظام للحضور أو مباشرة إجراء زيد عليها ستين يوماً لمن يكون مكان إقامته خارج المملكة العربية السعودية^(٤)، وللمحكمة زيادة في هذه المدة إلى مدة مماثلة عند الاقتضاء أو الحاجة^(٥).

(١) الموسوعة الإدارية الشاملة، د. عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٢٤٥.

(٢) المادة (٦٠) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ.

(٣) المادة (١٨) في النظام المرافعات الشرعية السعودي، الصادر بالمرسوم رقم (م/١)، بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، والفقرة (١) و(٢) من المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، الصادرة في ١٩/٥/١٤٣٥هـ.

(٤) الفقرة (١) من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ.

(٥) المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

المبحث الثالث التظلم الإداري وأثره على امتداد مهل التقاضي

المطلب الأول: الأثر القانوني لامتداد مهل التقاضي:

يعتبر امتداد ميعاد الطعن القضائي بالإلغاء بسبب مدة الطعن بقطعها أو وقفها من أهم الآثار القانونية المترتبة على تقديم التظلم لجهة الإدارة، سواء أكان اختيارياً أو وجوبياً مما يترتب عليه التمتع بمهلة تقاضٍ جديدة لكل من المتظلم والإدارة فيما يتعلق بحل النزاع بينهما، ويختلف الانقطاع عن الوقف في أن الانقطاع يعني زوال المدة السابقة وبدء ميعاد طعن جديد، وبذلك لا تحسب المدة المنقضية، وتعتبر كأن لم تكن في حين أن الوقف يترتب عليه فقط استكمال المدة الباقية بعد زوال سبب الوقف، وحساب المدة المنقضية ضمن مدة الطعن القضائي.

الفرع الأول: وقف ميعاد دعوى الإلغاء:

يوقف الميعاد في حالة القوة القاهرة، ويقصد بها حادث فجائي خارج إرادة الشخص، من شأنه أن يحول بينه وبين أن يرفع الدعوى، مثل حالة الحرب أو وقوع فيضان أو زلزال أو المرض الذي يؤدي إلى العجز الكلي. أو الحبس في مكان لا يستطيع الهرب منه، أو يمنع من العودة إلى بلده إذا كان في الخارج^(١).

ويترتب على حدوث القوة القاهرة وقف ميعاد الدعوى عن سريانه، ولا يعود مرة أخرى لسريانه إلا بعد انقضاء أي زوال القوة القاهرة^(٢).

وبشكل عام يترتب على وقف الميعاد آثار معينة، تتمثل في أنه إذا ظهر سبب الوقف قبل بدء الميعاد فإن الميعاد لا يبدأ في السريان إلا بعد أن يزول

(١) القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

(٢) وجيز دعوى الإلغاء طبقاً للأحكام القضائية، د. فتحي فكري، بدون دار نشر، ٢٠٠٤م، ص

سبب الوقف، أما إذا ظهر سبب الوقف بعد أن يكون الميعاد قد بدأ، فيقف بعد سريانه حتى يزول سبب الوقف، فإذا زال هذا السبب عاد الميعاد إلى السريان، على أن يحسب المدة السابقة على الوقف مع المدة اللاحقة عليه، وبالتالي يكون وقف سريان الميعاد من أسباب امتداد مهل التظلم^(١).

الفرع الثاني: انقطاع ميعاد دعوى الإلغاء:

معنى انقطاع سريان الميعاد في دعوى الإلغاء هو استبعاد المدة التي انقضت من ميعاد رفع دعوى الإلغاء قبل تقديم التظلم والبدء - كما قلنا - في احتساب ميعاد جديد كامل (ستين يوماً) من تاريخ تقديم هذا التظلم وهو اليوم التالي لوصول التظلم إلى الجهة مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها.

ويقطع ميعاد التقادم في دعاوى غير الإلغاء سريان مدة جديدة مماثلة لمدة التقادم الأولى، وذلك طبقاً للقواعد العامة المعمول بها في هذا الشأن^(٢).

وبالتالي إذا توافرت في التظلم الإداري شروطه وترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية بالنسبة لصاحب الشأن وهي قطع ميعاد الطعن بالإلغاء في القرار الإداري، فينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار ويجب أن يُبْت في التظلم قبل مُضيّ ستين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، ويعتبر مُضيّ ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه.

وقد تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى قطع ميعاد دعوى الإلغاء، ويمكن إرجاعها إلى ثلاثة أسباب رئيسية، وهي:

(١) قانون القضاء الإداري، الكتاب الثاني: دعوى الإلغاء، د. محمد عبد اللطيف، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٣٨.

(٢) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ١٠١.

(١) التظلم الإداري.

(٢) طلب الإعفاء من الرسوم القضائية.

(٣) رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة.

ونشير في هذا الجانب إلى السببين الآخرين، باعتبار أن التظلم هو موضوع البحث.

(١) طلب الإعفاء من الرسوم القضائية:

وتسميه بعض القوانين في بعض الدول بطلب المساعدة القضائية، وطلب الإعفاء هو الطلب الذي يقدمه من يريد رفع دعوى الإلغاء بإعفائه من الرسوم القضائية لعدم قدرته على دفع مثل هذه الرسوم التي يقررها القانون بالنسبة لهذه الدعوى^(١).

هذا السبب يمكن أن يصلح لقطع المواعيد في بعض الدول، والتي تأخذ بمبدأ التقاضي مدفوع الرسوم، أما في المملكة العربية السعودية فإن التقاضي مجاناً فلا يلزم الطاعن يدفع أية رسوم قضائية^(٢).

(٢) رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة:

قد يخطئ صاحب الشأن برفع دعواه أمام محكمة غير مختصة لها، وهو احتمال قائم، نظراً لتعدد التنظيم القضائي، وتداخل قواعد توزيع الاختصاص على المحاكم المختلفة، ويكون من الصعب أحياناً معرفة المحكمة المختصة على وجه الدقة.

وهذا الإجراء يعبر عن رغبة صاحب الشأن في الطعن بالقرار لعدم مشروعيته رغم رفعه الدعوى أمام محكمة غير مختصة، ولذلك فإن من شأن هذا الإجراء قطع ميعاد الطعن، وحساب ميعاد جديد يبدأ من تاريخ صدور الحكم لعدم الاختصاص من المحكمة التي رفعت الدعوى أمامها.

(١) قانون القضاء الإداري، د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٢) موسوعة القضاء الإداري السعودي، د. علي خطار شنطاوي، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية، ٢٠١٥م، ص ٣٣٢.

● التظلم الإداري^(١) يجتمع مع حالات امتداد الميعاد ولا يتكرر معها:

في هذا المقام يمكننا القول بأنه يجب ألا يتكرر التظلم الإداري وطلب المساعدة القضائية أمام الجهة القضائية الواحدة، ورفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة يجب أيضاً ألا يتكرر مع أيهما، فهذه الأسباب الثلاثة القاطعة لميعاد دعوى الإلغاء وإن كانت لا تتكرر إلا أنها قد تجتمع في نفس الحالة، فالطاعن قد يتظلم من القرار - والتظلم يقطع له الميعاد مرة - ثم يرفض التظلم فيرفع - خلال الستين يوماً التالية - طلباً للإعفاء من الرسوم القضائية؛ فيجاء إلى طلبه فيعطى بعد ذلك ستين يوماً أخرى ليرفع دعوى الإلغاء، فإذا به يرفعها إلى محكمة غير مختصة (كأن يرفعها مثلاً أمام إحدى المحاكم العادية بدلاً من المحاكم الإدارية) وبعد أن تحكم هذه المحكمة بعدم اختصاصه فإنه يجب أن يعطى ميعاد جديداً ليرفع الدعوى إلى المحكمة المختصة.

فكان «ميعاد دعوى الإلغاء يجوز أن يقطع ثلاث مرات في نفس الدعوى، مرة بالتظلم الإداري، وأخرى بطلب الإعفاء من الرسوم القضائية، ومرة ثالثة برفع الدعوى إلى المحكمة غير المختصة»^(٢).

يجب أن يكون التظلم وحالات قطع الميعاد الأخرى خلال مدة رفع دعوى الإلغاء^(٣):

وهناك من الشراح من يرى أن هذا شرط أساسي لكي يحتفظ الطاعن لنفسه بالحق في تقديم دعوى الإلغاء، وبالتالي يجب أن يتم كل سبب من الأسباب الثلاثة القاطعة للميعاد - في ميعاد الطعن بالإلغاء.

(١) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١٤٢٩ لسنة ٦ قضائية، جلسة ١٩٥٢/٦/٢٦ م.

(٣) أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ١٠٥.

فمثلاً قد يقدم صاحب الشأن تظلاً إدارياً فهذا التظلم يجب أن يقدم في مدى ستين يوماً من تاريخ إعلان القرار أو العلم به، فإذا ردت الإدارة بالرفض ولجأ صاحب الشأن خطأ إلى محكمة غير مختصة فإن رفع الدعوى يجب أن يتم في مدى ستين يوماً من تاريخ إعلامه بقرار الرفض.

ويستطيع صاحب الشأن أن يستمر أمام الجهة القضائية غير المختصة: إلى أن يصدر الحكم من محكمة الدرجة الأولى بعدم الاختصاص فيستأنفه لدى محكمة الدرجة الثانية، ثم يطعن فيه بالنقض لدى محكمة النقض، فإذا صدر الحكم في النهاية بعدم الاختصاص فيجب على الطاعن أن يلجأ إلى المحكمة المختصة بمجلس الدولة في مدى ستين يوماً إذا أراد أن يقدم طلب الإعفاء من الرسوم القضائية، فإن هذا الطلب يجب أن يودع في قلم كتاب المحكمة في مدى ستين يوماً من صدور الحكم بعدم الاختصاص، وإذا ما منحته المحكمة إعفاء من الرسوم القضائية وجب عليه رفع دعوى الإلغاء في مدى ستين يوماً. ويستطرد في هذا الجانب من شراح النظام بالقول بأن استمرار صاحب الشأن أمام المحكمة غير المختصة أمرٌ لا يتصور وقوعه عملاً؛ لأن صاحب المصلحة من مصلحته الحصول على حكم في أسرع وقت، والحاصل عملاً أنه بمجرد صدور حكم بعدم الاختصاص من محكمة أول درجة فإن الطاعن يتوجه للمحكمة المختصة فوراً، كما أن المحكمة قد تُضمّن حكمها بعدم الاختصاص إحالة الدعوى إلى الجهة القضائية المختصة^(١).

(١) يراجع في هذا: أصول إجراءات القضاء الإداري، د. مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٥٩٣ وما بعدها، أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص ١٠٦.

المطلب الثاني: مسلك الإدارة الإيجابي في التظلم الإداري^(١):

كما ذكرنا سابقاً فإن المتظلم مرتبط بمواعيد محددة لرفع دعوى الإلغاء، وهذه المواعيد قصيرة وهي من النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لا بالزيادة أو بالنقصان، إلا أنه يمكن مع ذلك أن يمتد هذا الميعاد لأكثر في المدة المحددة نظاماً في حالات ذكرناها سابقاً، ومنها مسلك الإدارة الإيجابي كأحد أسباب امتداد مهل التقاضي، حيث أن التظلم الإداري يكون متوقفاً على رد الإدارة للمتظلم إليها. ولم ينص نظام المرافعات أمام ديوان المظالم إلى مسلك الإدارة الإيجابي في التظلمات التي أشارت لها المادة الثامنة منه، وكان عليّ لزماً الرجوع في هذه المسألة إلى من أشار إلى الاستئناس بها والأحكام الصادرة في هذا الشأن، ومن ذلك نجد أن هناك العديد^(٢) من الأحكام الإدارية المصرية العليا الصادرة فيما يتعلق بمسلك الإدارة الإيجابي في هذا الشأن، وقد أسست ذلك بامتداد الميعاد في حالة اتخاذ الإدارة مسلكاً إيجابياً ينم عن الاستجابة لطلب المتظلم هو انتفاء القرينة القانونية على رفض التظلم والمستفادة من مرور ستين يوماً على التقدم به بدون أن تبت فيه^(٣).

ويعد انقضاء مدة الستين يوماً على تقدم صاحب الشأن بتظلمه إلى جهة الإدارة دون تلقي رد منها، يشكل قرينة على رفض هذا التظلم، إلا أن هذه القرينة تنتفي إذا ما سلكت الإدارة مسلكاً إيجابياً يشير إلى أنها في سبيلها للاستجابة للتظلم بعد استشعارها باستناده إلى حق.

ويثور التساؤل عن حالة ألا وهي مضي مدة الستين يوماً، وكان مضي هذه المدة راجعاً إلى بطل الإجراءات الإدارية لدى الجهة التي قُدم إليها التظلم،

(١) الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام، د. عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ٧١٥ لسنة ٣٥ قضائية عليا، جلسة ٦/٧/١٩٩٧م.

والإدارة في مسلكها الإيجابي لم تهمل التظلم، وأنها في سبيلها لإجابة المتظلم لطلبه.

للإجابة نقول: أن هذه الحالة تعتبر من حالات امتداد مهل التقاضي في البت بهذا التظلم، وإن ميعاد الستين يوماً المحددة لردّها على التظلم تمتد في هذه الحالة، والقول بغير ذلك مؤداه دفع المتظلم إلى مخاصمة الإدارة قضائياً في وقت تكون هي جادة في سبيل إنصافه، وقد قصد المنظم من وجوب اتباع طريق التظلم الإداري تفادي اللجوء إلى طريق التقاضي بقدر الإمكان، وذلك بحسم المنازعات إدارياً في مرا حلها الأولى^(١).

ويثور التساؤل عن مدى امتداد ميعاد البت في التظلم في حالة توافر المسلك الإيجابي من قبل جهة الإدارة:

ونجد الرد على هذا التساؤل من خلال الاطلاع على الأحكام الإدارية في هذا الشأن وخصوصاً المصرية، والتي أشارت في أحد أحكامها بـ «يحتسب ميعاد إقامة دعوى الإلغاء في حالة سلوك جهة الإدارة مسلكاً إيجابياً يشير إلى احتمال استجابتها للتظلم من تاريخ إبلاغ الإدارة للمتظلم بقرارها النهائي بشأن تظلمه، حيث أنه بهذا الأمر يصبح في وضع يستطيع فيه أن يحدد موقفه نهائياً من القرار المتظلم منه، مما يحدّو به إلى المبادرة إلى إقامة دعوى الإلغاء في غضون ستين يوماً من هذا الإبلاغ»^(٢)، وفي حكم آخر «وإذا كان إخطار الإدارة للمتظلم بقرارها النهائي في تظلمه أمراً لازماً للعلم بعدولها من مسلكها الإيجابي إلا أن هذا العلم قد يفترض توافره من وقائع قاطعة، فإن ذلك يفصح بأنه قد علم بالفتات الإدارة عن تظلمه الأول ويحتسب ميعاد رفع الدعوى في هذه الحالة من يوم تقديم التظلم الثاني»^(٣).

(١) الموسوعة الإدارية الشاملة، د. عبد العزيز خليفة، المرجع السابق، ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ٣٧٤ لسنة ١٣ قضاية عليا، جلسة ٢٥ / ٥ / ١٩٦٨ م.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، الدعوى رقم ٣١١٩ لسنة ٣١ قضاية عليا، جلسة ٧ / ١ / ١٩٩٠ م.

● قد يقول قائل: ماهو المعيار في تحديد المسلك الإيجابي؟ وما العلة في تحديده؟ من الصعب جداً وضع معيار لتحديد مسلك الإدارة الإيجابي في التظلم الذي قدم لها من قبوله (كاملاً أو جزئياً) أو رفضه (الرفض الضمني)، ولكن من خلال اطلاعي على الأحكام الإدارية، يمكنني القول: بأنه لا يكفي التسليم لجهة الإدارة بالمسلك الإيجابي باتخاذها البحث في التظلم المقدم لها بأنه مسلك إيجابي اتخذ لصالح المتظلم، بل لا بد من أن تكون الإدارة قد شرعت في تنفيذ هذا الرأي أو اتخذت خطوات فعلية نحو استجابتها لطلبات المتظلم بعد استشعارها أنه صاحب حق في تظلمه، ومن ثم فإن إخطار الجهة المختصة بفحص التظلم للمتظلم بالمثول أمامها لفحص تظلمه فقط لا يعد من جانبها مسلكاً إيجابياً ينبئ عن قبول التظلم.

والعلة في ذلك: أن المسلك الإيجابي للإدارة في بحث التظلم وجديتها في ذلك هو واجب على الإدارة ولا ارتباط بين بحث التظلم وقبوله، فقد ينتهي ذلك البحث إلى رفض الظلم.

ومما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد أن جهة الإدارة إذا سلكت مسلكاً إيجابياً نحو إجابة المتظلم جزئياً إلى طلبه بتعديل الجزاء وذلك بعد فوات مواعيد الطعن، في هذه الحالة يفتح ميعاد الطعن من جديد وذلك من تاريخ علم المتظلم بهذا القرار الجديد (الاستجابة الجزئية)، ويمكن أن نمثل لذلك: بأن يصدر قرار تأديبي في مواجهة أحد الموظفين بخضم خمسة أيام من راتبه، ولكن تقوم جهة الإدارة بعد مضي مدة رفع الدعوى بالاستجابة الجزئية وذلك بتعديل هذا الجزاء من خصم خمسة أيام إلى الاكتفاء بخضم يوم، فهذه تعتبر حالة من حالات امتداد ميعاد رفع الدعوى، وهنا لا تثار أية مشكلة.

ويثور التساؤل في هذه الحالة عما إذا كان للمتظلم - (الاستجابة الجزئية لطلبات المتظلم) - هل له حق تقديم تظلم في شأن هذا القرار الصادر من جهة الإدارة بالاستجابة الجزئية؟

وبالتالي يجوز للمتظلم أن يتظلم من هذا القرار لأنه يعتبر قراراً إدارياً جديداً مكتمل الأركان، بل وأنني أذهب أكثر من هذا أن هذا التظلم بمثل حالة جديد من حالات امتداد رفع دعوى الإلغاء.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل للمتظلم أن يتظلم من مسلك الإدارة الإيجابي وإصدارها قرار بالاستجابة الجزئية لطلبات المتظلم باعتباره قراراً جديداً أم لا؟

وفي رأينا: أن مسلك الإدارة الإيجابي بالاستجابة الجزئية يعتبر قراراً جديداً منفصلاً عن القرار السابق عليه الصادر بمحاذاة الموظف (بخصم خمسة أيام من راتبه)، وبالتالي يعتبر هذا قراراً جديداً يجوز للمتظلم أن يتظلم منه مرة أخرى، وفي هذا القرار الجديد سريان ميعاد هذا الطعن يبدأ من اليوم التالي لعلمه بهذا القرار.

ويقع إثبات هذا المسلك الإيجابي من قبل جهة الإدارة على عاتق المتظلم وإن كان ذلك يخضع لتقدير القاضي الإداري ناظر الدعوى، فله أن يقبل هذا الإثبات بأن جهة الإدارة سلكت هذا المسلك الإيجابي وبالتالي قبول الدعوى شكلاً والاستمرار في نظرها، وله أن يرفض قبول هذه الدعوى شكلاً لأنه رفعها كان بعد الميعاد، وذلك متى ثبت لديه أن ما صدر عن جهة الإدارة وهي تقوم بفحص التظلم لا يوحي بأن سوف تستجيب إلى طلب المتظلم.

نخلص من ذلك أن امتداد مُهل التقاضي في مسلك الإدارة الإيجابي يستشف من اتجاه نية الإدارة نحو الاستجابة لطلب المتظلم، أما إذا كان العكس أي أن الإدارة ليست في سبيلها للاستجابة لطلب المتظلم فإن ميعاد رفع الدعوى يبدأ من تاريخ علم المتظلم بهذا الموقف الجديد من جانب الإدارة.

الخاتمة

في ختام هذا الدراسة المقدمة من الباحث قد خلص الباحث إلى العديد من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها في ما يلي:

أولاً: النتائج:

١. إن التظلم الصادر من جهة الإدارة ضد القرارات الإدارية وجوبي على ضوء نظام المرافعات أمام ديوان المظالم.
٢. لم يُشر نظام المرافعات أمام ديوان المظالم عن كيفية إجراءات تقديم التظلم، كما فعل منظمو بعض الدول التي نظمت كيفية تقديم التظلم بشكل يحفظ له حقوقه، ولكن المنظم السعودي اكتفى بالنص على مُدد التظلم فقط.
٣. فوات المواعيد للتظلم سبب لرفض دعوى الإلغاء، وهو متعلق بالنظام العام، ويعتبر دفعاً نظامياً للجهة المدعى عليها.
٤. يعتبر امتداد ميعاد الطعن القضائي بالإلغاء بسبب مدة الطعن بقطعها أو وقفها من أهم الآثار القانونية المترتبة على تقديم التظلم لجهة الإدارة، سواء أكان اختيارياً أو وجوبياً؛ مما يترتب عليه التمتع بمهلة تقاضٍ جديدة لكل من المتظلم والإدارة.
٥. الوقف والانقطاع في ميعاد دعوى الإلغاء من أحد أسباب امتداد مهل التقاضي، والتي لم ينص عليها نظام المرافعات أمام ديوان المظالم.
٦. أخذت أحكام القضاء الإداري في أن مسلك الإدارة الإيجابي من أحد أسباب امتداد مهل التقاضي، وأسست ذلك في أحكامها بامتداد ميعاد الطعن في حالة اتخاذ الإدارة مسلكاً إيجابياً ينم عن الاستجابة لطلب المتظلم هو انتفاء القرينة القانونية على الرفض، في حين نجد أن نظام المرافعات أمام ديوان المظالم لم ينص على مسلك الإدارة الإيجابي كأحد أسباب امتداد مهل التقاضي.

ثانياً: التوصيات:

١. أوصي بأن يُفرد في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم مادة تبين إجراءات تقديم التظلم وشكله أسوة بالنظم المقارنة (كالنظام المصري والفرنسي)، إذ كان من اللازم على المنظم الإشارة إلى تلك الإجراءات وتداركها فيما بعد.
٢. أوصي بإلزام الجهات الإدارية بتذليل قراراتها بالإشارة إلى وجوب التظلم في حالة عدم قبول القرار وبيان المدة والجهة المختصة بذلك.
٣. أوصي أن ينص صراحة في مواد نظام المرافعات أمام ديوان المظالم على أن التظلم الإداري سبب لامتداد مهل للتقاضي في دعوى الإلغاء، ومن ذلك التظلمات التي تطرأ عليها الظروف القاهرة بوقف المدد أو انقطاعها بالرفع لجهة غير مختصة أو بمضي المدة أو أن الإدارة بصدد سلك المسلك الإيجابي في التظلم كلياً أو جزئياً.
٤. أوصي أن يشير نظام المرافعات أمام ديوان المظالم إلى اعتبار الأخذ بمسلك الإدارة الإيجابي كأحد أسباب امتداد مهل التقاضي، مع الأخذ بعين الاعتبار بأنه لا يكفي التسليم لجهة الإدارة بالمسلك الإيجابي باتخاذها البحث في التظلم المقدم لها بأنه مسلك إيجابي اتخذ لصالح المتظلم، بل لا بد من أن تكون الإدارة قد شرعت في تنفيذ هذا الرأي أو اتخذت خطوات فعلية نحو استجابتها لطلبات المتظلم بعد استشعارها أنه صاحب حق في تظلمه، ومن ثم فإن إخطار الجهة المختصة بفحص التظلم للمتظلم بالمشول أمامها لفحص تظلمه فقط لا يعد من جانبها مسلكاً إيجابياً ينبئ عن قبول التظلم.

قائمة المصادر والمراجع

١. إجراءات إقامة الدعوى الإدارية في دعوى الإلغاء والتعويض، دراسة تحليلية مقارنة، القاضي عثمان ياسين علي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
٢. أصول إجراءات القضاء الإداري، د. مصطفى كمال وصفي، مطبعة الأمانة، الطبعة الثانية، ١٩٧٨م.
٣. أحكام التظلم في القانونين المصري والكويتي، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، دراسة فقيهة وقضائية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٧م.
٤. التظلم الإداري، دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإدارات العربية المتحدة، محمد خليفة الخليلي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٠٩م.
٥. دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
٦. الرقابة على أعمال الإدارة للرقابة القضائية، د. كامل ليلة، طبعة ١٩٦٧م.
٧. قانون القضاء الإداري، الكتاب الثاني دعوى الإلغاء، د. محمد عبد اللطيف، دار النهضة العربية - للقاهرة، ٢٠٠٢م.
٨. القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، لعبد الغني بسيوني، المجلد ٣، القضايا الإدارية، الطبعة الثانية.
٩. القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقاً لنظام ديوان المظالم الجديد، محمد جمال ذنبيات، حمدي محمد العجمي، الطبعة الثالثة، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
١٠. القضاء الإداري الإسلامي (قضاء المظالم في الإسلام)، دراسة تطبيقية على النظام السعودي، أ. د. ناصر بن محمد بن مسدي الغامدي، دار طيبة الخضراء، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.
١١. القضاء الإداري، د. محمود خلف الجبوري، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
١٢. القضاء الإداري السعودي، د. هاني بن علي الطهراوي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، بدون ناشر.

١٣. القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، د. سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، ١٩٨٦م.
١٤. القضاء الإداري، د. ماجد راغب الحلو، منشورات دار المطبوعات الجامعية في الإسكندرية، ١٩٨٥م.
١٥. لسان العرب، للأمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن منصور المصري، دار صادر - بيروت.
١٦. المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم وفق نزول الكلمة، ضبطها ورتبها محمد سعيد اللحام، دار المعرفة، الطبعة العاشرة، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
١٧. موسوعة القضاء الإداري السعودي، د. علي خطار شنطاوي، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية، ٢٠١٥م.
١٨. الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام، د. عبد العزيز خليفة، الجزء الثاني، (شروط قبول الطعن بالإلغاء القرار الإداري)، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م.
١٩. الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام، د. عبد العزيز خليفة، الجزء الرابع، (ضمانات تأديب الموظف العام)، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م.
٢٠. ميعاد دعوى إلغاء القرار الإداري في النظام السعودي، مشبب بن محمد سعد البقمي، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.
٢١. ميعاد دعوى الإلغاء، سمير صادق، دار الفكر العربي، ١٩٦٩م.
٢٢. النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، د. رأفت فودة، دار النهضة، طبعة ٢٠٠٨م.
٢٣. وجيز دعوى الإلغاء طبقاً للأحكام القضائي، د. فتحي فكري، بدون ناشر، ٢٠٠٤م.
٢٤. الوسيط في القضاء الإداري، للدكتور: سليمان الطماوي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.

الأنظمة واللوائح والأحكام القضائية:

١. نظام المرافعات أمام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، والمنشور بجريدة أم القرى ٣/٢/١٤٣٥هـ، واللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم لعام ١٤٣٥هـ.
٢. نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم رقم (م/١) بتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ، واللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية الصادرة في ١٩/٥/١٤٣٥هـ.
٣. مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية من عام (١٤٢٧ إلى ١٤٣٧هـ) الصادرة من ديوان المظالم، الشؤون الفنية. أو زيارة موقع ديوان المظالم على موقعهم في المدونات القضائية على الرابط التالي www.bog.gov.sa، مجموعة المبادئ القضائية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً الصادرة من عام ١٩٨٠م حتى ١٩٩٥م.





أحكام النزاعات المسلحة الداخلية دراسة مقارنة

د. عبد الله بن عبد العزيز الفيث
الأستاذ المساعد بقسم السياسية الشرعية
بالمعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



المقدمة

الحمد لله الكريم المنان، أنعم علينا بنعم وافرة؛ فله الفضل والمنة والإحسان، ومن نعمه علينا نعمة الأمن في الأوطان، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الواحد الديان، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله سيد ولد عدنان، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم تسليماً مزيداً في جميع الأوقات والأزمان، أما بعد:

فإن الأمن نعمة عظيمة ومنحة ربانية جلية، فالأمن سبب لحصول البركات والرحمات، وبالأمن تقضى الحاجات والرغبات، وصدق الله تعالى إذ يقول: ﴿وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ ءَامِنَةً مُّطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِّنْ كُلِّ مَكَانٍ﴾^(١)، وإذا انعدم الأمن حلت الفوضى وعمت البلوى، وحلت النكبات والويلات، ومن أعظم ما يزعزع الأمن ويفسد، قضية النزاعات المسلحة الداخلية، التي هددت كيان الدول وأمنها الوطني والقومي، وأثرت على الدول في جميع المجالات، وقد وقفت الدول ضد هذه القضية وقفات متفاوتة مختلفة، لأجل هذه الأهمية اخترت دراسة هذه النزاعات في هذا البحث، وأسميته (أحكام النزاعات المسلحة الداخلية - دراسة مقارنة).

أهمية الدراسة:

تعتبر النزاعات المسلحة الداخلية أكبر مهدد للأمن الوطني والقومي للدولة، وقد أثرت هذه النزاعات على الدولة تأثيراً بالغاً في مجالات متعددة، ولذا كان لدراسة هذه النزاعات أهمية عظمى من حيث دراسة الصور والأسباب والدوافع لها، والتكيف الفقهي والقانوني لهذه القضية، وبيان طرق حلها وعلاجها، والتدابير المتخذة تجاه هذه النزاعات.

(١) سورة النحل: الآية (١١٢).

مشكلة الدراسة:

لقد قامت الدول والمجتمع الدول بسن وتشريع العديد من القوانين والأنظمة الوطنية والدولية، من أجل مكافحة النزاعات المسلحة الداخلية، إلا أنه بالرغم من ذلك ما زالت هذه النزاعات تنشأ بين الحين والآخر في الدول، وهذا يثير أدق المشكلات القانونية في مدى كفاية هذه القوانين والأنظمة الوطنية والدولية في مكافحة هذه النزاعات. وأيضاً هل العقوبات والتدابير المتخذة في ذلك هل هي متناسبة مع الجريمة أم لا؟ وهل هي كافية للحد من هذه النزاعات أم لا؟ كل ذلك وغيره مما جاءت هذه الدراسة للتغلب عليه والإجابة عنه.

تساؤلات الدراسة:

١. ما مفهوم النزاعات المسلحة الداخلية؟ وكيف نشأت هذه النزاعات في العصور الماضية والحديثة؟
٢. ما هي أنواع وصور النزاعات المسلحة الداخلية؟
٣. ما واجبات الدولة والتزاماتها في حالة النزاعات المسلحة الداخلية؟ وما هي الآثار التي تعود على الدولة نتيجة لهذه النزاعات؟
٤. ما موقف الفقه الإسلامي والقوانين الوطنية والدولية من قضية النزاعات المسلحة الداخلية؟
٥. ما هي الطرق لفض وحل هذه النزاعات المسلحة الداخلية؟

الدراسات السابقة:

١. دراسة عبد الله ناصر السبيعي (٢٠٠٨م) بعنوان: «الحماية الدولية لضحايا النزاعات المسلحة».
٢. دراسة عبد الرحمن علي الشهري (٢٠٠٣م) بعنوان: «المتغيرات الشخصية وعلاقتها بأساليب حل النزاعات التنظيمية - دراسة مسحية على مدينتي الرياض والدمام».

٣. دراسة حمد حيدان القحطاني (٢٠٠٨م) بعنوان: «دور الأعراف والتقاليد في حل النزاعات القبلية».
 ٤. دراسة هاني يوسف المصري (٢٠١٠م) بعنوان: «حماية النساء والأطفال أثناء النزاعات المسلحة».
 ٥. دراسة عبد العزيز سعد الغانم (٢٠١٢م) بعنوان: «حماية الإعلاميين أثناء النزاعات المسلحة».
 ٦. دراسة فهد فرج القحطاني (٢٠١٥م) بعنوان: «تحديد المناطق الآمنة أثناء النزاعات المسلحة».
 ٧. دراسة عبد الله محمد القحطاني (٢٠١٥م) بعنوان: «إستراتيجية الوساطة في حل النزاعات العربية».
- وبعد عرض هذه الدراسات والمقارنة معها نستنتج الفروق بينها وبين هذه الدراسة على ما يلي:
١. أن كل دراسة من هذه الدراسات تناولت الموضوع من جانب واحد فقط، وكل دراسة تختلف عن الأخرى، بينما هذه الدراسة حاولت جمع أحكام الموضوع ودراساتها.
 ٢. أن هذه الدراسة تميزت ببيان موقف الفقه الإسلامي من النزاعات المسلحة الداخلية، ومقارنة ذلك بالقوانين الوطنية والدولية.
 ٣. أن هذه الدراسة تميزت بوصف تحليلي للمسائل، وذكر الاستنتاجات بالإضافة إلى ذكر الوقائع والأمثلة والتطبيقات.

التمهيد

وفيه: التعريف اللغوي والاصطلاحي للنزاعات المسلحة الداخلية وبيان نشأتها:

التعريف اللغوي للنزاعات المسلحة الداخلية:

يتناول التعريف اللغوي التعريف بمفردات الدراسة كل كلمة على مفردتها على ما يلي:

(النزاعات): لغةً جمع نزاع، ويطلق على معانٍ، والذي يقيدنا في هذه الدراسة إطلاق النزاع على الاختلاف، يقول صاحب المصباح: «نزاعته ونازعته ومنازعه أي خاصمته وتنازع القوم أي اختلفوا وتخاصموا»^(١).

(المسلحة): اسم مفعول، مأخوذة من السلاح، جاء في لسان العرب: «السلاح اسم جامع لآلة الحرب، وتسليح الرجل أي لبس السلاح وهو ما يقاتل به من سيف ونحوه»^(٢).

(الداخلية): اسم منسوب إلى الداخل، «وداخل الشيء خلاف خارجه ودخلت الدار أي صرت داخلها فهي حاوية لك»^(٣).

أما التعريف الاصطلاحي للنزاعات المسلحة الداخلية:

سوف نتناول التعريف الاصطلاحي لهذه النزاعات من جانبين: من جانب التعريف الاصطلاحي الفقهي، ومن جانب التعريف الاصطلاحي القانوني على ما يلي:

● التعريف الفقهي للنزاعات المسلحة الداخلية:

لقد ذكر الفقهاء أن من واجبات إمام المسلمين ورئيس الدولة الإسلامية أن يحمي بيضه الدولة، وأن يحصن الثغور من أي عدوان سواء كان داخلياً

(١) المصباح المنير، الفيومي، مادة نزاع، ص ٦٠٠.

(٢) لسان العرب، ابن منظور، مادة سلاح، ٤٨٦/٢.

(٣) المصباح المنير، الفيومي، مادة دخل، ١٩٠.

أو خارجياً، كما ذكر الفقهاء أن العدو الداخلي المسلح الذي يجب على الإمام محاربته وردعه ورفع السلاح عليه وقتاله لا يخلو من ثلاث أحوال:

١. الحالة الأولى: أن يكونوا مرتدين عن دين الإسلام.

٢. الحالة الثانية: أن يكونوا محاربين.

٣. الحالة الثالثة: أن يكونوا بغاة.

يقول الإمام الماوردي رَحِمَهُ اللهُ: «وما عدا جهاد المشركين من قتال ثلاثة أقسام: قتال أهل الردة وقتال أهل البغي وقتال المحاربين»^(١).

وسوف نتناول هذه الأقسام بالتفصيل الآتي:

الحالة الأولى: قتال المرتدين:

الردة - أعاذنا الله منها - المراد بها عند الفقهاء هي الرجوع عن الإسلام والكفر بدين الإسلام، وتحصل الردة بأمور كثيرة مثل لو أشرك بالله تعالى، وهناك نواقض كثيرة يخرج بها المرء عن دين الإسلام، كما أشار الفقهاء إلى شروط وضوابط تطبيق حد الردة، فإذا استوفيت هذه الشروط فلا إمام المسلمين أن يدعو هؤلاء المرتدين ويبين لهم الحق، ويستتابون ثلاثة أيام، فإن أصروا على كفرهم فعلى الإمام أن يقاتل هؤلاء المرتدين^(٢).

الحالة الثانية: قتال المحاربين:

الحرابة المراد بها اجتماع طائفة من أهل الشر والفساد على شهر السلاح ورفعهم؛ مكابرة ومجاهرة ومغالبة، وقطع الطريق وإخافة السبيل بقصد سفك الدماء المعصومة أو هتك الأعراض المصونة، أو أخذ وغصب الأموال المحترمة

(١) انظر: الأحكام السلطانية، الماوردي، ١٨.

(٢) انظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين، باب المرتد، ٦/٢٦٨، مواهب الجليل، الخطاب، باب الردة، ٨/٣٧٠، مغني المحتاج، الشربيني، كتاب الردة، ٥/٤٢٧، حاشية الروض المربع، ابن قاسم، باب حكم المرتد، ٧/٣٩٩.

المملوكة^(١)، وقد ألحق الفقهاء بحكم المحاربين الخوارج الذين يخرجون عن طاعة إمام المسلمين ويريدون خلع البيعة بلا تأويل سائغ، ويشقون عصا الطاعة ويكفرون الناس ويستحلون القتل ويسفكون الدماء المعصومة، فإذا استوفيت فيهم الشروط فحكمهم حكم المحاربين للإمام أن يقاتلهم^(٢).

الحالة الثالثة: قتال البغاة:

البغاة المراد بهم هم قوم لهم شوكة ومنعه خرجوا على الإمام وخالفوه، وتركوا الانقياد لطاعته لهم فيه تأويل سائغ، وقد أشار الفقهاء إلى ضوابط لاستيفاء قتال أهل البغي، فإذا انطبقت هذه الشروط فللإمام أن يقاتل هؤلاء البغاة^(٣).

وخلاصة ذلك أن النزاعات المسلحة الداخلية في الفقه الإسلامي لا تخرج عن هذه الحالات الثلاث، ففي قتال المحاربين والبغاة يكون رفع السلاح ابتداءً من قبلهم، ورفع السلاح من قبل الإمام يكون دفاعاً عن الدولة وحفظاً لأمن الدولة وصدراً لهذا العدوان الداخلي، أما في حالة قتال المرتدين فيكون رفع السلاح ابتداءً من قبل الإمام دفاعاً عن الدين وحماية لشعائر الإسلام وحفظاً لأركان الإسلام.

التعريف القانوني للنزاعات المسلحة الداخلية:

السلطة التي تتولى رئاسة وإدارة شؤون الدولة يجب عليها عدة واجبات، من ضمنها المحافظة على أمن الدولة الداخلي من أي عدو يهدد أمنها وسيادتها،

(١) انظر حاشية رد المحتار، ابن عابدين، باب قطع الطريق، ١٣٩/٦، مواهب الجليل، الخطاب، باب المحارب وقاطع الطريق، ٤٢٧/٨، مغني المحتاج، الشربيني، قاطع الطريق، ٤٩٧/٥، حاشية الروض المربع، ابن قاسم، باب حد قطاع الطريق، ٣٧٧/٧.

(٢) انظر: الخوارج نشأتهم وصفاتهم، سليمان الغصن، ١٢٠.

(٣) انظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين، باب البغاة، ١٣٩/٦، مواهب الجليل، الخطاب، باب البغاة، ٣٦٥/٨، مغني المحتاج، الشربيني، كتاب البغاة، ٤٠٠/٥، حاشية الروض المربع، ابن قاسم، باب أهل البغي، ٣٩٠/٧.

وحينئذ تكون هذه النزاعات المسلحة الداخلية نزاعات قامت على يد مجموعات خارجة على السلطة والدولة والقانون، فهنا تقوم الدولة بمواجهة هذا النزاع ومقاومة هؤلاء الخارجين عليها، وقد عُرِّفت النزاعات الداخلية في القانون بعدة تعريفات متقاربة جاءت على النحو الآتي:

١. عُرِّفت بأنها: «المنازعات التي تنشأ داخل الدولة وتخضع تسويتها كقاعدة عامة إلى قواعد القانوني الداخلي، ولا شأن للدول الأخرى بها»^(١).

٢. وعُرِّفت بأنها: «نزاع يدور بين قوات الحكومة وقوات أخرى منشقة أو مجموعة مسلحة منظمة تمارس هذه المجموعة السيطرة على جزء من أراضي الدولة تحت قيادة مسؤولة»^(٢).

٣. وجاء في تعريف الموسوعة العربية لها بأنها: «صراع مسلح بين السلطة القائمة وجهاعات خارجة عليها تسعى لتحقيق أهداف لها قد تكون أهدافاً سياسية أو دينية أو طائفية أو اقتصادية أو اجتماعية وغيرها»^(٣). وقد أطلق شراح القانون على النزاعات المسلحة الداخلية عدة مسميات وإطلاقات، فبعضهم يطلق عليها الحروب الأهلية، حيث عرفت الحروب الأهلية بأنها: «نزاع مسلح بين الدولة ورعاياها الخارجين عن القانون»^(٤).

وبعضهم يطلق عليها الثورات الشعبية، حيث عُرِّفت الثورة بأنها: «حركة سياسية في الدولة يحاول الشعب والجيش أو مجموعات أخرى إخراج السلطة الحاكمة وتغيير القادة، حيث تبدأ بالمظاهرات السلمية، وفي حالة عدم تجاوب

(١) المنازعات الدولية، سهيل الفتلاوي، ١٧.

(٢) موسوعة القانون الدولي، عيسى دباح، ٥٥/٦.

(٣) الموسوعة العربية، حرف الحاء، ١٥٦/٩.

(٤) الحرب الأهلية، شارل روز، ١٥.

الدولة لها تتحول إلى نزاعات مسلحة بين الثوار والدولة^(١)، فإذا كانت هذه الثورة يقودها الشعب أو حركات وأحزاب مدنية يطلق عليها بالثورة الشعبية، أما إذا كانت هذه الثورة تقودها قوى عسكرية كالجيش في الدولة فهذا يسمى انقلاباً عسكرياً ضد الحكومة^(٢)، وهناك إطلاقات أخرى حديثة للنزاعات المسلحة الداخلية، حيث أطلق عليها البعض الصراعات الداخلية وبعضهم يطلق عليها الحرب المتمردين على القانون^(٣)، وهناك من يصف الثورات العربية الحديثة التي حصلت في بعض الدول العربية بوصف الربيع العربي، وبعضهم يصفها بالدول الديمقراطية الحديثة^(٤).

نشأة النزاعات المسلحة الداخلية:

حيث مرت نشأة النزاعات بمرحلتين على ما يلي:

المرحلة الأولى: نشأة النزاعات المسلحة الداخلية في العصور الماضية:

الصراعات البشرية موجودة منذ أن خلق الله الإنسان الأول، فقد حكى الله لنا في القرآن الكريم أول صراع بشري كان بين ابني آدم عَلَيْهِ السَّلَامُ، حينما أقدم قابيل على قتل أخيه هابيل، يقول الله تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقْبِلُ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ ﴿٢٧﴾ لَئِنْ بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَنَّكَ إِنَّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ ﴿٢٨﴾ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ ﴿٢٩﴾ فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ

(١) دراسات قانونية للثورات العربية، عبد الله السلمو، ٢٣.

(٢) انظر: جرائم قتل الثوار، أمير يوسف، ٧.

(٣) النظرية في الممارسات السياسية، مهدي كامل، ١٢.

(٤) الربيع العربي، حسن الزين، ٨.

﴿٣٠﴾^(١)، ثم توالى الصراعات البشرية، فجاءت صراعات الأنبياء عَلَيْهِ السَّلَامُ مع أقوامهم وأممهم، فقد أخبرنا الله تعالى في القرآن عن الصراع الذي خاضه نوح عَلَيْهِ السَّلَامُ مع قومه، وكذلك هود وصالح وإبراهيم وموسى وعيسى، عليهم الصلاة والسلام جميعاً، ثم جاءت الآيات القرآنية تتحدث عن أعظم الصراعات مع نبينا محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقومه الذين آذوه وحاربوه وحاولوا قتله، يقول تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَإِذْ يَمْكُرُ بِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِيُثْبِتُوكَ أَوْ يَقْتُلُوكَ أَوْ يُخْرِجُوكَ وَيَمْكُرُونَ وَيَمْكُرُ اللَّهُ وَاللَّهُ خَيْرُ الْمَكْرِينَ﴾ ﴿٣٠﴾^(٢).

وهكذا استمرت الصراعات والنزاعات البشرية مستمرة ودائمة لم تتوقف، ففي عهد الخليفة الراشد أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الذي خاض صراعاً وحرباً مع المرتدين من قبائل العرب، ثم جاء عهد الخليفة عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الذي خاض صراعاً مع الخوارج وانتهى هذا النزاع بمقتل الخليفة عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على أيدي أولئك المتمردين، وهكذا تتوالى الصراعات والنزاعات الداخلية في عصور الخلافة الإسلامية الأموية والعباسية والعثمانية، وإن القارئ لكتب التاريخ ليجد أن هناك العديد من النزاعات الداخلية والحروب الدامية خاضتها تلك الخلافات^(٣).

المرحلة الثانية: نشأة النزاعات المسلحة الداخلية في العصور الحديثة:

حينما قام الإنسان في القرون الأخيرة باكتشاف النفط ودخول الصناعات الحديثة وتطورت الحضارة والمدنية، وأدى ذلك إلى تطوير السلاح ودخلت فكرة اختراع الأسلحة النارية والقنابل والألغام الأرضية، وانتهت باختراع أسلحة الدمار الشامل والتي ظهرت للعالم، وخاضت الدول بهذه الأسلحة

(١) سورة المائدة: الآيات (٢٧-٣٠).

(٢) سورة الأنفال: الآية (٣٠).

(٣) انظر: الصراع بين الحق والباطل، إبراهيم أبو عباءة، ١٣، وانظر: الكامل في التاريخ، ابن الأثير، ٢٥٠/٣.

معارك دامية وحروباً عالمية طاحنة، خلفت ملايين القتلى والجرحى من البشر، وبعد نهاية هذه الحروب العالمية الدولية الأولى والثانية، بدأت تظهر للساحة الحروب والنزاعات الداخلية المسلحة، وحفظ لنا التاريخ عدة نزاعات مسلحة داخلية في عدد من بلدان العالم بدأت النزاعات بثورات شعبية، وانتهت بمنازعات مسلحة داخلية بين الثوار والسلطة القائمة. فمن تلك النزاعات التاريخية الداخلية والحديثة الثورة الفرنسية التي بدأت عام ١٧٨٩م وانتهت عام ١٧٩٩م، وهي تعتبر أول ثورة حديثة عملت على إلغاء الملكية المطلقة وطالبت بالعدالة والحرية والمساواة وفصل السلطات وإلغاء الامتيازات وتقييد أحكام الكنيسة^(١)، ثم تلتها العديد من الثورات والنزاعات المسلحة الداخلية الحديثة فمثلاً في روسيا جاءت الحروب الأهلية الدامية عام ١٩٢٢م، وانتهت بتحقيق المساواة بين فئات الشعب والقضاء على الرأسمالية، وفي الصين جاءت الحرب الأهلية المسماة بحرب تشينغ، وانتهت إلى تغيير السلطة الحاكمة والقيادة العسكرية، وفي أمريكا بلغت الحرب الأهلية قمتهما حينما تدخل الإنجليز في الدولة وانتهت عام ١٧٨٣م إلى استقلال الولايات المتحدة والاعتراف بها كدولة مستقلة^(٢).

وعلى مستوى الأوطان العربية كان هناك ثورات عربية ضد الاستعمار الغربي مطالبة باستقلال الحكومات العربية، مثل استقلال مصر والسودان والعراق وليبيا وتونس والجزائر واليمن وسوريا والأردن والصومال، وكان الغرض من تلك الثورات هو الاستقلال بالحكومات العربية، ثم تلتها نزاعات مسلحة داخلية تنحى منحى آخر وهو تغيير السلطة القائمة مثل الحرب الأهلية اللبنانية عام ١٩٩٠م، والثورات العربية المسلحة والتي أشهرها ثورة سوريا والتي بدأت عام ٢٠١١م، والثورة اليمنية عام ٢٠١٢م، واللذان إلى الآن لم تنتهيا بعد.

(١) انظر: النظم السياسية العربية والاتجاهات الحديثة، حسنين إبراهيم، ٢٨.

(٢) انظر: جرائم قتل الثوار، أمير يوسف، ٩.

هذا على سبيل المثال لا الحصر في تاريخ النزاعات المسلحة الداخلية، وإلا فهناك العديد من النزاعات المسلحة والحروب الأهلية التي خاضتها الدول المعاصرة الحديثة مع الثوار والجماعات والأحزاب الخارجة عليها^(١).

(١) انظر: الثورات الشعبية العربية، سمير أبو زيد، ١٨.

الفصل الأول أحكام النزاعات المسلحة الداخلية وموقف الفقه والقانون منها

وفيه مباحث:

المبحث الأول

صور النزاعات المسلحة الداخلية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: النزاع المسلح ضد الدولة:

النزاع المسلح ضد الدولة في الغالب يسعى إلى مقاومة سلطات الدولة ومحاولة لتغيير السلطات الحاكمة، فالنزاع المسلح ضد الدولة قد يكون بأسلوب مباشر تقوم به جماعات خارجة عن سلطة الدولة وتريد إزالة وتغيير الدولة، وتبدأ في مواجهة الدولة وحمل السلاح عليها، وقد يكون هذا النزاع بأسلوب غير مباشر بحيث يبدأ بحرب أهلية تخوضها جماعات من المواطنين ينتمون جميعاً إلى دولة واحدة لهم أهداف وانتماءات، ولكن يبقى الهدف الأول عند اندلاع الحرب الأهلية هو ضرب الدولة على يد الجماعات المتخاصمة، فالصراع بين الجماعات المتخاصمة يهدف إلى هدف مشترك وهو ضرب الدولة، وهذا هو الهدف للحروب الأهلية وللثورات المسلحة، فهي قد تختلف في الأسلوب والقوة والمنهج، ولكنها تشترك في تحقيق هدف واحد، وهو ضرب الدولة ومؤسساتها، وإسقاط النظام القائم والسلطة القائمة في الدولة^(١).

المطلب الثاني: النزاع المسلح ضد الأفراد والقبائل:

من أقدم النزاعات المسلحة على وجه الأرض هو النزاع بين الأفراد بعضهم البعض، أو النزاع الذي يكون على مستوى القبيلة بحيث تتنازع القبيلتان

(١) انظر: جذور الحرب الأهلية، فردريك معتوق، ٢١.

وترفع كل قبيلة السلاح في وجه الأخرى، وهذه النزاعات التي تكون بين الأفراد والقبائل في الغالب أن لها أسباباً ودافع تدعو إليها، فهي إما أن تكون ثارات دموية كأن يقوم شخص ويقتل آخر فتثور ثائرة قبيلة المقتول، وإما أن تكون الدوافع أطماع مادية لأجل المال أو لأجل الاستيلاء والغلبة على الطرف الآخر الضعيف، وقد تكون هناك أسباب اجتماعية. وقد حفظ لنا التاريخ حروباً ونزاعات بين الأفراد والقبائل دامت سنين طويلة، مثل الحروب التي كانت بين قبائل الجزيرة العربية، وكذلك الحروب القبلية التي كانت في إفريقيا وفي الجزائر وليبيا والصومال والسودان، والتي عانت من الحروب القبلية أشد المعاناة وراح ضحيتها مئات آلاف من البشر^(١).

المطلب الثالث: النزاع المسلح بين الجماعات والأحزاب السياسية:

الدول الحديثة التي تعيش في أنظمة الحكم الديمقراطي نشأت لديها فكرة الجماعات والأحزاب السياسية، والتي هي عبارة عن «تنظيمات جماعية قانونية تسعى للوصول إلى السلطة والترشيح لدخول مجالس الانتخابات، فهي تهدف إلى كسب السلطة والوصول إليها أو على الأقل التأثير في قراراتها»^(٢). فالجماعات والأحزاب السياسية تسعى لنيل حقها في الحكم والسلطة، وكذلك تسعى لكسب المصالح والجهات الحكومية من خلال ترشيح أعضائها لتولي إدارة هذه الأعمال، وهنا تحصل الانشقاقات والاختلافات في وجهات النظر، فكل حزب وجماعة تريد السيطرة وفرض الهيمنة على هذه المصالح والمؤسسات الحكومية، تبدأ هذه الخلافات بداية سلمية وبعضها ينتهي إلى صراعات ونزاعات مسلحة، وقد عانت كثير من الدول العربية وطأة النزاعات المسلحة بين الأحزاب والجماعات السياسية مثل لبنان والسودان والصومال وغيرها^(٣).

(١) الحرب الأهلية في الصومال، أسبابها وتائجها، محمد علي، ١٧، وانظر: الحرب الأهلية في السودان، منصور عبد الله، ١٤.

(٢) معجم المصطلحات القانونية، جيرار كارنو وآخرون، ٢/٣١٢.

(٣) انظر: النظم السياسية العربية والاتجاهات الحديثة، حسنين إبراهيم، ١٣٠.

المطلب الرابع: النزاع المسلح بين الطوائف الدينية:

المعتقد الديني قد يكون مُحركاً أساساً لنشوب النزاعات المسلحة، بحيث يكون لكل مجموعة من الناس معتقدات وأصول مذهبية طائفية تختلف عن الآخر، وهنا تتولد النزاعات والاختلافات والتي قد تصل إلى حمل السلاح ومقاتلة الطرف الآخر، وذلك لسببين: السبب الأول أن كل طائفة ترى أنها على حق والطائفة الأخرى على خطأ، والسبب الثاني أن كل طائفة تسعى إلى دعوة أفراد الناس للدخول في جماعتها واعتناق معتقداتها، ولو أدى ذلك إلى القتال ورفع السلاح في وجه الآخرين، وهنا تتولد في الطائفية العنف والغلو والتطرف والتعصب الممقوت للمذهب والديانة، «فالطائفية تعني اعتناق جماعة لمعتقد أو فكر معين، والقيام بممارسات وطقوس خاصة والتعصب الأعمى لهذا المعتقد، والخروج عن وحدة كيان الشعب، مشكلين لهم تنظيمًا خاصاً بهم له أفكاره ومعتقداته وتسعى الطائفية لدعوة غيرها إلى معتقداتها، مع نصب العداء لكل من يخالف منهاجها، وتقوم الطائفية على أصول يرجع بعضها إلى الدين، والبعض الآخر إلى أحداث تاريخية، وبعضها يرجع إلى أفكار وأقوال قادة في التنظيم الطائفي»^(١).

وقد عانت كثير من الدول من النزاعات المسلحة الطائفية منها على سبيل المثال طوائف لبنان والعراق ومصر وإيران واليمن والبحرين وغيرها، حيث حصلت فيها نزاعات مسلحة بين الطوائف الدينية.

المطلب الخامس: النزاع المسلح بين العصابات الإجرامية:

النزعة الإجرامية متأصلة في جنس البشر، والتاريخ الإنساني يحكي لنا حوادث كثيرة، وحينما يجتمع مع الإجرام القوه والعدة والعصابة، تكمن هنا

(١) الطائفية المشكلة والحلول، عبد القادر الشيلخي، ٧، وانظر: التعصب والطائفية، أحمد عبد العال، ٦. وهما ورقتا عمل مقدمتان للمؤتمر الثاني للتضامن الإسلامي، والمقام برابطة العالم الإسلامي لعام ١٤٣٥هـ.

الخطورة وتزداد وتكبر وتعظم الجريمة، فالعصابات الإجرامية عبارة عن مجموعة من الأشخاص بيدهم قوة وسلاح وعدة، ويشكلون منظمة إجرامية تقوم على ارتكاب الأعمال الإجرامية^(١).

وقد عانت كثير من الدول من النزاعات المسلحة التي تقودها العصابات الإجرامية ومن جرائم هذه العصابات، ومن أشهر العصابات الإجرامية على مستوى العالم عصابات المافيا الموجودة في إيطاليا وإوروبا، وعصابات مونجيكى الموجودة في كينيا، وعصابات كوماندو في البرازيل وعصابات بشويان في تايوان والصين واليابان، وعصابة قراصنة السفن الموجودة في الصومال، وتكمن خطورة هذه العصابات أنها تمتلك أصولاً وأموالاً وأرصدة عالية الدخل تصل إلى مليارات الدولارات، وأيضاً فهي عصابات تمتلك أسلحة قوية، وكذلك يتجاوز عدد أفراد كل عصابة ما لا يقل عن عشرة آلاف فرد، ويتركز نشاط هذه العصابات في الغالب على بيع المخدرات، وكذلك عمليات السطو المسلحة على المصارف والبنوك وقراصنة السفن البحرية، ولها أنشطة أخرى مثل خطف الرهائن والابتزاز والاستغلال الجنسي، وأنشطة أخرى مثل التزوير وتزييف العملات، وقد يكون في الدولة الواحدة أكثر من عصابة، وهنا يحصل بين هذه العصابات النزاعات على الجريمة، وكل عصابة تحاول القضاء على الأخرى والاستيلاء على السوق وطرده المنافس، ولو أدى ذلك إلى استعمال السلاح والقتل وخوض الحرب المسلحة^(٢).

(١) انظر: مبادئ علم الإجرام، فوزية عبد الستار، ٤٧.

(٢) انظر: المخدرات بين الدول والعصابات، عبد الناصر هارون، ٢٦.

المبحث الثاني

نطاق النزاعات المسلحة الداخلية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: النطاق الزمني:

عامل الوقت والزمان عامل مهم في كافة الحروب والنزاعات سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي لمعرفة مدى زمن المعركة؟ ومدى استمرار النزاع من عدمه؟ وهل مدته طويلة أم قصيرة؟ ومعرفة عامل الزمن والوقت بالنسبة للحروب والنزاعات أمر ضروري، وذلك لأنه يُبنى عليه أشياء أخرى، فالزمن يؤثر بلا شك على الدولة، فكلما طالت المدة زادت آثار النزاع والحرب، حيث يؤدي ذلك إلى زيادة أعداد الوفيات والقتلى والجرحى والمصابين، وإلى آثار أخرى من اقتصادية وأمنية وصحية وعسكرية وغيرها. وهنا يثور تساؤل هل يمكن الوصول إلى حد زمني تبدأ وتنتهي به النزاعات المسلحة الداخلية أم لا؟ فالإجابة عن ذلك نقول: في حالة النزاعات المسلحة الداخلية وخصوصاً في حالة عدم تدخل الدولة لفض وحل النزاع القائم فلا يمكن احتساب المدة الزمنية؛ إذ قد تطول المدة وقد تقصر، وفي الغالب أنها تصل إلى مدة طويلة وإلى سنين عديدة، فمثلاً الحروب التي بين الأحزاب السياسية في لبنان دامت أكثر من خمسة عشر سنة، حتى انتهت بالمصالحة في اتفاقية الطائف عام ١٩٩٠م، والحروب الأهلية في السودان دامت لأكثر من سبعة عشر عاماً، حتى انتهت باتفاقية أديس أبابا عام ١٩٧٢م، وفي الجزائر انتهت الحروب الأهلية التي دامت أكثر من عشر سنوات بالمصالحة عام ٢٠٠٢م^(١)، في حين أن هناك نزاعات مسلحة داخلية لم تنتهِ إلى الآن، مثل النزاع المسلح بين المعارضة السورية والنظام السوري، والنزاع المسلح بين الحكومة اليمنية والجماعة الحوثية، فهذه

(١) انظر: جذور الحرب الأهلية، فردريك معتوق، ٢٩.

نزاعات ما زالت قائمة، فالحدود الزمنية للنزاعات المسلحة لا يمكن التوصل إلى حد زمني لها في البداية ولا في النهاية، وهذا راجع إلى عوامل كثيرة منها:

١. عدم تدخل الدولة إلى فض النزاع وتسوية المنازعات بالطرق السلمية.
٢. أيضاً من العوامل قد يتلقى أحد الأطراف المتنازعة دعماً عسكرياً من قوى خارجية، سواء من دول معادية أو من منظمات وجماعات وأحزاب وعصابات خارج الدولة، هدفها تحقيق مصالح مشتركة^(١).

المطلب الثاني: النطاق المكاني:

النزاعات المسلحة الداخلية هي عبارة عن نزاعات مسلحة داخل حدود إقليم الدولة البري والبحري والجوي، وبالتالي فلا شأن للدول الأخرى به، ولا علاقة لها بهذا النزاع، ولا يحق لها التدخل في الشؤون الداخلية للدول، فهذا مبدأ من مبادئ القانون الدولي، وهو عدم التدخل في النزاعات الداخلية في الدولة، لأن هذا شأن داخلي، احتراماً لسيادة الدولة على أراضيها وأقاليمها، وقد نص على ذلك ميثاق الأمم المتحدة في المادة الثانية، لكن يستثنى من هذا المبدأ حالتان هما:

الحالة الأولى: إذا حصل اعتداء على الدول من قبل الدولة فهنا يتحول هذا النزاع من كونه نزاعاً داخلياً إلى كونه نزاعاً داخلياً، وهذا التدخل في حالة الدفاع عن النفس^(٢).

الحالة الثانية: هناك استثناء آخر يرد على مبدأ عدم التدخل، وهو التدخل المشروع وهو في حالة الدفاع عن الإنسانية، وفي حالة ارتكاب الدولة جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية فهنا يحق التدخل للمجتمع الدولي لإنقاذ الإنسانية من هذه الجرائم العدوانية، والتي صنفها المحكمة الجنائية

(١) انظر: أسباب الحروب، بسام الشفي، مجلة الفرقان، علي الرابط الإلكتروني، www.fargah.net.

(٢) انظر: الوسيط في القانون الدولي العام، الجيلاني أبو زيد، ١٥٥.

الدولية بأنها جرائم حرب^(١)، فإذا تحول النزاع المسلح الداخلي إلى جريمة دولية وجريمة ضد الإنسانية فهنا تبدأ التحركات للمجتمع الدولي، فعلى سبيل المثال كانت النزاعات المسلحة الداخلية بين المعارضة السورية والنظام السوري نزاعاً داخلياً لم تتدخل فيه الدول الأخرى لكونه شأنًا داخلياً، لكن لما بدأ النظام السوري في انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، والوقوع بجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، وقتل المدنيين العزل وتدمير القرى والممتلكات، وتهجير الناس من منازلهم إلى المخيمات، واستخدام الأسلحة الكيميائية المحظورة دولياً؛ اعتبر ذلك كله جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب، فبدأت التحركات الدولية لإيقاف هذه المجازر، وقد أكدت ذلك القرارات الدولية جاء في قرار مجلس الأمن رقم ٢١١٨ ما نصه: «إن مجلس الأمن يؤكد على أن الجمهورية العربية السورية قد انضمت إلى اتفاقيات حظر الأسلحة الكيميائية، كما يؤكد على استمرار بعثة فريق التفتيش الدولية في الجمهورية السورية الصادرة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، والتأكيد على الحكومة بالتعاون مع فريق التفتيش، ويعرب مجلس الأمن عن غضبه الشديد نتيجة استخدام النظام السوري للأسلحة الكيميائية في ٢١ آب لسنة ٢٠١٣م في ريف دمشق لصد الثورات الشعبية ضد الحكومة، ويؤكد أن استخدام الأسلحة الكيميائية المحظورة يشكل خطراً وانتهاكاً للقانون الدولي والاتفاقيات الدولية»^(٢).

ونستنتج مما سبق أن النطاق المكاني للنزاعات المسلحة الداخلية محدود في حدود إقليم الدولة وفي داخل الدولة، ولا يحق التدخل فيه إلا في الحالتين السابقتين.

(١) المرجع السابق، ١٥٥.

(٢) قرار مجلس الأمن رقم ٢١١٨ بشأن الأزمة السورية، الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة www.un.org/ar.

المطلب الثالث: النطاق الشخصي:

النزاعات المسلحة الداخلية تقع في حدود إقليم الدولة، وبالتالي فإن الأشخاص المشاركين بهذه النزاعات هم من داخل الدولة وليس من خارجها، وفي الغالب أن من يتولى النزاعات المسلحة الداخلية لا يخلو من صور ثلاث ومن أحد هؤلاء الأشخاص:

الصورة الأولى: الأشخاص الوطنيون:

وهم الذين يحملون الهوية والجنسية الوطنية ومن رعايا الدولة، ففي هذه الصورة الذين يتولون القيام بالنزاعات المسلحة الداخلية هم الأشخاص البالغون المسلحون والمقاتلون، أما الأطفال والنساء والمدنيون العزل فهؤلاء لا يحق إشراكهم في القتال والنزاعات والحروب، وبالتالي يجب حمايتهم وضمان عدم تدخلهم في هذه النزاعات، وقد أكدت على ذلك مجموعة من الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية التي جاءت بحماية النساء والأطفال والمدنيين العزل في حالة النزاعات المسلحة، من ذلك اتفاقيات جنيف الأربع الصادرة عام ١٩٤٩م وبروتوكولاتها الصادرة عام ١٩٧٧م، وإعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٤م، واتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة عام ١٩٧٩م، واتفاقية حقوق الطفل الصادرة عام ١٩٨٩م^(١)، وقد أكدت هذه الاتفاقيات على ضرورة حماية الأطفال والنساء والمدنيين العزل في حالة النزاعات المسلحة، وعلى ضرورة تجنبهم مواقع النزاعات، وبالتالي أصبح النطاق الشخصي للنزاعات المسلحة الداخلية محدوداً بالأشخاص الوطنيين المسلحين المقاتلين، ففي هذه الصورة تقوم الدولة بالتدخل لمعالجة هذه النزاعات الصادرة من الأشخاص الوطنيين وفق القوانين والأنظمة الوطنية الداخلية.

(١) انظر: حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي، عبد الغني محمود، ٨٥.

الصورة الثانية: الأشخاص الأجانب:

وهم الذين يحملون الجنسيات الأخرى ومن رعايا دول أخرى ولكن دخلوا الدولة بموجب قانون ونظام الإقامة، فهؤلاء يجب حمايتهم أثناء النزاعات المسلحة بموجب الاتفاقيات الدولية، كما أنه لا يحق لهم الدخول في نزاعات وطنية، وفي حالة أن تولى الأشخاص الأجانب القيام بنزاعات مسلحة داخلية فهنا تقوم الدولة بالتدخل لمعالجة هذه النزاعات وفق القوانين والأنظمة الداخلية لها، وذلك بناءً على مبدأ سيادة الدولة على أراضيها، وقد اعترفت بهذا المبدأ قواعد القانون الدولي العام، وأيضاً قواعد القانون الدولي الخاص؛ فهو من المبادئ المعترف بها دولياً، ولكل دولة الحق في محاسبة الأشخاص الأجانب وفقاً لقانونها الداخلي إذا أخلوا بواجباتهم بما يكفل له الحقوق والضمانات^(١).

الصورة الثالثة: الأشخاص الدبلوماسيون:

وهم عبارة عن أفراد تختارهم الدولة لتمثيلها والتصرف نيابة عنها في العلاقات الدولية والتحدث باسمها في مواجهة الغير وخارج إقليم الدولة لدى الدول الأخرى، مثل وزراء الخارجية والسفراء وموظفي القنصليات، فهؤلاء يجب توفير الحماية الدبلوماسية لهم في حالة النزاعات المسلحة الداخلية بموجب اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١-١٩٦٣ م، فقد أعطت هذه الاتفاقيات الأشخاص الدبلوماسيين حقوقاً والتزامات وحصانات وامتيازات دبلوماسية^(٢)، وفي حالة قيام الأشخاص الدبلوماسيين بالنزاعات المسلحة الداخلية والمشاركة فيها فهنا تقوم الدولة بالتدخل لمعالجة ذلك وفق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تكسب الشخص الدبلوماسي حصانة جنائية وقضائية والتعامل معه وفق أطر اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية^(٣).

(١) انظر: القانون الدولي الخاص، أحمد سلامة، ٤٠٨.

(٢) انظر: مبادئ القانون الدولي العام، منصور خضران، ٢٧٥.

(٣) انظر: القانون الدولي العام، إبراهيم العناني، ٣١٢.

المبحث الثالث

موقف القوانين الوطنية والدولية من النزاعات المسلحة الداخلية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: موقف القوانين الوطنية من النزاعات المسلحة الداخلية:

النزاعات المسلحة الداخلية تؤثر على أمن الدولة الداخلي وبالتالي فإن كل دولة تسعى إلى نشر الأمن والمحافظة عليه بشتى الطرق، ومن ذلك إصدار قوانين وطنية وأنظمة داخلية تجرم وتعاقب كل من يخل بالأمن. فعلى سبيل المثال:

أ. في المملكة العربية السعودية سنت الدولة أنظمة عديدة في مكافحة النزاعات المسلحة الداخلية، وتجريم أي أفعال أو أحداث تحاول زعزعة الأمن، فمن هذه الأنظمة:

١. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالرسوم الملكي رقم أ/ ٩٠ وتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢ هـ جاء في المادة ٣٦ منه ما نصه: «توفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها والمقيمين على إقليمها»^(١)، يدل دلالة على أن الدولة هي المعنية بالمحافظة على أمن الوطن، وأن الدولة واجب عليها مكافحة النزاعات المسلحة الداخلية التي تؤثر على الأمن الوطني للدولة.

٢. نظام قوات الأمن الداخلي، حيث جاء في المادة الثانية بيان الاختصاصات أمن الدولة وفيها: «قوات الأمن الداخلي هي القوات المسلحة المسؤولة عن المحافظة على النظام وصيانة الأمن العام الداخلي في البر والبحر، وعلى الأخص منع الجرائم قبل وقوعها وضبطها والتحقيق فيها وحماية الأرواح والأعراض والأموال حسب

(١) النظام الأساسي للحكم، الصادر بالرسوم الملكي رقم أ/ ٩٠، وتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢ هـ.

ما تفرضه عليها الأنظمة»^(١)، كما جاءت المادة السابعة في بيان الأحوال التي يستعمل فيها قوات أمن الدولة السلاح حيث جاء فيها: «لرجال قوات الأمن الداخلي حق استعمال السلاح في الأحوال التالية... ثالثاً: لفض التجمهر أو التظاهر العدواني الذي يحدث من خمسة أشخاص فأكثر إذا عرض الأمن العام للخطر، وذلك بعد إنذار المتجمهرين، ويصدر الأمر باستعمال السلاح من رئيس تجب طاعته»^(٢).

٣. نظام الأسلحة والذخائر، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٦ وتاريخ ٢٧ / ١ / ١٤٠٢ هـ، حيث أجاز النظام حمل السلاح الحربي للأشخاص الرسمين فقط وفق الأنظمة والأوامر الخاصة بذلك، وهم رجال القوات المسلحة وأفراد الحرس الملكي والخوايا وموظفو الحكومة والتابعون لهم الذين ينص نظام الإدارة على جواز حملهم السلاح، وما عدا هؤلاء فإن النظام قد حظر عليهم حمل السلاح الحربي، وجعل المنظم عقوبة لمن يقوم بتهريب الأسلحة الحربية بقصد الإخلال أو الاعتداء على الأمن الداخلي، كذلك جعل عقوبة لمن يحمل السلاح الحربي بدون ترخيص أو يستعمل السلاح في غير ما رخص له^(٣).

٤. من الأنظمة في المملكة التي تحظر النزاعات المسلحة الداخلية نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٢١ وتاريخ ١٢ / ٢ / ١٤٣٩ هـ، حيث جاء بتجريم كل من يقوم بعمل جماعي أو فردي بشكل مباشر أو غير مباشر بقصد الإخلال بالنظام العام أو زعزعة أمن المجتمع واستقرار الدولة، وتعتبر النزاعات

(١) نظام قوات الأمن الداخلي، وزارة الداخلية.

(٢) المرجع السابق.

(٣) نظام الأسلحة والذخائر، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٦، وتاريخ ٢٧ / ١ / ١٤٠٢ هـ.

المسلحة الداخلية ضد الدولة صورة من صور زعزعة الأمن الداخلي، فهي جريمة يعاقب عليها النظام^(١).

ب. المثال الثاني: من الدول التي تحظر النزاعات المسلحة الداخلية في قوانينها الوطنية دولة الكويت، فقد نص قانون الجزاء الكويتي رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠م على تجريم كل الأفعال المؤدية لزعزعة أمن الدولة، ومن ضمن ذلك حمل الأسلحة في حالة النزاعات والتجمهرات. جاء في المادة رقم ٣٤: «كل من اشترك في تجمهر في مكان عام مؤلف من خمسة أشخاص على الأقل الغرض منه ارتكاب جرائم أو الإخلال بالأمن العام وبقي متجهراً بعد صدور أمر رجال السلطة العامة بالانصراف يعاقب بالحبس لا يتجاوز سنة وبغرامة مالية»، كما جاءت المادة رقم ٣١ بتجريم ومعاقبة كل من حمل السلاح لتحقيق أغراض غير مشروعة أو الإخلال بالأمن العام للدولة^(٢).

ج. المثال الثالث: من الدول التي تحظر النزاعات المسلحة الداخلية في قوانينها الوطنية دولة البحرين، فقد نص قانون العقوبات البحريني رقم ١٥ الصادر سنة ١٩٧٦م على تجريم النزاعات المسلحة الداخلية والمعاقبة عليها بأشد العقوبات، فإن كان الغرض منها نزاعات لزعزعة أمن الدولة وقلب نظام الحكم فالعقوبة لها عقوبة صارمة، وكذا النزاعات التي فيها التجمهر وإحداث الشغب في الفتنة وفيها حمل للأسلحة وإثارة للفتن في الدولة^(٣).

د. المثال الرابع: من الدول التي تحظر النزاعات المسلحة الداخلية في قوانينها الوطنية جمهورية مصر العربية، فقد نص قانون العقوبات رقم ٥٨ الصادر سنة ١٩٣٧م على جملة من الجرائم والتي تخل بأمن الدولة الداخلي

(١) نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١، وتاريخ ١٤٣٩/٢/١٢هـ.

(٢) قانون الجزاء الكويتي رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠م.

(٣) قانون العقوبات البحريني رقم ١٥ الصادر سنة ١٩٧٦م.

وتبث الفرقة الوطنية وتدعو إلى حمل السلاح على الدولة والخروج على سلطات الدولة وإحداث الشغب في البلاد، كما نص القانون على إيقاع أقصى وأشد العقوبات عليها؛ لكونها تمس أمن الدولة والوحدة الوطنية^(١). هذه أربعة أمثلة لدول تحظر النزاعات المسلحة الداخلية في قوانينها الوطنية وهذا على سبيل المثال لا الحصر.

المطلب الثاني: موقف القانون الدولي من النزاعات المسلحة الداخلية:

المجتمع الدولي عبارة عن أشخاص دولية وهذه الأشخاص تسعى جاهدة لحفظ السلم والأمن الدوليين، وبالتالي فإن النزاعات المسلحة الداخلية تؤثر تأثيراً بالغاً على السلم والأمن الدوليين، وتؤثر كذلك على مستوى العلاقات الدولية بين الدول، ولذا كان لا بد من أن يقف المجتمع الدولي ضد هذه النزاعات المسلحة وقفة جازمة؛ حفظاً للسلم والأمن الدوليين. وقد جاءت المواثيق والمعاهدات والاتفاقيات والمبادئ والأعراف الدولية بحظر هذه النزاعات وتؤكد ذلك على ما يلي:

١. ميثاق الأمم المتحدة الصادر عام ١٩٤٥م، والذي يدعو إلى حفظ السلم والأمن الدوليين، ويدعو إلى نزع السلاح ونبذ الصراعات والنزاعات المسلحة. جاء في ديباجته: «نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد آلينا على أنفسنا أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحروب التي جلبت على الإنسانية أحزاناً يعجز عنها الوصف، أن نؤكد أنفسنا بالتسامح وأن نعيش معاً في سلام وحسن جوار، وأن نضم قوانا كي نحفظ بالسلم والأمن الدولي»^(٢)، فمن أعظم الأهداف لإنشاء هذه المنظمة هو حفظ السلم والأمن والدعوة إلى نزع السلاح، جاء في المادة

(١) قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ الصادر سنة ١٩٣٧م.

(٢) الموقع الإلكتروني لهيئة الأمم المتحدة، على الرابط: www.un.org/ar.

الحادية عشرة: «للمجموعة العامة أن تنظر في المبادئ العامة للقانون في حفظ السلم والأمن الدوليين، ويدخل في ذلك المبادئ المتعلقة بنزع السلاح ونبد الصراعات المسلحة»^(١)، وحينما نريد أن نُعمل الميثاق على النزاعات المسلحة الداخلية قد يتبادر إلى أنها نزاعات مسلحة داخل الدولة، وأن الدولة لها حق السيادة على أراضيها، ولا يحق للمجتمع الدولي التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ولكن هذا المبدأ يردُّ عليه استثناء وهو حالة التدخل المشروع دفاعاً عن الإنسانية ضد مرتكبي جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، فإذا وصل الأمر بالنزاعات المسلحة الداخلية إلى أن أصبحت مجازر يرتكب فيها جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية مُجرَّمة دولياً واستعمال أسلحة محظورة دولياً، فهنا تبدأ تحركات المجتمع الدولي لوقف هذه المجازر دفاعاً عن الإنسانية، وحفظاً للسلم والأمن الدوليين^(٢).

٢. النزاعات المسلحة الداخلية إذا تحولت إلى جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، فإنها تعتبر جريمة دولية يتحمل مرتكبوها المسؤولية الجنائية الدولية، وقد جاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بروما لسنة ١٩٩٨م على اعتبار النزاعات المسلحة الداخلية جريمة دولية إذا ارتكب فيها جرائم ضد الإنسانية، ثم جاءت مواد النظام في بيان تفصيلي للجرائم الدولية، فالنزاعات المسلحة الداخلية تكون جريمة دولية إذا ارتكب فيها جريمة الإبادة الجماعية وجريمة ضد الإنسانية، وإذا ارتكب فيها الإبعاد القسري للسكان والتهجير الجبري، أو التعذيب والسجن واستعمال العنف، وتكون النزاعات المسلحة الداخلية جريمة من جرائم الحرب إذا كان فيها تعمد لتوجيه

(١) المرجع السابق.

(٢) الوسيط في القانون الدولي، ماجد الحموي، ١٥٥.

هجمات حربية ضد السكان المدنيين العزل، أو إلحاق أضرار واسعة النطاق بالممتلكات، أو تعمد شن هجمات على المنشآت، أو كان فيها استعمال للأسلحة المحظورة دولياً، أو كان فيها انتهاكات للقوانين الحربية الدولية^(١).

فهنا في هذه الحالة تترتب المسؤولية الجنائية الدولية على مرتكبي النزاعات المسلحة الداخلية، لكونها أصبحت جريمة دولية معاقب عليها دولياً، ويتحمل مرتكبو هذه الجريمة آثار هذه المسؤولية حال قيامها وثبوتها عليهم^(٢).

٣. جاءت هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي تحظر على النزاعات المسلحة سواء كانت داخلية أم خارجية استعمال أسلحة فتاكة مدمرة للإنسان والبيئة، من ذلك: معاهدة فرساي عام ١٩١٩م، وبرتوكول جنيف عام ١٩٢٥م بشأن حظر استعمال الغازات الخائفة والسامة في الحرب، واتفاقية حظر استحداث وإنتاج الأسلحة البكتريولوجية عام ١٩٧٢م، وأخيراً اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية عام ١٩٩٣م، حيث جاء فيها حظر كافة الأسلحة المدمرة للإنسان والبيئة^(٣)، فإذا استعملت الأسلحة المحظورة دولياً في النزاعات المسلحة الداخلية فقد أصبحت هذه النزاعات تخالف قواعد وأحكام الاتفاقيات الدولية الواردة بهذا الشأن.

٤. لقد جاءت اتفاقيات دولية كثيرة تنظم العمليات الحربية والعسكرية، وتنظم عملية النزاعات المسلحة الحربية، من ذلك: اتفاقية لاهاي الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب عام ١٩٠٧م، واتفاقية جنيف

(١) موسوعة القانون الدولي، عيسى دباح، ١٣٥/٢.

(٢) انظر: المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، أيمن سلامة، ٣٨٥.

(٣) انظر: موسوعة القانون الدولي للحرب، وائل بندق، ١٩١.

لحماية الجرحى والمرضى والمدنيين العزل في حالة الحرب لعام ١٩٤٩ م،
واتفاقية معاملة أسرى الحرب لعام ١٩٢٩ م، واتفاقية حماية الملكية
الثقافية في حالة الحروب لعام ١٩٥٤ م، هذا بالإضافة إلى الاتفاقيات
التي تحظر استعمال أسلحة الدمار الشامل، والتي تدمر الحياة الإنسانية
والبيئة^(١).

فالنزاعات المسلحة الداخلية إذا حصل فيها انتهاكات للحياة المدنيين
العزل، وحصل فيها اعتداء على الجرحى والمرضى، واستهداف
للمصحات والمستشفيات الصحية، والاعتداء على الآثار ودور
العبادة؛ فهي نزاعات مخالفة لأحكام الاتفاقيات الدولية.

٥. لقد جاءت هناك مجموعة من المبادئ الدولية العسكرية التي تؤكد على
ضرورة حماية المدنيين العزل، وعلى حماية المرضى والجرحى والأسرى
وحماية الأشخاص والهيئات الدبلوماسية مثل السفراء ووزراء
الخارجية والسفارات والبعثات الدولية، وهذه المبادئ تعتبر قواعد
وأعراف دولية في النزاعات الحربية، يجب في حالة النزاعات المسلحة
احترام تلك المبادئ وعدم انتهاكها؛ فالنزاعات المسلحة الداخلية إذا
وقعت في مخالفة هذه المبادئ والأعراف الدولية الحربية فأنها تكون
نزاعات مخالفة للأعراف والمبادئ الدولية^(٢).

(١) انظر: موسوعة القانون الدولي للحرب، وائل بندق، ١٩٣.

(٢) انظر: أسلحة الدمار الشامل، يوسف جل الليل، ١٩٧.

المبحث الرابع موقف الفقه الإسلامي من النزاعات المسلحة الداخلية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي قبل وقوع النزاعات المسلحة الداخلية:

لقد حرمت الشريعة الإسلامية الابتداء بالنزاعات المسلحة وإثارتها، ويتجلى ذلك في المظاهر التالية:

١. أن الشريعة الإسلامية دعت إلى الحفاظ على الأمن، فهو المقصد الأول والهدف الأسمى لتشريع الضروريات الخمس الكبرى، وهي حفظ الدين والنفس والعرض والمال والعقل؛ يقول تعالى: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَنًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا أَلْفَوْاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطْنٌ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَٰلِكُمْ وَصَّيْتُكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿١٥١﴾ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْكَيْلِ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَفِّرُ نَفْسًا إِلَّا بِسَعْيِهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَٰلِكُمْ وَصَّيْتُكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿١٥٢﴾﴾^(١) فالهدف العظيم من تشريع الضروريات الخمس هو المحافظة على الأمن^(٢)، وبالتالي فإن النزاعات المسلحة الداخلية تزعزع أمن الوطن والأمة والجماعة، وتثير الفتن وتحدث الفوضى، فالشريعة الإسلامية حرمت هذه النزاعات لأنها تهدم أمن الدولة الإسلامية، وتحالف مقاصد الشريعة الإسلامية وتخل بها.

(١) سورة الأنعام: الآيتان (١٥١-١٥٢).

(٢) المختصر الوجيز في مقاصد التشريع، عوض القرني، ٣٨.

٢. أن النزاعات المسلحة الداخلية فيها خروج على ولاة الأمر، وشق لعصا الطاعة، وفيها خلع لبيعة الإمام، وقد جاءت أدلة كثيرة في الشريعة الإسلامية تدل على وجوب بذل السمع والطاعة لولاة الأمر، وحرمة الخروج عليهم أو رفع السلاح عليهم؛ ففي القرآن الكريم يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١)، يقول الشيخ عبد الرحمن بن سعدي رَحِمَهُ اللَّهُ: «أمر الله بطاعته وطاعة رسوله، وذلك بامثال أمرهما، ثم أمر بطاعة أولي الأمر، وهم الولاة على الناس من الأمراء والحكام والمفتين، فإنه لا يستقيم للناس أمر دينهم ودنياهم إلا بطاعتهم والانقياد لهم»^(٢).

ومن السنة النبوية يقول الصحابي الجليل العرابض بن سارية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَعَظَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَوْعِظَةً بَلِيغَةً، وَجَلَّتْ مِنْهَا الْقُلُوبُ، وَذَرَفَتْ مِنْهَا الْعُيُونُ؛ فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ كَأَنَّهُا مَوْعِظَةٌ مُودَّعٌ فَأَوْصِنَا؛ قَالَ: ((أَوْصِيكُمْ بِتَقْوَى اللَّهِ، وَالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ وَإِنْ تَأَمَّرَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ))»^(٣).

وفي الحديث الآخر عن عبادة بن الصامت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «بايعنا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على السمع والطاعة، في منشطنا ومكرهنا، وعسرنا ويسرنا، وأثرة علينا، وأن لا ننازع الأمر أهله»^(٤). يقول الشيخ عبد العزيز بن باز رَحِمَهُ اللَّهُ: «فهذا يدل على أنه لا يجوز منازعة ولاة الأمور ولا الخروج عليهم، وما ذاك إلا لأن الخروج

(١) سورة النساء: الآية (٥٩).

(٢) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن سعدي، ١/ ١٣٤.

(٣) سنن الترمذي، أبواب العلم، باب ما جاء في الأخذ بالسنة، حديث رقم ٢٦٧٦، ص ٨٠٢.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، حديث رقم ٣٤٣٢، ص ٤١٢.

على ولاية الأمر يسبب فساداً كبيراً وشر عظيماً، فيختل الأمن وتضيع الحقوق، بل الواجب الصبر والسمع والطاعة في المعروف ومناصحة ولاية الأمور والدعوة لهم بالخير»^(١)، فإذا تمت البيعة للإمام فلا يجوز لأحد كائناً من كان الخروج على ولي الأمر وخلع البيعة، ويحرم رفع السلاح على ولي الأمر والخروج عليه مهما كانت الأسباب والمبررات، بأي وسيلة كانت، يقول الإمام الطحاوي رَحِمَهُ اللهُ في عقيدته المشهورة بالعقيدة الطحاوية: (ولا نرى الخروج على أئمتنا وولاية أمرنا وإن جاروا، ولا ندعو عليهم، ولا ننزع يداً من طاعتهم)^(٢)، وبهذا يتبين أن النزاعات المسلحة الداخلية محرمة ولا تجوز؛ لأن فيها مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية التي توجب بذل السمع والطاعة لولاية الأمر، ولأن فيها خروجاً على ولاية الأمر.

٣. أن النزاعات المسلحة الداخلية مآلاتها خطيرة، وعواقبها وخيمة، وآثارها سيئة على الأفراد والمجتمعات؛ فهي تفسد ولا تصلح، وتهدم ولا تبني، فهي تجلب أثراً سيئاً على الأمة الإسلامية من جميع جوانب ومجالات الحياة، وتعطل المصالح والمعاش، وتختل فيها الموازين وتضيع بسببها الحقوق. ومن القواعد الفقهية المقررة في الشريعة الإسلامية: قاعدة سد الذرائع، وقاعدة درء المفسد، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة الضرر لا يزال بضرر أقوى منه^(٣)، وغيرها من القواعد الفقهية التي تدل على فساد هذه النزاعات المسلحة، والتأكيد على حرمتها والتحذير منها.

(١) فتاوى الأئمة في النوازل المدلّمة، محمد القحطاني، ١١٠.

(٢) شرح العقيدة الطحاوية، علي بن علي الحنفي، ٥٤٠/٢.

(٣) انظر: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية، محمد البورنوي، ٢٠٨.

نستنتج مما سبق ما يلي:

١. أن الفقه الإسلامي يدعو إلى الحفاظ على الأمن ووحدة الأمة الإسلامية، والتزام بذل السمع والطاعة لولاة الأمر، وحرمة الخروج عليهم، وأن النزاعات المسلحة الداخلية فيها إخلال بالأمن ومخالفة لولاة الأمر، وبالتالي فهي محرمة ولا يجوز ابتداؤها أو المشاركة فيها أو الدعوة إليها أو التحريض عليها.
٢. أن الفقه الإسلامي يدعو المسلمين إلى الوحدة والتماسك والاعتصام بالكتاب والسنة، والالتفاف حول العلماء الربانيين، والالتفاف حول ولاة الأمر والأمراء وحكام المسلمين؛ وذلك لأن في السمع والطاعة لهم مصالح عظيمة، وفي النزاعات والخروج عليهم مفسدات كبيرة، والشرعية الإسلامية جاءت لتحقيق المصالح ودفع المفسدات.
٣. أن الفقه الإسلامي في تحريمه للنزاعات المسلحة الداخلية وتجريمه لها قد سبق بذلك القوانين الدولية والوطنية والوضعية التي لم تجرم هذه النزاعات إلا متأخراً، فإن الشريعة الإسلامية لها فضل السبق في تحريمها وتجريمها للنزاعات المسلحة الداخلية، حيث سبقت تلك القوانين بأربعة عشر قرناً من الزمان، فهذا يدل على شمولية هذا الدين الإسلامي العظيم، وأنه شامل لجميع جوانب الحياة، وأنه عالج المشكلات والأزمات التي تمر بها الإنسانية قبل أربعة عشر قرناً من الزمان قبل ظهور القوانين الوضعية.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي أثناء وبعد وقوع النزاعات المسلحة الداخلية:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي أثناء وقوع النزاعات المسلحة الداخلية:

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بتقديم العلاج والحلول أثناء وقوع النزاعات المسلحة الداخلية وحدوثها، تمثل ذلك في المظاهر التالية:

١. أوجبت الشريعة الإسلامية على إمام المسلمين وولي الأمر معالجة النزاعات المسلحة الداخلية وجعلت ذلك واجباً من واجباته، يقول الماوردي رَحِمَهُ اللهُ: «والذي يلزم الإمام أمور: أحدها: حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة، فإن نجم مبتدع أو زاغ ذو شبهة عنه أوضح له الحجة، وبين له الجواب، وأخذه بما يلزمه من الحقوق والحدود. والثاني: تنفيذ الأحكام. والثالث: حماية البيضة والذب عن الحريم. والرابع: إقامة الحدود لتصان محارم الله تعالى عن الانتهاك، وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك. والخامس: تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة. والسادس: جهاد من عاند الإسلام بعد الدعوة حتى يسلم أو يدخل في الذمة»^(١)، فواجب على ولي الأمر مكافحة المجرمين وتعقبهم ومعاقبتهم، وواجب عليه التحرك لمعالجة النزاعات المسلحة الداخلية، فهذه أمور من واجبات الإمام وبالتالي فلا يجوز لأحد من الناس الافتيات عليه، والتدخل في أعماله، فمن فعل ذلك عوقب وأُدِّب وعُزِّر لافتياته على الإمام^(٢).

٢. أوجبت الشريعة الإسلامية على الإمام ونائبه أثناء وقوع النزاعات المسلحة الداخلية معالجة هذه النزاعات بالطرق والحلول السلمية قبل

(١) الأحكام السلطانية، الماوردي، الباب الأول، عقد الإمامة، ١٨.

(٢) حاشية الروض المربع، ابن قاسم، كتاب الحدود، ٧/ ٣٠٠.

رفع السلاح والقتال؛ لأنه قد يكون لدى المتنازعين شبهات يمكن حلها ومعالجتها بدون رفع سلاح فتحل مثلاً بالمراسلة والمناظرة والتفاهم والمحاورة والسعي بالصلح وحل النزاع بالطرق السلمية، فعلى سبيل المثال ذكر الفقهاء في باب الردة أن المرتدين عن الإسلام يدعواهم الإمام للدخول والعودة إلى الإسلام، ويراسلهم ويزيل الشبهات التي لديهم ويستتيبهم ثلاثة أيام، فإن عادوا للإسلام كف عنهم وإن أصروا قاتلهم^(١)، وفي باب البغاة ذكر الفقهاء أنه يجب على الإمام مراسلة هؤلاء البغاة ابتداءً قبل رفع السلاح عليهم، ويسألهم عن شبهاتهم، فإن فاءوا وعادوا كف عنهم وتركهم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا﴾^(٢)، والإصلاح إنما يكون بالمراسلة والمحاورة والمناظرة وحل النزاع بالصلح بين المتنازعين وقد جاء في الأثر أن علياً رضي الله عنه أرسل ابن عباس رضي الله عنهما إلى طائفة الخوارج الذين خرجوا عليه، فبعثه إليهم لينظرهم ويسألهم عن سبب خروجهم ويبين لهم الحق، فإن أصروا وأبوا إلا القتال قاتلهم^(٣).

٣. دعت الشريعة الإسلامية الأفراد غير المشاركين في النزاعات المسلحة الداخلية إلى الابتعاد عن مواطن النزاع والفتنة وعدم المشاركة والخوض

(١) انظر: حاشية رد المحتار، ابن عادين، باب المرتد، ٢٦٨/٦، مواهب الجليل، الخطاب، باب الردة، ٨/٣٧٠، مغني المحتاج، الشربيني، كتاب الردة، ٥/٤٢٧، حاشية الروض المربع، ابن قاسم، باب حكم المرتد، ٧/٣٣٩.

(٢) سورة الحجرات: الآية (٩).

(٣) انظر: حاشية رد المحتار، ابن عادين، باب البغاة، ٦/٣١٤، مواهب الجليل، الخطاب، باب البغاة، ٨/٣٦٥، مغني المحتاج، الشربيني، كتاب البغاة، ٥/٤٠٠، حاشية الروض المربع، ابن قاسم، باب قتال أهل البغي، ٧/٣٩٠.

فيها، إلا إذا دعاهم الإمام وطلب منهم المعونة فوجب معونته، وإذا لم يدعهم الإمام معه فالأصل هو الابتعاد عن مواطن النزاع والفتن، وحفظ اللسان والجوارح من الخوض في الفتنة، وقد جاءت نصوص كثيرة من الكتاب والسنة تدعو إلى الابتعاد عن مواطن النزاعات والفتن، فمن القرآن الكريم يقول الله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً﴾^(١)، قال ابن كثير رَحِمَهُ اللَّهُ: «الصحيح أن هذا التحذير يعم الصحابة وغيرهم وإن كان الخطاب معهم، ويدل على ذلك الأحاديث الواردة في التحذير من الفتن»^(٢).

ومن السنة جاءت أحاديث كثيرة تدل على أن الابتعاد عن مواطن النزاعات والفتن أسلم للإنسان حتى يأمن على نفسه من الاقتراب والدخول فيها، فعن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((يُوشِكُ أَنْ يَكُونَ خَيْرَ مَالِ الْمُسْلِمِ غَنَمٌ يَتَّبِعُ بِهَا شَعَفَ الْجِبَالِ وَمَوَاقِعَ الْقَطْرِ؛ يَفِرُّ بِدِينِهِ مِنَ الْفِتَنِ))^(٣).

وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((سَتَكُونُ فِتْنٌ، الْقَاعِدُ فِيهَا خَيْرٌ مِنَ الْقَائِمِ، وَالْقَائِمُ فِيهَا خَيْرٌ مِنَ الْمَاشِي، وَالْمَاشِي فِيهَا خَيْرٌ مِنَ السَّاعِي، مَنْ تَشَرَّفَ لَهَا تَشَتَّرَفَ، وَمَنْ وَجَدَ مِنْهَا مَلْجَأً، أَوْ مَعَاذًا، فَلْيَعُذْ بِهِ))^(٤)، قال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ معلقاً على هذه الأحاديث: «فيها دليل لمن قال بتفضيل العزلة في زمن الفتن والحروب»^(٥).

(١) سورة الأنفال: الآية (٢٥).

(٢) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ٣٨/٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفتن، باب التعرب في الفتن، حديث رقم ٧٠٨٨، ص ٩٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفتن، باب تكون فتنة القاعد فيها خير من القائم، حديث رقم ٧٠٨١، ص ٩٢.

(٥) شرح صحيح مسلم، النووي، كتاب الإمارة، باب فضل الجهاد والرباط، ٣٧/٧.

وقد ثبت في السير والتراجم أن جمعاً من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ آثروا الابتعاد عن مواطن الفتن والدخول في النزاعات المسلحة التي كانت في زمن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول الجويني إمام الحرمين: «وقد صار طوائف من جَلَّةِ أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى التخلف عن القتال في زمن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وإيثار السكون والركون إلى السلامة والتباعد عن مواطن الفتن وملتطم الغوائل، منهم سعد بن أبي وقاص وسعيد بن زيد بن عمرو وكانا من العشرة المبشرين بالجنة، ومن تخلف أبو موسى الأشعري وعبد الله بن عمرو وأسامة بن زيد وأبو أيوب الأنصاري ومحمد بن مسلمة وأبو بكر وعمران بن حصين، وتبع هؤلاء أمم من الصحابة وغيرهم، ولم يشتد نكير عليٍّ عليهم»^(١).

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي بعد وقوع النزاعات المسلحة الداخلية:

لقد عاجلت الشريعة الإسلامية النزاعات المسلحة بعد حدوثها وحصولها يتجلى ذلك في المظاهر التالية:

١. أوجبت الشريعة الإسلامية على إمام المسلمين وولي الأمر القيام بتطبيق العقوبات والحدود على الأشخاص الذين شاركوا في عمليات النزاعات المسلحة الداخلية، فهذا واجب من واجبات الإمام وحق من حقوقه يقول الإمام ابن جماعة رَحِمَهُ اللَّهُ: «وأما حقوق الرعية العشرة على السلطان [ثم ذكر منها] الحق السادس: إقامة الحدود الشرعية على الشروط المرعية صيانة لمحارم الله عن التجري عليها ولحقوق العباد عن التخطي إليها»^(٢).

(١) غياث الأمم، عبد الملك الجويني، ١١٠.

(٢) تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، ابن جماعة، ٢٧٧.

٢. جعلت الشريعة الإسلامية لكل عملية من عمليات النزاعات المسلحة الداخلية عقوبة تناسبها وتلائمها وتتوافق مع الجريمة المرتكبة وأفعالها، ويتجلى ذلك في العقوبات التالية:

أ. العقوبة الأولى:

في باب حد الردة ذكر الفقهاء أن الإمام يستتبع هؤلاء المرتدين ويدعوهم للرجوع إلى الإسلام، فإن دخلوا في الإسلام كف عنهم، أما إذا رفضوا الإسلام وأصرروا على ردتهم عاقبهم ونفذ عليهم حكم الله فيهم وهو القتل تطبيقاً لحد الردة، وقد جاءت الأدلة الشرعية على وجوب قتل المرتد، فعن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((بَدَلُ دِينِهِ فَاقتُلُوهُ))^(١)، وأيضاً لما ثبت في الأثر عن الخليفة الراشد أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قاتل المرتدين حينما ارتدوا عن الإسلام وجحدوا الزكاة ورفضوا أداءها وقال مقولته المشهورة: «والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة؛ فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عناقاً كانوا يؤدونها إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لقاتلتهم على منعها»^(٢)، فإذا توافرت شروط حد الردة وانتفت الموانع وبعد استتابة المرتدين وجب على الإمام معاقبة هؤلاء المرتدين وقتلهم تطبيقاً لحد الردة وهذا بإجماع الفقهاء^(٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب استتابة المرتدين وقتالهم، باب حكم المرتد، حديث رقم ٦٩٢٢، ص ١١٩٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، باب قتل من أبى قبول الفرائض، حديث رقم ٦٩٢٤، ص ١١٩٣.

(٣) انظر: حاشية رد المحتار، ابن عادين، باب المرتد، ٦/ ٢٦٨، بداية المجتهد، ابن رشد، باب في حكم المرتد، ٤/ ٤٢٦، مغني المحتاج، الشربيني، كتاب الردة، ٥/ ٤٢٧، حاشية الروض المربع، ابن قاسم، باب حكم المرتد، ٧/ ٣٩٩.

ب. العقوبة الثانية:

وهذه العقوبة تكون للمحاربين، وقد ذكر الفقهاء أن المحاربين يطبق عليهم الإمام عقوبة حد الحراة الواردة في الشريعة الإسلامية يقول الله جل وعلا: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(١)، فقد دلت الآية الكريمة على وجوب معاقبة المحاربين حفظاً لحق الله تعالى، وقد أجمع الفقهاء على ذلك، ولكن وقع خلاف الفقهاء في مسألة العقوبات الواردة في الآية الكريمة: هل هي راجعة إلى اجتهاد الإمام ونظره على حسب كل جريمة وعظمها ويخير الإمام بمعاقبة كل محارب بما يناسبه؟ أم أن هذه العقوبات مرتبة فمن قتل من المحاربين يجب معاقبته بالقتل ومن أخذ المال قطع من خلاف.. وهكذا؟ يقول الإمام ابن رشد رَحِمَهُ اللَّهُ: «أما ما يجب على المحارب فقد اتفقوا على أنه يجب عليه حق الله وحق الآدميين، واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدي وقطع الأرجل من خلاف والنفي على ما نص الله تعالى في آية الحراة، واختلفوا في هذه العقوبات: هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب؟ وسبب الخلاف راجع إلى حرف (أو) الوارد في الآية فهل هو على التخيير أو للتفصيل على حسب جنايتهم^(٢)، فذهب المالكية إلى أن الإمام يخير في معاقبة المحارب وهذا راجع إلى اجتهاد الإمام^(٣)،

(١) سورة المائدة الآية (٣٣).

(٢) بداية المجتهد، ابن رشد، كتاب الحراة، ٤/٤١٩.

(٣) المرجع السابق.

ومذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة بأن هذه العقوبات جاءت مرتبة على حسب الجناية، فإذا قام المحارب بالقتل وأخذ المال عوقب بالقتل والصلب، ومن قتل ولم يأخذ المال قتل فقط، وإن قام المحارب بأخذ المال فقط عوقب بقطع يده ورجله من خلاف، وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا ولم يقتلوا نفساً نفوا من الأرض^(١)، وهذه المسألة مما وقع فيه الخلاف بين الفقهاء وليس هذا مقام لبسط الخلاف ولكن أحببت الإشارة إليه.

ت. العقوبة الثالثة:

وهذه العقوبة تكون للبغاة، فهؤلاء يبدأ الإمام معهم بحل النزاع بالطرق السلمية والودية، ويراسلهم ويحاورهم وينظرهم، فإن فاءوا وعادوا لبيعة الإمام كف عنهم وتركهم، أما إذا رفضوا الطاعة فقد ذكر الفقهاء أن على الإمام أن يقاتل هؤلاء البغاة^(٢)، وقد جاءت النصوص الشرعية على وجوب قتالهم يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَفَقِّتْلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ﴾^(٣)، قال ابن قدامة رحمه الله: «هذه الآية أصل في هذا الباب، وفيها فوائد، أحدها: أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الإيمان؛ فإنه سماهم مؤمنين. الثانية: أنه أوجب قتالهم»، إلى أن قال: «وجملة الأمر أن من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت

(١) انظر: حاشية رد المحتار، ابن عادين، باب قطع الطريق، ١٣٩/٦، مغني المحتاج، الشربيني، باب قاطع الطريق، ٤٩٧/٥، كشاف القناع، البهوتي، باب حد المحاربين، ٣٠٥٤/٥.

(٢) انظر: حاشية رد المحتار، ابن عادين، باب البغاة، ٣١٤/٦، المواهب الجليل، الخطاب، باب البغاة، ٣٦٨/٨، مغني المحتاج، الشربيني، كتاب البغاة، ٤٠٠/٥، حاشية الروض المربع، ابن قاسم، باب قتال أهل البغي، ٣٩٠/٧.

(٣) سورة الحجرات: الآية (٩).

إمامته ... فمن خرج على من ثبتت إمامته بأحد هذه الوجوه باغياً وجب قتاله»^(١). وقد أجمع الفقهاء على وجوب معاقبة البغاة وقتالهم، يقول الوزير ابن هبيرة رَحِمَهُ اللهُ: «واتفقوا على أنه إذا خرج على إمام المسلمين طائفة ذات شوكة بتأويل مشتبهِ فإنه يباح قتالهم حتى يفيئوا إلى أمر الله، فإن فاءوا كف عنهم ذلك»^(٢).

ويظهر من خلال العرض السابق أن الشريعة الإسلامية قد وضعت الحلول والتدابير للنزاعات المسلحة الداخلية قبل وقوعها وأثناء حدوثها وبعد حصولها، وكل مرحلة لها أحكام.

(١) المغني، ابن قدامة، كتاب قتال أهل البغي، ١٢/ ٢٤٣.

(٢) الإفصاح عن معاني الصحاح، الوزير ابن هبيرة، باب قتال أهل البغي، ٢/ ٢٣١.

الفصل الثاني واجبات الدولة والتزاماتها في حالة النزاعات المسلحة الداخلية وآثارها

وفيه مباحث:

المبحث الأول واجبات الدولة والتزاماتها في حالة النزاعات المسلحة الداخلية

تتجلى واجبات الدولة تجاه النزاعات المسلحة الداخلية في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: واجبات الدولة في حالة النزاعات المسلحة الداخلية في القوانين الوطنية:

لقد أدركت الدول أن النزاعات المسلحة الداخلية تعود عليها وعلى مجتمعاتها وشعوبها بالفوضى والفتن والويل والدمار، ولذلك وضعت الدول تدابير وحلولاً للحد من هذه الظاهرة. يتمثل ذلك بالآتي:

١. قامت الدول بإصدار قوانين وطنية وأنظمة داخلية تجرم النزاعات المسلحة الداخلية بشتى صورها وأشكالها، وتجرم ارتكابها أو حتى الدعوة والتحريض عليها أو تمويلها، وقامت بإصدار عقوبات صارمة لمن يقع بها أو يتسبب أو يدعو ويحرض لها أو يمولها، فعلى سبيل المثال المملكة العربية السعودية أصدرت مجموعة من الأنظمة الداخلية التي تجرم وتعاقب على ارتكاب النزاعات المسلحة الداخلية، من ذلك: نظام قوات الأمن الداخلي، ونظام الأسلحة والذخائر، ونظام الإجراءات الجزائية، ونظام مكافحة جرائم الإرهاب، حيث تعتبر هذه الأنظمة أن القيام بالنزاعات المسلحة الداخلية جريمة، ويعاقب عليها القانون

والنظام؛ وذلك لما فيها من الخروج على ولاية الأمر وإحداث الفوضى والفتنة في صفوف المجتمع، والإخلال بالأمن الوطني والقومي للدولة، وتعاقب على هذه الجريمة بحد الحراة المذكور في الفقه الإسلامي، هذا بالإضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في الأنظمة.

والمثال الثاني في دولة الكويت: فقد نص قانون الجزاء الكويتي رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠م على تجريم كل الأفعال المؤدية لزعزعة أمن الدولة، ومن ضمن ذلك حمل الأسلحة في حالة النزاعات والتجمهرات، جاء في المادة رقم ٣٤: «كل من اشترك في تجمهر في مكان عام مؤلف من خمسة أشخاص على الأقل الغرض منه ارتكاب جرائم أو الإخلال بالأمن العام وبقي متجهراً بعد صدور أمر رجال السلطة العامة بالانصراف يعاقب بالحبس لا تجاوز سنة وبغرامة مالية»^(١)، كما جاءت المادة رقم ٣١ بتجريم ومعاقبة كل من حمل السلاح لتحقيق أغراض غير مشروعة أو الإخلال بالأمن العام للدولة.

المثال الثالث: من الدول التي أصدرت قوانين وطنية لتجريم ومعاقبة مرتكب النزاعات المسلحة الداخلية جمهورية مصر العربية، فقد نص قانون العقوبات المصري الصادر برقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م في المادة رقم (٨٦) على جملة من الجرائم التي تخل بأمن الدولة الداخلي، حيث جاء فيها: «يقصد بالإرهاب كل من استخدم العنف أو التهريب أو الترويح تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو اجتماعي يهدف إلى الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالاتصالات أو المواصلات أو الأحوال أو المباني والأماكن الخاصة والعامة، أو عرقلة ممارسة السلطات العامة. وتكون العقوبة على الجريمة المنصوص عليها الإعدام أو السجن المؤبد»^(٢).

(١) قانون الجزاء الكويتي رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠م.

(٢) قانون العقوبات المصري، الصادر برقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م.

والأمثلة على ذلك أكثر من أن تحصى وتعد، فكافة الدول قد جرمت النزاعات المسلحة الداخلية في قوانينها الوطنية.

٢. من التدابير التي اتخذتها الدولة للحد من النزاعات المسلحة الداخلية معالجة هذه النزاعات بكافة الوسائل والطرق وتتم هذه المعالجة بمرحلتين:

المرحلة الأولى: معالجة النزاعات المسلحة الداخلية بالطرق السلمية والتفاوض والحوار والقيام بالإصلاحات الوطنية وتلبية المطالب واللجوء إلى الصلح والمصالحة الوطنية.

المرحلة الثانية: في حالة عدم تجاوب المسلحين للصلح والحوار فهنا تقوم الدولة بمعالجة النزاعات المسلحة بالمقاومة والمواجهة واستخدام الأسلحة غير المحظورة دولياً^(١).

٣. من التدابير التي تتخذها الدولة للحد من النزاعات المسلحة الداخلية: معاقبة الجناة الذين قاموا بهذه النزاعات المسلحة، وإحالتهم إلى القضاء لينالوا جزاءهم جراء هذه الأفعال الآثمة، كل ذلك يتم مع حفظ ضمانات المتهمين الجنائية والعدلية.

٤. ومن التدابير التي تتخذها الدولة للحد من النزاعات المسلحة الداخلية ووقاية المجتمعات والشعوب من هذه النزاعات: نشر الوعي عبر وسائل الإعلام والإنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي، وبيان الآثار السيئة والعواقب الوخيمة التي تنتج من النزاعات المسلحة الداخلية، وتحذير الأفراد والمجتمعات منها ومن أثارها وعواقبها حفظاً لأمن المجتمع.

(١) انظر: جرائم قتل الثوار، أمير يوسف، ١٤٧.

المطلب الثاني: التزامات الدولة في حالة النزاعات المسلحة الداخلية في القانون الدولي:

في حالة وقوع النزاعات المسلحة الداخلية فإن قواعد القانون الدولي تفرض على الدولة التزامات أمام الدول وأمام المجتمع الدولي، جاءت على النحو الآتي:

١. تلتزم الدولة في حالة النزاعات المسلحة الداخلية بالقيام بالمواثيق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تدعو إلى حفظ السلم والأمن الدوليين، وأعظمها ميثاق الأمم المتحدة الصادر عام ١٩٤٥م.
٢. تلتزم الدولة في حالة النزاعات المسلحة الداخلية بالمعاهدات والاتفاقيات التي تؤكد على حظر استعمال الأسلحة المحظورة دولياً، وعلى احترام الأعراف والمبادئ العسكرية الحربية، مثل اتفاقية جنيف عام ١٩٢٥م الخاصة بحظر حيازة استعمال الغازات الخانقة والسامة، ومثل اتفاقية حظر استحداث وإنتاج واستعمال الأسلحة الكيميائية عام ١٩٩٣م^(١).
٣. تلتزم الدولة في حالة النزاعات المسلحة الداخلية بحماية الشخصيات الدبلوماسية، كالسفراء ووزراء الدول، وحماية البعثات والقنصليات الدبلوماسية؛ وذلك بموجب اتفاقية فيينا عام ١٩٦٢م، وحماية الهيئات والمنظمات الدولية مثل منظمة الصليب الأحمر الإغاثية الدولية، والتي تقدم المساعدات الإغاثية للمدنيين، وذلك بموجب اتفاقية جنيف عام ١٩٤٩م^(٢).
٤. تلتزم الدولة بالمسؤولية الدولية وآثارها المترتبة عليها في حالة النزاعات المسلحة الداخلية وفي حالة وقوع ضرر على الدول، وتترتب على ذلك الآثار من التعويض سواء كان التعويض عينياً أو مالياً، وهنا الخطأ الذي سبب هذه الأضرار على الدول، لا يخلو من صورتين على ما يلي:

(١) انظر: موسوعة القانون الدولي للحرب، وائل بندق، ٢٤٢.

(٢) انظر: الموقع الإلكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر www.icrc.org.

الصورة الأولى:

أن تنشأ النزاعات المسلحة بين الأفراد ولم تكن الدولة طرفاً فيها ويصدر الخطأ الواقع على الدول من الأفراد ويلحق أضراراً بالدول الأخرى، فالقاعدة الأساس أن الدولة لا تسأل عن التصرفات التي تصدر من الأفراد العاديين إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا ثبت أن الدولة لم تقم ببذل العناية اللازمة لمنع مثل هذه الأفعال الضارة.

الحالة الثانية: إذا لم تقم الدولة بعقاب من صدر منه فعل غير المشروع، فعلى الدولة أن تبذل القدر من العناية للقبض على مرتكبي الخطأ ومحاکمتهم، وفي حالة عدم قيامها بذلك تقوم المسؤولية الدولية على الدولة، وتسأل عن الأضرار التي لحقت بالدول الأخرى^(١).

الصورة الثانية:

أن تكون الدولة طرفاً في النزاعات المسلحة، كما لو نشأت نزاعات مسلحة بين الدولة وبين الثوار والخارجين عن القانون، وهنا لا تسأل الدولة نتيجة لأعمال القتال والنزاعات المسلحة الداخلية التي تدور بينها وبين الثوار، وذلك بناءً على فكرة القوة القاهرة، ولأن الدولة لم تكن تمارس السيطرة الفعلية على الموقف. ولكن تقوم المسؤولية الدولية على الدولة في هذه الصورة في حالتين: الحالة الأولى: إذا لم تبذل الدولة العناية اللازمة، وتقاوست في اتخاذ التدابير الكافية.

الحالة الثانية: في حالة نجاح الثورة وتسلم الثوار مقاليد الحكم والسلطة فإن الدولة تكون مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالدول الأخرى، ويكون لمسؤوليتهم أثر رجعي أي انهم يسألون عن أعمالهم منذ قيام النزاعات المسلحة^(٢).

(١) انظر: مبادئ القانون الدولي العام، جعفر عبد السلام، ٢٤٩.

(٢) انظر: المسؤولية الدولية، محمد حافظ غانم، ١١٢، انظر: الوسيط في القانون الدولي، سهيل الفتلاوي، ١٩٦.

المبحث الثاني آثار النزاعات المسلحة الداخلية على الدولة

وفيه مطلبان:

لقد نتج عن هذه النزاعات المسلحة الداخلية آثار على الدولة على المستويين المحلي والوطني. وعلى المستوى الدولي جاءت على النحو التالي:

المطلب الأول: آثار النزاعات المسلحة الداخلية على الدولة على المستوى المحلي والوطني:

لقد كان لهذه النزاعات المسلحة آثار وخيمة على الدولة وعواقب خطيرة، جاءت هذه الآثار متنوعة على كافة مجالات الدولة على النحو الآتي:

آثار اقتصادية:

فقد أثرت النزاعات المسلحة الداخلية على اقتصاد الدولة، حيث انخفضت مؤشرات النمو الاقتصادي وقلت الصادرات والواردات، وضعف جانب التبادل التجاري على مستوى الأفراد والدول، فأصبح اقتصاد الدولة مشلولاً من جانبيين، الجانب الأول: هروب الاستثمارات التجارية الداخلية من الدولة، والجانب الثاني: إحجام الاستثمارات الخارجية من الدخول في الدولة^(١).

آثار سياسية:

حيث أثرت هذه النزاعات الداخلية بإضعاف الحكومة وبمحاولة إسقاطها، والإخلال بسلطات الدولة وإضعاف أداء أجهزة الدولة ومؤسساتها، فهذه النزاعات تسببت في انهيار الدولة وتقويض مؤسساتها السياسية والمدنية، وانهيار أجهزتها بما لا يسمح لها بأداء وظائفها المختلفة أو بما يضعف من أدائها^(٢).

(١) انظر مقالاً بعنوان: آثار الحروب والنزاعات الأهلية، حسن العطار، جريدة إيلاف، بعدد: ٦٦٨٩، ٢٠ يناير ٢٠١٨ م.

(٢) المرجع السابق.

آثار عسكرية:

لقد تسببت النزاعات المسلحة الداخلية في استنفار كافة القطاعات الأمنية والعسكرية للدفاع وحماية الدولة من الانهيار، وهذا كان له الأثر البالغ في حصول عدد من القتلى وإصابة عدد من الجرحى، ونتج عنها خسائر بشرية ومادية أثرت على القطاع العسكري للدولة^(١).

آثار أمنية:

فقد أدت النزاعات المسلحة الداخلية إلى ضعف الأمن الوطني والقومي للدولة، وتسببت في نشر الفتن والشائعات وزعزعة الأمن العام للدولة، وإحداث الفوضى وتفريق الوحدة والجماعة، وتسببت في إضعاف الأجهزة الأمنية مما كان له الأثر البالغ في ارتفاع مؤشرات الجرائم، كل ذلك كان بسبب هذه النزاعات والصراعات^(٢).

آثار إنسانية واجتماعية:

لقد أدت هذه النزاعات المسلحة الداخلية إلى إزهاق أعداد كثيرة من الأبرياء، وقتل المدنيين العزل من الأطفال والنساء، وأدت إلى انتشار الأمراض الوبائية؛ مما حمل كثيراً من الناس على الهجرة من هذه الدولة إلى دول أخرى، أو على النزوح إلى دول الجوار، فكانت هذه النزاعات سبباً عظيماً في نقص النمو وقلّة عدد السكان للدولة، وأصبحت تهدد حياة الإنسان بالخطر، كما أثرت هذه النزاعات على الحياة الاجتماعية للناس بالدولة، حيث تسببت في قطع العلاقات والصلات الاجتماعية، وأصبح تنقل السكان من مكان إلى آخر في زمن الصراعات أمراً تحفه المخاطر والعقبات^(٣).

(١) انظر: أسلحة الدمار الشامل، يوسف جمل الليل، ٦٣٥.

(٢) انظر: الحرب الأهلية أسبابها ونتائجها، محمد حامد، ٤٢.

(٣) انظر: جرائم الحرب، خالد البزايعة، ١٦٣.

آثار تعويضية:

إذا وقعت النزاعات المسلحة بين الأفراد دون تدخل الدولة فهنا تقوم المسؤولية على الأفراد وللمتضرر المطالبة بالتعويض، أما في حالة تدخل الدولة في هذه النزاعات: فهل تقوم المسؤولية على الدولة وتسأل عن أفعالها أثناء النزاعات المسلحة الداخلية والتي نتج عنها ضرر على الأفراد؟ ففي هذا وقع خلاف بين فقهاء القانون: هل تتحمل الدولة المسؤولية وتلتزم بالتعويض للمتضررين الأفراد؟ أم أنها لا تتحمل وتكون حالة النزاعات المسلحة الداخلية من الأعمال السيادية والتي استدعت تدخل الدولة والمستثناة من المسؤولية؟ هناك اتجاهان: الاتجاه الأول: يرى عدم الاعتراف بنظرية أعمال السيادة، وأن الدولة مسؤولة عن كافة أفعالها، وعليها التعويض للأفراد عن الأضرار التي لحقت بهم. الاتجاه الثاني: يرى تأييد نظرية أعمال السيادة وعدم مسؤولية الدولة تجاه هذه الأعمال، إلا أنهم اختلفوا في معايير أعمال السيادة، فما الذي يعد من أعمال السيادة وما الذي لا يعد؟^(١).

والذي يرجحه الباحث الجمع بين الاتجاهين، وتوضيح ذلك أن الدولة لها الحق في أعمال السيادة وخصوصاً في حالات الظروف الاستثنائية وغير العادية، مثل حالة وجود قيام نزاعات مسلحة داخلية تهدد أمن الدولة الداخلي، أو في حالة إعلان الطوارئ، فمثل هذه الحالات وغيرها لا بد أن تتدخل الدولة حفاظاً على سيادتها وعلى أمنها الداخلي، ومع ذلك فإن أعمال السيادة التي قامت بها الدولة لا تعني عدم تحمل المسؤولية وعدم جبر الضرر، بل يجبر الضرر بالتعويض للمتضررين الأفراد سواء كان هذا التعويض عينياً أو مالياً، وهذا لا يتنافى مع أعمال السيادة، بل يحفظ الحقوق ويحفظ لكل صاحب حق حقه، وهو انطلاقاً من نظرية قانونية قائمة وهي نظرية المخاطر والتي توجب

(١) انظر: مسؤولية الدولة عن أفعالها غير المشروعة، محمد الفوزان، ٤٣٥.

التعويض عن كل ضرر ترتب على عمل ما، سواء كان هذا العمل مشروعاً أو غير مشروع، وهي تأتي تأسيساً على قاعدة (الغرم بالغنم)، وهذا هو الراجح في نظر الباحث، فالجمع بين الاتجاهين أولى ويحفظ حقوق الأطراف.

المطلب الثاني: آثار النزاعات الداخلية المسلحة على الدولة على المستوى الدولي:

إذا طالت مدة النزاعات المسلحة فإن علاقة الدولة مع الدول الأخرى والمجتمع الدولي سوف تتأثر، وجاءت هذه الآثار على ما يلي:

١. إذا أدت النزاعات المسلحة الداخلية إلى انهيار الأمن الداخلي للدولة فإن هذا يؤثر على العلاقات الدبلوماسية بين الدول، وسوف تضطر كل دولة إلى قطع العلاقات الدبلوماسية مع هذه الدولة وخصوصاً دول الجوار، واستدعاء السفير وإغلاق السفارة، ومنع رعاياها من السفر للبلدان التي فيها نزاعات مسلحة داخلية؛ خوفاً على رعاياها لعدم استتباب الأمن في هذه الدولة^(١).

٢. إن استمرار النزاعات المسلحة الداخلية في الدولة يؤثر على التعامل والتبادل التجاري بين الدول، فسوف تضطر الدول إلى إيقاف التعامل التجاري وقطع العلاقات الاقتصادية والتجارية، وقطع حركة النقل والمواصلات بشتى أنواعها الجوي والبري والبحري مع هذه الدولة لحين انتهاء هذه النزاعات فيها^(٢).

٣. الأصل أن النزاعات المسلحة الداخلية شأن داخلي في الدولة ولا علاقة للدول الأخرى به، ولكن قد تتدخل دول أخرى في هذه النزاعات إما بتأييد لها أو بدعمها مادياً أو عسكرياً، وهذا يؤثر على الدولة من عدة

(١) انظر: قطع العلاقات الدبلوماسية، أحمد أبو الوفا، ٣٩.

(٢) انظر: آثار قطع العلاقات الدبلوماسية، أحمد مرعي، ١٥٩.

جوانب، فهو يؤثر على حق سيادة الدولة، ومن جانب آخر يؤدي إلى إفساد وقطع العلاقات الدبلوماسية بين الدول، وأحياناً ينذر بخطر محقق وينذر بنشوب حرب دولية؛ فكانت هذه النزاعات الداخلية بداية لقطع العلاقات الدبلوماسية وشرارة حرب دولية^(١).

٤. إذا طالت مدة النزاعات المسلحة فهذا يؤدي إلى انهيار الأمن الوطني والقومي للدولة، وفي حالة انعدام الأمن فسوف يؤثر ذلك على بقاء المواطنين والمقيمين على أرض الدولة، فالأجانب سوف يغادرون إلى بلادهم، والمواطنون سوف يضطرون إما للهجرة لدول آمنة، وإما النزوح لدول الجوار والهروب من ساحات النزاعات^(٢).

٥. عندما تخوض الدولة النزاعات المسلحة مع الثوار أو مع الخارجين على القانون وتطول مدة هذه النزاعات وتضعف في مواجهتها، فإن هذا مدعاة إلى دخول الدول العظمى ذات القوة العسكرية في المنطقة، وتتحول الدولة إلى دولة مستعمرة وهذا واقع مشاهد (كما حصل في الصومال حينما اندلعت الحرب الأهلية وتفاقت حينما استخدمت أسلحة ثقيلة؛ فتمزقت الوحدة الشعبية وانقسم الناس، فأصبحت المنطقة والدولة لقمة سائغة للاستعمار الغربي وأعوانه الذين سيطروا على المنطقة وعلى الدولة واستعمروها سنين طويلة حتى تم استقلالها عام ١٩٦٠م)^(٣).

٦. إذا أدت النزاعات المسلحة الداخلية إلى حصول أضرار بالدول الأخرى ترتب على ذلك قيام المسؤولية الدولية على الدولة نتيجة

(١) المرجع السابق، ٥٦.

(٢) انظر: عوامل توزيع السكان، هاشم محسن، مجلة جامعة بابل، ٢٠/٤/٢٠١٤م.

(٣) الحرب الأهلية في الصومال وأثرها، محمد علي، ٣٥.

للأضرار الحاصلة على الدول الأخرى، وهنا يترتب على هذه المسؤولية آثار قانونية تتمثل في إصلاح الضرر وجبر الضرر. والتعويض عن الضرر له أشكال متعددة جاءت على النحو الآتي:

أ. الترضية: وهذه الصورة يلجأ إليها حينما لا يترتب على العمل أي ضرر مادي، مثل تقديم الدولة اعتذار بالطرق الدبلوماسية للدول الأخرى عما صدر في فترة النزاعات المسلحة وعدم رضا الدولة به^(١).

ب. التعويض العيني: ومعناه إعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل وقوع العمل غير المشروع أي إلى حالتها الطبيعية وعلى ما كانت عليه، مثل إعادة الأموال المصادرة بدون وجه حق، أو إعادة ما خرب من المباني^(٢).

ج. التعويض المالي: ويراد به قيام الدولة بدفع مبالغ مالية للدول الأخرى مقابل الأضرار الناتجة عن النزاعات المسلحة، ويراعى دائماً شرط التناسب عند التعويض^(٣).

(١) انظر: القانون الدولي العام، إبراهيم العناني، ١١٠.

(٢) المرجع السابق، ١١١.

(٣) انظر: مبادئ القانون الدولي، جعفر عبد السلام، ٢٩٦.

المبحث الثالث

موقف الفقه الإسلامي

من واجبات الدولة تجاه النزاعات المسلحة الداخلية

وآثارها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من واجبات الدولة تجاه النزاعات المسلحة الداخلية:

لقد ذكر الفقهاء أن على ولي أمر المسلمين وعلى الدولة واجبات عند حصول النزاعات المسلحة الداخلية يجب أن تقوم بها الدولة الإسلامية. يتمثل ذلك بالآتي:

١. حينما تحصل النزاعات المسلحة سواء بين الأفراد بعضهم البعض أو بين الإمام وبعض البغاة عليه، فهنا يقوم الإمام بعرض الصلح بين المتنازعين ويحاور كلا الأطراف المتنازعة بتقريب وجهات النظر، ويدعوهم إلى الالتفاف حول الإمام وجماعة المسلمين، يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا^(١)﴾، ويقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الْصُلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا))^(٢)، فإن قبلوا الصلح وفاءوا كف عنهم وإن رفضوا قاتلهم، وإن كان الخارجون على الدولة مرتدين عن الإسلام فعلى الإمام أن يستتيبهم ثلاثة أيام، ويطلب منهم الرجوع إلى الإسلام والحق والعدول عن الكفر والباطل.

(١) سورة الحجرات: الآية (٩).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه، باب ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس، حديث رقم ١٣٥٢، ٣/٦٣٥، وقال عنه المحقق: حديث حسن.

٢. من واجبات الدولة مكافحة النزاعات المسلحة الداخلية، ومعاقبة الجناة وإيقاع العقوبات الشرعية عليهم وإقامة الحدود فيهم، فعلى الإمام أن يقيم الحدود على المحاربين والمتردين والبلغاء، كما جاءت بها الشريعة الإسلامية عند انطباق الشروط وانتفاء الموانع فيها.

٣. من واجبات الدولة الالتزام بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تجريها مع الدول الأخرى، والوفاء بها وعدم الإخلال بها حتى في حالة النزاعات المسلحة، فوقع هذه النزاعات يترتب عليه إخلال بالاتفاقيات، وقد جاءت الشريعة الإسلامية تدعو إلى الوفاء بالعهود والعقود والمواثيق في نصوص كثيرة وعديدة، يقول الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(١)، ويقول الله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَمَا اسْتَقِيمُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾^(٢)، وقد حذرت الشريعة الإسلامية من الخيانة والغدر وعدم الوفاء بالعهود: ﴿وَأَمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ﴾^(٣)، أما من السنة فقد حذر النبي صلى الله عليه وسلم من الغدر في العقود وعدم الوفاء بالعهود، يقول عليه الصلاة والسلام: ((لِكُلِّ غَادِرٍ لَوَاءٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، يُرْفَعُ لَهُ بِقَدْرِ غَدْرِهِ))^(٤)، فالوفاء بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية واجب في حالة الأمن، وهو في حالة النزاعات المسلحة الداخلية أكد وأولى، إلا إذا اتفقت الأطراف المتعاهدة على إنهاؤها وانقضائها.

٤. من واجبات الدولة الإسلامية في حالة النزاعات المسلحة الداخلية حماية السفراء والرسول والمبعوثين الدوليين وعدم التعرض لهم، فعن

(١) سورة الإسراء: الآية (٣٤).

(٢) سورة التوبة: الآية (٧).

(٣) سورة الأنفال: الآية (٥٨).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد، باب تحريم الغدر، رقم ١٧٣٨، ص ٧٧٠.

نعيم بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول حينما قرأ كتاب مسيلمة الكذاب فقال للرسولين: ((فما تقولان أنتم؟))، فقالا: نقول كما قال، فقال رسول الله: ((والله لولا أن الرسل لا تُقتل لضربت أعناقكم))^(١)، ففي هذا الحديث الشريف يتبين أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اعترف للمبعوثين بالحصانة الدبلوماسية والحماية رغم أنه متأكد من كذبهم وخبت نواياهم، إلا أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حفظ لهم حقهم في الحصانة والحماية التي تعتبر عرفاً دولياً في العلاقات الدولية^(٢).

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من آثار النزاعات المسلحة الداخلية:

لقد حافظت الشريعة الإسلامية على كيان الدولة الإسلامية، وعلى مرتكزاتها ومواردها وشعوبها، وحظرت وحرمت كل ما يؤدي بالخلل ويؤثر على كيان الدولة الإسلامية. تمثل ذلك بالمظاهر التالية:

١. أن الشريعة الإسلامية حذرت من السعي في الأرض بالفساد، وإهلاك الحرث والنسل، وحرمت القتل والاعتداء على الأنفس المعصومة، ونهت عن كل ما يؤثر على كيان الدولة الإسلامية، ولا شك أن النزاعات المسلحة الداخلية هي ضرب من ضروب الفساد في الأرض، ويحصل فيها الفساد والقتل وتهدد كيان الدولة، يقول الله تعالى: ﴿مِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ ۖ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ ۗ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ ۖ﴾^(٣).

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، من حديث نعيم بن مسعود برقم (١٥٩٨٩)، ٧٨/٢، وقال عنه المحقق: إسناده صحيح.

(٢) انظر: الإسلام والعلاقات الدولية، أحمد عبد الحميد، ٢٧٩.

(٣) سورة البقرة: الآيتان (٢٠٤ - ٢٠٥).

٢. أن النزاعات المسلحة الداخلية تؤثر على وحدة الدولة وتفرق الجماعة، وفيها شق لعصا الطاعة وخروج على ولاية الأمر، وقد حذرت الشريعة الإسلامية من الخروج على ولاية الأمور لما فيه من المفسد والشرور وإحداث الفوضى وزعزعة للأمن والوحدة، يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١)، ويقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مَنْ رَأَى مِنْ أَمِيرِهِ شَيْئًا يَكْرَهُهُ فَلْيَضْرِبْ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ مَنْ فَارَقَ الْجَمَاعَةَ شَبْرًا فَمَاتَ، إِلَّا مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً))^(٢).

٣. لقد قررت الشريعة الإسلامية جبر الضرر والضمان على الأخطاء، والالتزام بالتعويض نتيجة للضرر الحاصل من النزاعات المسلحة، فإذا حصل ضرر واقع ناتج عن تعدد على حقوق الآخرين وأموالهم وأشخاصهم، فهنا أوجبت الشريعة الإسلامية الضمان دفعاً للضرر وحفاظاً على الحقوق. جاء في السنة النبوية أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أرسل خالد بن الوليد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على سرية إلى بني جذيمة يدعوهم إلى الإسلام ولم يبعثه مقاتلاً ومعه قرابة ثلاثمائة وخمسين رجلاً من المهاجرين والأنصار فأنتهي إليهم فقال لهم: من أنتم؟ فقالوا: نحن مسلمون، وقد صبأنا ودخلنا في دين محمد. فما أحسنوا أن يقولوا أسلمنا، فقال لهم خالد: فما بال السلاح عليكم؟ فقالوا: إن بيننا وبين قوم من العرب عداوة وخفنا أن تكونوا هم، فقال لهم خالد: فضعوا السلاح عنكم، فوضعوه، ثم قال لهم: استأسروا، فأسروا ثم وزع الأسرى على أصحابه، ثم نادى من كان معه أسير فليضرب عنقه، فقتل من قتل، وعارض ذلك بعض الصحابة ولم يقتلوا من

(١) سورة النساء: الآية (٥٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفتن، باب قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((سَتَرُونَ بَعْدِي أُمُورًا...))، حديث رقم ٧٠٥٣.

كان تحت أيديهم، فلما بلغ الخبر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رفع يديه وقال: ((اللَّهُمَّ إِنِّي أBRَأُ إِلَيْكَ مِمَّا صَنَعَ خَالِدٌ))، فبعث علياً إليهم فودى لهم الدماء وما أصيب لهم من الأموال حتى إذا لم يبق شيء من دم ولا مال إلا وداه لهم، ثم بقيت معه بقية من المال فقال لهم علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هل بقي لكم بقية من دم أو مال لم يود لكم؟ فقالوا: لا، فقال: إني أعطيتكم هذه البقية من هذا المال احتياطاً لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مما يعلم ولا تعلمون، ففعل. فلما رجع إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال له: ((أَصَبْتُ وَأَحْسَنْتُ))^(١). فقد قام النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بجبر الضرر والضمان الحاصل من الخطأ الذي صدر من عماله، وهذا تطبيق لمسؤولية الدولة عن أعمالها سلطاتها أثناء النزاعات المسلحة، وهذا كله من عدل الإسلام وسماحته وحفظه للحقوق والملكيات والأموال^(٢).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب بعث النبي خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، رقم ٤٣٣٩، ص ٧٣٤.

(٢) انظر: مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، محمد الفوزان، ٣٧٢.

المبحث الرابع

طرق فض النزاعات المسلحة الداخلية

وفيه مطلبان:

إن بقاء النزاعات المسلحة الداخلية مستمرة وممتدة مما يؤثر على الدولة من جميع النواحي والمجالات، ولهذا كان لا بد من وضع حد تنتهي وتنقضي به هذه النزاعات، جاء ذلك بالمطلبين الآتين:

المطلب الأول: طرق فض النزاعات المسلحة الداخلية التي بين الأفراد والجماعات :

تعود أسباب ودوافع النزاعات المسلحة بين الأفراد والجماعات إلى عدة عوامل، فقد تكون أسباب طائفية وقد تكون عوامل إقليمية أو قبلية وثارات عشائرية، وقد يكون هناك ثارات لدماء مقتولة وغير ذلك من الأسباب، وهنا تتدخل الدولة لحل هذا النزاع وقد لا تتدخل، وتأتي أطراف أخرى كجماعات ثانية وأفراد آخرين يتدخلون، ولكن في الأعم الأغلب أن الدولة تتدخل لفض هذه النزاعات المسلحة التي بين أفرادها ورعاياها، وهناك عدة طرق لفض هذه النزاعات على ما يأتي:

١. الدعوة إلى الحوار والمفاوضات: فإن أغلب النزاعات صادرة من اختلاف وجهات النظر بين الأفراد، وهنا تقوم الدولة بدعوة المتنازعين إلى طاولة الحوار والمفاوضات، ومعرفة ما لدى كل طرف من أسباب وعوامل دفعته لهذا النزاع، ومحاولة عرض العلاج والحلول له.
٢. الدعوة إلى الصلح والتصالح: حيث لا بد في هذه المرحلة أن يقدم كل طرف وفرد تنازلاته والتخلي عن مطالبه أو بعضها؛ حتى تتم المصالحة، إذ لا يتم التصالح إلا بعد تقديم التنازل من الطرفين.
٣. التسوية المالية: لقد أضعفت النزاعات المالية اقتصاد السكان بشكل عام، وأثرت على الأفراد والجماعات المتنازعة بشكل خاص، وتسببت

في أضرار بشرية ومادية، وهنا يأتي دور جبر الضرر والتعويض المالي وتسوية النزاعات، والاتفاق على تعويض مالي من أجل إنهاء هذه النزاعات.

٤. عرض النزاع على المحاكم والجهات القضائية: إذا استطاعت الدولة السيطرة على نزاعات الأفراد والجماعات والقبض على كل من تسبب في إشعال هذه النزاعات، فتحيل جميع الأطراف المتنازعة إلى المحاكمة والجهات القضائية لكي تأخذ العدالة مجراها، ففي هذه الحال سوف تنتهي هذه النزاعات على يد العدالة والقضاء^(١).

المطلب الثاني: طرق فض النزاعات المسلحة الداخلية التي بين الأفراد والجماعات والدولة طرف فيها:

هذه النزاعات التي بين الأفراد والجماعات وبين الدولة، غالباً ما تتدخل في حلها ومعالجتها أطراف خارجية أخرى، قد تكون دولة أخرى أو منظمة دولية، وهذا التدخل الدولي له أثره على الدولة؛ لأن هذا يؤثر على مبدأ سيادة الدولة على أقاليمها، وهو تدخل في شؤون الدولة الداخلية، ولكن جاء هذا التدخل استثناء من هذا المبدأ، وذلك حفاظاً على السلم والأمن الدوليين، وحفاظاً على الأرواح البشرية والإنسانية، وهو ما يسمى بحالة التدخل المشروع، ولا يتم هذا التدخل إلا بالطرق الدبلوماسية حيث تعرض الدولة المتدخلة أو المنظمة طلبها التدخل لدى الدولة التي فيها النزاع، وأنها طلبت التدخل حفاظاً على المصلحة القومية والدولية، وحفاظاً على السلم والأمن الدوليين^(٢)، والطرق التي تسلكها الدول لفض مثل هذه النزاعات المسلحة الداخلية تتمثل بالآتي:

(١) انظر: فض النزاعات في الفكر والممارسة الغربية، محمد عبد الغفار، ٢١٠.

(٢) انظر: الوسيط في القانون الدولي العام، الجيلاني أبو زيد، ١٥٥.

١. الدعوة إلى الحوار والمفاوضات: حيث تقوم الدولة المتدخلة أو المنظمة التي طلبت التدخل في النزاع بعقد اجتماعات ومفاوضات مع الأطراف المتنازعة، ومحاولة تقريب وجهات النظر ومعرفة الأسباب، وتقديم الحلول لذلك.
٢. الدعوة إلى المصالحة الوطنية: جميع الأطراف المتنازعة تسعى إلى مصالحتها الخاصة، ولكن لا بد من هدف مشترك بين الجميع وهو الأمن الوطني والقومي، ولذا كان لازماً على الأطراف المتنازعة أن تقدم التنازلات؛ من أجل الحفاظ على ذلك الهدف وعقد المصالحة الوطنية.
٣. التسوية المالية: وهو بمثابة التعويض المالي تقدمه الدولة المتدخلة أو المنظمة التي طلبت التدخل، وقد يكون على شكل قروض بنكية يقدمها البنك المركزي أو الدولي، أو قد تكون اتفاقيات اقتصادية، أو قد تكون مَنَحاً إغاثية لإنقاذ الوضع الحالي للدولة^(١).
٤. عرض النزاع على الجهات والمحاكم العدلية الدولية: عندما تبذل الدولة المتدخلة أو المنظمة التي طلبت التدخل قصارى جهدها في حل النزاعات، ولم تتفق الأطراف على أي حل من الحلول، هنا تتقدم الدولة المتدخلة أو المنظمة التي طلبت التدخل إلى منظمة الأمم المتحدة بعرض النزاع والقضية على المحاكم الدولية بالطرق الدبلوماسية^(٢).

(١) انظر: فض النزاعات في الفكر والممارسة الغربية، محمد عبد الغفار، ٢٠٩.

(٢) انظر: النزاعات الدولية، علي الطيار، ١٦٢.

الخاتمة

فإنني أحمد الله تعالى أن يسر لي كتابة هذا البحث وإتمامه والفراغ منه، ولقد توصلت بعد دراسة هذا الموضوع إلى النتائج التالية:

١. التعريف القانوني للنزاعات المسلحة الداخلية، وأن لها جذوراً تاريخية قديمة، ثم ازداد الأمر سوءاً في العصور الحديثة مع تطور الأسلحة، وتجدد مطالب الحياة، وأصبح الكل يسعى لمطالبته الإنسانية.
٢. أن النزاعات المسلحة الداخلية تتخذ مظاهر وصور عديدة، فهناك نزاع مسلح ضد الدولة، وهناك نزاع مسلح ضد الأفراد والقبائل، وهناك نزاع مسلح بين الجماعات والأحزاب السياسية، وأخرى بين الطوائف الدينية.
٣. أن النزاعات المسلحة الداخلية تؤثر تأثيراً بالغاً على الأمن الوطني والقومي للدول، ولذا فقد سعت القوانين الوطنية والدولية إلى تجريم هذه النزاعات، وكونها جريمة تعاقب عليها القوانين الوطنية.
٤. أن موقف الفقه الإسلامي تجاه النزاعات المسلحة الداخلية هو موقف ثابت، فقد حرمت الشريعة الإسلامية ابتداءً هذه النزاعات، كما أنها حرمت المشاركة والتحريض أو الدعوة لها، كما أنها فرضت عقوبات لمن وقع بها فلا إمام المسلمين أن يعاقبهم بما يردعهم ويكون عبرة لغيرهم.
٥. أن النزاعات المسلحة الداخلية تؤثر على الدولة من جانبي الجانب الأول: تؤثر على الدولة على المستوى المحلي والوطني، فالنزاعات المسلحة لها آثار خطيرة على الدولة من الناحية الاقتصادية والسياسية والعسكرية والأمنية والإنسانية والاجتماعية، الجانب الثاني: تؤثر هذه النزاعات على الدولة على المستوى الدولي والخارجي، وتؤثر

على العلاقات الدولية بين الدول، وقد تؤدي إلى قطع العلاقات الدبلوماسية، وإيقاف التعامل التجاري والخدمات النقلية والاقتصادية.

٦. أن استمرار النزاعات المسلحة الداخلية تؤثر على الدولة في جميع المجالات، ولذا كان لا بد من وضع حدود تنقضي به هذه النزاعات، فمن طرق فض النزاعات الدعوة إلى الحوار والمفاوضات، والدعوة إلى المصالحة الوطنية، والتسوية المالية، وعرض النزاعات على المحاكم والجهات القضائية.

أبرز التوصيات:

لقد خرجت بعد دراسة موضوع أحكام النزاعات المسلحة الداخلية بعدة توصيات، جاءت أبرزها على النحو الآتي:

١. أن المطلع في كتب الفقه الإسلامي وكتب العقيدة يجد أن مسألة النزاعات المسلحة الداخلية قد تناولها الفقهاء والعلماء بالبحث والدراسة، ولكن جاءت مسائلها وأحكامها متناثرة في كتب الفقه والعقيدة، ولذا فإن الباحث يوصي الباحثين والدارسين بطرق هذه المسائل بالبحث والدراسة، وجمع هذه الأحكام المتناثرة في رسائل جامعية وعلمية.

٢. هناك نوازل ووقائع مستجدة لمسائل النزاعات المسلحة الداخلية، وتحتاج إلى فتوى جماعية من قبل المجامع والمجالس والهيئات والجمعيات العلمية والفقهية، ولذا فإن الباحث يوصي بمعالجة هذه النوازل من قبل المجامع الفقهية، وإصدار فتوى جماعية توضح موقف الفقه الإسلامي المعاصر من هذه النوازل، والتي أصبحت تؤثر على كيان ووحدة الدول الإسلامية.

٣. النزاعات المسلحة الداخلية آثارها خطيرة على الدولة وعلى كيانها ووحدتها وأمنها، ولذا فإن الباحث يوصي بتوعية الأفراد والمجتمعات بخطورة هذه النزاعات، عبر كافة الوسائل الإعلامية وعبر مواقع الإنترنت وعبر شبكات التواصل الاجتماعي وأجهزة الاتصالات الذكية، واستخدام كافة السبل والوسائل الحديثة.

٤. أن النزاعات المسلحة الداخلية تؤثر على أمن الدولة الوطني والقومي وآثارها سيئة، ولذا كان لا بد من تجريم هذه النزاعات ووسائلها وتجريم فاعلها، وإيقاع أقصى العقوبات على مرتكبها، ولذا فإن الباحث يوصي الدول الإسلامية بسن وتشريع قوانين وطنية وأنظمة داخلية تجرم هذه النزاعات، وإيقاع أشد وأقصى العقوبات على من ثبت بحقه ارتكابها، مستندة في هذه العقوبات على الشريعة الإسلامية.

٥. أن النزاعات المسلحة الداخلية تؤثر على العلاقات الدولية وعلى التزامات الدولة أمام الدول والمجتمع الدولي، ولذا فإن الباحث يوصي المجتمع الدولي والأشخاص الدولية من الدول والمنظمات بسن وتشريع اتفاقيات دولية خاصة توضح علاقة الدولة مع الدول الأخرى والمجتمع الدولي في حالة حصول نزاعات مسلحة داخلية في إقليمها، وتوضح التزامات الدولة وواجباتها في حالة النزاعات الداخلية، وتبين المسؤولية الدولية في حالة عدم التزام الدولة بواجباتها وعلاقاتها والآثار المترتبة على ذلك، وتبين الجهات القضائية الدولية وآلية اللجوء إليها.

٦. النزاعات المسلحة الداخلية لها تأثيرها البالغ على كيان ووحدة وأمن الدولة، ومع ذلك لم تأخذ نصيبتها من المؤتمرات والندوات المحلية والدولية، ولذا فإن الباحث يوصي الدول بعقد المؤتمرات والندوات

والملتقيات وورش العمل المحلية والداخلية والدولية لبيان خطورة هذه النزاعات المسلحة الداخلية على المستوى الوطني والدولي.

٧. لقد عاجلت الشريعة الإسلامية هذه النزاعات المسلحة الداخلية بعدة طرق ووسائل من جميع النواحي وعلى كافة المستويات الداخلية والعلاقات الدولية، ولذا فإن الباحث يوصي الباحثين والدارسين بإبراز محاسن الشريعة الإسلامية وأسبقيتها في معالجة مثل هذه النزاعات، وبيان تميزها عن القوانين الوضعية، فالشريعة الإسلامية لها فضل السبق في معالجة هذه القضايا قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بقرون عديدة، ولذا كان لا بد من طرق مثل هذه المسائل وبيان فضل الفقه الإسلامي وتميزه عن القوانين الوضعية، وهذا لا غرابة فيه فهي شريعة إسلامية مصدرها الوحي الإلهي، صالحة لكل زمان ومكان، وصدق الله تعالى إذ يقول: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(١).

وختاماً، هذا ما تيسر لي كتابته وجمعه في هذا البحث، وإنني أحمد الله تعالى على إتمامه والفراغ منه ونهايته، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده وتوفيقه وامتنانه على عبده، وما كان فيه من خطأ أو تقصير أو نسيان فمن نفسي والشيطان؛ وأستغفر الله منه، وأسأل الله تعالى أن يديم على بلاد المسلمين الأمن والأمان، والسلامة والإسلام والخير والبركة، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجه الكريم إنه جواد كريم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلوات الله وسلامه على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) سورة المائدة: الآية (٣).

فهرس المراجع والمصادر

١. القرآن الكريم.
٢. تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تحقيق: سامي محمد السلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، ط ١، ١٤٣٠ هـ.
٣. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن ناصر السعدي، تحقيق: محمد زهدي النجار، مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٥ هـ.
٤. الجامع الكبير المعروف بسنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، دار الصديق، الجليل، السعودية، ط ١، ١٤٣٣ هـ.
٥. الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، دار السلام، الرياض - السعودية، ط ٢، ١٤١٩ هـ.
٦. الكامل في التاريخ، علي بن أبي الكرم المعروف بابن الأثير، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط ١، ١٣٩٨ هـ.
٧. شرح النووي على صحيح مسلم، يحيى بن شرف النووي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - السعودية، ب ط، ب ت.
٨. صحيح مسلم، للإمام الحافظ مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ط ٢، ١٤٢٨ هـ.
٩. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيت الأفكار الدولية، عمان - الأردن، ط ٤، ٢٠١٠ م.
١٠. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤٠٥ هـ.
١١. الصراع بين الحق والباطل، إبراهيم بن محمد أبو عباءة، مكتبة العبيكان، الرياض - السعودية، ط ١، ١٤١٢ هـ.
١٢. النزاعات الدولية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، علي بن عبد الرحمن الطيار، ب د، ب ن، ط ١، ١٤٢٤ هـ.
١٣. الإسلام والعلاقات الدولية، أحمد عبد الحميد مبارك، منشورات الجامعة المفتوحة، ط ٢، ١٩٩٨ م.

١٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة - مصر، ومكتبة العلم بجدة - السعودية، ط ١، ١٤١٥هـ.
١٥. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ب د، الرياض - السعودية، ط ٦، ١٤١٦هـ.
١٦. رد المحتار على الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، تحقيق: محمد صبحي حلاق وعامر حسين، دار الإحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ.
١٧. شرح العقيدة الطحاوية، علي بن علي بن محمد بن أبي العز الحنفي، تحقيق: عبد الله التركي وشعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط ٧، ١٤١٥هـ.
١٨. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض - السعودية، طبعة خاصة على نفقة مؤسسة الأمير الوليد بن طلال بن عبد العزيز آل سعود، ١٤٢٣هـ.
١٩. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٥هـ.
٢٠. مواهب الجليل الشرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بابن الخطاب، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٦هـ.
٢١. فتاوى الأئمة في النوازل المدهمة، محمد حسين القحطاني، ط ١، ١٤٢٤هـ.
٢٢. الوجيز في إيضاح الفقه الكلية، محمد صدقي البورنو، ط ٢، ١٤١٠هـ.
٢٣. غياث الأمم في التياث الظلم، إمام الحرمين عبد الملك الجويني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٧هـ.
٢٤. تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، بدر الدين محمد بن إبراهيم بن جماعة، دار المنهاج، الرياض، ط ١، ١٤٣٣هـ.
٢٥. المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، دار هجر، القاهرة، ط ٢، ١٤٠٦هـ.

٢٦. الإفصاح عن معاني الصحاح، الوزير عون الدين يحيى بن محمد بن هبيرة، منشورات المؤسسة السعيدية، الرياض، ط١، ١٣٩٨هـ.
٢٧. المختصر الوجيز في مقاصد التشريع، عوض بن محمد القرني، دار الأندلس، جدة، ط١، ١٩٨٩م.
٢٨. المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ب ط، ١٤١٤هـ.
٢٩. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت - لبنان، ط٣، ١٤١٤هـ.
٣٠. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢٢هـ.

المراجع القانونية:

٣١. المسؤولية الدولية دراسة لأحكام القانون الدولي وتطبيقاتها التي تهم الدول العربية، محمد حافظ غانم، من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية - مصر، ب ط، ١٩٦٢م.
٣٢. الوسيط في القانون الدولي العام، ماجد الحموي والدين الجيلاني بوزيد، دار الشواف، الرياض - السعودية، ط١، ١٤٣٣هـ.
٣٣. القانون الدولي العام، إبراهيم العناني، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، ط١، ١٩٨٤م.
٣٤. الوسيط في القانون الدولي العام، سهيل حسين الفتلاوي، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان، ط١، ٢٠٠٢م.
٣٥. المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، أيمن عبد العزيز سلامة، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ط١، ٢٠٠٦م.
٣٦. جرائم الحرب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي، خالد رمزي البزايعه، دار النفائس، عمان - الأردن، ط٢، ١٤٢٩هـ.
٣٧. موسوعة القانون الدولي للحرب، وائل نور بندق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، ط١، ٢٠٠٤م.

٣٨. مبادئ القانون الدولي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، منصور بن خضران الداموك، ب د، الرياض - السعودية، ط ٢، ١٤٢٦هـ.
٣٩. مبادئ القانون الدولي العام، جعفر عبد السلام، ب د، القاهرة - مصر، ط ٦، ١٤٢٣هـ.
٤٠. موسوعة القانون الدولي، عيسى دباح، دار الشروق، بيروت - لبنان، ط ١، ٢٠٠٣م.
٤١. مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية، دراسة مقارنة، محمد بن براك الفوزان، القانون والاقتصاد، الرياض - السعودية، ط ١، ١٤٣٠هـ.
٤٢. فض النزاعات في الفكرة والممارسة الغربية، محمد أحمد عبد الغفار، دار الهمزة، الجزائر، ط ١، ٢٠٠٣م.
٤٣. قطع العلاقات الدبلوماسية، أحمد أبو الوفا، دار النهضة، القاهرة، ط ١، ١٩٩١م.
٤٤. آثار قطع العلاقات الدبلوماسية، أحمد مرعي، دار الحلبي، بيروت، ط ١، ٢٠١٣م.
٤٥. الحرب الأهلية، شارل زور غيبب، ترجمة: أحمد برو، منشورات عويدات، بيروت، ط ١، ١٩٨١م.
٤٦. جرائم قتل الثوار المتظاهرين وتعذيبهم، أمير فرج يوسف، ط ١، ٢٠١٣م.
٤٧. النظم السياسية العربية الاتجاهات الحديثة في دراستها، حسنين توفيق إبراهيم، مركز دراسات الوحدة العربية.
٤٨. الثورات الشعبية العربية وتحديات إنشاء الدولة الحديثة، سمير أبو زيد، مكتبة مدبولي، ط ١، ٢٠١٣م.
٤٩. جذور الحرب الأهلية، فردريك معتوق، دار الطليعة، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م.
٥٠. الحرب الأهلية في الصومال أسبابها ونتائجها، محمد علي حامد، مطابع الأهرام، مصر، ط ١، ١٩٩٨م.
٥١. الحرب الأهلية في السودان الأسباب والأبعاد، منصور عبد الله العجمي، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ط ١، ٢٠٠٢م.

٥٢. مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، فوزية عبد الستار، دار النهضة العربية، بيروت، ط٥، ١٤٠٥هـ.
٥٣. المخدرات بين الدول والعصابات، عبد الناصر أبو هارون، مؤسسة الإيمان، ط١، ١٩٩٨م.
٥٤. القانون الدولي الخاص السعودي، أحمد عبد الكريم سلامة، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٣٥هـ.
٥٥. الربيع العربي، حسن محمد الزين، در القلم الجديد، بيروت، ط١، ١٤٣٤هـ.
٥٦. النظرية في الممارسة السياسية، مهدي كامل، دار الفارابي، ط١، ١٩٧٩م.
٥٧. الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤١٦هـ.
٥٨. أسلحة الدمار الشامل، يوسف بن عبد الله جمل الليل، مكتبة جيل المعرفة ومكتبة التوبة، الرياض - السعودية، ط٢، ١٤٢٤هـ.
٥٩. معجم المصطلحات القانونية، جيار كورنو، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٨هـ.

الأنظمة والقوانين:

٦٠. النظام الأساسي للحكم، الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/٩٠، وتاريخ ٢٠/٨/١٤١٢هـ.
٦١. نظام قوات الأمن الداخلي.
٦٢. نظام الأسلحة والذخائر، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٦، وتاريخ ٢٧/١/١٤٠٢هـ.
٦٣. نظام مكافحة جرائم الإرهاب، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١، وتاريخ ١٢/٢/١٤٣٩هـ.
٦٤. قانون الجزاء الكويتي رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠م.
٦٥. قانون العقوبات البحريني رقم ١٥ لسنة ١٩٧٦م.
٦٦. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م.
٦٧. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية لسنة ١٩٩٨م.

المواقع الإلكترونية:

- ٦٨. الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة www.un.org.
- ٦٩. موقع لجنة الصليب الأحمر www.icrc.org.
- ٧٠. موقع مجلة جامعة بابل www.uobjournal.com.

