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

قضاء

مجلة علمية محكمة

العـدد الثالث والثلاثون • جمادى الأولى ١٤٤٥هـ • ديسمبر ٢٠٢٣م

نصوص الأنظمة التي جاءت على وفق منصوص الفقهاء - دراسة تحليلية على ضوء الأنظمة العدلية السعودية مقارنة بنصوص الفقهاء في مسائل القضاء
د. حسام بن عبد الله المحمد

السياسة الشرعية بمعناها الخاص
أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى

قاعدة: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وتطبيقاتها القضائية
د. خالد بن عبد الرحمن العسكر

الشروط الخاصة بالدعوى العقارية - فقهاً ونظاماً
د. مزهر بن مبروك الربعي

فقه الأوقاف الاستثمارية - دراسةٌ تقويميَّةٌ
د. محمد بن خالد النشوان

التفسير القضائي للعقد
هشام بن حسين الشدي

التطور التنظيمي للقضاء التجاري في المملكة العربية السعودية (جهات التقاضي وأنظمته الإجرائية)
د. أحمد بن عبد الله الجعفري

أحكام الفاتورة الضريبية الإلكترونية في النظام السعودي - دراسةٌ تأصيليةٌ مقارنة
د. محمد بن رزق الله السُّلمي

الرقم الدولي المعياري: (ردمد: ISSN 1658-984X)

قضاء

مجلة علمية محكمة

العـدد الثالث والثلاثون • جمادى الأولى ١٤٤٥هـ • ديسمبر ٢٠٢٣م

info@qadha.org.sa
0112584996
0538999887
qadha.ksa
qdha

© الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) ١٤٤٥هـ (٢٠٢٤م)

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

الرقم الدولي المعياري: (ردمد: ISSN 1658-984X)

هيئة التحرير

رئيس التحرير

فضيلة أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الحَيْدَرِيّ

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

أعضاء هيئة التحرير

فضيلة أ. د. خَالِـدُ بْنُ عَبْدِ اللهِ المُصْلِح

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
في جامعة القصيم

فضيلة أ. د. عَبْدُ الوَاحِدِ بْنُ حَمَدٍ المزْرُوع

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

فضيلة أ. د. مُحَمَّـدُ بْنُ جَبْرٍ الأَلْفِيّ

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

فضيلة د. مِشْعَلُ بْنُ سَعْدٍ آلُ عَسْكَر

قاضي استئناف

فضيلة د. خَالِـدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعُمَـيْر

عميد كلية الحقوق بكليات الشرق العربي

فضيلة الشيخ/ عَبْدُ الإله بْنُ إِبْرَاهِيمَ العَـرْوَان

محامٍ

ضوابط النشـر في مجـلة قضاء

(١) كون البحث فيما يخدم مجال القضاء ولم يسبق نشره.

(٢) اتصاف البحث بالجدة والأصالة.

(٣) التزام الباحث المنهجية العلمية لكتابة البحوث وتحقيق المخطوطات.

(٤) إذا كان البحث تحقيقاً لمخطوط؛ فيذكر الباحث ما يفيد قيمته العلمية وأنه لم يسبق تحقيقه.

(٥) يرسل البحث عبر البريد الإلكتروني للمجلة mag@qadha.org.sa بصيغتي (Word) و(PDF)، نسخة فيها اسم الباحث وأخرى بدونه.

(٦) أن يكون خط الأصل (١٨) وخط الهامش (١٤)، ونوع الخط (Traditional Arabic).

(٧) عدم تجاوز عدد الصفحات (٥٠ صفحة).

(٨) إرفاق الباحث ملخصاً للبحث باللغتين (العربية والإنجليزية) بما لا يزيد عن مائتي كلمة، وسيرته الذاتية.

(٩) للمجلة الحق في نشر البحث على الموقع الإلكتروني للجمعية بعد إجازته للنشر.

(١٠) لا يحق للباحث نشر البحث قبل مضي ستة أشهر من تاريخ نشره في المجلة.

إجراءات التحكيم في مجلة قضاء

المرحلة الأولى:

الفحص المبدئي؛ فيُنظر في البحث من حيث: مطابقته ضوابط النشر في المجلة، وصلاحية إحالته إلى لجنة التحكيم.

ويفاد الباحث بقبول إحالة البحث للتحكيم حال موافقته الضوابط، أو الرفض.

المرحلة الثانية:

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

المرحلة الثالثة:

صدور نتيجة المحكمين للبحث -إما بقبوله للنشر كما هو بدون ملحوظات، أو قبوله بعد تعديل الملحوظات، أو عدم قبوله للنشر-.

- في حال كانت النتيجة (قبول البحث للنشر بعد تعديل الملحوظات)؛ ترسل الملحوظات للباحث بهدف تعديلها أو الجواب عنها، ومن ثم إرسال شهادة التحكيم والاعتماد.

- وفي حال كان رأي أحد المحكمين (عدم قبول البحث للنشر)؛ فيرسل لمحكِّم ثالث مرجِّح يقوم بتقييمه وتصويبه.

- وفي حال كان رأي المحكمَين -أو أحدهما مع المرجِّح- (عدم قبول البحث للنشر)؛ فيرسل اعتذار للباحث عن نشر البحث مزوداً بالسبب الذي من أجله رفض البحث.

المرحلة الرابعة:

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

محتويات العدد

كلمة التحرير ٦

نصوص الأنظمة التي جاءت على وفق منصوص الفقهاء - دراسة تحليلية على ضوء الأنظمة العدلية السعودية مقارنة بنصوص الفقهاء في مسائل القضاء
د. حسام بن عبد الله المحمد ٩

السياسة الشرعية بمعناها الخاص
أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى ١٠٣

قاعدة: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وتطبيقاتها القضائية
د. خالد بن عبد الرحمن العسكر ٢١٣

الشروط الخاصة بالدعوى العقارية - فقهاً ونظاماً
د. مزهر بن مبروك الربعي ٢٦٥

فقه الأوقاف الاستثمارية - دراسةٌ تقويميَّةٌ
د. محمد بن خالد النشوان ٣٦١

التفسير القضائي للعقد
هشام بن حسين بن عبد الرحمن الشدي ٤٤٣

التطور التنظيمي للقضاء التجاري في المملكة العربية السعودية (جهات التقاضي وأنظمته الإجرائية)
د. أحمد بن عبد الله الجعفري ٥٤١

أحكام الفاتورة الضريبية الإلكترونية في النظام السعودي - دراسةٌ تأصيليةٌ مقارنةٌ
د. محمد بن رزق الله السُّلمي ٥٩٥

كلمة التحرير

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

فتهديكم الجمعية العلمية القضائية السعودية العدد الثالث والثلاثين من مجلة قضاء الذي احتوى أبحاثاً محكمة نوعية؛ إذ تناول فروعاً متعددة من الفقه القضائي والنظامي؛ فعلى سبيل المثال فإن البحث المعنون بـ (نصوص الأنظمة التي جاءت على وفق منصوص الفقهاء) يتناول جانباً تحليلياً متصلاً بالصياغة التنظيمية ومدى تأثرها بنصوص الفقهاء، ويتناول البحث المعنون بـ (فقه الأوقاف الاستثمارية) دراسة تقويمية للواقع الحالي فيما يتصل بجانب الأوقاف، ويتناول البحث المعنون بـ (التطور التنظيمي للقضاء التجاري) استقراء التطورات التي تمت على جهات التقاضي والأنظمة الإجرائية المتصلة بالقضاء التجاري، ويأتي التنوع في الكلام عن الدعوى العقارية، والفاتورة الضريبية الإلكترونية، ثم تأتي التطبيقات القضائية في بحثي (قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) و(التفسير القضائي للعقد)، ويتناول بحث (السياسة الشرعية بمعناها الخاص) التأصيل للسياسة الشرعية من منظور مختلف لم يُتطرق له بشكل كاف من وجهة نظر الباحث.

وهذا التنوع في نوعية الأبحاث المنشورة يأتي محققاً لاهتمامات أكبر قاعدة من القراء المتخصصين في المجالات المختلفة. وغني عن الذكر أن

جهد الباحثين واجتهاداتهم العلمية فيما طرحوا من مسائل لا تمثل وجهة نظر المجلة، ولا هيئة التحرير، وترحب المجلة بكل ما يثري المحتوى العلمي فيها من نقد، أو تعليق، أو تعقيب.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رئيس هَيْئة التَّحْرير

أ. د. مَنْصُورُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الحَيْدَرِيّ

نصوص الأنظمة
التي جاءت على وفق منصوص الفقهاء

دراسة تحليلية على ضوء الأنظمة العدلية السعودية

مقارنة بنصوص الفقهاء في مسائل القضاء

د. حسام بن عبد الله بن عبد الرحمن المحمد

الأستاذ المشارك بقسم الدراسات القضائية بالجامعة الإسلامية

المقدمة

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

فإن التدوين للمسائل والمعارف ثم التصنيف في العلوم والفنون قد عاد على العلوم المنقولة إلينا بالاستقرار والاستمرار؛ وسلك المشتغلون فيها بالترتيب والتبويب وفق الاصطلاحات التي تواضعوا عليها من العلوم الشرعية، وعلوم اللغة، والعلوم الطبيعية، وامتدت هذه التقسيمات لتشمل مختلف الدراسات الإنسانية والاجتماعية بعامة، والنوازل والمسائل المتعلقة بدين الناس على وجه الخصوص[1]. وعلم القضاء الذي يعني: «الفقه بالأحكام الكلية مع العلم بكيفية تنزيلها على النوازل الواقعة»[2]،

(١) انظر في **أنواع العلوم وتقسيماتها وعددها**: أبجد العلوم المسمى قسمه الأول بـ(الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم)، وقسمه الثاني (السحاب المركوم الممطر بأنواع الفنون وأصناف العلوم) وقسمه الثالث (الرحيق المختوم من تراجم أئمة العلوم)، صديق بن حسن القنوجي (ت١٣٠٧هـ)، منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دمشق، ١٩٧٨م، والقسمان الآخر عن دار الكتب العلمية، بيروت؛ فقد تحدث المؤلف عن جملة من الكتب المؤلفة في هذا الميدان ممن سبقه، (١/ ٤-٥). مفتاح السعادة ومصباح الزيادة في موضوعات العلوم، أحمد بن مصطفى الشهير بـ(طاشكبري زاده) (ت٩٦٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م في ثلاثة مجلدات. التراتيب الإدارية والعمالات والصناعات والمتاجر والحالة العلمية التي كانت على عهد تأسيس المدينة الإسلامية في المدينة المنور العليَّة، محمد عبد الحي بن عبد الكبير الكَتَّاني المغربي (ت١٣٨٢هـ)، مكتبة نظام يعقوبي الخاصة -البحرين، دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م، (٢/ ٢٢٩-٢٥٠)؛ فقد أحسن المؤلف في عرض المؤلفات في هذا الميدان مع بيان عدد العلوم والفنون وغرر ودرر تفيد أهل العلم والنظر.

(٢) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (ت٩٧٠هـ)، وضح حواشيه: زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون =

أو فقه القضاء الذي يعني: «العلم بالأحكام الكلية» أحد أركان علم الفقه وركائزه الذي تتصل مباحثه بالدعاوى والبينات تحت كتاب القضاء إلا أن كتاب القضاء قد حظي بعناية الفقهاء والقضاة بالتصنيف المفرد في كتب تضاف موضوعاتها عادة إلى (تصرفات الحكام على القضايا والأحكام)[1]؛ يبحث فيه المصنفون أحكام القضاء على ضوء أركانه الستة التي نظمها ابنُ الغَرْسِ في كتابه بقوله:

«أطرافُ كلِّ قضيةٍ حُكْمِيَّةٍ
سِتٌّ يَلُوْحُ بِعَدِّها التَحقيقُ

= - دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م، ص٣٣٦ **الفرق بين علم القضاء وفقه القضاء** ناقلا ذلك عن الأبِّي في شرح صحيح مسلم المسمى (إكمال إكمال المعلم)، لأبي عبد الله محمد بن خلفة الوشتاني الأبِّي المالكي (ت٨٢٧هـ؛ وقيل: ٨٢٨هـ)، تصوير دار الكتب العلمية عن مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٢٨هـ، (٥/ ٣). وبيَّن بعضهم بأن **علم القضاء**: «علم باحث عن آداب تختص بالقضاة، وقد اعتنى العلماء بشأن القضاة فأفردوا آداب القضاة في تصنيف مستقل»، مفتاح السعادة، مرجع سابق، (٢/ ٥٥٧). وقال بعضهم: «علم يبحث عن آداب القضاة في أحوالهم وقضاياهم وفصل الخصومات ونحو ذلك... قلتُ: وأحسنها وأجمعها كتابنا **ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي**»، أبجد العلوم، صديق خان، مرجع سابق، (٢/ ٤٣٤). وكتاب ظفر اللاضي مطبوع.

(١) بسط الباحث الحديث حول هذا الحرف في رسالته: **أدب القاضي في الأنظمة العدلية السعودية -دراسة فقهية نظامية** - رسالة دكتوراه غير منشورة-، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الآداب والعلوم الإنسانية - قسم الشريعة والدراسات الإسلامية - مسار الدراسات القضائية، إعداد: حسام بن عبد الله بن عبد الرحمن المحمد، إشراف: الأستاذ الدكتور عبد الرحمن بن نافع بن نفاع السلمي، العام الجامعي ١٤٣٩هـ-١٤٤٠هـ، ص٦٣ تحت عنوان: (أدب الحكام).

حكم ومحكوم به وله ومحكوم عليه وحاكم وطريق»[1].

فقد تناول كلَّ ركن بالتأصيل والتفصيل في الحكم القضائي ومباحثه، والمحكوم به وأقسامه، والمحكوم له وشروطه، والمحكوم عليه وأنواعه، والحاكم سواء الإمام أو القاضي أو المحكَّم، وطرق الإثبات القضائي، وتناول غيره مسألة (كيفية القضاء)، في أقسام عدَّة تبتدئ بمعرفة تصرفات القضاة الموضوعية والإجرائية، ومعرفة الشروط والمحاضر والسجلات وفق ما اصطلح عليه أهل القانون بالإجراء الشكلي[2]، وبيان أحكام المدعي والمدعى عليه، وذكر الدعاوى وأقسامها ومسائل النظر فيها، وأنواع البينات، والقضاء بالسياسة الشرعية[3].

---

(١) الفواكه البدريَّة في أطراف القضايا الحُكمِيَّة، لأبي اليسر بدر الدين محمد بن محمد بن محمد بن خليل القاهري الحنفي المشهور بابن الغرس (ت٨٩٤هـ)، تحقيق: القاضي الدكتور عبد الله بن سعد الطخيس، دار الإداوة للنشر، الرياض، ط١، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م، ص٤٠.

(٢) اعتنى الفقهاء بجملة من مسائل الإجراء الشكلي في **(علم الشروط والسجلات)** الذي بين بعضهم بأنه: «هو علم باحث عن كيفية ثبت الأحكام الثابتة عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال». أبجد العلوم، صديق حسن، مرجع سابق، (٢/ ٣٣٩). وانظر: مفتاح السعادة، طاشكبري، مرجع سابق، (٢/ ٥٥٧). **وقد احتفى بنقل وتوثيق طريقة المتقدمين في الإجراءات في مسائل المعاملات والمبايعات جمهرة من أهل الأدب.** انظر مثلا: نهاية الأرب في فنون الأدب، شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويري (ت٧٣٣هـ)، تحقيق: الدكتور محمد رضا مروة وآخرين، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، (٩/ ٣-١٠٥) تحت موضوع: **ذكر كتابة الحكم والشروط وما يتصف به الكاتب ويحتاج إليه.**

(٣) انظر: فتح المدَبِّر للعاجز المقصر (في علم القضاء)، شمس الدين محمد بن إبراهيم السَمَدِيسي (ت٩٣٢هـ)، تحقيق: القاضي الدكتور عبد الله بن سعد الطخيس، دار الأوراق للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، ط١، ١٤٤١هـ-٢٠٢٠م، ص١١٤ وما بعدها.

وقد اعتنى الجانب القانوني بالقضاء من جهة بيان أحكام القضاة في الشروط والحقوق والواجبات والرقابة في قوانين السلطات القضائية، وأحكام التقاضي ونظر الدعوى في قوانين المرافعات والإجراءات المدنية والجزائية والإدارية، وطريق القضاء في قوانين وسائل الإثبات مع التحديث الدؤوب في رعاية الطرق المثلى لاستيعاب الإجراءات المتعددة والمسائل الإجرائية والموضوعية المتجددة.

وتمثلت رعاية المنظم السعودي في تنظيمه لمسائل القضاء بإصدار نظام يبين أحكام تولي القضاء، ومبادئه، وشروط متوليه، وحقوق وواجبات القاضي، ومسائل التفتيش على عمله، ومحاسبته وترتيب الجزاء على ذلك في (نظام القضاء، ونظام ديوان المظالم)، وتنظيم أحكام الدعوى القضائية من المرافعة حتى إصدار الحكم بإصدار (أنظمة: المرافعات الشرعية، والمرافعات أمام ديوان المظالم، والإجراءات الجزائية، والمحاكم التجارية، والمحاكم العمالية)، وتنظيم أحكام إثبات الحق بالبينات بإصدار (نظام الإثبات)؛ مراعياً في هذه الأنظمة سيرها على وفق مدلول أحكام الكتاب والسنة كما جاء في منطوق المادة الأولى لهذه الأنظمة الإجرائية. وقد تضمنت جملة من نصوص هذه الأنظمة أحكاما إجرائية وموضوعية جاءت على نحو ما نص عليه الفقهاء في (باب القضاء، أو الدعاوى والبينات، أو أدب القاضي) تتعلق بشروط تولي القضاء، وواجبات القاضي، ومراقبة أعماله، ومسائل نظر الدعوى القضائية وأطرافها، والمدد الزمنية، ومسائل متفرقة في سير الدعوى القضائية حتى إن المتأمل فيها والمقارن لها؛ ليظن أن هذه النصوص

النظامية إنما أفادت عن هؤلاء الفقهاء في صياغتهم للمسألة وعنوانهم لها؛ وهو ما يجعل هذه المطابقة أو الموافقة شاهداً على حرص المنظم السعودي في تطبيق نصوص المادة الأولى السالفة الذكر في (هيمنة أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دلت عليه أحكام الكتاب والسنة) وبرهاناً على تفعيل أحكام هذه النصوص في جميع المسائل الإجرائية التي ستكون أمثلتها حاضرة في هذا البحث الموسوم بـ(نصوص الأنظمة التي جاءت على وفق منصوص الفقهاء) دراسة تحليلية تطبيقية على ضوء الأنظمة العدلية السعودية مقارنة بنصوص الفقهاء في مسائل القضاء، والله من وراء القصد.

تمهيد في المنهجيات والمحددات:

يتضمن هذا التمهيد بيان مشكلة البحث، وأهميته، وأهدافه، وحدوده، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، والخطة العلمية في النقاط الآتية:

مشكلة البحث:

تميز المنظم السعودي في جعل دستور الدولة كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وفق نص المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم، واستمداد الحكم في المملكة سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وجعلهما حاكمين على جميع أنظمة الدولة؛ وهو الأمر الذي صدقته طائفة كثيرة من التنظيمات والتعليمات التي جاءت بها الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية وبخاصة الأنظمة العدلية الموضوعية؛ غير أنه لوحظ أن جملة من المسائل الإجرائية في (الأنظمة العدلية) المتعلقة بتنظيم القضاء والترافع أمام المحاكم قد وردت بنصها أو فحواها في كتب الفقهاء

والقضاة المتقدمين؛ مما يتطلب إعمال المقارنة بين النص النظامي والنقل الفقهي للخروج بنتيجة التوافق أو التقارب بين النصين. ويمكن أن تصاغ مشكلة البحث بالسؤال الآتي: (ما مدى توافق النص النظامي -الموضوعي والإجرائي- في مسائل أحكام القضاء والمرافعة القضائية مع منصوص الفقهاء؟) مع إيراد الشواهد والأمثلة في بيان ذلك وإثباته.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في عدة نقاط، من أبرزها:

١. اتصال البحث بتخصص (الدراسات القضائية) الذي يقوم على دراسات موضوعات القضاء بين الجانبين النظري والعملي في الفقه والنظام.

٢. قيام البحث على المقارنة العلمية بين نصوص الأنظمة العدلية السعودية ومنصوص الفقهاء في مسائل القضاء.

٣. تأصيل المسائل الإجرائية الواردة في الأنظمة العدلية، وربطها بما نقله فقهاء الشريعة واستندوا إليه من الشواهد المسطرة في مصنفاتهم.

أهداف البحث:

يتطلع الباحث إلى تحقيق جملة من الأهداف، من أهمها:

١. إظهار مدى تميز الأنظمة العدلية السعودية في صياغتها، وتبويبها، وشمولها، وتكاملها مع بعضها.

٢. بيان عناية الفقهاء بمسائل الإجراء الشكلي والموضوعي في تنظيم العمل القضائي ونظر الدعوى القضائية.

٣. إبراز سبق المصنفات الفقهية والقضائية في تنظيم الإجراءات القضائية وأثر ذلك في التنظيم القانوني المعاصر للقضاء.

حدود البحث:

سيراعى في مادة البحث الحدود الآتية:

١. الأنظمة العدلية السعودية المتصلة بالتنظيم القضائي والمرافعة القضائية، من مثل: نظام القضاء ونظام ديوان المظالم، ونظام المرافعات الشرعية، ونظام الإجراءات الجزائية، ونظام المرافعات أمام ديوان المظالم.

٢. مصنفات كتب أدب القضاء، والمذاهب الفقهية المتبعة، وكتب الأحكام والقضاء من سنة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وشروحها.

٣. المقارنة النظامية والفقهية في الجوانب القضائية الإجرائية في الشكل والموضوع فحسب؛ لأن جوانب النظام القضائي (الموضوعي) المتمثل بنظام الأحوال الشخصية، ونظام الإثبات، ونظام المعاملات المدنية، ومشروع نظام العقوبات، قد أخذت مادتها من الفقه الإسلامي وهو ما ليس موضعاً للمقارنة في هذا البحث.

الدراسات السابقة:

استعرض الباحث جملة من الدراسات المتخصصة بالمقارنات التشريعية؛ فلم يقف على بحث يقارن بين الجانب النظامي والجانب الفقهي في المسائل

الإجرائية في التنظيم القضائي فضلا عن المقارنة بين الأنظمة العدلية السعودية مع نصوص الفقه الإسلامي في ذلك كما هو الشأن في هذا البحث.

لكن هناك دراسات اعتنى أصحابها بجوانب المقارنة العامة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في موضوع الحكم وإدارة الدولة وتنظيماتها المختلفة والعلاقات الدولية، والقاعدة القانونية والحكم الشرعي، وسن التشريع وتأريخه وأنواعه، والنظام العام والآداب العامة، والحقوق والواجبات، والمصطلحات، وغيرها؛ أو جوانب من المقارنة الجزئية بين الفقه الإسلامي وقانون محدد أو واقعة قانونية معينة.

ومن أبرز هذه الدراسات:

١. **المقارنات التشريعية -تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك-**، محمد بن حسين بن محمد مخلوف العدوي المشهور بـ(مخلوف المنياوي)(ت١٢٩٥هـ)، دراسة وتحقيق: أ. د. محمد أحمد سراج و أ. د. علي جمعة محمد، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، في مجلدين[(١)].

(١) (تتمة): أصل مادة هذه المقارنات (تقرير علمي) أعده الشيخ مخلوف المنياوي بأمر من الخديوي إسماعيل عن ترجمة الشيخ الأزهري رفاعة الطهطاوي لـ(كود نابليون الأول والثاني) من الفرنسية إلى العربية - بطلب من الخديوي إسماعيل- الذي طبع في مجلدين في المطبعة الأميرية في أواخر القرن التاسع عشر؛ لكنه لم يطبق في مصر إلا عام ١٨٨٣م. انظر: أثر مدرسة الحقوق الخديوية في تطوير الدراسات الفقهية (١٨٨٦-١٩٢٥م) -أطروحة ماجستير-، د. محمد بن إبراهيم طاجن، مركز نهوض للدراسات والنشر، الكويت-لبنان، ط١، ٢٠٢٠م، ص٣٩٩ وما بعدها.

٢. المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي -مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ-، سيد عبد الله علي حسين، دراسة وتحقيق: أ. د. محمد أحمد سراج وآخرين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، في أربعة مجلدات.

٣. جملة من مؤلفات الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري المتمثلة في:

- **أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون**، عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا، وأحمد حشمت أبو شيت، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠م، في (٢٩٧) صفحة.

- **مصادر الحق في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقه الغربي-**، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ستة أجزاء في مجلدين.

- **موسوعته القانونية الكبرى بـ(الوسيط في شرح القانون المدني)**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، توالت طباعتها -تقريباً- بحسب أجزائها (العشرة) من عام (١٩٥٢م إلى ١٩٦٩م)، فقد بحث موضوعات القانون المدني المصري مقارناً ذلك بالقانون والقضاء الفرنسي، وفقه الشريعة الإسلامية.

٤. جملة من مؤلفات الدكتور مصطفى بن أحمد الزرقا المتمثلة في:

- **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م؛ فقد سطر المؤلف مباحث كتابه لتكون مقرراً جامعياً إبان تدريسه مقرر الحقوق المدنية في كلية الحقوق السورية عام ١٣٦٣هـ-١٩٤٤م حتى طبعت عام ١٣٦٥هـ، ثم تتابعت طباعة بقية الموضوعات؛ لتقع في مجلدين وتكون مرجعاً في النظريات والمسائل المتعلقة بفقه الحقوق على المذاهب الفقهية الأربعة ومقارنة جملة منها بالقانون المدني السوري، وقد أراد المؤلف من هذا الكتاب أن يكون سلسلة فقهية ممهدة لقانون مدني في سورية مستمد من الفقه الإسلامي، سالكاً فيه طريق التأصيل والتفصيل في ميدان المقارنات التشريعية مع مقدمة ضافية حاوية في تأريخ الفقه والتشريع الإسلامي.

- **الفعل الضار والضمان فيه -دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني**، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م، في (٢٧١) صفحة.

٥. جملة من مؤلفات المستشار علي منصور المتمثلة في:

- **مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، ط١، ١٣٩٠هـ-١٩٧٠م، في (٢٨٦) صفحة.

- **الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام**، الجمهورية العربية المتحدة -المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ١٣٩٠هـ-١٩٧٠م، في (٤١٠) صفحات.

- **نظم الحكم والإدارة في الشريعة والقوانين الوضعية-مقارنات بين الشريعة والقانونين الدستوري والإداري**، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، ليبيا، ط٢، ١٣٩١هـ-١٩٧١م، في (٤١٦) صفحة.

٦. **تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام**، د. أحمد شلبي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون تأريخ طبعة ونشر، في (٣٤٢) صفحة.

٧. **أثر مدرسة الحقوق الخديوية في تطوير الدراسات الفقهية (١٨٨٦-١٩٢٥م) -أطروحة ماجستير-**، د. محمد بن إبراهيم طاجن، مركز نهوض للدراسات والنشر، الكويت-لبنان، ط١، ٢٠٢٠م؛ فقد خصص الفصل الثالث (ص٣١٧-٤١٠) في توريخ المقارنات التشريعية وبيان أثرها في التطور الفقهي، في (٦٧٣) صفحة.

٨. **إحياء التشريع الإسلامي -استقبال القانون الأوروبي والتحولات في الفكر التشريعي الإسلامي في مصر في الفترة ما بين (١٨٧٥-١٩٥٢م) -أطروحة دكتوراه-**، ليونارد وود، ترجمة: د. بدر الدين مصطفى، مراجعة: عمر بسيوني، مركز نهوض للدراسات والنشر، الكويت - لبنان، ط١، ٢٠٢٠م، فقد تناول تأريخ التعليم القانوني والفقهي وامتداد كل منهما في الواقع التشريعي، والمؤسسات التعليمية في مصر، ومخرجاتها في المقررات القانونية والفقهية، والمحاكم القضائية الأهلية والشرعية، في (٥١١) صفحة.

٩. **موافقة قوانين الأحوال الشخصية لاختيارات ابن تيمية**، د. مساعد بن عبد الله بن حمد الحقيل، مجلة قضاء، العدد (٩)، ذو الحجة ١٤٣٨هـ، ص (١٤٩-١٩٦)؛ فقد قارن الباحث خمسة قوانين: وثيقة مسقط ١٤١٧هـ، والقانون المصري، والعراقي، والمغربي، والأردني.

١٠. **أثر مذهب الإمام مالك على القانون الجزائي الكويتي - دراسة تطبيقية-**، د. ماجد بن جابر العنزي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد (١)، العدد التسلسلي (٢٥)، جمادى الآخرة-رجب ١٤٤٠هـ-مارس ٢٠١٩م، ص(٢١-٥٣).

١١. **القانون واجب التطبيق وشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية أمام المحاكم الغربية - المحاكم الإنجليزية نموذجاً-**، د. سليمان بن تركي التركي، مجلة قضاء، العدد (٢٦)، رجب ١٤٤٣هـ-فبراير ٢٠٢٢م، ص(٢٥١-٢٨٨).

فيلحظ أن الجامع بين هذه الدراسات هي (المقارنة التشريعية) في مباحث عامة أو مسائل خاصة تختلف عن فكرة بحثي في بيان وجه المقاربة بين النظام العدلي السعودي وبين الفقه الإسلامي في مسالك القضاء والدعوى الإجرائية[1].

(١) هناك دراسات أُخَرُ يضيق مقام البحث عن سردها وبيان متعلقها -وهي لا تتصل بموضوع البحث اتصالاً مباشراً- لكنها في سياق المقارنات التشريعية كتلك التي تتعلق بتأريخ التشريع الإسلامي، أو المقارنة بين اليهودية والنصرانية والإسلام، أو منهج فقيه من فقهاء الإسلام، أو بعض الإشارات العابرة في ميدان القضاء؛ من مثل: =

منهج البحث:

سأتبع في مادة هذا البحث المنهج التحليلي المقارن من خلال إيراد النص النظامي الإجرائي ثم إيراد النص الفقهي الموافق أو المقارب له في موضوع القضاء والدعوى القضائية وفق دراسة تحليلية من الناحية الموضوعية

=

- في تأريخ التشريع الإسلامي، لـ(ن. ج. كولسون)، ترجمة وتعليق: د. محمد بن أحمد سراج، مراجعة: د. حسن محمود الشافعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م في (٣٠٢) صفحة.
- أبحاث في الشرائع اليهودية والنصرانية والإسلام، د. فؤاد عبد المنعم، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م في (٢٢١) صفحة، وكذلك صنيع د. أحمد شلبي في مقارنته بهذه الشرائع.
- الواقع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المستشار طارق البشري، دار الشروق، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م في (١٤٠) صفحة.
- أصول العلاقات الدولية في فقه الإمام محمد بن الحسن الشيباني - رسالة دكتوراه-، د. عثمان جمعة ضميرية، دار المعالي، عمّان، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، في (١٤٧٣) صفحة. وللمؤلف نفسه: المعاهدات الدولية في فقه الإمام محمد بن الحسن الشيباني - دراسة فقهية مقارنة-، رابطة العالم الإسلامي، رمضان ١٤١٧هـ، العدد ١٧٧، السنة الخامسة عشرة في (٢١٥) صفحة.
- صنيع معالي الشيخ عبد الله بن محمد الخنين في طائفة من مؤلفاته كالمدخل إلى فقه المرافعات، وسير الدعوى القضائية، وأحكام الدعوى القضائية، وتسبيب الحكم القضائي في إشاراته ومقارناته، وصنيع القاضي سابقاً الشيخ د. فهد بن عبد الله آل طالب في عرضه وتعليقه على تراجم الإمام النسائي في كتاب آداب القضاة من كتاب السنن الصغرى (المجتبى) في رسالة لطيفة من مطبوعات دار ابن الأثير، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م، وانتقائه أربعين حديثاً في رسالته (الأربعون القضائية) من الدار نفسها في التأريخ نفسه؛ فقد أفدت عنهما جوانب مضيئة في موضوعات القضاء نظاماً وفقهاً وحديثاً أحسن الله إليهم جميعاً، وأثابهم، وكتب أجرهم.

والإجرائية، من خلال نماذج من المقارنة من غير استقصاء أو تتبع مسائلها تأصيلاً وتفصيلاً وترجيحاً على السنن العلمي المتبع في دراسة المسائل الفقهية. وسيكون النهج العلمي المتبع وفق الآتي:

١. عزو الآيات القرآنية باسم السورة ورقم الآية في المتن ومراعاة الرسم المستقر في كتابتها، وتخريج الأحاديث والآثار مع عزوها إلى موضعها من كتب الصحاح والسنن والمسانيد، ونقل حكم أهل الصنعة الحديثية -متى وجد- على ما كان من غير الصحيحين.

٢. التعريف بالمصطلحات والمفاهيم الواردة وفق الاختصاص اللغوي والفقهي والقانوني.

٣. توثيق النصوص من مصادرها، والأنظمة من الصحيفة الرسمية.

٤. ترك التعريف بالأعلام الواردة أسماؤهم مراعاة لطبيعة هذا اللون من البحوث.

خطة البحث:

يضم البحث مقدمة، وتمهيداً في المنهجيات والمحددات العلمية، وأربعة مباحث ذات مطالب وفق التقسيم الآتي:

المقدمة.

تمهيد (المنهجيات والمحددات العلمية).

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان مع نماذج تطبيقية عامة من أوجه المقارنة.

المبحث الثاني: شروط القاضي وصفاته.

المبحث الثالث: المسائل المتعلقة بواجبات القاضي.

المبحث الرابع: المسائل المتعلقة بالنظر القضائي.

الخاتمة: (أبرز النتائج والتوصيات).

وبعد: فأسأل الله التوفيق والسداد، وأن يلهمني الهدى والرشاد، وهذا أوان الشروع في البحث، ومنه أستمد العون.

المبحث الأول
التعريف بمفردات العنوان مع نماذج تطبيقية في جوانب المقارنة العامة

تضمن عنوان البحث مفردتين يدور عليهما العنوان؛ هما الفقهاء والأنظمة، وتطلب تصوير ارتباطهما بنماذج تطبيقية عامة في مقاربة النصوص النظامية لنصوص الفقهاء في موضوعات متفرقة، وبسط الحديث حوله في المطلبين الآتيين[1].

المطلب الأول: تعريف مفردات العنوان:

في مسألتين:

المسألة الأولى: تعريف الفقه:

جاء عند أهل اللغة في معنى الفقه أنه: «العلم في الدين، يقال: فَقِهَ الرجلُ يفْقَهُ فهو فقيهٌ... يقال: فَقِه فلان عني ما بينتُ له يَفْقَه فِقها إذا فهمه»[2]، وذكر بعضهم في مدلول الفقه أنه: «العلم بالشيء... وكل علم بالشيء فقه،

(١) أورد الباحث (مقارنة عامة) لا تتصل بالأنظمة العدلية في سبيل تصوير فكرة البحث، وبيان مناسبة فكرة المقارنة العامة بحسب كل تخصص بين نصوص في الأنظمة السعودية مع منصوص الفقهاء.

(٢) تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (ت ٣٧٠هـ)، تحقيق -هذا الجزء-: د. عبد الله درويش، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط ١٣٨٤-١٣٨٧هـ/ ١٩٦٤م-١٩٦٧م، (٥/ ٤٠٤) تحت مادة (فهق، فقه).

ثم اختص به علم الشريعة، فقيل لكل عالم بها: فقيه»[1]. وأفاد بعضهم أن الأصل في معنى الفقه: «الفهم؛ واشتقاقه من الشق والفتح. يقال: فقِه الرجل - بالكسر -يفْقَه فقهاً إذا فهم وعلم، وفَقُه -بالضم- يفقُه: إذا صار فقيها عالما. وقد جعله العرف خاصاً بعلم الشريعة، وتخصيصاً بعلم الفروع منها»[2].

وهناك من بيَّن أن الفقه: «هو التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد، فهو أخص من العلم. قال تعالى: ﴿فَمَالِ هَٰٓؤُلَآءِ ٱلۡقَوۡمِ لَا يَكَادُونَ يَفۡقَهُونَ حَدِيثٗا ٧٨﴾[3]، ﴿وَلَٰكِنَّ ٱلۡمُنَٰفِقِينَ لَا يَفۡقَهُونَ ٧﴾[4]، ... والفقه: العلم بأحكام الشريعة»[5]. والفقه في الاصطلاح: «هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»، وأضاف بعضهم أن الفقه

(١) مجمل اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي (ت٣٩٥هـ)، دارسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص٧٠٣، مادة (فقه).

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري (ت٦٠٦هـ)، تحقيق: محمود الطناحي وطاهر الزاوي، المكتبة الإسلامية، ط١، ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م، (٣/ ٤٦٥)، باب الفاء مع القاف (فقه). وانظر: تهذيب اللغة، الأزهري، مرجع سابق، (٥/ ٤٠٤-٤٠٥). مفردات ألفاظ القرآن، للراغب الأصفهاني (ت٥٠٢هـ)، تحقيق صفوان عدنان داووي، دار القلم بدمشق، الدار الشامية ببيروت، ط٤، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص٦٤٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (ت٧٧٠هـ)، تحقيق: د. عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ط٢، بدون تأريخ نشر، (٢/ ٤٧٩)، مادة (فقه).

(٣) سورة النساء: ٧٨.

(٤) سورة المنافقون: ٧.

(٥) مفردات ألفاظ القرآن، المرجع السابق.

هو: «الإصابة والوقوف على المعنى الخفي الذي يتعلق به الحكم، وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد، ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل»[١].

وطائفة حدَّت الفقه بـ «معرفة الأحكام الشرعية»[٢]، وأخرى خصت الفقه بـ «معرفة الحلال والحرام والقضاء بتأويل الأحكام»[٣]. وتكلم بعضهم عند حرف (فأفقههم) في مباحث الإمامة في الصلاة؛ أن الأفقه: من عرف في الفقه أكثر من غيره، وأن الفقيه: من عرف جملة (غالبة) -وقيل: كثيرة- من الأحكام الشرعية الفرعية، وقيل: ألف مسألة، وقيل: خمسمائة مسألة عن أدلتها التفصيلية إما بالفعل، أو بالقوة القريبة من الفعل -وهي التهيؤ لمعرفتها[٤]-. ومنهم من مايز في تعريف الفقه بحسب مفهومه عند

(١) مرجع التعريفين: التعريفات، لعلي بن محمد السيد الشريف الجرجاني الحنفي (ت٨١٦هـ)، تحقيق ودراسة: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، بدون معلومات طبعة ونشر، تأريخ الإيداع ٢٠٠٤م. وانظر أيضاً في مرجع آخر للتعريف الأول: الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، للقاضي زكريا بن محمد الأنصاري (ت٩٢٦هـ)، تحقيق: د. مازن المبارك، مطبوعات مركز جمعة الماجد الثقافي بدبي، دار الفكر المعاصر ببيروت، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، ص٦٧.

(٢) كتاب الحدود في الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت٤٧٤هـ)، تحقيق: د. نزيه حماد، مؤسسة الزعبي، ط١، ١٣٩٢هـ-١٩٧٣م، ص٣٥.

(٣) حلية الفقهاء، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي (ت٣٩٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص٢٣ (باب القول في العلم والفقه).

(٤) انظر: الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، جمال الدين أبي المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي الدمشقي الصالحي المعروف بابن المَبْرد (ت٩٠٩هـ)-رسالة دكتوراه في كلية الشريعة بجامعة أم القرى-، دراسة وإعداد: رضوان مختار بن غربيَّة، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، (٢/ ٤٢٩). =

أهل الاختصاص؛ فقال: «واصطلاحاً عند الأصوليين: العلم بالأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية، وعند الفقهاء: حفظ الفروع وأقلها ثلاث مسائل، وعند أهل الحقيقة: الجمع بين العلم والعمل. وموضوعه: فعل المكلف ثبوتاً أو سلباً...»[1]. فالمدلول الاصطلاحي واللغوي لمفردة (الفقه) وفق ما تقدم إيراده من التعريفات والحدود قد جاء على معنى فهم الشيء والعلم به، والفهم العميق، ثم جاء استعماله اصطلاحاً على أطوار ثلاثة؛ فالطور الأول يشمل علوم الشريعة بأقسامها الثلاثة (علم العقيدة أو علم الكلام)، و(علم الفقه والفرعيات في العبادات والمعاملات)، و(علم الأخلاق والسلوك)، والطور الثاني انحصر استعماله في اصطلاح الأصوليين (الأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية)، والطور الثالث توسع استعماله (الأصولي) ليشمل الأحكام الشرعية المستنبطة القطعية والظنية[2]. والتفقه والاشتغال به يكسب صاحبه (وصف الفقيه) الذي

= معجم مصطلحات العلوم الشرعية، مجموعة مؤلفين، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، الرياض، ط٢، ١٤٣٩هـ-٢٠١٧م، ص١٢١٦، (حرف الفاء).

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، لمحمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي (ت١٠٨٨هـ)؛ والمتن لمحمد بن عبد الله بن أحمد الغزي التمرتاشي (ت١٠٠٤هـ) في فروع الفقه الحنفي، حققه: عبد المنعم خليل إبراهيم، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية ببيروت، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ص١١، مقدمة الكتاب. وانظر: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص ٢٨٩، وأفدت عنه ابتداء كلام الحصكفي.

(٢) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي - تاريخ الفقه الإسلامي وأصوله-، د. يوسف بن أحمد محمد البدوي، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص١٧-٢٣.

لا يُطلق بحكم العادة -وفق منطوق الغزالي- إلا على العلماء المختصين بالأحكام الشرعية في بيان موضوعها، وأحكامها التكليفية الخمسة دون غيرهم من المشتغلين بعلم الكلام، أو الفلسفة، أو النحو، أو الحديث، أو التفسير[1]؛ وهو الذي استقر عليه هذا المعنى عند الإطلاق في الدراسات الأكاديمية وميادين البحوث العلمية المعاصرة.

المسألة الثانية: تعريف الأنظمة:

النظام مشتق في مادته من حرف (نظم): فـ«النون والظاء والميم: أصل واحد يدل على تأليف شيء وتأليفه»[2]، ويقال: ليس لأمر نظام؛ أي: لا تستقيم طريقته، وما لهذا الأمر من نظام أي: استقامة[3]، «وكل شيء قرنته بآخر، أو ضممت بعضه إلى بعض، فقد نظمته... ونظام كل أمر ملاكه،

(١) انظر: المستصفى من علم أصول الفقه، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت٥٠٥هـ)، تحقيق وتعليق: د. محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، (١/ ٣٥)، تحت بيان حد أصول الفقه في مقدمة الكتاب.

(٢) معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ طبعة، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م. (٥/ ٤٤٣). مجمل اللغة، مرجع سابق، ص٨٧٣. مفردة (نظم) باب النون والظاء وما يثلثها. ذكر محقق المعجم أن عبارة (وتأليفه) لعلها (وتكثيفه).

(٣) تهذيب اللغة، الأزهري، مرجع سابق، (١٤/ ٣٩١). وانظر: لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ طبعة. (١٢/ ٥٧٨)، مفردة (نظم) باب النون فصل الميم.

والجمع أنظمة وأناظيم ونظم... والنظام: الهَدْيَة والسيرة، وليس لأمرهم نظام أي: ليس له هدي، ولا متعلق، ولا استقامة»[١].

فدلالة النظام مما سبق يدور على التأليف، والاستقامة، والهدي، وجمع الأشياء إلى بعضها؛ وهذا يظهر من كثرة استعمال النظام والأنظمة والتنظيمات والنظم في الواقع المعاصر على هيئة مجموعة من المواد القانونية مقصودها ترتيب التعامل مع موضوع ما، ومطلوبها الاستقامة عليه والسير وفق نصوصه وحدوده؛ وهو بهذا يتسق مع دلالته اللغوية[٢]. واصطلح في تعريف النظام بأنه: «مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات التي تحدد الطريقة التي يجب اتباعها في تصرف معين»[٣]، وقيل: «مجموعة القواعد والأحكام التي تحكم تصرفاً معيناً، أو مؤسسة ما، أو تنظم حياة المجتمعات، أو جانباً منها على نسق معين وبصورة شمولية»[٤]، وقيل: «مجموعة المبادئ، والتشريعات، والأعراف ونحوها من الأمور التي تقوم عليها حياة الفرد، وحياة المجتمع، وحياة الدولة، وبها تنتظم أمورها»[٥].

(١) لسان العرب، المرجع السابق.
(٢) انظر: أدب القاضي في الأنظمة العدلية السعودية، المحمد، مرجع سابق، ص٥٠.
(٣) معجم لغة الفقهاء -مع كشاف باللغتين الإنكليزية والفرنسية-، وضعه: محمد رواس قلعه جي، دار النفائس للنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، ص٤٥٣-٤٥٤ تحت (نظام - SYSTEM).
(٤) معجم المصطلحات السياسة في تراث الفقهاء، سامي محمد الصلاحات، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م. مفردة (النظام-SYSTEM)؛ وقد نقل المؤلف (كما ذكر) هذا التعريف مشافهة عن الدكتور منير البياتي، ص٢٣٠.
(٥) معجم مصطلحات العلوم الشرعية، مرجع سابق، ص١٧٠١.

ويُعرِّف أهل القانون النظام بحسب موضوعه، وتقسيماته، ووظيفته؛ كما عرَّفه بعضهم بأن النظام: «قواعد تشريعية تصدرها السلطة التنفيذية لتسهيل تنفيذ القانون»[١]، بينما تطرق آخرون إلى بيان مدلول النظام بحسب البعد التشريعي في الدولة؛ وأن النظام وفق هذا الجانب في المملكة العربية السعودية عبارة عن مجموعة: «القواعد العامة الملزمة الصادرة عن السلطة التنظيمية الموافق عليها بمرسوم ملكي»[٢].

وقد نص المنظم السعودي على اسم (الأنظمة واللوائح) في عملية التنظيم وفق نص المادة (٦٧) من النظام الأساسي للحكم، والمادة (٢١) من نظام مجلس الوزراء، والمادة (١٥) من نظام مجلس الشورى، وناط بالسلطة التنظيمية وضع الأنظمة واللوائح وفق نص المادة (٦٧) السالفة[٣]. وترتيب الأنظمة السعودية وفق (مبدأ التدرج التشريعي) يبدأ بالنظام الأساسي

(١) معجم مصطلحات الشريعة والقانون، عبد الواحد كرم، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ص٤٢٠ وما بعدها فقد عرف مجموعة من الأنظمة.

(٢) السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية، محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي، مكتبة العبيكان، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ص٨٦.

(٣) صدر **النظام الأساسي للحكم** بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) بتأريخ ٢٧ شعبان ١٤١٢هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٣٣٩٧) بتأريخ ٢ رمضان ١٤١٢هـ، وجاءت مواده في (٨٣) مادة. وصدر **نظام مجلس الوزراء** بالأمر الملكي رقم (أ/ ١٣) بتأريخ ٣ ربيع الأول ١٤١٤هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٣٤٦٨) بتأريخ ١٠ ربيع الأول ١٤١٤هـ، وجاءت مواده في (٣٢) مادة. وصدر **نظام مجلس الشورى** بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩١) بتأريخ ٢٧ شعبان ١٤١٢هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٣٣٩٧) بتاريخ ٢ رمضان ١٤١٢هـ، وجاءت مواده في (٣٠) مادة.

للحكم، ثم الأنظمة الأساسية، ثم الأنظمة العادية، ثم اللوائح، ثم القواعد على أن الكتاب والسنة هم الحاكمان على جميع هذه الأنظمة ابتداء وانتهاء[1].

و(الأنظمة العدلية) في رتبة التشريع؛ تعد من الأنظمة العادية، ومفهومه: «كل نظام يتناول ترتيب الأجهزة القضائية، ويبين أحكام القضاة وحقوقهم وواجباتهم، وإجراءات التقاضي في الدعاوى والمرافعة، ويكون إصدار لائحته من اختصاص الجهات العدلية»؛ فهذا المفهوم يجمع بين البعد الموضوعي المتمثل بالتنظيم القضائي في شأن القضاة، والأجهزة القضائية، والمرافعة والدعوى، والإجراءات المتصلة بها؛ والبعد الشكلي المتعلق بإصدار اللوائح والقواعد في تنفيذ الأنظمة وتفسيرها من قبل

(١) الأنظمة الأساسية هي: نظام مجلس الشورى، ونظام مجلس الوزراء، ونظام المناطق (المقاطعات)؛ وقد وصفت بأنها أنظمة أساسية بنص قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ١١٤ بتأريخ ٢٦ شعبان ١٤١٢هـ، واستثنيت هذه الأنظمة من كلمة (النظام) الواردة في المادتين (١٩) و(٢٠) من نظام مجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٨ بتأريخ ٢٢ شوال ١٣٧٧هـ بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢٣) بتأريخ ٢٦ شعبان ١٤١٢هـ المنشور بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٣٣٩٩) بتأريخ ١٦ رمضان ١٤١٢هـ. وقد أفدت هذه المعلومة ابتداء من السلطة التنظيمية، المرزوقي، مرجع سابق، ص٨٤.
(**تتمة**): **صدر نظام المناطق** بالأمر الملكي رقم (أ/ ٩٢) بتأريخ ٢٧ شعبان ١٤١٢هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٣٣٩٧) بتأريخ ٢ رمضان ١٤١٢هـ، وقد جاءت مواده في (٤١) مادة. وللتفصيل حول (**مبدأ التدرج التشريعي**) وأثر ذلك في الأنظمة واللوائح، انظر: تطور القضاء ونظامه في المملكة العربية السعودية - عهد خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز دراسة استقرائية تحليلية-، د. حسام بن عبد الله المحمد، مجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد٤٢، يوليو ٢٠٢٣م-١٤٤٥هـ، ص١٩٨١-١٩٨٤.

وزارة العدل أو المجلس القضائي الذي توصف معه الأنظمة واللوائح بالأنظمة العدلية[1].

وتعدادها على النحو الآتي: نظام القضاء، ونظام ديوان المظالم، ونظام المرافعات الشرعية، ونظام المرافعات أمام ديوان المظالم، ونظام الإجراءات الجزائية، ونظام التنفيذ، ونظام التحكيم، ونظام المحاماة، ونظام التوثيق، ونظام المحاكم التجارية، ونظام التنفيذ الإداري، ونظام التسجيل العيني للعقار، ونظام التكاليف القضائية؛ والأنظمة الموضوعية الحديثة: نظام الإثبات، ونظام الأحوال الشخصية، ونظام المعاملات المدنية، ونظام العقوبات[2].

---

(١) انظر في تأصيل وتفصيل هذا التعريف، وتعداد الأنظمة العدلية: تطور القضاء ونظامه، المرجع السابق، ص١٩٨٤-١٩٨٥. وانظر في استعمال مفردة (النظام) عوضاً عن (القانون) البحث نفسه (تطور القضاء ونظامه) لكن في النسخة (غير المنشورة لدى الباحث)، ص١٢. وبحث: العلاقة بين الفقه والنظام، د. خالد بن عبد العزيز آل سليمان، مجلة قضاء، العدد (٩)، ذو الحجة ١٤٣٨هـ-سبتمبر ٢٠١٧م، (ص٩-٧١).

(٢) مراسيم إصدار الأنظمة وتوثيقها:
- صدر **نظام القضاء** (في ٨٥ مادة) **ونظام ديوان المظالم** (في ٢٦ مادة) **وآلية العمل التنفيذية** لهما (في ثلاثة أقسام) بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتأريخ ١٩ رمضان ١٤٢٨هـ ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤١٧٠) بتأريخ ٣٠ رمضان ١٤٢٨هـ.
- صدر **نظام المرافعات الشرعية** بالمرسوم الملكي (م/ ١) بتأريخ ٢٢ محرم ١٤٣٥هـ، ونشر بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٤٩٣) بتأريخ ١٧ صفر ١٤٣٥هـ، وقد جاء النظام في أربعة عشر باباً و(٢٤٢) مادة، وصدرت لائحته التنفيذية عن وزير العدل بالقرار رقم (٣٩٩٣٣) في ١٩ جمادى الأولى ١٤٣٥هـ.
-صدر **نظام المرافعات أمام ديوان المظالم** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) بتأريخ ٢٢ محرم ١٤٣٥هـ، ونشر بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٤٩٢) بتأريخ ١٠ صفر =

وستكون المقارنة مع الأنظمة الإجرائية الآتية: نظام القضاء، ونظام

= ١٤٣٥هـ. وجاء النظام في خمسة أبواب و(٦٣) مادة، وصدرت لائحته التنفيذية عن مجلس القضاء الإداري في الجلسة رقم (٢٦) بتأريخ ٢٦ ذي الحجة ١٤٣٥هـ.

-صدر **نظام الإجراءات الجزائية** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢) بتأريخ ٢٢ محرم ١٤٣٥هـ، ونشر بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٤٩١) بتأريخ ٣ صفر ١٤٣٥هـ. وجاء النظام في عشرة أبواب و(٢٢٢) مادة، وصدرت لائحته التنفيذية عن مجلس الوزراء بالقرار رقم (١٤٢) وتأريخ ٢١ ربيع الأول ١٤٣٦هـ، ونشرت بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٥٥٣)، بتأريخ ٢٤ ربيع الثاني ١٤٣٦هـ.

-صدر **نظام التنفيذ** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٣) بتأريخ ١٣ شعبان ١٤٣٣هـ، ونشر بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٤٢٥) بتأريخ ١٣ شوال ١٤٣٣هـ. وجاء النظام في خمسة أبواب و(٩٨) مادة، وصدرت لائحته التنفيذية عن وزير العدل بالقرار رقم (٩٨٩٢) بتأريخ ١٧ ربيع الثاني ١٤٣٤هـ.

- صدر **نظام التحكيم** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٤) بتأريخ ٢٤ جمادى الأولى ١٤٣٣هـ، ونشر بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٤١٣) بتأريخ ١٨ رجب ١٤٣٣هـ، وجاء النظام في ثمانية أبواب و(٥٨) مادة وصدرت لائحته التنفيذية عن مجلس الوزراء بالقرار رقم (٥٤١) بتاريخ ٢٦ شعبان ١٤٣٨هـ ونشرت بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٦٧٤) بتأريخ ١٤ رمضان ١٤٣٨هـ.

-صدر **نظام المحاماة** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٨) بتأريخ ٢٨ رجب ١٤٢٢هـ، ونشر نص المرسوم بصحيفة أم القرى في عددها (٣٨٦٨) بتأريخ ٢٤ شعبان ١٤٢٢هـ، بينما نشر النظام نفسه في العدد رقم (٣٨٦٧) من الصحيفة نفسها بتأريخ ١٧ شعبان ١٤٢٢هـ. وقد جاء النظام في أربعة أبواب و(٤٣) مادة، وصدرت لائحته التنفيذية عن وزير العدل بالقرار رقم (٤٦٤٩) بتأريخ ٨ جمادى الثانية ١٤٢٣هـ.

- صدر **نظام التوثيق** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٦٤) بتأريخ ١٩ ذي القعدة ١٤٤١هـ، ونشر بصحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٨٤٠) بتأريخ ٢٦ ذي القعدة ١٤٤١هـ في خمسة أبواب و(٥٧) مادة، وصدرت اللائحة التنفيذية بقرار وزير العدل ذي الرقم (١٩٤٨) بتأريخ الأول من جمادى الآخرة ١٤٤٢هـ ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٨٧١) بتأريخ ٧ رجب ١٤٤٢هـ في (٣٠) مادة. =

المرافعات الشرعية، ونظام الإجراءات الجزائية، وغيرها؛ لأنها المرجع في الجانب الإجرائي لموضوع الدعوى القضائية وفق ما سيأتي تصديقه وتطبيقه.

=

- صدر **نظام المحاكم التجارية** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣) بتأريخ ١٥ شعبان ١٤٤١هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٨٢٧) بتأريخ ٢٤ شعبان ١٤٤١هـ في أحد عشر باباً و(٩٦) مادة، وصدرت اللائحة التنفيذية له بقرار وزير العدل رقم (٨٣٤٤) بتأريخ ٢٦ شوال ١٤٤١هـ، ونشرت في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٨٣٨) بتأريخ ١٢ ذي القعدة ١٤٤١هـ في ستة أبواب و(٢٨١) مادة.
- صدر **نظام التنفيذ الإداري** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥) بتأريخ ٢٧ محرم ١٤٤٣هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٨٩٩) بتأريخ ٣ صفر ١٤٤٣هـ في خمسة أبواب و(٣٧) مادة.
- صدر **نظام التسجيل العيني للعقار** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩١) بتأريخ ١٩ رمضان ١٤٤٣هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٩٣٢) بتأريخ ١٢ شوال ١٤٤٣هـ في عشرة فصول و(٤٠) مادة، وصدرت اللائحة التنفيذية عن مجلس إدارة الهيئة العامة للعقار بقرارها رقم (٢٠/ ١/ ت/ ٢٢) بتأريخ ٢٧ محرم ١٤٤٤هـ، ونشرت في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٩٤٦) بتأريخ ٦ صفر ١٤٤٤هـ في ثلاثة أبواب و(٥١) مادة.
- صدر **نظام التكاليف القضائية** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٦) بتأريخ ٣٠ محرم ١٤٤٣هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٩٠٠) بتأريخ ١٠ صفر ١٤٤٣هـ في (٢٣) مادة، وصدرت اللائحة التنفيذية له بقرار مجلس الوزراء رقم (٥١٩) بتأريخ ١١ رمضان ١٤٤٣هـ في (١٧) مادة ونشرت في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٩٣١) بتأريخ ٢١ رمضان ١٤٤٣هـ.
- صدر **نظام الإثبات** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٣) بتأريخ ٢٦ جمادى الأولى ١٤٤٣هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٩١٦) بتأريخ ٤ جمادى الآخرة ١٤٤٣هـ في أحد عشر باباً و(١٢٩) مادة.
- صدر **نظام الأحوال الشخصية** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٣) بتأريخ ٦ شعبان ١٤٤٣هـ، ونشر في صحيفة أم القرى في عددها رقم (٤٩٢٦) بتأريخ ١٥ شعبان ١٤٤٣هـ في ثمانية أبواب و(٢٥٢) مادة. =

المطلب الثاني: نماذج تطبيقية في جوانب المقارنة العامة:

يتضمن هذا المطلب تطبيقاً لجانب المقارنة العامة بين نصوص الأنظمة أو النظريات والمسائل القانونية ومجيئها على سنن الفقهاء في نصهم أو منصوصهم خارج الموضوعات القضائية في النماذج الآتية:

الأول: عدم رجعية القرارات الإدارية ونص علاء الدين الكاساني (ت٥٨٧هـ):

سريان حكم القانون ولزوم العمل به يسري على جميع المشمولين بتطبيقه على صعيد المكان والزمان ضمانا لمبدأ العدالة من خلال التنفيذ المباشر، وإعمالا لقاعدة (أن التشريع يسري من وقت نفاذه، وألا يتناول الماضي)، أو ما يعرف بمبدأ (عدم رجعية القوانين)، الذي يعني: عدم انسحاب أحكام القانون الجديد على الوقائع الماضية، وأن يقتصر تطبيقه على الوقائع الحاصلة بعد نفاذه، وهو من المبادئ العامة في تقرير القاعدة القانونية[1].

ومبدأ (عدم رجعية القرارات الإدارية) يتضمن المفهوم نفسه؛ وهو من المبادئ التي يخصص لها (أهل القانون الإداري) مبحثاً عند الحديث عن

=

-صدر **نظام المعاملات المدنية** بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩١) بتأريخ ٢٩ ذي القعدة ١٤٤٤هـ، ونشر في العدد رقم (٤٩٨٧) من صحيفة أم القرى بتأريخ ٥ ذي الحجة ١٤٤٤هـ في بابين و(٧٢١) مادة.

-**مشروع نظام العقوبات** (لم يصدر بعد).

(١) انظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا وأحمد حشمت أبو شيت، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠م، ص٢٢١ وما بعدها. المدخل إلى القانون، حسن كيره، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ الطبعة والنشر، ص٣٣٩.

الآثار الفورية للقرار الإداري بعد بيان أركانه، وأحكامه؛ وأن تطبيق القرار بأثر رجعي قد يؤدي إلى تجاوز الاختصاص الزماني، والمجازاة قبل حصول موجبات ذلك، والمساس بالحقوق المكتسبة للأفراد[1].

وقد سطر الكاساني هذا المعنى عند بحثه مسألة (الصلاة إلى القبلة) أحد شروط الصلاة؛ وهو ما إذا صلى شخص إلى جهة من الجهات بالتحري، ثم ظهر خطؤه، مفصلاً الحكم حال كون ذلك قبل الفراغ من الصلاة أو بعدها؛ وأنه في الحال الأولى يستدير إلى القبلة ويكمل الصلاة، فقال: «ولأن تبدل الرأي في معنى استنساخ النص»، وقد أفصح الكفوي عن النص ذاته بـ(عبارة قانونية) تحت مفردة (الاجتهاد) فقال: «وتبدل رأي المجتهد بمنزلة استنساخ النص، يعمل به في المستقبل لا فيما مضى»[2].

(١) انظر: القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية – دراسة مقارنة–، د. فؤاد محمد موسى عبد الكريم، معهد الإدارة العامة بالرياض، مركز البحوث، ط١، ١٤٢٤هـ–٢٠٠٣م، ص٢٦٨. (تتمة مهمة): الأصل عدم رجعية القرارات، وهناك (ثمان حالات) يرد عليها الاستثناء من إعمال هذا المبدأ، انظر: ص٢٦٩ وما بعدها.

(٢) مرجع النقلين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ)، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٢٤هـ–٢٠٠٣م، (١/ ٥٥٢). الكليات –معجم في المصطلحات والفروق اللغوية–، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت قبل ١٠٩٤هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٤١٩هـ–١٩٩٨م، ص٤٦ تحت مفردة (الاجتهاد). وقد أفدت هذا الاستشهاد ابتداء من بحث: سلطة ولي الأمر في تغيير النظام –المسوغات والضوابط والمجالات– بحث مكمل لنيل درجة الماجستير من قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء، إعداد: ياسر بن عبد العزيز بن عثمان المسند، إشراف: د. سعد بن مطر العتيبي، ١٤٢٨هـ–٢٠٠٧م، ص٣٩.

وأصل هذا المعنى قد جاء في قول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾﴾[1]. قال قتادة: «إن الله تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ ليس يعذب أحداً حتى يسبق إليه من الله خبر، أو يأتيه من الله بينة، وليس معذباً أحداً إلا بذنبه»[2].

الثاني: إتلاف المغشوشات وفق نظام مكافحة الغش التجاري ونص تقي الدين ابن تيمية (ت٧٢٨هـ):

صدر نظام مكافحة الغش التجاري بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩) بتأريخ ٢٣ ربيع الآخر ١٤٢٩هـ، ونشر في العدد رقم (٤٢٠٤) من صحيفة أم القرى بتأريخ ٢ جمادى الآخرة ١٤٢٩هـ في (٣٠) مادة. وقد عرَّفت المادة الأولى من النظام (المنتج المغشوش) بأنه: «أ - كل منتج دخل عليه تغيير أو عبث به بصورة ما مما أفقده شيئًا من قيمته المادية أو المعنوية، سواء كان ذلك بالإضافة، أو بالإنقاص، أو بالتصنيع أو بغير ذلك، في ذاته أو طبيعته أو جنسه أو نوعه أو شكله أو عناصره أو صفاته أو متطلباته أو خصائصه أو مصدره أو قدره سواء في الوزن، أو الكيل، أو المقاس، أو العدد، أو الطاقة، أو العيار. ب- كل منتج غير مطابق للمواصفات القياسية المعتمدة».

«ورتبت عليه جملة من الأحكام والإجراءات؛ ومن ذلك ما جاء في منطوق المادة (٢١) من أنه: «يترتب -في جميع الأحوال- على ثبوت غش

(١) سورة الإسراء: ١٥.
(٢) جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت٣١٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، (١٤/ ٥٢٦).

المنتج إتلافه أو التصرف فيه بأي طريقة مناسبة، ومصادرة الأدوات التي استعملت في الغش أو الخداع. وتبين اللائحة كيفية التصرف فيها».

ونص ابن تيمية في رسالته عن (الحسبة) في موضوع (التعزير بالعقوبات المالية) وتقرير مسألة المنكرات من الأعيان والصفات؛ وأنه يجوز إتلاف محلها تبعاً لها؛ فقال: «ونظيره ما أفتى به طائفة من الفقهاء القائلين بهذا الأصل في جواز إتلاف المغشوشات في الصناعات: مثل الثياب التي نسجت نسجاً رديئاً؛ أنه يجوز تمزيقها وتحريقها»[1]، ثم شرع ينقل أقوال العلماء في مصير هذه (المغشوشات) والجانب الإجرائي في التعامل معها، ومآل التخلص منها، وتأصيل العقوبات والغرامات المالية -وفق المصطلح الفقهي- مع إيراد الوقائع عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعن الصحابة -رضوان الله عليهم- في ذلك كما لو كانت من الأنظمة المعاصرة.

الثالث: ملكية المياه وفق نظام المياه وحديث: ((المسلمون شركاء في ثلاث)):

صدر نظام المياه بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥٩) بتأريخ ١١ ذي القعدة ١٤٤١هـ، ونشر في العدد رقم (٤٨٣٩) من صحيفة أم القرى بتأريخ ١٩ ذي القعدة ١٤٤١هـ في (٧٧) مادة. وجاء في منصوص المادة (٨) منه: «دون

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت٧٢٨هـ)، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف في المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، (٢٨/ ١١٤-١١٩). وانظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي (ت٧٩٩هـ)، تحقيق: عثمان بن جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م، (٣/ ٣٥٤).

إخلال بالحقوق المُقررة شرعًا، تُعد مصادر المياه ملكًا عامًا، يتم الانتفاع بها طبقًا لأحكام النظام والأنظمة الأخرى». ومستند هذا النص قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلأ والماء والنار))[1].

الرابع: ضابط فتح نافذة على بيت الجار بين اشتراط البلدية ورأي مالك بن أنس (ت١٧٩هـ):

ناط المنظم السعودي بـ(البلديات) تنظيم وتخطيط الأحياء السكنية، ومنح الرخص اللازمة لتصاريح البناء، وغيرها من الاختصاصات التي بلغت (٢١) اختصاصاً بنص المادة (٥) من نظام البلديات والقرى الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥) بتأريخ ٢١ صفر ١٣٩٧هـ المنشور في العدد رقم (٢٦٦٢) من صحيفة أم القرى بتأريخ ٢٣ صفر ١٣٩٧هـ في (٤٩) مادة.

وقد تضمنت الأدلة والاشتراطات الصادرة مراعاة (وضع النوافذ لخصوصية المجاور السكني كما جاء ذلك في (دليل إجراءات شهادة امتثال المباني ١٤٤٤هـ الصادر عن وزارة الشؤون البلدية والقروية والإسكان) تحت عنوان (تصميم المبنى) وفق البند (١، ١) عدم فتح شبابيك مخالفة لأنظمة

(١) رواه أحمد (بغير هذا اللفظ) في مسنده، مسند الأنصار، أحاديث رجال من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رقم الحديث (٢٣٠٨٢) و(٢٣٠٨٣). وأبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب: في منع الماء، رقم الحديث (٣٤٧٧) واللفظ له، وابن ماجه في سننه (بغير هذا اللفظ)، كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاث، رقم الحديث (٢٤٧٢). والحديث صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م. كتاب البيوع، (٢/ ٣٦٨). وانظر تفصيل تخريج الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، (٦/ ٦-٩) تحت رقم الحديث (١٥٥٢).

البناء أو الاشتراطات التصميمية للفتحات، وما جاء في الاشتراطات الفنية ضمن (اشتراطات مباني الأبراج السكنية) من (مراعاة تصميم الوجهات بصورة عصرية جمالية مع الالتزام بتوفير خصوصية جهة المجاور السكني)؛ وهو الأمر الذي تضمنه (أنموذج التدقيق) الموجود في المواقع الشبكية لأمانات المناطق تحت مفردة (الوحدات السكنية)، وترتيب الغرامة المالية مع تصحيح المخالفة وفق البند (٣/ ٤/ ٤) من جدول الجزاءات والمخالفات البلدية ١٤٤٤هـ-٢٠٢٣م[١].

وقد عني الفقهاء بأحكام البناء والجدار في مؤلفات خاصة قد حوت نصوصاً فقهية، ومن ذلك: «قال سحنون: قلت لابن القاسم: أرأيت لو أن رجلا بنى قصوراً إلى جنب داري، ورفعها، وفتح فيها أبواباً وكوى يشرف منها على عيالي وعلى داري، أيكون لي أن أمنعه من ذلك، في قول مالك؟ قال: نعم - إنه يمنع ذلك كله- كذلك قال مالك»[٢]. وروي عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه أمر أن يوضع سرير من ناحية بيت المحدث

(١) انظر أيضاً المواد (٥٥، ٦٧، ٦٨) من نظام الطرق والمباني الصادر بالأمر الملكي بتأريخ الاعتماد ١ جمادى الآخرة ١٣٦٠هـ المنشور في العدد رقم (٨٦٣) من صحيفة أم القرى بتأريخ ١٠ جمادى الآخرة ١٣٦٠هـ في (١٥٨) مادة.

(٢) كتاب الجدار، لعيسى بن موسى التُّطيلي (ت٣٨٦هـ)، تحقيق: د. إبراهيم بن محمد الفايز، حقوق الطبع للمؤلف، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ص١٦٩ وما بعدها. منتخب الأحكام، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن إبراهيم المريني الأندلسي المعروف بـ(ابن أبي زمنين ت٣٩٩هـ)، تحقيق: د. محمد حماد، منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، المملكة المغربية، الرابطة المحمدية للعلماء، ط١، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، (٣/ ٤٤٤ وما بعدها). وانظر: تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (٣/ ٤٧٥) فقد أفدت ابتداء عنه وعن المحقق في مراجع هذه المسألة.

للكوَّة؛ وأن يقف على السرير واقف، فإن اطلع على دار جاره منع من ذلك وأغلقت، وإلا لم تغلق[1].

فهذه نماذج من المقارنة العامة وأمثلة على نصوص نظامية أو مبادئ قانونية جاءت على وفق منصوص الفقهاء وسنن الشريعة كاشفة عن سبق تناول الفقهاء على التنظيمات الحديثة في ترتيب معايش الناس وطرائق كسبهم، وهي متوافرة وحاضرة لولا طبيعة هذا النوع من الأبحاث في الاقتصار والاختصار.

(١) المراجع السابقة.

المبحث الثاني
شروط القاضي وصفاته

اعتنى التنظيم القضائي المعاصر بصيانة مرفق القضاء من خلال وضع الشروط والضوابط للانتماء إلى هذا المرفق، وسن الإجراءات للمتعاملين معه، والعناية بشخص القاضي وتحلِّيه بجملة من الصفات، وبيان ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: شروط القاضي:

عدَّدت المادة (٣١) من نظام القضاء شروط من يولَّى القضاء، وهي:

أ- أن يكون سعودي الجنسية بالأصل.

ب- أن يكون حسن السيرة والسلوك.

ج- أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نص عليه شرعاً.

د-أن يكون حاصلاً على شهادة إحدى كليات الشريعة بالمملكة، أو شهادة أخرى معادلة لها؛ بشرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص يعده المجلس الأعلى للقضاء.

هـ- ألا تقل سنه عن أربعين سنة (إذا كان تعيينه في درجة قاضي استئناف)، وعن اثنتين وعشرين سنة (إذا كان تعيينه في إحدى درجات السلك القضائي الأخرى).

و- ألا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف، أو صدر في حقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة، ولو كان قد رد إليه اعتباره.

وشروط القضاء عند الفقهاء جاءت على اختلاف فيما بينهم في عدِّها، وحدِّها في سبعة شروط، أو عشرة، أو خمسة عشر، وتوصيفها بشروط الصحة والإجزاء، أو الكمال، أو التفريق بين اشتراطها في الابتداء أو الانعقاد، وهي على سبيل الإجمال: الإسلام، والبلوغ، والعقل والحرية، والعدالة، والذكورة، ومعرفة أحكام الكتاب والسنة، والإجماع، والاختلاف، وطرق الاجتهاد، وطرف من لسان العرب، وأن يكون سميعاً، بصيراً، كاتباً، متيقظاً. ومقصود هذه الشروط توافر صفات الكمال في متولي القضاء؛ وأن النقص في شرط قد يسلب المتولي الاستحقاق بحسب منزلة هذا الشرط[1].

(١) انظر في مظان هذه الشروط حسب ترتيب المذاهب الفقهية:
- **مذهب الحنفية**: روضة القضاة وطريق النجاة، لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني (ت٤٩٩هـ)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، بيروت، عمّان، ط٢، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م. (١/ ٥٦ ما بعدها). بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، (٩/ ٨٥ وما بعدها). شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي (ت٨٦١هـ) ومعه متن: الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (ت٥٩٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، (٧/ ٢٣٤ وما بعدها). **وتجد هنا اختلاف الحنفية في شرط الذكورة والعدالة مع غيرها من المذاهب.**
- **مذهب المالكية**: المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد المالكي (ت٥٢٠هـ)، تحقيق: سعيد أحمد عراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، (٢/ ٢٥٩ وما بعدها). تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام، محمد بن عيسى ابن المناصف المالكي (ت٦٢٠هـ)، أعده للنشر: عبد الحفيظ منصور، دار التركي للنشر، تونس، ١٩٨٨م، ص٣٣ وما بعدها. جامع الأمهات، جمال الدين عمر ابن الحاجب المالكي (ت٦٤٦هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، ط١، =

ومحل المقارنة بين الشرط النظامي والشرط الفقهي في أربعة شروط وفق المسائل الآتية:

المسألة الأولى: شرط أن يكون سعودي الجنسية بالأصل:

ابتدأ المنظم هذا الشرط فيمن يتولى القضاء في السعودية؛ وهو جارٍ على سنن جملة من قوانين السلطات القضائية في الدول الأخرى[1]، ويقاربه من

= ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ص٤٦٢ وما بعدها. وهم الذين جعلوا الشروط على ثلاثة أقسام: شرط واجب، وموجب للعزل، غير شرط ومستحب وفق منطوق ابن رشد.

- **مذهب الشافعية**: أدب القاضي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، بدون تاريخ طبعة، ١٣٩١هـ-١٩٧١م، (١/ ٦١٨ وما بعدها). العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (ت٦٢٣هـ)، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، (١٢/ ٤١٥ وما بعدها). كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار في الفقه الشافعي، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحُصني الحسيني الدمشقي (ت٨٢٩هـ)، حققه: عبد القادر الأرناؤوط، دار البشائر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط٩، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ص٦٥٣ وما بعدها؛ فقد نص الحصني على (١٥) خصلة.

- **مذهب الحنابلة**: المبدع شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي (ت٨٤٤هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، (٨/ ١٥٣-١٥٤). كشاف القناع عن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت١٠٥١هـ)، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م. (١٥/ ٣٠-٣١).

(١) انظر مثلا: المادة (٣٨) من قانون السلطة القضائية المصري، والمادة (٢٢) من قانون السلطة القضائية العماني، والمادة (١٩) من قانون تنظيم القضاء الكويتي، والمادة (٣٢) =

شروط الفقهاء؛ (أن يكون القاضي بلدياً أو أن يكون من بلد المستقضى فيه) فقد عدَّه طائفة من المالكية شرط استحباب فيمن يتولى القضاء، ولا يترتب على عدم تحققه عدم توليته[1]. ويظهر -والله أعلم- أن سبب هذا الاشتراط؛ ليكون القاضي أعرف بطبائع الناس، ومعايشهم، وطرق مكاسبهم، وأعرافهم، وعوائدهم؛ وهو الذي قد لا يتيسر لمن كان من خارج البلد، وأما في وقتنا هذا؛ فهو شرط واجب وصحة رعايةً لمسائل الأمن القومي، وجانب الخصوصية الوطنية للدولة.

المسألة الثانية: شرط حسن السيرة والسلوك:

عدَّ المنظم السعودي (حسن السيرة والسلوك) شرطاً فيمن يتولى القضاء؛ وهو الأمر الذي جاء تأسيسه في المادة (٤) من نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي (م/ ٤٩) بتأريخ ١٠ رجب ١٣٩٧هـ المنشور في العدد رقم (٢٦٨٢) من صحيفة أم القرى بتأريخ ١٥ رجب ١٣٩٧هـ؛ في شروط من يعين على الوظائف ما نصه: أن يكون: «د. حسن السيرة والأخلاق»، وهو

= من قانون السلطة القضائية القطري، والمادة (٧) من النظام الأساسي للقضاة المغربي، والمادة (٣٨) من قانون السلطة القضائية الاتحادية الإماراتي؛ وقد امتازت الصياغة في هذا القانون (الأخير) بالنص على أن يكون متولي القضاء من (مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة) خلافاً لما سبق من القوانين التي ربطت ذلك بالجنسية.

(١) انظر: المقدمات الممهدات، ابن رشد، مرجع سابق، (٢/ ٢٥٩). تنبيه الحكام، ابن المناصف، مرجع سابق، ص٣٣، جامع الأمهات، ابن الحاجب، مرجع سابق، ص٤٦٢. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس(ت٦١٦هـ)، دراسة وتحقيق-رسالة دكتوراه-: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، (٣/ ١٠٠٨).

ما يجلي مفهوم (السلوك) بمعنى الأخلاق، ويميز نص نظام الخدمة المدنية بمجيئه على اللفظ الشرعي بالنص على (الأخلاق) وتطبيقات ذلك من النظام سيكون في مبحث (واجبات القاضي). ومفردة (السيرة والسلوك) يجمعهما ما اشترطه الفقهاء في متولي القضاء (أن يكون عدلاً) حتى يكون مرضيا في سيرته وطريقته.

وقد تواردت تعريفات الفقهاء لـ(العدالة) مع أهل الحديث والحكمة والأدب، ومن أجمعها في ذلك: تعريف أبي يوسف صاحب أبي حنيفة (ت١٨٢هـ): «أن يكون مجتنباً عن الكبائر، ولا يكون مصراً على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطئه، وأن يستعمل الصدق ديانة ومروءة، ويجتنب عن الكذب ديانة ومروءة»[(١)]، وتعريف الماوردي (ت٤٥٠هـ) أن يكون: «صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقيا للمآثم، بعيداً عن الريب، مأمونا في الرضا والغضب، مستعملا لمروءة مثله في دينه»[(٢)].

(١) شرح أدب القاضي للخصاف (ت٢٦١هـ)، لحسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد (ت٥٣٦هـ)، تحقيق: محي هلال السرحان، وزارة الأوقاف بالجمهورية العراقية، إحياء التراث الإسلامي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩٧هـ-١٩٧٩م، (٣/ ٨) فقد نسب التعريف لصاحب أبي حنيفة أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم (ت١٨٢هـ)؛ ونقل عن القاضي أبي حازم عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي (ت٢٩٢هـ) أن تعريف أبي يوسف **أحسن ما نقل في هذا الباب**.

(٢) أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (١/ ٦٣٣).

وبين الفقهاء أن الغرض من شرط العدالة «حصول الثقة بصدق العدل في الشهادات، واجتناب الخيانة في الولايات»[(١)]، وتحقيق المصلحة والانضباط في التصرفات[(٢)].

وبيان الفقهاء للعدالة يجلي أمرين: رعاية مسائل الديانة وهو مقصود العدالة، وصيانة مسالك التعاملات في الدنيا وهو مفهوم (المروءة) الذي يرد في (حدود العدالة وصورها) عند الفقهاء مع العناية بها في التأصيل والتمثيل، ومن أجمعها في ذلك: «الذي يسير بسيرة أشكاله، ويحافظ على ذي أمثاله، من أهل عصره ومكانه؛ وقيل: من يحفظ نفسه من فعل ما يسخر به لأجله»[(٣)]، ونص ابن عثيمين (ت١٤٢٠هـ) في ضابط المروءة بـ «ألا يفعل

(١) القواعد الكبرى الموسوم بـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت٦٦٠هـ)، تحقيق: د. نزيه كمال حماد، و د. عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، (٢/ ٨٩).

(٢) انظر: الفروق، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي (ت٦٨٤هـ) وبحاشيته: إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط (ت٧٢٣هـ)، تحقيق: عمر حسن القيَّام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، (٤/ ٦٧) تحت الفرق (٢٢٠): (بين ما يشترط فيه العدالة، وبين قاعدة ما لا يشترط فيه العدالة). وانظر في **مفهوم العدالة ورجحان معيار الصدق فيها وحدِّها**: المبسوط، شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي (ت٤٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، (١٦/ ١١٣)، وأتبع ذلك بما قرره القاضي منذر بن سعيد البلُّوطي في مفهوم العدالة كما جاء في ترجمته في كتاب: المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، لأبي الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي (تبعد ٧٩٣هـ)، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ص٧٣ - ٧٤.

(٣) عمدة الحُكَّام في القضايا والأحكام، لأبي المعالي مجُلِّي بن جُمَيع بن نجا المخزومي الأُرسُوفي المصري الشافعي (ت٥٥٠هـ)، تحقيق: محمد حسين الدمياطي، دار ابن القيم، دار ابن عفان، السعودية، مصر، ط١، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م، ص١١٦.

ما ينتقده الناس فيه، لا من قول ولا من فعل»[1]؛ وهو يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأماكن[2] مما ناط المنظم تنظيم ذلك وتأطيره بالمجلس الأعلى للقضاء بنص المادة (٥١) من نظام القضاء.

ومفهوم حسن السيرة والسلوك له جانب يتعلق بالمتقدم على القضاء على سبيل الابتداء وفق رعايته (لمسائل العدالة والمروءة)، وجانب يتعلق بالقاضي في مسيرة عمله على ضوء الأحكام الشرعية والنظامية في عمله وبين أفراد مجتمعه على سبيل الاستقامة والمتابعة الدائمة صيانة لمرفق القضاء وحماية لمنصب القاضي في حسن أخلاقه وتعامله وسلوكه مما عدَّه بعض الفقهاء -أعني حسن السيرة والأخلاق- سبباً للترجيح في تقديم المتصف به على غيره فيمن يتولى القضاء عند التساوي في تحقق الشروط[3].

(١) الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح العثيمين (ت١٤٢٠هـ)، دار ابن الجوزي، الدمام، ط١، رجب ١٤٢٦هـ، (١١/ ١٠٨).

(٢) انظر: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، عني به: محمد محمد طاهر شعبان، دار المنهاج للنشر والتوزيع، لبنان، ط١، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، ص٥٦٨-٥٦٩.

(٣) انظر: المبدع، ابن مفلح، مرجع سابق، (٨/ ١٥٦). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ٣٤)، والعبارة لابن قدامة. (تتمة): **للوقوف على تفصيل مسألة العدالة والمروءة وتعلقها بالقاضي**، انظر: أدب القاضي في الأنظمة العدلية، المحمد، مرجع سابق، ص (٥٣-٥٦) و (٣٠٢-٣١٤). صوب الركام في أدلة الأحكام، عبد الرحمن بن عبيدالله بن محسن السقاف (ت١٣٧٥هـ)، تحقيق: علي بن محسن بن علي السقاف، الأميرة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م، (٢/ ٤٧٥-٥١٥) ففيه مجاميع ومفاريد على مذهب الشافعي وفقهائه المتأخرين.

المسألة الثالثة: الحصول على الشهادة الجامعية:

جعل المنظم شرط الحصول على شهادة إحدى كليات الشريعة بالمملكة شرطاً من شروط تولي القضاء فيها، كما أتاح للحاصلين على شهادة أخرى -غير الشريعة- تولي القضاء بشرط: أن تكون معادلة لشهادة كلية الشريعة، وأن ينجح في امتحان خاص يعده المجلس الأعلى للقضاء؛ ويقابل هذا الشرط عند الفقهاء شرط (العلم بالأحكام الشرعية) أو (أن يكون مجتهداً).

وقد بحث الفقهاء تحت (هذا الشرط) حدَّ العلم الذي يؤهله لهذه الولاية، وأصوله، وصفته، وأنواعه مما يجعله من أهل الاجتهاد، أو يُصيِّر المتعلم إلى التقليد بضابطه ودليله ما بين موسع في ذلك ومضيق[1]؛ «فلا يكفي أن يكون

(١) انظر مثلا في مظان هذه المسألة: روضة القضاة، السمناني، مرجع سابق، (١/ ٥٤ وما بعدها). شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ١٢٨ وما بعدها). شرح فتح القدير، ابن الهمام، مرجع سابق، (٧/ ٢٤٠). النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من المدونات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني (ت٣٨٦هـ)، تحقيق: محمد الأمين بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٩م، (٨/ ١١ وما بعدها). المقدمات الممهدات، ابن رشد، مرجع سابق، ص٢٦٠ وما بعدها. أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (١/ ٢٥٦) في الشروط المعتبرة في المفتي و (١/ ٦٣٦) في شروط القاضي (وبينهما بسط الحديث عن التقليد وموضوعات أصول الفقه في ٣٥٠ صفحة، فتأمل)، وفي (١/ ٢٦٥) تحدث عن الأصول الخمسة لأهل الاجتهاد. أدب القضاء أو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي (ت٦٤٢هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص٧٥ وما بعدها. المبدع، ابن مفلح، مرجع سابق، (٨/ ١٥٦ وما بعدها). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ٣٥ وما بعدها).

القاضي بالغاً عاقلا صالحاً ورعاً حراً مسلماً عدلاً له تمييز ورأي في ولايته حتى يكون عالماً؛ لأن العلم للقاضي كالآلة بالنسبة لسائر الصناع»[1].

وتحت مبحث القضاء يبيِّن ابن تيمية ركني الولاية؛ وأن لها ركنين: القوة، والأمانة؛ فالقوة في الحكم: ترجع إلى العلم بالعدل في تنفيذ الحكم، والأمانة: ترجع إلى خشية الله تعالى[2].

وقد رعى الفقهاء (مسألة العلم بالتخصص القضائي) في حق القاضي حتى وإن لم يصل إلى رتبة الاجتهاد من خلال تحقيق الحد الكفائي في التأهيل العلمي، وأنه: «لا أقل من اعتبار التلبس بالعلم والفقه والتأهل في الجملة»[3]؛ وأن أقل ما يقبل في مسألة -التأهل بالعلم والفهم- وفق نص بعضهم: «أن يحسن تعقل الحوادث والوقائع والمسائل الدقيقة، وأن يعرف طرق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ، وكيفية الإيراد والإصدار في الوقائع والدعوى والحجج، وتوابع ذلك

(١) روضة القضاة، المرجع السابق.

(٢) انظر: الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي (ت٨٠٣هـ)، ومعه تعليقات وتصحيحات محمد بن صالح العثيمين، حققه: أحمد بن محمد بن حسن الخليل، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٦هـ، ص٤٨٠. الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه، جمع وإعداد: سامي بن محمد جاد الله، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، ط١، ١٤٣٥هـ، (٢/ ١٠١٤) من نقل ابن مفلح.

(٣) انظر: الفواكه البدرية، ابن الغرس، مرجع سابق، ص٨٠-٨١. وفي الفكرة نفسها، انظر: أدب القضاء، ابن أبي الدم، مرجع سابق، ص٨٠.، وقد تحدث قبل ذلك بكلام مفيد وتقرير نافع حول الاجتهاد وصعوبة تحققه في زمانه، والله المستعان.

ولوازمه، وأن يكون له في نفسه تحشم وموقع ما في النفوس...»[1]. وتحديد المنظم السعودي (شهادة كلية الشريعة) في متولي القضاء؛ لأن التوصيف الأكاديمي لمقررات هذه الكلية يراعي آيات الأحكام، وأحاديث الأحكام فقها وتفسيراً، وموضوعات الفقه وأصوله وقواعده تأصيلاً وتفصيلاً وتخريجاً وتنزيلاً، ومسائل النحو والصرف، وجملة من التخصصات المكملة في الدراسات الدينية والتربوية التي تجعل من طالب هذا التخصص مؤهلاً للفتيا والقضاء وما يتعلق بهما، والتعليم الشرعي، وقادراً على البحث وتقديم الرأي في مسائل المعاملات ونوازلها؛ وهو ما أعطاه المنظم في المواد (٣٥ حتى ٤١) من نظام القضاء لتخصص (الفقه وأصوله) وتأثيره في مسألة التعيين على المراتب القضائية، ومماثلتها للأعمال النظيرة في ذلك، وأكده الفقهاء عند تقريرهم (أصول العلوم) التي يحتاجها (المفتي والقاضي) بأن «(كل ذلك مذكور في أصول الفقه وفروعه، فمن وقف عليه ورزق فهمه صلح للفتيا والقضاء)؛ لأن العالم بذلك يتمكن من التصرف في العلوم الشرعية ووضعها في مواضعها»[2]، وأن التمكُّن من معرفة أحكام الوقائع يحصل بثلاثة أصناف من العلوم: اللغة العربية، والفقه، وأصول الفقه -الذي تستبان بهم مراتب الأدلة وما يقدم منها وما يؤخر-، ولا يرقى المرء إلى منصب الاستقلال دون الإحاطة بهذا الفن[3].

(١) الفواكه البدرية، ابن الغرس، مرجع سابق.

(٢) المبدع شرح المقنع، ابن مفلح، مرجع سابق، (٨/ ١٥٧). ما بين القوسين من كلام الماتن لا الشارح. وانظر في هذا المعنى: روضة القضاة، السمناني، مرجع سابق، (١/ ٥٨).

(٣) انظر: غياث الأمم في التياث الظلم، ضياء الدين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف النيسابوري إمام الحرمين الجويني (ت٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد العظيم محمود =

ومستند هذا الشرط النظامي والفقهي سؤال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أراد أن يبعث معاذ بن جبل رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى اليمن قائلاً: ((كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟))[1]؛ فسلك معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مسلك التدرج في إجابته بالصدور عن كلام الله تَبَارَكَ وَتَعَالَى، ثم كلام رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم اجتهاده الرأي؛ وقد استنبط ابن مازه (ت٥٣٦هـ) من هذا الحديث: «أنه ينبغي للإمام إذا قلد إنساناً عملاً، أن يختبره ببعض ما يكون من عمله؛ ليعرف أيصلح

= الديب، دار المنهاج، جدة، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م، ص٤٨٠. (في حديثه عن صفة المفتي)؛ لأن من الفقهاء من ينص على أن صفات (شروط) القاضي: أن يكون مفتيا.

(١) رواه أحمد في مسنده بغير هذا اللفظ، مسند الأنصار، حديث معاذ بن جبل رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، رقم الحديث (٢٢٠٠٧) وروايتين أخريين. ورواه أبو داود بهذا اللفظ في سننه، أول كتاب الأقضية، باب: اجتهاد الرأي في القضاء، رقم الحديث (٣٥٩٢-٣٥٩٣). ورواه الترمذي في جامعه، أبواب الأحكام، باب: ما جاء في القاضي كيف يقضي؟ رقم الحديث (١٣٢٧-١٣٢٨). والحديث **صححه**: الطحاوي وابن عبد البر؛ **وضعفه**: البخاري، وابن حزم، وابن الجوزي، والألباني؛ **وجود إسناده**: ابن تيمية وابن القيم؛ وحسن **إسناده**: الذهبي وابن الملقن والشوكاني وابن باز. **انظر مثلا**: ضعيف سنن أبي داود، مرجع سابق، ص٢٨٧. ضعيف سنن الترمذي، الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ص١٢٤-١٢٥. وفتاوى ابن تيمية، مرجع سابق، (١٣/ ٣٦٤) عند الحديث عن أحسن طرق التفسير.
قال ابن قدامة -بعد بيان المآخذ على سند الحديث-: «إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم... وتلقاه الأئمة بالقبول، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه». المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، (١٤/ ٣٠). وقد أفدت بعض هذه الإحالات ابتداء من: الأربعون القضائية، انتقاء: د. فهد بن عبد الله بن إبراهيم آل طالب، دار ابن الأثير، ط١، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م، ص٤٠-٤١، ومن الموقع التقني للباحث الحديثي.

لذلك العمل ويهتدي إليه أم لا؟»[1]، وقد فعله أيضاً الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مع التابعي حابس بن سعد الطائي عندما أراد أن يوليه القضاء، وهو الأمر الذي نص عليه المنظم في حق من تقدم بشهادة من غير كلية الشريعة؛ وأن يكون امتحانه من اختصاص المجلس[2].

المسألة الرابعة: الجريمة المخلة بالدين والشرف ومسألة رد الاعتبار:

ختم المنظم شروط من يتولى القضاء بسلامته من موجب الحكم عليه بجريمة مخلة بالدين والشرف، ومن الفصل بقرار تأديبي من وظيفة عامة؛ حتى لو عاد إليه اعتباره. وتحقيق هذا الشرط يحفظ للقضاء هيبته، ويصون للقاضي سمعته ابتداء وانتهاء، وقد تقرر في مبتدأ هذا المطلب و(المسألة الثانية) منه؛ توكيد الفقهاء على رعاية صفات الكمال في حق متولي القضاء، وتناولهم العدالة وما يخالفها من الاتصاف بالفسق في حق طالب القضاء، أو طروء الفسق عليه بعد ولايته؛ وأثر ذلك في عدم توليه، أو عزله.

ومظان هذه المسألة إما تحت شروط القاضي، أو شروط الشاهد؛ لاتصال الأول بالآخر في جملة من الشروط والأحكام عند استشهادهم بقول الله - تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[3]، وقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ

(١) شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ١٩٩).
(٢) انظر: قصة حابس الطائي، المرجع السابق، (١/ ٢٠٧-٢٠٨).
(٣) سورة البقرة: ٢٨٢.

ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾[1]؛ لأن العدل: المرضي السيرة، فإذا كان هذا في حق الشاهد فالقاضي من باب أولى[2].

والتحقق من شرط (العدالة) محل اتفاق بين العلماء؛ لكن الاختلاف في طروء الفسق عليه هل ترتفع ولايته، أو (المحدود في القذف) بعد توبته هل يرتفع عنه حكم الفسق وتقبل ولايته أو لا؟ والمنظم قد نص على منع المحكوم عليه بجريمة مخلة بالدين والشرف، أو الفصل من وظيفة عامة -ولو كان قد رد إليه اعتباره- من تولي القضاء؛ وهو بهذا قد وافق نص الخليفة عمر بن عبد العزيز الذي اشترط فيمن يصلح لتولي القضاء عدة

(١) سورة الحجرات: ٦.

(٢) انظر: مظان تقرير هذه المسألة وفق ترتيب المذاهب الفقهية:
- **مذهب الحنفية**: روضة القضاة، السمناني، مرجع سابق، (١/ ٥٣ وما بعدها). شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ٢٢٧-٢٣٩). بدائع الصنائع، الكاساني، مرجع سابق، (٩/ ١٥ وما بعدها). شرح فتح القدير، ابن الهمام، مرجع سابق، (٧/ ٢٣٤ وما بعدها).
- **مذهب المالكية**: تنبيه الحكام، ابن المناصف، ص٣٣ وما بعدها. عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس، مرجع سابق، (٣/ ١٠٠٢ وما بعدها). تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ١٦٢ وما بعدها).
- **مذهب الشافعية**: أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (١/ ٦٣٤ وما بعدها). أدب القضاء، ابن أبي الدم، مرجع سابق، ص٧٠-٧١. منهاج الطالبين، النووي، مرجع سابق، ص٥٥٨. وقد تحدث كل من الماوردي وابن أبي الدم عن ضابط الفسق، ونوعي الفسق: فسق الشهوة، وفسق الاعتقاد في مرجع كل منهما.
- **مذهب الحنابلة**: المبدع، ابن مفلح، مرجع سابق، (٨/ ١٥٤ وما بعدها). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ٣١ وما بعدها).

شروط، ومنها: «لا يطلع الناس منه على عورة»[1]، وعمل برأي بعض الفقهاء -وهم الحنفية- في شرط (أن يكون غير محدود) سواء كان شرط صحة ولزوم، أو شرط أولوية فينفذ حكمه ولا ينعزل، أو شرط كمال فينفذ حكمه إن وافق الحق وفق تصنيف الفقهاء لشروط من يتولى القضاء[2].

(١) النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ١٠).

(٢) انظر في **توثيق رأي الحنفية**: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ٢٢٩) ففيه التصريح بأثر عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «إلا مجلوداً في حد» أنه حجة للمذهب؛ لأن الأثر لم يفرق بين حاله قبل التوبة وبعدها. بدائع الصنائع، مرجع سابق، (٩/ ٢٨ -٢٩)؛ فقد نص هنا على أنه شرط عندهم في الأداء، و(٩/ ٨٦). وانظر: الآثار، لمحمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٩هـ)، تحقيق: خالد العواد، دار النوادر، دمشق - بيروت، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، (١/ ٥٥٢ -٥٥٤) في **عدم قبول شهادة المحدود في القذف إذا تاب**.

وانظر: **تفصيل نفوذ قضاء الفاسق عند المالكية من عدمه**: تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ١٦٣)؛ لكن من شروط الكمال عندهم: «أن يكون غير محدود»، المرجع السابق، (١/ ١٦٨)؛ وقد نقل غيره رأيا آخر بأنه لا بأس بتوليته بضابطه. انظر: النوادر والزيادات، ابن ابي زيد، مرجع سابق، (٨/ ١٢). **وعند الشافعية**: نص النووي على عدم نفاذه في منهاج الطالبين، مرجع سابق، ص٥٥٨، وفصل الماوردي في أدب القاضي، مرجع سابق، (١/ ٦٣٤-٦٣٦)، وابن أبي الدم في أدب القضاء، مرجع سابق، ص٧٠-٧١. **أما الحنابلة** فاشترطوا «أن يكون عدلا ولو تائباً من قذف». المبدع، ابن مفلح، مرجع سابق، (٨/ ١٥٤). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ٣١).

(تتمة مفيدة): رد الاعتبار يختلف الأخذ به وتأقيته بمدة من نظام لآخر، ومدة رد الاعتبار في نظام الخدمة المدنية ولائحته (سنة على الأقل) وفق المادة (٤) المعدلة من نظام الخدمة المدنية، والمادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية للموارد البشرية، ومدة محو الجزاءات التأديبية (سنتان) وفق المادة (٢١) من **نظام الانضباط الوظيفي** الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٨) بتأريخ ٨ صفر ١٤٤٣هـ المنشور في العدد رقم (٤٩٠١) من صحيفة أم القرى بتأريخ ١٧ صفر ١٤٤٣هـ في (٢٥) مادة، **ويقابله (عند الفقهاء) الاعتداد (بشهادة التائب)** بعد مضي (ستة أشهر) عند بعضهم (وسنة) عند آخرين، =

والشرط النظامي جاء على سنن تقعيد الفقهاء وترجيح بعضهم؛ لأن من طاله حكم متحقق أو ناله قول واقع؛ فإن هذا سيطال مكانه، وعمله ولو على سبيل التوصيف -عافانا الله أجمعين- عملاً برسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى قاضيه أبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد، أو مجرَّباً في شهادة زور، أو ظَنِينًا في ولاء أو قرابة»[1].

المطلب الثاني: صفات القاضي:

تتضمن مفردة (الصفة) معنى يلتصق بسلوك القاضي وطبيعته دون أن تصل إلى رتبة (الشرط) كما في المطلب السابق، ولا تنزل عن (متطلبات)

= وقيل: إن تحديد ذلك إلى المعدِّل أو القاضي. انظر: موجبات الأحكام وواقعات الأيام، قاسم بن قُطلُوبُغا الحنفي (ت٨٧٩هـ)، تحقيق: محمد سعود المعيني، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية العراقية-إحياء التراث الإسلامي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٨٣م، ص٢٧٦.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام، كتاب عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى أبي موسى الأشعري، رقم الأثر (٤٣٩١/ ١٥) عن أبي المليح الهذلي. وأخرجه أيضاً -مع اختلاف يسير في اللفظ- عن سعيد بن أبي بردة الذي أخرج الكتاب فقال: هذا كتاب عمر، ثم قرئ على سفيان، رقم الأثر (٤٣٩٢/ ١٦). وأخرجه البيهقي في كتابه **معرفة السنن والآثار**، كتاب أدب القاضي، ما على القاضي في الخصوم والشهود، عن أبي العوام البصري، رقم الأثر (١٩٧٩٢). وأخرج بعض أطرافه في سننه، كتاب أدب القاضي، باب ما يقضي به القاضي والمفتي، رقم الأثر (٢٠٣٧٣)، وباب من اجتهد ثم رأى أن اجتهاده خالف نصاً، رقم الأثر (٢٠٣٩٨)، (٢٠/ ٣٣٩ و٣٥٣). وممن صححه الألباني في إرواء الغليل، مرجع سابق، (٨/ ٢٤١). فقال عن رواية سعيد بن أبي بردة: «لكن قوله: (هذا كتاب عمر). وجادة، وهي وجادة صحيحة من أصح الوجادات، وهي حجة».

الوظيفة، وهو الذي تعتني به مدونة السلوك الوظيفي؛ لكن ترك التخلق به على سبيل الدوام مشعر بالتقصير الذي يتنافى مع كمالات الوظيفة. ويمكن فهم الفقرة (ج) من المادة (٣١) من نظام القضاء -المتعلقة شروط القاضي- التي تنص على: «أن يكون متمتعًا بالأهلية الكاملة للقضاء بحسب ما نص عليه شرعاً»؛ أنها متعلقة بالصفات المؤهلة لتولي القضاء في سلوكه، وعقله، ومظهره، وممكنات تأهيله، إذ إن المنظم قد خص (حسن السيرة والسلوك)، و(الحصول على شهادة الشريعة)، و(السلامة من موجبات الأحكام بالجريمة والفصل من الوظائف العامة) بشروط منصوصة؛ فيكون شرط التمتع بالأهلية الكاملة يتضمن معانيَ أخرَ كتلك التي تتصل بالبلوغ، والعقل، وسلامة التصرفات، وصحة التفكير، والقدرة الذهنية والبدنية على القيام بالقضاء. وقد جاء النص النظامي قريباً من نص الغزالي (ت٥٠٥هـ) بقوله: «وينبغي أن يعتبر مع هذه الخصال: الكفاءة اللائقة بالقضاء، فمجرد العلم لا يكفي»؛ وفسر بعضهم (الكفاءة اللائقة بالقضاء) بأنها: «النهضة والقيام بعمل القضاء»[(١)]، وأنها: «التشمير والاستقلال بالأمر ومواتاة النفس على الجد فيما إليه»[(٢)].

وقد عدد الفقهاء جملة من الصفات التي يتخلق بها القاضي، مثل قول عمر بن عبد العزيز: «لا ينبغي للقاضي أن يستقضى حتى تكون فيه سبع

(١) الوسيط في المذهب، محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد محمد تامر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م. (٧/ ٢٩١). وبهامشه مجموعة من الكتب، منها: شرح مشكل الوسيط، لأبي عمرو عثمان بن الصلاح (ت٦٤٣هـ). والعبارة الأخرى من كلام ابن الصلاح.

(٢) أدب القضاء، ابن أبي الدم، مرجع سابق، ص٤٨١.

خصال: الحلم، والورع، والنزاهة، والصرامة، والصداقة، والعقل، والعلم بالسنن»[1]، ويضيف بعضهم: الذكاء، والفطنة، والتأني، والاقتداء بآثار من مضى، واستشارة أهل العلم، والتواضع، والوقار، وأن يفهم الواقعة القضائية على حقيقتها، وأن يتفطن لحجاج الخصوم، وغيرها[2].

وجملة من هذه الصفات أو الخصال تعد من متطلبات الوظائف العامة التي منها (وظيفة القضاء) ضمن الوظائف المدنية التي نيطت بوزارة الموارد البشرية في التنظيم والترتيب والأحكام التي نص المنظم في المادة (٤٥) من نظام القضاء على الالتزام بهذه الواجبات مما لا يتعارض مع طبيعة الوظيفة القضائية، وقد صدر عنها مدونة قواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٥٥) بتأريخ ٢٥ ذي الحجة ١٤٣٧هـ في (٢٣) مادة.

(١) المفيد للحكام فيما يُعرَضُ لهم من نوازل الأحكام، لأبي الوليد هشام بن عبد الله بن هشام الأزدي القرطبي المالكي (ت٦٠٦هـ)، تحقيق: د. سليمان بن عبد الله بن حمود أبا الخيل، دار العاصمة، الرياض، ط١، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م، (١/ ١٦٨). وانظر: جملة من الآثار عن عمر بن عبد العزيز وغيره بغير هذا اللفظ: أخبار القضاة، محمد بن خلف بن حيان الملقب وكيع (ت٣٠٦هـ)، مراجعة: سعيد محمد اللحام، عالم الكتب للطباعة والنشر، بيروت، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م، (١/ ٥٤ وما بعدها).

(٢) انظر مثلا: النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ١٠). تنبيه الحكام، ابن المناصف، مرجع سابق، ص٣٤-٣٥. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المصري المالكي (ت٦٨٤هـ)، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، ط٤، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص٥٣ و ٥٦. أدب القاضي، لأبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت٣٣٥هـ)، دراسة وتحقيق: حسين خلف الجبوري، مكتبة الصدِّيق للنشر والتوزيع، الطائف، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، (١/ ٩٨). غياث الأمم، الجويني، مرجع سابق، ص٤٠٦.

المبحث الثالث
المسائل المتعلقة بواجبات القاضي

تضمنت نصوص نظام القضاء واجبات سلوكية تتصل بشخص القاضي، وواجبات مسلكية عامة وخاصة متعلقة بوظيفته نصت عليها أيضاً نصوص نظام الخدمة المدنية ولائحته التنفيذية ومدونة قواعد السلوك الوظيفي، ثم رتب المنظم العقوبات على الإخلال بهذه الواجبات، وبيان هذه المسائل في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الالتزام بالأنظمة والتعليمات الوظيفية:

تقدم في المطلب السابق المتعلق بـ(صفات القاضي) بيان ارتباط أحكام نظام الخدمة المدنية بنظام القضاء مما لا يتعارض مع طبيعة العمل القضائي وفق نص المادة (٤٥) من النظام. وبين المنظم في المادة (٧) من اللائحة التنفيذية للموارد البشرية، والمادة (٥) من مدونة قواعد السلوك الوظيفي أن: (كل موظف مسؤول عما يصدر منه، وعن حسن سير العمل في حدود اختصاصه)، ثم أوجب على الموظف -في المادة (٨) من اللائحة، والمادة (٧) من مدونة قواعد السلوك مجموعة من الواجبات العامة، منها: -الالتزام بـ: تخصيص وقت العمل لأداء واجباته الوظيفية، وأداء واجباته الوظيفية بدقة وأمانة في حدود الأنظمة والتعليمات، والحرص على الاطلاع والإلمام بالأنظمة واللوائح، والمحافظة على سلامة مكان العمل. وإلمام القاضي بمقتضيات الوظيفة من شروط تمام عقد التولية بنص الفقهاء عن طريق معرفته «ذكر ما تضمنه التقليد من ولاية القضاء والإمارة؛ ليعلم

على أي نظر عقدت له، فإن جهل ذلك فسدت، وذكر البلد الذي عقدت عليه الولاية ليتميز عن غيره»[(١)]؛ مما يمثله واقعنا اليوم من توجيه مرجعه الوظيفي (المجلس الأعلى للقضاء، أو مجلس القضاء الإداري) بعد صدور الأمر الملكي بتعيينه.

وأوجب الفقهاء على القاضي «أن يعمل بما تضمنه عهده من عمل ونظر؛ فلا يتجاوز عمله، ولا يقصر عنه، ولا يتعدى ما جعل إليه من خصوص النظر، ولا يخل بما جعل إليه من عموم النظر»[(٢)]، «وأن كل ولي أمر يفعل ما فوض إليه»[(٣)].

وتخصيص القاضي وقته للنظر القضائي مما أكده الفقهاء بأنه: «لا ينبغي إذا قعد الخصمان بين يديه أن يشغل نفسه عنهما بشيء، وليجعل فهمه وسمعه وبصره حجاجهما... وأنه لا ينبغي أن يتشاغل بالأحاديث في مجلس قضائه»[(٤)]؛ ليكون النص النظامي في هذا على وفق النص الفقهي. ومن جملة الأنظمة والتعليمات؛ رعاية الاختصاص النوعي، والمكاني، والزماني الذي

(١) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ١٥٥) نقلها المؤلف عن ابن الأمين.
(٢) أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (٢/ ٣٩٦).
(٣) الفتاوى، ابن تيمية، مرجع سابق، (٣٥/ ٤٠١) في سياق الكلام عن القائم بتنفيذ التعزير هل هو الوالي أو القاضي؟
(٤) النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ٢٤-٢٥). وانظر: صنوان القضاء وعنوان الإفتاء، القاضي عماد الدين محمد بن محمد بن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفورقاني (ت٦٤٦هـ)، تحقيق ودراسة: مجاهد الإسلام القاسمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية، الكويت، ط٢، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م، (١/ ١٥٩).

رعاه المنظم في ترتيب المحاكم وبيان اختصاصاتها؛ وترتيب البطلان على كل إجراء مخالف لمسألة الاختصاص بناء على نص المادة (٥) من نظام المرافعات الشرعية «يكون الإجراء باطلًا إذا نص النظام على بطلانه، أو شابه عيب تخلَّف بسببه الغرض من الإجراء...»، مع مراعاة أحكام المادتين (٧٥ و٧٦) من النظام نفسه، وبناء على النص الفقهي الذي يقرر أنه: «ليس للحاكم أن يحكم إلا فيما فوض إليه السلطان الأكبر؛ فإن فعل لم يجز حكمه فيه»[(١)]. ومسؤولية القاضي عن أعمال موظفيه كما نص عليها المنظم في الواجبات؛ فهي كذلك في منصوص الفقهاء بأنه: «ينبغي للقاضي أن يشرف على كاتبه، وأصحاب مسائله، وأمنائه، ويتفقد أمورهم»[(٢)]، وفي نص آخر: «ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال قضاته...، وكذلك قاضي الجماعة ينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه، فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس»[(٣)].

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (ت٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط١، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، ص٩٥٦ والعبارة لأصبغ بن الفرج المالكي. وانظر في مسألة الاختصاص بأنواعه وأحكامه عند الحديث عن شروط ولاية القضاء الخمسة: أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (١/ ١٥٣-١٧٤).

(٢) روضة القضاة، السمناني، مرجع سابق، (١/ ١٥٩-١٦٠). انظر: أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (١/ ٢٣٤) النظر في أحوال أمناء القضاة.

(٣) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ٣١٥). وانظر: النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ٨٨).

المطلب الثاني: الإقامة في بلد مقر العمل وعدم الغياب:

أوجبت المادة (٥٣) من نظام القضاء على القاضي أن يقيم في البلد الذي فيه مقر عمله، كما منعت المادة (٥٤) القاضي من الغياب عن مقر عمله، وهذا المعنى حاضر في قصة تولية عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حابس بن سعد الطائي قضاء حمص بعد اختباره عن طريقته في القضاء وتصويبه، ثم مكث حابس أياما، فلقيه عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقاله له: ما منعك أن تسير إلى عملك؟؛ فعلق (ابن مازه) بقوله: «أفاد الحديث فوائد، منها: أن الإنسان إذا تقلد عملاً من الأعمال ينبغي أن لا يتخلف، ويسير إلى رأس عمله ألا ترى أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنكر عليه؟ وهذا لأنه التزم الأمانة، فيجب عليه أداء الأمانة، ولا يمكنه إلا أن يسير إلى رأس عمله؛ لينظر في أمر رعيته»[(١)].

المطلب الثالث: التزام اللباقة مع الجمهور والعناية بمظهره:

خصص المنظم فقرات المادة (٨) من مدونة قواعد السلوك الوظيفي في واجبات الموظف تجاه الجمهور من: الاحترام واللباقة والكياسة والحيادية والتجرد والموضوعية دون تمييز، والنزاهة والتجاوب والسلوك السليم، والعناية والرفق وبالأخص مع ذوي الاحتياجات الخاصة وكبار السن والنساء، والامتناع عن أي عمل يؤثر سلباً في ثقة الجمهور وفق منطوق طائفة من هذه الفقرات، كما نصت المادة (٧) من المدونة في فقرتها رقم (١٥)

(١) شرح أدب القاضي للخصاف، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ٢٠٨ وما بعدها).

-فيما يجب على الموظف العام-: «المحافظة على حسن مظهره العام بما يتلاءم ومتطلبات الوظيفة والعادات والتقاليد السائدة».

ونجد ذلك ظاهراً جليا في عناية الفقهاء بـ(آداب القاضي) فيما يتصل بسلوكه ومظهره كما جاء ذلك عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه: «لا ينبغي أن يلي هذا الأمر -يعني أمر الناس- إلا رجل فيه أربع خلال: اللين في غير ضُعف، والشدة في غير عنف، والإمساك في غير بخل، والسماحة في غير سرف، فإن سقطت واحدة منهن فسدت الثلاث»[(١)]، وقد نقل عن علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه ولَّى أبا الأسود الديَّلي القضاء ساعة من نهار ثم عزله. فقال: لم عزلتني؟ فو الله ما خنتُ ولا جَنَيت. قال: بلغني أن كلامك يعلو الخصمين إذا تحاكما إليك[(٢)]. ويُعد نص ابن المناصف (ت٦٢٠هـ) جامعاً لمسالك الآداب عند قوله: «أن يكون جميل الهيئة، ظاهر الأبهة، وقور المشية والجلسة، حسن المنطق والصمت، متحرزاً في كلامه من الفضول... حسن الزي والملبس فيما يليق به، ويكون لبس مثله في عصره وأهل بلده؛ فإن ذلك أهيب في حقه، وأجمل في شكله، وأدل على فضله وعقله... وعليه أن يلتزم في كل أحوال ومتصرفاته من السمت الحسن والسكينة والوقار

(١) مصنف عبد الرزاق بعناية حبيب الرحمن الأعظمي، كتاب البيوع، باب كيف ينبغي للقاضي أن يكون؟ رقم الأثر (١٥٢٨٨)، (٨/ ٢٩٩) وهناك طائفة من الآثار في هذا المعنى. وانظر قريباً من هذا اللفظ: النوادر والزيادات، القيرواني، مرجع سابق، (٨/ ١٠).

(٢) أدب القاضي، ابن القاص، مرجع سابق، (١/ ٩٩). والألباني لم يقف عليه كما في إرواء الغليل، رقم الأثر: ٢٦١٢، (٨/ ٢٣٤).

والتؤدة...»[1]، وجاء عند غيره الأمر بالرفق واللين، ولزوم التواضع، وحسن التعامل، وجملة من عبارات الفقهاء التي تدل على عظيم عنايتهم بمسائل الواجبات الوظيفية الأخلاقية في جانبها الديني والحضاري[2].

المطلب الرابع: اجتناب ما يخل بكرامة القضاء:

حظر المنظم على القاضي الجمع بين وظيفة القضاء ومزاولة التجارة، أو أي وظيفة أو عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته؛ مسنداً تحديد ذلك وبيانه إلى المجلس الأعلى للقضاء وفق نص المادة (٥١) من نظام القضاء، كما حظر ذلك على (الموظف العام) في المادة (١٣) من نظام الخدمة المدنية، والمادة (٢٠٩) من اللائحة التنفيذية على النظام، والمادة (١٢) من مدونة قواعد السلوك من الاشتغال التجارة. والنص النظامي على (كرامة القضاء) جار على تعبير أحد الفقهاء عند تعداد (الآداب) التي يجب التزامها؛ ومنها: «الأدب الرابع عشر: التزام سد ذريعة الخيانة والمهانة»[3]؛ متناولًا فيها مسألة منع القاضي من قبول الهدية، والبيع والشراء، والاشتغال بالتجارة؛

(١) تنبيه الحكام، مرجع سابق، ص٤١. وانظر عباراته مختلفة اختلافاً يسيراً عن كتابه عند: تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ١٧٨-١٧٩).

(٢) انظر مثلا: المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، (١٦/ ١٠٨). شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ٣٠٤ وما بعدها). النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ٢٩). أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (١/ ٢١٨ وما بعدها وخاصة ص٢٤٧)، والمبدع شرح المقنع، ابن مفلح، مرجع سابق، (٨/ ١٦٠ وما بعدها).

(٣) الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، (١٠/ ٨٠).

عملا بجملة من الآثار والنصوص التي تمنع من الاشتغال بالتجارة، من ذلك: ما روي مرفوعاً: ((ما عدل وال اتجر في رعيته أبداً))[1]، وما كتبه «عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن تجارة الأمير في إمارته خسارة»[2]، وقد كَتبَ إلى أبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا تبيعن، ولا تبتاعن، ولا تشارن، ولا تضارن، ولا ترتش في الحكم، ولا تحكم بين اثنين وأنت غضبان»[3]، «وقال شريح: شرط عليَّ عمر حين ولَّاني القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشي ولا أقضي وأنا غضبان»[4]، وما كتبه عمر بن عبد العزيز إلى عماله: «ونرى أن لا يتجر إمام، ولا يحل لعامل تجارة في سلطانه الذي هو عليه؛ فإن الأمير متى يتجر

(١) أخرجه السيوطي في جامعه بعناية أحمد صقر، رقم الأثر (١٨٦٤١)، (٥/ ٢٦٣). وقد روي الحديث عند غيره عن أبي الأسود عن أبيه عن جده. والحديث ضعفه الألباني لضعف أبي الأسود كما في إرواء الغليل، رقم الأثر (٢٦٢٣) (٨/ ٢٥٠).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب أدب القاضي، باب ما يكره للقاضي من الشراء والبيع والنظر في النفقة على أهله وفي ضيعته لئلا يشغل فهمه، عن سليمان بن موسى، رقم الأثر (٢٠٣١٥)، (٢٠/ ٣١٠). وقد جاء في الأثر: «من أخون الخيانة تجارة الوالي في رعيته» عن أبي الأسود، ضعفه الألباني رقم الأثر (٥٢٧٩) في ضعيف الجامع الصغير وزيادته، ص٧٦٣.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب كيف ينبغي للقاضي أن يكون؟، عن أبي حريز و-كان بسجستان-، رقم الأثر (١٥٢٩٠)، (٨/ ٣٠٠). وقيل: إنه من قول عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى شريح القاضي إلا أنه لم يعرف له إسناد رقم الأثر (٢٦٢٤). انظر: إرواء الغليل، الألباني، مرجع سابق، (٨/ ٢٥٠).

(٤) المغني، ابن قدامة، مرجع سابق، (١٤/ ٦١). قال الألباني: لم أقف عليه، إرواء الغليل، مرجع سابق، (٨/ ٢٥٠).

يستأثر ويصب أموراً فيها عنت؛ وإن حرص على أن لا يفعل»[(١)]. وسئل أحمد هل للقاضي والوالي أن يتجر؟ قال: لا، إلا أنه شدد في الوالي[(٢)]. وجاء عند بعضهم: «أن الحاكم -القاضي- أجير المسلمين فلا ينبغي له أن يتشاغل بمتجر يقطعه عن النظر في أمورهم؛ فإن نظر في متجر أو صنعة من غير أن ينقطع بذلك عما أسند إليه جاز»[(٣)]. فعناية الفقهاء بنزاهة القاضي في عمله وماله قد أصلت لها النقول السابقة، وفصلت فيها مصنفاتهم، ومن لطيف ذلك؛ إقرارهم «أن للإمام أن يأخذ من قضاته وعمَّاله ما وجد في أيديهم زائداً على ما ارتزقوه من بيت المال، وأن يحصي ما عند القاضي حين ولايته ويأخذ منه ما اكتسبه زائداً على رزقه»[(٤)] مما يعرف اليوم بإقرار الذمة المالية وفق نص الفقرة (٩) من المادة (٣) من تنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة

(١) سيرة عمر بن عبد العزيز على ما رواه الإمام مالك بن أنس وأصحابه، لأبي محمد عبد الله بن عبد الحكم (ت٢١٤هـ) رواية ابنه أبي عبد الله محمد (ت٢٦٨هـ)، نسخها وصححها: أحمد عبيد، مكتبة وهبة، القاهرة، ط٢، ١٣٧٣هـ-١٩٥٤م، ص. ٨٣.

(٢) انظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (ت٨٨٥هـ) ومعه المقنع والشرح الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، بدون تاريخ طبعة، ١٤٣٢هـ-٢٠٠١م، (٢٨/ ٣٦٢).

(٣) روضة القضاة، السمناني، مرجع سابق، (١/ ١٥٨)؛ ونقل العبارة عن الطحاوي من كتابه أدب الحكام، وأثر شريح السابق.

(٤) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (٣/ ١٨٧-١٨٨) والعبارة لابن حبيب. وانظر: الذخيرة، القرافي، مرجع سابق، (١٠/ ٨٠-٨١). (**إشارة**): تناول الباحث بعض مفردات هذا المطلب وما يتصل بها مع جملة من الآثار التي أوردها هنا للمقارنة. انظر: أدب القاضي في الأنظمة، مرجع سابق، ص٣٥٩-٣٧٦.

الفساد الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١٦٥) بتأريخ ٢٨ جمادى الأولى ١٤٣٢هـ المنشور في العدد رقم (٤٣٥٨) من صحيفة أم القرى بتأريخ ١٧ جمادى الآخرة ١٤٣٢هـ.

المطلب الخامس: عقوبة القاضي المخالف:

حصر المنظم العقوبات التأديبية التي توقع بحق القاضي في اللوم وإنهاء الخدمة وفق منطوق المادة (٦٦) من نظام القضاء، وبيَّن أن تنفيذ عقوبة إنهاء الخدمة تكون بأمر ملكي كما يصدر بعقوبة اللوم قرار من رئيس المجلس الأعلى للقضاء في المادة (٦٧).

ونجد هذا النص على نحو ما نقله بعض الفقهاء بقولهم: «وعلى القاضي إذا أقر أنه حكم بالجور، أو ثبت ذلك عليه بالبينة، العقوبة الموجعة ويعزل ويشهَّر ويفضح، ولا تجوز ولايته أبداً، ولا شهادته وإن صلحت حاله وأحدث توبة؛ لما اجترم في حكم الله تعالى، ويكتب أمره في كتاب لئلا يندرس الزمان فتقبل شهادته. والقاضي أقبح من شاهد الزور حالا»[(١)]؛ فتضمن النص الفقهي العقوبات التي توقع بحق المخالف من: العقوبة الموجعة، والعزل، والتشهير والفضح، وعدم توليته وقبول شهادته، وأن يكون هذا في كتاب مما يشابهه اليوم صدور (الأمر الملكي) بإنهاء خدمته.

(١) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ٣١٩)، (٣/ ٣٨٦). وانظر: روضة القضاة، السمناني، مرجع سابق، (١/ ١١٥٧-١٥٨). النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ١٠٥) والعبارة منقولة عن أصبغ بن الفرج.

وأما عقوبة اللوم فقد استدل لها بعضهم بقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأصحابه -في شأن رجل شرب الخمر-: ((بَكِّتُوه))، فأقبلوا عليه يقولون: ما اتقيت الله عَزَّوَجَلَّ؟ ما خشيت الله -جل ثناؤه-؟ وما استحييت من رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1]؛ فهذا من التعزير بالقول الذي يمثله في وقتنا مصطلح اللوم.

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الحدود، باب الحد في الخمر، رقم الحديث (٤٤٧٨)، عن ابن الهاد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وصححه الألباني على سنن أبي داود، وقد أخرجه البخاري بغير هذا اللفظ في كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال رقم الحديث (٦٧٧٧)، وباب ما يكره من لعن شارب الخمر رقم الحديث (٦٧٨١). وانظر فيمن أفدت منه التعزير بالقول: تبصرة الحكام، المرجع السابق، (٣/ ٣٤٣) في الزواجر الشرعية.

المبحث الرابع
المسائل المتعلقة بالنظر القضائي

يُعَدُّ موضوع هذا المبحث (أكثر مسائل البحث) في إعمال المقارنة بين الأنظمة العدلية والنصوص الفقهية في مسائل القضاء؛ لاشتمالها على جوانب الدعوى القضائية، وأطرافها، وشروطها، وإجرائها، وإصدار الحكم فيها. وبيان طائفة منها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: إجراءات الدعوى:

خص المنظم (إجراءات المرافعة والنظر فيها، ومسائل التبليغ، والاختصاص بأنواعه، وحضور الخصوم وغيابهم حتى صدور الحكم القضائي) بنظام المرافعات الشرعية، وقد بحث الفقهاء أحكام الدعوى القضائية -تحت كتاب أدب القاضي، أو كتاب الدعاوى والبينات إما تحت كتاب القضاء في المصنفات الفقهية، أو الكتب المفردة في أدب القضاء- بحثاً مفصلاً في الجانب الإجرائي الذي جاءت على سننه جملة من النصوص المنظمة لذلك مما لا يمكن استيعابه تحت هذا المطلب مع -توكيد الفقهاء أن «لكل زمن أحوال ومراسم تقتضيه وتناسبه»[1]-.

وإيراد جملة منها كاف في بيان مقصود المقارنة وفق المسائل الآتية:

المسألة الأولى: تحرير الدعوى:

اشترط المنظم في موضوع (نظر الدعوى)؛ أن تكون المطالبة أو المدافعة متعلقة بمصلحة مشروعة قائمة مع استثناء قبول (المصلحة المحتملة) إذا

(١) أدب القضاء، ابن أبي الدم، مرجع سابق، ص ١٠٧، في (مسألة اتخاذ الحاجب).

كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه وفق منطوق المادة (٣) من نظام المرافعات الشرعية، وقد أوجب على القاضي أن يسأل المدعي عما هو لازم لتحرير دعواه قبل استجواب المدعى عليه حتى يمكنه السير في الدعوى؛ وإلا فإنه يحكم بصرف النظر عنها كما جاء في المادة (٦٦) من النظام.

وشروط نظر الدعوى قد جاءت مفصلة عند الفقهاء من ناحية الإجراء والموضوع؛ إذ اشترطوا لسماع الدعوى خمسة شروط: أن تكون معلومة، وملزمة، ومتعلقة بحكم أو غرض صحيح، ومحققة، وألا يكذبها العرف والعادة[١].

وتحرير الدعوى يعني: بيانها بما ينفي عنها الجهالة في الصفة، والحدِّ، والعَدِّ، كما قال الماوردي (ت٤٥٠هـ) عن أول أحكام سير الدعوى: «أحدها: ابتداء المدعي بتحرير الدعوى، لتنفي عنها الجهالة»[٢]، وجاء عند غيره في مسألة ضابط امتثال الخصوم عند القاضي تحرير المدعي دعواه؛ بأن يَعرِف ما يدعيه، ويسأله عنه صيانة للقاضي عن الامتهان[٣].

(١) انظر: الفواكه البدرية، ابن الغرس، مرجع سابق، ص٨٨-٩٦. تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ٤٤٤ وما بعدها). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ١٣٨-١٣٩).

(٢) أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (٢/ ٣٣٠-٣٣١). وانظر: شرح أدب القاضي، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ٣١٩). صنوان القضاء، الأشفورقاني، مرجع سابق، (١/ ١٧٥-١٧٦).

(٣) كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ١٠٨).

وقد جاء النص النظامي على وقع ما سطره ابن سهل (ت٤٨٦هـ) ونصه: «ويجب على القاضي إذا حضره الخصمان أن يسأل المدعي منهما عن دعواه ويفهمها عنه، فإن كانت دعواه لا يجب بها على المدعي عليه حق أعلمه بذلك، ولم يسأل المدعى عليه عن شيء وأمرهما بالخروج عنه، وإن نقص من دعواه ما فيه بيان مطلبه ومغزاه أَمَرَه بتمامه، وإن أتى بإشكال أَمَرَه ببيانه؛ فإذا صحت الدعوى يسأل المطلوب عنها...»[1].

المسألة الثانية: نظر الدعوى:

رتَّب المنظم نظر الدعوى من خلال رفعها من المدعي بصحيفة موقعة -منه أو من يمثله- ويودع أصلها في المحكمة مع صورة للمدعى عليه، وتشتمل الصحيفة على المعلومات الشخصية عن كل من المدعي والمدعى عليه، وموضوع الدعوى، وأسانيده وطلباته وفق فقرات المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية. ثم ناط بالكاتب المختص تقييد الدعوى مع تحديد موعد نظرها وفق نص المادة (٤٢)، ثم يقوم المحضر أو المدعي بتسليم المدعى عليه صورة صحيفة الدعوى (خلال ١٥ يوماً) وفق الجانب الإجرائي في

(١) ديوان الأحكام الصغرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقِطر من سير الحكام، لأبي الأصبغ عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني المالكي (ت٤٨٦هـ)، تحقيق: يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، ص٣٥. وانظر الكتاب نفسه، تحقيق: د. نورة بنت محمد عبد العزيز التويجري، حقوق الطبعة محفوظة للمؤلف، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، (١/ ٣٦-٣٧) وتحقيقها هذا النص مختلف عن النقل المسطر في المتن؛ فتأمل. تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ٤٥٣). وانظر في مقاربة النص النظامي لعبارة ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، (١٤/ ٦٧).

المادة (٤٣) مع تحديد جملة من المدد الزمنية للحضور بحسب الاختصاص النوعي لكل محكمة ومدد إيداع مذكرات الدفاع في المادتين (٤٤ و٤٥)، وقد أوجبت المادة (٦٢) على كاتب الضبط إعداد قائمة بالدعاوى تعرض مرتبة حسب الوقت المعين لنظرها، ثم ينادى الخصوم في الوقت المعين لنظر قضيتهم بنص المادة (٦٣)، وتكون المرافعة علنية إلا إذا -رأى القاضي أو طلب أحد الخصوم- إجراءها سراً محافظة على النظام، أو مراعاة للآداب العامة، أو لحرمة الأسرة وفق نص المادة (٦٤)[1].

وقد جاءت جملة هذه الأحكام على وقع ترتيب الفقهاء وتنظيمهم في طريقة نظر الدعوى؛ بأن تكتب الأسماء في بطائق أو رقاع، ثم يقدم إما بحسب ترتيب الأسماء -اسم المدعي والمدعى عليه- في البطائق، أو بكتابة الأسماء في الرقاع ثم يقرع بينها؛ فمن خرج اسمه نظر القاضي قضيته، وحال كانت أعداد الخصوم كثيرة؛ فإنه تكتب أسماؤهم في (إضبارة-الحزمة من الصحف-)، ثم يقرع بين الأسماء في كل إضبارة وتكون موزعة على الأيام في تفصيل كاشف عن حرصهم على الأخذ بأسباب العدل في الإجراءات مع ورود جملة من المصطلحات الإجرائية، مثل: تذكرة القاضي (مفكرة القاضي أو جدول القضايا)، وخريطة -أو قمطر- القاضي (ما يجمع ويحفظ أوراق

(١) دخلت التقنية في تنظيم الدعوى القضائية في التبليغ، ونظر الدعاوى، وصدور الأحكام، والاعتراض عليها بصورة سهلت وسرَّعت من عملية التقاضي؛ فجزى الله ولاة الأمر، وفريق وزارة العدل، والمجلس الأعلى للقضاء على نظام التقاضي الشامل والمتكامل، وترتب على ذلك تغير جملة من المسالك والمسائل الإجرائية والموضوعية.

ومستندات القضايا)، وقد نصوا على أن يتخذ القاضي كاتباً ورعاً مسلماً، وأن يضم معه رجلاً ثقة مأموناً عند أخذ الرقاع[1].

وعلانية الجلسة القضائية مما جاء عن أشهب بقوله: «فإنه لا ينبغي أن يقضي بين المسلمين سراً، بل ينبغي الإشهار به، ولا يكتب إلى أحدهما بطاقة دون صاحبه، وإن كتبها إليهما فلا بأس، ولا ينبغي أن يكتب إلى كل واحد منهما بطاقة إلا أن يقرأها علانية»[2].

المسألة الثالثة: إدارة الجلسة القضائية:

ناط المنظم إدارة الجلسة وضبطها برئيسها وفق المادة (٧٣) من نظام المرافعات الشرعية والمادة (١٤٢) من نظام الإجراءات الجزائية، ومنحه السلطة التقديرية في سبيل ذلك أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها،

(١) انظر في تفصيل ذلك والمصطلحات الواردة: شرح أدب القاضي للخصاف، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ٢٤٥ وما بعدها)، و(١/ ١-٣١٥-٣١٧). وانظر: النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، (٨/ ٣٦ وما بعدها). تنبيه الحكام، ابن المناصف، مرجع سابق، ص٤٧. أدب القاضي، ابن القاص، مرجع سابق، (١/ ١٦٣ كاتب القاضي) (١/ ١٦٥ في ترتيب الدعاوى). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ٨٨ كاتب القاضي وقمطره) وما بعده في دعوى المحبوسين وترتيبهم. وانظر في **علامة تبليغ الخصوم عند الفقهاء**: صنوان القضاء، الأشفورقاني، مرجع سابق، (١/ ٢٠٦). وكذلك فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، اعتنى به: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، (١٦/ ٦٤٣) في **الحجاب والبطائق**.

(٢) النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ٤٢-٤٣).

أو الأمر بحبسه مدة لا تزيد عن (٢٤ ساعة) عند عدم امتثاله[١]. وتشمل إدارة القاضي توجيه الأسئلة لأطراف الدعوى والتفويض في ذلك وفق منطوق المادة (٧٤)، ورفض الدعوى الصورية والكيدية وسلطة الحكم على من ثبت منه ذلك بتعزير كما جاء في المادة (٣).

ورعايةً لاستقلال القضاء الإداري والنظر القضائي فقد حظرت المادة (١٠) نقل أي قضية رفعت بطريقة صحيحة لمحكمة مختصة إلى محكمة أو جهة أخرى، ولا يحق لأحد سحبها منها قبل الحكم فيها.

وصيانة مجلس القضاء عند الفقهاء تتمثل في منع كثرة الدخول على القاضي من غير أصحاب الحاجات والقضايا[٢]، واتخاذ قيِّم يقوم على رأسه من أهل الثقة يمنع الناس عن قول ما لا صلة له بالدعوى[٣]، والمنع من رفع الصوت عنده؛ وتنبيه كل خصم على تقييد ما ينتفع به من قول خصمه[٤]، والاقتصار على سماع دعوى واحدة من الخصوم حتى يتمكن من

(١) ونصت المادة (١٣) من **نظام المرافعات أمام ديوان المظالم** في فقراتها على: محو العبارات الجارحة، أو المخالفة للآداب، أو النظام العام، من أيِّ ورقة يقدمها أطراف الدعوى، وأن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها، فإن لم يمتثل جاز له أن يأمر على الفور بحبسه أربعاً وعشرين ساعة، أو بتغريمه مبلغاً لا يتجاوز ألف ريال، أو بهما معاً، وله قبل انتهاء الجلسة الرجوع عما أصدره، ويكون أمره نهائياً.

(٢) انظر: النوادر والزيادات، المرجع السابق، (٨/ ١٨). تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ١٩٥).

(٣) انظر: صنوان القضاء، الأشفورقاني، مرجع سابق، (١/ ١٦٥).

(٤) انظر: المفيد للحكام، ابن هشام، مرجع سابق، (١/ ١٧٥) و(١/ ٢٠٠).

سماع الدعاوى الأخرى[1]، وتأديب أحد الخصمين إذا أساء على الآخر أو شتم أحد أطراف الدعوى أو الشهود أو أعوان القاضي؛ أو إذا لم يلتزم بأمر القاضي أو نهيه، أو إذا شوش على الخصم وأكثر من معارضته[2].

وقد حدَّ الفقهاء من الدعاوى والشكاوى الكيدية من خلال تأديب المشتكي بغير حق أو المدعي بباطل بالتأديب والحبس؛ ليندفع بذلك أهل الباطل واللدد[3]، واستشهد البخاري (ت٢٥٦هـ) في صحيحه بقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لقد هممت أن آمر بالصلاة فتقام...)) تحت كتاب الخصومات-باب إخراج أهل المعاصي، فعلق ابن حجر (ت٨٥٣هـ) على هذا الاستشهاد بقوله: «فثبت مشروعية الاقتصار على إخراج أهل المعاصي من باب الأولى، ومحل إخراج الخصوم إذا وقع منهم من المراء

(١) انظر: صنوان القضاء، الأشفورقاني، مرجع سابق، (١/ ١٧٠). النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، المرجع سابق، (٨/ ٣٨-٣٩). أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (٢/ ٢٩٢). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ٧٤).

(٢) انظر: الفواكه البدرية، ابن الغرس، مرجع سابق، ص ١٠٩-١١٠. النوادر والزيادات، المرجع السابق، ابن أبي زيد (٨/ ٦٣ وما بعدها). المفيد للحكام، ابن هشام، مرجع سابق، (٥/ ٢٦٦-٢٦٧) في **مقدار وكيفية تعزير الخصم المخالف**. تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ٢٢٣-٢٢٥). الذخيرة، القرافي، نرجع سابق، (١٠/ ٧٤) **الأدب التاسع: تأديب الخصوم**. أدب القاضي، ابن القاص، مرجع سابق، (١/ ١٦٩-١٧٠) في **مقدار وكيفية تعزير الخصم المخالف**.

(٣) انظر: ديوان الأحكام الصغرى تحقيق د. نورة التويجري، ابن سهل، مرجع سابق (٢/ ٧١٠) تحت مسألة: (ومثله في السماع الفاشي) تحت باب الحبس، وتحقيق: يحيى مراد، ص٥٧٥.. وانظر: المفيد للحكام، وتبصرة الحكام المرجعين السابقين.

واللدد ما يقتضي ذلك»[1]؛ وهي جادة من سلف من الفقهاء والمحدثين في تأصيل جملة من الإجراءات والتعاملات على أثر من النبوة وأصل من الشريعة. ورعايةُ استقلال القضاء في الإدارة والنظر حاضرة في بحث الفقهاء بمنعهم ترك القضاء في الدعوى حال تمام النظر فيها استجابة لطلب شخص ما، وأنه ليس له: «أن يصرف القضية عن الحاكم إلى حاكم آخر بعد تمام نظر الأول»[2].

المسألة الرابعة: الحكم في الدعوى:

تتهيأ الدعوى بعد تحريرها ثم نظرها إلى بت الحكم فيها، وخصص المنظم في تنظيمه وبيان مسائله (الباب العاشر) من نظام المرافعات الشرعية، ومن تلك المسائل: سرية المداولة عند تعدد القضاة بنص المادة (١٦٠)، ومنع سماع توضيحات أحد الخصوم دون حضور الآخر في المادة (١٦١)، وقفل باب المرافعة وإفهام الخصوم في المادة (١٥٩)، ومسائل تدوين الحكم وإعلانه في المادتين (١٦٣-١٦٤)، وإفهام الخصوم بالمسائل الإجرائية في المادة (١٦٥)، وفيما يتصل بأحكام القضاة في نظام القضاء؛ فقد منع المنظم من مخاصمة القضاة في أعمالهم وفق نص المادة (٤) من النظام، ومنع القضاة من إفشاء سر المداولات في المادة (٥٢).

(١) رقم الحديث (٢٤٢٠). فتح الباري، ابن حجر، مرجع سابق، (٦/ ٢٢٥). وانظر الأحاديث التي أوردها البخاري تحت كتاب الخصومات، و باب (التوثق ممن تخشى معرته)؛ فهي دليل فقه وعلم غزير.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ٢٤٩). والعبارة من مختصر الواضحة.

وتأتي هذه المسائل عند الفقهاء بعد مسألة تحرير الدعوى، وتبليغ الخصوم، وسماع الحجج، فينصون على (سرية المداولات) في حق مشاورة القاضي للفقهاء مما يصلح إيراده في هذه المقارنة بقول بعضهم: «ولكن ينبغي ألا يشاورهم حيث يعلم الخصوم ما يجري بينهم؛ لأن الجاهل إذا رأى أن القاضي يشاور غيره ويسأل عنه يستخفَّ به، ولأنهم إذا عرفوا ما يجري بينهم اشتغلوا بالتلبيس وتصوير الباطل»[(١)]، وقال آخر: «لا ينبغي للقاضي أن يجلس معه الفقهاء في مجلس قضائه، ولم يكن هذا فيما مضى، ولكن ليتخذهم مشيرين إذا ارتفع عن مجلس قضائه»[(٢)].

وفي مسألة (قفل باب المرافعة وفق النص النظامي أو الإعذار إلى الخصم وفق التعبير الفقهي)؛ فقد نص بعضهم على أنه «لا بأس أن يخبر القاضي الخصم إذا حكم عليه من أي وجه حكم عليه؛ إذا خاف ألا يكون فهم ذلك، وقد فعله عمر بن عبد العزيز رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ»[(٣)]. وقال الشافعي: «وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه، ويبين له، ويقول له: احتججت عندي بكذا، وجاءت عليك البينة بكذا، واحتج خصمك بكذا، فرأيت الحكم عليك من قبل كذا؛ ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه، وأبعد من التهمة»[(٤)].

(١) شرح أدب القاضي للخصاف، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (١/ ٣٦٤). صنوان القضاء، الأشفورقاني، مرجع سابق، (١/ ١٦١).
(٢) النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ١٨).
(٣) المرجع السابق، (٨/ ١٩).
(٤) الأم، محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤هـ)، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء-دار ابن حزم، المنصورة-بيروت، ط٤، ١٤٣٢هـ-٢٠٠١م، (٧/ ٥٣٥-٥٣٦). =

ولأن حجاج الخصوم قد يرد بعد (قفل باب المرافعة)؛ فقد مُنعَ القضاةُ من سماع شكية أو كلام خصم إلا بحضور الآخر كما قال بعضهم: «ولا يسمع أحد الخصمين إلا بمحضر صاحبه إلا أن يعرف من المتخلف لدداً في تخلفه، فيسمع منه»[(١)]، كما منع الفقهاء من تمكين الناس من مخاصمة القضاة في قضائهم حتى لا يتسلطوا عليهم بغير حق[(٢)].

وخاتمة موضوعات الحكم (تسجيل الأحكام) عند الفقهاء في تفصيل إجرائي من جهة بيان معلومات أطراف الدعوى، والحجج والبينات، وأسباب الحكم، وتوقيع القضاة وختمهم[(٣)]، وقد بوَّب العراقي تحت (كتاب القضاء والدعاوى) باب تسجيل الحاكم على نفسه، ثم أورد حديث

= وانظر في المعنى نفسه عند غيره: المبسوط، السرخسي، مرجع سابق، (١٦/ ١٠٨). الذخيرة، القرافي، مرجع سابق، (١٠/ ٧٦-٧٧).

(١) النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ٤٣) والقول لمطرف وابن الماجشون. وانظر: كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ١٠٧).

(٢) نقل ابن المناصف ما نصه: «لا ينبغي أن يمكَّن الناس من خصومة قضاتهم؛ لأن ذلك لا يخلو من وجهين: إما أن يكون عدلاً؛ فيستهان بذلك ويؤذى، وإما أن يكون فاسقاً فاجراً؛ وهو ألحن بحجته ممن شكاه فيبطُلُ حقه، ويتسلط ذلك القاضي على الناس». تنبيه الحكام، ص٣٧. وانظر: المفيد للحكام، ابن هشام، مرجع سابق، (١/ ١٧٨) ونسب القول لأشهب. تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ٣١٧).

(٣) انظر مثلا: أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (٢/ ٣٠١ وما بعدها). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ١٨٥-١٩٣) في صفة المحضر والسجل وما يكتب فيهما من أسباب الحكم.

أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لما قضى الله الخلق كتب في كتابه فهو عنده فوق العرش إن رحمتي غلبت غضبي))[1].

المطلب الثاني: إجراءات الإثبات:

تعد (وسائل الإثبات) من أركان القضاء الذي تقدم قول ابن الغرس عنه في مقدمة هذا البحث عند ركن (طريق القضاء)، وقد فصَّل (نظام الإثبات) البينات التي تقدم بين يدي القضاء في إثبات المطالبة وتحديدها في: الإقرار، والكتابة، والدليل الرقمي، والشهادة، والقرائن، واليمين، والمعاينة، والخبرة؛ مفصلاً الإجراء فيها والعمل بها مع نصه على مبدأ حرية الإثبات للخصوم حال اتفاقهم بضابطه وفق منطوق المادة (٦) من النظام. ومن مسائل إجراء الإثبات التي جاء النظام فيها على أصل شرعي أو نص فقهي:

(١) انظر: طرح التثريب في شرح التقريب (وهو شرح على تقريب الأسانيد وترتيب المسانيد لزين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي (٧٢٥-٨٠٦هـ)، والشرح له ولولده ولي الدين أبي زرعة العراقي (٧٦٢هـ-٨٢٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون طبعة وتاريخ نشر، (٨/ ٨٣). **والحديث** أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التوحيد، باب قول الله تعالى: ﴿بل هو قرآن مجيد فى لوح محفوظ﴾، رقم الحديث (٧٥٥٣)، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب التوبة، باب في سعة رحمة الله تعالى وأنها سبقت غضبه، رقم الحديث (٢٧٥١). وأفدت النقل ابتداء عن العراقي من كتاب: الأربعون القضائية، فهد بن عبد الله بن إبراهيم آل طالب، دار ابن الأثير، الرياض، ط١، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م، ص٤٤.

المسألة الأولى: الإثبات بالمعاينة القضائية والخبرة:

فصل المنظم في أحكام كل من المعاينة في الباب التاسع المادتين (١٠٨- ١٠٩)، والخبرة في الباب العاشر المواد (١١٠- ١٢٤) من نظام الإثبات. وقد اشتهر أمر الطرق الأخرى من الإقرار والشهادة واليمين والكتابة بين الجانبين الفقهي والنظامي؛ لكن قد يرد في ميدان المقارنة أن طريق القضاء بالمعاينة والخبرة مما جاءت بهما التنظيمات المعاصرة بينما جاء النص عليهما في كتب المتقدمين من الفقهاء والمحدثين؛ فقد نقل بعضهم تحت عنوان (ركوب القاضي إلى الشيء ينظر إليه مما فيه التخاصم عنده) بأنه: «لا بأس أن يركب القاضي إلى شيء ينظر إليه مع غيره من الناس... ولا يجد سبيلاً إلى معرفته إلا بالمعاينة»[(١)]، وأورد بعضهم عند حديث: «كان قتال بين بني عمرو، فبلغ ذلك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فصلى الظهر، ثم أتاهم يصلح بينهم» بيان «مشروعية ذهاب الحاكم إلى موضع الخصوم للفصل بينهم إما عند الخطب، وإما ليكشف ما لا يحاط به إلا بالمعاينة»[(٢)]، وبوب البخاري في صحيحه تحت كتاب الأحكام (باب: هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور) وهو على سنن المعاينة المعاصرة، ونقل بعضهم عن حذيفة بن

(١) منتخب الأحكام، ابن أبي زمنين، مرجع سابق، (١٠/ ١١٣٥)، والعنوان له، ونسب القول لأصبغ المالكي. المفيد للحكام، ابن هشام، مرجع سابق، (١/ ٢١١). وقد أورد صاحب منتخب الأحكام معاينة عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وانظر: النوادر والزيادات، ابن أبي زيد، مرجع سابق، (٨/ ٥٧).

(٢) الحديث أخرجه البخاري عن سهل بن سعد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كتاب الأحكام، باب الإمام يأتي قوما فيصلح بينهم، رقم الحديث (٧١٩٠). والاستنباط لابن المنير. فتح الباري، ابن حجر، مرجع سابق، (١٧/ ٢١).

اليمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ معرفته بأمور البناء؛ وأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد بعثه ليقف ويقضي بين عقب أخوين في نزاع ورثتهما على فاصل في دار، ثم صوَّبه وحسَّن فعله[1]، ونقل عن بعث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ العلاء بن عقبة والأرقم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في دور الأنصار، وفي ترجمة تميم بن أسد الخزاعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعثه عام الفتح فجدَّد أنصاب الحرم[2]. فهذه الآثار جمعت بين الأخذ بالمعاينة والخبرة في ميدان القضاء وغيره مما يؤصل لهما ويستفاد منهما من أثر النبوة.

المسألة الثانية: التفتيش على النساء:

تناول المنظم في نظام الإجراءات الجزائية أحكام التفتيش في المواد (٤١-٥٥)، وقد خص المنظم مسألة (التفتيش على النساء) بتنظيم خاص مراعاة لحكم الشرع في المادة (٥٣) التي تنص على أنه: «إذا لم يكن في المسكن المراد تفتيشه إلا المرأة المتهمة، وجب أن يكون مع القائمين بالتفتيش امرأة» وكذلك نص المادة (٥٤)؛ وهذا النص مطابق لنص ابن فرحون بقوله: «وإن كان الذي عليه الحق امرأة، أمر السلطان امرأةً تعرفها بالتفتيش عليها، فإن

(١) أخرجه البيهقي في سننه عن حذيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كتاب الصلح، باب من استَعمَلَ الدلالة فقال: هو للذي إليه الدواخل ومعاقدُ القُمُط، رقم الحديث (١١٤٨٠)، وهناك وجهان آخران رقم(١١٨٤١ ، ١١٨٤٢)، (١١/ ٥٣٣-٥٣٥) طبعة مركز هجر للبحوث والدراسات. قال البيهقي بعد إيراده الأثر رقم (١١٤٨٠):«تفرد بهذا الحديث دَهَثَمُ بن قُرّان اليماميّ، وهو ضعيف»، ونقل بعد الوجه الثالث تضعيف يحيى بن معين لـ(دهثم)، وتضعيف أحمد بن حنبل له، وقوله عنه: لا يكتب حديثه، (١١/ ٥٣٥).

(٢) انظر: التراتيب الإدارية، الكتاني، مرجع سابق، (١/ ٤٤٦-٤٤٧).

أخرجتها عُرضت على من يعرفها، ويعرف عينها، ويُثبت عند القاضي أنها هي المقرة المشهود عليها بجميع ما ذكر عنها، وقضى عليها»[1].

المسألة الثالثة: الحجز التحفظي:

جاءت أحكام الحجز التحفظي في الباب الثاني من نظام التنفيذ في المواد (٢٣-٣٣) لتوقيف التصرف في المدعى فيه من عقار أو منقول اقتضاء لحق ظاهر الوجود، أو حالِّ الأداء عملاً بالمادة (٢٨) من النظام.

وقد عُرف هذا الإجراء عند الفقهاء باسم (العُقلة) في سياق امتناع المدعى عليه من الحضور أو الشخوص مع المدعي، فيأمر القاضي بسد بابه، وتعقل عليه ضياعه، ويمنع من منافعه حتى يحضر مع غريمه، ويعرف باسم (التوقيف) للمدعى فيه وفق تفصيل إجرائي من جهة الكيفية، ومستند طالب التوقيف، وأنواعه[2].

المطلب الثالث: التنحي الوجوبي والرد الجوازي:

تخصص الباب الثامن من نظام المرافعات الشرعية بأحكام (تنحي القضاة وردهم عن الحكم) في المادة (٩٤) التي عددت الحالات الخمسة التي يمنع القاضي من نظر وسماع الدعوى فيها؛ وهي تدور على مسألتين، الأولى:

(١) تبصرة الحكام، مرجع سابق، (٢/ ١٢٦).

(٢) انظر: ديوان الأحكام الصغرى، ابن سهل، مرجع سابق، (١/ ٥٣-٥٦). المفيد للحكام، ابن هشام، مرجع سابق، (٢/ ٢٦٣). تنبيه الحكام، ابن المناصف، مرجع سابق، ص٢٠٢-٢٠٣. تبصرة الحكام، ابن فرحون، مرجع سابق، (١/ ٢٢٩ وما بعدها) و (١/ ٥٧٧ وما بعدها).

(العلاقة) من القرابة، أو المصاهرة، أو الوكالة، أو الوصاية، أو القوامة، أو المصلحة في الدعوى القائمة بأصوله أو فروعه حتى الدرجة الرابعة، والأخرى مسألة (البيان العلمي) من خلال الإفتاء، أو الترافع، أو التحكيم، أو التحقيق، أو الاستشارة، أو القضاء، أوالخبرة، أو أداء الشهادة فيها.

وقد منع المنظم القاضي من التصدي لنظر الدعاوى عند توافر أحد هذين الأمرين؛ قطعاً لباب التهمة، ودفعاً لسوء الظنة، وصيانة لمنصب القضاء من كلام الخصوم مع تفصيل اللائحة التنفيذية لصور هذه الحالات وبيان الممنوع منها على سبيل التحقيق والتقريب، ثم عددت المادة (٩٦) أسباب الرد الجوازي للقاضي في خمسة أسباب تقوم على: وجود دعوى له أو لزوجته مماثلة للدعوى المنظورة أمامه، وحدوث مخاصمة له أو لزوجته مع خصم قضيته المنظورة أمامه ما لم يكن القصد من دعواه استجلاب سبب للرد، أو وجود دعوى لمطلقته التي له منها ولد، أو وجود علاقة من خادم، أو جليس، أو اعتياد مؤاكلة ومؤانسة ومهاداة، أو وجود عداوة أو مودة لا يستطيع الحكم معها.

ومسألة تنحي القاضي جارية على تقعيد الفقهاء تحت موضوع (من يجوز -القضاء له- أو الحكم له ومن لا يجوز)[1]، أو (من لا يجوز له أن

(١) انظر: شرح أدب القاضي للخصاف، الصدر الشهيد، مرجع سابق، (٣/ ٢٦٣). الذخيرة، القرافي، مرجع سابق، (١٠/ ١٠٩).

يحكم له القاضي)[1]، أو (قضاء القاضي لأصوله وفروعه)[2]، ونحوها[3].

وضابط الفقهاء في منع نظر القاضي ورد حكمه ما نصه: «كل ما حكم به لنفسه ووالده وولده ومن لا تجوز له شهادته رد حكمه»[4]، ومستندهم في منع قضاء القاضي لقريبه أو خادمه الأجير أو على عدوه؛ ما جاء عن عبد الله بن عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رد شهادة الخائن، والخائنة، وذي الغِمر على أخيه، ورد شهادة القانع لأهل البيت؛ وأجازها لغيرهم»[5]؛ وهو ما جاء على حكمه نص النظام، وتفصيل الفقهاء[6].

(١) انظر: أدب القاضي، ابن القاص، مرجع سابق، (١/ ١٣٠). أدب القاضي، الماوردي، مرجع سابق، (٢/ ٤١٣).

(٢) انظر: أدب القضاء، ابن أبي الدم، مرجع سابق، ص١٥٩.

(٣) انظر: المبدع شرح المقنع، ابن مفلح، مرجع سابق، (٨/ ١٧٢). كشاف القناع، البهوتي، مرجع سابق، (١٥/ ٨٩). عند قولهم: «ولا يحكم لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادته له».

(٤) أدب القاضي، الماوردي، المرجع السابق نقله عن الشافعي. وانظر: شرح أدب القاضي للخصاف، الصدر الشهيد، المرجع السابق. الذخيرة، القرافي، المرجع السابق، فقد أورد قاعدة (التهم قادحة في التصرفات على الغير إجماعاً)، ثم ذكر أنواع التهمة وأفرعها.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته، رقم الحديث (٣٦٠٠). وأخرجه ابن ماجه عنه بغير هذا اللفظ في سننه، كتاب الأحكام، باب من لا تجوز شهادته، رقم الحديث (٢٣٦٦). قال أبو داود: «الغِمْر: الحنة والشحناء. والقانع: الأجير التابع مثل الأجير الخاص». وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود، ص٦٤٦، وصحيح ابن ماجه، ص٤٠٤.

(٦) انظر مع المراجع السابق في هذه المسألة: صنوان القضاء، الأشفورقاني، مرجع سابق، (٣/ ٢٨٩) و(٣/ ٢٩٥-٢٩٧) في القضاء لامرأته، ولنفسه، ولوكيله، ولشريكه.

المطلب الرابع: نقض الحكم:

حصر المنظم طرق الاعتراض على الأحكام في: الاستئناف، والنقض، والتماس إعادة النظر في المادة (١٧٦) من نظام المرافعات الشرعية مبيناً أحكامها وإجراءها تحت الباب الحادي عشر الموسوم بـ(طرق الاعتراض على الأحكام). ومصطلح (نقض الحكم) مما عبر به الفقهاء، ومن ذلك: ما جاء في صحيح مسلم في كتاب الأقضية، بابٌ: نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، عن سعد بن إبراهيم، قال: سألت القاسم بن محمد عن رجل له ثلاثة مساكن فأوصى بثلث كل مسكن، قال: يجمع ذلك كله في مسكن واحد. ثم قال: أخبرتني عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد))[1].

المطلب الخامس: قضايا الإتلاف النهائية بين المحكمة العليا وتنظيم عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:

تنظر قضايا الإتلاف على درجات من محاكم الدرجة الأولى، ثم الاستئناف، ثم العليا، وقد نص المنظم في المادة (١٠) من نظام الإجراءات الجزائية على أن

(١) رقم الحديث (١٧١٨). وقد بوب أبو عوانة (ت٣١٦هـ) على هذا الحديث: (بيان ردِّ حكم الحاكم إذا حكم بغير الحق، وردِّ القضايا إذا كانت خلاف السنَّة، والدَّليل على أنَّ الخصمين إذا ادعى أحدهما ماله أن يدَّعيه، وكان في دعواه (ضرر) به وبخصمه أنْ يَرُدَّ الحاكم دعواه إلى ما هو أنفع لهما، وأنَّ الجهالات تُرد إلى السنَّة). المسند الصحيح المخرج على صحيح مسلم، لأبي عوانة يعقوب بن إسحاق الإسفراييني، تحقيق: د. رباح بن رضيمان بن تركي العنزي، الجامعة الإسلامية، عمادة البحث العلمي، ط١، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م، (١٤/ ٤٤). وهذ تبويب قد جمع طائفة من الفقه القضائي الموضوعي والإجرائي.

«الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف أو المؤيدة منها بالقتل، أو الرجم، أو القطع، أو القصاص في النفس أو فيما دونها، لا تكون نهائية إلا بعد تأييدها من المحكمة العليا». ونصت المادة (٢١٢) على أن: «الأحكام الجزائية لا يجوز تنفيذها إلا إذا أصبحت نهائية»، ثم أتبعت المادة (٢١٧) في تنفيذ هذه الأحكام الصادرة بعد صدور أمر من الملك أو من ينيبه.

وهذه الضمانات النظامية جاءت على ما سنه عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في شأن امرأة اتهمها بعض الناس بالزنى؛ فتحقق الخليفة الراشد من ذلك، وأثنى قومها عليها خيراً، فخلى سبيلها وكتب إلى الآفاق: «أن لا تقتلوا أحداً إلا بإذني»[(١)]، وروي في شأن الدماء: «أما الدم فيقضي فيه عمر»[(٢)]. وروي أنه: «كان لا يَقضي في دم دون أمير المؤمنين»[(٣)].

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، الدم يقضي فيه الأمراء، عن النَّزَّال بن سَبْرَة، رقم الأثر (٢٨٤٧١)، (٩/ ٢٠٢). وأخرجه البيهقي في سننه، كتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهة، عن النزال بن سبرة، رقم الأثر (١٧٠٤٨)، (٨/ ٤١٠). وصححه الألباني، وقال: «وهذا إسناد صحيح على شرط البخاري». إرواء الغليل، مرجع سابق، رقم الأثر (٢٣٦٢)، (٨/ ٣٠).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الديات، الدم يقضي فيه الأمراء، عن وكيع عن الأعمش عن عُمارة عن عبد الرحمن بن يزيد عن سلمان، رقم الأثر (٢٨٤٧٠).

(٣) المرجع السابق، عن ابن سيرين، رقم الأثر (٢٨٤٧٢). وانظر في الشأن ذاته ما جاء من إنكار عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ واشتداده على امرأة قتلت بغير إذنه، رقم الأثر (٢٨٤٧٣).
(إشارة): أوردت هذه الآثار في: أدب القاضي في الأنظمة العدلية، مرجع سابق، ص٤٨٦، وهناك نصوص عن بعض الفقهاء في تنفيذ الحدود.

الخاتمة

الحمد لله المبدئ المعيد، وله الحمد في الأولى والآخرة، وبعد:

فهذا غيض من فيض من مسائل المقارنة بين نصوص الأنظمة ونصوص الفقهاء في مسائل القضاء، وإشارات مفيدة للمشتغلين بفقه القضاء وصياغة الأنظمة، وقد توصل البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

توصل الباحث إلى جملة من النتائج، منها:

١. عناية الفقهاء الفائقة بالمسائل الإجرائية في الموضوعات القضائية من تنظيم عمل القاضي، وبيان أحكام نظر الدعوى، ومسائل التبليغ، وإدارة الجلسة القضائية، وتدوين الدعاوى، وإصدار الأحكام.

٢. تميز الفقهاء بعامة والفقه المالكي بخاصة في نقل الوقائع والأقضية التي تبين المسالك الإجرائية والمسائل الموضوعية في نظر الدعوى من خلال المصنفات الفقهية والمؤلفات المفردة في القضاء.

٣. موافقة جملة وافرة من نصوص الأنظمة العدلية السعودية في الجوانب الإجرائية والشكلية والصياغية لنصوص الفقهاء، وظهور استفادتها من جهة الترتيب أو الصياغة أو الحكم الإجرائي.

٤. شمول الأنظمة العدلية الإجرائية لمسائل تنظيم القضاء والدعوى القضائية، وحسن عرضها، وجودة صياغتها، وتكاملها مع بعضها.

ثانياً: التوصيات:

وقد توصل إلى جملة من التوصيات، منها:

١. تبني الأقسام القضائية والقانونية الدراسات المقارنة بين نصوص الأنظمة في السعودية ونصوص الفقهاء في الموضوعات المتصلة بتخصصهما في مشاريع الدراسات العليا خدمة للعلم، والحضارة، والتأريخ، ودولة المملكة العربية السعودية.

٢. اضطلاع هيئة الخبراء بالمذكرات الإيضاحية القائمة على تأصيل جملة من الأنظمة المتصلة بالجوانب الشرعية والقضائية من خلال إتاحة هذا اللون من التواصل العلمي لأهل الاختصاص؛ لإظهار سبق الفقهاء، وبيان جهدهم العلمي، وأثرهم الحضاري، وحفظاً لتأريخهم ضمن مجموعة الأعمال التي تزخر بها مكتبة الهيئة.

وبعد: فقد بذلت جهدي؛ فسعيت واستقصيت، وجهدت واجتهدت، ومن حولي وطولي تبرأت، وعلى الله توكلت وبه استعنت، وأعترف بالتقصير والعجز، وحسبي أنني جمعت وتتبعت وكتبت؛ والخطأ مني حاصل وقائم، والتصحيح من غيري منتظر ودائم.

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

قائمة المصادر والمراجع

١. **أبجد العلوم المسمى قسمه الأول بـ(الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم)**، وقسمه الثاني (السحاب المركوم الممطر بأنواع الفنون وأصناف العلوم) وقسمه الثالث (الرحيق المختوم من تراجم أئمة العلوم)، صديق بن حسن القنَّوجي (ت١٣٠٧هـ)، منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دمشق، ١٩٧٨م، والقسمان الآخر عن دار الكتب العلمية، بيروت.

٢. **أثر مدرسة الحقوق الخديوية في تطوير الدراسات الفقهية (١٨٨٦-١٩٢٥م) -أطروحة ماجستير-**، د. محمد بن إبراهيم طاجن، مركز نهوض للدراسات والنشر، الكويت، لبنان، ط١، ٢٠٢٠م.

٣. **أخبار القضاة**، محمد بن خلف بن حيان الملقب وكيع (ت٣٠٦هـ)، مراجعة: سعيد محمد اللحام، عالم الكتب للطباعة والنشر، بيروت، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

٤. **أدب القاضي في الأنظمة العدلية السعودية -دراسة فقهية نظامية- رسالة دكتوراه غير منشورة-**، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الآداب والعلوم الإنسانية ، قسم الشريعة والدراسات الإسلامية ، مسار الدراسات القضائية، إعداد: حسام بن عبد الله بن عبد الرحمن المحمد، إشراف: الأستاذ الدكتور عبد الرحمن بن نافع بن نفاع السلمي، العام الجامعي ١٤٣٩-١٤٤٠هـ.

٥. **أدب القاضي**، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، بدون تاريخ طبعة، ١٣٩١هـ-١٩٧١م.

٦. **أدب القاضي**، لأبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت٣٣٥هـ)، دراسة وتحقيق: حسين خلف الجبوري، مكتبة الصدِّيق للنشر والتوزيع، الطائف، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٧. **أدب القضاء أو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات**، شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي (ت٦٤٢هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

٨. **أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون**، عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا وأحمد حشمت أبو شيت، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٠م.

٩. **الآثار**، لمحمد بن السحن الشيباني (ت١٨٩هـ)، تحقيق: خالد العواد، دار النوادر، دمشق، بيروت، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

١٠. **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المصري المالكي (ت٦٨٤هـ)، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، ط٤، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

١١. **الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية**، علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي (ت٨٠٣هـ)، ومعه تعليقات وتصحيحات محمد بن صالح العثيمين، حققه: أحمد بن محمد بن حسن الخليل، دار العاصمة، للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٦هـ.

١٢. **الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه**، جمع وإعداد: سامي بن محمد جاد الله، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، ط١، ١٤٣٥هـ.

١٣. **الأربعون القضائية**، انتقاء: د. فهد بن عبد الله بن إبراهيم آل طالب، دار ابن الأثير، ط١، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.

١٤. **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (ت٩٧٠هـ)، وضع حواشيه: زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

١٥. **الأم**، محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤هـ)، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، دار ابن حزم، المنصورة، بيروت، ط٤، ١٤٣٢هـ-٢٠٠١م.

١٦. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (ت٨٨٥هـ) ومعه المقنع والشرح الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، بدون رقم طبعة، ١٤٣٢هـ-٢٠٠١م.

١٧. **التراتيب الإدارية والعمالات والصناعات والمتاجر والحالة العلمية التي كانت على عهد تأسيس المدينة الإسلامية في المدينة المنور العليَّة**، محمد عبد الحي بن عبد الكبير الكَتَّاني المغربي (ت١٣٨٢هـ)، مكتبة نظام يعقوبي الخاصة ، البحرين، دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

١٨. **التعريفات**، لعلي بن محمد السيد الشريف الجرجاني الحنفي (ت٨١٦هـ)، تحقيق ودراسة: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، بدون معلومات طبعة ونشر، تأريخ الإيداع ٢٠٠٤م.

١٩. **الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة**، للقاضي زكريا بن محمد الأنصاري (ت٩٢٦هـ)، تحقيق: د. مازن المبارك، مطبوعات مركز جمعة الماجد الثقافي بدبي ، دار الفكر المعاصر ببيروت، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٢٠. **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**، لمحمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي (ت١٠٨٨هـ)؛ والمتن لمحمد بن عبد الله بن أحمد الغزي التمرتاشي (ت١٠٠٤هـ) في فروع الفقه الحنفي، حققه: عبد المنعم خليل إبراهيم، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية ببيروت، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

٢١. **الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي**، جمال الدين أبي المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي الدمشقي الصالحي المعروف بابن المَبْرد (ت٩٠٩هـ)- رسالة دكتوراه في كلية الشريعة بجامعة أم القرى-، دراسة وإعداد: رضوان مختار بن غربيَّة، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٢٢. **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، لمحمد بن صالح العثيمين (ت١٤٢٠هـ)، دار ابن الجوزي، الدمام، ط١، رجب ١٤٢٦هـ.

٢٣. **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (ت٦٢٣هـ)، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٢٤. **العلاقة بين الفقه والنظام**، د. خالد بن عبد العزيز آل سليمان، مجلة قضاء، العدد ٩، ذو الحجة ١٤٣٨هـ-سبتمبر ٢٠١٧م.

٢٥. **الفواكه البدريَّة في أطراف القضايا الحُكميَّة**، لأبي اليسر بدر الدين محمد بن محمد بن محمد بن خليل القاهري الحنفي المشهور بابن الغرس (ت٨٩٤هـ)، تحقيق: القاضي الدكتور عبد الله بن سعد الطخيس، دار الإداوة للنشر، الرياض، ط١، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م.

٢٦. **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً**، سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

٢٧. **القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية - دراسة مقارنة-**، د. فؤاد محمد موسى عبد الكريم، معهد الإدارة العامة بالرياض، مركز البحوث، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٢٨. **الكافي في فقه أهل المدينة**، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي (ت٤٦٣هـ)، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط١، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

٢٩. **الكليات -معجم في المصطلحات والفروق اللغوية-**، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت قبل ١٠٩٤هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٣٠. **المبدع شرح المقنع**، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي (ت٨٤٤هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٣١. **المبسوط**، شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي (ت٤٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٣٢. **المدخل إلى القانون**، حسن كيره، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ الطبعة والنشر.

٣٣. **المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا**، لأبي الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي الأندلسي (تبعد ٧٩٣هـ)، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

٣٤. **المستصفى من علم أصول الفقه**، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت٥٠٥هـ)، تحقيق وتعليق: د. محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٣٥. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (ت٧٧٠هـ)، تحقيق: د. عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ط٢، بدون تأريخ نشر.

٣٦. **المغني**، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٣٧. **المفيد للحكام فيما يُعرَضُ لهم من نوازل الأحكام**، لأبي الوليد هشام بن عبد الله بن هشام الأزدي القرطبي المالكي (ت٦٠٦هـ)، تحقيق: سليمان بن عبد الله بن حمود أبا الخيل، دار العاصمة، الرياض، ط١، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٣٨. **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات**، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد المالكي (ت٥٢٠هـ)، تحقيق: سعيد أحمد عراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٣٩. **النهاية في غريب الحديث والأثر**، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري (ت٦٠٦هـ)، تحقيق: محمود الطناحي وطاهر الزاوي، المكتبة الإسلامية، ط١، ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م.

٤٠. **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من المدونات**، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني (ت٣٨٦هـ)، تحقيق: محمد الأمين بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٩م.

٤١. **الوسيط في المذهب**، محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد محمد تامر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م. وبهامشه مجموعة من الكتب، منها: شرح مشكل الوسيط، لأبي عمرو عثمان بن الصلاح (ت٦٤٣هـ).

٤٢. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ)، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٤٣. **تاريخ التشريع الإسلامي - تاريخ الفقه الإسلامي وأصوله**-، د. يوسف بن أحمد محمد البدوي، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٤٤. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي (ت٧٩٩هـ)، تحقيق: عثمان بن جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م.

٤٥. **تطور القضاء ونظامه في المملكة العربية السعودية -عهد خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز**، دراسة استقرائية تحليلية-، حسام بن عبد الله المحمد، مجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد (٤٢)، يوليو ٢٠٢٣م-١٤٤٥هـ.

٤٦. **تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام**، محمد بن عيسى ابن المناصف المالكي (ت٦٢٠هـ)، أعده للنشر: عبد الحفيظ منصور، دار التركي للنشر، تونس، ١٩٨٨م.

٤٧. **تهذيب اللغة**، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (ت٣٧٠هـ)، تحقيق - هذا الجزء-: د. عبد الله درويش، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط ١٣٨٤-١٣٨٧هـ/ ١٩٦٤-١٩٦٧م.

٤٨. **جامع الأمهات**، جمال الدين عمر ابن الحاجب المالكي (ت٦٤٦هـ)، تحقيق: أبوعبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٤٩. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت٣١٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٥٠. **حلية الفقهاء**، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي (ت٣٩٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٥١. **ديوان الأحكام الصغرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقِطر من سير الحكام**، لأبي الأصبغ عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني (ت٤٨٦هـ)، تحقيق: يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

٥٢. **ديوان الأحكام الصغرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقِطر من سير الحكام**، لأبي الأصبغ عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني (ت٤٨٦هـ)، تحقيق: د. نورة بنت محمد عبد العزيز التويجري، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٥٣. **الذخيرة**، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

٥٤. **روضة القضاة وطريق النجاة**، لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني (ت٤٩٩هـ)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة-دار الفرقان، بيروت، عمّان، ط٢، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

٥٥. **السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية**، محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي، مكتبة العبيكان، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٥٦. **سلطة ولي الأمر في تغيير النظام -المسوغات والضوابط والمجالات- بحث مكمل لنيل درجة الماجستير من قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء**، إعداد: ياسر بن عبد العزيز بن عثمان المسند، إشراف: د. سعد بن مطر العتيبي، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

٥٧. **سيرة عمر بن عبد العزيز على ما رواه الإمام مالك بن أنس وأصحابه**، لأبي محمد عبد الله بن عبد الحكم (ت٢١٤هـ) رواية ابنه أبي عبد الله محمد

(ت٢٦٨هـ)، نسخها وصححها: أحمد عبيد، مكتبة وهبة، القاهرة، ط٢، ١٣٧٣هـ-١٩٥٤م.

٥٨. **شرح أدب القاضي للخصاف (ت٢٦١هـ)**، لحسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد (ت٥٣٦هـ)، تحقيق: محي هلال السرحان، وزارة الأوقاف بالجمهورية العراقية، إحياء التراث الإسلامي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩٧هـ-١٩٧٩م.

٥٩. **شرح صحيح مسلم المسمى (إكمال إكمال المعلم)**، لأبي عبد الله محمد بن خلفة الوشتاني الأبِّي المالكي (ت٨٢٧هـ؛ وقيل: ٨٢٨هـ)، تصوير دار الكتب العلمية عن مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٢٨هـ.

٦٠. **شرح فتح القدير**، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي (ت٨٦١هـ) ومعه متن: الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (ت٥٩٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٣م-١٤٢٤هـ.

٦١. **صنوان القضاء وعنوان الإفتاء**، القاضي عماد الدين محمد بن محمد بن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفورقاني (ت٦٤٦هـ)، تحقيق ودراسة: مجاهد الإسلام القاسمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية، الكويت، ط٢، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

٦٢. **صوب الركام في أدلة الأحكام**، عبد الرحمن بن عبيد الله بن محسن السقاف (ت١٣٧٥هـ)، تحقيق: علي بن محسن بن علي السقاف، الأميرة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.

٦٣. **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس (ت٦١٦هـ)، دراسة وتحقيق -رسالة دكتوراه-: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

٦٤. **عمدة الحُكَّام في القضايا والأحكام**، لأبي المعالي مُجَلِّي بن جُميع بن نجا المخزومي الأُرسُوفي المصري الشافعي (ت٥٥٠هـ)، تحقيق: محمد حسين الدمياطي، دار ابن القيم، دار ابن عفان، السعودية، مصر، دار ابن عفان، السعودية، مصر، ط١، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.

٦٥. **غياث الأمم في التياث الظلم**، ضياء الدين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف النيسابوري إمام الحرمين الجويني (ت٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، جدة، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

٦٦. **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، اعتنى به: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

٦٧. **فتح المَدَبِّر للعاجز المقصر (في علم القضاء)**، شمس الدين محمد بن إبراهيم السَمَدِيسي (ت٩٣٢هـ)، تحقيق: القاضي الدكتور عبد الله بن سعد الطخيس، دار الأوراق للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، ط١، ١٤٤١هـ-٢٠٢٠م.

٦٨. **كتاب الجدار**، لعيسى بن موسى التُّطيلي (ت٣٨٦هـ)، تحقيق: د. إبراهيم بن محمد الفايز، حقوق الطبع للمؤلف، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

٦٩. **كتاب الحدود في الأصول**، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت٤٧٤هـ)، تحقيق: د. نزيه حماد، مؤسسة الزعبي، ط١، ١٣٩٢هـ-١٩٧٣م.

٧٠. **كشاف القناع عن الإقناع**، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت١٠٥١هـ)، تحقيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٧١. **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار في الفقه الشافعي**، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحُصني الحسيني الدمشقي (ت٨٢٩هـ)، حققه: عبد القادر الأرناؤوط، دار البشائر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط٩، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٧٢. **لسان العرب**، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ طبعة.

٧٣. **مجمل اللغة**، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي (ت٣٩٥هـ)، دارسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٧٤. **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت٧٢٨هـ)**، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف في المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٧٥. **معجم المصطلحات السياسة في تراث الفقهاء**، سامي محمد الصلاحات، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

٧٦. **معجم لغة الفقهاء-مع كشاف باللغتين الإنكليزية والفرنسية-**، وضعه: محمد رواس قلعه جي، دار النفائس للنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

٧٧. **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**، عبد الواحد كرم، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٧٨. **معجم مصطلحات العلوم الشرعية**، مجموعة مؤلفين، مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، الرياض، ط٢، ١٤٣٩هـ-٢٠١٧م.

٧٩. **معجم مقاييس اللغة**، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ طبعة، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٨٠. **مفتاح السعادة ومصباح الزيادة في موضوعات العلوم**، أحمد بن مصطفى الشهير بـ(طاشكبري زاده) (ت٩٦٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، في ثلاثة مجلدات.

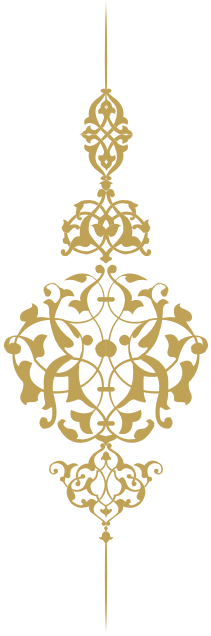
٨١. **مفردات ألفاظ القرآن**، للراغب الأصفهاني (ت٥٠٢هـ)، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دار القلم بدمشق ، الدار الشامية ببيروت، ط٤، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

٨٢. **منتخب الأحكام**، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن إبراهيم المريني الأندلسي المعروف بـ(ابن أبي زمنين ت٣٩٩هـ)، تحقيق: د. محمد حماد، منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، المملكة المغربية-الرابطة المحمدية للعلماء، ط١، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

٨٣. **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، عني به: محمد محمد طاهر شعبان، دار المنهاج للنشر والتوزيع، لبنان، ط١، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

٨٤. **موجبات الأحكام وواقعات الأيام**، قاسم بن قُطلُوبُغا الحنفي (ت٨٧٩هـ)، تحقيق: محمد سعود المعيني، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية العراقية-إحياء التراث الإسلامي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٨٣م.

٨٥. **نهاية الأرب في فنون الأدب**، شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويري (ت٧٣٣هـ)، تحقيق: الدكتور محمد رضا مروة وآخرين، منشورات محمد علي بيضون -دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.



السياسة الشرعية بمعناها الخاص

أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى

الأستاذ بقسم الفقه

في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

في جامعة القصيم

المقدمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا، أما بعد..

فإن السياسة الشرعية مصطلح يطلق في الفقه أو لدى علماء الإسلام على معنيين:

المعنى الأول: سياسة الرعية، أي الأحكام السلطانية، أو نظام الحكم في الإسلام، أو النظام السياسي في الإسلام.

المعنى الثاني: يدور حول القواعد العامة للتعامل مع الوقائع، ولاسيما في الموازنة بين المصالح والمفاسد، ويمكن أن نوسع المعنى فنقول: «سياسة التعامل مع النصوص والقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية وسياسة تنزيل ذلك في الواقع والموازنة بين المصالح والمفاسد».

إن السياسة الشرعية بالمعنى الأول هي الأكثر شيوعًا كعنوان في كثير من المصادر لدى المتقدمين والمعاصرين.

وأما السياسة الشرعية بالمعنى الثاني فإنها حاضرة حين يتحدث الفقهاء المتقدمون أو المعاصرون عن جوانب من التطبيقات الفقهية؛ إلا أنه من النادر أو القليل أن نجد مصطلح (السياسة الشرعية) بمعناها الثاني في

عنوان كتاب أو بحث؛ إذ المعنى الأول قد طغى واستحوذ على هذا المصطلح في الغالب الأعم[1].

وحيث إن هذا المعنى لم يأخذ حظه من الدراسة والتأصيل والتقعيد كحال نظيره؛ فقد استعنت الله تعالى في الكتابة في هذا الموضوع[2].

الدراسات السابقة:

لا تخلو كتب الفقه؛ بل وكتب العقيدة والتفسير وشروح الحديث من تناول السياسة الشرعية بكلا المعنيين المشار إليهما سابقًا؛ ولكن من النادر أو القليل أن نجد مصطلح (السياسة الشرعية) بمعناها الثاني الخاص في عنوان كتاب أو بحث؛ فجميع ما وقفت عليه من كتب المتقدمين وبحوث المعاصرين إنما هو في المعنى الأول (الأحكام السلطانية وما يتعلق بها)، وإنما تناولها المتقدمون بالمعنى الثاني الخاص حين يتحدثون عن جوانب من التطبيقات الفقهية، فتجدهم مثلًا يقولون: ويصح كذا أو يجب أو يؤمر به أو ينهى عنه من باب السياسة الشرعية، أو من باب سياسة الناس أو سياسة

(١) وقد استعرضتُ عدةَ بحوث معاصرة اشتمل عنوانها على السياسة الشرعية؛ فلم أجدها تتحدث سوى عن نظام الحكم في الإسلام.

(٢) وقد قررت بعض كليات الشريعة، وربما بعض كليات الدراسات الإسلامية أو الأنظمة مقرر السياسة الشرعية ضمن مقرراتها، وقد اطلعت على طائفة منها فألفيتها تقتصر أو تركِّز على السياسة الشرعية بمعناها الأول؛ مع أن الطالب في مثل هذه الكليات الشرعية تتجلى حاجته إلى السياسة الشرعية بمعناها الثاني أكثر من حاجته إليها بالمعنى الأول؛ لذلك فإني كنت أدعو -وما زلت- إلى صياغة هذا المقرر وفق السياسة الشرعية بمعناها الثاني، أو لتكن شاملة للمعنيين على وجهٍ يتضح به كل منهما مستقلاً.

العامة.. أو.. يجوز هذا سياسة.. ويمنع منه سياسة.. أو نحو ذلك من العبارات وصنوف التناول مما يقصد به العلماء العدول عن الحكم الفقهي الظاهر إلى حكم يراعي معاني أخرى.

وقد نجد الحديث عنها أيضًا في أعطاف بعض القواعد الأصولية أو القواعد الفقهية، ومن الكتب التي اختصت بذلك (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، الملقب بسلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ).

وأما المعاصرون فهم في الغالب يتحدثون عن المعنى الثاني الخاص للسياسة الشرعية من خلال مصطلحات (فقه الموازنات، فقه المصلحة، فقه الأولويات، فقه التدرج .. ونحو ذلك)[١].

وأما ما كتب في السياسة الشرعية ككتاب مستقل في المعنى الأول (الأحكام السلطانية وما يتعلق بها) فهو كثير لدى المتقدمين والمعاصرين.

فمن كتب المتقدمين:

١. **الوصية في الآداب الدينية والسياسة الشرعية**، لطاهر بن الحسين بن رزيق الخزاعي (ت: ٢٠٧ هـ)، ويقال: إنه أول مؤلف في السياسة الشرعية.

٢. **الأحكام السلطانية**، للماوردي.

(١) وهذه المعاني فيها كتابات هنا وهناك، علمًا بأنها متفاوتة في العرض والعمق والتحليل، كما أنها ليست جامعة لكل هذه المعاني في بحث واحد، ومن هنا جاءت فكرة هذا البحث لتجمع هذه المعاني وغيرها في مصطلح السياسة الشرعية بمعناها الثاني الخاص.

٣. **الأحكام السلطانية**، لأبي يعلى.

٤. **غياث الأمم في التياث الظلم**، لإمام الحرمين أبي المعالي الجويني.

٥. **السياسة الشرعية**، لشيخ الإسلام ابن تيمية.

٦. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، لابن القيم.

٧. **المقدمة السلطانية في السياسة الشرعية**، للمحمدي الحنفي.

٨. **السياسة الشرعية**، لابن نجيم الحنفي.

ومن المؤلفات المعاصرة:

٩. **السياسة الشرعية**، لعبد الوهاب خلاف.

١٠. **السياسة الشرعية**، لمحمد البنا.

١١. **السياسة الشرعية**، لعلي الخفيف.

١٢. **السياسة الشرعية والفقه الإسلامي**، لعبد الرحمن تاج.

وثم بحوث معاصرة أخرى.

خطة البحث:

جاء هذا البحث في تمهيد وستة مباحث وخاتمة:

التمهيد: في التعريف بالسياسة الشرعية.

المبحث الأول: أدلة السياسة الشرعية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أدلة السياسة الشرعية من القرآن الكريم.

المطلب الثاني: أدلة السياسة الشرعية من السنة النبوية.

المبحث الثاني: مقاصد السياسة الشرعية.

المبحث الثالث: مجالات السياسة الشرعية.

المبحث الرابع: حكم العمل بالسياسة الشرعية.

المبحث الخامس: العلاقة بين علم السياسة الشرعية والعلوم المشابهة.

المبحث السادس: قواعد وأسس ومبادئ السياسة الشرعية.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: فقه المصالح المرسلة.

المطلب الثاني: فقه الموازنات.

المطلب الثالث: فقه الأولويات.

المطلب الرابع: فقه سد الذرائع.

المطلب الخامس: فقه التدرج.

المطلب السادس: فقه المقاصد الشرعية.

المطلب السابع: فقه المداراة.

الخاتمة في أهم نتائج البحث.

منهج البحث:

يقوم هذا البحث على الاستقراء والاستنباط والتحليل، وقد انتهجت المنهج العلمي المتعارف عليه في ذلك، وفي التوثيق والعزو وتخريج الأحاديث ونحو ذلك، وطبيعة البحوث التحليلية ليست كبحوث الأحكام الفقهية؛ لذا ينبغي مراعاة ذلك، وأسأل الله التوفيق والتسديد.

أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى

الأستاذ بقسم الفقه في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

في جامعة القصيم

التمهيد
في التعريف بالسياسة الشرعية

تعريف السياسة لغة:

السياسة في اللغة: مشتقة من (ساس يسُوس سياسة)[1].

جاء في كتب اللغة والمعاجم في مادة سوس: السوس: الرياسة، يقال: سستُ الرعية سياسة، والسياسة: القيام على الشيء بما يصلحه، والسياسة: فعل السائس، يقال: هو يسوس الدواب إذا قام عليها وراضها، والوالي يسوس رعيته[2].

تعريف السياسة الشرعية اصطلاحًا:

ورد لفظ (السياسة) في السنة النبوية، ففي حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((كانَتْ بَنُو إسْرائِيلَ تَسُوسُهُمُ الأنْبِياءُ، كُلَّما هَلَكَ نَبِيٌّ خَلَفَهُ نَبِيٌّ، وإنَّه لا نَبِيَّ بَعْدِي، وسَيَكونُ خُلَفاءُ فَيَكْثُرُونَ قالوا: فَما تَأْمُرُنا؟ قالَ: فُوا ببَيْعَةِ الأوَّلِ فالأوَّلِ، أعْطُوهُمْ حَقَّهُمْ، فإنَّ اللهَ سائِلُهُمْ عَمَّا اسْتَرْعاهُمْ)) متفق عليه[3].

---

(١) تاج العروس ١٦/ ١٥٧، مادة (سوس).
(٢) لسان العرب ٦/ ١٠٨، مادة (سوس)، تاج العروس ١٦/ ١٥٧-١٥٩، مادة (سوس)، معجم اللغة العربية المعاصرة ٢/ ١١٣٣، مادة (سوس).
(٣) البخاري، رقم (٣٤٥٥)، ومسلم، رقم (١٨٤٢)، ومعنى ((فُوا)) يعني ((أوفُوا)) فإنها تأتي في اللغة بالصيغتين.

قال ابن الأثير رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ((كانت بنو إسرائيل تسوسهم أنبياؤهم)) أي: تتولى أمورهم كما تفعل الأمراء والولاة بالرعية، والسياسة: القيام على الشيء بما يصلحه[١].

وبنحوه قال النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ:... والسياسة القيام على الشيء بما يصلحه[٢].

وقال ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تسوسهم الأنبياء أي: أنهم كانوا إذا ظهر فيهم فساد بعث الله لهم نبيًا يقيم لهم أمرهم، ويزيل ما غيروا من أحكام التوراة، وفيه إشارة إلى أنه لا بد للرعية من قائم بأمورها يحملها على الطريق الحسنة وينصف المظلوم من الظالم[٣].

وهكذا في كثير من شروح الحديث.

ومما سبق نستخلص التعريف الاصطلاحي للسياسة الشرعية حيث عرف ابن الأثير والنووي السياسة بأنها: القيام على الشيء بما يصلحه.

فيصبح تعريف السياسة الشرعية هو: القيام على الشيء بما يصلحه وفق الشرع الإسلامي.

وقد جاءت بعض التعريفات مقاربة منها:

تعريف ابن عقيل الحنبلي أنها: «ما كان فعلًا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا نزل به وحي»[٤].

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر ٢/ ٤٢١، مادة (سوس).
(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/ ٢٣١.
(٣) فتح الباري ٦/ ٤٩٧.
(٤) انظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ١/ ٢٩.

وتعريف ابن نُجيم الحنفي أنها: «فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي»[١].

وفي كتاب التعريفات الفقهية للبركتي: «السياسة: هي استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة، فهي من الأنبياء في ظاهرهم وباطنهم، ومن السلاطين والملوك في ظاهرهم، ومن العلماء في باطنهم»[٢].

ونلاحظ أن أكثر من عرفها ربطها بالأحكام السلطانية.

وقد لاحظت ذلك في تعريف السياسة الشرعية لدى المعاصرين، فمثلًا في الموسوعة الفقهية الكويتية:

السياسة في الاصطلاح: تأتي لمعان: الأول: معنى عام يتصل بالدولة والسلطة. فيقال: هي استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في العاجل والآجل، وتدبير أمورهم...

المعنى الثاني: يتصل بالعقوبة، وهو أن السياسة: «فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي». انتهى المنقول من الموسوعة[٣].

فهذان المعنيان اللذان ذكرتهما الموسوعة يرتبط كل منهما بالحاكم؛ فلم تذكر القسم الثاني من السياسة الشرعية الذي أشرنا إليه في المقدمة.

(١) البحر الرائق ٥/ ١١.
(٢) التعريفات الفقهية للبركتي، ص١١٧.
(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥/ ٢٩٥-٢٩٦.

تعريف السياسة الشرعية اصطلاحًا بالمعنى الثاني للسياسة الشرعية (المعنى الخاص):

كما تقدم في تعريف ابن الأثير والنووي للسياسة بالمعنى العام أنها: القيام على الشيء بما يصلحه.

فهذا يتوافق مع التعريف الذي أشرت إليه في المقدمة، وأعيده كتعريف اصطلاحي للسياسة الشرعية بمعناها الثاني الخاص:

«سياسة التعامل مع النصوص والقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية، وسياسة تنزيل ذلك في الواقع والموازنة بين المصالح والمفاسد».

وإذا أردنا استبدال كلمة (السياسة) حتى لا تتكرر في المعرَّف كما يشترطه المناطقة في التعريفات فيمكن أن نقول: «فقه التعامل مع النصوص والقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية، وفقه تنزيل ذلك في الواقع والموازنة بين المصالح والمفاسد».

ويمكن أن نعبِّر بصيغة أخرى فنقول: هي مراعاة معاني في الشرع قد تخفى على البعض هي أولى بالمراعاة من ظاهر الأمر.

ولنا أن نوجز الفرق بين السياسة الشرعية بالمعنى الأول والثاني ونقربه أنها بالمعنى الأول (الأحكام السلطانية أو النظام السياسي في الإسلام) أحكام، بينما هي بالمعنى الثاني أداة أو مجموعة أدوات.

المصطلحات المرادفة:

إن السياسة الشرعية بالمعنى الثاني الخاص: وهو «سياسة التعامل مع النصوص والقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية، وسياسة تنزيل ذلك في الواقع والموازنة بين المصالح والمفاسد»، يرادفها أو يندرج تحتها مصطلحات مشابهة: كفقه المصلحة أو فقه المصالح والمفاسد، وفقه الأولويات، وفقه الموازنات، وفقه المقاصد الشرعية، وفقه التدرج، وفقه سد الذرائع.

إن حقيقة السياسة الشرعية بمعناها الثاني: تشمل كل ذلك، وتستعمل هذه الأدوات ضمن السياسة الشرعية.

استعمال مصطلح السياسة الشرعية بالمعنى الثاني الخاص لدى الفقهاء:

قد أشرت في المقدمة إلى استعمال الفقهاء، وإنما قصدت هنا شيئاً من التفصيل لنقل بعض العبارات والنصوص؛ لئلا يقول قائل: إن إطلاق مصطلح السياسة الشرعية على المعنى الثاني إطلاق غير معهود.

والحق أني -وإن لم أكن مستشكِلاً هذا أصلاً كما أنه غير مستشكَل فيما أحسب لدى كثير من القراء- إلا أنني مع ذلك جمعت بعض الشواهد من باب زيادة الاستشهاد والاعتضاد.

فمن ذلك:

ما في تفسير الراغب الأصفهاني: «السياسات ثلاث: سياسة الإنسان نفسه، وسياسته أهله وما يخصه، وسياسته بلده وصقعه، فسياسة البلد والصقع من وجه إلى الأئمة، وهو أخذهم الناس بالقهر، ومن وجه إلى الحكماء والعلماء. -فقهائهم ووعظتهم- وهو أخذهم بالوعظ، وكل ذلك

فرض على الكفاية، وأما سياسة الإنسان نفسه فواجب على كل مكلف على التضييق، وكذا سياسة الأهل واجبة على من يملكه».[1]

فهنا إطلاق مصطلح السياسة على معنىً شموليٍّ لا يختص بالأحكام السلطانية، بل اعتبر سياسة البلد تشمل الفقهاء والوعَّاظ، وهو المعنى الخاصّ للسياسة الشامل لمراعاة المصالح وبقية المعاني.

وقال ابن الأخوة معلقاً على حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في قصة سليمان عَلَيْهِ السَّلَامُ في حكمه بين المرأتين[2]: «فيه من الفقه: جواز التهديد والتخويف والإرهاب بما لا يجوز فعله ليصل المتولي إلى فعل المصلحة في ذلك، ومعلوم أنه غير جائز شقه، وإنما أراد نبي الله سليمان أن يظهر لهما نوعاً من أنواع الإرهاب من باب السياسة والمعرفة حتى ظهر له أمرها»[3].

فهذا أيضاً استعمال لمصطلح السياسة بمعناها الخاص.

وقال القرافي في سياق حديثه عن مسألة من مسائل الشهادة: «وإنما تسامح العلماء في وضع الشهادة على من لا يعرف بعينه واسمه سياسة منهم

(١) تفسير الراغب الأصفهاني ٢/ ٧٧٢.

(٢) نص الحديث: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. قال: ((بينما امرأتان معهما ابناهما. جاء الذئب فذهب بابن إحداهما. فقالت هذه لصاحبتها: إنما ذهب بابنك أنت. وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك. فتحاكمتا إلى داود. فقضى به للكبرى. فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام. فأخبرتاه. فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما. فقالت الصغرى: لا. يرحمك الله! هو ابنها. فقضى به للصغرى)). أخرجه البخاري (٣٤٢٧)، ومسلم (١٧٢٠).

(٣) معالم القربة في طلب الحسبة ص٢٢٠.

في دفع العامة لئلا يعتقدوا أن تلك الشهادة لا تنفع فيقدموا على الإنكار، ففي جهلهم بتلك صلاح عظيم»[1]

فقد بيَّن القرافي استعمالاً للسياسة ليس من الحاكم وإنما من العالم والمفتي والقاضي، وهذا يشهد بأن استعمال مصطلح السياسة بمعناها الخاص قد جرى على لسان أمثال هؤلاء الأئمة، فهو استعمال صحيح.

وجاء في بعض كتب المالكية أيضاً التعليل بالسياسة: «لأن ما كرهه الإمام -أي مالك-: هو من باب السياسة، والعمل بها مشروع، لكثرة الفساد وانتشاره»[2].

وأفتى ابن الصلاح فيما إذا حكم حاكم بصحة الوقف على النفس، وكان ممن يراه؛ جاز التصرف فيه ببيع ووقف وغيرهما كسائر الأملاك في الباطن؛ لأن حكم الحاكم لا يغير ما في نفس الأمر، ثم علَّل ذلك بأنه إنما منع منه في الظاهر سياسة شرعية.[3]

ففيه أن الفتوى بالمنع كان اعتمادها على السياسة الشرعية.

وهكذا استعمل المعاصرون مصطلح السياسة الشرعية بمعناها الخاص؛ فمن ذلك عبارة الشيخ عبد العزيز بن باز رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فدين الله يدعو إلى الاجتماع وإلى السياسة الصالحة الحكيمة، التي تجمع ولا تفرق، تؤلف ولا

(١) الذخيرة ١٠/ ١٠٠، وأصل العبارة من البيان والتحصيل ٩/ ٤٦٦، ونقلها كثير من المالكية كما في الذخيرة، وكما في التاج والإكليل ٨/ ٢٢٥، وغيرها.
(٢) أجوبة التسولي عن مسائل الأمير عبد القادر في الجهاد، ص ١٨٣.
(٣) نقلها غير واحد من الشافعية، انظر: فتاوى الرملي ٣/ ٤٤، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣/ ٣٣٠، نهاية المحتاج ٥/ ٣٦٨.

تباعد تدعو إلى صفاء القلوب، واحترام الأخوة الإسلامية والتعاون على البر والتقوى والنصح لله ولعباده»[١].

وسئل الشيخ الألباني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هل يجوز للمسلم الذي يكون أهله كافرين أن يصاحبهم إلى المقبرة إذا توفي أحدهم؟

فأجاب: إذا كان لا يسعه إلا ذلك من باب السياسة الشرعية فيجوز..[٢].

وفي جواب للشيخ ابن عثيمين رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن النقاب المعاصر للنساء: «.. فلهذا نرى منعه من باب السياسة وعدم التجاوز في حد النقاب المباح، ولسنا نرى منعه لأن الأدلة تدل على منعه، بل الأدلة تدل على جوازه، ولكن الجائز إذا كان يفضي إلى شيء محرم لا يمكن انضباطه، فإن من الحكمة منعه درءاً للمفسدة التي تترتب على القول بإباحته»[٣].

وفي الشرح الممتع له: «... ولكن القول بالمذهب من باب السياسة ويمنع العدوان على الناس، فيكون قولاً جيداً»[٤].

وفي شرح الشيخ عبد الله البسام رَحِمَهُ ٱللَّهُ لقاعدة (من استعجل شيئًا قبل أوانه، عوقب بحرمانه): هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية

(١) مجموع فتاوى ومقالات متنوعة لابن باز ١/ ٣٩.
(٢) سلسلة الهدى والنور / ٣٤٢/ ٠٩: ٤٢: للألباني.
(٣) فتاوى نور على الدرب للشيخ: محمد بن صالح العثيمين، منشورة على الرابط: https://audio.islamweb.org/audio/index.php?page=FullContent&audioid=313912.
(٤) الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ٢٠٦، والشيخ العثيمين من المكثرين من استعمال السياسة الشرعية بمعناها الخاص.

في سد الذرائع؛ كما في حرمان الوارث من الميراث إذا قتل مورثه ولو كان قتله خطأ[1].

وفي فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت: «... ترى اللجنة أنه لا يحرم شرعًا تناول هذا المنتج مادام قد ثبت خلوه من المواد المسكرة، ... ولكن مع ذلك ترى اللجنة منعه من باب السياسة الشرعية ما لم تحذف من البيانات كلمة (rum) من النص العربي والإنجليزي، وحذف صورة البرميل، وحذف صورة المائدة الدالة على تعاطي الخمر، وذلك لينتفي التأثير الدعائي للمشروبات المسكرة»[2].

وفي كتاب القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة عن قاعدة (من استعجل شيئًا قبل أوانه، ولم تكن المصلحة في ثبوته، عوقب بحرمانه): وهذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع وتحريم الحيل[3].

فهذا استعمال من المعاصرين للسياسة الشرعية بمعناها الخاص في سياقات متنوعة؛ حيث يتضح من السياق أنهم لا يقصدون بها الأحكام السلطانية.

تلك بعض النصوص والشواهد من غير قصد الحصر ولا الاستقصاء، ومما ينبغي التأكيد عليه ما يلي:

(١) توضيح الأحكام من بلوغ المرام لعبد الله البسام ١/ ٦٦.
(٢) فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت ٥/ ٢٢٨.
(٣) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي ١/ ٤١٥.

١. أن مصطلح السياسة الشرعية حتى ولو لم نجد له شواهد في استعماله بهذا المعنى الخاص أي في غير الأحكام السلطانية؛ فإن ذلك -في نظري- لا يمنع إطلاق هذا المصطلح على المعنى الذي قصدته وبينته؛ وذلك لأنه لا يمنع منه لغة ولا شرع؛ بل إن معناه في اللغة شامل له، ومعناه الذي ذكره بعض من عرف السياسة الشرعية كما تقدم أيضاً هو شامل له، أي أنه لا يختص بالأحكام السلطانية أو النظام السياسي في الإسلام، فكيف مع ما تقدم من الشواهد والنصوص.

٢. لو قيل: إن الأصل هو عدم اختصاص هذا المصطلح بالأحكام السلطانية أو النظام السياسي في الإسلام لم يكن ذلك بعيداً، ولا سيما ما قد نجده في عبارات الفقهاء من قولهم: ويصح هذا سياسة.. ويجوز هذا سياسة.. ويمنع منه سياسة.. ونحو هذه العبارات بالاقتصار على كلمة (سياسة).

٣. قد نجد في عبارات بعض الفقهاء والعلماء نحو: (من باب المصلحة)، (من باب مراعاة المصلحة) ونحو ذلك، فهذا كله مرادف للتعبير أنه من باب السياسة أو من باب سياسة الناس أو سياسة العامة أو من باب السياسة الشرعية.. فكلها عبارات يقصد بها العلماء العدول عن الحكم الفقهي الظاهر إلى حكم يراعي معاني أخرى، وهي المعاني التي بينا أنها مشمولة بمصطلح السياسة الشرعية بمعناها الخاص.

المبحث الأول
أدلة السياسة الشرعية

للسياسة الشرعية أدلة بحسب قسميها المشار إليهما، وما دمنا قد حصرنا حديثنا عن السياسة الشرعية في معناها الثاني؛ فسوف نقتصر على أدلة السياسة الشرعية بهذا المعنى، وقد جاءت بعض الأدلة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية الشريفة، فهذا مطلبان:

المطلب الأول: أدلة السياسة الشرعية من القرآن الكريم:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِي ٱلْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾ [الكهف: ٧٩].

قال ابن عاشور في التحرير والتنوير: «وتصرف الخضر في أمر السفينة تصرف برعي المصلحة الخاصة عن إذن من الله بالتصرف في مصالح الضعفاء، إذ كان الخضر عالماً بحال الملك، أو كان الله أعلمه بوجوده حينئذ، فتصرف الخضر قائم مقام تصرف المرء في ماله بإتلاف بعضه لسلامة الباقي، فتصرفه الظاهر إفساد وفي الواقع إصلاح؛ لأنه من ارتكاب أخف الضرين، وهذا أمر خفي لم يطلع عليه إلا الخضر، فلذلك أنكره موسى»[(١)].

الدليل الثاني: قصة يوسف عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ ولا سيما قوله تعالى: ﴿قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾ [يوسف: ٥٥].

(١) تفسير التحرير والتنوير ١٦/ ١٢-١٣.

قال ابن عطية: «قال بعض أهل التأويل: في هذه الآية ما يبيح للرجل الفاضل أن يعمل للرجل الفاجر بشرط أن يعلم أنه يفوض إليه في فصل ما لا يعارض فيه، فيصلح منه ما شاء، وأما إن كان عمله بحسب اختيار الفاجر وشهواته وفجوره فلا يجوز له ذلك»(١).

وقال القرطبي: «قال بعض أهل العلم: في هذه الآية ما يبيح للرجل الفاضل أن يعمل للرجل الفاجر والسلطان الكافر بشرط أن يعلم أنه يفوض إليه في فعل لا يعارضه فيه، فيصلح منه ما شاء، وأما إذا كان عمله بحسب اختيار الفاجر وشهواته وفجوره، فلا يجوز ذلك»(٢).

وقال ابن تيمية: «.. وكما كان يوسف الصديق عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ مع أهل مصر؛ فإنهم كانوا كفارًا ولم يمكنه أن يفعل معهم كل ما يعرفه من دين الإسلام؛ فإنه دعاهم إلى التوحيد والإيمان فلم يجيبوه..»(٣). وسيأتي كلامه مطولاً فيما بعد.

فقد أعمل يوسف عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ السياسة الشرعية بتغليب المصلحة في استلامه هذا المنصب مع ما في ذلك من ولايته تحت كافر، ومع ما في ذلك -كما أشار شيخ الإسلا - من عدم تمكنه من فعل كل ما يعرفه من الدين(٤).

(١) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ٣/ ٢٥٦.
(٢) تفسير القرطبي ٩/ ٢١٥.
(٣) منهاج السنة النبوية ٥/ ١١٢.
(٤) ويمكن أن يقال أيضاً في قصة النجاشي ومؤمن آل فرعون كما قيل في قصة يوسف عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ، قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى ١٩/ ٢١٧: «كما فعل النجاشي وغيره ولم تمكنه الهجرة إلى دار الإسلام ولا التزام جميع شرائع الإسلام؛ لكونه ممنوعًا من الهجرة وممنوعًا من إظهار دينه وليس عنده من يعلمه جميع شرائع الإسلام: فهذا مؤمن من أهل الجنة، كما كان مؤمن آل فرعون مع قوم فرعون وكما كانت امرأة فرعون».

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿قَالَ يَـٰهَـٰرُونُ مَا مَنَعَكَ إِذْ رَأَيْتَهُمْ ضَلُّوٓا ۝٩٢ أَلَّا تَتَّبِعَنِۖ أَفَعَصَيْتَ أَمْرِى ۝٩٣ قَالَ يَبْنَؤُمَّ لَا تَأْخُذْ بِلِحْيَتِى وَلَا بِرَأْسِىٓۖ إِنِّى خَشِيتُ أَن تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِى ۝٩٤﴾ [طه: ٩٢ - ٩٤].

قال البغوي: «﴿إني خشيت﴾ لو أنكرت عليهم لصاروا حزبين يقتل بعضهم بعضًا، ﴿أن تقول فرقت بين بني إسرائيل﴾ أي خشيت إن فارقتهم واتبعتك صاروا أحزابًا يتقاتلون، فتقول أنت فرقت بين بني إسرائيل»(١).

وقال الواحدي: «خشيت إن فارقتهم واتبعتك أن يصيروا حزبين يقتل بعضهم بعضاً فتقول: أوقعت الفرقة فيما بينهم»(٢).

فوجه الدلالة من هذه الآية على السياسة الشرعية: أن هارون عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ راعى معنى مهمًّا، وهو خشية الفرقة وخشية الفتنة فاكتفى ببعض الإنكار، وقد جاء عن قتادة بن دعامة في قوله: ﴿إني خشيت أن تقول فرقت بين بني إسرائيل﴾، قال: قد كره الصالحون الفرقة قبلكم(٣).

الدليل الرابع: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨].

(١) تفسير البغوي ٥/ ٢٩١.
(٢) الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ص٧٠٣.
(٣) تفسير ابن أبي حاتم ٧/ ٢٤٣٣.

قال ابن كثير: «يقول تعالى ناهيًا لرسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والمؤمنين عن سب آلهة المشركين، وإن كان فيه مصلحة، إلا أنه يترتب عليه مفسدة أعظم منها، وهي مقابلة المشركين بسب إله المؤمنين، وهو الله لا إله إلا هو»(١).

وفي تفسير الرازي: «أن هذا الشتم، وإن كان طاعة، إلا أنه إذا وقع على وجه يستلزم وجود منكر عظيم، وجب الاحتراز منه،.. لأن هذا الشتم كان يستلزم إقدامهم على شتم الله وشتم رسوله، وعلى فتح باب السفاهة، وعلى تنفيرهم عن قبول الدين...

هذه الآية تدل على أن الأمر بالمعروف قد يقبح إذا أدى إلى ارتكاب منكر، والنهي عن المنكر يقبح إذا أدى إلى زيادة منكر، وغلبة الظن قائمة مقام العلم في هذا الباب، وفيه تأديب لمن يدعو إلى الدين، لئلا يتشاغل بما لا فائدة له في المطلوب؛ لأن وصف الأوثان بأنها جمادات لا تنفع ولا تضر، يكفي في القدح في إلهيتها، فلا حاجة مع ذلك إلى شتمها»(٢).

الدليل الخامس: وقد يصح لو استدللنا بهذه الآية الكريمة وهي قوله تعالى: ﴿وَلَوْلا رِجَالٌ مُؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُؤْمِنَاتٌ لَمْ تَعْلَمُوهُمْ أَنْ تَطَئُوهُمْ فَتُصِيبَكُمْ مِنْهُمْ مَعَرَّةٌ بِغَيْرِ عِلْمٍ لِيُدْخِلَ اللَّهُ فِي رَحْمَتِهِ مَنْ يَشَاءُ لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [الفتح: ٢٥].

(١) تفسير القرآن العظيم ٣/ ٣١٤.
(٢) تفسير الرازي ١٣/ ١٠٩، ومثل هذه الآية وأشباهها تذكر في الاستدلال بها أيضاً على سد الذرائع، وسد الذرائع من أركان السياسة الشرعية كما سيأتي ذلك في مبحث مستقل وهو (فقه سد الذرائع).

قال ابن جزي: «فلو سلط الله المسلمين على أهل مكة، لقتلوا أولئك المؤمنين وهم لا يعرفونهم، ولكن كفَّهم رحمة للمؤمنين الذين كانوا بين أظهرهم»(١).

وقال القرطبي: «﴿فتصيبكم منهم معرة بغير علم﴾ المعرة العيب..، أي يقول المشركون: قد قتلوا أهل دينهم»(٢).

فالدلالة من هذه الآية على السياسة الشرعية من وجهين:

الوجه الأول: مراعاة المصالح والمفاسد حيث إن قتال المشركين فريضة؛ ولكن خشية أن يشتمل على محذور وهو قتل المسلمين المخالطين لهم منعهم الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ من ذلك، فدل على أن مثل هذه المراعاة مقصودة ومحمودة شرعًا.

الوجه الثاني: مراعاة ما قد يترتب على العمل من فتح باب المقالة على المسلمين (الإعلام المضاد)، فيصبح هذا العمل حجة للمشركين في تشويه صورة المسلمين بدعوى أنهم يقتلون إخوانهم من المسلمين، فدل على أن مثل هذه المراعاة مقصودة ومحمودة شرعًا.

المطلب الثاني: أدلة السياسة الشرعية من السنة النبوية:

الدليل الأول: حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الجدر (أي: الحِجر) أمن البيت هو؟ قال: ((نعم))، قلت: فلم لم يدخلوه في البيت؟ قال: ((إن قومك قصرت بهم النفقة))، قلت: فما شأن بابه مرتفعًا؟ قال: ((فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاؤوا ويمنعوا من شاؤوا،

(١) تفسير ابن جزي (التسهيل لعلوم التنزيل) ٢/ ٢٩٠.
(٢) تفسير القرطبي ١٦/ ٢٨٥.

ولولا أن قومك حديث عهدهم في الجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم لنظرت أن أدخل الجدر في البيت وأن ألزق بابه بالأرض)). وفي رواية: ((لولا أن قومك حديثو عهد بشرك، لهدمت الكعبة فألزقتها بالأرض، وجعلت لها بابين؛ بابًا شرقيًا وبابًا غربيًا؛ باب يدخلون منه، وباب يخرجون منه، وزدت فيها ستة أذرع من الحجر، فإن قريشاً اقتصرتها حيث بنت الكعبة)). متفق عليه[1].

وفي رواية لمسلم: ((ألم تري أن قومك، حين بنوا الكعبة، اقتصروا عن قواعد إبراهيم؟))، قالت: فقلت: يا رسول الله! أفلا تردها على قواعد إبراهيم! فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لولا حدثان قومك بالكفر لفعلت))[2].

وعن عائشة زوج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ أنها قالت: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية -أو قال: بكفر- لأنفقت كنز الكعبة في سبيل الله، ولجعلت بابها بالأرض، ولأدخلت فيها من الحجر)). رواه مسلم[3].

قال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى: «وفي هذا الحديث دليل لقواعد من الأحكام، منها إذا تعارضت المصالح أو تعارضت مصلحة ومفسدة وتعذر الجمع بين فعل المصلحة وترك المفسدة بدئ بالأهم؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخبر أن نقض الكعبة وردها إلى ما كانت عليه من قواعد إبراهيم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(١) البخاري، رقم (١٥٨٤)، ومسلم، رقم (١٣٣٣).
(٢) مسلم، رقم (١٣٣٣).
(٣) مسلم، رقم (١٣٣٣).

مصلحة، ولكن تعارضه مفسدة أعظم منه، وهي خوف فتنة بعض من أسلم قريباً، وذلك لما كانوا يعتقدونه من فضل الكعبة فيرون تغييرها عظيما فتركها صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[1].

وهذا الاستنباط في السياسة الشرعية قد سبق إليه الإمام الحافظ إمام الدنيا البخاري رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه قد ذكر حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا في كتاب العلم، تحت باب: (من ترك بعض الاختيار، مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه، فيقعوا في أشد منه)[2].

وهذا من فقه هذا الإمام الجليل وعلو كعبه في الفقه بمعناه العام، وفي السياسة الشرعية وفقه المصالح وفقه المقاصد؛ فإنه عبَّر عن الحديث بهذا الباب مستنبطاً منه هذا المعنى، كما أنه ذكره في كتاب العلم، وفي هذا إشارة لأهمية السياسة الشرعية لطالب العلم وفقه المصالح والمفاسد.

قال ابن حجر رَحِمَهُ اللَّهُ: «ويستفاد منه ترك المصلحة لأمن الوقوع في المفسدة، ومنه ترك إنكار المنكر خشية الوقوع في أنكر منه، وأن الإمام يسوس رعيته بما فيه إصلاحهم، ولو كان مفضولاً ما لم يكن محرماً»[3].

وقد أعقب البخاري الباب والحديث السابق بباب آخر، فقال رَحِمَهُ اللَّهُ: (باب: من خص بالعلم قوما دون قوم، كراهية أن لا يفهموا)[4].

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ٩/ ٨٩.
(٢) صحيح البخاري ١/ ٣٧.
(٣) فتح الباري ١/ ٢٢٥.
(٤) صحيح البخاري ١/ ٣٧.

ثم أورد تحته أثرًا وحديثًا مرفوعًا، فأما الأثر فهو عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -وقد بدأ ب - فقال: وقال علي: «حدثوا الناس بما يعرفون، أتحبون أن يكذب الله ورسوله». ثم ذكر إسناده[1]، وأما الحديث فقد أخرج البخاري بعده حديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ومعاذ رديفه على الراحلة، قال: ((يا معاذ بن جبل))، قال: لبيك يا رسول الله وسعديك، قال: ((يا معاذ)). قال: لبيك يا رسول الله وسعديك-ثلاثًا-، قال: ((ما من أحد يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله، صدقًا من قلبه إلا حرمه الله على النار)). قال: يا رسول الله، أفلا أخبر به الناس فيستبشروا؟ قال: ((إذا يتكلوا)). وأخبر بها معاذ عند موته تأثما. والحديث متفق عليه[2].

قال ابن حجر: «وفيه دليل على أن المتشابه لا ينبغي أن يذكر عند العامة، ومثله قول ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ما أنت محدثاً قوماً حديثاً لا تبلغه عقولهم إلا كان لبعضهم فتنة». رواه مسلم[3]»[4].

الدليل الثاني: حديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الذي مضى قريبًا في قصة معاذ، ومضت دلالته أيضًا.

الدليل الثالث: حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: كنا مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في غزاة، فكسع رجل من المهاجرين رجلًا من الأنصار، فقال الأنصاري: يا للأنصار! وقال المهاجري: يا للمهاجرين! فقال رسول الله

(١) البخاري، رقم (١٢٧).
(٢) البخاري، رقم (١٢٨)، ومسلم، رقم (٣٢).
(٣) صحيح مسلم ١/ ١١.
(٤) فتح الباري ١/ ٢٢٥.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما بال دعوى الجاهلية؟)) قالوا: يا رسول الله! كسع رجل من المهاجرين رجلًا من الأنصار. فقال ((دعوها، فإنها منتنة)) فسمعها عبد الله بن أبي فقال: قد فعلوها. والله! لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل.

قال عمر: دعني أضرب عنق هذا المنافق، فقال ((دعه، لا يتحدث الناس أن محمدًا يقتل أصحابه)). متفق عليه[1].

وعن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: «أتى رجل بالجعرانة -منصرفنا من حنين- وفي ثوب بلال فضة، ورسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقبض منها ويعطي الناس، فقال: يا محمد، اعدل، فقال: ويلك، ومن يعدل إذا لم أعدل؟ لقد خبت وخسرت إن لم أكن أعدل، فقال عمر بن الخطاب: دعني يا رسول الله فأقتل هذا المنافق، فقال: ((معاذ الله أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه، إن هذا وأصحابه يقرؤون القرآن لا يجاوز حناجرهم، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية))». أخرجه مسلم[2].

الشاهد من هذين الحديثين: ((لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه)) فهما قصتان تدلان على ضرورة مراعاة السياسة الشرعية، والموازنة بين المصالح والمفاسد فهما من أدلة السياسة الشرعية.

(١) البخاري، رقم (٤٩٠٥)، ومسلم، رقم (٢٥٨٤).
(٢) مسلم، رقم (١٠٦٣).

قال الإمام ابن تيمية: «فإن الناس ينظرون إلى ظاهر الأمر فيرون واحدًا من أصحابه قد قُتل، فيظن الظان أنه يقتل بعض أصحابه على غرض أو حقد أو نحو ذلك، فينفر الناس عن الدخول في الإسلام، وإذا كان من شريعته أن يتألف الناس على الإسلام بالأموال العظيمة ليقوم دين الله وتعلو كلمته فلأن يتألفهم بالعفو أولى وأحرى»(١).

وقال ابن الملقن: «في هذا الحديث ((دعه لا يتحدث الناس أن محمدًا يقتل أصحابه)) قال: هو من أعظم السياسات، ولأن ظاهر عبد الله بن أُبي الإسلام، والناس كلفوا بالظاهر، فلو حصل عقوبة نفروا»(٢).

وقال ابن عاشور: «وإنّما كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ممسكًا عن قتلهم سَدًّا لذريعة دخول الشك في الأمان على الداخلين في الإسلام كما قال لعُمر: ((لا يتحدث الناس أن محمدًا يقتل أصحابه))؛ لأنَّ العامَّة والغائبين عن المدينة لا يَبْلغون بعلمهم إلى معرفة حقائق الأمور الجارية بالمدينة، فيستطيع دعاة الفتنة أن يشوِّهوا الأعمال النافعة بما فيها من صورة بشيعة عند من لا يعلم الحقيقة»(٣).

الدليل الرابع: حديث البراء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: لما اعتمر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذي القعدة، فأبى أهل مكة أن يدعوه يدخل مكة، حتى قاضاهم على أن يقيم بها ثلاثة أيام، فلما كتبوا الكتاب، كتبوا: هذا ما قاضى عليه محمد رسول

(١) الصارم المسلول، ص٢٣٧.
(٢) التوضيح لشرح الجامع الصحيح ٢٣/ ٤٠٨.
(٣) تفسير التحرير والتنوير ١٠/ ٢٦٦.

الله، قالوا: لا نقر لك بهذا، لو نعلم أنك رسول الله ما منعناك شيئاً، ولكن أنت محمد بن عبد الله. فقال: ((أنا رسول الله، وأنا محمد بن عبد الله)). ثم قال لعلي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ((امح رسول الله))؛ قال علي: لا والله لا أمحوك أبداً، فأخذ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الكتاب، وليس يحسن يكتب، فكتب: هذا ما قاضى عليه محمد بن عبد الله... الحديث متفق عليه[1].

وجه الاستدلال من هذا الحديث على السياسة الشرعية: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يتمسك بالمصلحة في كتابة لفظ (محمد رسول الله) ورضي بما دون ذلك فكتب (محمد بن عبد الله) وراعى بهذا تحقيق مصلحة أكبر؛ ولو اقتضى ذلك أن تهدر المصلحة الأدنى؛ ولذلك قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ((أنا رسول الله، وأنا محمد بن عبد الله))، أي ليس من الحكمة في مثل هذا الموضع الإصرار على اللفظ ما دام قد يفوت به عقد الهدنة الذي يسعى إليه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لتحقيق مصالح كبرى. والله أعلم.

(١) البخاري، رقم (٢٦٩٩)، ومسلم (١٧٨٣).

المبحث الثاني
مقاصد السياسة الشرعية

للسياسة الشرعية مقاصد عظيمة، سواء بمعناها الأول أو بمعناها الثاني، وحين نحصر الحديث عن مقاصد السياسة الشرعية في معناها الثاني؛ فمن أعظم تلك المقاصد التطبيق الصحيح للنصوص الشرعية والقواعد الفقهية والموقف الصحيح في حال تعارض المصالح والمفاسد.

ومن مقاصدها وثمرات: الأخذ بها سلامة السالك لهذا المسلك من التناقض وسلامته من الغلو والتفريط؛ فالسياسة الشرعية من أعظم أسباب الوسطية والاتزان.

ومن مقاصدها وثمراتها: قبول الناس للأحكام الشرعية، وعدم نفورهم منها؛ فإن السياسة بمعناها الخاص تراعي معاني مهمة في بيان الأحكام وتطبيقها، وتراعي اختلاف الزمان والمكان.

المبحث الثالث
مجالات السياسة الشرعية

تدخل السياسة الشرعية بمعناها الثاني الخاص في جميع مجالات الحياة، ولا ريب أن من أهمها وأعظمها أثرًا ما يتعلق بالأحكام السلطانية، أي أن السلطان الأعظم يجب عليه أن يستعمل السياسة الشرعية في إدارة شؤون الدولة الداخلية والخارجية، وفي تعامله مع الأعداء والأصدقاء، وفي تعامله مع رعيته أو من تحت ولايته، ثم إنها لا تختص أيضاً بما يتعامل به بنفسه فقط؛ بل كل من يتولى أمرًا فإنه مأمور بمراعاة السياسة الشرعية وفق ضوابطها الشرعية.

وهذا السبب في نظري هو الذي أورث شيئاً من الخلط بين المعنيين لدى البعض، وإلا فإننا -كما قدمنا- حينما نميز بين هذين المصطلحين والمعنيين يتبين لنا تطبيق كل منهما على وجهه الصحيح.

وقد تقدم أول البحث الإشارة إلى أن السياسة الشرعية بالمعنى الأول هي أحكام؛ بينما هي بالمعنى الثاني أداة أو مجموعة أدوات.

فإذا نظرنا إلى مجالات السياسة الشرعية في غير الأحكام السلطانية، فسنجد أن جميع من له آلة لفهم السياسة الشرعية وفقه تطبيقها، فهو مأمور بالعمل بها، كالقاضي (فيما تقتضيه السياسة الشرعية)، وكالمفتي، والداعية إلى الخير، والآمر بالمعروف والناهي عن المنكر، وهكذا كل طالب علم وباحث شرعي في تعاملهم وبيانهم للناس وما يسطرونه من العلم والبيان.

المبحث الرابع
حكم العمل بالسياسة الشرعية

أشرت قريبًا إلى ما يمكن منه فهم حكم العمل بالسياسة الشرعية، وخلاصة ذلك أن نقول: من حيث العمل فإن العمل بالسياسة الشرعية بمعناها الثاني الخاص واجب في حق من يدرك وجه السياسة الشرعية في العمل الذي يتولاه أو يقوم به.

ومن حيث البيان فما من أمرٍ لا يخلو النظر فيه من اعتبار السياسة الشرعية يظهر للناظر فيه وجه السياسة الشرعية إلا وجب عليه بيان ذلك.

وبكل حال فإن السياسة الشرعية -ككثيرٍ من المعاني المشابهة- قد يعتري الأخذ بها الأحكام الثلاثة؛ فقد يكون واجبًا، وقد يكون مستحبًا، وقد يكون مباحًا؛ وإن كان الأصل هو الوجوب.

فمثلاً نجد الإمام ابن تيمية يشير أحيانًا إلى مثل هذه الأحكام في بعض أمثلة السياسة الشرعية، ففي اقتضاء الصراط المستقيم: «لو أن المسلم بدار حرب، أو دار كفر غير حرب؛ لم يكن مأمورًا بالمخالفة لهم في الهدي الظاهر، لما عليه في ذلك من الضرر بل قد يستحب للرجل، أو يجب عليه، أن يشاركهم أحياناً في هديهم الظاهر، إذا كان في ذلك مصلحة دينية من دعوتهم إلى الدين، والاطلاع على باطن أمرهم لإخبار المسلمين بذلك، أو دفع ضررهم عن المسلمين، ونحو ذلك من المقاصد الصالحة»[1].

(١) اقتضاء الصراط المستقيم ١/ ٤٧١، وما ذكره ابن تيمية مما نحتاجه في هذا العصر في تطبيق السياسة الشرعية في مثل هذه الأحوال.

فأعمل ابن تيمية السياسة الشرعية في هذا الحكم المهم، وهو مخالفة الكفار؛ إذ جعلها عذراً في ترك المخالفة، وهذا شأن الإباحة، ثم اعتبر الحكم قد يرتقي إلى الاستحباب أو الوجوب بحسب الحال.

المبحث الخامس
العلاقة بين علم السياسة الشرعية والعلوم المشابهة

إن السياسة الشرعية بمعناها الثاني الخاص لها علاقة بجميع العلوم الشرعية من حيث الاستدلال لها؛ فإن أدلتها من الكتاب والسنة، وسوف يأتي أيضاً علاقتها بالقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية وسد الذرائع، وهي وجه من وجوه الاجتهاد في تنزيل الأدلة على الوقائع، وفي التطبيق العملي لبعض الأحكام المفتقرة لنظرٍ خاص، كما في حال تعارض المصالح والمفاسد.

وحينئذ فالمجتهد الذي يلحظ السياسة الشرعية في حكم من الأحكام أو في واقعة من الوقائع؛ يجب أن يكون أهلاً لهذا النظر، وهو الذي له حظ من علم أصول الفقه، وعلم الفقه والقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية.

المبحث السادس
قواعد وأسس ومبادئ السياسة الشرعية

اجتهدت في استنباط بعض القواعد والأسس للسياسة الشرعية، وإذا اقتضى الأمر فسوف أذكر تحت كل قاعدة قواعد وضوابط متفرعة.

وهذه القواعد جعلت عناوينها الكبرى ما أشرت إليه سابقاً مما قد يذكر مرادفًا للسياسة الشرعية أو يذكر كجانب أو مجال من مجالاتها أو صورة من صور تطبيقها.

وهي إجمالًا ما يلي:

١. فقه المصالح المرسلة.

٢. فقه الموازنات.

٣. فقه الأولويات.

٤. فقه سد الذرائع.

٥. فقه التدرج.

٦. فقه المقاصد الشرعية.

٧. فقه المداراة.

المطلب الأول: فقه المصالح المرسلة:

وقد نُعبِّر عن هذه القاعدة الكبرى بفقه الترجيح بين المصالح والمفاسد أو فقه المصلحة.

فأما مصطلح المصالح المرسلة فهو مصطلح أصولي يذكر ضمن الأدلة الكبرى المختلف فيها؛ حيث يذكر الأصوليون بعد الكتاب السنة والإجماع والقياس أدلة أخرى مختلفًا فيها، كقول الصحابي وعمل أهل المدينة والمصلحة المرسلة أو المصالح المرسلة إلى غير ذلك.

ونحن هنا لا نريد التوسع في هذا الباب حيث قد تناولته كتب الأصول بما يكفي؛ ولكني سأشير إلى بعض التعريفات التي ذكرها المتقدمون فمن ذلك:

عرفها الخوارزمي في الكافي بأنها: المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق(١).

وعرفها الشاطبي بأنها: «كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائمًا لتصرفات الشرع، ومأخوذًا معناه من أدلته، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعًا به»(٢).

ثم علَّل ذلك بأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها؛ لأن ذلك كالمتعذر؛ فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين؛ فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعيًا فقد يساوي الأصل المعين، وقد يربو عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه، كما أنه قد يكون مرجوحاً في بعض المسائل، حكم سائر الأصول المعينة المتعارضة في باب الترجيح.

(١) نقله الزركشي في البحر المحيط ٨/ ٨٣.
(٢) الموافقات ١/ ٣٢.

حقيقة الخلاف في الأخذ بالمصالح المرسلة:

حكى بعضهم خلافًا في الأخذ بالمصالح المرسلة ولكن كما قال القرافي: هي عند التحقيق في جميع المذاهب، لأنهم يعقدون ويقومون بالمناسبة، ولا يطلبون شاهدًا بالاعتبار، ولا نعني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك[1].

ويرى ابن دقيق العيد أن الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحًا على غيره من الفقهاء في المصالح المرسلة، ويليه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما[2].

وقد مثل جمع من المتقدمين ببعض الأمثلة للمصالح المرسلة، وقد تأملت ذلك كثيرًا فتبين لي أنه من العسير جدًّا أن يسلم مثال من الاعتراض عليه، حيث نفترض في المثال ألا يكون له استدلال إلا مجرد المصلحة المرسلة، وللمعترض على أي مثال أن يقول: إن دليله ليس مجرد المصلحة المرسلة، وإنما هو فهم لعمومات الأدلة أو القواعد الكبرى أو الصغرى.

فالشاطبي حين تحدث عن جمع المصحف، وهو من الأمثلة التي تساق كثيرًا كمثال للمصالح المرسلة قال: «فحاصل الأمر أن جمع المصحف كان مسكوتًا عنه في زمانه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، ثم لما وقع الاختلاف في القرآن وكثر حتى صار أحدهم يقول لصاحبه: أنا كافر بما تقرأ به؛ صار جمع المصحف واجبًا ورأيًا رشيدًا في واقعة لم يتقدم بها عهد؛ فلم يكن فيها مخالفة،

(١) شرح تنقيح الفصول، ص٤٤٦.
(٢) نقله الزركشي في البحر المحيط ٨/ ٨٤.

وإلا لزم أن يكون النظر في كل واقعة لم تحدث في الزمان المتقدم بدعة، وهو باطل باتفاق، لكن مثل هذا النظر من باب الاجتهاد الملائم لقواعد الشريعة وإن لم يشهد له أصل معين، وهو الذي يسمى المصالح المرسلة»[1].

فتبين بهذا المثال وبيان الشاطبي أن دليل جمع المصحف عمومات الأدلة والقواعد، وبيَّن الشاطبي أن هذا مقتضى الفقه في كل حادثة جديدة.

وبهذا تصبح المصالح المرسلة من مدارك الاجتهاد التي يشترك فيها جميع الفقهاء، وإنما قد يختلفون في آحاد المسائل والصور والأمثلة اختلافًا في تحقيق المناط وليس في أصل الاجتهاد.

وقد بين الغزالي في المستصفى من ضوابط المصلحة أنها ترد إلى حفظ مقاصد الشرع، ثم قرر أن مقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع، وقال: «فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع، فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها فقد شرع، كما أن من استحسن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصودًا بالكتاب والسنة والإجماع، فليس خارجًا من هذه الأصول».

ثم بين الغزالي أن الاستدلال للمصلحة أو المصالح ليس بدليل واحد، «بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الأمارات».

(١) الموافقات ٣/ ٤١.

ثم بين أن المصلحة المرسلة بهذا المعنى لا ينبغي أن يختلف فيها، فقال: «وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة، وحيث ذكرنا خلافًا، فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى»[1].

ضوابط الأخذ بها:

كما تقدم عن الغزالي في ضوابط المصلحة أنها ترد إلى حفظ مقاصد الشرع، وأن مقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع من خلال النظر في أدلة كثيرة من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الأمارات.

وبيَّن الشاطبي -موضحًا الفرق بين البدعة والمصلحة- أن ما سكت عنه في الشريعة على وجهين:

أحدهما: أن تكون مظنة العمل به موجودة في زمان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلم يشرع له أمر زائد على ما مضى فيه؛ فلا سبيل إلى مخالفته؛ لأن تركهم لما عمل به هؤلاء مضاد له، فمن استلحقه صار مخالفاً للسنة، حسبما تبين في كتاب المقاصد.

والثاني: أن لا توجد مظنة العمل به ثم توجد؛ فيشرع له أمر زائد يلائم تصرفات الشرع في مثله، وهي المصالح المرسلة، وهي من أصول الشريعة المبني عليها؛ إذ هي راجعة إلى أدلة الشرع، حسبما تبين في علم الأصول؛ فلا يصح إدخال ذلك تحت جنس البدع، وأيضًا؛ فالمصالح المرسلة -عند القائل بها- لا تدخل في التعبدات ألبتة، وإنما هي راجعة إلى حفظ أصل

(١) المستصفى، ص١٧٩.

الملة، وحياطة أهلها في تصرفاتهم العادية، ولذلك تجد مالكاً وهو المسترسل في القول بالمصالح المرسلة مشددًا في العبادات أن لا تقع إلا على ما كانت عليه في الأولين(١).

وقال في موضع آخر:

«واستدلال كل من اخترع بدعة أو استحسن محدثة لم تكن في السلف الصالح، بأن السلف اخترعوا أشياء لم تكن في زمان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ككتب المصحف، وتصنيف الكتب، وتدوين الدواوين، وتضمين الصناع، وسائر ما ذكر الأصوليون في أصل المصالح المرسلة؛ فخلطوا وغلطوا، واتبعوا ما تشابه من الشريعة ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويلها، وهو كله خطأ على الدين، واتباع لسبيل الملحدين»(٢).

فنخلص من هذا أن المصالح المرسلة محكومة بالشرع مقيدة بأدلته وقواعده، ولا يصح مطلقاً أن تكون دليلاً مستقلاً، أو نؤسس بها أحكاماً شرعية، وهي بهذا من المعاني التي تراعى في تطبيق السياسة الشرعية.

صلة القاعدة بالسياسة الشرعية:

لا بد من مراعاة المصالح المرسلة على النحو الذي مضى تقريره وتقييده، وإن أدلة السياسة الشرعية التي مضت قريباً إنما هي أو بعضها مصالح مرسلة، أو يمكن اعتبار بعضها مثالاً لمصلحة مرسلة وفق ضوابط الشرع.

(١) الموافقات ٣/ ٢٨٥.
(٢) الموافقات ٣/ ٢٨٣، ٢٨٤.

وبكل حال فالأخذ بالمصالح المرسلة وفق ضوابطها بتوسط واعتدال ينتج سياسة شرعية حكيمة.

المطلب الثاني: فقه الموازنات:

نعني بفقه الموازنات: أي الموازنة والترجيح والاختيار في التعارض في باب المصالح والمفاسد.

والفرق بين هذه القاعدة وسابقتها: أن الأولى تتحدث عن الأخذ بالمصالح أو بالمصالح المرسلة عمومًا، وأما هنا فالمقصود تحرير موقف الفقيه من تعارض المصالح والمفاسد، أو تعارض المصالح مع بعضها، أو تعارض المفاسد مع بعضها.

وهذه أهم قاعدة في السياسة الشرعية.

قال العز بن عبد السلام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن، وأن تقديم المصالح الراجحة على المرجوحة محمود حسن، وأن درء المفاسد الراجحة على المصالح المرجوحة محمود حسن»[1].

فهذا النظر هو الموازنة بين المصالح فيما بينها، والموازنة بين المفاسد فيما بينها، والموازنة بين المصالح والمفاسد.

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/ ٥.

ولشيخ الإسلام رَحِمَهُ ٱللَّهُ كلام نفيس في هذا الباب أعني باب التعارض؛ بل إنه أشار أيضًا إلى مصطلح الموازنات[1]، ففي مجموع الفتاوى: (فصل جامع في تعارض الحسنات أو السيئات)[2] وقد استغرق (١٤) صفحة، فصَّل فيه ومثَّل واستطرد أيضاً كعادته.

وكيلا يطول بنا المقام فقد لخصت كلامه فيما يلي (محافظًا على نصِّه قدر الإمكان):

- الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، وأنها ترجح بين خير الخيرين وشر الشرين، وتحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، وتدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما.

- التعارض إما بين حسنتين لا يمكن الجمع بينهما؛ فتقدم أحسنهما بتفويت المرجوح، وإما بين سيئتين لا يمكن الخلو منهما؛ فيدفع أسوأهما باحتمال أدناهما، وإما بين حسنة وسيئة لا يمكن التفريق بينهما؛ بل فعل

(١) فقد رأيت من بعض الباحثين من قال إنه مصطلح حادث؛ لكن -كما في نص ابن تيمية- استعمال لهذا المصطلح، صحيح أنه ليس شائعًا كما في هذا العصر؛ لكنه موجود ومعناه معروف يستعمله البعض وآخرون قد يعبّرون بالترجيح بين المصالح والمفاسد أو النظر بينها ونحو ذلك، قال العز بن عبد السلام رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «قاعدة في الموازنة بين المصالح والمفاسد: إذا تعارضت المصلحتان وتعذر جمعهما فإن علم رجحان إحداهما قدمت، وإن لم يعلم رجحان، فإن غلب التساوي فقد يظهر لبعض العلماء رجحان إحداهما فيقدمها ويظن آخر رجحان مقابلها فيقدمه». قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/ ٦٠.

(٢) مقصوده بالحسنات والسيئات: المصالح والمفاسد.

الحسنة مستلزم لوقوع السيئة؛ وترك السيئة مستلزم لترك الحسنة؛ فيرجح الأرجح من منفعة الحسنة ومضرة السيئة.

- مثل شيخ الإسلام ببعض أمثلة ومنها: تقديم المرأة المهاجرة لسفر الهجرة بلا محرم على بقائها بدار الحرب، كما فعلت أم كلثوم التي أنزل الله فيها آية الامتحان، وكتقديم قتل النفس على الكفر كما قال تعالى: ﴿وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ٢١٧]، فتقتل النفوس التي تحصل بها الفتنة عن الإيمان لأن ضرر الكفر أعظم من ضرر قتل النفس، وكالرمي بالمنجنيق والتبييت بالليل كما جاء في السنة وهو دفع لفساد الفتنة بقتل من لا يجوز قصد قتله.

وكذلك (مسألة التترس) التي ذكرها الفقهاء؛ فإن الجهاد هو دفع فتنة الكفر فيحصل فيها من المضرة ما هو دونها؛ ولهذا اتفق الفقهاء على أنه متى لم يمكن دفع الضرر عن المسلمين إلا بما يفضي إلى قتل أولئك المتترس بهم جاز ذلك.

- فتبين أن السيئة تحتمل في موضعين دفع ما هو أسوأ منها إذا لم تدفع إلا بها وتحصل بما هو أنفع من تركها إذا لم تحصل إلا بها، والحسنة تترك في موضعين إذا كانت مفوتة لما هو أحسن منها؛ أو مستلزمة لسيئة تزيد مضرتها على منفعة الحسنة هذا فيما يتعلق بالموازنات الدينية.

- ليس العاقل الذي يعلم الخير من الشر وإنما العاقل الذي يعلم خير الخيرين وشر الشرين، وهذا ثابت في سائر الأمور؛ ثم مثل بالطبيب.

- وجود السلطان مع ظلمه خير من عدم السلطان كما قال بعض العقلاء: ستون سنة من سلطان ظالم خير من ليلة واحدة بلا سلطان.

- يقدم خير الخيرين وجوبًا تارة واستحبابًا أخرى، ومن هذا الباب تولي يوسف الصديق عَلَيْهِ السَّلَامُ على خزائن الأرض لملك مصر؛ بل ومسألته أن يجعله على خزائن الأرض وكان هو وقومه كفارًا كما قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ جَاءَكُمْ يُوسُفُ مِنْ قَبْلُ بِالْبَيِّنَاتِ فَمَا زِلْتُمْ فِي شَكٍّ مِمَّا جَاءَكُمْ بِهِ﴾ الآية [غافر: ٣٤]، وقال تعالى عنه: ﴿يَاصَاحِبَيِ السِّجْنِ أَأَرْبَابٌ مُتَفَرِّقُونَ خَيْرٌ أَمِ اللَّهُ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ ﴿٣٩﴾ مَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءً سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَآبَاؤُكُمْ﴾ الآية [يوسف: ٣٩-٤٠]. ومعلوم أنه مع كفرهم لا بد أن يكون لهم عادة وسنة في قبض الأموال وصرفها على حاشية الملك وأهل بيته وجنده ورعيته، ولا تكون تلك جارية على سنة الأنبياء وعدلهم، ولم يكن يوسف يمكنه أن يفعل كل ما يريد وهو ما يراه من دين الله، فإن القوم لن يستجيبوا له لكن فعل الممكن من العدل والإحسان، ونال بالسلطان من إكرام المؤمنين من أهل بيته ما لم يكن يمكن أن يناله بدون ذلك، وهذا كله داخل في قوله ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].

- وهذا باب التعارض باب واسع جدًّا لا سيما في الأزمنة والأمكنة التي نقصت فيها آثار النبوة وخلافة النبوة فإن هذه المسائل تكثر فيها، وكلما ازداد النقص ازدادت هذه المسائل، ووجود ذلك من أسباب الفتنة بين الأمة، فإنه إذا اختلطت الحسنات بالسيئات وقع الاشتباه والتلازم، فأقوام قد ينظرون إلى الحسنات فيرجحون هذا الجانب وإن تضمن سيئات عظيمة،

وأقوام قد ينظرون إلى السيئات فيرجحون الجانب الآخر وإن ترك حسنات عظيمة، والمتوسطون الذين ينظرون الأمرين قد لا يتبين لهم أو لأكثرهم مقدار المنفعة والمضرة أو يتبين لهم فلا يجدون من يعينهم العمل بالحسنات وترك السيئات؛ لكون الأهواء قارنت الآراء.

- فالعالم تارة يأمر وتارة ينهى وتارة يبيح وتارة يسكت عن الأمر أو النهي أو الإباحة كالأمر بالصلاح الخالص أو الراجح أو النهي عن الفساد الخالص أو الراجح وعند التعارض يرجح الراجح -كما تقدم- بحسب الإمكان وهذا باب واسع جدًّا فتدبره[1].

وقال ابن القيم في تعليقه على حديث: ((إنه يستعمل عليكم أمراء فتعرفون وتنكرون فمن كره فقد برئ ومن أنكر فقد سلم، ولكن من رضي وتابع))، قالوا: أفلا نقاتلهم؟ قال: ((لا ما صلوا)). أخرجه مسلم عن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا[2]:

«إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شرع لأمته إيجاب إنكار المنكر ليحصل بإنكاره من المعروف ما يحبه الله ورسوله، فإذا كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه، وأبغض إلى الله ورسوله، لا يسوغ إنكاره، وإن الله يبغضه، ويمقت أهله، وهذا كالإنكار على الملوك والولاة بالخروج عليهم؛ فإنه أساس كل شر وفتنة إلى آخر الدهر، ومن تأمل ما جرى على الإسلام في الفتن الكبار والصغار رآها من إضاعة هذا الأصل، وعدم الصبر على منكر، فطلب

(١) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٠/ ٤٨-٥٩.
(٢) مسلم، رقم (١٨٥٤).

إزالته، فتولد ما هو أكبر منه، ولهذا لم يأذن في الإنكار على الأمراء باليد لما يترتب عليه من وقوع ما هو أعظم منه»[1].

فهذا الذي بينه ابن القيم هو عين فقه الموازنات.

ضوابط فقه الموازنات:

فيما يلي بعض الضوابط في الموازنة في هذه الأحوال:

الضابط الأول: التصوُّر الصحيح للواقع والواقعة من أجل الموازنة:

نلاحظ أحيانًا أننا نتصوَّر الواقع الذي ترتبط به الواقعة تصوُّرًا ناقصًا، فنبني عليه الحكم في الواقعة للموازنة فنقع في شيء من الخطأ، إذ نحن اعتبرنا في الميزان وجود شيء لم يكن له وجود، فأنتج وزنًا غير دقيق أو قراءة غير صحيحة تمامًا، كما لو أدخلنا في الحاسبة أرقامًا خاطئة، ستنتج نتيجة خاطئة أو أدخلنا في برنامج من البرامج معلومات ناقصة سنفاجأ بقراءة خاطئة.

وستأتي بعض أمثلة من خلال الضوابط التالية.

الضابط الثاني: التسليم لله تعالى في فقه الموازنات:

والأدلة كثيرة في كتاب الله تعالى في التسليم له جَلَّوَعَلَا وتمام الانقياد له.

ففي سورة البقرة يقول الله سبحانه: ﴿بَلَى مَنْ أَسْلَمَ وَجْهَهُ لِلَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَلَهُ أَجْرُهُ عِنْدَ رَبِّهِ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾ [البقرة: ١١٢].

(١) إعلام الموقعين ٣/ ١٢.

ذكر المفسرون أن إسلام الوجه يُراد به: الإذعان والانقياد التام[1].

وقد ذكر الله سبحانه إسلام الوجه له في أكثر من آية منها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ دِينًا مِّمَّنْ أَسْلَمَ وَجْهَهُ لله وَهُوَ مُحْسِنٌ واتَّبَعَ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلاً﴾ [النساء: ١٢٥].

وقوله تعالى: ﴿وَمَن يُسْلِمْ وَجْهَهُ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى وَإِلَى اللَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ﴾ [لقمان: ٢٢].

ونفى الله الإيمان إلا بهذا التسليم التام فقال جَلَّوَعَلَا: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِى أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥].

وهذا نفي عظيم مؤكد بعدة مؤكدات.

فالتسليم والإذعان والانقياد الذي يؤكده القرآن الكريم قاعدة عظيمة في فقه الموازنات، فالتعبّد لله تعالى بالتسليم له خط أحمر لا يجوز تعدّيه بحجة الموازنة.

والمعيار الحقيقي هو التعبُّد لله تعالى والتسليم له، والشريعة هي المرجع وإليها الاحتكام، وليس المرجع عقول البشر وآراءهم.

قال ابن تيمية: «لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة، فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد

(١) أضواء البيان للشنقيطي ١/ ٣١٣.

برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر، وقل أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدلالتها على الأحكام»[1].

وبضدها تتبين الأشياء؛ فمن المظاهر التي تخالف هذا المبدأ:

١. عرض قضايا من أصول الإسلام وثوابته للحوار والمناقشة.

وهذا لا يجوز من مسلم من حيث المبدأ؛ وما دام الأمر بيده؛ ولكن لو ألجئ إليه كما قد يحدث في بعض البرلمانات أو كان تحت سلطة غير مسلمة فيجب عليه أن ينكر ذلك بقلبه، ثم عليه أن يدافع عن الحق ما استطاع فإنه من الجهاد في سبيل الله تعالى.

٢. استبدال المرجعية الشرعية بالمرجعية العقلية لدى البعض، والله جَلَّ وَعَلَا قال: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ [الشورى: ١٠].

٣. التردد في الأخذ بالحكم الشرعي، وتلمس الأعذار للتخلي عنه أو الأخذ الصوري أو الناقص.

٤. تنحية الشرع عن بعض مجالات الحياة مع أن ما تقتضيه شهادة ألا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله، هو الطاعة لله ولرسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والانقياد والتسليم، وذلك في كل أمر دقيق أو جليل فهذا الدين شامل لكل شئون الحياة ولا يشذ عن ذلك شيء.

فما من فعل يقوم به الإنسان أي فعل كان منفردًا أو مشتركًا إلا وله في شرع الله حكم إما بالأمر به أو المنع منه أو الإذن به، والأمر به يشمل إيجابه

(١) مجموع الفتاوى ٢٨/ ١٢٩.

أو استحبابه، والمنع منه يشمل تحريمه أو كراهته، والإذن به دون أمر به أو منع هو الإباحة.

والبعض يظن أن سكوت الشارع عن الحكم معناه عدم وجود الحكم الشرعي له، وهذا مجانب للصواب إذ السكوت له عند العلماء أحوال، ولكل حال حكمها وإنما يحكم بذلك علماء الشريعة دون غيرهم، وحتى لو اعتبرنا السكوت إباحة كما هي القاعدة الشرعية في جل الأحوال؛ فإنما هو حكم شرعي نتلقاه من الشرع وحده ويستنبطه حملته.

ولذا فمن اعتقد أو ظن أن من الأمور ما لا يدخله الدين كما يعبر بعضهم فقد اعتقد باطلًا وتقلد أمرًا خطيرًا.

كيف لا والله عَزَّوَجَلَّ يقول: ﴿قُلْ إِنَّ صَلاَتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ لاَ شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَاْ أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ﴾ [الأنعام: ١٦٢-١٦٣]. فكل حركة وسكنة أمر الله أن تكون له ولا يقصد بها إلا وجهه. ويقول سبحانه: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٨٩]. قال مجاهد وغيره: لكل شيء أمروا به أو نهوا عنه(١).

وقال صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: ((تركتكم على بيضاء نقية ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك)). رواه أحمد وابن ماجه عن العرباض بن سارية رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ(٢).

(١) تفسير الطبري ١٤/ ٣٣٤، تفسير ابن رجب الحنبلي ١/ ٦١٥.
(٢) أحمد، رقم (١٧١٤٢)، ابن ماجه، رقم (٤٣).

وقال أبو ذر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «توفى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وما طائر يحرك جناحيه في السماء إلا وقد ذكر لنا منه علمًا». أخرجه أحمد(١).

ولما سئل سلمان الفارسي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قد علمكم نبيكم كل شيء حتى الخراءة؟ قال أجل: نهانا أن نستقبل القبلة بغائط أو بول، وأن نستنجي باليمين، أو أن نستقبل القبلة بغائط أو بول، أو نستنجي برجيع أو بعظم» الحديث أخرجه مسلم(٢).

وحين يعلم المسلم حكم الله تعالى فليس له إلا الانقياد والتسليم، قال تعال: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٦].

فنفى الله اختيار العبد وتقدمه بين يدي الله في الشرعيات كما ليس له ذلك في الكونيات، كما في قوله سبحانه: ﴿وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاء وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ سُبْحَانَ اللَّهِ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ [القصص: ٦٨].

وقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اسْتَجِيبُواْ لِلّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُم لِمَا يُحْيِيكُمْ﴾ [الأنفال: ٢٤].

وحذر الله من مخالفة أمره فقال: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النور: ٦٣].

(١) أحمد، رقم (٢١٣٦١). قال محققو المسند: «حديث حسن».
(٢) مسلم، رقم (٢٦٢).

ومن هنا فالفقيه الحقِّ المتشرِّب لمقصود التسليم والمستصحب له يظل فقهه متوازنًا لا يشتط به الفقه المصلحي أو تنحرف به النظرة العقلية، ولا يخفى على المتأمل ما يراه من انحراف في موقف في بعض القضايا سببه غياب هذا المعنى وضعف استشعاره.

الضابط الثالث: الوسطية في فهم النصوص الشرعية وتنزيلها:

قال الله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾ [البقرة: ١٤٣]؛ فسبيل المؤمن وسط بين طرفين، ومن تأمل الانحراف عن تلك الوسطية إلى طرف الإفراط أو طرف التفريط ألفى من أسباب ذلك الفهم الناقص للنصوص الشرعية، ونعني بالنصوص هنا نصوص القرآن ونصوص السنة التي يؤمن المتكلم بالاستدلال بها.

ومن تأمل التاريخ سيقف على نماذج للخطوط التي أخذت يمنة أو يسرة عن الخط المستقيم الأوسط وكان سبب ذلك هو ما ألمحت إليه.

وفي صحيح مسلم إشارة إلى أوائل تلك النماذج وهي قضية القدر[1]؛ إذ نشأت فرقة تنفي خلق أفعال العباد، وتجعل مشيئة العبد منفكة عن تقدير

(١) أخرج مسلم في صحيحه ١/ ٣٦ في كتاب الإيمان، باب بيان الإيمان والإسلام والإحسان ووجوب الإيمان بإثبات قدر الله سبحانه وتعالى، بسنده عن يحيى بن يعمر؛ قال: كان أول من قال في القدر بالبصرة معبد الجهني، فانطلقت أنا وحميد بن عبد الرحمن الحميري حاجين أو معتمرين، فقلنا: لو لقينا أحد من أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسألناه عما يقول هؤلاء في القدر، فوفق لنا عبد الله بن عمر بن الخطاب داخلا المسجد. فاكتنفته أنا وصاحبي، أحدنا عن يمينه والآخر عن شماله، فظننت أن صاحبي سيَكِل الكلام إلي، فقلت: أبا عبد الرحمن! إنه قد ظهر قبلنا ناس يقرؤون =

الله تعالى، وكان لهذا الفكر شبهته المستندة إلى بعض النصوص؛ ولكن لم يكن أخذهم بالنصوص على الوجه الصحيح بل اعتراه النقص حيث أخذوا ببعضها تاركين نصوصًا أخرى.

لذا نشأ الفكر المعاكس تمامًا وهو القول بالجبر؛ ولكنه انحرف أيضاً لوقوعه في ذات الخطأ حيث أخذ بالطائفة الأخرى من النصوص معرضًا عن النصوص التي استند إليها أولئك.

وفي التاريخ نماذج أخرى لعقائد وأفكار كانت على طرفين متقابلين كان من أسبابها المسلك المشار إليه (كالمرجئة ويقابلهم الخوارج، والمشبهة في الصفات ويقابلهم المنكرون لها والمؤولون).

وإن المنهج السويَّ الذي به تتحقق الوسطية ويتقي به المسلم الإفراط أو التفريط يحتاج منا إلى بيان بعض القواعد في الأخذ بالنصوص فمنها:

١. قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِنْ عِنْدِ رَبِّنَا﴾ [آل عمران: ٧].

= القرآن ويتقفرون العلم، وذكر من شأنهم وأنهم يزعمون أن لا قدر، وأن الأمر أنف. قال: فإذا لقيت أولئك فأخبرهم أني بريء منهم، وأنهم برآء مني. والذي يحلف به عبد الله بن عمر، لو أن لأحدهم مثل أحد ذهباً فأنفقه، ما قبل الله منه حتى يؤمن بالقدر، ثم قال: حدثني أبي عمر بن الخطاب،.. ثم ساق حديث جبريل عَلَيْهِ السَّلَامُ المشهور، وفيه: ((.. وتؤمن بالقدر خيره وشره)).

في الصحيحين عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تلا هذه الآية ثم قال: ((إذا رأيتم الذين يتبعون ما تشابه منه فأولئك الذين سمى الله فاحذروهم))(١).

قال المفسرون: المحكم هو الواضح في معناه والمتشابه بضد ذلك.

فالأخذ بالمحكم الواضح هو سبيل الراسخين في العلم، وأما من يتبع المتشابه ويتشبث بالمحتملات من النصوص فقد أخذ بمنهج أهل الزيغ وثمرته سلوك أحد الطرفين.

٢. قوله تعالى: ﴿أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ﴾ [البقرة: ٨٥].

ففي هذه الآية الإنكار على من يأخذ ببعض النصوص معرضًا عن النصوص الأخرى، وإنما منهج أهل السنة والجماعة الأخذ بجميع النصوص ما أمكن والجمع بينها على أكمل الوجوه وأقربها إلى إعمالها دون إهمال شيء منها.

٣. قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥].

ففي هذه الآية الأمر بكمال التسليم لله تعالى ولرسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ(٢).

(١) البخاري، رقم (٤٥٤٧)، ومسلم، رقم (٢٦٦٥).
(٢) وقد مضى ضابط مستقل عن التسليم.

٤. حديث معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في الصحيحين عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين))[١]. والفقه في الدين هو الفهم الشامل للدين من خلال نصوصه وقواعده ومقاصده. ولذا كان من أصول الوسطية العناية بفهم النصوص فهمًا شموليًا عميقًا يعتبر المعاني والمقاصد والقواعد الشرعية العامة. وأما الفهم الظاهري والجانبي للنصوص ونحو ذلك من الفهوم والإسقاطات فهو فهم ناقص في نظر الفقهاء.

٥. في الصحيحين عن عمران بن الحصين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم))[٢].

وفي صحيح مسلم عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سأله رجل: أي الناس خير قال: ((القرن الذي أنا فيه ثم الثاني ثم الثالث))[٣].

وفي حديث العرباض بن سارية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عند أبي داود والترمذي: ((.... فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين))[٤].

وفي حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عند الترمذي في بيان الفرقة الناجية من الثلاث والسبعين: قال: ((ما أنا عليه اليوم وأصحابي))[٥]، فمن

(١) البخاري، رقم (٧١)، ومسلم، (١٠٣٧).
(٢) البخاري، رقم (٢٦٥١)، ومسلم، (٢٥٣٥).
(٣) مسلم، رقم (٢٥٣٦).
(٤) أبو داود، رقم (٤٦٠٧)، الترمذي، رقم (٢٦٧٦). قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».
(٥) الترمذي، رقم (٢٦٤١). حسنه الألباني في«صحيح الجامع الصغير» ٢/ ٩٤٣، رقم (٥٣٤٣).

هذه النصوص وغيرها نستل قاعدة من قواعد الوسطية وهي العناية بما عليه سلف الأمة.

إن فهم النصوص ينبغي أن يستضيء بفهم خير الأمة وأزكاها وأقربها إلى الوحي حسًا وفهمًا ومعنى.

٦. إن حمل النصوص على تفسير وتأويل ناقص لكونه نظر إلى جانب دون غيره يؤدي كما أشرت في الأمثلة التاريخية إلى تفسير وتأويل معاكس له في الاتجاه.

ولذا فليس من الحكمة أن يُقابل التفسير الذي قد أخذ جانبًا واحدًا بنفيه وإقصائه وحصر المعنى في الجانب الآخر؛ بل الصواب هو التنزيل الصحيح للنصوص بالمعنى الشامل على وفق القواعد السابقة.

وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٨]. فالعدل هو العلاج الأمثل للميل وليس علاجَ الميل ميلٌ يقابله.

صلة ذلك بفقه الموازنات:

لا شك أن فقه الموازنات هو من جملة الفقه المستند إلى الكتاب والسنة، فمن أراد إعماله في قضية فإنه سوف يستدل أو يبني حكمه على نصوص أو قواعد شرعية، وما أكثر أن ينشأ الخطأ من فهم غريب للنصوص أو استعمال لقاعدة شرعية في غير موضعها أو في تطبيق لها غير متزن.

من الأمثلة:

آيات الجهاد والأمر به حيث قد يفهم البعض منها فهمًا غير متزن فيقع تنزيلها في غير موضعها.

كذلك فهم نصوص التيسير حيث انطلق منها البعض لتأسيس منهج الاختيار المجرَّد للأقوال أي ما دام في المسألة خلاف فيجوز الأخذ بالأيسر[1].

الضابط الرابع: الوسطية في استعمال القواعد الشرعية وتنزيلها:

إن من أهم ضوابط فقه الموازنات والذي اعتبرناه من أسس ومبادئ السياسة الشرعية أن يراعي الناظر التوسط والتوازن في التعامل مع القواعد الشرعية.

فإهمال القواعد الشرعية ينتج عنه انحراف في التأصيل والتطبيق، كما أن المبالغة في بعض القواعد الشرعية ينتج عنه انحراف مقابل.

ومن يطوِّف بناظره يجد أمثلة للحياد عن الوسطية في فهم القواعد الشرعية أو تنزيلها، كقاعدة الضرورة، وقاعدة عموم البلوى، فالتوسع فيها إخلال بالتوسط.

مثال: ما يسمى بالشركات أو الأسهم المختلطة (وهي ما كان أصل نشاطه مباحًا وله تعاملات محرمة كالربا).

(١) ستأتي قاعدة مستقلة (الموازنة لا تعني التخيير) كما أن للباحث مناقشة لهذا المنهج في ثنايا أكثر من بحث منها بحث (وقت الرمي أيام التشريق).

فقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى الإباحة، وليس ذلك هو وجه النقد، فهي مسألة اجتهادية، ولكن النقد هو في مأخذ الإباحة لدى بعضهم وذلك اعتبارًا بالضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة[1].

أي إنهم لا يخالفون في وجود الربا في الشركات محل البحث، ولكنهم احتملوا هذا -كما يرون- من أجل مبررات واقعية كحاجة الناس إلى استثمار أموالهم بطرق مأمونة وميسَّرة، كما أن الشركات ولا سيما شركات الخدمات العامة مما تحتاج إليها الدول فإذا حرمنا تداول أسهمها لاشتمالها على شيء من الربا فإنها -في نظرهم- ستنهار ويلحق الضرر العام، ويمكن مناقشة كل ذلك وفق ضابط الوسطية في استعمال القواعد الشرعية وتنزيلها كما يلي:

١. أن الاستثمار عن طريق الأسهم لون من ألوان الاستثمار له إيجابيات وسلبيات كغيره من ألوان الاستثمار؛ بل مخاطره أعلى بكثير من غيره كما لا يخفى، ولاسيما أن الاستثمار بالأسهم لا يحسنه كثير من الناس، ولذا يلجأون إلى دفع أموالهم إلى من يضارب بها إما عن طريق الصناديق الاستثمارية والمحافظ في البنوك والشركات المالية أو عن طريق أشخاص لهم عناية ودراية في هذا المجال، وعلى هذا فيتحول الاستثمار بالأسهم إلى كونه استثمارًا بجزء من المال في مضاربة، وحينئذ يستوي هذا النوع مع أية مضاربة أخرى سواء في العقارات أو المقاولات أو المواد الغذائية أو غيرها،

(١) للباحث مناقشة للقاعدة في بحث مستقل عنوانه (مناقشة في قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة) نشر في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي الصادرة عن المجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، في العدد الثامن والثلاثين.

أي إن القول بأن الاستثمار عن طريق الأسهم هو الأسهل لا يتحقق في مثل هذه الصورة؛ لأن الشخص لا يباشر الاستثمار بنفسه.

٢. لا يلزم من تحريم تداول أسهم الشركات المختلطة التضييق على الناس في الاستثمار في الأسهم كما في تعليل الإباحة؛ لأننا إنما حرمنا تداول نوع من الأسهم لا جميع الأسهم.

ربما هذا النوع هو الأكثر؛ ولكن هناك شركات تجتنب المحرم (قدر الاستطاعة)، وما زالت قائمة هذه الشركات تزداد بفضل الله؛ لكننا نحتاج إلى عدم التنازل منا في قبول المحرم، من أجل أن تضطر الشركات لإصلاح شأنها، إما بدافع الرغبة الصادقة في التصحيح والتخلص من المحرم (من ربا وغيره) أو بدافع المحافظة على مكانتها في سوق الأسهم وكسب السمعة والعملاء.

٣. أما التعليل بالحاجة إلى شركات الخدمات، وأنها إذا كانت شركات مختلطة وحرمنا تداول أسهمها تنهار فهذا غير مسلَّم إطلاقًا؛ لأن تداول أسهم الشركة ليس شرطًا لقيامها، فكم من شركة قائمة الآن من كبريات الشركات ولم تطرح أسهمها للتداول؛ ولأن هذا التعليل يمكن أن يُتذرع به لتداول أسهم البنوك الربوية؛ لأن كثيرًا منها ما زال من أعمدة اقتصاد البلد الذي هو فيه.

ثم إن هذا التعليل لم يأخذ به أحد ممن يرى إباحة أسهم الشركات المختلطة حين كانت البنوك الربوية هي الوحيدة في الميدان مع أنه متحقق

فيها في ذلك الزمن فلم نسمع عن أحدٍ منهم إباحة أسهم البنوك الربوية بناءً على هذا التعليل.[1]

ففي هذا المثال اعتبار للضرورة والحاجة غير سديد، كما اشتمل المثال أيضًا على مخالفة للقاعدة الأولى، وهي التصوُّر الصحيح للواقع إذ كما تبين في التعليق على المثال أن تصوير الواقع بما ذكر ليس دقيقًا[2].

الضابط الخامس: تكثير الخير وتقليل الشر من مقاصد الشريعة:

أي أنه لا يلزم زوال الشر بالكلية أو حصول الخير تامًّا ففي كثير من الأحوال لا يتمكن المسلم أو جماعة المسلمين من ذلك؛ بل غاية ما يتحقق إصلاح أو دفع للشر نسبي.

سئل شيخ الإسلام عن رجل متول ولايات وعليها من الكلف السلطانية ما جرت به العادة، وهو يختار أن يسقط الظلم كله ويجتهد في ذلك بحسب ما قدر عليه وهو يعلم أنه إن ترك ذلك وأقطعها غيره وولى غيره فإن الظلم

---

(١) هذا المثال والتعليق عليه من كتاب للباحث عنوانه التكييف الفقهي للسهم في الشركات المساهمة وأثره على أحكامها، ص ٣١ (مختصراً).

(٢) وبكل حال فالمقصود هو ذات القاعدة أو الضابط سواء اتفقنا مع المثال أو اختلفنا معه، كما قال الناظم:

وَالشَّأْنُ لا يُعْتَرَضُ المِثَالُ
إِذْ قَدْ كَفَى الفَرْضُ وَالاحْتِمَالُ

وإذا كان هذا مثالاً للمبالغة في بعض القواعد، وعدم الوسطية؛ فالأمثلة أيضاً في إهمال بعض القواعد أو كلها كثيرة كمن منع بعض المعاملات المالية دون اعتبار لقاعدة: (الأصل في المعاملات الحل) كتحريم البعض مطلق التعامل بالأسهم.

لا يترك منه شيء؛ بل ربما يزداد وهو يمكنه أن يخفف تلك المكوس التي في إقطاعه، فهل يجوز لمثل هذا بقاؤه على ولايته وإقطاعه؟ وقد عرفت نيته واجتهاده وما رفعه من الظلم بحسب إمكانه أم عليه أن يرفع يده عن هذه الولاية وهو إذا رفع يده لا يزول الظلم بل يبقى ويزداد؟

فأجاب: الحمد لله، نعم إذا كان مجتهدًا في العدل ورفع الظلم بحسب إمكانه وولايته خير وأصلح للمسلمين من ولاية غيره واستيلاؤه على الإقطاع خير من استيلاء غيره كما قد ذكر: فإنه يجوز له البقاء على الولاية والإقطاع ولا إثم عليه في ذلك؛ بل بقاؤه على ذلك أفضل من تركه إذا لم يشتغل إذا تركه بما هو أفضل منه، وقد يكون ذلك عليه واجبًا إذا لم يقم به غيره قادرًا عليه. فنشر العدل -بحسب الإمكان ورفع الظلم بحسب الإمكان- فرض على الكفاية يقوم كل إنسان بما يقدر عليه من ذلك إذا لم يقم غيره في ذلك مقامه ولا يطالب والحالة هذه بما يعجز عنه من رفع الظلم.

وما يقرره الملوك من الوظائف التي لا يمكنه رفعها لا يطالب بها، وإذا كانوا هم ونوابهم يطلبون أموالًا لا يمكن دفعها إلا بإقرار بعض تلك الوظائف وإذا لم يدفع إليهم أعطوا تلك الإقطاعات والولاية لمن يقرر الظلم أو يزيده ولا يخففه، كان أخذ تلك الوظائف ودفعها إليهم خيرًا للمسلمين من إقرارها كلها، ومن صرف من هذه إلى العدل والإحسان فهو أقرب من غيره، والمقطع الذي يفعل هذا الخير يرفع عن المسلمين ما أمكنه من الظلم ويدفع شر الشرين بأخذ بعض ما يطلب منهم، فما لا يمكنه رفعه هو محسن إلى المسلمين غير ظالم لهم، يثاب ولا إثم عليه فيما يأخذه على ما ذكره، ولا

ضمان عليه فيما أخذه ولا إثم عليه في الدنيا والآخرة إذا كان مجتهدًا في العدل والإحسان بحسب الإمكان.

وهذا كوصي اليتيم وناظر الوقف والعامل في المضاربة والشريك وغير هؤلاء ممن يتصرف لغيره بحكم الولاية أو الوكالة إذا كان لا يمكنه فعل مصلحتهم إلا بأداء بعضه من أموالهم للقادر الظالم: فإنه محسن في ذلك غير مسيء، فإن الله تعالى بعث الرسل لتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان(١).

مثال ذلك: أمثلة كثيرة جدًّا كالمشاركة في البرلمان؛ إذ هي قائمة على هذا المعنى، وكذلك تولي بعض الولايات كما في فتوى شيخ الإسلام، ولها نظائر كثيرة في هذا العصر.

وهذه القاعدة تعتبر أيضًا من قواعد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فدفع بعض المنكر مقصود، وتأخير المنكر أيضًا مقصود.

ويدلّ على هذا الضابط أدلة كثيرة: منها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧-٨].

وحديث: ((لا تحقرن من المعروف شيئًا))(٢).. وغيرها.

وقال شيخ الإسلام في تقرير أن الواجب أن يتقي الله ما استطاع:

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٥٦، وقد نقلته مع شيء من الاختصار لأهميته وما حواه من معانٍ وقواعد واستنباطات.

(٢) أخرجه مسلم، برقم (٢٦٢٦) من حديث أبي ذر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

كما فعل النجاشي وغيره ولم تمكنه الهجرة إلى دار الإسلام ولا التزام جميع شرائع الإسلام؛ لكونه ممنوعًا من الهجرة وممنوعًا من إظهار دينه، وليس عنده من يعلمه جميع شرائع الإسلام: فهذا مؤمن من أهل الجنة، كما كان مؤمن آل فرعون مع قوم فرعون وكما كانت امرأة فرعون؛ بل وكما كان يوسف الصديق عَلَيْهِ السَّلَامُ مع أهل مصر؛ فإنهم كانوا كفارًا ولم يمكنه أن يفعل معهم كل ما يعرفه من دين الإسلام؛ فإنه دعاهم إلى التوحيد والإيمان فلم يجيبوه قال تعالى عن مؤمن آل فرعون: ﴿وَلَقَدْ جَاءَكُمْ يُوسُفُ مِنْ قَبْلُ بِالْبَيِّنَاتِ فَمَا زِلْتُمْ فِي شَكٍّ مِمَّا جَاءَكُمْ بِهِ حَتَّى إِذَا هَلَكَ قُلْتُمْ لَنْ يَبْعَثَ اللَّهُ مِنْ بَعْدِهِ رَسُولًا﴾ [غافر: ٣٤]. وكذلك النجاشي هو وإن كان ملك النصارى فلم يطعه قومه في الدخول في الإسلام؛ بل إنما دخل معه نفر منهم؛ ولهذا لما مات لم يكن هناك أحد يصلي عليه فصلى عليه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالمدينة، وكثير من شرائع الإسلام أو أكثرها لم يكن دخل فيها لعجزه عن ذلك فلم يهاجر ولم يجاهد ولا حج البيت؛ لأن ذلك كان يظهر عند قومه فينكرونه عليه وهو لا يمكنه مخالفتهم.

ونحن نعلم قطعًا أنه لم يكن يمكنه أن يحكم بينهم بحكم القرآن؛ فإن قومه لا يقرونه على ذلك وكثيراً ما يتولى الرجل بين المسلمين والتتار قاضيًا، بل وإمامًا وفي نفسه أمور من العدل يريد أن يعمل بها فلا يمكنه ذلك بل هناك من يمنعه ذلك ولا يكلف الله نفسًا إلا وسعها، وعمر بن عبد العزيز عودي وأوذي على بعض ما أقامه من العدل، فالنجاشي وأمثاله سعداء في

الجنة، وإن كانوا لم يلتزموا من شرائع الإسلام ما لا يقدرون على التزامه، بل كانوا يحكمون بالأحكام التي يمكنهم الحكم بها[1].

وقال العز بن عبد السلام: «ولو استولى الكفار على إقليمٍ عظيمٍ، فولوا القضاء لمن يقدم مصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر: إنفاذ ذلك كله، جلبًا للمصالح العامة ودفعًا للمفاسد الشاملة، إذ يبعد من رحمة الشرع ورعايته لمصالح العباد تعطيل المصالح العامة وتحمل المفاسد الشاملة، لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهلٌ لها»[2].

الضابط السادس: ﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾:

هذه القاعدة آية قرآنية كريمة جاءت في موضعين:

﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ السَّيِّئَةَ﴾ [المؤمنون: ٩٦].

﴿وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [فصلت: ٣٤].

وهي في كتب التفسير كما هو ظاهر من سياقها تدور حول العفو والصفح؛ ولكن العبرة بعموم اللفظ والذي يمكن اعتباره ضابطاً هنا حيث أمرنا الله تعالى بالدفع، أي لم يأمرنا بالاستسلام فقال: ﴿ادْفَعْ﴾، وإعمال ذلك في فقه الموازنات أن المسلم والجماعة المسلمة (أيا كان شكلها)

(١) مجموع الفتاوى ١٩/ ٢١٧، بتصرُّف، وانظر أيضاً: مجموع الفتاوى ٣٥ / ٢٥، وقد اشتملت نصوص شيخ الإسلام على مثل هذه المعاني، ولهذا نقلت منها ما يناسب المقام؛ ولاسيما عنايته رَحِمَهُ ٱللَّهُ بضرب الأمثلة والتي لها نظائر في هذا العصر.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/ ٨٥.

مأمورون بالدفع بالتي هي أحسن أي بأحسن ما يمكن من الدفع، وبأحسن أسلوب يليق بالمؤمن والمؤمنين، ونعني بالدفع هنا دفع الشر بجميع صوره: دفع الإلحاد.. دفع التغريب.. دفع البدع.. دفع العلمنة ومظاهرها.. دفع المنكرات بأشكالها كمنكرات الأخلاق..

فالدفع ما دام موجودًا فهو خير، وإن كان بطيئًا أو يسيرًا، كمثل سيارة قد انغمست في الرمل فما دمنا ندفعها ستخرج من وهدتها، وكذلك الأمة ما دام أهلها يدفعون فهم قائمون بأمر الله، ولا ينبغي اليأس بسبب ضعف الدفع فالأيام دول؛ فكم من دفعٍ يسيرٍ أعقب زوالًا للشر مع الزمن، وقد يسقط بغتة والمرء يظنه ما زال قويًا متماسكًا ولكنها بركة الدفع وعاقبته.

الضابط السابع: عدم بناء الصواب والخطأ على مجرد النتائج أو لا يستدل بالنتيجة فقط على صواب العمل:

فلا يستدل على صحة العمل بمجرد ثمرته الظاهرة مثلًا، أو كثرة العاملين به أو نحو ذلك، كما لا يستدل على فشل العمل بمجرد انعدام الثمرة منه أو نقصها.

أدلة هذا الضابط:

يدل على عدم الاستدلال على صحة العمل بمجرد ثمرته الظاهرة أو كثرة العاملين به أو نحو ذلك أدلة منها:

١. قول الله تعالى: ﴿وَمَا أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ﴾ [يوسف: ١٠٣].

٢. قوله سبحانه: ﴿قُلْ لَا يَسْتَوِي الْخَبِيثُ وَالطَّيِّبُ وَلَوْ أَعْجَبَكَ كَثْرَةُ الْخَبِيثِ﴾ [المائدة: ١٠٠].

٣. عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: شهدنا مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حنينا... الحديث، وفيه: ((إن الله يؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر)) متفق عليه(١).

ويدل على عدم الاستدلال على فساد العمل بمجرد انعدام الثمرة منه أو نقصها:

١. حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: ((عُرِضت علي الأمم، فرأيت النبي ومعه الرهط، والنبي ومعه الرجل، والرجلان، والنبي وليس معه أحد..)) الحديث متفق عليه(٢).

فهذا نبيٌّ ينزل عليه الوحي من الله تعالى، وقد قام بكل ما أمر به من دعوة قومه؛ ومع ذلك لم يستجب له أحد؛ ففي هذا دلالة بيِّنةٌ على أنه لا يصحُّ الحكم على عملٍ ما بمجرد انعدام ثمرته أو نقصها.

(١) البخاري (٣٠٦٢)، مسلم (١١١)، ونحوه عند الإمام أحمد (٢٠٤٥٤) عن أبي بكرة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((إن الله سيؤيد هذا الدين بأقوام لا خلاق له)) وأخرجه النسائي (٨٨٣٤) عن أنس، وعن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن الله عَزَّوَجَلَّ ليؤيد هذا الدين برجال ما هم من أهله)) قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٥/ ٣٠٣: «رواه الطبراني وفيه عبد الرحمن بن زياد بن أنعم وهو ضعيف لغير كذب فيه».

(٢) البخاري، رقم (٥٧٠٥)، مسلم، رقم (٢٢٠).

٢. حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما من غازية، أو سرية، تغزو فتغنم وتسلم، إلا كانوا قد تعجلوا ثلثي أجورهم، وما من غازية، أو سرية، تخفق وتصاب، إلا تم أجورهم)) رواه مسلم[1].

ففي هذا الحديث ثناءٌ وتسلية من النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للسريَّة المهزومة في الجهاد أن أجورهم تامة، ففيه الدلالة أيضاً على أن العمل إذا فشلت نتيجته أو نتائجه فلا يُحكم بعدم صوابه بمجرد ذلك.

صلته بفقه الموازنات:

من فقه الموازنات الصحيح أن تكون المعايير أكثر علميةً وموضوعيةً، والاستدلال بمجرد النتائج لا يتفق مع تلك المعايير؛ أو على وجه الدقة لا تكفي وحدها معيارًا؛ إذ المعايير العلمية تعتمد على المبادئ الثابتة بخلاف النتائج فإنها متغيرة تتأثر بظروف الزمان والمكان، لكن ذلك لا يعني إلغاء معيار النتائج كمعيار مهم معتبر إلى جانب إلى المعايير العلمية.

وبمعنى آخر: يصح الاعتماد على معيار النتائج لسلامة التطبيق وليس لصحة الأصل.

فلا ينبغي أن يفهم مما تقدم إهمال النتائج بالكلية وإغفال دراسات الجدوى، كما أن النتائج نحتاج إليها في الموازنة بين المصالح والمفاسد، وهو يعني بلا شك ما أصله الإباحة.

(١) مسلم، رقم (١٩٠٦).

مثال: تمثيل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ:

يستدل البعض على صحة هذا الاجتهاد المعاصر، وهو إباحة تمثيل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ بالآثار المترتبة عليه، وما يحققه من المصالح...، وهذا وفق القاعدة غير سديد؛ إذ لا يُستدل بذلك وحده حتى يسلم الأصل من المحذور الشرعي، وبمعنى آخر يصح أن تكون هذه النتائج ترفع ما أصله الإباحة إلى الندب والاستحباب ولكنها لا تخرج المحرم من دائرة التحريم.

وأنا هنا لست بصدد تقرير حكم تمثيل الصحابة واعتبار الأصل فيه التحريم مثلًا، ولكن لابد من منهج صحيح.

فمن اعتمد على مجرد ما في التمثيل من مصالح دون تحرير الأصل فقد أخطأ، ومن حرر الأصل وأدَّاه اجتهاده إلى إباحة الأصل فذاك مما لعله يسع فيه الاجتهاد(١).

الضابط الثامن: الموازنة لا تعني التخيير المطلق:

أعني بهذه القاعدة أن يكون فقه الموازنات منضبطًا بما اشترطه الأصوليون والفقهاء في المجتهد، وهو أن يستند في اختياره في الاجتهادات المختلفة إلى النظر من خلال الأدوات الصحيحة للترجيح، وألا يعتبر مجرد وجود أقوالٍ في المسألة كافيًا لأخذه بما شاء منها(٢).

(١) مع أني أنبِّه هنا إلى أن تحرير الأصل يقتضي الاطراد فيه، وأخشى أن يؤدي ذلك إلى إباحة تمثيل الأنبياء عَلَيْهِمُ السَّلَامُ حيث قد يلزم من قال بهذا أن يقول بذاك.

(٢) هذه القاعدة كتبت مضمونها ضمن بحث عنوانه (أخطاء منهجية في دراسة القضايا المعاصرة) قدم في ندوة (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة)

فمثلًا: حين نتناول المسألة المعاصرة بالتأصيل من حيث ربطها بنظائرها في الفقه الإسلامي، أو تخريجها على مسألة تكلم فيها المتقدمون؛ فإذا تم الربط أو التخريج، وكانت تلك المسألة لدى المتقدمين مسألة خلافية أو كانت مسألة حادثة للمعاصرين فيها خلاف، فإن الخطأ هنا أن يقتصر اجتهاد المجتهد على البحث عن أي قول يمكن التمسك به أو التخريج عليه باعتبار أن الوصول إلى هذا القول، هو نهاية البحث دون النظر في وجاهة هذا التخريج أو قوة ذاك القول من حيث الأدلة من بين الأقوال الأخرى.

وينبغي التنبيه إلى أن وجه الخطأ هنا ليس في اختيار قولٍ للتخريج عليه، وكأننا نشترط أن يكون ذلك القول مجمعًا عليه؛ ولكن وجه الخطأ حين يعتبر الباحث أو الفقيه أن تعدد الأقوال كافٍ في اختيار أيٍّ منها اختيارًا مجردًا عن الاستدلال؛ بل ربما يرى البعض أن ذلك القول ضعيف أو فيه ضعف ويرى غيره أرجح منه؛ ولكنه عدل عن الراجح إلى المرجوح من أجل الإقدام على العمل الذي يريد عمله أو تصحيح المعاملة التي بين يديه، ونجد هذه المنهجية لدى طائفة ممن تكلموا في المسائل المالية المعاصرة مع أنها منهجية قد تقع في أية قضية أو مسألة.

إن علماء الشريعة من أصوليين وفقهاء وغيرهم قسَّموا الناس من حيث إدراك الحكم الشرعي إلى أقسام ثلاثة: مجتهد وعامي وآخر بينهما.

التي نظمها مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة في جامعة الإمام بالرياض في ٦-٧/ ٥/ ١٤٣١هـ.

وقد كررتها هنا وأكررها كثيرًا؛ لأهميتها وشيوع من يقع في هذا الخطأ، بل ويؤصل لهذا المنهج راجيًا من الجميع مزيد التأمل، ومن رأى خلاف ما قررته فليرشدني وليسددني.

قال الزركشي: الناس ثلاثة ضروب: مجتهد، وعامي، وعالم لم يبلغ رتبة الاجتهاد[1].

ولعله لا يخفى أنه تقسيم نسبي، وكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة فهو درجات كثيرة جدًّا قد تصل إلى اعتبار كل شخص درجة بعينه، لا سيما مع اعتبار تجزُّؤ الاجتهاد.

ولكن ما ثم تقسيم في الوجود إلا وتكون عند كل حدٍّ فاصل منه عن القسم الذي يليه ما يعسر التمييز فيه بين ما قبل الحد وما بعده، ومع هذا فإن مثل ذلك مما لا مناص منه لا يُبطل التقسيم.

إذا تقرر ذلك؛ فإن اجتهادات الفقيه في المسائل المعاصرة تكييفًا وحكمًا يجب معاملتها وفق ما نقل من عبارات العلماء كما يعامل المجتهد وليس كما يعامل العامي أو المقلد.

وقد قرر أولئك العلماء كما في نصوصهم أن المجتهد لا يسعه أن يفتي إلا بما ترجح لديه من خلال أدواته الاجتهادية المعتبرة.

هذا ما توصلت إليه من فهم كلام العلماء بعد طول تأمل ونظر، ولئن كانت بعض العبارات تحتمل جريان الخلاف في حق المجتهد، فإن المنهج الشمولي المتوازن يقتضي الأخذ بمجموع كلام العلماء جملة، وتفسير بعضه ببعض ورد محتمله إلى واضحه.

(١) البحر المحيط للزركشي ٨/ ٢٠٦.

قال ابن الصلاح: واعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو عمله موافقًا لقولٍ أو وجهٍ في المسألة، ويعمل بما شاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظرٍ في الترجيح، ولا تقيِّد به فقد جهل وخرق الإجماع(١).

وقال القرافي: الحاكم إن كان مجتهدًا فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده،... أما الحكم أو الفتيا بما هو مرجوح فخلاف الإجماع(٢).

وقال ابن القيم: لا يجوز للمفتي أن يعمل بما يشاء من الأقوال والوجوه من غير نظر في الترجيح، ولا يعتد به، بل يكتفي في العمل بمجرد كون ذلك قولًا قاله إمام أو وجهًا ذهب إليه جماعة فيعمل بما يشاء من الوجوه والأقوال.. وهذا حرام باتفاق الأمة(٣).

وقال الشاطبي: الفقيه لا يحل له أن يتخير بعض الأقوال بمجرد التشهي والأغراض من غير اجتهاد ولا أن يفتى به أحدًا(٤).

وقال إبراهيم بن فرحون: يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه...، فإن لم يقف على المشهور من الروايتين أو القولين، فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير نظر في الترجيح(٥).

(١) أدب المفتي والمستفتي ص١٢٥.
(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، الإمام القرافي ص٩٢.
(٣) إعلام الموقعين ٦/ ١٢٤.
(٤) الموافقات ٥/ ٩١.
(٥) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ١/ ١٦١.

صلة هذا الضابط بفقه الموازنات وبالسياسة الشرعية:

قصدت من هذا الضابط أن يتحرر الفقيه من بعض المؤثرات ولا سيما ما قد نطلق عليه (ضغط الواقع)؛ حيث قد ينتهج البعض منهج الاختيار المجرَّد؛ فينقِّب في كلام الفقهاء ليجد ما يوافق الحكم الذي يبتغيه بعيداً عن قواعد الاستدلال المعروفة، وطرائق الاجتهاد المعتبرة، فهذا ليس من السياسة الشرعية في شيء بل هو حياد عن الشريعة كما في نصوص الفقهاء وإجماعاتهم التي تقدمت.

فالسياسة الشرعية لا تعني المراعاة المجردة ولا المراعاة التي تنتقي أو تنتزع من كلام الفقهاء أو مذاهبهم ما يوافق الهوى.

الضابط التاسع: مراعاة ما تحتمله عقول الناس:

هذا الضابط مهم جدًّا كما أنه ذو خطر من حيث التطبيق أو الإهمال بمعنى أن المبالغة فيه قد تجر إلى تضييع أو تمييع كثير من الأحكام الشرعية بل المبادئ والثوابت، وفي المقابل فإن إهماله قد يشوّه صورة الإسلام، ويورث الخلط واللبس لدى عامة الناس.

دليل هذا الضابط:

ما تقدم في أدلة السياسة الشرعية وهو حديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ((لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه))، وحديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: ((لولا قومك حديث عهدهم بكفر..))، وحديث معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ((.. لا تحدث به الناس فيتكلوا..))، وأثر علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «حدثوا الناس، بما يعرفون..»، وأثر

ابن مسعود بنحوه، وتبويب البخاري رَحِمَهُ ٱللَّهُ على كل ذلك بالبابين المشار إليهما فيما تقدم.

فالنبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ترك قتل مستحق القتل خشية اللبس على الناس، وأن تظهر الصورة بقتل المسلمين (لأن المنافق يظهر الإسلام).

وترك صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إعادة بناء الكعبة مع أنه مصلحة كبيرة مراعاة لما تحتمله عقول الناس ومداركهم.

وهكذا حديث معاذ والأثران بعده جميعها تؤكد هذا المعنى، وأن السياسة الشرعية وفقه الموازنات كلها تقتضي التريّث في صياغة الخطاب الإسلامي والخطاب الإعلامي حتى لا يحدث بسببه فتنة أو تشويش أو يستغل في النيل من الإسلام وأهله أو من العاملين للإسلام ومؤسساتهم.

أمثلة:

من ذلك ترك عمر بن عبد العزيز الذهب المزين به مسجد الرسول صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زمن الوليد بن عبد الملك، ولم يغير النقش الذي على النقود مع أنه فيه آيات من القرآن.

قال لمحدثه: «أردت أن تحتج علينا الأمم أنا غيرنا توحيد ربنا واسم نبينا صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[1].

ومن الأمثلة ما قد يعتقده البعض من استحقاق القتل بسبب الكفر أو الخروج بسبب الكفر أو وقوع المكفرات، فيقال لمن يعتقد ذلك: إن هذا الأمر على فرض صحته وسلامة المنهج الذي من خلاله تم الحكم بالكفر فتبقى قاعدة مهمة هي هذه القاعدة؛ فلابد من مراعاتها وأخذها بعين الاعتبار.

(١) مصنف ابن أبي شيبة ١٢/ ٤٩٠.

ومن الأمثلة أيضاً بعض المعاملات المصرفية، حيث تقوم بعض البنوك الإسلامية بمعاملات ظاهرها الربا فهي -على فرض التسليم بصحتها من حيث الأصل- إلا أننا حين نطبق هذه القاعدة نجد أن الموقف الصحيح والأسلم ألا تُقدم البنوك الإسلامية على مثل ذلك، فيلتبس الأمر على عامة الناس وتظهر البنوك الإسلامية كما لو لم يكن بينها وبين غيرها فرق[1].

الضابط العاشر: ﴿قل كلٌّ يعمل على شاكلته﴾:

وهي آية قرآنية كريمة.

قال مجاهد: طبيعته، وقال الفراء: على طريقته ومذهبه الذي جبل عليه.

وقيل: قل كلٌّ يعمل على ما هو أشكل عنده وأولى بالصواب في اعتقاده.

ثم قال القرطبي في تفسيره: وهذه الأقوال كلها متقاربة والمعنى أن كل أحد يعمل على ما يشاكل أصله وأخلاقه التي ألفها..[2].

وفي حديث علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((اعملوا فكل ميسر)) وفي رواية: ((ميسر لما خلق له)). متفق عليه[3].

فكل له ما يناسبه ولذا كان مجال المنافسة والمسابقة في الطاعات واسعًا جدًّا شاملًا لكل رغبات البشر المشروعة، وقد قيل: وكل امرئ يصبو إلى ما يناسبه.

(١) ولذا تنبه بعض من كان يفتي بجواز التورق المنظم إلى ذلك فمنعه.
(٢) تفسير القرطبي ١٠/ ٣٢٣.
(٣) البخاري، رقم (٤٩٤٥)، (٤٩٤٩)، ومسلم، رقم (٢٦٤٧).

وما أعظم حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين يقول: ((من أنفق زوجين في سبيل الله نودي من أبواب الجنة: يا عبد الله هذا خير، فمن كان من أهل الصلاة دعي من باب الصلاة، ومن كان من أهل الجهاد دعي من باب الجهاد، ومن كان من أهل الصيام دعي من باب الريان، ومن كان من أهل الصدقة دعي من باب الصدقة..)). الحديث متفق عليه عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1].

إن هذه النصوص التي هي بمثابة القواعد للمسلم تجعله مدركًا لما يستطيع المسابقة فيه، وخدمة الإسلام من خلاله.

كما تجعله فقيهًا بالجمع بين ما ورد من نصوص في فضل هذا العمل وما ورد من نصوص في فضل عمل آخر وثالث وهكذا..

فالتفاضل بين العبادات يكون بحسب ما هو أنفع للعبد في العبودية، وأنفع للناس أيضًا إن كان مما يتعدى نفعه، وهذا يختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأشخاص.

وبهذا يفسر اختلاف جواب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن سأله عن أفضل الأعمال مثل:

حديث أبي ذر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «سألت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أي العمل أفضل؟ قال: ((إيمان بالله وجهاد في سبيله))، قلت: فأي الرقاب أفضل؟ قال: ((أعلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها))..» الحديث متفق عليه[2].

(١) البخاري، رقم (١٨٩٧)، ومسلم، رقم (١٠٢٧).
(٢) البخاري، رقم (٢٥١٨)، ومسلم، رقم (٨٤).

وحديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سئل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أي الأعمال أفضل؟ قال: ((إيمان بالله ورسوله))، قيل: ثم ماذا؟ قال: ((جهاد في سبيل الله))، قيل: ثم ماذا؟ قال: ((حج مبرور)). متفق عليه[1].

وحديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قلت: يا رسول الله أي العمل أفضل؟ قال: ((الصلاة على ميقاتها))، قلت: ثم أي؟ قال: ((ثم بر الوالدين)) قلت: ثم أي؟ قال: ((الجهاد في سبيل الله))، فسكت عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولو استزدته لزادني. متفق عليه[2].

وأشباهها كثير ...

ولذا لما أعتقت ميمونة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وليدة في زمان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالت: فذكرت ذلك لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك)). متفق عليه[3].

وهذا يجعلنا نؤكد على الفقه لمقاصد الشرع في العبادة المحضة وفي كل عمل، والنظر للأمر من جميع جوانبه فالعتق عبادة عظيمة، وفيه فضل وثواب كبير، ولكن لما عارضه ما هو أولى منه، وهو حاجة الأقارب إلى ذلك الرقيق، صار المصير إليه أعظم أجرًا.

(١) البخاري، رقم (١٥١٩)، ومسلم، رقم (٨٣).
(٢) البخاري، رقم (٢٧٨٢)، ومسلم، رقم (٨٥).
(٣) البخاري، رقم (٢٥٩٢)، ومسلم، رقم(٩٩٩).

صلة هذا الضابط بفقه الموازنات:

هذا الضابط هو في حق الجماعات كما هو في حق الأفراد، وهو قاعدة تدعو إلى التكامل بناءً على مفهوم أن كل فرد أو جهة قد يحسن في مجال مغاير للآخر ولا يعني ذلك المعارضة، كما لا يعني أن هذه الجهة هي التي تقوم بالإسلام دون الأخرى؛ بل الكل يمثل لبنة في المشروع الإسلامي أو الخيرية للأمة، ولا يصح أن نحكم على فرد أو جماعة أو جهة بمعزل عن هذا المعنى وإلا وقع منا الإخلال بفقه الموازنات.

فالبعض قد يتصدى بالنقد لشخصية أو جهة لتقصيره في جانب من الخير، والأمر أوسع من ذلك؛ إذ هو قائم بعمل آخر قد لا يستطيعه المنتقد أو ليس له مكنة فيه أو نفوذ، والواجب على المنتقد أن يكمل نقص صاحبه بما فتح الله به عليه.

كما نستفيد من هذه القاعدة في حال تعارض المصالح، حيث يجب النظر الشامل وبعيد المدى لتقرير ما يراعى منها وما يُهمل، وأن ذلك قد تؤثر فيه عوامل عدة كما تقدم أي يختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأماكن والأشخاص، وهذا يعني ألا نعتبر الأفضل هو كذا على الإطلاق؛ بل ربما كان في بلد كذا وفي البلد الآخر غيره، أو اليوم كذا وغداً غيره.. وهكذا.

وأمثلة ذلك كثيرة لمن تأمل كالذي يُثار أحيانًا حول تعارض طلب العلم والدعوة إلى الله، فلو نظرنا إليه من حيث التكامل فهو كذلك إذ قيام قوم بهذا وآخرين بذاك مما لا إشكال فيه من حيث المبدأ وهو مهم وضروري في

مآل الأمر، وربما تبقى بعض اجتهادات في الطرفين تحتاج شيئًا من الضبط دون إلغاء أحدهما أو إسقاط الآخر.

ولو نظرنا إليه أيضًا من حيث التعارض والترجيح في حال ليس لنا خيار بالقيام بهما معاً فذلك يخضع لظروف الزمان والمكان؛ حيث قد يصلح أحدهما في زمان أو مكان دون الآخر والعكس في زمان أو مكان مختلف.

وقد كتب عبد الله بن عبد العزيز العمري العابد إلى مالك يحضه إلى الانفراد والعمل ويرغب به عن الاجتماع إليه في العلم، فكتب إليه مالك: أن الله عَزَّوَجَلَّ قسم الأعمال كما قسم الأرزاق؛ فرب رجل فتح له في الصلاة ولم يفتح له في الصوم، وآخر فتح له في الصدقة ولم يفتح له في الصيام، وآخر فتح له في الجهاد ولم يفتح له في الصلاة، ونشر العلم وتعليمه من أفضل أعمال البر وقد رضيت بما فتح الله لي فيه من ذلك، وما أظن ما أنا فيه بدون ما أنت فيه، وأرجو أن يكون كلانا على خير، ويجب على كل واحد منا أن يرضى بما قسم له. والسلام[1].

الضابط الحادي عشر: الموازنة النسبية:

ونعني بها أنه لا ينبغي التعامل وفق قاعدة الأبيض والأسود فقط؛ بل يقتضي فقه الموازنات أن نضع جميع ما لدينا من خيارات في كفة ثم نضع جميع الخيارات المقابلة لها في كفةٍ أخرى، ونوازن بين كل خيار مع بقية الخيارات حتى نستوعبها كلها.

(١) التمهيد لابن عبد البر ٧/ ١٨٥.

وليس من الوزن بالقسط اعتقاد أنه ليس لدينا إلا خياران، إما القبول أو الرفض، فإن هذا إن صح في بعض الحالات، فإن كثيراً من الحالات ليس كذلك.

مثال: المشاركة في البرلمان؛ حيث يقف البعض ولاسيما بعض الأقليات المسلمة في الغرب مترددًا بين الرفض؛ لعدم إقراره بمنهجية البرلمان وما يراه من لوازم خطرة في حالة المشاركة، وبين القبول المطلق.

ولكن وفق القاعدة النسبية التي نطرحها، فهناك خيارات أخرى يجب أخذها بالاعتبار مثل دعم النائب المستقل الذي أثق بتوجهه دون أن ينسب إليّ، أو تقديم شخصيات من الصف الثاني في الجالية الإسلامية دون إحراق الرموز.

ومن معاني الموازنة النسبية:

ما عبر عنه الشاطبي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «أن المنافع والمضار عامتها أن تكون إضافية لا حقيقية، ومعنى كونها إضافية أنها منافع أو مضار في حال دون حال، وبالنسبة إلى شخص دون شخص، أو وقت دون وقت»[1].

فقوله إضافية: هو معنى النسبية فقد قصد أن المصالح والمفاسد قد لا تكون مصالح ومفاسد بإطلاق في كل زمان ومكان وفي كل حال وفي حق كل شخص؛ فبعض المصالح والمفاسد هي كذلك دائماً؛ لكنْ بعضها أو ربما كثير منها قد يتغير وصفه أحياناً بحسب العوامل المشار إليها.

(١) الموافقات ٢/ ٦٥.

الضابط الثاني عشر: الحكم للأغلب:

هذه القاعدة من أهم قواعد فقه الموازنات وضوابطها، ولها ارتباط بالقاعدة السابقة وهي أن الحكم على شيء بحسب ما يغلب عليه.

دليل هذا الضابط:

قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩]. وأدلة أخرى كثيرة.

قال الشاطبي: «فالمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفًا، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفًا»(١).

مثال: العمل في الشركات ذات المخالفات الشرعية.

فالحكم هنا بحسب ما يغلب على الشركة فإن كان حرامًا، فالأصل عدم العمل فيها وإن كان أغلب نشاطها مباحًا جاز العمل من غير مباشرة العمل المحرم.

وهنا تنبيه مهم حيث لا يصح الاستناد إلى هذه القاعدة -في نظر الباحث- في جواز الاكتتاب أو تداول أسهم الشركة؛ لأن المكتتب والمتداول شريك، فهو مباشر للمحرم مالك له متصرف فيه.

(١) الموافقات ٢/ ٤٥.

صلة القاعدة (فقه الموازنات) وصلة ضوابطها بالسياسة الشرعية:

قد قدمت في مدخل هذه القاعدة قبل عرض ضوابطها الإشارة إلى أنها أهم قاعدة في السياسة الشرعية بمعناها الخاص، وذلك لأنها في نظر الباحث لبِّ السياسة الشرعية؛ إذ المقصود الأعظم في السياسة الشرعية بمعناها الخاص هو الموازنة بين المصالح والمفاسد؛ ولهذا فإن هذه الضوابط يمكن أن تندرج تحت فقه الموازنات، كما يمكن أيضاً أن تضم إلى بقية القواعد والأسس التي تقوم عليها السياسة الشرعية بمعناها الخاص، وهذا ليس تناقضاً أو خللاً في المنهج؛ إذ إن طبيعة الدراسات التحليلية المرونة، وصحة التناول أحياناً على أنحاء متنوِّعة أو اعتباراتٍ متعدَّدة.

وحين نتأمل هذه الضوابط نجد أن من يستعمل السياسة الشرعية في أمرٍ من الأمور؛ ولم يراع هذه الضوابط أو شيئاً منها فلا جرم أن يعتري النتائج شيء من الدغل والخلل.

المطلب الثالث: فقه الأولويات:

أعني بفقه الأولويات: أن نضع كل أمر في درجته ومرتبته؛ فلا يقدم المهم على الأهم، ولا المفضول على الفاضل، وهذا أصل ومبدأ شرعي عظيم لا خلاف فيه.

وقد بينت الشريعة الكاملة أن المأمورات درجات وأن المنهيات درجات، ولكل رتبة ما يناسبها من التعامل، سواء كان تعاملا خاصًّا أم عامًّا.

ومما جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿أَجَعَلْتُمْ سِقَايَةَ الْحَاجِّ وَعِمَارَةَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ كَمَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَجَاهَدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَوُونَ عِنْدَ اللَّهِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ [التوبة: ١٩].

روى مسلم من حديث النعمان بن بشير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: كنت عند منبر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال رجل: ما أبالي أن لا أعمل عملًا بعد الإسلام، إلا أن أسقي الحاج، وقال آخر: ما أبالي أن لا أعمل عملاً بعد الإسلام، إلا أن أعمر المسجد الحرام، وقال آخر: الجهاد في سبيل الله أفضل مما قلتم، فزجرهم عمر وقال: لا ترفعوا أصواتكم عند منبر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهو يوم الجمعة، ولكن إذا صليت الجمعة دخلت فاستفتيه فيما اختلفتم فيه، فأنزل الله تعالى: ﴿أَجَعَلْتُمْ سِقَايَةَ الْحَاجِّ وَعِمَارَةَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ كَمَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾[1] [التوبة: ١٩].

فقد أنكر الله تعالى على من قدم بعض الأعمال الصالحة على ما هو أهم منها؛ فلا تكون سقاية الحاج أو عمارة المسجد مقدمة على الإيمان بالله تعالى والجهاد في سبيله، وهذا معنى العمل بالأولوية، وهو مبدأ في كل شأن خاص أو عام.

وبينت السنة النبوية هذه الأولوية كما في حديث معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: بعثني رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. قال: ((إنك تأتي قوماً من أهل الكتاب، فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله فإن هم أطاعوا لذلك،

(١) مسلم، رقم (١٨٧٩).

فأعلمنهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم، فإن هم أطاعوا لذلك، فإياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب)). متفق عليه[1].

فالأولوية للتوحيد أولا وهكذا بقية أركان الإسلام وهي مقدمة على ما دونها.

وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قال: ((الإيمان بضعٌ وسبعون -أو بضع وستون- شعبة، فأفضلها -وفي لفظ: فأعلاها- قول لا إله إلا الله، وأدناها إماطة الأذى عن الطريق، والحياء شعبة من الإيمان)). متفق عليه[2].

فبيَّن في هذا الحديث أن شعب الإيمان درجات متفاوتة.

وعن عبد الله بن عمرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: جاء رجل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فاستأذنه في الجهاد، فقال: ((أحي والداك؟)) قال: نعم، قال: ((ففيهما فجاهد)). متفق عليه[3].

فقد أرشده النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى الأولوية.

(١) البخاري، رقم (١٤٩٦)، ومسلم، (١٩).
(٢) البخاري، رقم (٩)، ومسلم، رقم (٣٥).
(٣) البخاري، رقم (٣٠٠٤)، ومسلم، رقم (٢٥٤٩).

ومن القواعد في الأولويات: أن الأولوية في عمل أو أمر ما ليست مطلقة في كل زمان ومكان وحال؛ بل قد يقال إن الغالب أن كثيرًا من الأولويات تتأثر بالعوامل السابقة، ومن الأخطاء في الأولويات اعتقاد أن الأولوية في أمرٍ ما هي مطلقة ودائمة، ولذا جاء في الصحيحين عن ميمونة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها أعتقت وليدة في زمان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالت: فذكرت ذلك لرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك))[1].

فبين النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هنا لأم المؤمنين أن العتق مع فضله؛ فإنه قد لا يكون في بعض الأحوال هو الأفضل كما في الحديث السابق؛ حيث إن حاجة الأخوال مقدمة على العتق.

وبهذا يُفَسَّر اختلاف جواب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن سأله عن أفضل الأعمال كما تقدم ذكر شيء من الأحاديث والإشارة إلى ذلك فيما مضى.

ومن القواعد في الأولويات أنها تحتاج إلى كثير من الفقه والتحري والاجتهاد والاستهداء بالله عَزَّوَجَلَّ، فإذا كان الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قد خفيت عليهم الأولوية في أول ما ينبغي البدء به بعد وفاة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حتى بينها لهم أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فمن دونهم أولى أن يدرس الأمر قبل أن يتخذ قرار الأولوية.

فعن هشام بن عروة، عن أبيه، قال: لما بويع أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وجمع الأنصار في الأمر الذي افترقوا فيه، قال: ليتم بعث أسامة، وقد ارتدت

(١) تقدم تخريجه، والوليدة هي الأمة المملوكة.

العرب، إما عامة وإما خاصة في كل قبيلة، ونجم النفاق، واشرأبت اليهود والنصارى، والمسلمون كالغنم في الليلة المطيرة الشاتية، لفقد نبيهم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقلتهم، وكثرة عدوهم، فقال له الناس: إن هؤلاء جل المسلمين والعرب-على ما ترى- قد انتقضت بك، فليس ينبغي لك أن تفرق عنك جماعة المسلمين، فقال أبو بكر: والذي نفس أبي بكر بيده، لو ظننت أن السباع تخطفني لأنفذت بعث أسامة كما أمر به رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولو لم يبق في القرى غيري لأنفذته[1].

وكم ضاعت من جهود وأهدرت من أموال جراء التقصير في فقه الأولويات.

(١) تاريخ الطبري ٣/ ٢٢٥، وقد كان لقرار أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أعظم الأثر في تثبيت دعائم دولة الإسلام الفتية فعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: والذي لا إله إلا هو لولا أن أبا بكر استخلف ما عبد الله ثم قال الثانية ثم الثالثة ثم قيل له: مه يا أبا هريرة فقال: إن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وجه أسامة بن زيد في سبع مائة إلى الشام فلما نزل بذي خشب قبض النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وارتدت العرب حول المدينة واجتمع إليه أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالوا: يا أبا بكر، رد هؤلاء، توجه هؤلاء إلى الروم وقد ارتدت العرب حول المدينة، فقال: والذي لا إله إلا هو لو جرت الكلاب بأرجل أزواج رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما رددت جيشاً وجهه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا حللت لواء عقده رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فوجه أسامة فجعل لا يمر بقبيل يريدون الارتداد إلا قالوا: لولا أن لهؤلاء قوة ما خرج مثل هؤلاء من عندهم ولكن ندعهم حتى يلقوا الروم فلقوا الروم فهزموهم وقتلوهم ورجعوا سالمين فثبتوا على الإسلام. أخرجه البيهقي في الاعتقاد، ص ٣٤٥.

من المخاطب بفقه الأولويات؟

قد تقدم أن السياسة الشرعية بمعناها الثاني تدخل في جميع مجالات الحياة، فكذلك فقه الأولويات يحتاجه الجميع.

فالسلطان الأعظم يجب عليه أن يعمل وفق فقه الأولويات في إدارة شؤون الدولة الداخلية والخارجية، وهكذا كل ذي ولاية عامة أو خاصة.

وطالب العلم إن قصر في فقه الأولويات، فلن ينال من كمال العلم وجماله ما يناله الفقيه في الأولويات.

وكذلك الداعية في تعامله مع الناس وتقديم الأهم في دعوته وعنايته، ومثله المحتسب فيما يأمر به من المعروف وينهى عن منكر، وكل مسلم في تقديم الفاضل على المفضول في العبادات والمعاملات.

ولو نظرنا أيضًا لمثل المؤسسات والجمعيات الخيرية والدعوية، فإن كل تقصير لديها في فقه الأولويات ينعكس سلبًا على نتائج أعمالها.

وبالجملة فإن كل عمل وإن أنتج ثماره؛ فإنها لن تكون كثماره حين نأخذ بفقه الأولويات.

فقه الأولويات في جانب المنهيات:

قال الله سبحانه: ﴿إِن تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُم مُّدْخَلًا كَرِيمًا﴾ [النساء: ٣١].

وقال جَلَّ وَعَلَا: ﴿الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ ۚ إِنَّ رَبَّكَ وَاسِعُ الْمَغْفِرَةِ ۚ﴾ [النجم: ٣٢].

فالقرآن الكريم يقرر أن المنهيات تتفاوت، وأن منها صغائر ومنها كبائر.

وهكذا تقرر السنة الشريفة كما في حديث أبي بكرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «كنا عند رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: ((ألا أنبئكم بأكبر الكبائر)) -ثلاثاً- قلنا: بلى يا رسول الله، قال: ((الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، ألا وشهادة الزور، وقول الزور)) -وكان متكئاً فجلس- فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت» أخرجه البخاري ومسلم(١)، كما جاءت أحاديث عن أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وغيره(٢).

وإنما فاوتت الشريعة بين المنهيات وبيَّنت ذلك من أجل ألا تُعطى درجة واحدةً من التعامل، وهذا ما قصدته من معاني فقه الأولويات.

المطلب الرابع: فقه سد الذرائع:

تطلق الذريعة في اللغة: ويراد بها الوسيلة التي يتوسل بها إلى الشيء، قال في مختار الصحاح: «والذريعة الوسيلة، وقد تذرع فلان بذريعة، أي توسل بوسيلة والجمع (الذرائع)»(٣).

الذرائع في الاصطلاح:

قال ابن العربي: هو كل عمل ظاهر الجواز يتوصل به إلى محظور، كما فعل اليهود حين حرم عليهم صيد السبت(٤).

(١) البخاري، رقم (٢٦٥٤)، ومسلم، رقم (٨٧).
(٢) البخاري، رقم (٢٦٥٣، ٦٨٧٠)، ومسلم، رقم (٨٨).
(٣) مختار الصحاح، ص ١١٢، مادة (ذرع).
(٤) أحكام القرآن ٢/ ٣٣١.

وقال الشاطبي: «حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة»[1].

وقال ابن تيمية: «الذريعة ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء، لكن صارت في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم، ولو تجردت عن ذلك الإفضاء لم يكن فيها مفسدة، ولهذا قيل: الذريعة الفعل الذي ظاهره أنه مباح وهو وسيلة إلى فعل المحرم»[2].

وقد وضح ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن مبدأ سد الذريعة لا يختص بمذهب معين، بل ولا يختص بالشريعة، فقال: «ولما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب تفضي إليها كانت طرقها تابعة لها، فوسائل المحرمات في المنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها، ووسائل الطاعات في محبتها بحسب إفضائها إلى غاياتها؛ فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله وسائل تفضي إليه فإنه يحرمها تحقيقاً لتحريمه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك؛ فإن أحدهم إذا منع رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الذرائع الموصلة إليه لعد متناقضًا، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الذرائع الموصلة إليه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟»[3].

(١) الموافقات ٥/ ١٨٣.

(٢) بيان الدليل على بطلان التحليل ص ٢٥٤.

(٣) إعلام الموقعين ٤/ ٥٥٣ بتصرُّف، وقد ذكر ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ تتمة لكلامه السابق تسعة وتسعين وجهًا أو دليلًا مستخرجة من الكتاب والسنة تدل على سد الذرائع، وأصلها مما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية عليه رحمة الله ثم زاد عليها شواهد أخرى، =

وفي قول ابن القيم: إن سياسة الملوك والأطباء قائمة على سد الذريعة كلام صحيح؛ فاعتبار أن سد الذريعة مما تختص به بعض المذاهب أو هو زيادة على الأوامر والنواهي أو هو تكلف من بعض المفتين أو تنطعهم كما يردده البعض أحيانًا لا شك أن ذلك كله إطلاق عارٍ عن الصحة، وهو مع ذلك غريب جدًّا إذ (سد الذريعة) قامت عليه قوانين العالم وأنظمته لا يُستثنى بلد ولا أمة، خذ مثلًا أنظمة السلامة في الملاحة الجوية؛ كم فيها من الاحتياطات التي هي في حقيقتها سد الذريعة، أي منع الوسائل المباحة والمتاحة في أصلها لكن لكونها قد تُفضي إلى الممنوع أو الخطر فإنها تمنع، فالراكب يمنع أن يصطحب جملة من الممنوعات كالآلات الحادة مع أن احتمال أن يستخدمها راكب في الممنوع هو احتمال ربما لا يصل بأي حال إلى الجزء من المليون، ومن ذلك إلزام الراكب بربط الحزام وهو احتياط لم يستفد منه إلا نادرًا في حالات خاصة جدًّا لا تصل أيضًا إلى نسبة جزء من المليون، وهكذا إذا التفتَّ إلى ما لدى البنوك لحمايتها أو حماية العميل، وهكذا أنظمة المرور وغير ذلك كثير، وما من أحد حتى الطفل إلا ويستعمل سد الذريعة.

ولذا فليس من العقل أبدًا إنكار سد الذريعة، وإنما نحتاج إلى الضبط دون إفراط أو تفريط.

= وقد جمعتها ثم انتقيت منها أوضحها مبتدئاً بما ذكره شيخ الإسلام عليه رحمة الله ثم ما زاد من كلام تلميذه، ولمَّا وجدتها تطول ويخرج بها البحث عن مقصوده رأيت إفرادها فيما بعد ببحث مستقل.

صلة القاعدة بالسياسة الشرعية:

صلتها ظاهرة حيث إن السياسة الشرعية التي لا تأخذ بالاعتبار سد الذرائع سياسة ناقصة أو تعامل مع الواقعة ناقص، وبحسب الفقه في الأخذ بها تكون نتائج السياسة الشرعية أقرب إلى الصواب؛ فلا يهدر الناظر سد الذريعة كما لا يبالغ في الأخذ بها والتوسع فيها.

المطلب الخامس: فقه التدرج:

التدرُّج جاء في بدء التشريع النبوي، فكان أول ما بدأ به المصطفى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ التأصيل بالتوحيد والتربية عليه والترغيب بالجنة وما يقرب إليها، والترهيب والتخويف من النار وما يقرب إليها، وهذا معروف لا يحتاج إلى بيان وكذا التربية على الأخلاق...

ثم شرع الله الصلاة من أول ما شرع من العبادات؛ لما فيها من التربية العظيمة للمسلم، ثم توالت التشريعات وكانت أيضًا تنحى منحى التدرج:

ففي المأمورات تقول عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أول ما فرضت الصلاة ركعتين[1]... وكذا فرض الصيام كان بالتدريج ومثله الزكاة وغيرها... ..

وفي المنهيات تقول عائشة أيضًا: «إنما نزل أول ما نزل سورة من المفصل، فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل: لا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبدًا، لقد نزل بمكة على محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وإني

(١) البخاري، رقم (١٠٩٠)، ومسلم، رقم (٦٨٥).

لجارية ألعب: ﴿بَلِ السَّاعَةُ مَوْعِدُهُمْ وَالسَّاعَةُ أَدْهَى وَأَمَرُّ﴾ [القمر: ٤٦]. وما نزلت سورة البقرة والنساء إلا وأنا عنده»[(١)].

وفي قولها رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قاعدة عظيمة، وذلك بتربية النفس على الإيمان وأخذها بالخوف من الله قبل الخوف من أضرار ذلك المحرم الدنيوية...

ومن الأمثلة المشهورة في التحريم ما جاء في تحريم الخمر حيث حرّم على مراحل.

صلة القاعدة بالسياسة الشرعية:

صلتها ظاهرة حيث إن التدرُّج من أهم الطرق التي يُتوصل بها إلى غايات واجبة أو مندوبة، كتطبيق الشريعة (وهو من أظهر الأمثلة) أو دعوة غير المسلمين أو التدرّج في طلب العلم أو غير ذلك.

ويجب أن ننبه على أمور في فقه التدرج:

١. من مستلزمات التدرُّج التأصيل: وهو البدء بالأسس والأصول وتقديم الأهم على ما دونه.

٢. أن بعض التدرج الوارد في السنة قد لا يجوز لنا الآن، ولا سيما على المستوى الجماعي، فبعضه لا يجوز بالإجماع كالصلاة فليس لأحدٍ أن يبدأ بشخص حديث الإسلام بألا يجب عليه سوى ركعتين..، وبعضه قد

(١) البخاري، رقم (٤٩٩٣).

يختلف فيه الفقهاء ولا سيما المعاصرين منهم ومن جوزه فإنما يجيزه بشروط وضوابط..

٣. أن الأصل في المحرمات أيضًا تركها بالكلية، لكن قد يتخذ التدرج أسلوبًا لمن لا يمكن تركه بالكلية، كالدخان والمخدرات.

٤. أن شأن الحكم الفردي أو قضايا الأعيان أخف وأيسر من الحكم في قضايا الجماعات والمجتمع والأمة، فالأخير يحتاج إلى مزيد من الفقه والنظر الشامل بعيد المدى، وإلى فقه جماعي لا يستقل به فرد أو ما في حكم الفرد.

٥. لا يخفى أيضًا كما قلنا في قاعدة سابقة، وكما هو الحال في كثير من الأحكام والقواعد أن اختلاف الأحوال والأزمان والأماكن والأشخاص له تأثير في فقه التدرج، وقد حدثنا دعاة عن بعض البلدان في جهلهم أحكام الإسلام ما يُعذرون به في أخذهم بشيء من التدرج ما لا يُعذر به آخرون.

٦. ثم فرق مهم بين التعامل بالتدرُّج من قبل الدعاة أو المراكز الإسلامية ونحوهم، وبين من له حق الولاية العامة أو شبه العامة.

٧. تطبيق الشريعة يعني التسليم والانقياد لشرع الله وصدق التوجه وكمال الاستعداد والاجتهاد، وليس تطبيق الشريعة قطع سارق أو رجم زان فحسب، فهذا جزء يسير من مجال من مجالات الشريعة وهو مجال العقوبات، بل الشريعة منهج حياة في جميع مجالات الحياة: الحكم والاقتصاد والأمن والتعليم والإعلام والتعليم.. وغيرها، وآية صدق من قصد تطبيق الشريعة أن يسلك السبيل إلى ذلك برد الأمر إلى أهله، فيجمع أهل الشرع الصادقين

الربانيين ليرسموا له الطريق الأمثل بحسب ظروف الزمان والمكان، فهم من يقرر التدرُّج ومجالاته وحدوده وآلياته ونحو ذلك، وهو من حين قصد هذا المقصد العظيم وابتدأ به بالرجوع إلى أهله فقد اتصف بتطبيق الشريعة ونال أجر ذلك إن شاء الله والسبق به فهو في جهاد وعبادة حتى يبلغ ما شاء الله أن يبلغ فيه حسب جهده وطاقته ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧].

٨. وأختم بما جاء في سيرة الخليفة عمر بن عبد العزيز رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ فعن ميمون بن مهران، أن عبد الملك بن عمر قال له: «يا أبت ما منعك أن تمضي لما تريد من العدل، فوالله ما كنت أبالي لو غلت بي وبك القدور في ذلك، قال: يا بني إنما أنا أروض الناس رياضة الصعب، إني لأريد أن أحيي الأمر من العدل، فأؤخر ذلك حتى أخرج معه طمعاً من طمع الدنيا، فينفروا من هذه ويسكنوا لهذه»(١).

فقد أدرك عمر بن عبد العزيز أن من السياسة الشرعية سلوك سبيل التدرج في تطبيق الشريعة وتحرّي جوانب العدل، وأنه ما دام مجتهداً في تلمّس ذلك وبنائه فهو معذور ما دام متدرّجاً في بلوغه؛ بل هذا مقتضى الحكمة و السياسة الشرعية.

وقال عمر بن عبد العزيز أيضاً: «ما طاوعني الناس على ما أردت من الحق حتى بسطت لهم من الدنيا شيئاً»(٢).

(١) حلية الأولياء وطبقات الأصفياء لأبي نعيم الأصبهاني ٥/ ٣٥٤.
(٢) حلية الأولياء وطبقات الأصفياء لأبي نعيم الأصبهاني ٥/ ٢٩٠.

وقال موصيا أحد ولاته: «وكن كالطبيب المجِّرب العالم الذي قد علم أنه إذا وضع الدواء حيث لا ينبغي أعنته وأعنت نفسه، وإذا أمسكه من حيث ينبغي جهل وأثم، وإذا أراد أن يُداوي مجنونًا لم يداوه وهو مرسل حتى يستوثق منه ويوثق له، خشية أن لا يبلغ منه من الخير ما يتقي منه من الشر، وكان طبه وتجريبه مفتاح علمه، واعلم أنه لم يجعل المفتاح على الباب لكي ما يغلق فلا يفتح، أو ليفتح فلا يغلق، ولكن ليغلق في حينه ويفتح في حينه»[1].

المطلب السادس: فقه المقاصد الشرعية:

المقاصد الشرعية هي من مستندات السياسة الشرعية وهنا يتبين الفقه حقيقة، وغنيٌّ عن البيان أن هذه القاعدة تعتمد على القواعد الأخرى بشكل مباشر إلى جانب أمر مهم جدًّا هو أن أعظم مقصد هو التعبد لله تعالى، قال سبحانه: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [الذاريات: ٥٦]. لهذا يجب أن تكون جميع المقاصد خاضعة لهذا المقصد خادمة له.

إن الحديث عن المقاصد حديث طويل قد تناولته بحوث كثيرة على اختلاف مناهجها في هذا التناول، ولا يمكن في مثل هذا البحث التوسع في موضوع المقاصد، وإنما يعنينا بعض ما لا بد منه مع ربط المقاصد بالسياسة الشرعية بمعناها الخاص.

إن الإشارة إلى المقاصد نلمسها أحياناً من الأصوليين، والفقهاء، أو من بعضهم، إما بوجه عام، وإما بالإضافة إلى قسم أو مجال من مجالات الشريعة،

(١) الجامع لابن وهب، ص ٤٥٢.

كالمقاصد من العبادات، أو قد يخص البعض الصلاة بتناول مقاصدها مثلاً، أو الحج، أوالصيام..، ومثل ذلك مقاصد الوقف ومقاصد النكاح، ونحو ذلك من صنوف التناول؛ إلا أن الناظر في كل ذلك يلاحظ أنهم يتحدثون عن المقاصد كتحليل اجتهادي لبيان شيء من حكمة التشريع؛ لا لتأسيس عللٍ يدور الحكم مع وجودها وينعدم مع عدمها؛ إذ العلة عند الأصوليين والفقهاء -على حد سواء- لها شأن آخر ومعايير دقيقة.

ومما هو جدير بالإشارة إليه أن المقاصد قد يُعبَّر عنها أحياناً بالأسرار أو المعاني، كما في بعض كتابات المتقدمين أو المعاصرين (مثلاً أسرار الصلاة، أو أسرار الحج، أو الصيام، أو غيرها من العبادات أو حتى المعاملات)؛ ولكنهم مع ذلك كله لا يعتبرون ما استنبطوه بمثابة العلة التي تبنى عليها الأحكام؛ بل إنما هي تحليل وصفي ثمرته إبراز محاسن الإسلام وجمال التشريع.

وربما جرى استصحاب المقاصد بهذا المعنى في سياق الاستدلال على وجه الاعتضاد أو الاستئناس، وليس على وجه الاعتماد عليها، وربما أيضاً تساق كوجهٍ من وجوه الترجيح، وهذا هو الذي ندعو إليه أثناء النظر في السياسة الشرعية بمعناها الخاص أي باعتبار المقاصد الشرعية كقرينة موضحةٍ مرجحةٍ، وليست كدليل يؤصل للسياسة الشرعية منفرداً.

الوسطية في مراعاة المقاصد:

إن فقه المقاصد يقتضي التوازن في الأخذ بها، فلا نضخم بعض المقاصد ونهدر أوامر الله تعالى، كما حدث من البعض من إباحة الفطر في رمضان مثلًا؛ لمصلحة الاقتصاد أو إباحة الربا لمصلحة الاقتصاد أيضًا.

بل الواجب أن نأخذ بالمقاصد بتوسط واعتدال؛ وإلا فإن ذلك سينحرف بنا عن التسليم لله تعالى الشرعي في شرعه وأحكامه، كما تقدم في قاعدة التسليم لله جَلَّوَعَلَا (القاعدة الثانية)، والتسليم هو روح التعبد لله؛ فلا يجوز إغفاله؛ بل هو المقصود الأعظم؛ ولذا قال أهل العلم: من قال في القرآن برأيه فقد أخطأ وإن أصاب[1]؛ بل قال الله تعالى قبل ذلك: ﴿أَفَرَأَيْتَ مَنِ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ وَأَضَلَّهُ اللَّهُ عَلَى عِلْمٍ وَخَتَمَ عَلَى سَمْعِهِ وَقَلْبِهِ وَجَعَلَ عَلَى بَصَرِهِ غِشَاوَةً فَمَنْ يَهْدِيهِ مِنْ بَعْدِ اللَّهِ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ﴾ [الجاثية: ٢٣].

والمقاصد لا تستقل بذاتها لتُنشئ حُكمًا شرعيًّا؛ بل إنما يتم النظر بها وفق النصوص الشرعية[2].

(١) أخرجه الترمذي، رقم (٢٩٥٢)، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير ص٨٢٧، رقم (٥٧٣٦).

(٢) وقد حكى التاريخ لنا شيئاً من هذه الانحرافات أو الشذوذات المشار إليها، وما زالت مثل هذه الظواهر قد تتكرر بمصطلحات متعددة ومتجددة، والجامع لها تضخيم العقل، أو تضخيم المصلحة، أو تضخيم المقاصد، أو ما شابه ذلك، ولا يخفى على القارئ الكريم؛ ولا سيما المتخصص؛ ما قرره الطوفي في كتابه التعيين في شرح الأربعين ص ٢٣٨ في تضخيمه للمصلحة واعتبارها هي الأصل وتقديمها على جميع الأدلة، معللاً أن المقصود من الشرائع هو مصلحة العباد، وليس المقام هنا لمناقشة هذه النظرية؛ إذ قد سبقت مناقشته من بعض المتقدمين وكثير من المعاصرين؛ ولكني قصدت الإشارة إلى أن المبالغة في المقاصد لها أمثلة واقعية من السابقين والمعاصرين وهم مع ذلك يدّعون الوسطية؛ ولكن لا يمكن للوسطية أن تقدّم على الوحي غيره مهما كانت المسميات والمبررات فتلكم وسطية زائفة.
وفي هذا السياق أيضاً أذكر في حوار مع أحد الفضلاء حول القوانين (أي الوضعية)، فقال: المقصود تحقيق العدل فإذا تحقق بالقوانين فلا بأس، (فنظر إلى المقاصد مجردة)، فقلت فأين مبدأ السيادة والمرجعية؟! فليس الشأن في الحكم الفرعي كما في بعض =

المطلب السابع: فقه المداراة:

قال ابن حجر: «المداراة هي: الرفق بالجاهل في التعليم، وبالفاسق في النهي عن فعله، وترك الإغلاظ عليه، حيث لا يظهر ما هو فيه، والإنكار عليه بلطف القول، والفعل ولاسيما إذا احتيج إلى تألفه، ونحو ذلك»[(١)].

وقد جاء ما يدل على المداراة من السنة النبوية كحديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن رجلا استأذن على رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما رآه قال: ((بئس أخو العشيرة، أو بئس ابن العشيرة)) فلما جلس تطلق في وجهه وانبسط إليه، فلما انطلق قلت: يا رسول الله، حين رأيت الرجل قلت له: كذا وكذا، ثم تطلقت في وجهه وانبسطت إليه، فقال: ((يا عائشة، متى عهدتني فحاشا، إن من شر الناس منزلة عند الله يوم القيامة من تركه الناس اتقاء شره)) وفي رواية: ((اتقاء فحشه)). متفق عليه[(٢)].

وقد عقد ابن حبان في كتابه روضة العقلاء ونزهة الفضلاء بابًا فقال: ذكر استعمال لزوم المداراة وترك المداهنة مع الناس.

= التنظيمات التي قد توافق الحكم الفقهي ولو على قول بعض المذاهب؛ بل ربما كان مأخوذا منها، ولكن الإشكال الأكبر وهو الفيصل أين (إن الحكم إلا لله)؟ أي السيادة والمرجعية يجب أن تكون للشرع الإسلامي يجتهد فيه أهل العلم به، وليس أن يعتمدوا مقصد العدل فقط؛ فكم انحرف مقصد العدل (أو دعوى العدل) فأنتج قوانين جائرة كما لا يخفى على المتأمّل في قوانين البشر (حسبك مثال واحد فقط وهو إلغاء عقوبة الإعدام في كثير من الدول، أي لا قصاص، ولا ريب أنهم يتذرّعون بالمصلحة والعدل، فأين العدل إذا عدم القصاص؟!).

(١) فتح الباري ١٠/ ٥٢٨.

(٢) البخاري، رقم (٦٠٥٤)، ومسلم، (٢٥٩١).

ثم أخرج فيه بعض الآثار، ومنها: عن حماد بن اسحق عن المدائن قال: قال معاوية: «لو أن بيني وبين الناس شعرة ما انقطعت، قيل: وكيف؟ قال: لأنهم إن مدوها حليها وإن خلو مددتها»[1].

فالمداراة جزء من السياسة الشرعية؛ حيث إن التعامل بها قد يحتاجه الفرد مع الأفراد، وقد يحتاجه الفرد مع الجماعة، وقد تحتاجه الجماعة مع الجماعة.

فليس من السياسة الشرعية في بعض الأحوال أن تصرِّح بموقفك وأن تخاطب الطرف الآخر بما تعتقده فيه ما دام عدم إظهار ذلك لا يترتب عليه محذور شرعي.

حتى ذكر بعضهم حديثًا مرفوعًا في هذا الشأن وهو: ((رأس العقل -بعد الإيمان بالله- مداراة الناس))[2]، ولكنه لا يثبت رفعه؛ وإن كان معناه قد جاء عن بعض السلف، ولا يبعد أن يكون من قول بعض السلف وإنما الخطأ رفعه.

فقد أخرج الخطابي في كتاب العزلة عن حزم القطعي قال: سمعت الحسن، يقول: يقولون: «المداراة نصف العقل وأنا أقول: هو العقل كله»[3].

وأخرج البيهقي في شعب الإيمان عن محمد بن عبد الله الخزاعي قال: سمعت عثمان بن زائدة يقول: العافية عشرة أجزاء، تسعة منها في التغافل، قال فحدثت به أحمد بن حنبل فقال: العافية عشرة أجزاء كلها في التغافل[4].

---

(١) روضة العقلاء ونزهة الفضلاء، ص ٧٢.

(٢) أخرجه ابن عدي في «الكامل في الضعفاء» ٤/ ٢٢٦، و ابن الجوزي في«العلل المتناهية» ٢/ ٢٤٤.

(٣) العزلة، ص١٠٠.

(٤) شعب الإيمان ١٠/ ٥٧٥، رقم (٨٠٢٨).

والتغافل: هو معنى المداراة أو هو صورة من صورها أو بينهما عموم وخصوص وجهي.

وبكل حال فالمداراة والتغافل لا يستغني عنهما العاقل في تعاملاته الخاصة والعامة.

وقد كتب شيخ الإسلام رَحِمَهُ ٱللَّهُ كتابًا إلى نصر المنبجي، وهو كما يقول عنه ابن كثير: «نصر المنبجي الاتحادي الحلولي»[1]، وكان ابن تيمية يتكلم في المنبجي وينسبه إلى اعتقاد ابن عربي[2].

ومع ذلك فحين كتب شيخ الإسلام إليه كتابًا من أجل مناصحته وإرشاده ومناقشته في بعض ما عنده من بدع لم يغلظ له الخطاب، بل تلطف له في العبارة وألان له الكلام، وخاطبه بأسلوب منصف رقيق، وهذا كله تطبيق للمداراة المشار إليها.

قال في مجموع الفتاوى (٢/ ٤٥٢): من أحمد ابن تيمية: إلى الشيخ العارف القدوة السالك الناسك أبي الفتح نصر فتح الله على باطنه وظاهره ما فتح به على قلوب أوليائه ونصره على شياطين الإنس والجن في جهره وإخفائه ونهج به الطريقة المحمدية الموافقة لشرعته وكشف به الحقيقة الدينية المميزة بين خلقه وطاعته وإرادته ومحبته؛ حتى يظهر للناس الفرق بين الكلمات الكونية والكلمات الدينية وبين المؤمنين الصادقين الصالحين ومن تشبه بهم من المنافقين كما فرق الله بينهما في كتابه وسنته.

(١) البداية والنهاية لابن كثير ١٨/ ٨٨.
(٢) البداية والنهاية لابن كثير ١٨/ ٥٣.

أما بعد، فإن الله تعالى قد أنعم على الشيخ وأنعم به نعمة باطنة وظاهرة في الدين والدنيا وجعل له عند خاصة المسلمين -الذين لا يريدون علوا في الأرض ولا فسادًا- منزلة علية ومودة إلهية؛ لما منحه الله تعالى به من حسن المعرفة والقصد... إلخ[1].

المداراة والمداهنة:

قال ابن جزي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَدُّوا لَوْ تُدْهِنُ فَيُدْهِنُونَ﴾ [القلم: ٩]. المداهنة: هي الملاينة والمداراة فيما لا ينبغي[2].

وذكر القرطبي معنى الإدهان أنه التليين لمن لا ينبغي له التليين، ثم حكى أقوالًا في تفسير الآية منها: لو تلين فيلينون لك، ومنها: ودوا لو ركنت إليهم وتركت الحق فيما لئونك، ومنها: ودوا لو تكذب فيكذبون، ومنها: ودوا لو تذهب عن هذا الأمر فيذهبون معك، ومنها: ودوا لو تصانعهم في دينك فيصانعونك في دينهم، ومنها: لو تنافق وترائي فينافقون ويراءون[3].

وجميع هذه المعاني متقاربة.

فقد فرق العلماء بين المدَاراة والمداهنة.

قال الغزالي: «الفرق بين المدَاراة والمداهنة بالغرض الباعث على الإغضاء؛ فإن أغضيت لسلامة دينك، ولما ترى من إصلاح أخيك بالإغضاء، فأنت

(١) مجموع الفتاوى ٢/ ٤٥٢.
(٢) تفسير ابن جزي ٢/ ٣٩٩.
(٣) تفسير القرطبي ١٨/ ٢٣٠.

مُدارٍ، وإن أغضيت لحظًّ نفسك، واجتلاب شهواتك، وسلامة جاهك، فأنت مُداهن»[1].

وقال ابن القيم: «الفرق بين المداراة والمداهنة: أن المداراة التلطف بالإنسان لتستخرج منه الحق أو ترده عن الباطل، والمداهنة: التلطف به لتقره على باطله وتتركه على هواه، فالمداراة لأهل الإيمان، والمداهنة لأهل النفاق»[2].

صلة هذه القاعدة بالسياسة الشرعية:

المداراة -كما تقدم- هي من السياسة الشرعية؛ فكل فقيهٍ بالسياسة الشرعية مراعٍ لها في تعاملاته الخاصة والعامة؛ فلا يستغني عنها في بعض الأحوال المقتضية ذلك، كالسلطان في تعامله الدولي والداخلي، والعالم في تعامله أيضاً في بعض الأحوال، وهكذا الداعية والمعلم وأشباههم.

وبهذه القاعدة أختم ما تيسَّر استنباطه وصياغته من قواعد السياسة الشرعية بمعناها الخاص، وبذلك تمت هذه الدراسة بحمد الله وتوفيقه.

(١) إحياء علوم الدين ٢/ ١٨٢.
(٢) الروح، ص ٢٣١.

الخاتمة

الحمد لله على تمام البحث، وفيما يلي أهم نتائجه:

١. السياسة الشرعية مصطلح يطلق على معنيين: الأول: سياسة الرعية، أي الأحكام السلطانية، أو نظام الحكم في الإسلام، أو النظام السياسي في الإسلام، والثاني: يدور حول القواعد العامة للتعامل مع الوقائع ولاسيما في الموازنة بين المصالح والمفاسد(سياسة التعامل مع النصوص والقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية وسياسة تنزيل ذلك في الواقع والموازنة بين المصالح والمفاسد) وقد اقتصر البحث على المعنى الثاني الخاص.

٢. بيَّن البحث استعمال مصطلح السياسة الشرعية بالمعنى الثاني الخاص لدى المتقدمين والمعاصرين، كما أنهم قد يستعملون عبارات مرادفة نحو: من باب المصلحة أو من باب سياسة الناس أو سياسة العامة.

٣. للسياسة الشرعية أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

٤. للسياسة الشرعية مقاصد عظيمة؛ ومن أهمها التطبيق الصحيح للنصوص الشرعية والقواعد الفقهية والموقف الصحيح في حال تعارض المصالح والمفاسد، والسياسة الشرعية من أعظم أسباب الوسطية والاتزان.

٥. تدخل السياسة الشرعية بمعناها الخاص في جميع مجالات الحياة، الخاصة والعامة، وكل من رزقه الله آلةً لفهم السياسة الشرعية وفقه تطبيقها، فهو مأمور بالعمل بها.

٦. حكم العمل بالسياسة الشرعية، واجب في حق من يدرك وجه السياسة الشرعية في العمل الذي يتولاه أو يقوم به، ومن حيث البيان فما من أمر لا يخلو النظر فيه من اعتبار السياسة الشرعية يظهر للناظر فيه وجه السياسة الشرعية إلا وجب عليه بيان ذلك، وقد يعتري الأخذ بها الأحكام الثلاثة؛ فقد يكون واجبًا، وقد يكون مستحبًا، وقد يكون مباحًا؛ وإن كان الأصل هو الوجوب.

٧. السياسة الشرعية بمعناها الثاني الخاص لها علاقة بجميع العلوم الشرعية من حيث الاستدلال لها؛ فإن أدلتها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، كما علاقتها بالقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية وسد الذرائع، وهي وجه من وجوه الاجتهاد في تنزيل الأدلة على الوقائع، وفي التطبيق العملي لبعض الأحكام المفتقرة لنظرٍ خاص، كما في حال تعارض المصالح والمفاسد.

٨. للسياسة الشرعية قواعد وأسس ومبادئ، وقد استوفى البحث ذلك بشيء من التفصيل.

٩. من تلك القواعد والأسس فقه المصالح المرسلة، أو فقه الترجيح بين المصالح والمفاسد أو فقه المصلحة.

١٠. من قواعد السياسة الشرعية فقه الموازنات: أي الموازنة والترجيح والاختيار في التعارض في باب المصالح والمفاسد.

١١. لفقه الموازنات ضوابط كثيرة، منها: التصوُّر الصحيح للواقع والواقعة، والتسليم لله تعالى في فقه الموازنات، والوسطية في فهم النصوص

الشرعية واستعمال القواعد الشرعية وتنزيلها، ومراعاة ما تحتمله عقول الناس، الموازنة النسبية، والحكم للأغلب.

١٢. من قواعد السياسة الشرعية فقه الأولويات، مع الأخذ بالاعتبار أن الأولوية في عمل أو أمر ما ليست مطلقة في كل زمان ومكان وحال؛ بل الغالب أن كثيرًا من الأولويات تتأثر بالعوامل السابقة.

١٣. من قواعد السياسة الشرعية فقه سد الذرائع؛ حيث إن السياسة الشرعية التي لا تأخذ بالاعتبار سد الذرائع سياسة ناقصة أو تعامل مع الواقعة ناقص، وبحسب الفقه في الأخذ بها تكون نتائج السياسة الشرعية أقرب إلى الصواب؛ فلا يهدر الناظر سد الذريعة كما لا يبالغ في الأخذ بها والتوسع فيها.

١٤. من قواعد السياسة الشرعية: فقه التدرج، وفقه المقاصد الشرعية، وفقه المداراة.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

المصادر والمراجع

١. **أجوبة التسولي عن مسائل الأمير عبد القادر في الجهاد: لأبي الحسن علي بن عبد السلام التُّسُولي المالكي**، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى - ١٩٩٦م.

٢. **أحكام القرآن: لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المالكي**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ.

٣. **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: لأبي العباس شهاب الدين بالقرافي**، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٤. **إحياء علوم الدين: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي**، دار المعرفة، بيروت.

٥. **أخطاء منهجية في دراسة القضايا المعاصرة: لـ أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى**، ضمن ندوة (نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة) التي نظمها مركز التميز البحثي في ٦-٧/ ٥/ ١٤٣١هـ.

٦. **أدب المفتي والمستفتي: لأبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن**، المعروف بابن الصلاح، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

٧. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: لمحمد ناصر الدين الألباني**، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ هـ.

٨. **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي**، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٩. **إعلام الموقعين عن رب العالمين: لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية**، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.

١٠. **اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم: لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية**، دار عالم الكتب، بيروت.

١١. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين إبراهيم بن محمد بن بكر بن نجيم**، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية.

١٢. **البحر المحيط في أصول الفقه: لأبي عبد الله بدر الدين الزركشي**، دار الكتبي، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

١٣. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي**، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

١٤. **البداية والنهاية: لأبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي**، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

١٥. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين الكاساني**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ.

١٦. **بيان الدليل على بطلان التحليل: لأبي العباس تقي الدين ابن تيمية**، المكتب الإسلامي.

١٧. **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي**، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

١٨. **تاج العروس من جواهر القاموس: لأبي الفيض محمّد رزّاق الحسيني**، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي، دار الهداية.

١٩. **التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف الغرناطي أبي عبد الله المواق المالكي**، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

٢٠. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لإبراهيم بن علي بن فرحون المالكي**، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

٢١. **التعريفات الفقهية: لمحمد المجددي البركتي**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢٢. **التعيين في شرح الأربعين: لسليمان بن عبد القوي نجم الدين الطوفي**، مؤسسة الريان (بيروت - لبنان)، المكتَبة المكيّة (مكّة - المملكة العربية السعودية)، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

٢٣. **تفسير ابن جزي (التسهيل لعلوم التنزيل): لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي**، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

٢٤. **تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز): لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

٢٥. **تفسير البغوي (معالم التنزيل في تفسير القرآن): لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي**، دار طيبة، الطبعة الرابعة، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧م.

٢٦. **تفسير التحرير والتنوير: لمحمد الطاهر ابن عاشور التونسي**، الدار التونسية للنشر، تونس، سنة النشر: ١٩٨٤هـ.

٢٧. **تفسير الراغب الأصفهاني: لأبي القاسم الحسين المعروف بالراغب الأصفهاني**، دار الوطن - الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

٢٨. **تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن): لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري**، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٢٩. **تفسير القرآن العظيم: لأبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي**، دار طيبة، الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ.

٣٠. **تفسير القرآن العظيم: لأبي محمد عبد الرحمن ابن أبي حاتم الرازي**، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٩هـ.

٣١. **تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن): لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي**، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.

٣٢. **تقرير القواعد وتحرير الفوائد (المشهور بقواعد ابن رجب): لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي**، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.

٣٣. **التكييف الفقهي للسهم في الشركات المساهمة وأثره على أحكامها: لـ أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى**، دار كنوز أشبيليا.

٣٤. **توضيح الأحكام من بلوغ المرام: لأبي عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن البسام**، مكتَبة الأسدي، مكّة المكرّمة، الطبعة: الخامِسَة، ١٤٢٣هـ.

٣٥. **التوضيح لشرح الجامع الصحيح: لسراج الدين أبي حفص عمر بن علي الشافعي المصري المعروف بابن الملقن**، دار النوادر، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ.

٣٦. **جامع بيان العلم وفضله: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي**، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٣٧. **الجامع في الحديث: لأبي محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي**، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٣٨. **الذخيرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي**، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.

٣٩. **روائع التفسير (الجامع لتفسير الإمام ابن رجب الحنبلي): لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت: ٧٩٥هـ)**، جمع وترتيب: أبي معاذ طارق بن عوض الله، دار العاصمة، السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

٤٠. **الروح: لشمس الدين محمد بن أبي بكر المشهور بابن قيم الجوزية**، دار الكتب العلمية، بيروت.

٤١. **روضة العقلاء ونزهة الفضلاء: لأبي حاتم محمد بن حبان البُستي (ت: ٣٥٤هـ)**، دار الكتب العلمية - بيروت.

٤٢. **سنن ابن ماجه: لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني**، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.

٤٣. **سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني**، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى ١٤٣٠ هـ.

٤٤. **سنن الترمذي (الجامع الكبير): لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي**، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

٤٥. **السنن الكبرى: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى١٤٢١ هـ.

٤٦. **سنن النسائي: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي**، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.

٤٧. **شرح زاد المستقنع: لـ د. عبد الكريم الخضير**.

٤٨. **شرح صحيح مسلم: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.

٤٩. **شعب الإيمان: لأبكر أحمد بن الحسين البيهقي**، مكتبة الرشد بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣ م.

٥٠. **الصحاح تاج العربية: لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري**، دار العلم للملايين - بيروت الطبعة الرابعة ١٤٠٧ هـ.

٥١. **صحيح البخاري: لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري**، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٥٢. **صحيح الجامع الصغير: لأبي عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني**، المكتب الإسلامي، بيروت.

٥٣. **صحيح مسلم: لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٥٤. **ضعيف الجامع الصغير: لأبي عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني**، المكتب الإسلامي، بيروت.

٥٥. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية**، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

٥٦. **العزلة: لأبي سليمان حمد بن محمد البستي المعروف بالخطابي**، المطبعة السلفية – القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.

٥٧. **فتاوى الرملي: لشهاب الدين أحمد بن حمزة الأنصاري الرملي الشافعي**، المكتبة الإسلامية.

٥٨. **الفتاوى الفقهية الكبرى: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي**، المكتبة الإسلامية.

٥٩. **فتاوى نور على الدرب للشيخ: محمد بن صالح العثيمين**، منشورة على الرابط: https://audio.islamweb.org/audio/index.php?page=FullContent&audioid=313912.

٦٠. **فتح الباري بشرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني**، دار المعرفة، بيروت.

٦١. **الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق): لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي**، عالم الكتب، بيروت.

٦٢. **قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي**، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، طبعة ١٤١٤ هـ – ١٩٩١ م.

٦٣. **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: لـ د. محمد مصطفى الزحيلي**، دار الفكر الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م.

٦٤. **الكامل في ضعفاء الرجال: لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني**، الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٦٥. **لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور**، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ.

٦٦. **مجموع الفتاوى: لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني**، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية.

٦٧. **المجموع شرح المهذب: لأبي زكريا محيي الدين يحيي بن شرف النووي**، دار الفكر، بيروت.

٦٨. **مجموع فتاوى ومقالات متنوعة: لعبد العزيز بن عبد الله بن باز**، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.

٦٩. **مختار الصحاح: لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي**، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ.

٧٠. **المستصفى: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٧١. **مسند الإمام أحمد: لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت: ٢٤١هـ)**، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٧٢. **معالم القربة في طلب الحسبة: لمحمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة**، القرشي، ضياء الدين، دار الفنون.

٧٣. **معجم اللغة العربية المعاصرة: د. أحمد مختار وآخرون**، عالم الكتب الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٧٤. **مناقشة في قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة: لـ أ. د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى**، نشر في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، الصادرة عن المجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة، في العدد الثامن والثلاثين.

٧٥. **منهاج السنة النبوية: لتقي الدين أبي العباس ابن تيمية**، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٧٦. **الموافقات: لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي**، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

٧٧. **الموسوعة الفقهية: لمجموعة من العلماء تحت إشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية**، الكويت، طباعة ذات السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.

٧٨. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي**، دار الفكر، بيروت الطبعة: ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

٧٩. **النهاية في غريب الحديث والأثر: لمجد الدين ابن الأثير الجزري**، المكتبة الإسلامية.

٨٠. **الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: لأبي الحسن الواحدي**، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

قاعدة: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وتطبيقاتها القضائية

د. خالد بن عبد الرحمن العسكر

الأستاذ المشارك بكلية التربية - جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات 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 وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد:

فإن علم القواعد الفقهية من العلوم الشرعية المهمة للفقيه، وذلك لما لهذه القواعد من فوائد عظيمة، وآثار بليغة في تكوين الملكة الفقهية لدى المتخصص في الفقه، وتجعله أكثر إدراكاً، وأوسع فهماً وأبلغ معرفة بأحكام الشريعة ومقاصدها، وتعين على معرفة أحكام المسائل الجديدة عن طريق تخريج حكم المسألة على قاعدتها التي يظهر للفقيه اندراجها فيها، قال القرافي: «وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وحاز قصب السبق من فيها برع»[1].

والقواعد الفقهية التي تستند إلى نص من القرآن أو السنة أو إجماع تعد مستنداً للقضاة والمفتين في أحكامهم، وقد اتجهت عناية القضاة بذكر القواعد الفقهية في أقضيتهم عند الفصل بين الخصوم، إضافة إلى النصوص الفقهية التي يستندون عليها، ومن هذه القواعد قاعدة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» والتي يتفرع عليها مسائل كثيرة من أبواب مختلفة من أبواب الفقه، وتكون محلاً للخصومات والنزاع بين المتعاقدين.

(١) الفروق ١/ ٣.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. أهمية دراسة القواعد الفقهية للفقهاء عموماً والقضاة على وجه الخصوص، حيث إن في دراستها ضبط للمسائل وربطها بأبوابها.

٢. وجود تطبيقات قضائية كثيرة استند فيها القضاة على هذه القاعدة.

٣. قلة الدراسات لهذه القاعدة مع أهميها في الجانب القضائي.

أهداف البحث:

١. بيان معنى القاعدة، وتأصيلها وأركانها وشروطها.

٢. ذكر جملة من القواعد المقيدة لهذه القاعدة.

٣. ربط دراسة القاعدة بالواقع العملي.

الدراسات السابقة:

١. **بحث «قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»**، للدكتور ماجد بن صالح المنصور، والمنشور بالمجلة العربية للآداب والدراسات الإنسانية[١]. واشتمل على ألفاظ القاعدة، ومعناها، وموقف العلماء من القاعدة، وشروطها وأمثلة عليها.

---

(١) ينظر: المجلة العربية للآداب والدراسات الإنسانية، المؤسسة العربية للتربية والعلوم والآداب بمصر، المجلد ٧ العدد ٢٥. ٢٠٢٣م. رابط العدد:

.https://ajahs.journals.ekb.eg/article_278601_f12ac5f5d3f9de9335cb89c38f3c84c3.pdf

وأما هذا البحث ففيه إضافة تأصيل القاعدة، وعناصرها، وأركان الإجازة وشروطها، وتطبيقات القاعدة غير ما ذكر في البحث السابق، والقواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً للقاعدة مع بيان معانيها وتطبيقاتها، والتطبيقات القضائية للقاعدة.

خطة البحث:

اشتمل البحث على مقدمة وتمهيد وأربعة مباحث:

التمهيد في تعريف القواعد الفقهية.

المبحث الأول: ألفاظ القاعدة، ومعناها، وتأصيلها:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ألفاظ القاعدة.

المطلب الثاني: معنى القاعدة.

المطلب الثالث: تأصيل القاعدة.

المبحث الثاني: عناصر القاعدة وتطبيقاتها:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عناصر القاعدة.

المطلب الثاني: تطبيقات القاعدة.

المبحث الثالث: القواعد التي تمثل قيدا أو ضابطاً في قاعدة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة: «الأصل أن الإجازة إنما تعمل في المتوقف لا في الجائز» معناها، وتطبيقاتها.

المطلب الثاني: قاعدة: «الأصل أن كل عقد له مجيز حال وقوعه تَوَقَّف للإجازة وإلا فلا»، معناها، وتطبيقاتها.

المطلب الثالث: قاعدة: «الأصل أن الإجازة تصح ثم تستند إلى وقت العقد»، معناها، وتطبيقاتها.

المطلب الرابع: قاعدة: «الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل»، معناها وتطبيقاتها.

المطلب الخامس: قاعدة: «المفسوخ لا تلحقه الإجازة»، معناها، وتطبيقاتها.

المطلب السادس: قاعدة: «الإجازة لا تلحق الإتلاف»، معناها وتطبيقاتها.

المبحث الرابع: التطبيقات القضائية.

الخاتمة، وفيها أهم النتائج.

التمهيد
في تعريف القواعد الفقهية

يبين الباحث في هذا التمهيد معنى القاعدة لغة واصطلاحاً، والفقه لغة واصطلاحاً، وتعريف القواعد الفقهية باعتبارها لفظاً مركباً، وباعتبارها عِلْمَاً من العلوم.

١. تعريف القاعدة في اللغة والاصطلاح:

القاعدة في اللغة: من قعد، وتأتي لعدة معانٍ منها: أساس الشيء وأصله، سواء أكان الشيء معنوياً، أم كان حسياً[(١)].

واصطلاحاً: عُرِّفت بعدة تعريفات، ومن أرجحها تعريف صدر الشريعة بقوله «القضايا الكلية»[(٢)].

٢. تعريف الفقه في اللغة والاصطلاح:

الفقه في اللغة: العلم بالشيء والفهم له[(٣)].

وفي الاصطلاح: عُرف الفقه بتعريفات كثيرة، لعل من أشهرها بأنه: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»[(٤)].

---

(١) انظر: مقاييس اللغة ٥/ ١٠٩، لسان العرب ٣/ ٣٦١، المصباح المنير ٢/ ٥١٠، مادة (قعد).
(٢) التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح ١/ ٥٢.
(٣) انظر: مقاييس اللغة ٤/ ٤٤٢، لسان العرب ١٣/ ٥٢٢، مادة (فقه).
(٤) التعريفات للجرجاني، ص (٢١٦).

٣. تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لفظاً مركباً:

تعددت تعريفاتها التي أوردها العلماء في مؤلفاتهم، ولعل التعريف المختار تعريف الدكتور علي الندوي، حيث عرف القواعد الفقهية بأنها: «حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها»(١).

٤. تعريف علم القواعد الفقهية:

عرفه الدكتور يعقوب الباحسين بأنه: «العلم الذي يُبحث فيه عن القضايا الكلية، التي جزئياتها قضايا فقهية كلية، من حيث معناها وما له صلة به، ومن حيث بيان أركانها، وشروطها، ومصدرها، وحجيتها، ونشأتها وتطورها، وما تنطبق عليه من الجزئيات، وما يستثنى منها»(٢).

(١) القواعد الفقهية، ص (٤٣).
(٢) القواعد الفقهية، ص (٥٦).

المبحث الأول
ألفاظ قاعدة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»، ومعناها، وتأصيلها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ألفاظ القاعدة:

هذه القاعدة ذكرها فقهاء الحنفية بألفاظ مختلفة، فذكرها الكرخي والبزدوي في أصولهما بلفظ: «الأصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»[(١)]، وجاءت في مجلة الأحكام العدلية بلفظ: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»[(٢)]، وذكرها السرخسي في المبسوط، وابن نجيم في البحر الرائق بلفظ: «الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء»[(٣)].

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

أولاً: مفردات القاعدة:

مفردات هذه القاعدة: الإجازة، واللاحقة، والوكالة، والإذن، والسابقة، وفيما يلي بيان لمعنى هذه المفردات:

(١) ينظر: أصول الكرخي ص (٩٠)، أصول البزدوي ص (٣٧١).
(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص (٢٩٩).
(٣) ينظر: المبسوط ٤/ ٥٢، البحر الرائق ٢/ ٢٠٧.

١. الإجازة:

الإجازة في اللغة: من جَوَزَ، يقال جزت الموضع إذا سرت فيه، وأجزته: نفذته، فالإجازة: الإنفاذ[١].

وأما الإجازة اصطلاحاً: فإن الاستعمال الفقهي لا يخرج عن المعنى اللغوي، فالإجازة عند الفقهاء: «جعل التصرف صحيحا نافذاً»[٢]، كتصرف الفضولي، والفضولي «هو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد»[٣]، فالإجازة: إعطاء صاحب الحق موافقته على إمضاء العقد بما يدل على ذلك.

٢. اللاحقة:

من لَحِق بكسر الحاء فيقال لحِقته وألحقته بمعنى تبعته وأدركته، فالإلحاق: الإدراك، واللحق ما يجيء بعد شيء يسبقه[٤].

٣. الوكالة:

الوكالة في اللغة: التفويض[٥].

واصطلاحاً: «استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة»[٦].

(١) ينظر: الصحاح للجوهري ٤/ ٨، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ٤٩٤، لسان العرب ٥/ ٣٢٦ مادة (جوز).
(٢) ينظر: معجم لغة الفقهاء ١/ ٤٣.
(٣) التعريفات للجرجاني، ص (٢١٥).
(٤) ينظر: لسان العرب ١٠/ ٣٢٧، المعجم الوسيط ٢/ ٨١٨، مادة (لحق).
(٥) ينظر: تاج العروس ٣١/ ٩٧، مادة (وكل).
(٦) كشاف القناع ٣/ ٤٦١.

٥. الإذن:

الإذن في اللغة: الإباحة، يقال أذن له في الشيء: أباحه، واستأذنه طلب منه الإذن[١].

واصطلاحاً: «هو فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً»[٢].

والفرق بين الإجازة والإذن: أن الإجازة هي الرخصة في الفعل بعد إيقاعه، فهو يدل على رضا المالك بما وقع، والإذن: الرخصة في الفعل قبل إيقاعه[٣].

٦. السابقة:

من السبق، يقال سبقه إلى الشيء أي تقدمه، والسبق القدمة في الجري وفي كل شيء[٤].

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة:

إذا تصرف الإنسان في ملك غيره ببيع أو إجارة أو هبة أو إعارة أو غيرها من التصرفات، فأجازه صاحب الملك وأذن به، كان تصرفه صحيحاً من حين إنشاء التصرف، ويكون المتصرف كالوكيل عن صاحب الحق في هذا التصرف فيما يملك[٥].

(١) ينظر: لسان العرب ١٣/ ١٠، مادة (أذن).
(٢) التعريفات للجرجاني، ص (٢٠).
(٣) ينظر: الفروق اللغوية للعسكري، ص (٣٣).
(٤) ينظر: لسان العرب ١٠/ ١٥١، مادة (سبق).
(٥) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣/ ٥٢٩، موسوعة القواعد الفقهية ١/ ٤١٤.

المطلب الثالث: تأصيل القاعدة:

قبل الاستدلال لهذه القاعدة لا بد من بيان أن هذه القاعدة ليست محل اتفاق بين الفقهاء، وإنما اختلفوا فيها بناء على اختلافهم في صحة تصرفات الفضولي وتوقف نفاذها على إجازة المالك، فمن قال بصحتها بالإجازة فإنه يرى أن الإجازة اللاحقة تأخذ حكم الوكالة السابقة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعي في القديم(٣)، ورواية عند الحنابلة(٤)، خلافاً لقول الشافعي في الجديد وهو المذهب عند الشافعية(٥)، ورواية عند الحنابلة(٦)، الذين لا يرون صحتها بالإجازة.

ومما يستدل به لهذه القاعدة أدلة من السنة والقياس، وفيما يلي بيان لتلك الأدلة:

أما من السنة حديث عروة البارقي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه(٧).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٤٧، الهداية ٣/ ٦٨.
(٢) ينظر: مواهب الجليل ٤/ ٢٧٩، الشرح الكبير ٣/ ١٢.
(٣) ينظر: المجموع ٩/ ٢٦٠، مغني المحتاج ٢/ ١٥.
(٤) ينظر: المغني ٦/ ٢٩٥، الإنصاف ١١/ ٥٦.
(٥) ينظر: المجموع ٩/ ٢٦٠.
(٦) ينظر: المغني ٦/ ٢٩٥.
(٧) أخرجه البخاري في كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آية فأراهم انشقاق القمر، رقم (٣٤٤٣).

وجه الدلالة: أن شراء عروة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الشاة الثانية وبيعها لم يأذن به النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فكان بيعاً فضولياً، وحيث إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يبطل العقد وأقر هذا التصرف فكان إجازة لاحقة كوكالة سابقة، وقد استُدل بهذا الحديث على صحة العقد الموقوف، وتوقف نفاذه على إجازة المالك.

ومن القياس: قياس تصرف الفضولي إذا أجازه المالك على الوصية بأكثر من الثلث، فإنها موقوفة على إجازة الورثة، فإذا أجازها الورثة صحت فكذلك تصرف الفضولي إذا أجاز المالك تصرفه بعد وقوعه، فتكون الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء[1].

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٥٠.

المبحث الثاني
عناصر القاعدة وتطبيقاتها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عناصر القاعدة:

إن قاعدة: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» تتكون من عنصرين: الموضوع وهو الإجازة اللاحقة، والحكم بأنها كالوكالة السابقة.

موضوع قاعدة: الإجازة اللاحقة للتصرف:

إذا تصرف الإنسان في ملك غيره أو حقه بغير إذن فإن هذا التصرف يكون موقوفاً على إذن صاحب الحق، فإن أذن له مسبقاً كان التصرف صحيحاً، وإن لم يسبق الإذن، ثم وقع التصرف، فأجازه صاحب الملك أو الحق فإن التصرف صحيح.

والإجازة لها أركان وشروط لا بد أن تتحقق حتى يحكم بصحة الإجازة:

أركان الإجازة:

الإجازة لها أركان أربعة عند الجمهور، وأما الحنفية فإنهم يقصرون الركن على الصيغة أو ما يقوم مقامها:

الركن الأول: الصيغة، والإجازة تتحقق بما يفيد الرضا بقول من صريح، كأجزت وأنفذت، وكناية كأن يقول نِعَم ما صنعت، أو بارك الله فيما فعلت.

أو فعل كقبض الثمن في البيع، والمهر في النكاح ونحو ذلك مما يدل على الرضا[١].

الركن الثاني: المجيز، وهو الذي يملك التصرف وقد يكون أصيلاً أو وكيلاً أو وصياً أو ولياً[٢].

ويشترط في المجيز حتى تصح إجازته أن يكون أهلاً لمباشرة التصرف وقت الإجازة، ومستطيعاً إصدار العقد بنفسه؛ لأن كل تصرف يقع ولا مجيز له يقع باطلاً[٣]، ويشترط أن يكون عالماً بالتصرف الذي أجازه، وعالماً ببقاء محل التصرف، فإذا أجاز المالك وهو لا يعلم حال المبيع فلا يصح؛ لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك[٤].

الركن الثالث: المجاز تصرفه، وهو من قام بالتصرف بلا وكالة ولا ولاية كالفضولي، ويشترط فيه الأهلية، وبقاء حياته إلى وقت الإجازة، وذلك في التصرفات التي ترجع حقوقها إلى المباشر إذا لم تحصل الإجازة كالشراء، أما التصرفات التي لا ترجع حقوقها إلى المباشر كالنكاح فلا يشترط بقاء حياته إلى الإجازة؛ لأن الوكيل في باب النكاح ما هو سفير ولا يعود إليه شيء، فإذا

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٦٧.
(٢) ينظر شرح مجلة الأحكام للأتاسي ٢/ ٣٧٧.
(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٠، شرح مجلة الأحكام للأتاسي ٢/ ٣٧٧.
(٤) ينظر: العناية شرح الهداية ٩/ ٣٦٨.

زوج الفضولي رجلاً بامرأة، وبعد موت الفضولي أجاز الرجل هذا النكاح فإن الإجازة صحيحة[1].

الركن الرابع: التصرف المجاز وهو التصرف الصادر من الفضولي، والإجازة تلحق التصرفات القولية، دون أفعال الإيجاد وأفعال الإتلاف، ويشترط للتصرف المجاز أن يكون العقد صحيحاً؛ لأن الإجازة تلحق الصحيح الموقوف ولا تلحق الباطل، وأن يكون التصرف غير نافذ، فإذا كان نافذاً فلا تلحقه الإجازة؛ لأن الإجازة تلحق العقود الموقوفة، ولا تلحق العقود النافذة[2]، ويشترط أن يكون المعقود عليه قائمًا وقت الإجازة، فإذا فات المعقود عليه فلا تلحق العقد الإجازة، ولذا يشترط في عقد الإجارة بقاء المنفعة المعقود عليها، فإن أجاز المالك العقد قبل استيفاء المنفعة جازت إجازته وكانت الأجرة للمالك، وإن أجاز العقد بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد[3].

العنصر الثاني من عناصر القاعدة: الحكم وهو أن الإجازة كالوكالة السابقة:

يترتب على الإجازة من صاحب الحق أمران:

الأمر الأول: جعل التصرف نافذاً، وأما وقت النفاذ فقد فرق فقهاء الحنفية والمالكية بين التصرفات التي لا تقبل التعليق والتي تقبل التعليق:

(١) ينظر: الهداية ٣/ ٦٩.
(٢) ينظر: أصول الكرخي ١/ ١٠، أصول البزدوي ١/ ٣٧٢، شرح السير الكبير ٥/ ٢٠٤٨.
(٣) ينظر: اللباب شرح الكتاب ١/ ١١٨، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٣٨١.

فأما ما لا تقبل التعليق كالبيع والشراء فيدخل في ملكه من حين العقد، فيصير المبيع ملكاً للمشتري ويثبت له الحق في كل ما يحدث في المبيع من زيادة أو نماء، لأنه لما كان البيع الموقوف لا يقبل التعليق اعتبر سبب الحال، فإذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده.

وأما إن كانت التصرفات مما يقبل التعليق كالطلاق والكفالة فإن التصرف ينفذ من الإجازة؛ لأنه مما يقبل التعليق فجعل الموجود من الفضولي متعلقا بالإجازة(١).

وأما الحنابلة فعنهم قولان في وقت النفاذ، فالصحيح في المذهب أنه من وقت العقد، والقول لآخر من الإجازة(٢).

والأمر الثاني مما يترتب على الإجازة: جعل الفضولي وكيلاً يلتزم بحقوق التصرف، ويكون الحق في يد الفضولي أمانة؛ لأن الوكالة في حكم الوديعة في يد الوكيل فإذا تلفت العين من غير تعدٍّ ولا تفريط فلا يلزمه الضمان سواء هلكت بعد الإجازة أو قبلها(٣).

المطلب الثاني: تطبيقات القاعدة:

التطبيقات جمع تطبيق، والمراد بها إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة فقهية(٤).

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٧، البحر الرائق ٣/ ٢٠٣، حاشية الخرشي ٤/ ٣٢، جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر ٤/ ٢٣٣.
(٢) ينظر: الإنصاف ١١/ ٥٩.
(٣) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٠٤، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٤٠٦.
(٤) ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لشبير (١١٧).

ويتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة من أبواب مختلفة من أبواب الفقه كالبيع والإجارة والشركة والمزارعة والحوالة واللقطة والصلح والهبة والنكاح والأيمان والقضاء، وسأكتفي هنا بذكر بعض التطبيقات:

١. صحة بيع الفضولي إذا أجازه صاحب الحق عند الحنفية، والمالكية، والشافعية في القديم، ورواية عند الحنابلة[١]، فإذا باع إنسان سلعة لا يملكها ولا هو مأذون له في بيعها فأجازه المالك فتصرفه صحيح؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن[٢]، فكل من عقد على مال غيره ببيع بغير أمره فبلغه الخبر فأجاز ذلك نفذ وصار العاقد كأنه وكيله بذلك العقد[٣].

٢. إذا أجَّر الفضولي ملك غيره، فأجاز المالك العقد قبل استيفاء المنفعة، جازت وكانت الأجرة للمالك، وهذا قول الحنفية، والمالكية، ورواية عند الحنابلة[٤]؛ لأن المعقود عليه ما فات، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، أما إن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته وكانت الأجرة للعاقد؛ لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت[٥].

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٤٧، الهداية ٣/ ٦٨، مواهب الجليل ٤/ ٢٧٩، الشرح الكبير ٣/ ١٢، المجموع ٩/ ٢٦٠، مغني المحتاج ٢/ ١٥، المغني ٦/ ٢٩٥، الإنصاف ١١/ ٥٦.
(٢) اللباب شرح الكتاب ١/ ١١٨.
(٣) أصول البزدوي ١/ ٣٧١.
(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٧٧، منح الجليل ٣/ ٥٦٤، الإنصاف ١٤/ ٣٣٨.
(٥) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٧٧.

٣. إذا باع فضولي نصف الدار المشتركة بين اثنين فيصرف البيع إلى حصة الشريكين؛ لأنه لو صرف البيع إلى حصة أحدهما فيكون ترجيحاً بلا مرجح، فإذا أجاز كلاهما البيع فيكون قد بيع نصف حصة كل منهما، أما إذا أجاز أحدهما فقط فينفذ في جميع حصة المجيز وفي هذه الحال يكون قد بيع تمام نصف الدار؛ لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، فإنه لو باع صاحب المال فيصرف البيع إلى حصته فكذلك يصرف البيع إلى تمام حصة المجيز(١).

٤. إذا باع المضارب من مال رب المال، وأجاز رب المال هذا البيع، فإن كان المبيع قائماً بعينه نفذ بيعه، أو كان لا يدري إنه قائم أم هالك؛ لأن التمسك بالأصل المعلوم واجب حتى يعلم غيره، وقد علم قيامه فجاز البيع باعتبار الأصل، والثمن لرب المال كما لو كان أمره بالبيع في الابتداء، وإن علم هلاكه عند الإجازة فإجارته باطلة؛ لأن الملك يثبت للمشتري بالعقد عند الإجارة فلا بد من قيام المعقود عليه على وجه يقبل ابتداء العقد حتى ينفذ العقد فيه بالإجارة، وحيث علم هلاكه فلا يصح العقد(٢).

٥. إذا وكَّل صاحب الأرض رجلاً ليدفع أرضه لآخر مزارعة بالثلث مثلا، فدفعها الوكيل له بالنصف، فإن الوكيل هنا يكون قد خالف موكِّله فقد عقد له بالنصف بدلاً من الثلث. فلا تبطل الوكالة إذا أجاز الموكِّل تصرف وكيله المخالف، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة(٣).

(١) درر الحكام ٣/ ٢٤، المغني ٦/ ١٩٦.
(٢) المبسوط ٢٢/ ٢٦، النوادر والزيادات على ما في المدونة ٧/ ٢٨١.
(٣) المبسوط ٢٣/ ١٣٩، ١٤١، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٦٦.

٦. إذا تصدق الملتقط باللُّقَطَة قبل نهاية سنة التعريف ثم جاء صاحبها فأجاز صدقة الملتقط طلباً لثواب الله عَزَّوَجَلَّ صحت بالإجازة[١].

٧. إذا كان بين المدعي والأجنبي المتوسط أو المتبرع صُلح: فإما أن يكون بأمر المدعى عليه أو بغير أمره، فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به، وإن كان بغير أمره فهو صلح الفضولي، فإذا قال الفضولي: صالحتك على ألف درهم ولم يضف الضمان ولا المال إلى نفسه ولم يعين البدل أو لم يسلم البدل، فالصلح موقوف على إجازة المدعى عليه؛ لأنه عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه، فلا يكون متصرفاً على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على إجازته، فإن أجازه نفذ ويجب البدل عليه دون المصَالِح؛ لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، إذ لو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكِّله، فكذلك إذا التحق التوكيل بالإجازة، وإن رده بطل؛ لأن التصرف على الإنسان لا يصح من غير إذنه وإجازته[٢].

٨. إذا وهب أحد مال غيره بإذنه ابتداء بالوكالة فإن هبته صحيحة، وإذا وهب مال آخر بلا إذنه، ثم أجازه صاحب المال بعد ذلك فإن الهبة تنفذ؛ لأن الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة[٣].

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٥/ ٣٣٨، عيون المسائل للقاضي عبد الوهاب البغدادي ص (٦٠٩)، المغني ٨/ ٢٩٩.
(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٥٢، النوادر والزيادات ٧/ ١٧٧، المغني ٧/ ١١.
(٣) درر الحكام ٢/ ٣٨٦.

٩. الزواج الموقوف كنكاح الفضولي الذي يعقد لغيره من غير ولاية تامة عليه ولا وكالة عنه، لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج قبل إجازته ممن له حق الإجازة، فلا يحل فيه الدخول بالزوجة، ولا تجب فيه نفقة ولا طاعة، ولا يثبت به حق التوارُث بموت أحد الزوجين. فإن أجيز صار نافذاً وترتبت عليه أحكام الزواج اللازم، عملاً بالقاعدة[١].

١٠. من حلف أن لا يتزوج فزوَّجه فضولي، وأجازه بالقول حنث؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة له السابقة فكأنه وكَّله في الابتداء، ولهذا يثبت للفضولي حكم الوكيل وللمجيز حكم الموكِّل[٢].

١٢. إذا حكم رجل بين متخاصمين قبل أن يُحكِّماه، ثم رضيا بحكمه فهو جائز؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء[٣].

(١) بدائع الصنائع ٤/ ١٧٧، الإنصاف ٢٠/ ١٥٩.
(٢) ينظر: حاشية رد المحتار ٤/ ١٥٩.
(٣) ينظر: المحيط البرهاني ٨/ ٦١٤.

المبحث الثالث
القواعد التي تمثل قيدا أو ضابطاً في قاعدة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة: «الأصل أن الإجازة إنما تعمل في المتوقف لا في الجائز»[1]؛ معناها، وتطبيقاتها:

أولاً: معنى القاعدة:

هذه القاعدة تبين مجال عمل الإجازة، وهي العقود الموقوفة لا العقود النافذة[2]، فلا تعمل إلا في عقد ثبت توقفه بسبب من أسباب التوقف كتصرف الفضولي، لا في عقد جائز نافذ[3].

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

١. إذا وكل إنسان آخر بشراء سلعة بعينها بخمسمائة ريال، فاشتراها بستمائة ريال صار الوكيل مشترياً لنفسه، فإذا أخبر الموكل أنه اشتراها له بستمائة فأجازه لم تكن هذه السلعة للموكِّل بهذه الإجازة؛ لأن الشراء ثبت للمشتري حين وقع فلا تعمل فيه الإجازة ولا تصير السلعة له[4].

(١) أصول الكرخي ١/ ١٠، أصول البزدوي ١/ ٣٧٢.
(٢) ينظر: درر الحكام ٣/ ٥٩٩.
(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١/ ٤١٣.
(٤) ينظر: أصول البزدوي ١/ ٣٧٢، التبصرة للخمي ١٠/ ٤٦٣٩، البيان في المذهب الشافعي ٦/ ٤٤٣، المغني ٧/ ٢٤٧.

المطلب الثاني قاعدة: «الأصل أن كل عقد له مجيز حال وقوعه تَوَقَّف للإجازة، وإلا فلا»[1]؛ معناها، وتطبيقاتها:

أولاً: معنى القاعدة:

هذه القاعدة مقيدة لقاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة؛ إذ ليس كل عقد تجوز فيه الإجازة، وإنما تكون جائزة إذا كان للعقد مجيز كامل التصرف، بالغ عاقل، فإذا لم يكن له كامل التصرف فالعقد باطل كتصرف الصبي والمجنون؛ لأنهما ليس من أهل الوكالة والمباشرة[2].

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

١. إذا طلق رجل زوجة صبي لا يقع الطلاق ولا يتوقف على إجازة ولي الصبي؛ لأن الولي لا يملك تطليق زوجة الصبي[3].

٢. إذا تصدق الفضولي بمال الصبي أو المجنون فلا تجوز فيها الإجازة؛ لأن الولي لا يملك التصدق بمال الصغير والمجنون[4].

---

(١) ينظر: أصول الكرخي ١/ ١٠، أصول البزدوي ١/ ٣٧٢.
(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/ ١٨، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١/ ٤١٧.
(٣) ينظر: أصول البزدوي ١/ ٣٧٢، النوادر والزيادات ٥/ ٢٧٣، الحاوي الكبير ٩/ ١٣٢، المغني ١٠/ ٣١٢.
(٤) انظر: المبسوط ١٤/ ١٤٢، المدونة ٤/ ٢٩٠، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٣٠٤.

المطلب الثالث: قاعدة: «الأصل أن الإجازة تصح ثم تستند إلى وقت العقد»[1]؛ معناها، وتطبيقاتها:

أولاً: معنى القاعدة:

هذه القاعدة تبين اشتراط كون المحل قابلاً للعقد في الحال حتى يثبت فيه حكم العقد[2]، فإذا تحقق هذا الشرط فإن الإجازة في العقد الموقوف تكون صحيحة وتستند إلى وقت العقد[3].

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

١. أن المبيع إذا كان هالكاً لا ينفذ العقد فيه بالإجازة؛ لأن الإجازة في القائم دون الهالك، كما لو باع سيارة ثم تلفت قبل الإجازة فإن البيع لا ينفذ[4].

٢. أن زوائد المبيع وغلاته كالأجرة قبل الإجازة مملوكة للمشتري؛ لأن الإجازة تستند إلى وقت العقد، وإلا لما استحق المشتري الزوائد والغلة، فلو باع الفضولي فرساً لآخر وسلمه للمشتري فولدت عنده وبعد ذلك أجاز المالك البيع فالفلو ملك للمشتري[5].

---

(١) ينظر: أصول الكرخي ١/ ١٠/ ، أصول البزدوي ١/ ٣٧٢، أصول السرخسي ٢/ ٣١٣.
(٢) أصول البزدوي ١/ ٣٧٢.
(٣) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١/ ٤١٦.
(٤) ينظر: أصول البزدوي ١/ ٣٧٢، بدائع الصنائع ٥/ ١٥٨، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١/ ٤١٦.
(٥) ينظر: فتح القدير ٧/ ٥٩، درر الحكام ٢/ ٤٧٢.

المطلب الرابع: قاعدة: «الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل»[1]؛ معناها وتطبيقاتها:

أولاً: معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الباطل في اللغة: الذاهب الزائل، من بَطَل الشيءُ إذا ذَهَبَ ضَياعاً وخُسْراً، والباطل: نَقِيضُ الحق[2].

واصطلاحاً: البطلان يطلق عند الجمهور على كل ما كان منهياً عنه لعينه أو وصفه سواء كان عبادة أو عقداً، ولا فرق عندهم بين البطلان والفساد، فهما عندهم مترادفان، وأما الحنفية فإنهم فرقوا بينهما في المعاملات فقالوا: الباطل ما لم يشرع بأصله كبيع الملاقيح (وهي ما في بطون الأمهات)، والفاسد ما شرع بأصله دون وصفه كالربا[3].

وفرقت «مجلة الأحكام العدلية» بين البيع الباطل والفاسد، فالباطل لا يفيد الحكم أصلاً فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع يكون أمانة عند المشتري، فإذا تلف بلا تعد لا يضمنه، بينما البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض فإذا قبضه المشتري بإذن البائع صار مالكاً له، فإذا تلف عنده لزمه الضمان[4].

---

(١) ينظر: شرح السير الكبير ٥/ ٢٠٤٨، المحيط البرهاني ٥/ ٤٦٠، درر الحكام ٤/ ٥٥٨.
(٢) ينظر: لسان العرب، ١١/ ٥٦، مادة (بطل).
(٣) ينظر: تحفة المسؤول شرح مختصر منتهى السول للرهوني ٢/ ٩٨، القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ١/ ١٥٢.
(٤) ينظر: شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٣٥٨-٣٥٩.

المعنى الإجمالي:

محل تطبيق هذه القاعدة العقود الموقوفة لا الباطلة فالعقد الذي لم يستوف شروط صحته عقد باطل لا تعمل فيه الإجازة؛ لأن الإجازة إنما تعمل في لعقد الصحيح.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

١. إذا اشترى الفضولي خمراً لمسلم فأجازه المسلم فإنه لا يجوز، لأن العقد باطل بشراء المحرم، والإجازة لا تصحح الباطل.

٢. إذا حلف الرجل أنه لا يشتري هذا اليوم شيئاً، فاشترى له الفضولي خمراً وأجازه فلا يحنث في يمينه؛ لأنه ليس ببيع لانعدام معناه[١].

٣. إذا فصل رجل الدعوى الواقعة بين شخصين بدون أن يُحكِّماه في ذلك، ورضيا بحكمه، ينفذ حكمه بشرط أن يكون هذا الرجل أهلاً لأن يكون محكماً بأن يكون حكمه موافقاً لأصوله المشروعة، فإذا أجاز الطرفان الحكم غير الموافق للأصول المشروعة فلا ينفذ؛ لأن الإجازة لا تلحق الباطل[٢].

(١) ينظر: البحر الرائق ٤/ ٣٨٤.
(٢) ينظر: درر الحكام ٤/ ٦٤٧.

المطلب الخامس: قاعدة: «المفسوخ لا تلحقه الإجازة»[1]؛ معناها، وتطبيقاتها:

أولاً: معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الفسخ في اللغة: النقض والإزالة[2].

واصطلاحاً: عرفه السبكي بأنه: «حل ارتباط العقد»[3]، فالفسخ هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن، وهذا يكون من أحد المتعاقدين أو كليهما، أو بحكم الحاكم.

المعني الإجمالي:

أن الإجازة لا ترد على العقد المفسوخ، فإذا فسخ أحدهما العقد ثم أجازه الآخر انفسخ العقد ولا تصح إجازة المالك للعقد؛ لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال، والعقد بعد بطلانه لا يحتمل الإجازة لأن الباطل متلاشٍ[4].

(١) ينظر: المبسوط ٧/ ٢٨٥، اللباب شرح الكتاب ١/ ١١٥.
(٢) ينظر: لسان العرب ٣/ ٤٥، مادة فسخ.
(٣) الأشباه والنظائر ١/ ٢٥٤.
(٤) ينظر: المبسوط ٧/ ٢٨٥، بدائع الصنائع ٥/ ٢٧١، المحيط البرهاني ٦/ ٦٤٤.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

١. إذا باع فضولي سلعة، واشترط الفضولي أو المشتري الخيار مدة، وفسخ أحدهما العقد ثم أجاز صاحب الحق البيع، فلا تصح الإجازة؛ لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة[١].

المطلب السادس: قاعدة: الإجازة لا تلحق الإتلاف[٢]؛ معناها وتطبيقاتها:

أولاً: معنى القاعدة:

المعنى الإفرادي:

الإتلاف في اللغة: الهلاك والعطب[٣].

واصطلاحاً: «إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة»[٤].

المعنى الإجمالي: إذا اتلف الإنسان مال غيره تعدياً ثم أجاز المالك هذا الفعل المتلف لا يبرأ المتلف من الضمان؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف[٥].

(١) ينظر: البحر الرائق ٦/ ٢٢.
(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٨٣، الدر المختار ٥/ ٤٩٧، درر الحكام ٢/ ٥٣٦.
(٣) ينظر: لسان العرب، مادة تلف ٩/ ١٨.
(٤) بدائع الصنائع ٧/ ١٦٤.
(٥) ينظر: غمز عيون البصائر ٥/ ٤١٩، درر الحكام ٣/ ٥٣٢.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

١. إذا أتلف رجل مالاً لآخر، وقال بعد ذلك صاحب المال: أجزت، فلا يبرأ هذا المتلف من الضمان؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف(١).

٢. إذا تلف المبيع في يد المشتري الفضولي، ثم أجاز بعد ذلك صاحب المال فلا تصح الإجازة(٢).

٣. إذا أولم أحد الورثة وليمة صرف فيها من بعض مال الشركة في غياب البقية، وأجازوا ذلك بعد مجيئهم فإن لهم تضمينه(٣).

٤. إذا أجر الفضولي مالاً لآخر فأجازه بعد إتلاف المنافع بانقضاء المدة فلا تصح إجازته(٤).

٥. إذا أودع المستَودَع الوديعة لآخر بلا إذن المودِع، وتلفت في يد المستودع الثاني، فأجازها المودِع فلا تصح(٥).

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٨٣.
(٢) ينظر: درر الحكام ٢/ ٥٣٦.
(٣) ينظر: المرجع السابق.
(٤) المرجع السابق.
(٥) المرجع السابق.

المبحث الرابع
التطبيقات القضائية

التطبيقات القضائية هي الأحكام القضائية، وعرف الحكم القضائي بأنه: «فصل الخصومة وحسم النزاع بقول أو فعل يصدر من القاضي بطريق الإلزام»[1].

التطبيق الأول:

قضية رقم (٩٣٨٠/ ١) بالمحكمة التجارية في الرياض:

تتلخص هذه القضية بأن المدعية أبرمت عقداً مع المدعى عليها تقوم بموجبه المدعية بتصنيع وتوريد عبارات خرسانية صندوقية مسبقة الصب، حيث تقدمت المدعى عليها بعرض يتضمن المواصفات المطلوبة واشتراطات الجهة المالكة للمشروع (.....) بحيث تكون المواصفات قابلة للزيادة والنقصان حسب توجيهات مالك المشروع، وتم الاتفاق وبدأت المدعية بالتوريد، وبدأت المدعى عليها بالسداد إلى أن توقفت عن سداد الدفعة الأخيرة وقدرها (٢,٣٨٣,١١٦) مليونان وثلاثمائة وثلاثة وثمانون ألفاً ومائة وستة عشر ريالاً، وتطلب المدعية إلزام المدعى عليها بسداد المتبقي من قيمة التوريد، ودفعت المدعى عليها بعدم وجود اتفاق على الزيادة واستدلت بالقيمة الموضحة في العقد الأساسي.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٨/ ٦٢٨٩.

وقد ثبت للدائرة القضائية أنه تم التعاقد بين المدعية والمدعى عليها على تصنيع وتوريد عبارات خرسانية صندوقية مسبقة الصب حسب الاتفاق المبرم بين الطرفين في العقد حسب ما أقر به وكيل المدعى عليها، وأن من الثابت كون أصل التعاقد كان على قيمة قدرها (٩,١٩٨,١٠٠) تسعة ملايين ومائة وثمانية وتسعون ألفاً ومائة ريال، وانحصرت دعوى المدعية في المطالبة بقيمة أسعار المواد بعد زيادتها عن القيمة الموضحة في العقد الأساسي، وذلك بعد الاتفاق مع المدعى عليها على ذلك.

وثبت للدائرة القضائية أن المدعى عليها أقرت أنها سددت للمدعية مبلغاً زائداً عما هو موضح في العقد الأساسي، إذ أقر وكيل المدعي عليها بأن موكلته قد سددت للمدعية مبلغ ما مجموعه (١٠,٤٠٠,٠٠٠) عشرة ملايين وأربعمائة ألف ريال مما يعني ضمناً إقرارها بعدم اعتبار قيمة الاتفاق المثبت في العقد، واستناداً لموافقة مدير مشروع طرف المدعى عليها على زيادة الأسعار حسب محضر الاتفاق المؤرخ في (...)، واستناداً لاعتماد ممثل المدعى عليها ومديرها العام الفواتير التي تضمنت السعر بعد الزيادة كما في الفاتورة المؤرخة في (...) والفاتورة المؤرخة في (...) والذي يثبت ضمناً موافقته على الزيادة في السعر الأمر الذي يثبت علم ممثل المدعى عليها بالزيادة في أسعار المنتجات عن القيمة المثبتة في العقد وموافقته على القيمة الجديدة، فثبتت إجازته للفواتير حاملة التسعيرة الجديدة واعتماده لها، والإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وأن الدائرة تخلص إلى ثبوت المبلغ المدعي به وقدره (٢,٣٥٧,٦٢٤) مليونان وثلاثمائة وسبعة وخمسون ألفاً وستمائة وأربعة وعشرون ريالاً في ذمة المدعى عليها.

وقد حكمت محكمة الاستئناف بمنطقة الرياض بتأييد هذا الحكم بالقرار (٤٥٢١) وتاريخ ١٥/ ١/ ١٤٣٩هـ[١].

التعليق:

بدراسة هذه التطبيق يتبين ما يأتي:

١. المدعي يطالب بسداد قيمة أسعار المواد بعد زيادتها عن القيمة الواضحة في العقد الأساسي.

٢. المدعى عليه دفع بعدم وجود اتفاق على الزيادة واستدل بالقيمة الموضحة في العقد الأساسي.

٣. حكمت الدائرة القضائية بثبوت المبلغ المدعي به، بناء على أنه ثبت للدائرة موافقة مدير المشروع وهو ممثل المدعى عليها وإجازته للفواتير حاملة التسعيرة الجديدة واعتماد لها، والإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

التطبيق الثاني:

قضية رقم (٣٣٧٧) بالمحكمة العامة في المدينة المنورة:

تتلخص القضية في أن وكيل المدعي يطلب إلزام المدعى عليه بأن يدفع لموكله مبلغاً قدره (٣٦٣,٨٢٢) ثلاثمائة واثنان وستون ألفا وثمانمائة واثنان وعشرون ريالاً تمثل الباقي من قيمة البضاعة التي بيعت عليه، وقدم ما

(١) ينظر: البوابة القضائية العلمية، رابط القضية:

https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/12794.

يسند المطالبة من خلال أصل فاتورة الشراء المرفقة بملف الدعوى والمؤرخة في ٦/ ٨/ ٢٠١٦م بمبلغ قدره ٤٣٢,٨٢٢ أربعمائة واثنان وثلاثون ألفاً وثمانمائة واثنان وعشرون ريالاً استرجع منها بضاعة بمبلغ (٧٠,٠٠٠) سبعون ألف ريال وتبقى مبلغ المطالبة موقعه من عامل مؤسسة المدعى عليه (...) المفوض من قبل المدعى عليه بموجب عقد الحساب المرفق بملف الدعوى المؤرخ في ١٨/ ٨/ ٢٠١٦م، وأقر المدعى عليه بصحة توقيعه عقد فتح الحساب وتفويضه لعامله المذكور، ودفع بأنه لم يعلم بأن عامله طلب بضاعة بمبلغ الفاتورة المشار إليه أعلاه، وأن عامله هرب بعد أن باع البضاعة على محل آخر، كما دفع بأنه غير مسؤول عن مبلغ فاتورة الشراء محل المطالبة كونها بتاريخ سابق لتاريخ عقد فتح الحساب مع المدعي، ولما كان التابع مسؤول عن أعمال تابعيه فإن المدعى عليه مسؤول عن أعمال عامله ذلك أنه أقر بأن يعمل في مؤسسته، وأنه مفوض من قبله كما في عقد فتح الحساب المبرم مع المدعي سواء حدد سقف الشراء فيه بمبلغ قدره خمسمائة ألف أو لم يحدد فالمؤدى واحد وهو السماح بالشراء بمبلغ الفاتورة المشار إليها، ولأنه يعتبر إجازة منه لتعاملات عامله السابقة وتفويضه نيابة عنه وإمضاء لأعماله السابقة بدليل موافقته على جعله مفوضاً في العقد اللاحق، وكما هو مقرر في القاعدة الفقهية الناطقة بأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق. فإن الدائرة تنتهي إلى ثبوت المبلغ الذي يطالب به المدعي في ذمة المدعى عليه، وحكمت الدائرة بإلزام المدعى عليه بأن يدفع مبلغ وقدره قدره ٣٦٢,٨٢٢ ثلاثمائة واثنان وستون ألفاً وثمان مئة واثنان وعشرون ريالاً للمدعي.

وقد حكمت محكمة الاستئناف بمنطقة المدينة المنورة بتأييد هذا الحكم بالقرار رقم (٣٠) وتاريخ ٢٧/ ٥/ ١٤٣٩هـ[١].

التعليق:

بدراسة هذه التطبيق يتبين ما يأتي:

١. المدعي يطالب بدفع الباقي من قيمة البضاعة التي تم بيعها على المدعى عليه، والتي وقع عليها عامل مؤسسة المدعى عليه والمفوض من المدعى عليه.

٢. أقر المدعى عليه بصحة توقيعه عقد فتح الحساب وتفويض عامله، ودفع بأنه لا يعلم بأن عامله طلب بضاعة بمبلغ الفاتورة، وأن العامل هرب بعد أن باع البضاعة على محل آخر.

٣. حكمت الدائرة القضائية بثبوت المبلغ الذي يطالب به المدعي؛ وذلك لإقرار المدعى عليه بأن العامل يعمل في مؤسسته ومفوض من قبله، ويعتبر إجازة منه لتعاملات عامله السابقة وجعله مفوضاً في العقد اللاحق، وكما هو مقرر في القاعدة الفقهية الناطقة بأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

(١) ينظر: البوابة القضائية العلمية، رابط القضية:
.https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/13044

التطبيق الثالث:

قضية رقم (١/ ٣٣٨٥/ ق) بالمحكمة التجارية في الرياض:

تتلخص القضية أن وكيل المدعي طلب إلزام المدعى عليه بأن يدفع لموكله مبلغاً قدره (٤٦٧,٠١٠) أربعمائة وسبعة وستون ألف وعشرة ريالات تمثل قيمة المبلغ المتفق على دفعه لموكله في اتفاقية المخالصة، وأن مستنده في الدعوى عقد مخالصة وتسوية مع المدعى عليه تضمن الإقرار بمبلغ المطالبة، وقد أقر وكيل المدعى عليه المخول بحق الإقرار باتفاقية المخالصة والتسوية مع المدعي وتحفظ على المبلغ وادعى التناقض فيه، كما دفع بعدم الصفة لمبرمها وبوقوع الغبن على موكله فيها، والدائرة وهي تتحقق مما أورده الطرفان تجد أن الثابت لها إبرام عقد المخالصة والتسوية بإقرار الطرفين مع تحفُّظ المدعى عليه على المبلغ محل المطالبة وادعاء تناقضه، وبتأمل الدائرة في هذه الاتفاقية ومبلغها تجدها قد تضمنت إقرار المدعى عليه الصريح في المادة رقم (٥) بثبوت مبلغ المطالبة محل الدعوى في ذمتها بالنص التالي: «يقر الطرف الثاني- المدعى عليه ويصادق على أن مجموع المبالغ المتبقية في ذمته والتي يستحقها الطرف الأول هي مبلغ (٤٦٧,٠١٠) ريال ويقر ويصادق على استعداده بدفعها للطرف الأول حالة»، وما دام الأمر كذلك فإن الدائرة تنتهي إلى انتفاء دعوى التناقض في المبلغ وتنتهي إلى إلزام المدعى عليه بدفع هذا المبلغ، ولا ينال من ذلك ما دفع به المدعى عليه من عدم الصفة لمبرمها وهو شقيق المدعي ذلك أن الثابت للدائرة من هذا الاتفاقية محل إقرار المدعى عليه النص على أنه الممثل للطرف الأول بما نصه:

اتفق طرفا هذا العقد وهما (...) إلخ ويمثلك فيها وكيله المفوض (....) وهذا إقرار ضمني منه بصفته في إبرامها، فضلاً عما دفع به وكيل المدعي مما هو مقرر فقها من أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وأن موكله قد أجاز تصرف أخيه ووكله رسمياً لاحقاً وأرفق صورة من وكالته، وبعد المداولة حكمت الدائرة بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعي مبلغاً قدره (٤٦٧,٠١٠) أربعمائة وسبعة وستون ألف وعشرة ريالات، وقد حكمت محكمة الاستئناف بمنطقة الرياض بتأييد هذا الحكم بالقرار رقم (٢٤٥) وتاريخ ١٤/ ٦/ ١٤٤٠هـ[1].

التعليق:

بدراسة هذه التطبيق يتبين ما يأتي:

١. المدعي يطلب إلزام المدعى عليه بالمبلغ المتفق عليه في اتفاقية المخالصة.

٢. أقر وكيل المدعى عليه باتفاقية المخالصة والتسوية مع المدعي، وتحفظ على المبلغ المدعى به، ودفع بعدم الصفة لمبرمها وهو شقيق المدعي.

٣. حكمت الدائرة القضائية بثبوت المبلغ المدعى به؛ بناء على إقرار المدعى عليه، ولثبوت إجازة المدعي تصرف أخيه ووكيله لاحقاً، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

(١) ينظر: البوابة القضائية العلمية، رابط القضية:

https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/15545.

التطبيق الرابع:

قضية رقم (٤٣١٩٢٩٣٦)، بالمحكمة العامة في الرياض:

تتلخص القضية أن المدعي يدعي أنه سبق وأن تم الاتفاق على رهن منزله الكائن بحي (.....) لمؤسسة (خالد) وتوسط بينهم في إجراء الرهن والإفراغ المدعو/ عبد المجيد، وطلب مقابل الرهن لمنزله مبلغ (ستة ملايين ريال – ٦,٠٠٠,٠٠٠ ريال) ووعده بتسليم مبلغ مالي مقدم للرهن بقيمة مائتان ألف ريال، وأصدر له شيكاً بقيمة (٥,٨٠٠,٠٠٠ ريال). وحيث تم الإفراغ لمؤسسة (خالد) والذي قام بدوره بالتصرف في صك العقار العائد للمدعي برهنه وإفراغه للشركة المدعي عليها وهي من بيدها العين حالياً. ولم يستلم المدعي أي مبالغ للرهن أو قيمة المتفق عليها، وما زال المدعي يسكن بمنزله محل النزاع بالدعوى ويطلب الحكم بإلزام المدعى عليها برد صك العقار باسمه وإفراغه له.

وأجابت المدعى عليها: أنه لا علم لها ولا علاقة بما ورد بصحيفة دعوى المدعي، ودفعت بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة: وذلك لكون المدعى عليها هي مشترية حسن النية وليس لها علم أو علاقة بما يدعي به المدعي في دعواه من وقائع، وقامت المدعى عليها بتسليم كامل قيمة العين للبائع محل التداعي وحازتها حيازة بصك نظامي صادر من جهة ذات سلطان وهي كتابة العدل الأولى بالرياض، وكان من الأجدر على المدعي أن يقيم دعواه على من يدعي عليه من وقائع وليس المدعى عليها.

وبما أن المدعي يدعي بأنه رهن عقاره لخالد مقابل قرض، وأنه أفرغه صورياً للطرف الثاني (راشد) بصفته وكيل عن (خالد) لإتمام الرهن لا البيع الحقيقي، وكان الإفراغ بمبلغ قدره ستة ملايين ريال صورياً؛ وذلك بناء على الصك الصادر عن كتابة العدل الأولى بالرياض رقم (.....) وتاريخ (.....)، وبما أن المدعى عليها دفع بأنه اشترى العقار من (خالد)، وكان الإفراغ بمبلغ قدره ثلاثة ملايين وستمائة ألف ريال؛ وذلك بناء على الصك الصادر عن كتابة العدل الأولى بالرياض رقم (.....) وتاريخ (.....)، وأن شراءها صحيح حقيقي لا صورية فيه، وبما أن المدعي أقر باستلامه مليون ريال من ثمن العقار حوالة من عبد المجيد ونازع في الباقي، وبما أن خالد باع العقار وهو في حقيقته أثناء البيع ملك للمدعي وفي هذه الحال فإن خالد باع ما لا يملك، وبما أن خالد قدم ورقة مفادها عقد اتفاق بين خالد والمدعي وعبد المجيد ونصها (الطرف الأول (خالد) الطرف الثاني المدعي الطرف الثالث عبد المجيد. حيث إن الطرف الثاني أبدى رغبته في طلب تمويل على الفيلا الخاصة به بحي (...) على أن القطعة رقم (...) من المخطط رقم (...) فقام بنقل ملكيتها لصالح الطرف الأول على أن يقوم الطرف الأول بالبحث عن شركة تمويل لرهنها وأخذ مبلغاً عليها لصالح الطرف الثاني، وقد تم تقديم الصك وملف مؤسسة خالد التجارية على شركة المدعى عليها وتم رفض الطلب بسبب التأمين وتعثر الطرف الأول في سمة الائتمانية وذلك بعد ما تم نقل ملكية الفيلا للطرف الأول فتم إخبار الطرف الثاني بأن المعاملة تم رفضها وقد تم تأمين تمويل من شركة المدعى

عليها ونقل ملكية العقار لصالحها حسب الاتفاق المرفق صورة منه، فأبدى رغبته للطرف الثالث بتقديم ملفه لصالح شركة المدعى عليها لشراء الفيلا وتم قبول الطلب وتنفيذ المعاملة وانتقال ملكية العقار لصالح شركة المدعى عليها وتم شراء العقار بمبلغ (٣,٦٠٠,٠٠٠ ريال ثلاثة مليون وستمائة ألف ريال لا غير)، وقد قام الطرف الأول باستلام الشيك وتسليمه لصالح الطرف الثالث بموافقة الطرف الثاني والمذيلة بتوقيع الثلاثة ا.هـ، وبما أن الثلاثة صادقوا عليها إلا أن المدعي دفع بأنها كانت بعد الإفراغ للمدعى عليها وبعد استلام خالد الثمن، وبما أن المدعى عليها لا علاقة لها بالاتفاق الحاصل بينهم ولم يدع أحد منهم بذلك، وبما أن المدعى عليها اشترت العقار على ظاهر الأمر، وبما أن المدعي أجاز ذلك البيع ولو بعد الإفراغ، فإنه في حقيقته إجازة من المالك المدعي - لبيع الفضولي خالد، ولأن من باع ما لا يملك فبيعه صحيح بالإجازة؛ وبهذا قال الحنفية فقد قال السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ (المبسوط ١٣/ ١٥٣) ما نصه: «بَيْعَ الْفُضُولِي يَتَوَقفُ عَلى إجازةِ الْمَالِكِ عِنْدَنا ويَجْعَلُ إجازَتَهُ في الانتهاء كالإذن في الابتداء»، وينظر (بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨)، والمالكية فقد قال الدسوقي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في حاشيته (٣/ ١٢) ما نصه: «إذا أجاز المالِكُ بَيْعَهُ فَإنَّما يُطالبُ بالدَّمَن الفضولِ البائع ولا يُطالب بهِ الْمُشتَرِي؛ لأنه بإجازَتِهِ بَيْعَهُ صَارَ وَكِيلاً له»، والشافعي في القديم فقد قال النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ (روضة الطالبين ٣/ ٣٥٥) ما نصه: «والقدِيمُ: أَنَّهُ يَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا على إجازة المالِكِ، فإن أجاز، نفذ، وإلا لغا»، ورواية عند الحنابلة فقد نص عليه في المقنع والشرح الكبير والإنصاف (١١/ ٥٦-٥٥) فقال

المرداوي في الإنصاف: «وعنه، يصحُّ، ويقف على إجازة المالك»، ورجحه ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ (المستدرك على مجموع الفتاوى ٢/ ١٦٠) فقال ما نصه: «وهذا إحدى الروايتين عن أحمد وقول أكثر العلماء، وهي التي ذكرها الخرقي في مختصره أن بيع الفضول وشراه ليس باطلاً، بل موقوفاً، فإن باع أو اشترى بعين المال فهو موقوف... والذي ذكره الخرقي أصح».

ولذا فإن الدائرة حكمت برد دعوى المدعي في المطالبة بإلزام المدعى عليها شركة (...) بإفراغ العقار محل الدعوى الواقع في حي (...) في مدينة الرياض والمملوك للمدعى عليه بموجب الصك الصادر من كتابة العدل الأولى بالرياض برقم: وتاريخ؛ لعدم الموجب وللمدعي الرجوع على عبد المجيد للمطالبة بثمن العقار.

وقد حكمت محكمة الاستئناف بمنطقة الرياض بتأييد هذا الحكم برقم (٣٧٥٩٠٢٤٢) وتاريخ ١٥/ ٦/ ١٤٤٣هـ[1].

التعليق:

بدراسة هذه التطبيق يتبين ما يأتي:

١. المدعي يطلب إلزام المدعى عليها برد صك العقار باسمه وإفراغه له، لأنه رهن العقار لمؤسسة خالد مقابل ستة ملايين ولم يستلم المبلغ، ومؤسسة خالد قامت بإفراغ العقار للشركة المدعى عليها.

(١) ينظر: الصك الصادر من المحكمة العامة بالرياض برقم (٤٣١٩٢٩٢٣٦)، وتاريخ ٥/ ٤/ ١٤٤٣هـ.

٢. دفعت الشركة المدعى عليها بأن لا علم لها ولا علاقة لها بما ورد في صحيفة الدعوى؛ لأن المدعى عليها اشترت العقار وحازته بصك نظامي من كتابة العدل.

٣. ثبت للدائرة القضائية اتفاق بين الطرف الأول مؤسسة خالد والطرف الثاني المدعي والطرف الثالث عبد المجيد على عرض بيع العقار على شركة المدعى عليها وتم قبول العرض، وقام خالد بإفراغ العقار لصالح المدعى عليها واستلام المبلغ وتسليمه للطرف الثالث عبد المجيد بموافقة المدعي، وثبت أن المدعي أجاز بيع الفضولي (خالد) بعد الإفراغ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وحكمت الدائرة برد دعوى المدعي في مطالبة المدعى عليها.

التطبيق الخامس:

قضية رقم (٢/ ٧٢/ ق)، بالمحكمة التجارية في جدة:

تتلخص واقعة هذه الدعوى في أن المدعى وكالة (.....) تقدم إلى المحكمة بلائحة دعوى مفادها أنه منذ ١٩٩٣م وحتى نهاية ٢٠١١م قامت موكلته بإبرام عدة اتفاقيات مع المدعى عليها رقم (١) تقوم موكلته بموجبها بتوريد منتجات (.....) لصالح المدعى عليها رقم (١)، ومن بين هذه الاتفاقيات المذكورة أعلاه ستة عقود تتعلق بهذه الدعوى. حيث تم بيع المعدات من قبل موكلته على المدعى عليها رقم (١) بالتقسيط، وكانت موكلته ترسل هذه المعدات إلى المدعى عليها رقم (١) بموجب العقود المعنية على أساس بوالص الشحن مقابل القبول بالدفع أو ما يسمى ب

(D/A). ثم قامت موكلته بإصدار فواتير بالمبالغ المطلوبة بموجب العقود المعنية وذلك بين تاريخي ١٤ يونيو ٢٠٠٧م حتى ٤ أبريل ٢٠٠٨م وسددت المدعى عليها رقم (١) بعض الدفعات المطلوبة ثم توقفت عن سداد باقي الأقساط المستحقة عليها بموجب العقود المعنية في أواخر عام ٢٠١١م والتي تبلغ ثلاثة مليارات وستمائة وسبعة وستين مليوناً وخمسمائة وسبعة وتسعين ألفاً وخمسمائة (.....) (٣,٦٦٧,٥٩٧,٥٠٠) وما زالت المدعى عليها رقم (١) ممتنعة عن سداد هذه المستحقات وتماطل بالدفع حتى تاريخ رفع هذه الدعوى بالرغم من مطالبات موكلته المتكررة بالسداد واجتماعاتها مع ممثلي المدعى عليها رقم (١) عدة مرات من أجل التوصل إلى تسوية ودِّية والاتفاق على جدول للسداد، وكان آخرها بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٤م.

وقدم وكيل المدعى عليها شركة (.....) مذكرة من تسع صفحات طلب فيها تحرير الدعوى من قبل المدعية، كما دفع بأن بوالص الشحن كانت ترسل باسم مؤسسة (.....) وهذه المؤسسة ليست تابعة لشركة المدعى عليه وأضاف بأن الشخص الذي تدعي المدعية أنه وقع على المديونيات واسمه (.....) لا يعمل لدى شركة (.....) وليس على كفالتها، كما أن الإقرار بالدين لا بد أن يكون صريحاً ومن المسؤولين عن إدارة الشركة بحسب عقد الشركة، والشخص المذكور ليس كذلك، مضيفاً بأن ما أشارت له المدعية من الاجتماع مع (.....) و(.....) في ٢٠٠٧م فإن المذكورين ليسا من مديري الشركة أو المفوضين بالتعامل، وقد أخبرت الشركة المدعى عليها الشركة المدعية بذلك في حينه، إلا أن المدعية أصرت على الاستمرار

في التعامل معهما وطلب إلزام المدعية بتحرير الدعوى والحكم بعدم جواز سماع الدعوى وردها.

واستند المدعي في مطالبته للشركاء المتضامنين على المادة (٢٠) من نظام الشركات القديم ويقابلها المادة (٢١) من نظام الشركات الجديد التي تنص على أنه «لا تجوز مطالبة الشريك بأن يؤدي من ماله ديناً على الشركة، إلا بعد ثبوت هذا الدين في ذمتها بإقرار المسؤولين عن إدارتها أو بموجب حكم قضائي نهائي أو سند تنفيذي، وبعد إعذارها بالوفاء، ومنحها مدة معقولة لذلك يقدرها الدائن». وبما أن وكلاء المدعي عليهم الذين حضروا قد دفعوا بأن (...) ليسا مديرين ولا يحق لهما الإقرار عن الشركة، وأنه لا تصح مطالبة الشركاء المتضامنين لأن المادة (٢١) من نظام الشركات نصت على أنه لا بد من ثبوت الدين في ذمة الشركة بإقرار المسئولين عن إدارتها أو بحكم قضائي وهذا ما لم يتم، فمن وقع على المديونيات ليس مديرا بحسب عقد التأسيس ولم يصدر حكم بالمبالغ.

وقد ثبت للدائرة القضائية أن (.....) كان يتصرف تصرفات المسؤول عن إدارة الشركة بموجب ما ظهر للدائرة من مستندات فالتعامل مع المدعية كان بواسطة (.....) فهو الذي وقع على أساس التعامل وهي طلبات الشراء كما أنه خاطب وزارة (...) بمنطقة مكة المكرمة بموجب الخطاب المؤرخ في ١٥/ ٥/ ٢٠١٣م، للدفاع عن حقوق شركة (.....) في الوكالة الحصرية لمعدات (.....)، كما أن المستندات تظهر أنه كان يتعامل مع المدعية بصفة المدير العام أحياناً وبصفة مدير التمويل أو المدير المالي وبمطبوعات المدعى

عليها، ولما كانت الشركة المدعى عليها شركة (.....) قد سددت جزءًا من المبالغ التي تخص التعامل مع المدعية والذي تم بواسطة (.....) فإن هذا يعد إقراراً من المدعى عليها بصحة تصرفه أو إجازة لهذا التصرف والإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وبناء عليه فإنكار التعامل أو الدفع بعدم صفة (.....) في التعامل والتوقيع على المبالغ. مع قيام المدعى عليها بسداد بعض هذه المبالغ أمر غير مقبول، وبما أن (.....) كان يقوم بالفعل بتصرفات المدير فإنه يعد أحد المسئولين عن إدارة الشركة فعلياً، وبناء على ذلك فإن الدائرة تنتهي إلى صحة مطالبة المدعية للشركاء المتضامنين وحكمت الدائرة بإلزام المدعى عليهم بأن يدفعوا بالتضامن بينهم لشركة (.....) سجل تجاري رقم (.....) أولاً مبلغاً وقدره ٣,٦٦٧,٥٩٧,٥٠٠ ثلاثة مليارات وستمائة وسبعة وستون مليوناً وخمسمائة وسبعة وتسعون ألفاً وخمسمائة.

وقد قضت محكمة الاستئناف بمكة المكرمة بنقض هذا الحكم، والحكم برفض الدعوى بالقرار رقم (١٢٩٥) وتاريخ ٢٢/ ٩/ ١٤٤٠هـ[١].

التعليق:

بدراسة هذه التطبيق يتبين ما يأتي:

١. المدعي يطلب سداد باقي الأقساط المستحقة على المدعى عليها مقابل توريد المنتجات المتفق عليها بين الطرفين.

(١) البوابة القضائية العلمية، رابط القضية:

https://sjp.moj.gov.sa/Filter/AhkamDetails/24175.

٢. دفع المدعى عليه بأن بوالص الشحن كانت ترسل باسم شركة أخرى ليست تابعة لشركة المدعى عليه، وأن الشخص الذي وقع على المديونيات لا يعمل لدى الشركة وليس على كفالتها.

٣. ثبت للدائرة القضائية أن الذي وقع على أساس التعامل وطلبات الشراء كان بصفته المدير العام أحياناً، وبصفته مدير التمويل أو المدير المالي أحياناً وبمطبوعات شركة المدعى عليه، كما أن المدعى عليه سدد جزءاً من المبالغ التي تخص التعامل مع المدعي بواسطة الشخص الذي يمثل شركة المدعى عليه، وهذا إقرار من المدعى عليه بإجازته، والإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وحكمت الدائرة بإلزام المدعى عليهم بدفع المبالغ المطالب بها.

الخاتمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، ففي نهاية البحث أسجل خلاصة ما توصلت إليه من نتائج:

١. أن تصرف الإنسان في ملك غيره يكون صحيحاً بإجازة صاحب الملك من حين العقد في العقود التي لا تقبل التعليق كالبيع، ومن الإجازة فيما يقبل التعليق كالطلاق، ويكون المتصرف كالوكيل عن صاحب الحق في هذا التصرف فيما يملك.

٢. أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعي في القديم ورواية عند الحنابلة على العمل بهذه القاعدة، بناء على قولهم في تصرفات الفضولي.

٣. تستند هذه القاعدة إلى دليل من السنة والقياس.

٤. إن قاعدة: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» تتكون من عنصرين: الموضوع وهو الإجازة اللاحقة، والحكم أنها كالوكالة السابقة.

٥. يشترط في المجيز أن يكون أهلاً لمباشرة التصرف وقت الإجازة، مستطيعاً إصدار العقد بنفسه، عالماً بالتصرف الذي أجازه، وعالماً ببقاء محل التصرف.

٦. يشترط في المجاز تصرفه الأهلية، وبقاء حياته إلى وقت الإجازة.

٧. يشترط في التصرف المجاز أن يكون العقد صحيحاً، والتصرف غير نافذ، والمعقود عليه قائماً وقت الإجازة.

٨. يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة من أبواب مختلفة من أبواب الفقه كالبيع والإجارة والشركة والمزارعة والحوالة واللقطة والصلح والهبة والنكاح والأيمان والقضاء.

٩. وجود عدد من القواعد التي تمثل قيوداً أو ضوابط في قاعدة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة».

١٠. استناد القضاة على هذه القاعدة في أحكامهم يظهر ذلك من خلال كثرة التطبيقات القضائية في المحاكم.

المراجع

١. **الاختيار لتعليل المختار**، تأليف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت٦٨٣هـ)، تحقيق: علي أبو الخير ومحمد سليمان، دار الخير، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ.

٢. **الأشباه والنظائر**، تأليف: الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٧١هـ)، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ.

٣. **الأشباه والنظائر**، تأليف: زين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم الحنفي (ت٩٧٠هـ)، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، ج (١)، ١٤١٨هـ.

٤. **أصول البزدوي (كنز الوصول إلى معرفة الأصول)**، تأليف: علي بن محمد البزدوي الحنفي (ت٤٨٢هـ)، مطبعة جاويد بريس، كراتشي.

٥. **أصول السرخسي**، تأليف: أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠هـ)، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ.

٦. **أصول الكرخي**، تأليف: عبيد الله بن الحسين الكرخي (ت٣٤٠هـ)، ضبط: عصمة الله عناية الله، مطبعة جاويد بريس، كراتشي.

٧. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (ت٨٨٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي، دار هجر، مصر، ط (١)، ١٤١٥هـ.

٨. **أنوار البروق في أنواء الفروق (المشهور بالفروق)**، تأليف: الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي (ت٦٨٤هـ)، ضبط وتصحيح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٨هـ.

٩. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، تأليف: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت٩٧٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط (٣)، ١٤١٣هـ.

١٠. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تأليف: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (ت٥٨٧هـ)، شركة المطبوعات العلمية، مصر، ط (١)، ١٣٢٧هـ.

١١. **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تأليف: يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت٥٥٨هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط (١)، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

١٢. **تاج العروس من جواهر القاموس**، تأليف: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت١٢٠٥هـ)، تحقيق: إبراهيم الترزي، دار الجيل، ١٣٩٢هـ.

١٣. **التبصرة**، تأليف: علي بن محمد الربعي، المعروف باللخمي (ت٤٧٨هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط (١)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

١٤. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، تأليف: جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت٧٦٢هـ)، دار الكتاب الإسلامي (ب ت).

١٥. **تحفة المسؤول شرح مختصر منتهى السول**، تأليف: يحيى بن موسى الزهوني (ت٧٧٣هـ)، تحقيق: عبد الهادي شبيلي، ويوسف القيم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، (ط١) ١٤٢٢هـ.

١٦. **التعريفات**، تأليف: علي بن محمد بن علي الجُرْجاني (ت٨١٦هـ)، تحقيق: عبد الرحمن عميرة، دار عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ.

١٧. **التوضيح شرح التنقيح بحاشية التلويح**، تأليف: صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي (ت٧٤٧هـ)، ضبط وتعليق: محمد عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ.

١٨. **جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر**، تأليف: محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي المالكي (٩٤٢هـ)، حققه وخرج أحاديثه: نوري حسن حامد المسلاتي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط (١) ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.

١٩. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، تأليف: علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١) ١٤١٩هـ -١٩٩٩م.

٢٠. **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تأليف: علي حيدر (ت١٣٢١هـ)، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب ت).

٢١. **شرح الخرشي على مختصر خليل**، تأليف: محمد الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، ط (٢)، ١٣١٧هـ.

٢٢. **شرح السير الكبير: لمحمد بن الحسن الشيباني**، تأليف: محمد بن أحمد السرخسي (ت٤٨٣هـ)، تحقيق: عبد العزيز أحمد، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية، ١٩٧٢م.

٢٣. **شرح القواعد الفقهية**، تأليف: الشيخ أحمد الزرقاء (ت١٣٥٧هـ)، نسقه وراجعه وصححه: الدكتور عبد الستار أبو غده، دار القلم، دمشق، ط (٦)، ١٤٢٢هـ.

٢٤. **الشرح الكبير**، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشهير بالدردير (ت١٢٠١هـ)، دار الفكر، بيروت، (ب ت).

٢٥. **شرح المجلة**، تأليف: محمد خالد الأتاسي (ت١٣٢٦هـ)، وابنه محمد طاهر الأتاسي، طبع: مطبعة حمص، ١٣٤٩هـ، مع ملاحظة أن شارح قواعد المجلة هو الابن.

٢٦. **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، تأليف: أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطا، دار العلم للملايين، بيروت، ط (١)، ١٣٧٦هـ.

٢٧. **العناية على الهداية: للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (ت٧٨٦هـ)**، (مطبوع مع «فتح القدير»)، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، ط (١)، ١٣٨٩هـ.

٢٨. **عُيُونُ المَسَائِل**، تأليف: عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت٤٢٢هـ)، دراسة وتحقيق: علي محمَّد إبراهيم بورويبة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط (١) ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

٢٩. **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**، تأليف: أحمد بن محمد الحموي (ت١٠٩٨هـ)، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ.

٣٠. **الفتاوى الهندية (المسماة بالفتاوى العالمكيرية)**، تأليف: الشيخ نظام وجماعة في علماء الهند الأعلام، المكتبة الإسلامية، تركيا، ط (٣)، ١٣٩٣هـ.

٣١. **الفروق اللغوية**، تأليف: الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد العسكري (تنحو ٣٩٥هـ)، حققه وعلق عليه: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.

٣٢. **الفقه الإسلامي وأدلته**، تأليف: الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر. دمشق (ط٤).

٣٣. **القواعد الفقهية**، تأليف: علي بن أحمد الندوي، نشر: دار القلم، دمشق، ط (٥)، ١٤٢٠هـ.

٣٤. **القواعد الفقهية**، تأليف: الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط (٣)، ١٤٢٤هـ.

٣٥. **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، تأليف: محمد عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، ط (١)، ١٤٢٦هـ.

٣٦. **القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية**، تأليف: علي بن عباس البعلي الحنبلي (ت٨٠٣هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٧٥هـ.

٣٧. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تأليف: الشيخ منصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، راجعه وعلق عليه: الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة.

٣٨. **اللباب في شرح الكتاب**، تأليف: الشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني (ت١٢٩٨هـ)، خرج أحاديثه وعلق عليه: عبد الرزاق المهدي، كتب خانه، كراتشي، (ب ت).

٣٩. **لسان العرب**، تأليف: جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور (ت٧١١هـ)، نشر: دار صادر، بيروت، ١٣٧٤هـ.

٤٠. **المبسوط**، تأليف: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي (ت٤٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، (ب ت).

٤١. **المجموع شرح المهذب**، تأليف: الإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، حققه وعلق عليه: محمد نجيب المطيعي، المكتبة العالمية بالفجالة، (ب ت).

٤٢. **المجلة العربية للآداب والدراسات الإنسانية**، المؤسسة العربية للتربية والعلوم والآداب بمصر، المجلد ٧ العدد ٢٥، ٢٠٢٣م.

٤٣. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، تأليف: محمود بن أحمد البخاري (ت٦١٦هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ.

٤٤. **المدخل الفقهي العام**، تأليف: مصطفى أحمد الزرقا (ت١٤٢٠هـ)، مطبعة طربين، دمشق، ط (١٠)، ١٣٨٧هـ.

٤٥. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، تأليف: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (ت٧٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ.

٤٦. **المدونة**، تأليف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٤٧. **معجم لغة الفقهاء**، تأليف: الدكتور محمد رواس قلعجي، والدكتور حامد صادق قنيبي، دار النفائس، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٨هـ.

٤٨. **معجم مقاييس اللغة**، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

٤٩. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، تأليف: الشيخ شمس الدين محمد بن محمد الشربيني الخطيب (ت٧٧٧هـ)، دار الفكر، بيروت، (ب ت).

٥٠. **المُغْني**، تأليف: الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، ط (١)، ١٤٠٦هـ.

٥١. **منح الجليل شرح مختصر خليل**، تأليف: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٥٢. **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، تأليف: أبي عبد الله محمد المغربي المعروف بالحطاب، ضبطه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ.

٥٣. **موسوعة القواعد الفقهية**، تأليف: محمد صدقي بن أحمد البورنو، مكتبة التوبة بالرياض، ط (٢)، ١٤١٨هـ.

٥٤. **النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ**، تأليف: عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت٣٨٦هـ)، تحقيق: مجموعة من طلبة العلم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٩٩٩م.

الشروط الخاصة بالدعوى العقارية

فقهاً ونظاماً

د. مزهر بن مبروك الربعي

قاضٍ في وزارة العدل

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره 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، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد:

فهذا البحث يقتصر على الشروط الخاصة بالدعوى العقارية في الفقه والنظام، والدعوى العقارية وإن كانت تشارك بقية الدعاوى في الشروط؛ إلا أن لها شروطاً وتفصيلات خاصة بها، أولاها الفقهاء وكذلك النظام عناية خاصة، ورغبة في الإسهام في تجلية أحكام هذه المسألة؛ كان هذا البحث، ﴿وَمَا تَوْفِيقِيٓ إِلَّا بِٱللَّهِۚ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾[1].

أهمية الموضوع:

يرتبط العقار بحاجات الناس الضرورية، من مسكن ومأكل ومشرب ونحوها، ولذا فإنهم أكثر مشاحة فيه عن غيره من الحقوق، بالإضافة إلى الأهمية الاقتصادية الكبرى للعقار في العصر الحاضر؛ حيث أصبح يشكل مصدراً من مصادر الاستثمار وتنمية الأموال، كما أن نسبة كبيرة من القضايا المرفوعة إلى المحاكم تخص القضايا العقارية حتى طالب بعض المختصين

(١) سورة هود الآية رقم (٨٨).

بإيجاد محاكم متخصصة في النزاعات العقارية[1]، ولذا كان من الأهمية بحث الشروط الخاصة بالدعوى العقارية ودراستها دراسة فقهية ونظامية.

أسباب اختيار الموضوع:

١. أهمية الموضوع كما سبق بيانه.

٢. اختلاف الدعوى العقارية عن بقية الدعاوى في بعض الجوانب.

٣. الإسهام في تجلية أحكام الدعوى العقارية من الناحية الفقهية والنظامية.

أهداف البحث:

١. تقديم دراسة للشروط الخاصة بالدعوى العقارية من الناحية الفقهية والنظامية.

٢. خدمة طلاب العلم عامة والقضاة خاصة بهذا الجهد اليسير.

٣. بيان ما يحتاج إليه المهتمون بمجالَي الترافع والعقار أثناء الدعوى العقارية، لتكون الدعوى عند رفعها مكتملة الجوانب، مما يترتب عليه سرعة الفصل فيها.

الدراسات السابقة:

لم أجد حسب علمي واطلاعي دراسة خاصة بهذا الموضوع، إلا ما يُبحث مجملاً عند بحث شروط الدعوى بشكل عام.

(١) انظر: مجلة القضائية، الصادرة عن وزارة العدل، العدد الثالث (٣٤١).

حدود البحث:

سوف يكون مجال الدراسة في هذا البحث هو: الجانب الذي يخص الدعوى العقارية من شروط الدعوى، سواء من الناحية الفقهية أو النظامية، وأما الشروط العامة للدعوى -وإن كانت تشترك فيها الدعوى العقارية- إلا أنها ليست داخلة في حدود هذا البحث.

منهج البحث:

منهجي في هذا البحث يتمثل في الآتي:

١. الاقتصار على ذكر الشروط الخاصة بالدعوى العقارية، ومقارنتها بما ورد في الأنظمة والتعليمات في المملكة العربية السعودية.

٢. إذا كان الشرط الخاص بالدعوى العقارية محل اتفاق ذكرته بدليله، مع توثيق ذلك، وإن كان محل خلاف فأذكر الأقوال فيه، وبيان من قال بها من أهل العلم، مع توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية، وذكر أدلتها وما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت، ثم الترجيح مع بيان سببه.

٥. عزو الآيات الواردة في البحث إلى سورها، وذلك ببيان اسم السورة ورقم الآية.

٦. تخريج الأحاديث والآثار عند أول ورودها في البحث، مع بيان درجتها إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما.

٧. التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة، مع عدم التوسع في التعريفات أو التطرق للخلاف فيها؛ لئلاَّ يطول البحث.

٨. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالجزء، والصفحة.

٩. جعلت الخاتمة متضمنة أهم النتائج التي أتوصل إليها.

١٠. لم أترجم للأعلام الوارد ذكرهم في البحث، واقتصرت على عمل فهرس للمراجع فقط رغبة في الاختصار.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، ثم الخاتمة والفهرس، وهي كالتالي:

المقدمة:

وفيها الافتتاحية، وأسباب اختيار الموضوع، وأهداف البحث، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث.

التمهيد: التعريف بالعنوان، مفرداً ومركباً:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشرط.

المطلب الثاني: تعريف الدعوى.

المطلب الثالث: تعريف العقار.

المطلب الرابع: تعريف الفقه.

المطلب الخامس: تعريف النظام.

المطلب السادس: تعريف الدعوى العقارية مركبة.

المبحث الأول: التعريف بأهم الأنظمة المتعلقة بموضوع البحث:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نظام المرافعات الشرعية.

المطلب الثاني: نظام التسجيل العيني للعقار.

المطلب الثالث: نظام المعاملات المدنية.

المبحث الثاني: الشروط الخاصة بالدعوى العقارية:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: شرط الصفة في الدعوى العقارية:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أحكام أصحاب الصفة في الدعوى العقارية.

الفرع الثاني: أحوال وجود صك تملك على العقار محل الدعوى.

الفرع الثالث: أحكام أصحاب اليد الطارئة في الصفة في الدعوى العقارية؟

المطلب الثاني: شرط معلومية العقار المدعى:

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: بم يتحقق شرط المعلومية في العقار المدعى؟

الفرع الثاني: هل يشترط ذكر الحدود الأربعة أم يكفي أقل؟

الفرع الثالث: التعريف بالعقار المدعى بذكر وثيقة التملك.

الفرع الرابع: معلومية العقار المدعى بالإشارة إليه.

الفرع الخامس: اشتراط ذكر أطوال العقار المدعى.

المطلب الثالث: شرط وضع اليد:

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: معنى وضع اليد لغةً واصطلاحاً.

الفرع الثاني: التصرفات التي يتحقق بها وضع اليد.

الفرع الثالث: أهمية اليد في الدعوى العقارية.

الفرع الرابع: إثبات وضع اليد.

الفرع الخامس: إذا ادعى عقاراً ظاناً أنه في يد المدعى عليه، وأقام بينة، وحكم الحاكم بها، ثم بان أن العقار المدعى في يد آخر.

المطلب الرابع: شرط ذكر سبب الاستحقاق.

المطلب الخامس: شرط عدم التقادم:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف التقادم لغةً واصطلاحاً.

الفرع الثاني: تحرير محل النزاع في مسألة التقادم، وذكر الخلاف في المسألة.

الفرع الثالث: شروط إعمال التقادم.

المبحث الثالث: الشروط النظامية للدعوى العقارية.

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج.

- المراجع.

- فهرس الموضوعات.

والله أسأل أن يوفقني للصواب، وأن ينفع بهذا البحث، إنه ولي ذلك والقادر عليه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

التمهيد
التعريف بالعنوان، مفرداً ومركباً

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشرط لغةً، واصطلاحاً:

الشرط لغةً:

الشين والراء والطاء أصلٌ يدلُّ على عَلَمٍ وعلامة، والشَّرَطُ بفتحتين العلامة، وأَشْراطُ الساعة: علاماتها[1]، والشَّرْطُ إلزامُ الشيء والتِزامُه في البيعِ ونحوه[2].

واصطلاحاً:

ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، لذاته[3].

فعدم الشرط يستلزم عدم المشروط، ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، مثال ذلك: شرط الصفة في الدعوى، فالدعوى لا تصح إلا من ذي صفة وإذا عدمت الصفة لم تقبل الدعوى، ولا يلزم من تحقق الصفة في شخص أو جهة وجود الدعوى.

---

(١) مقاييس اللغة لابن فارس (٣/ ٢٠١)، مختار الصحاح للرازي (٣٥٤)، المصباح المنير للفيومي (١٦٢).

(٢) لسان العرب لابن منظور (٧/ ٣٢٩).

(٣) تهذيب الفروق لمحمد المكي (١/ ٦٠)، الكوكب المنير شرح مختصر التحرير لابن النجار (١/ ٤٥٢).

المطلب الثاني: تعريف الدعوى لغةً واصطلاحاً:

الدعوى لغةً:

مفرد جمعها دعاوِي، ودعاوَى، بكسر الواو وفتحها، وهي الطلب[١]، ومنه قول الله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾[٢].

واصطلاحاً:

عُرِّفت بعدة تعاريف منها:

- إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته[٣].

- قولٌ أو ما في معناه، معتدٌّ به شرعاً، ينسب به المدعي حقاً لنفسه أو من يمثله، قِبَل غيره، لدى القاضي ومن في حكمه[٤].

والتعريف الثاني أشمل؛ لأنه يشمل المطالبة بالقول أو غيره كالكتابة، ويشمل الادعاء بالأصالة أو غيرها كالوكالة والولاية، ويقيد الادعاء بكونه لدى القاضي ومن في حكمه كالمحكم.

ولو أنه أبدل كلمة (ينسب) بكلمة (يطلب) لكان أولى؛ لأن كثيراً من الفقهاء يشترط في الدعوى التصريح بالمطالبة[٥].

---

(١) تاج العروس للزبيدي (٣٨/ ٥٢)، المصباح المنير للفيومي (١٠٣).
(٢) سورة يس رقم الآية (٥٧).
(٣) المغني لابن قدامة (١٤/ ٢٧٥)، الإنصاف للمرداوي (٢٩/ ١١٩).
(٤) أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (١٥).
(٥) انظر: أدب القضاء للسروجي (١٢٧)، أدب القضاء لابن أبي الدم (١٩١)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٣٨).

فيكون التعريف المختار للدعوى هو: قولٌ أو ما في معناه، معتدٌّ به شرعاً، يطلب به المدعي حقاً لنفسه أو من يمثله، قِبَل غيره، لدى القاضي ومن في حكمه.

المطلب الثالث: تعريف العقار:

العقار لغةً:

بالفتح مخففاً الأرض والضياع والنخل، ويقال: في البيت عقارٌ حسن أي متاع وأداة، وَالْمُعْقِرُ بِوَزْنِ الْمُعْسِرِ: الرجل الكثير العقار[1]، جاء في المصباح المنير: «العَقَارُ:... كلُّ ملك ثابت له أصل كالدار والنخل، قال بعضهم: وربما أطلق على المتاع، والجمع عقارات»[2]، وسُمّيَت المنازل ضياعاً؛ لأنها إذا تُرِكَ تَعَهُّدُها وعمارتها تضيع[3].

واصطلاحاً:

العقار يطلق على الأرض بالاتفاق[4]، واختلفوا في ما عدا الأرض من الدور والغراس ونحوها على اتجاهين:

(١) مختار الصحاح للرازي (٢١٤)، لسان العرب لابن منظور (٤/ ٥٩٧).
(٢) المصباح المنير للفيومي (٢١٨).
(٣) لسان العرب لابن منظور (٨/ ٢٢٨).
(٤) رد المحتار لابن عابدين (٤/ ٣٦١)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ١٤٥)، نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٩٣)، المغني لابن قدامة (٧/ ٣٦٤).

الاتجاه الأول: أن العقار لا يشمل سوى الأرض فقط، وأن الغراس والبناء ونحوه لا يدخلان في مسمى العقار إلا بالتبع، فإذا انفصلت فليست عقاراً، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة(١).

الاتجاه الثاني: العقار يطلق على البناء والشجر كما يطلق على الأراضي، وهذا مذهب المالكية والشافعية(٢).

والراجح الثاني لأنه يوافق ما ورد في التعريف اللغوي قال ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والمعروف في اللغة أنه مقول بالاشتراك على الجميع»(٣)، ويوافق كذلك ورد في السنة(٤).

وعليه فالتعريف المختار للعقار هو: ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي(٥).

(١) درر الحكام لعلي حيدر (١/ ١١٦)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ١٩٨)، كشاف القناع للبهوتي (٩/ ٣٥٥)، مجلة الأحكام الشرعية للقاري (١١٢).
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١٤٥، ٤٧٦)، نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٩٣).
(٣) فتح الباري لابن حجر (٦/ ٥١٩).
(٤) منها حديث أنس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: «لما قدم المهاجرون المدينة من مكة، وليس بأيديهم -يعني شيئاً-، وكانت الأنصار أهل الأرض والعقار، فقاسمهم الأنصار على أن يعطوهم ثمار أموالهم من كل عام ويكفوهم العمل والمؤنة...» أخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب فضل المنيحة، رقم الحديث (٢٦٣٠)، (ص٤٢٥)، ومسلم كتاب الجهاد والسير، باب رد المهاجرين إلى الأنصار منائحهم، رقم الحديث (١٧٧١)، (ص٧٨٦)، والمقصود بالعقار هنا النخل، انظر: شرح النووي على صحيح مسلم (١٢/ ٩٩).
(٥) مجلة الأحكام العدلية لمجموعة من العلماء (٣١).

تعريف العقار نظاماً:

جاء في نظام المعاملات المدنية: العقار: كل شيء ثابت في حيزه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغير في هيئته[1].

وجاء في نظام التسجيل العيني للعقار: أن العقار هو: قطعة من الأرض وما تحتها وما فوقها -ويستثنى من ذلك الثروات الطبيعية، والعلو غير المأذون بعمارته واستغلاله- وما عليها من بناء أو ملحقات ثابتة أو مزروعات أو مصانع أو منشآت أخرى كالموانئ والمطارات وخطوط الكهرباء والأنابيب وغيرها[2].

ويلاحظ من هذين التعريفين أنهما أخذ بالاتجاه الثاني لتعريف العقار؛ بحيث يشمل الأراضي وما يتصل بها، كما أن نظام المرافعات الشرعية ذكر من اختصاص المحاكم العامة: «الدعاوى المتعلقة بالعقار، من المنازعة في الملكية، أو حق متصل به...»[3]، فذكر الحقوق المتصلة بالعقار مما يؤكد هذا الاتجاه.

(١) المادة (٢٢) من نظام المعاملات المدنية.
(٢) المادة (١) من نظام التسجيل العيني للعقار.
(٣) المادة (٣١) من نظام المرافعات الشرعية.

المطلب الرابع: تعريف الفقه لغةً واصطلاحاً:

الفقه لغةً:

العلم بالشيء والفهم له[1]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱحۡلُلۡ عُقۡدَةٗ مِّن لِّسَانِي ٢٧ يَفۡقَهُواْ قَوۡلِي﴾[2].

واصطلاحاً:

معرفة الأحكام الشرعية العملية بأدلتها التفصيلية[3].

المطلب الخامس: تعريف النظام:

النظام لغةً:

من النظم، وهو التأليف وضم شيء إلى شيء آخر، والنظام: كل خيط ينظم به لؤلؤ ونحوه[4]، ونظمت الخرز نظمًا، جعلته في سلك، ونظمت الأمر فانتظم أي أقمته فاستقام، وهو على نظام واحدٍ أي نهجٍ غير مختلف[5].

(١) لسان العرب لابن منظور (١٣/ ٥٢٢)، تاج العروس للزبيدي (٣٦/ ٤٥٦)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (١٢٥٠).
(٢) سورة طه آية رقم (٢٧-٢٨).
(٣) الأصول من علم الأصول لابن عثيمين (٧)، وانظر أيضاً: الكوكب المنير شرح مختصر التحرير لابن النجار (١/ ٤٥٢)، شرح مختصر الروضة للطوفي (١/ ١٣٣).
(٤) تاج العروس للزبيدي (٣٣/ ٤٩٦)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (١١٦٢).
(٥) المصباح المنير للفيومي (٣١٥).

واصطلاحاً:

مجموعة من الأحكام التي تتعلق بموضوع محدد، وتعرض في صورة مواد متتالية[(١)].

المطلب السادس: التعريف بالدعوى العقارية مركبة:

الدعوى العقارية:

قولٌ أو ما في معناه، معتدٌّ به شرعاً، يطلب به المدعي حقاً عقارياً لنفسه أو من يمثله، قِبَل غيره، لدى القاضي ومن في حكمه[(٢)].

وأهم الحقوق العقارية التالي[(٣)]:

١. حق الملكية، سواء ملكية العقار كله أو بعضه، وينشأ عن هذا الحق: دعوى الملكية، ودعوى الشراكة، ودعوى منع التعرض، ودعوى رفع اليد.

٢. حق الحيازة، وينشأ عن هذا الحق دعاوى الحيازة وهي: دعوى منع التعرض للحيازة، دعوى استرداد الحيازة، دعوى وقف الأعمال الجديدة.

٣. حق الانتفاع، كحق الانتفاع بسكنى الموقوف أو الموصى به.

٤. حق الارتفاق، كحق الشرب والمرور والمسيل والتعلي.

---

(١) الاختصاص القضائي، د. ناصر الغامدي (٤٣).

(٢) مستفاد من تعريف الشيخ ابن خنين للدعوى في كتابه: أحكام الدعوى القضائية (١٥)، مع بعض التصرف.

(٣) انظر: الكاشف لابن خنين (١/ ١٤٠)، المادة (٢٤/ ٢) والمادة (٣١-أ) من نظام المرافعات الشرعية.

٥. حق الارتهان، وينشأ عنه: دعوى إثبات الرهن، ودعوى بيع المرهون، ودعوى فك الرهن بعد الوفاء.

٦. حق الاحتباس، كحق البائع بثمن حال احتباس المبيع حتى تسليم الثمن له، وينشأ عنه: دعوى تسليم المبيع، ودعوى إفراغ صك الملكية للمشتري.

٧. حق الشفعة.

٨. رفع الضرر من العقار نفسه، أو المنتفعين به.

٩. أقيام منافع العقار، كالدعوى على غاصب العقار بطلب قيمة منفعة العقار مدة استيلائه عليه.

١٠. طلب إخلاء العقار.

١١. المساهمات العقارية.

١٢. قسمة العقار.

١٣. وقف العقار.

المبحث الأول
التعريف بأهم الأنظمة المتعلقة بموضوع البحث

وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: نظام المرافعات الشرعية:

المرافعة لغةً:

من الرفع: ضد الوضع، ويطلق على عدة معانٍ منها: إذاعة الشيء، تقول: (رفعته) بمعنى أذعته، ومنها: «رافعه إلى الحاكم مرافعة» أي: قدَّمه إليه ليحاكمه وشكاه، ومنها: رَفُعَ رِفْعَةً، بالكَسر: أَي شَرُفَ وعَلا، وارتفعَ قَدْرُهُ[1].

واصطلاحاً:

لا يخرج الاستعمال الاصطلاحي عن الاستعمال اللغوي، وقد استعمله الفقهاء في مؤلفاتهم بهذا المعنى، ومن ذلك قولهم: «فإذا ترافع إليه الخصمان...»[2].

(١) مختار الصحاح للرازي (١٢٦)، تاج العروس للزبيدي (٢١/ ١٠٤)، المصباح المنير للفيومي (١٢٢).

(٢) انظر: الفواكه البدرية لابن الغرس (٩٤)، تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٣٠٥)، أدب القضاء لابن أبي الدم (٣٤٦)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٥٣)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٨١).

الشرعية:

نسبة إلى الشرع، أي أن النظام مستمد من الشرع، حيث ورد في أول مادة من نظام المرافعات الشرعية بأن تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة.

ونظام المرافعات هو: الأحكام والقواعد التي تنظم سير المرافعة، وما يتعلق به، منذ بداية الدعوى حتى الفصل فيها[1].

ونظام المرافعات المقصود في هذا البحث: نظام المرافعات الشرعية، الصادر بالأمر الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

المطلب الثاني: نظام التسجيل العيني للعقار:

التسجيل العيني للعقار:

هو جعل العقار محل الحق العقاري أساساً لقيد الحق، وذلك بإصدار سجل له يتكون من مجموعة وثائق تبين أوصاف العقار وموقعه وحالته المادية والنظامية، وما يتبعه من حقوق والتزامات، والتعديلات التي تطرأ على ذلك، في ضوء الوثائق المعتبرة نظاماً[2].

ونظام التسجيل العيني للعقار المقصود به في هذا البحث: نظام التسجيل العيني للعقار، الصادر بالأمر الملكي رقم (م/ ٩١) في ١٩/ ٩/ ١٤٤٣هـ.

(١) المدخل إلى فقه المرافعات لابن خنين (٢٧).
(٢) المادة (١) من نظام التسجيل العيني للعقار.

والتسجيل العيني للعقار يعتمد على الوحدة العقارية نفسها، ويتم وفق طرق نظامية وفنية دقيقة، وهو على قسمين:

١. **التسجيل العيني الأول**، وهو: تسجيل العقار باسم مالكه لأول مرة في السجل العقاري[١]، ويشترط له أن يكون للعقار صك ملكية مستوفٍ للمتطلبات النظامية، وأن يكون العقار مكتمل البيانات الجيومكانية[٢].

حيث تُحدد أولاً المنطقة التي سيُبدأ بتطبيق النظام فيها تحديداً دقيقاً وبمعالم واضحة، والمدة المحددة لاستقبال الطلبات، ويعلن ذلك بالوسيلة المناسبة، وتجري الجهة المختصة الأعمال المساحية اللازمة للتسجيل، ثم تعد قوائم الملاك وتنشرها بالوسائل المناسبة، ويكون لكل ذي مصلحة الاعتراض على التسجيل العيني الأول أمام المحكمة المختصة ما لم يكتسب التسجيل الحجية المطلقة، «ويكتسب التسجيل العيني الأول الحجية المطلقة بعد انقضاء سنة من تاريخ نشر قوائم الملاك»، أما إذا اكتسب التسجيل العيني الأول الحجية المطلقة فلا تقبل أي دعوى تتعلق بطلب إلغائه أو تعديل بياناته أو الحقوق الواردة فيه، ولكن يحق للمتضرر طلب التعويض من المتسبب فيه[٣].

٢. **تسجيل التصرفات العقارية**، بحيث يسجل في السجل العقاري جميع التصرفات اللاحقة للتسجيل العيني الأول للعقار، والتي من شأنها إنشاء

(١) المادة (١) من نظام التسجيل العيني للعقار.
(٢) المادة (٨) من نظام التسجيل العيني للعقار.
(٣) المواد (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١) من نظام التسجيل العيني للعقار.

أي من الحقوق العينية والأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، أو تعديل بيانات العقار، ويدخل في ذلك القسمة والوصية والوقف والإرث والرهن والمنح ونحوها، ولا تكون تلك الحقوق نافذة ومنتجة لآثارها القضائية والإدارية إلا بهذا التسجيل[١].

«وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من اعتماد نظام التسجيل العيني للعقار كنظام توثيق، إلا أن تطبيقه على أرض الواقع يتأخر كثيراً، وربما يتوقف كما حصل في مصر والأردن، ولعل سبب ذلك التكلفة المالية المرتفعة وتعدد الإجراءات الإدارية للنظام»[٢].

وأما توثيق العقار وفق نظام المرافعات في المحاكم فاعتماده على التسجيل الشخصي، بحيث يعتمد على الشخص الذي يملك العقار وليس على الوحدة العقارية نفسها[٣]، وصك التملك الصادر وفقاً لهذه الطريقة لا يمنع سماع الدعوى ولو اكتسب القطعية[٤]، وقد انتقل توثيق ملكية العقار من المحاكم إلى الهيئة العامة لعقارات الدولة حيث صدر الأمر الملكي رقم (٥٦٧٠٨) في ١٤٤١/١٠/١٧هـ المتضمن تشكيل لجنة أو أكثر في الهيئة العامة لعقارات

(١) المادة (١٣) نظام التسجيل العيني للعقار.
(٢) نوازل العقار، د. أحمد العميرة (٢٨١) بتصرف.
(٣) انظر آلية نظر طلبات الاستحكام في الفصل الثالث من الباب الثالث عشر من نظام المرافعات الشرعية من المادة (٢٢٧) إلى المادة (٢٣٥).
(٤) المادة (٢٢٧) من نظام المرافعات الشرعية.

الدولة تتولى النظر في طلبات تملك العقارات المقدمة من أصحاب الشأن، وآلية التوثيق لديهم تعتمد على التسجيل الشخصي أيضاً[١].

المطلب الثالث: نظام المعاملات المدنية:

المعاملات لغةً:

من المعاملة، ومثلها في المعنى: التعامل[٢]، والمراد بها التصرف من بيع ونحوه[٣].

واصطلاحاً:

الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا سواء تعلقت بالأموال أو النساء أو غيرها[٤]، قال ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والمعاملات خمسة: المعاوضات المالية، والمناكحات، والمخاصمات، والأمانات، والتركات»[٥].

المدنية لغة:

تعني الحضارة، و«تمدَّن» عاش عيشة أهل المدن وأخذ بأسباب الحضارة[٦].

(١) انظر: الأمر الملكي رقم (٥٦٧٠٨) في ١٧/ ١٠/ ١٤٤١هـ، وقرار معالي رئيس الهيئة العامة لعقارات الدولة رقم (ق ر ١/ ٢٠٢٠) في ١٥/ ١١/ ١٤٤١هـ.
(٢) تاج العروس للزبيدي (٣٠/ ٦٢).
(٣) المصباح المنير للفيومي (٢/ ٤٣٠).
(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي وحامد قنيبي (٤٣٨)، المعاملات المالية المعاصرة د. محمد شبير (١٢)، المدخل لدراسة الأنظمة لعبد الرزاق الفحل وآخرين (٥٥).
(٥) رد المحتار لابن عابدين (١/ ٧٩).
(٦) المعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين (٢/ ٨٥٩).

ونظام المعاملات المدنية هو: الأحكام والقواعد التي تنظم تعامل الناس ومن في حكمهم إلا ما كان يدخل في نطاق نظام آخر[١]، حيث إنه وجد أنظمة أخرى لبعض التعاملات كنظام الأحوال الشخصية وأنظمة المرافعات ونحوها[٢]، ولكن يبقى نظام المعاملات المدنية هو الأساس والأصل في فروع القانون الخاص لذا يتعين الرجوع إليه في كل حالة أو مسألة لا يحكمها تنظيم خاص[٣].

ونظام المعاملات المدنية المقصود في هذا البحث: نظام المعاملات المدنية، الصادر بالأمر الملكي رقم (م/ ١٩١) وتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٤٤٤هـ.

(١) انظر: المدخل لدراسة الأنظمة لأيمن سليم وآخرين (٢٧).
(٢) انظر: المعاملات المالية المعاصرة د. محمد شبير (١٢)، المدخل لدراسة الأنظمة لعبد الرزاق الفحل وآخرين (٥٦)، المدخل لدراسة الأنظمة لأيمن سليم وآخرين (٢٧).
(٣) انظر: المدخل لدراسة الأنظمة لأيمن سليم وآخرين (٢٧)، المدخل لدراسة الأنظمة لعبد الرزاق الفحل وآخرين (٥٦).

المبحث الثاني
الشروط الخاصة بالدعوى العقارية

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: شرط الصفة في الدعوى العقارية:

من شروط الدعوى عموماً: شرط الصفة، وهو أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأنٍ في القضية التي أُثيرت حولها الدعوى، معترَفاً به شرعاً بحيث يكون كافياً لتخويل المدعي حق الادعاء، وتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة[١]، وقيل هي: أن تكون الدعوى والدفع من صاحب الحق أو من يقوم مقامه[٢].

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء[٣]، وقد نص الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ على تفصيلاته في كتبهم[٤]، ودليله: أن المقصود من الدعوى هو فصل الخصومة وقطع النزاع، وهذا يقتضي تحديد من يحق له المطالبة، ومن يصح أن توجه

(١) نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٧٨)، الدعوى القضائية د. عدنان الدقيلان (١٢٩)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠/ ٢٩٤).
(٢) الكاشف لابن خنين (١/ ٣٤).
(٣) نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٧٨).
(٤) انظر: الفواكه البدرية لابن الغرس (٧١)، الطريقة المرضية للجعيط (٥)، نهاية المحتاج للرملي (٨/ ٣٥١)، مغني المحتاج للشربيني (٦/ ٤٠٦)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٦٨)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ٣٦٨).

إليه هذه المطالبة، وإلا فإنه لا سبيل عندئذ للوصول إلى ذلك الهدف المقصود بتشريع الدعوى[١].

وقد نص نظام المرافعات الشرعية على عدم قبول أي طلب أو دفع ليس لصاحبه فيه مصلحة[٢]، فقوله: «لصاحبه» يدل على اشتراط أن يكون له صفة في الدعوى، ونص أيضاً على أن من المسائل الأولية التي يتوقف الفصل في الدعوى على البت فيها -الصفة- وذلك قبل السير في الدعوى[٣]، كما نص أيضاً على وجوب حضور الخصوم بأنفسهم أو من ينوب عنهم[٤]، ونص أيضاً على أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة يجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها[٥].

كما نص نظام التسجيل العيني للعقار في المادة (١٠) على أن لكل ذي مصلحة الاعتراض على التسجيل العيني الأول أمام المحكمة المختصة ما لم يكتسب التسجيل الحجية المطلقة وفقاً لأحكام النظام، فقوله: «لكل ذي مصلحة» يدل على اشتراط الصفة في الاعتراض والدعوى.

(١) نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٧٨).
(٢) المادة (٣) من نظام المرافعات الشرعية.
(٣) المادة (٣٠/ ١) من نظام المرافعات الشرعية.
(٤) المادة (٤٩) من نظام المرافعات الشرعية.
(٥) المادة (٧٦) من نظام المرافعات الشرعية.

الفرع الأول: أحكام أصحاب الصفة في الدعوى العقارية:

أولاً: تتحقق الصفة في الدعوى العقارية في جانب المدعي: بأن تكون الدعوى مقامة من المالك نفسه، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولي أو وصي أو ناظر ونحوه[١].

كما أن للشريك في شركة الملك كعقار ونحوه المخاصمة للدفاع عنه من معتد عليه[٢].

وتكون الصفة أيضاً: «بإجازة من الشرع، كولاية السلطان على الأموال والحقوق العامة، والنيابة الحسبية»[٣]، كما أجاز الفقهاء لآحاد الناس دعوى الحسبة في المصالح العامة والدفاع عنها ولو لم يكن للمدعي مصلحة خاصة فيها[٤]، إلا أن الضرورة العملية والاجتماعية في العصر الحديث فرضت إنشاء وزارات وهيئات وجهات مستقلة، ذات شخصيات اعتبارية، لإنشاء ومراقبة وحماية هذه المصالح، وعُمل لها أنظمة خاصة بها، وموظفون للقيام

(١) الفواكه البدرية لابن الغرس (٧١)، الطريقة المرضية للجعيط (٥)، نهاية المحتاج للرملي (٨/ ٣٥١).
(٢) روضة القضاة لابن السمناني (١/ ١٨٤)، الكاشف لابن خنين (١/ ٣٤)، أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (١٤٧)، تعميم وزارة العدل رقم (٨/ ت/ ٩٨) في ٢١/ ٩/ ١٤١١هـ في التصنيف الموضوعي (١/ ٣٢٥)، المبادئ والقرارات إصدار وزارة العدل (٨٩، ٩٠، ٤٦٩).
(٣) الكاشف لابن خنين (١/ ٣٥).
(٤) المبسوط للسرخسي (٢٧/ ٩)، روضة القضاة لابن السمناني (٢/ ٧٧٢)، الطريقة المرضية للجعيط (١٢-١٣)، أدب القاضي للماوردي (١/ ١٦٧)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١١٣)، الكاشف لابن خنين (١/ ٦٠).

بأعمالها، ولذا تكون هذه الجهات هي صاحبة الصفة في الدعوى في تلك المصالح، وهو مفهوم المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية[١].

ثانياً: وتتحقق الصفة في الدعوى العقارية في جانب المدعى عليه: بأن ترفع في وجه من يعتبره الشرع خصماً، ويجبر على الدخول في القضية ليجيب عليها، وضابط ذلك: «أن من ادعى على إنسان شيئاً، فإن كان المدعى عليه لو أقر يصح إقراره فيترتب عليه حكم؛ فإنه يكون بإنكاره خصماً في الدعوى، ويصح توجيهها إليه، أما إذا كان لا يترتب على إقراره حكم لم يكن خصماً بإنكاره»[٢].

فالخصم في دعاوى الأعيان سواء أكانت عقاراً أم غيره: هو من كانت العين في يده «واضع اليد على العين المدعاة»[٣]؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقِر ولا يسري على الغير، ومن كانت العين في يده هو الذي يمكنه

(١) ونصها: «لا ترفع أي دعوى حسبة إلا عن طريق المدعي العام بعد موافقة الملك، ولا تسمع بعد مضي ستين يومًا من تاريخ نشوء الحق المدعى به».

(٢) المادة (١٦٣٤) من مجلة الأحكام العدلية لمجموعة من العلماء، الأصول القضائية لقراعة (٣٤)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٨٦)، أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (١٥٥)، القضاء الشرعي د. محمد الزحيلي (١/ ٢٥٧)، القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (٢/ ٧٣٠).

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٩٦)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٠٠)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ١٢٥)، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٤/ ٣٩٢)، مجلة الأحكام الشرعية للقاري (٦١٧)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٦٨)، فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن ابراهيم (٧/ ٣٩٠)، الأصول القضائية لقراعة (١٥، ٣٤).

الإقرار بها، ويسري عليه حكم ذلك الإقرار، ولو أقر بها من ليست العين في يده لم يكن إقراره ملزماً لمن يحوز تلك العين[١].

والخصم في دعاوى الفعل كالغصب ونحوه هو الفاعل[٢]، فإن كانت العين تحت يد الفاعل فللمدعي الحق في المطالبة بتسليمها، وإن لم تكن تحت يده فللمدعي الحق في المطالبة ببدلها أو قيمتها[٣]، وإن لم تكن العين بيد الفاعل وأراد المدعي المطالبة بالعين نفسها فالخصم هو من بيده تلك العين[٤].

وإذا كانت الدعوى بفعل كالغصب ونحوه فلا يقبل من المدعى عليه الدفع بأن العين ليست له، ولو أقام على ذلك بينة، لأن المدعي يدعي عليه

(١) كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ٣٦٨)، أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (١٥٦)، القضاء الشرعي د. محمد الزحيلي (١/ ٢٥٧)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٨٩)، القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (٢/ ٧٥٠)، الدعوى القضائية د. عدنان الدقيلان (١٣٠).

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٣١)، الأصول القضائية لقراعة (٣٤)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٩٧).

(٣) وفي هذه الحالة لا يقبل منه الدفع بأن العين ليست في يده؛ لأن المطالبة ليست بالعين وإنما ببدلها.
انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٣١)، المبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٨)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٥٩١)، أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (١٥٧)، القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (٢/ ٧٧٥).

(٤) القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (٢/ ٧٧٧)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٤٢١)، القضاء الشرعي د. محمد الزحيلي (١/ ٢٦١)، المبادئ والقرارات إصدار وزارة العدل (٥٢٩).

فعلاً ويريد استرداد حيازته منه[1]، ومن دعاوى الفعل أيضاً: دعاوى منع التعرض[2] فيجوز أن تقام ضد المتعرض ولو كانت العين بيد المدعي؛ لأنه يدعي عليه فعلاً وهو التعرض والمضايقة، وهي دعوى صحيحة، وقد نص عليها الفقهاء[3].

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٨٩)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٣٢)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٥٩١)، أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (٤٣).

(٢) التعرض لغة: المنع والتصدي، انظر: المعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين (٢/ ٥٩٣)، تاج العروس للزبيدي (١٨/ ٤١٨)، المصباح المنير للفيومي (١/ ٢٠٩)، والتعرض المقصود هو: أن يحاول غير ذي حق الاستيلاء على ما هو لغيره بالقهر والغلبة، أو بالاستعانة بقضاء القاضي. نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٤٨).
ودعوى منع التعرض هي: طلب المدعي (واضع اليد) كف المدعى عليه عن مضايقته فيما تحت يده من عقار. المادة (٢٠٩/ ١).
والتعرض قد يكون فعلياً؛ كمد اليد إلى ملك الغير، أو محاولة الاستيلاء عليه، أو منعه من التصرف كمنعه من البناء، أو منعه من حراثة الأرض وزراعتها، أو إغلاق الباب المؤدي إلى العقار، وقد يكون قولياً؛ كالإعلان للمستأجرين بالخروج، أو توجيه إنذارات لهم بذلك، أو نحو ذلك مما يستضر به صاحب الحق. الكاشف لابن خنين (١/ ١٧٧).
والاعتداء (مد اليد) على العقار ونحوه إذا لم يصل إلى مرحلة الاستيلاء وسلب الحيازة من المالك فهو لا يزال في مرحلة التعرض، ويدفع هذا الاعتداء بدعوى منع التعرض، أما إذا وصل إلى مرحلة الاستيلاء ومنع المالك من مباشرة حيازته على المحوز فإن هذا الاعتداء يدفع بدعوى رفع اليد أو دعوى استرداد الحيازة. انظر: أحكام دعوى الحيازة للحسون (٨١)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٦٦)، الكاشف لابن خنين (١/ ١٧٠).

(٣) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٧٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٠٨)، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٤/ ٣٩١)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٦٨).

ومن القواعد الفقهية المقرِّرة لشرط أن تكون العين بيد المدعى عليه القواعد الآتية:

١. «الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط»(١).

٢. «الدعوى تقام على من بيده العين»(٢).

واليد التي يكون صاحبها خصماً هي التي تدل على الملك في الظاهر، ومن القواعد الفقهية المقررة في هذا الجانب قاعدة: المخاصم في دعوى العين هو المالك(٣).

ويلحق بدعاوى الأعيان: الدعاوى في حقوق الارتفاق فهي كالدعوى في العين، والمدعى عليه فيها هو من بيده العقار الذي تعلقت به إذا كانت يده يد ملك وإلا فالخصم هو المالك(٤).

الفرع الثاني: أحوال وجود صك تملك على العقار محل الدعوى:

إذا كان على العقار صك ملكية فلا يخلو الأمر من أحوال:

الحال الأول: أن يكون العقار بيد شخص، وصك ملكية العقار باسم ذلك الشخص نفسه، فتقام الدعوى عليه؛ لكونه واضع اليد حقيقة وحكماً.

(١) المادة (١٦٣٥) من مجلة الأحكام العدلية، مجلة الأحكام الشرعية للقاري (٦١٧).
(٢) المبادئ والقرارات إصدار وزارة العدل (٣٤- ٥٣٦- ٥٣٩).
(٣) القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (٢/ ٧٦٨)، وانظر أيضاً: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٣١)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٩٢).
(٤) مختصر المرافعات الشرعية للأبياني (٣١)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٩٨).

الحال الثاني: أن يكون صك ملكية العقار باسم شخص، والعقار ليس بيد أحد، فتقام الدعوى على من باسمه الصك باعتباره واضعاً يده حكماً على العقار؛ لقدرته على التصرف فيه بالبيع والإفراغ والرهن ونحوه.

الحال الثالث: أن يكون العقار بيد شخص، وصك الملكية باسم شخص آخر، فالذي بيده العقار مدعى عليه حقيقةً، والذي باسمه الصك مدعى عليه حكماً، وكل منهما صالح لتوجيه الدعوى عليه ابتداءً، ولكن لا يفصل في الدعوى إلا بإدخال الآخر، ومناقشته، وسماع البينات في مواجهة الأطراف جميعاً[1].

الحال الرابع: إذا وجد أكثر من صك ملكية على العقار، فتقام الدعوى على واضع اليد حقيقة، ويتم إدخال من بيده صك ملكية آخر في الدعوى.

وفي الحالين الثالث والرابع إذا أُدخل من باسمه الصك فإن ادعى العقار لنفسه أُجبر على السير في الدعوى بطلب المدعي، فإن رفض المدعي الادعاء عليه وأصرَّ على ذلك، فيُصرف النظر عن دعواه، وله إقامتها متى شاء في مواجهة الاثنين (واضع اليد ومن باسمه الصك)[2].

الفرع الثالث: أحكام اليد الطارئة في الصفة في الدعوى العقارية:

اليد الطارئة كيد المودَع والمضارِب والمستأجِر والمستعير والمرتهن ونحوهم من الأمناء هل لهم صفة في الدعوى العقارية؟

(١) أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (١٥٨)، سير الدعوى القضائية لابن خنين (٤٠٣).

(٢) سير الدعوى القضائية لابن خنين (٤٠٣).

أولاً: من ناحية كون صاحب اليد الطارئة مدعياً، كأن تُغصب العين منه، فهل يحق له المطالبة بها أم لا؟ أو يعتدى عليها، فهل يحق له المطالبة برد الاعتداء عنها أم لا؟

خلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول:

قول الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والحنابلة(٣)، وقول للشافعية(٤): أن لهم المطالبة بها، وقالوا: كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة، ومن لا فلا(٥).

أدلتهم:

- أن لهم يداً معتبرة، وقد أزالها الغاصب، فلهم المخاصمة لإعادة اليد التي أزالها بالغصب(٦).

- أنهم مأمورون بحفظها، والمطالبة بها من الحفظ(٧).

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٢٤)، بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٨٣)، البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٦٨).
(٢) مواهب الجليل للحطاب (٦/ ١٤٦)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٧/ ١٧٤)، الإتقان والإحكام لميارة الفاسي (١/ ١٣٩).
(٣) كشاف القناع للبهوتي (٩/ ٤٣٤).
(٤) روضة الطالبين للنووي (٥/ ٢٤٣).
(٥) بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٨٣).
(٦) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٢٤).
(٧) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٢٥)، كشاف القناع للبهوتي (٩/ ٤٣٤).

- لأن الغاصب إذا علم أن المودَع ونحوه لا يخاصمه في حال غيبة المالك، تجاسر على الغصب؛ فلهذا يكون للمودَع ونحوه المخاصمة[١].

القول الثاني:

وهو قول الشافعية[٢]، وقول للمالكية[٣]، ورواية عند الحنابلة[٤]، أنه ليس لهم المخاصمة، واستثنى الشافعية ما إذا تعذرت مخاصمة المالك، أو إذا كان المستأجر يطالب بالمنفعة لا العين[٥].

دليلهم:

لكونه ليس مالكاً، ولا وكيلاً للمالك[٦].

والراجح -والله أعلم-: صحة الدعوى من أصحاب اليد الطارئة؛ لما علَّل به قائلوه، ولأن لهم مصلحة متحققة من إقامة الدعوى.

ثانياً: من ناحية كون صاحب اليد الطارئة مدعى عليه:

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ١٢٥).
(٢) روضة الطالبين للنووي (٥/ ٢٤٣)، مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٥٧)، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٣١).
(٣) الذخيرة للقرافي (٩/ ١٨٥)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ١٤٧).
(٤) المبدع لابن مفلح (٥/ ٩٧)، الإنصاف للمرداوي (١٦/ ٦٨).
(٥) التجريد لنفع العبيد للبجيرمي (٣/ ١٨٧)، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٣١).
(٦) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٣١)، المبدع لابن مفلح (٥/ ٩٧).

اليد الطارئة لا يصح توجيه الدعوى إليها منفردة، لأنها نائبة عن يد المالك في حيازتها[١]، فتكون الدعوى هنا على (المالك) واضع اليد حكمًا وهو المؤجر أو المعير أو الراهن ونحو ذلك[٢].

وعند الحنفية: يشترط حضور الاثنين المؤجر والمستأجر، والمعير والمستعير، والراهن والمرتهن، وهكذا، لأن العين للمالك، واليد لآخر، فلا تسمع الدعوى على أحدهما إلا بحضور الآخر[٣].

وعلى هذا فإنه يشترط في واضع اليد حتى يكون خصماً أن يكون هو المالك أو يدعي التملك[٤]، فإذا اجتمعت هاتان الصفتان (وضع اليد وأن يكون مالكاً أو يدعي التملك) فهو الخصم، وإن كانت موزعةً على شخصين بأن كان واضع اليد على العين غير من يدعي ملكيتها كان الخصم مجموعهما عند الحنفية.

جاء في نظرية الدعوى: «والحق أن المدعى عليه هو المالك للعين، وإن لم تكن يده على المدعى به فعلاً ولكنها عليه حكماً، والآخر حيازته لها عرضية ومؤقتة،

(١) شرح أدب القاضي لابن مازة (٣/ ٢٧٧)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٨٩، ٤٢١)، الدعوى القضائية د. عدنان الدقيلان (١٣٠)، القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (٢/ ٧٦٩).

(٢) نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٤٢١)، أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (١٥٧)، الدعوى القضائية د. عدنان الدقيلان (١٧٤).

(٣) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٢٣٦)، جامع الفصولين لابن قاضي سماوة (١/ ٢٠).

(٤) جاء في جامع الفصولين لابن قاضي سماوة (١/ ٢٠): «الأصل أن كل من يدعي الملك لنفسه، وذو اليد يقول: لا بل هو ملكي، فذو اليد خصمه».

ولأنه هو الذي يترتب على إقراره حكم، وإنما يطلب حضور الآخرين لغاية أخرى، وهي الحكم عليهم بتسليم العين للمدعي عند ثبوت الدعوى»[1].

المطلب الثاني: شرط معلومية العقار المدعى:

وفيه خمسة فروع:

من شروط الدعوى: أن يكون المدعى معلوماً محدداً[2]، بحيث يكون متميزاً في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي[3]، وقد نصَّ بعض الفقهاء على أنه لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف[4]، فلا تصح الدعوى بمجهول إلا في ما استثني كالوصية والإقرار، وغيرها من المسائل على خلاف بين المذاهب فيها.

دليل هذا الشرط:

أن سماع الدعوى يكون للسؤال عنها، والحكم بها، ولا يجوز للحاكم أن يحكم بمجهول، فلم يجز أن يسمع الدعوى بمجهول[5].

(١) نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٩١)، وانظر أيضاً: القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (٢/ ٧٧٥).
(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٢٢)، العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٥٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٤٤)، روضة الطالبين للنووي (١٢/ ٨)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٣٨).
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٤٤)، الإتقان والإحكام لميارة الفاسي (١/ ١٨)، البهجة في شرح التحفة للتسولي (١/ ٥٠).
(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٦٧)، قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ٢٧).
(٥) العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٥٧)، قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ٣٥)، الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٣٠٩)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٦٧).

وقد نصَّ نظام المرافعات الشرعية على أن الدعوى ترفع بصحيفة موقعة من المدعي، ويجب أن تشتمل على عدة بيانات منها: موضوع الدعوى، وما يطلبه المدعي، وأسانيده(١)، كما نص أيضاً على وجوب تحرير الدعوى قبل استجواب المدعى عليه(٢).

الفرع الأول: بم يتحقق شرط المعلومية في دعوى العقار المدعى؟

لا يخلو الأمر من حالين:

الحال الأول: أن يكون العقار المدعى غير مشهور، فيتحقق شرط المعلومية فيه: بذكر ما يميزه عن غيره، وذلك بذكر بلده، وناحيته (موضعه) من البلد الموجود فيها، وحدوده(٣).

واشترط بعض الفقهاء: ذكر السكة(٤) التي ينتمي إليها ذلك العقار(٥).

(١) المادة (٤١) من نظام المرافعات الشرعية.
(٢) المادة (٦٦) من نظام المرافعات الشرعية.
(٣) الحد: هو: الحاجز بين شيئين، ومنتهى الشيء، وَحَدَدْتُ الدَّارَ حَدًّا؛ مَيَّزْتَهَا عَنْ مَجَاوِرَاتِهَا بِذِكْرِ نِهَايَاتِهَا، وفلان حديد فلان إذا كانت داره إلى جانب داره أو أرضه إلى جنب أرضه. انظر: القاموس المحيط للفيروزأبادي (٢٧٦)، لسان العرب لابن منظور (٣/ ١٤٠)، المصباح المنير للفيومي (١/ ١٢٤).
انظر في اشتراط ذكر الحدود: أدب القضاء للسروجي (١٣١)، بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٢٢)، تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ١٤٩)، روضة الطالبين للنووي (١٢/ ٩)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٤٠)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٦٨).
(٤) السكة: الطريق المستوي، انظر: لسان العرب لابن منظور (١٠/ ٤٤١).
(٥) انظر: الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند (٣/ ٣٢٧)، تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ١٤٩)، شرح عماد الرضا للمناوي (١/ ٦٣)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٤٠).

وزاد بعضهم: ذكر موقعه من السكة هل هو في أولها أو وسطها أو آخرها[١].

وقال بعضهم: لا يلزم ذكر المحلة[٢]، أو السكة[٣].

واشترط البعض بيان نوع العقار أهو: أرض أو دار أو بستان أو حانوت[٤].

وعند الحنفية يشترط أن يذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم إلى الجد إلا المشهورين فيكتفى بأسمائهم[٥].

واشترط بعضهم أن يذكر العقار الذي يحد العقار المتنازع فيه، ولا يكتفى بأسماء المالكين، فيشترط أن يقول يحده من جهة كذا أرض أو دار أو بستان لفلان بن فلان[٦].

---

(١) مغني المحتاج للشربيني (٤/ ٤٦٥)، شرح عماد الرضا للمناوي (١/ ٦٤).
(٢) المحلة: منزل القوم، انظر: المعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين (١/ ١٩٤)، والمقصود بها: الحي أو الحارة أو القرية التي يقع فيها العقار، انظر: المصباح المنير للفيومي (٨٣)، معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي وحامد قنيبي (٤١٤).
(٣) مسعفة الحكام للتمرتاشي (١/ ٣٦٤).
(٤) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٩٨)، مسعفة الحكام للتمرتاشي (١/ ٣٦٤)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ١٩٨).
(٥) تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٢٩٣)، أدب القضاء للسروجي (١٣٢)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ١٩٩).
(٦) الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند (٤/ ١١)، الطريقة المرضية للجعيط (١٥)، الأصول القضائية لقراعة (٢٠).

الحال الثاني: أن يكون العقار المدعى مشهوراً كدار الندوة بمكة، ففيه خلاف على قولين:

القول الأول:

قول المالكية، والشافعية، والحنابلة، والصاحبين من الحنفية: لا يشترط لتحديده غير ذكر اسمه[١].

دليلهم:

أن القصد العلم بالمدعى وهو حاصل بالشهرة[٢]، وأن ذكر الحدود في العقارات كذكر الاسم والنسب في الآدمي، والشهرة تغني عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله[٣].

القول الثاني:

قول أبي حنيفة: لا بد من ذكر الحدود في تعريف العقار سواء أكان مشهوراً أم غير مشهور[٤].

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٠٠)، أدب القضاء للسروجي (١٣١)، الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٢٩٣)، شرح عماد الرضا للمناوي (١/ ٦٤)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٤٠)، الإنصاف للمرداوي (٢٨/ ٤٦١).
(٢) كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٤٠).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٠٠).
(٤) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٠٠)، أدب القضاء للسروجي (١٣٢)، درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٩٩).

دليله:

أن العقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد[١]، و«لأن الدار المشهورة قد يزاد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك، بخلاف الآدمي فإنه لا يزاد فيه ولا ينقص منه»[٢].

والراجح -والله أعلم-: أنه لا بد من وصف العقار، وبيان نوعه، وموقعه، وذكر حدوده الأربعة، سواء أكان مشهوراً أو غير مشهور؛ ما لم يتعذر ذلك كأن يكون العقار على شكل مثلث[٣]؛ وإذا كان له اسم يشتهر به ميَّزه بذكر الاسم لأنه زيادة علم[٤]، وذلك ليكون العقار المدعى معلوماً تماماً للخصمين وللقاضي، ولمن يعاينه من أهل الخبرة أو الأعوان عند الحاجة إلى ذلك، ولئلاَّ يحدث اختلاف عند التنفيذ، «ولأن صكوك الدعاوى وثائق تبقى بعد وفاة المتقاضين والقاضي، وربما احتيج إليها وقد ذهبت شهرتها»[٥]، وكم من وثائق وصكوك قديمة على عقارات نشأ حولها نزاعات لم يُستفد منها في حل النزاع القائم بسبب عدم الدقة في ذكر حدودها، أو الاكتفاء بشهرتها قديماً.

(١) بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٨)، العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٦٢).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٠٠).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٠٠).
(٤) أدب القاضي للماوردي (٢/ ٣٣٢).
(٥) أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (٢٠١).

الفرع الثاني: هل يشترط ذكر الحدود الأربعة أم يكفي أقل؟

لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا كان العقار مثلثاً له ثلاثة حدود فقط فإنه يُكتفى بها، جاء في المبسوط للسرخسي: «وقد تكون الأرض مثلثة لها ثلاثة حدود، فإذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يُكتفى بذكر الحدود الثلاثة»[(١)].

واختلفوا فيما إذا كان للعقار أربعة حدود هل يلزم ذكرها جميعاً، أم يكتفى ببعضها على أربعة أقوال:

القول الأول:

وهو قول أكثر الحنفية[(٢)]: يُكتفى بذكر ثلاثة حدود للعقار.

واستدلوا: بأن للأكثر حكم الكل غالباً[(٣)]، ولأن مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوماً، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد إعلام الطول يصير معلوماً أيضاً[(٤)].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٠٠).
(٢) معين الحكام للطرابلسي (٥٦)، بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٢٢)، شرح أدب القاضي لابن مازه (١/ ٣٣٨)، تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٢٩٣).
(٣) معين الحكام للطرابلسي (٥٦)، بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٢٢)، تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٢٩٣).
(٤) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٠٠)، البناية شرح الهداية للعيني (٩/ ٣١٨).

القول الثاني:

وهو قول المالكية[١]، والحنابلة[٢]، وبعض الحنفية[٣]، وبعض الشافعية[٤]: يلزم ذكر الحدود الأربعة.

واستدلوا: بأن التعريف لا يتم إلا بذكر الحدود الأربعة[٥].

القول الثالث:

وهو قول بعض الشافعية: أن الضابط هو معرفة العقار المدعى وتمييزه، فإن تميز بذكر ثلاثة حدود كفى ذكرها، وإلا فيلزم ذكر الحدود الأربعة[٦]، بل ذكر بعضهم أنه لو تميز بحدٍ كفى[٧]، وروي عن أبي يوسف من الحنفية الاكتفاء بحد واحد[٨].

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ١٤٩).
(٢) المغني لابن قدامة (١٤/ ٦٨)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٣٩)، مجلة الأحكام الشرعية للقاري (٦١٢).
(٣) أدب القضاء للسروجي (١٣١)، بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٢٢).
(٤) الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٢٩٣)، أدب القاضي للماوردي (٢/ ٣٣١)، أدب القضاء للغزي (١٣٩).
(٥) قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ٢٨).
(٦) روضة الطالبين للنووي (١٢/ ٩٣)، مغني المحتاج للشربيني (٤/ ٤١٢)، شرح عماد الرضا للمناوي (١/ ٦٣).
(٧) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١٠/ ١٩٧)، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٤/ ٤٢٥).
(٨) قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ٢٨).

دليلهم: أن المدار على التمييز وقد وُجد[١].

القول الرابع:

روي عن أبي يوسف من الحنفية الاكتفاء بالحدين، أحدهما طولاً والآخر عرضاً[٢].

دليله: لأنه بهما يصير الطول والعرض معلوماً[٣].

والراجح -والله أعلم-: أنه إذا كان للعقار أربعة حدود فيلزم ذكرها جميعاً؛ ليكون العقار معلوماً تماماً للخصمين وللقاضي، ولمن يعاينه من أهل الخبرة أو الأعوان عند الحاجة إلى ذلك، ولئلا يحصل الاختلاف عند التنفيذ، وهذا ما عليه العمل في المحاكم في الدعاوى والاستحكام[٤]، وما عليه العمل في كتابات العدل في توثيق البيوع أو المنح[٥].

الفرع الثالث: التعريف بالعقار المدعى بذكر وثيقة التملك:

إذا وجدت وثيقة معتبرة للعقار، فإنه يصح أن يكتفي المدعي بذكر تلك الوثيقة، ويدعي بالعقار الموصوف فيها؛ لاسيما وأنه جرى عمل الناس اليوم

(١) شرح عماد الرضا للمناوي (١/ ٦٣).
(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٢٢)، المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مازة (٨/ ١٣٥).
(٣) المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مازة (٨/ ١٣٥).
(٤) انظر: أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (٢٠٠)، المادة (٢٢٩) من نظام المرافعات الشرعية ولوائحها التنفيذية.
(٥) انظر: الدليل الإرشادي لأعمال كتابات العدل، الصادر بتعميم وزارة العدل رقم (١٣/ ت/ ٧٢٣٨) في ١٦/ ٦/ ١٤٣٩هـ.

على تسجيل العقارات بوثائق تخصها (صكوك)، ويذكر في تلك الوثائق وصف العقار كاملاً من حيث موقعه وحدوده وأطواله ومساحته[1]، وعليه فإذا تحقق العلم بالمدعى لدى المتداعيين والقاضي فإنه يكتفى بذلك.

ويلزم -في نظري- ذكر وصف العقار كاملاً من حيث موقعه وحدوده وأطواله ومساحته، بالإضافة إلى ذكر رقم وثيقة التملك وتأريخها ومصدرها في ضبط المرافعة وصك الدعوى، ليتمكن من يطلع عليهما من الاكتفاء بهما، دون الحاجة للرجوع إلى وثيقة التملك فقد لا يتيسر الاطلاع عليها أحياناً.

الفرع الرابع: معلومية العقار المدعى بالإشارة إليه:

ذكر بعض الفقهاء أنه إذا أمكن الإشارة إلى عين العقار في الدعوى فإنه يكتفى بذلك، لتحقق شرط المعلومية بالإشارة إلى العقار المدعى[2].

والذي يظهر أنه لا بد ذكر وصف العقار كاملاً من حيث موقعه وحدوده وأطواله ومساحته، بالإضافة إلى ذكر رقم وثيقة التملك وتأريخها ومصدرها إن وجدت، وذلك ليكون العقار المدعى معلوماً تماما للخصمين وللقاضي، ولمن يُندب من أهل الخبرة أو الأعوان لمعاينته عند الحاجة إلى ذلك، ولئلا يحدث اختلاف عند التنفيذ، ولأن صكوك الدعاوى وثائق تبقى بعد وفاة

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٩٦)، القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (١/ ٣٨٧)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٣٥١).

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/ ١٦٢)، درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٨٥)، المبدع لابن مفلح (٨/ ١٩٧).

المتقاضين والقاضي، وربما احتيج إليها لاحقاً فيتعذر الاستفادة منها بسبب عدم ذكر أوصاف المدعى به.

الفرع الخامس: اشتراط ذكر أطوال العقار المدعى:

لم أرَ من اشترط ذكرها من الفقهاء، ولكن نصَّ بعضهم على أنه لو أصاب في الحدود، وذكر نقصاً أو زيادة في الأطوال أو المساحة، فإن ذلك لا يؤثر ولا يمنع صحة الدعوى[1].

والذي يظهر أنه يلزم ذكر أطوال أضلاع العقار المدعى؛ ليكون محدداً معلوماً؛ لأن كثيراً من الخلافات تكون في جزء من العقار، فلزم ذكر أطواله ليعرف الجزء المدعى، ويكون الحكم قابلاً للتنفيذ بعد صدوره، كما يلزم أيضاً ذكر الانكسارات في الضلع إذا كان غير مستقيم؛ ليكون أدق وأضبط لا سيما مع تطور الوسائل التي تبين ذلك وتحدده، والأنظمة والتعليمات تنص على وجوب ذكر الأطوال في صكوك الاستحكام والمنح[2].

(١) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٢٠٠)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ١٩٩)، الأصول القضائية لقراءة (١٩)، المبادئ والقرارات إصدار وزارة العدل (١٣٩).

(٢) انظر: المادة (٢٢٩) من نظام المرافعات الشرعية ولوائحها التنفيذية، الدليل الإرشادي لأعمال كتابات العدل، الصادر بتعميم وزارة العدل رقم (١٣/ت/ ٧٢٣٨) في ١٦/ ٦/ ١٤٣٩هـ.

المطلب الثالث: شرط وضع اليد:

وفيه خمسة فروع:

من شروط الدعوى العقارية أن يذكر المدعي أن العقار محل الدعوى في يد المدعى عليه[١]، ليُعلَم أن دعواه متوجهة إلى خصم، وهو شرط متفرع عن شرط الصفة.

ويستثنى من ذلك دعوى منع التعرض، فإن العين تكون في يد المدعي ويطلب عدم تعرض المدعى عليه فيها، ويشترط في دعوى منع التعرض أن يقول: إنه تعرض لي بغير حق[٢].

كما يشترط أن يذكر أن العين في يد المدعى عليه بغير حق (ظلماً): لإزالة احتمال أن المدعى به مرهون أو محبوس بالثمن[٣]، وخصَّ بعضهم هذا القيد -أي قوله: بغير حق- بالمنقول[٤]؛ لأن المنقول قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن والبيع ويجري عليه الغصب باتفاق فيلزم التصريح بأنه في يد

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٦١)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٠٠)، تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ١٤٩)، أدب القاضي للماوردي (٢/ ٣٣٢)، المبدع لابن مفلح (٨/ ١٩٨)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٣٥).

(٢) أدب القضاء للغزي (١٤١)، الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٢٩٥)، أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (٣٨)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٤٩).

(٣) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٩٦)، الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٢٩٣)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٤٠).

(٤) أدب القضاء للسروجي (١٣١)، فتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/ ١٦٤)، العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٦٥).

المدعى عليه بغير حق[١]، «إلا أن المختار عند كثير من الفقهاء أنه يجب ذكر هذه العبارة في دعوى العقار أيضاً»[٢].

الفرع الأول: معنى وضع اليد لغةً واصطلاحاً:

الواو والضاد والعين: أصل واحد يدل على الخفض للشيء وحطّه[٣]، وَوَضَع الشيء إلى الأرض أنزله، وَوَضع الشيء في المكان أثبته فيه، ويقال وَضَع يده في الطعام إذا جعل يأكله[٤].

واليد لغةً: بتخفيف الدال، الكف أو من أطراف الأصابع إلى الكتف، ومن المجاز: الجاه؛ والوقار؛ والقوة، يقولون: ما لي به يد، أي قوة؛ والقدرة يقولون: لي عليه يد؛ أي قدرة، والملك، بكسر الميم؛ يقال: هذه الصنعة في يد فلان، أي في ملكه، ولا يقال في يدي فلان. ويقولون: هذه الدار في يد فلان؛ وهذا الوقف في يد فلان؛ أي في تصرفه وتحدثه[٥]، والأكل، يقال: ضع يدك، أي: كُل[٦].

(١) البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٠٠)، قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ١٨).
(٢) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ١٩٦).
(٣) مقاييس اللغة لابن فارس (٦/ ١١٧).
(٤) المعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين (٢/ ١٠٣٩).
(٥) التحدث: تعني التصرف، انظر ما قرره محقق كتاب الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام في الحاشية رقم (١) ص (١٥٣).
(٦) انظر: تاج العروس للزبيدي (٤٠/ ٣٣٨-٣٤٣)، تهذيب اللغة للأزهري (١٤/ ١٦٨-١٦٩).

والمعنى الاصطلاحي: لا يخرج عن المعنى اللغوي؛ جاء في المصباح المنير: الأمر «بيد» فلان أي في تصرفه..... والدار في «يد» فلان أي في ملكه[١].

وجاء في المنثور في القواعد الفقهية: «اليد قسمان: حسية ومعنوية، فالحسية عندنا من الأصابع إلى الكوع ويدخل الذراع في ذلك بحكم التبعية لا بالحقيقة.... أما المعنوية فالمراد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة وهي كناية عما قبلها؛ لأن باليد يكون التصرف...»[٢].

وجاء في معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: «ويستعمل الفقهاء كلمة (اليد) بمعنى حوز الشيء والمُكنة من استعماله والانتفاع به»[٣].

ويطلق بعض الفقهاء على وضع اليد مصطلح: الحيازة[٤].

فيتضح من ذلك أن واضع اليد هو الحائز المتصرف، فالمراد باليد: «إمكانية التصرف بالشيء، وعُبِّر باليد لأنها آلة القبض والتصرف»[٥].

---

(١) المصباح المنير للفيومي (٣٥٠).
(٢) المنثور للزركشي (٣/ ٣٦٩).
(٣) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية نزيه حماد (٤٨٢).
(٤) انظر: نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٤٥)، الكاشف لابن خنين (١/ ١٦٨).
ويلاحظ أن الفقهاء يطلقون الحيازة على معنيين: الأول: الحيازة بمعنى القبض، وهو إثبات اليد على الشيء والتمكن منه سواء أكان بقصد التملك أو بقصد الاستيثاق أو بقصد الحفظ أو غيرها، والثاني: الحيازة بمعنى القبض المقترن بالتصرف كتصرف الملاك بقصد التملك. انظر: دعوى الحيازة في الفقه الإسلامي د. محمد المحيميد (١٠)، أحكام دعاوى الحيازة للحسون (٤٢).
(٥) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٢/ ٣٤١)، وانظر أيضاً: المنثور للزركشي (٣/ ٣٧٠)، المبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٥).

وقد عرَّف نظام المرافعات الحيازة بأنها: ما تحت اليد -فعلًا- من عقار يتصرف فيه بالاستعمال أو الانتفاع، على وجه الاستمرار، بحسب العادة، ولو لم يكن مالكًا له كالمستأجر[1].

الفرع الثاني: التصرفات التي يتحقق بها وضع اليد:

واضع اليد هو: المتصرف، والتصرف في كل شيء بحسبه؛ وذلك كالسكنى أو البناء أو الهدم أو الحفر أو الزرع أو الغرس أو قطع الشجر في العقارات، أو اللبس في الثياب، أو ركوب الدابة، ونحو ذلك من التصرفات[2].

جاء في تبصرة الحكام: «والحيازة تكون بثلاثة أشياء: أضعفها السكنى والازدراع، ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليها التفويت بالبيع والصدقة والهبة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك، مما لا يفعله الرجل إلا في ماله»[3].

أما إذا تصرف الاثنان: فلا يخلو أن يكون تصرفهما متساوياً أو غير متساوٍ:

١. فإن كان متساوياً فيكون الاثنان ذوا يد، مثاله:

---

(١) المادة (٢٠٩/ ١) من نظام المرافعات الشرعية.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٥٦)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٢٣٣)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٠٩)، قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام (٢/ ١٤١)، المنثور للزركشي (٣/ ٣٧١)، المغني لابن قدامة (١٤/ ١٤٣)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ٢٦٩).

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ١٠٤)، وانظر أيضاً: البيان والتحصيل لابن رشد الجد (١١/ ١٤٧).

- دار واحدة يسكنها اثنان فهما متساويان في اليد.

- إذا تداعيا في الساحة التي يتطرق منها إلى البيوت فهي بينهما، لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها واستطراقها.

- إذا تداعيا أرضاً فيها بناء أو شجر لهما فهي بينهما.

٢. وإن كان غير متساوٍ بأن كان تصرف أحدهما أظهر وأقوى من تصرف الآخر، أو أكثر من تصرف الآخر؛ فيكون الأظهر والأقوى والأكثر هو ذو اليد، مثاله:

- دار فيها أربعة أبيات، وفي أحد أبياتها ساكن، وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر، فيعتبر كل بيت في يد الساكن فيه؛ لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه، ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه.

- إذا تنازعا داراً ولأحدهما فيها متاع فتعتبر في يد صاحب المتاع، أما لو كان لأحدهما فيها متاع والآخر ساكن في الدار فتعتبر في يد الساكن.

- ساحة تتصل ببناء أو شجر لأحدهما فيعتبر هو صاحب اليد؛ لأنه هو المستوفي لمنفعتها[1].

(١) انظر هذه الأمثلة وغيرها في: البناية شرح الهداية للعيني (٩/ ٤٠٦)، درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٣٣٢)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢١٠)، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٤/ ٤٢٥)، شرح عماد الرضا للمناوي (١/ ١٤٢)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٣٣٧-٣٣٩)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ٢٢١).

الفرع الثالث: أهمية اليد في الدعوى العقارية:

معرفة ذي اليد مهم جداً في الدعاوى وتتمثل أهميته في الآتي:

١. معرفة من يكون خصماً ممن لا يكون خصماً، فالخصم في دعاوى الأعيان هو من بيده العين كما سبق تقريره، ويشترط في دعوى العين -عدا دعوى منع التعرض- أن يصرح المدعي بأن المدعى به تحت يد المدعى عليه.

٢. التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وبالتالي يتضح من عليه عبء الإثبات، ومن عليه اليمين، فالذي بيده العين هو المدعى عليه، والذي ليست العين بيده هو المكلف بالإثبات وإقامة الأدلة والبينات[١].

٣. أن اليد قرينة على الملك إذا لم يعارضها ما هو أقوى منها[٢]، ويجوز الشراء من ذي اليد وإن لم يثبت أنها ملكه استدلالاً بظاهر اليد[٣].

٤. الترجيح باليد عند تعارض البينات على الصحيح من أقوال أهل العلم[٤].

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٥١١)، القوانين الفقهية لابن جزي (٢٠٠)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٥٦).

(٢) نهاية المحتاج للرملي (٨/ ٣٦٢)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ٢٦٩)، المغني لابن قدامة (١٤/ ١٤٣)، وسائل الإثبات د. محمد الزحيلي (٢/ ٦٦١، ٦٧٩، ٨١٩)، المبادئ والقرارات إصدار وزارة العدل (٥٣٠، ٥٣٢، ٥٣٧).

(٣) المنثور للزركشي (٣/ ٣٧٠)، المحيط البرهاني لبرهان الدين ابن مازة (٥/ ٢٩٣).

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ٣٧٩)، مغني المحتاج للشربيني (٤/ ٤٨٠)، شرح عماد الرضا للمناوي (١/ ١٣٦)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٢٧٩).

٥. معرفة متى يكون القضاء بالاستحقاق[١]، ومتى يكون بالترك[٢].

جاء في فتح الباري لابن حجر عند شرح حديث الحضرمي والكندي: «وفيه التنبيه على صورة الحكم في هذه الأشياء، لأنه بدأ بالطالب فقال ليس لك إلا يمين الآخر، ولم يحكم بها للمدعى عليه إذا حلف؛ بل إنما جعل اليمين تصرف دعوى المدعي لا غير، ولذلك ينبغي للحاكم إذا حلف المدعى عليه أن لا يحكم له بملك المدعى فيه ولا بحيازته بل يقرُّه على حكم يمينه»[٣].

٦. ومن أهمية اليد: صحة الدعوى باليد فقط دون الملكية[٤]، «وهي ما يسمى في النظام دعوى الحيازة»[٥].

٧. جواز الشهادة بالملك بناء على اليد والتصرف على الصحيح من أقوال أهل العلم[٦].

---

(١) قضاء الاستحقاق هو: ما يقضى فيه لأحد الخصمين باستحقاق شيء من الحقوق من تسلم دين أو عين. انظر الكاشف لابن خنين (٢/ ١٢١).

(٢) قضاء الترك هو: ما يقضى فيه بإخلاء سبيل المدعى عليه من الدعوى لعدم استحقاق المدعي ما ادعاه. الكاشف لابن خنين (٢/ ١٢٢)، وانظر أيضاً: البناية شرح الهداية للعيني (١٢/ ٣٠٩).

(٣) فتح الباري لابن حجر (١١/ ٥٦٢)، وانظر كذلك: إكمال المعلم للقاضي عياض (١/ ٤٣٦).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٥)، درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٥١١)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٤٣)، الكاشف لابن خنين (١/ ١٧٠)، الدعوى القضائية د. عدنان الدقيلان (٢٣٧)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠/ ٢٨٦).

(٥) نظام المرافعات الشرعية المادتان (٢٠٦، ٢٠٩).

(٦) بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٢٦٧)، شرح أدب القاضي لابن مازة (٤/ ٣٩٩)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢١٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٢١)، روضة الطالبين للنووي (١١/ ٢٦٩)، مغني المحتاج للشربيني (٤/ ٤٤٩)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ٢٦٩)، المغني لابن قدامة (١٤/ ١٤٣).

الفرع الرابع: إثبات وضع اليد:

إذا ادعى شخص على آخر عيناً، وذكر أن العين المدعاة في يد المدعى عليه، فلا يخلو إما أن يدعي الملك مطلقاً[1]، أو يدعي الملك بسبب كالشراء، أو يدعي عليه فعلاً كالغصب والتعدي والسرقة، فإذا ادعى الملك بسبب من المدعى عليه أو ادعى فعلاً على المدعى عليه فتصح الدعوى دون الحاجة إلى إثبات يد المدعى عليه بالبينة؛ لأن دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره أيضاً[2].

أما إذا ادعى الملك مطلقاً فعند الحنفية قولان:

القول الأول: لا يثبت وضع المدعى عليه يده على العقار المتنازع فيه إلا بالبينة أو علم القاضي[3]، ولا يكفي التصادق؛ لاحتمال تزويرها؛ لأن المالك قد يبعد عن العقار عادة، بخلاف المنقول فيكفي فيه الإقرار؛ لأن يد المالك

(١) جاء في البناية شرح الهداية للعيني (٩/ ٣٢٦): «أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب، بأن يقول «هذا ملكي» ولم يقل ملكه بسبب الشراء والإرث ونحو ذلك».

(٢) رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٥٤٧)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٠٠)، درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٥١٤)، الأصول القضائية لقراعة (١٦)، مباحث المرافعات للأبياني (٢٣، ٢٤).

(٣) جاء في قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ٣٢): «هذا بناء على أن القاضي يقضي بعلمه، وكثيراً ما يذكرونه في المسائل، والمفتى به: أنه لا يقضي بعلمه فعليه لا بد من البينة».

لا تنقطع عن المنقول عادة فاليد فيه مشاهدة[١]، وإثبات اليد بالبينة يجب على المدعي لا المدعى عليه[٢].

القول الثاني: يكفي تصديق المدعى عليه أنها في يده، ولا يحتاج إلى إقامة البينة، لأنه إن كان في يده وأقر بذلك فالمدعي يأخذه منه إن ثبتت ملكيته بالبينة أو بإقرار ذي اليد أو نكوله، وإن لم يكن في يده لا يكون للمدعي ولاية الأخذ من ذي اليد، لأن البينة قامت على غير خصم فالضرر لا يلحق إلا بذي اليد[٣].

والذي يظهر أنه لا مانع من قبول الإقرار في وضع اليد ولا دليل على استثناء هذه المسالة من عموم أدلة المؤاخذة بالإقرار[٤]، كما أنه إن لم يكن العقار في يد المدعى عليه فلا يكون للمدعي ولاية الأخذ من ذي اليد، لأن البينة قامت على غير خصم، فالضرر لا يلحق إلا بذي اليد[٥].

وقد نصَّ على الاكتفاء باعتراف المدعى عليه بأنها في يده بعض الشافعية[٦]، وأما المالكية والحنابلة فلم أقف على نص لهم، ولكن مقتضى

(١) أدب القضاء للسروجي (١٣١)، رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٥٤٧)، العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٦٣)، تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٢٩٣)، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٠٠).
(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/ ٢٤٠).
(٣) قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ٣٣).
(٤) القواعد الفقهية للدعوى القضائية د. حسين آل الشيخ (٢/ ٧٥١)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٩٤).
(٥) قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ٣٣)، نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٩٤).
(٦) فتح الباري لابن حجر (١١/ ٥٦٣)، إكمال المعلم للقاضي عياض (١/ ٤٣٨).

قولهم الاكتفاء باعتراف المدعى عليه حيث قالوا أن من دفع الخصومة في العين إلى مكلف حاضر وصدقه الحاضر فإن الخصومة تندفع عن المدعى عليه ويصبح الحاضر خصماً في الدعوى[1].

وأما في النظام: فإن نظام المرافعات الشرعية أجاز لمن يعد الحكم حجة عليه ولم يكن أُدخل أو تدخل في الدعوى أن يتقدم بالتماس إعادة النظر في الأحكام النهائية[2].

الفرع الخامس: إذا ادعى عقاراً ظاناً أنه في يد المدعى عليه، وأقام بينة على دعواه، وحكم الحاكم بها، ثم بان أن العقار المدعى في يد آخر:

وصورة المسألة: أن يدعي شخص ضد آخر ملكية عقار، ويذكر المدعي أن العقار في يد المدعى عليه، ثم إن المدعى عليه لا يدفع بأن العقار ليس في يده، لأسباب؛ منها: عدم حضور المدعى عليه، أو انتقال العقار من المدعى عليه إلى آخر قبل إقامة الدعوى وسكوت المدعى عليه عن الدفع إضراراً بالمدعي وتكليفاً له بإقامة دعوى جديدة ضد واضع اليد، أو حصول اللبس في العقارات كالمخططات التي يحصل فيها أحياناً صدور صكين لقطعة واحدة، وغير ذلك من الأسباب، ثم يقيم المدعي بينته على ملكية العقار، ويحكم القاضي بها، ثم بعد ذلك يتبين أن العقار ليس في يد المدعى عليه، فهل يصح الحكم أم لا؟

في المسألة ثلاثة أوجه عند الشافعية:

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ١٩٣)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٣١٠).
(٢) المادة (٢٠٠-٢) من نظام المرافعات الشرعية.

الأول: لا يصح الحكم؛ لأن الدعوى لم تكن على خصم.

الثاني: يصح.

الثالث: إن كان صاحب اليد حاضراً فلا يصح ولا ينفذ الحكم، وإن كان غائباً ووجدت شروط الحكم على الغائب صح وإلا فلا[١].

والذي يتوجه أن الحكم لا يصح لفقد شرط من شروطه، وهو أن تتقدمه دعوى صحيحة[٢]، والدعوى الموجهة إلى غير ذي اليد ليست صحيحة.

وما سبق من خلاف هو فيما إذا صدر الحكم بناء على بينة أقامها المدعي، وعليه فمن باب أولى عدم صحة الحكم إذا صدر بناء على إقرار أو نكول من المدعى عليه.

وأما في النظام: فقد أجاز نظام المرافعات الشرعية لمن يعدُّ الحكم حجة عليه ولم يكن أُدخل أو تدخل في الدعوى أن يتقدم بالتماس إعادة النظر في الأحكام النهائية[٣]، وقرر نظام التنفيذ أنه إذا ظهر أن العقار مشغول بغير المنفذ ضده، وامتنع شاغل العقار عن الإخلاء، فإن كان الشاغل يحمل سنداً تنفيذياً يتضمن حقاً في استغلال العقار؛ فتُعد من منازعات التنفيذ، وإن كان لا يحمل ذلك؛ فلا توقف إجراءات التنفيذ، وله التقدم بدعوى لدى قاضي الموضوع[٤]، وللدائرة التي تنظر النزاع أن تقرر وقف التنفيذ إذا رأت ذلك وفقاً للمادة (٦/ ٦) من نظام التنفيذ.

---

(١) أدب القضاء للغزي (١٢٣)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١٠/ ٣١٠).
(٢) الكاشف لابن خنين (٢/ ١١٩).
(٣) المادة (٢٠٠-٢) من نظام المرافعات الشرعية.
(٤) المادة (٧٢/ ١٠) من نظام التنفيذ.

المطلب الرابع: شرط ذكر سبب الاستحقاق:

سبب الاستحقاق هو: الواقعة التي يستند إليها المدعي للحكم له بدعواه، كأن يذكر بأن العين له بالشراء أو الإحياء أو الهبة، وأنها في يد المدعى عليه بالغصب أو الرهن أو الوديعة وهكذا[١]، ويدخل فيه أن يقول ضاع مني أو سُرق مني ولا أدري بماذا وصل إلى هذا الذي هو في يديه[٢].

اختلف الفقهاء في اشتراط ذكر سبب الاستحقاق في دعوى العقار على أربعة أقوال[٣]:

القول الأول:

أنه لا يلزم ذكر سبب الاستحقاق، وهو قول الشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وبعض الحنفية[٦]، وبعض المالكية[٧].

(١) معين الحكام للطرابلسي (٥٦)، تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ١٤٩)، الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٢٩٣).
(٢) مواهب الجليل للحطاب (٦/ ١٢٥).
(٣) هذه الأقوال خاصة بالدعوى في العقار، أما غيره من المنقول والديون ونحوها فللفقهاء أقوال أخرى فيها تراجع في مظانها.
(٤) الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٣١٠).
(٥) كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ١٤٣)، مجلة الأحكام الشرعية للقاري (٦١٣)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٢٧٨).
(٦) المادة (١٦٢٧) من مجلة الأحكام العدلية، البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٠١).
(٧) مواهب الجليل للحطاب (٦/ ١٢٥).

دليلهم:

أن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر، وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه، فلا يكلف بيانه، ويكفيه أن يقول: أستحق هذه العين التي في يده[١].

القول الثاني:

يلزم ذكر سبب الاستحقاق في البلاد التي قدم بناؤها، أما البلاد حديثة العهد فلا يلزم، وهو قول بعض الحنفية[٢].

دليلهم:

أن دعوى الملك المطلق هي دعوى للملك من الأصل بسبب الخطة[٣]، ومعلوم أن صاحب الخطة في البلاد التي قدم بناؤها غير موجود فيكون كذباً لا محالة، فكيف يقضى به؟! وعليه فيلزم ذكر السبب في مثل تلك البلاد[٤].

القول الثالث:

أنه يلزم ذكر سبب الاستحقاق، وهو قول المالكية[٥]، .....

(١) الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٣١٠)، روضة الطالبين للنووي (١٢/ ١٣)، المغني لابن قدامة (١٤/ ٢٧٨).
(٢) البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٠١)، موجبات الأحكام لابن قطلوبغا (١١٩).
(٣) الخطة: هي ما اختطه الإمام أي أفرزه وميَّزه من أراضي الغنيمة وأعطاه إنساناً، ويراد بها الملاك القدماء، طلبة الطلبة للنسفي (١٦٧)، وانظر أيضاً: المبسوط للسرخسي (٢/ ٢١٤)، البناية شرح الهداية للعيني (١٣/ ٣٤٣).
(٤) البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٠١).
(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ١٥٠)، الإتقان والإحكام لميارة الفاسي (١/ ١٧).

..... وقول لبعض الحنفية[١]، وقال بعض المالكية: لكن لو ادعى المدعي نسيان سبب الاستحقاق لم يكلف ببيانه[٢].

دليلهم:

أن السبب الذي يذكره المدعي قد يكون فاسداً، فلا يترتب على المدعى عليه بسببه غرامة[٣]، ولاحتمال أن المدعى به غير لازم للمدعى عليه إذا بين سببه[٤].

القول الرابع:

لا يلزم ذكر سبب الاستحقاق إلا إذا اقتضى الحال ذلك، وهو قول ابن القيم[٥]، وقال به الماوردي من الشافعية وأبو يعلى من الحنابلة في قضاء المظالم[٦].

دليلهم:

لإزالة الارتياب عن الدعوى إذا وُجد[٧].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٩٦).
(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ١٥٠)، البهجة في شرح التحفة للتسولي (١/ ٥٣)، منح الجليل لعليش (٨/ ٣١١).
(٣) منح الجليل لعليش (٨/ ٣١١).
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٤٤).
(٥) جاء في الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٦٥): «وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعي عن سبب الحق».
(٦) الأحكام السلطانية للماوردي (١٤٧)، الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء (٨٥).
(٧) أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (٢٦١).

والراجح -والله أعلم-: هو القول الرابع، وأنه لا يشترط ذكر سبب الاستحقاق في الدعوى العقارية إلا إذا اقتضى الحال ذلك، من ارتياب، أو دفع من قبل الخصم بما يستوجب الرد وبيان سبب استحقاق المدعي لما يدعيه[1]، ونحو ذلك.

وأما نظام المرافعات الشرعية فلم يشترط ذكر السبب، ولكنه أشار إلى أن للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع إبقاء الطلب الأصلي على حاله[2]، وأما من الناحية العملية فإن صحيفة الدعوى الإلكترونية في موقع وزارة العدل تتطلب ذكر سبب الاستحقاق في دعوى العقار.

المطلب الخامس: شرط عدم التقادم:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف التقادم لغةً واصطلاحاً:

التقادم لغة:

من القِدَمُ: وهو نَقِيضُ الحُدوث، وقَدِمَ الشَّيْءُ: مضى على وجوده زمن طويل، فهو قديم[3].

(١) المنثور للزركشي (٢/ ١٩٤).
(٢) المادة (٨٣-ج) من نظام المرافعات الشرعية.
(٣) لسان العرب لابن منظور (١٢/ ٤٦٥)، المعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين (٢/ ٧١٩).

واصطلاحاً:

لا يخرج المعنى الاصطلاحي للتقادم عن المعنى اللغوي، ولذا اكتفى به الفقهاء المتقدمون لوضوح معناه، ومما ورد من استعمالهم لهذا اللفظ: ما جاء في بدائع الصنائع للكاساني: «وحق العبد لا يسقط بالتقادم»[١]، وما جاء في الشرح الكبير للشيخ الدردير: «وأما الوقف بأنواعه فتسمع فيه البينة ولو تقادم الزمن»[٢]، وما جاء في روضة الطالبين للنووي: «فرع: تقادم العهد لا يسقط مهر المثل عندنا»[٣]، وما جاء في المغني لابن قدامة: «وإن أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق، أو يجعل له باباً يسمره، أو شباكاً، جاز؛ لأنه لما كان له رفع الحائط بجملته، فبعضه أولى، قال ابن عقيل: ويحتمل عندي أنه لا يجوز؛ لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق، فيضر بأهل الدرب، بخلاف رفع الحائط؛ فإنه لا يدل على شيء»[٤].

ويمكن تعريف التقادم بأنه: مضي زمن طويل، على حق أو عين لإنسان لدى غيره، دون مطالبة بهما، مع قدرته عليها[٥].

(١) بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ٢٤٣).
(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير (٤/ ٢٣٥).
(٣) روضة الطالبين للنووي (٧/ ٢٨٨).
(٤) المغني لابن قدامة (٧/ ٥١).
(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية بتصرف يسير (٢٨/ ٢٧١).

الفرع الثاني: تحرير محل النزاع في مسألة التقادم وذكر الخلاف فيها:

محل الاتفاق:

أولاً: اتفق الفقهاء أيضاً على أنه إذا قرر السلطان مدة لا تسمع الدعوى بعدها لم يجز للقاضي سماع الدعوى بعد تلك المدة[١]؛ لأن القاضي نائب عن السلطان[٢]، والقضاء يتخصص بالزمان والمكان والنوع، ولا ولاية للقاضي في سماعها[٣]، وسبب المنع السلطاني هو: وهو إجراء استصلاحي لمنع الحيل والتزوير[٤]، وتدبيرٌ تنظيميٌّ للقضاء، واجتنابٌ لعراقيل الإثبات ومشكلاته بعد التقادم، وللشك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة به[٥]، وحثٌّ للناس على المطالبة بحقوقهم وعدم إهمالها وتعريضها للضياع[٦]، ولولي الأمر تقييد المباح بشرط أن يكون الهدف تحقيق مصالح الجماعة بمعاييرها الشرعية، لأن من القواعد الشرعية: أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة[٧]، «ولذلك فإن الدعاوى التي يمنع سماعها مبناها على

(١) جاء في رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٤١٩): «ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور»، وانظر أيضاً: تحفة الحبيب للبجيرمي (٤/ ٤٣٧)، حاشية الجمل (٥/ ٣٣٩)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ٣٣).

(٢) درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٣١٩).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٩٤)، رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٤١٩)، مغني المحتاج للشربيني (٦/ ٢٦٩)، كشاف القناع للبهوتي (١٥/ ٣٣).

(٤) رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٤٢٢)، درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٣١٩)، شرح المجلة للأتاسي (٥/ ١٦٧)، القضاء الشرعي د. محمد الزحيلي (١/ ٣١١).

(٥) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا (١/ ٣٣٦).

(٦) القضاء الشرعي د. محمد الزحيلي (١/ ٣٣٧).

(٧) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا (١/ ٢١٧).

تحقيق المصالح المعتبرة، لما فيها من جلب النفع على الفرد والمجتمع والدولة، أو دفع الفساد والضرر عنهم»[1]، وقد يكون هذا المنع مطلقاً دون قيود، وقد يكون مقيداً بشرط؛ كشرط إنكار المدعى عليه أو غير ذلك، فعلى القاضي مراعاة ذلك.

ثانياً: واتفقوا أيضاً على أنه إذا أقر المدعى عليه بالحق فإنه يُكلَّف بأدائه ولو مضت عليه مدة طويلة[2].

محل الخلاف:

أولاً: اختلفوا فيما إذا لم يوجد منع من السلطان، وكان بيد شخص عقار يتصرف فيه تصرف الملاَّك في أملاكهم مدة طويلة، بحضور آخر وعلمه، دون منازعة أو مطالبة بلا مانع، وهذا الشخص المتصرف يدعي ملكية ذلك العقار، وينكر أن يكون للآخر فيه حق، فهل تسمع الدعوى من الآخر ضده بعد ذلك أم لا؟

اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

قول الحنفية[3]، .....

(١) القضاء الشرعي د. محمد الزحيلي (١/ ٣٣٤).
(٢) رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٤٢٠)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢٢).
(٣) البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٢٨)، رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٤٢٢)، قرة عيون الأخيار لمحمد أفندي (٨/ ٩٧)، الفواكه البدرية لابن الغرس (٨٧)، وقد نص غير واحد أن هذا اختيار المتأخرين من الحنفية، انظر: رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٤٢٢)، شرح المجلة للأتاسي (٥/ ١٦٨). =

..... وبعض المالكية[١]، وابن القيم[٢]، والشيخ محمد بن عبد الوهاب[٣]، والشيخ محمد بن إبراهيم[٤]: أن التقادم «بشروطه» موجبٌ لرد الدعوى، ومانعٌ من سماع بينة المدعي، أو طلب اليمين من المدعى عليه.

ومستند قولهم بعدم تكليف المدعى عليه باليمين: اعتبار الحيازة كشاهدين[٥]، وقيل اعتبارها كالإقرار[٦].

وأبرز أدلتهم:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾[٧]؛ وكلُّ شيء يكذبه العرف والعادة وجب ألَّا يؤمر به بل يؤمر بالملك للحائز، وكل دعوى

= والمتأخرون عند الحنفية هم: الذين لم يدركوا الأئمة الثلاثة؛ أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، وقيل: الحد الفاصل بين المتقدمين والمتأخرين رأس القرن الثالث وهو الثلاثمائة، فالمتقدمون من قبله والمتأخرون من بعده. انظر: المذهب الحنفي لأحمد النقيب (١/ ٣٢٧).

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٣/ ١٠٨٣)، القوانين الفقهية لابن جزي (١٩٨)، الإتقان والإحكام لميارة الفاسي (١/ ١٩-٢/ ١٦٦)، تهذيب الفروق لمحمد المكي (٤/ ١١٧).

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٣٠٦).

(٣) الدرر السنية في الأجوبة النجدية (٦/ ٥١٢-٥١٣).

(٤) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم (١٢/ ٤٤٤-٤٥٢).

(٥) حاشية البناني على شرح الزرقاني (٧/ ٤١٥)، تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ١٠٠)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٢٣٤)، الطريقة المرضية للجعيط (٥١).

(٦) درر الحكام لعلي حيدر (١/ ٦٦)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢٩).

(٧) سورة الأعراف رقم الآية (١٩٩).

يكذبها العرف فإنها غير مقبولة، ولا شك أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه مدة طويلة دليل على انتقاله عنه[١].

ونوقش: بأن العرف من القرائن[٢]، وهي لا تقاوم البينة التي جعلها الشارع رافعةً للظاهر ومقدمةً عليه.

وأجيب: بأن العمل بالقرائن من الأمور المقررة شرعاً، وقد ورد العمل بالقرائن في الكتاب والسنة، بل إن القرائن داخلة في معنى البينة[٣]، ويعمل منها بالقرائن القوية التي لا يشك في دلالتها على المقصود[٤].

الدليل الثاني: ما ورد عن ابن المسيب يرفعه إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((من حاز شيئاً عشر سنين فهو له))[٥]، وورد أيضاً عن زيد بن أسلم أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من احتاز أرضاً عشر سنين فهي له))[٦]، وفي

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ١٠١)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢٤)، الذخيرة للقرافي (١١/ ١٢)، الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٢٣٧، ٣٠٧).

(٢) القرينة هي: الأمارة القوية التي يستدل بها القاضي على وقوع أمر خفي من الأوصاف الدالة على ثبوت الواقعة القضائية المؤثرة في الحكم أو نفيها. الكاشف لابن خنين (٢/ ٩٩).

(٣) انظر: الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٢٥)، فتح الباري لابن حجر (١٣/ ١٦٠)، تبصرة الحكام لابن فرحون (١/ ٢٤٠).

(٤) الفواكه البدرية لابن الغرس (٧٩)، الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٣٠٤)، وسائل الإثبات د. محمد الزحيلي (٢/ ٥١٠)، الكاشف لابن خنين (٢/ ٩٩).

(٥) المدونة للإمام مالك، في الشهادة على الحيازة، (٤/ ٥٠).

(٦) كنز العمال للمتقي الهندي (٣/ ٨٩٨).

لفظ: ((من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له))[1]، وقالوا: إن الحيازة كالبينة القاطعة فلا يمين على الحائز[2].

ونوقش: بأن الحديث ضعيف، قال عنه ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «لا يثبت»[3].

القول الثاني:

وهو قول المالكية[4]، أن التقادم «بشروطه» مانع من سماع الدعوى سماعاً معتداً به؛ بحيث تكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ولكن تسمع الدعوى ويُكلَّف المدعى عليه باليمين حال إنكاره، ولا تُسمع بينة تخالف اليد[5]، وهذا القول هو المعتمد عند المالكية[6]، وهو اختيار الشيخ عبد الله آل خنين[7].

(١) المراسيل لأبي داود، باب ما جاء في القضاء، برقم (٣٩٤)، (ص ٢٨٥).
(٢) مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢١)، حاشية البناني على شرح الزرقاني (٧/ ٤١٥)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٢٣٤).
(٣) الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٣٠٨).
(٤) مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٣٤)، تهذيب الفروق لمحمد المكي (٤/ ١١٧).
(٥) شرح الخرشي على مختصر خليل (٧/ ٢٤٢)، الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٢٤٥).
(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٣٥)، الطريقة المرضية للجعيط (٥١)، تهذيب الفروق لمحمد المكي (٤/ ١١٧)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢١).
(٧) الكاشف لابن خنين (٢/ ١١١)، أحكام الدعوى القضائية لابن خنين (٢٨٦).

أدلتهم:

استدلوا بأدلة أصحاب القول الأول نفسها، إلا أنهم قالوا: إن معنى حديث: ((من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له))، أي: إن الحكم يوجبه له بدعواه، فيكون القول قوله في ذلك مع يمينه[1].

ومستند قولهم بتكليف المدعى عليه باليمين: اعتبار الحيازة كشاهد ويحتاج معها إلى يمين[2]، كما يمكن أن يستدل لهم أيضاً بقاعدة: (اليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين)[3]؛ لأن المدعى عليه الحائز مدة طويلة جانبه أقوى فتكون اليمين في جانبه.

القول الثالث:

قول الشافعية والحنابلة: أن التقادم في العقار ليس مانعاً من سماع الدعوى ولا البينة، ولم أجد لهم نصاً صريحاً في ذلك، إلا أنهم ذكروا في أبواب أخرى بأن سائر الحقوق تثبت بالبينة ولو تطاول الزمان[4]، وهذا يشمل العقار.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن في مسألة التقادم قولين لأهل العلم حيث قال عندما سئل عن دعوى امرأة بعد ستين سنة: «مع

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجد (١١/ ١٤٥-١١/ ٢٦٥)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢١).
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٣٥)، الطريقة المرضية للجعيط (٥١).
(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (١١/ ٥١)، الحاوي الكبير للماوردي (١٧/ ٧٢)، مجموع الفتاوى ابن تيمية (٣٤/ ٨١، ٣٥/ ٣٩٢)، الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ١٩٢).
(٤) البيان للعمراني (١٣/ ٣٢٦)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٤/ ٤٤٢)، المغني لابن قدامة (٨/ ٤٧٢، ١٢/ ٣٧٣).

أن دعواها بحقها بعد هذه المدة الطويلة من غير مانع يعوق لا يقبل في أحد قولي العلماء في مذهب مالك وغيره»[1].

أدلتهم:

الدليل الأول: الأدلة العامة على تحريم أموال الآخرين، ووجوب أدائها إلى أصحابها، وهذا يقتضي جواز المطالبة بها مهما طال الزمن.

ويمكن أن يناقش: بأنه لا خلاف في تحريم أموال الآخرين ووجوب أدائها، ولكن القضاء يكون بظاهر الأمر الذي أيدته القرائن، وحكم الحاكم لا يخرج الأمر عما هو عليه في الباطن[2].

الدليل الثاني: حديث: ((لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم))[3]، «لأن الحق قديم، لا يبطل الحق شيء»[4].

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٥/ ٤٢٨).

(٢) جاء في الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (٢/ ١٤٧): «وأجمع العلماء على أن حكم الحاكم لا يخرج الأمر عما هو عليه في الباطن، وإنما ينفذ حكمه في الظاهر الذي يعتد به».

(٣) لم أجده في كتب الحديث، وإنما يذكر في كتب الفقه المالكي، انظر: البيان والتحصيل لابن رشد الجد (١٠/ ٤٧١)، مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٤٦).

(٤) من كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى أبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، انظره كاملاً في: السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الشهادات، باب: لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه، ولا يجعل الحلال على واحد منهما حراما، ولا الحرام على واحد منهما حلالا، رقم الحديث (٢٠٥٦٧)، (٢٠/ ٤٤٥)، وسنن الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب كتاب عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلى أبي موسى الأشعري رقم الحديث (٤٤٧١)، (٥/ ٣٦٧)، صححه الألباني في إرواء الغليل (٨/ ٤٢١).

ونوقش: بأن هذا معلَّل بوجود الأسباب المانعة من الطلب كالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور، أما إذا ارتفعت هذه الأسباب فيكون طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها جانب المدعى عليه[(١)].

ونوقش أيضاً: بأن الحق لا يبطل ديانة ولا خلاف في أن الحق لا يسقط بمرور الزمن، وأما حديث ((من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)) فهو خاص بالحكم قضاء، وقد لا يكون الأمر كذلك في الواقع، فيظل الحق لصاحبه في الباطن[(٢)].

والراجح -والله أعلم- في مسألة عدم سماع الدعوى للتقادم:

هو القول الأول، وأن التقادم إذا احتفت به قرائن تكذب الدعوى «بحيث تتحقق فيه الشروط التي نص عليها الفقهاء والتي سيأتي ذكرها في الفرع التالي»، موجب لرد الدعوى، ومانع من سماع بينة المدعي، أو طلب اليمين من المدعى عليه؛ وذلك لأن العرف والعادة من القرائن التي يؤخذ بها عند عدم المانع[(٣)]، والعمل بالقرائن يقول به جميع الفقهاء في الجملة[(٤)]،

(١) مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢٩).

(٢) انظر: نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٤٧).

(٣) نص بعض الفقهاء على اعتبار العرف والعادة من البينات، منهم: الطرابلسي في معين الحكام (١٦٦)، وابن فرحون في تبصرة الحكام (٢/ ٦٧)، كما نص بعضهم على اعتبار القرائن من البينات، منهم: ابن الغرس في الفواكه البدرية (٧٩)، وابن نجيم في الأشباه والنظائر (٢١٠)، وابن عابدين في رد المحتار (٥/ ٣٥٤)، وابن القيم في الطرق الحكمية (١/ ٤).

(٤) جاء في الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٤٨): «وهذا الذي ذكرناه -أي العمل بالقرينة-، جميع الفقهاء يقولون به في الجملة، وإن تنازعوا في كثير من موارده»، وجاء =

والقرائن قد تُقدَّم على غيرها من وسائل الإثبات كما هو الحال في التقادم إذا تحققت شروطه[١]، يقول ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدِّموا عليها شهادة تخالفها ولا إقرارًا»[٢]، وضابط ذلك: «أنه كلَّما كان المقَر به أو المشهود به محالاً عقلاً أو عادةً كان الإقرار أو الشهادة به باطلين، فيلغيان ويعمل بتلك القرينة»[٣].

وقد نصَّ نظام الإثبات على الأخذ بالقرائن واعتبارها من وسائل الإثبات[٤]، وعلى القاضي عند الأخذ بالقرينة أن يبين وجه دلالتها، والأسباب الموجبة لذلك في حكمه[٥].

الفرع الثالث: شروط إعمال التقادم[٦]:

١. أن يكون المدعي حاضراً، أما إن كان غائباً فإن له القيام وإن طالت المدة.

= في بدائع الفوائد لابن القيم (٤/ ١٣٢١): «والرجوعُ إلى القرائن في الأحكام متَّفَقٌ عليه بين الفقهاء، بل بين المسلمين كلِّهم».

(١) انظر: نظرية الدعوى د. محمد ياسين (٢٤٥).

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٦٥)، وانظر أيضاً: تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٤٢)، بدائع الفوائد لابن القيم (٣/ ١٠٣٨).

(٣) تعارض البينات د. محمد الشنقيطي (١٥١)، وانظر أيضاً: الكاشف لابن خنين (٢/ ١٠٣).

(٤) المادتان (٨٤، ٨٥) من نظام الإثبات.

(٥) انظر: الكاشف لابن خنين (٢/ ١٠٩)، المادة (٨٥-١) من نظام الإثبات.

(٦) انظر: رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٤٢١)، درر الحكام لعلي حيدر (٤/ ٣١٩)، مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٢٢٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٣٣)، شرح

٢. أن يكون المدعي عالماً بالحيازة، وعالماً بأن المحوز ملكه، فإن لم يعلم بالأمرين أو علم بأحدهما دون الآخر فإنه لا يسقط حقه في الدعوى.

٣. أن يكون المدعى عليه متصرفاً فيما حاز تصرف المُلَّاك، والتصرف يكون «بواحد من ثلاثة عشر: سكنى، ازدراع، غرس، استغلال، هبة، صدقة، نحلة، عتق، كتابة، تدبير، بيع، هدم، بناء كثير لغير إصلاح لا له أو يسير عرفًا»(١).

٤. أن يكون المدعى عليه منكراً، أما إذا كان مقراً، فتسمع الدعوى.

٥. أن يدعي الحائز ملك الشيء المحاز، وينسبه إلى نفسه، وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه، لأنه مقرٌ بالملك لغيره.

٦. سكوت المحوز عليه عن المطالبة طيلة مدة الحيازة.

٧. ألَّا يكون للمدعي مانع يمنعه من المطالبة، فلو كان هناك مانع فإن حقه لا يبطل، ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً، وخوف المدعي من الذي في يده العقار؛ لكونه ذا سلطان أو مستنداً لذي سلطان.

٨. مضي مدة طويلة على الحيازة، وقد اختلف الفقهاء فيها، فقيل: ثلاث سنوات، وقيل: عشر سنوات، وقيل: خمس عشرة سنة، وقيل: ثلاثون سنة،

الخرشي على مختصر خليل (٧/ ٢٤٢)، الإتقان والإحكام لميارة الفاسي (٢/ ١٦٤)، الطرق الحكمية لابن القيم (١/ ٣٠٦).

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل (٧/ ٤١٢)، وانظر أيضاً: الشرح الكبير للدردير (٤/ ٢٣٣).

وقيل: ثلاث وثلاثون سنة، وقيل: ست وثلاثون سنة، وقيل وهو الصواب: أن ذلك عائد للعرف وخاضع لاجتهاد الحاكم.

٩. ألَّا يكون العقار مما يتعلق به حق الله تعالى؛ كالعقارات الموقوفة، أو طرق المسلمين، أو المساجد، ونحو ذلك.

١٠. جهل أصل مدخل الحائز، بحيث لا يثبت أن الحيازة كانت بسبب مشروع صادر من المدعي، كالإجارة أو الإعارة أو الرهن، فإن ثبت ذلك فهو محمولٌ عليه، ولا ينتفع بالحيازة إلا أن يأتي بأمر محقق من شراء أو صدقة أو هبة ونحوها.

المبحث الثالث
الشروط النظامية للدعوى العقارية

١. ألَّا يكون العقار المتعلقة به الدعوى خارج المملكة العربية السعودية، فإن كان العقار خارج المملكة فلا تختص به محاكم المملكة، سواءً أكان المدعى عليه سعودياً أو غير سعودي، له محل إقامة المملكة أو ليس له محل إقامة فيها[١]، كما لا يجوز لمحاكم المملكة النظر في دعوى عينية تتعلق بعقار خارج المملكة ولو قبل المتداعيان بذلك[٢].

٢. في حال كان أحد طرفي الدعوى غير سعودي فيجب على المحكمة مراعاة أحكام تملك غير السعوديين للعقار، ولا يخلو الأمر من أربعة أحوال:

أ) أن يكون غير السعودي مستثمراً مرخصاً له بمزاولة نشاط مهني أو حرفي أو اقتصادي فيحق له تملك العقار اللازم لمزاولة ذلك النشاط، بما في ذلك العقار اللازم لسكنه وسكن العاملين لديه، وذلك بعد موافقة الجهة التي أصدرت له الترخيص[٣].

ب) أن يكون غير السعودي مقيماً في المملكة إقامة نظامية؛ فيحق له تملك العقار لسكنه الخاص وذلك بعد الترخيص له من وزارة الداخلية[٤].

---

(١) المادتان (٢٤، ٢٥) من نظام المرافعات الشرعية.
(٢) المادة (٢٨) من نظام المرافعات الشرعية.
(٣) المادة (١) من نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥) في ١٧/ ٤/ ١٤٢١هـ.
(٤) المادة (٢) من نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره.

ج) الممثليات الأجنبية المعتمدة بالمملكة يجوز -على أساس المعاملة بالمثل- تملك المقر الرسمي لها ومقر السكن لرئيسها وأعضائها، ويجوز للهيئات الدولية والإقليمية في حدود ما تقضي به الاتفاقيات تملك المقر الرسمي لها وذلك كله بشرط الحصول على ترخيص من وزير الخارجية[١].

د) يجوز في غير الحالات السابقة لغير السعودي تملك العقار للسكن الخاص بموافقة من رئيس مجلس الوزراء.

ولا يجوز لغير السعودي بأي طريق غير الميراث تملك عقار داخل حدود مدينتي مكة المكرمة والمدينة المنورة، ويستثنى من ذلك حق الملكية إذا اقترن بها وقف العقار على جهة سعودية بشرط أن تكون النظارة للجهة المختصة في السعودية[٢].

وإذا كان يترتب على الدعوى انتقال ملكية عقار غير السعودي -إذا كان غير مستثمر- فيشترط استيفاء نسبة ١٠٪ من قيمة العقار إذا كان انتقال الملكية بالبيع، ونسبة ١٠٪ من قيمة المثل حال انتقال الملكية بطريق آخر غير البيع عدا حالات الإرث والهبة للوالدين والأولاد أو الوصية أو الوقف أو التبرع للجهات الخيرية السعودية ونحوها[٣].

(١) المادة (٣) من نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره.
(٢) المادة (٥) من نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره.
(٣) المرسوم الملكي رقم (٤٤) في ٢٩/ ١١/ ١٣٧٧هـ، والمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٤) في ٤/ ٩/ ١٤٣٠هـ.

وما سبق كله في غير مواطني دول مجلس التعاون الخليجي، أما مواطنو دول مجلس التعاون الخليجي فيسمح لهم بتملك العقارات المبنية والأراضي لغرض السكن أو الاستثمار في أية دولة عضو بإحدى طرق التملك المقررة نظاماً أو بالوصية أو الميراث ويعاملون في هذا الشأن معاملة مواطني الدولة التي يقع فيها العقار[1]، -باستثناء العقارات الواقعة في مكة المكرمة والمدينة المنورة- وإذا كان العقار أرضاً فيجب أن يستكمل بناؤها أو استغلالها خلال أربع سنوات من تاريخ تسجيلها باسمه وإلا كان للدولة التي يقع فيها العقار حق التصرف بالأرض مع تعويض المالك بنفس ثمنها يوم شرائها أو بثمنها حين بيعها أيهما أقل، وللدولة أن تمدد هذه المدة إذا اقتنعت بأسباب التأخير[2].

ويوجد أوامر وقرارات أخرى تمنع تملك غير السعوديين في بعض المواقع منها:

- التملك أو الارتفاق أو الانتفاع من بداية الحد الدولي للملكة إلى مسافة عشرة كيلو داخل أراضي المملكة[3].

(١) المادة (١) من تنظيم تملك مواطني دول المجلس للعقار في الدول الأعضاء بمجلس التعاون لغرض السكن والاستثمار، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢٢) في ٣/ ٤/ ١٤٣٢هـ.

(٢) المادة (٢) من تنظيم تملك مواطني دول المجلس للعقار في الدول الأعضاء بمجلس التعاون لغرض السكن والاستثمار.

(٣) قرار مجلس الوزراء رقم (٩) وتاريخ ١٢/ ١/ ١٤٢٦هـ المبلغ للمحاكم بالتعميم رقم (١٣/ ت/ ٢٦٠٤) في ٤/ ٣/ ١٤٢٦هـ.

- التملك أو الانتفاع أو الارتفاق في حدود خمسمائة متر من القواعد والمدن العسكرية[1].

- تملك مواطني دول مجلس التعاون للعقارات الزراعية[2].

وقد نص نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره في المادة (٧-د) على أن تطبيقه لا يخل بالأنظمة وقرارات مجلس الوزراء والأوامر السامية التي تمنع التملك في بعض المواقع، كما نص تنظيم تملك مواطني دول المجلس للعقار في الدول الأعضاء بمجلس التعاون لغرض السكن والاستثمار في المادة (٤) على أنه لا يتعارض مع حق الدولة في حظر التملك أو الانتفاع في مناطق معينة.

٣. وجود صك تملك نظامي على العقار محل الدعوى.

حيث صدر الأمر الملكي رقم (أ/ ٢١٨) في ٢٥/ ٣/ ١٤٤١هـ[3] المتضمن بأن: تعد ملكاً للدولة جميع الأراضي المنفكة عن الملكية الخاصة الثابتة بصك ملكية، ولا تقبل أمام المحاكم أي دعوى أو طلب يتعلق بإثبات تملك أرض استناداً إلى الإحياء أو وضع اليد أو الوثائق العادية.

(١) قرار مجلس الوزراء رقم (٩) وتاريخ ١٢/ ١/ ١٤٢٦هـ المبلغ للمحاكم بالتعميم رقم (١٣/ ت/ ٢٦٠٤) في ٤/ ٣/ ١٤٢٦هـ.

(٢) الأمر السامي رقم (١١٥٢٨) في ٢٥/ ٣/ ١٤٣٤هـ المبلغ للمحاكم بالتعميم رقم (١٣/ ت/ ٤٨٨٣) في ٧/ ٤/ ١٤٣٤هـ.

(٣) تم تبليغه للمحاكم بتعميم معالي نائب وزير العدل رقم (١٣/ ت/ ٧٩٤٣) في ٢٧/ ٣/ ١٤٤١هـ.

ويلزم أن يكون الصك مكتمل الإجراءات الشرعية والنظامية؛ استناداً للتعميم رقم (١٢/ ٣٨/ ت في ١٢/ ٣/ ١٤٠٣هـ) المتضمن أنه: «لا يسوغ لأي موثق من قاضٍ أو كاتب عدل أن يجري توثيق أي إقرار من بيع أو هبة أو قسمة أو وصية أو نحو ذلك من أنواع التصرفات على أية عقار إلا إذا كان ذلك العقار يستند على صك تملك شرعي مستوف، أو ما تفرع عن هذا الصك لا غير».

كما يلزم الاستفسار عن سجل الصك والتحقق من سريان مفعوله ومطابقته لسجله وتحديثه إلكترونيا قبل الحكم أو الأمر بالبيع أو التصفية، استناداً للتعميم رقم (١٣/ ت/ ٨٢٥٣) في ٢٨/ ١/ ١٤٤٢هـ.

٤. ألَّا يكون العقار في المواقع الممنوع تملكها نظاماً.

يوجد عدد من المواقع نصت أنظمة وأوامر وتعليمات بمنع التملك فيها، وأبرزها ما ورد في الأمرين الملكيين المتعلقين بقواعد التملك التي تنظر من الهيئة العامة لعقارات الدولة، حيث تضمن الأمر الملكي رقم (أ/ ٢١٨) في ٢٥/ ٣/ ١٤٤١هـ[1] ذكر بعض المواقع التي لا يجوز اكتساب الملكية الخاصة فيها وهي: حدود الحرمين الشريفين، والمشاعر المقدسة وأبنيتها، والأراضي الساحلية، وحرم الحدود، والمحميات الوطنية، وقمم الجبال، ومجاري الأودية، والمواقع الأثرية، وتضمن الأمر الملكي رقم (٥٦٧٠٨)

(١) تم تبليغه للمحاكم بتعميم معالي نائب وزير العدل رقم (١٣/ت/ ٧٩٤٣) في ٢٧/ ٣/ ١٤٤١هـ.

في ١٧/ ١٠/ ١٤٤١هـ[١] ذكر مواقع أخرى وهي: مشاريع الاستزراع السمكي، أراضي المتنزهات البرية، محميات الحياة الفطرية، أراضي المراعي والغابات مجاري الأودية والسيول والشعاب والفياض، والمواقع الأثرية، المحجوزات للمواد الهيدروكربونية والتعدين والطاقة، مواقع الخامات المعدنية، مسارات ومحطات الكهرباء، مناطق مصادر المياه وأحواض السدود وأحرامها، الأملاك الصادرة بها صكوك، المرافق والخدمات العامة.

٥. ألَّا تستند الدعوى إلى وضع اليد أو الإحداث بعد الأوامر القاضية بمنع الإحياء.

حيث نصت عدد من الأوامر على عدم سماع الدعاوى المستندة إلى وضع اليد بعد المنع من الإحياء، ومنها: الأمر السامي رقم (٢١٦٧٩) في ٩/ ١١/ ١٣٨٧هـ المتضمن ما نصه: «كل من يدعي وضع اليد لا يلتفت لدعواه من الآن فصاعداً»، وهو أشهر هذه الأوامر[٢]، ومنها أيضاً: الأمر الملكي رقم (٦٥٢) في ١/ ١/ ١٣٨٧هـ[٣] المتضمن ما نصه: «عدم سماع الدعاوي المتعلقة بوضع اليد على الأراضي البيضاء»، وبرقية المقام السامي

(١) تم تبليغه للمحاكم بتعميم معالي نائب وزير العدل رقم (١٣/ ت/ ٨١٥٣) في ٢٤/ ١٠/ ١٤٤١هـ.

(٢) حيث صدر قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (٧٤/ م/ ١٥) في ٧/ ٤/ ١٤٠٢هـ المبلغ للمحاكم بالتعميم رقم (١٢/ ٦٠/ ت) في ١/ ٥/ ١٤٠٢هـ المتضمن أن الأمر السامي المذكور حدد الإحياء القديم والإحياء الذي لا يعتبر، كما تم اعتماد تاريخ هذا الأمر في قبول طلبات التملك لدى الهيئة العامة لعقارات الدولة في الأمر الملكي رقم (٥٦٧٠٨) في ١٧/ ١٠/ ١٤٤١هـ.

(٣) تم تبليغه للمحاكم بالتعميم رقم (١٦٥/ ٢/ ت) في ٢٣/ ٧/ ١٣٩٣هـ.

رقم (٤/ب/ ٥١١٧) في ١٤/ ٤/ ١٤١٥هـ[١] المتضمنة ما نصه: «عدم قبول أي دعوى تستند على وضع اليد أو مبايعات عادية من أي كائن من كان»، وخطاب المقام السامي رقم ٤٩٩٧/ ٢ في ١٧/ ٧/ ١٤٠٠هـ المتضمن ما نصه: «عدم قبول أي دعوى تقام على أساس وضع اليد لأي كائن من كان»[٢].

٦. أن ترفع الدعوى قبل اكتساب التسجيل العيني للعقار الحجية المطلقة[٣]، فإذا اكتسب التسجيل العيني للعقار الحجية المطلقة فلا يجوز الطعن فيه إلا إذا كان الطعن بسبب خطأ كتابي أو تزوير[٤]، ويكتسب التسجيل العيني الحجية المطلقة بعد انقضاء سنة من تاريخ نشر قوائم الملَّاك، وللمتضرر من التسجيل العيني بعد اكتسابه الحجية المطلقة طلب التعويض من المتسبب دون الحق في طلب إلغاء التسجيل العيني أو تعديل بياناته أو الحقوق الواردة فيه[٥].

٧. تقديم ما يثبت التأشير بالدعوى في السجل العقاري، متى ما تضمنت إجراء تغيير في بيانات السجل، فلا تسمع الدعوى إلا بعد تقديم ما يثبت

(١) تم تبليغه للمحاكم بالتعميم ٨/ ت/ ٣٣٦ في ٢٥/ ٦/ ١٤١٥هـ.
(٢) تم تبليغه للمحاكم بالتعميم ١٠٧/ ١٢/ ت في ١٠/ ٨/ ١٤٠٠هـ.
(٣) المادة (١٠) من نظام التسجيل العيني للعقار.
(٤) المادة (٤) من نظام التسجيل العيني للعقار.
(٥) المادة (١١-٢) من نظام التسجيل العيني للعقار.

حصول التأشير بمضمون الدعوى في السجل[١]، وهذا الشرط -والذي قبله أيضاً- خاص بالعقارات التي طُبق عليها نظام التسجيل العيني للعقار.

٨. عدم التقادم: حيث نص نظام المعاملات المدنية على أنه لا تسمع الدعوى على المنكر بانقضاء عشر سنوات فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص نظامي أو الاستثناءات الواردة في النظام[٢].

ويبدأ سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يكون فيه الحق مستحق الأداء[٣]، ويقف سريانها كلما وجد عذر تتعذر معه المطالبة بالحق؛ كوجود تفاوض عن حسن نية بين الطرفين قائم عند اكتمال المدة، أو وجود مانع أدبي يحول دون المطالبة[٤].

وتنقطع مدة عدم سماع الدعوى بإحدى ثلاث حالات[٥]:

١. إقرار المدين بالحق صراحةً أو ضمناً.

٢. المطالبة القضائية ولو كانت أمام محكمة غير مختصة.

٣. أي إجراء قضائي آخر يقوم به الدائن للتمسك بحقه.

(١) المادة (١٦) من نظام التسجيل العيني للعقار.
(٢) المادة (٢٩٥) من نظام المعاملات المدنية.
(٣) المادة (٢٩٦) من نظام المعاملات المدنية.
(٤) المادة (٣٠٠) من نظام المعاملات المدنية.
(٥) المادة (٣٠٢) من نظام المعاملات المدنية.

وأخيراً فإن المحكمة لا تقضي بعدم سماع الدعوى للتقادم إلا بناءً على طلب المدعى عليه أو ذي مصلحة[1].

(١) المادة (٣٠٦) من نظام المعاملات المدنية.

الخاتمة

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

فقد تناولت في هذا البحث الشروط الخاصة بالدعوى العقارية من الجانبين الفقهي والنظامي، وخلصت فيه إلى النتائج التالية:

١. لا تقبل الدعوى إلا من ذي صفة، وصاحب الصفة في الدعوى العقارية من جهة المدعي هو: صاحب الحق نفسه أو من يقوم مقامه، ومن جهة المدعى عليه هو: من بيده العين إن كان مالكاً أو يدعي التملك وإلا فالخصم هو المالك لا صاحب اليد الطارئة.

٢. يشترط في الدعوى العقارية معلومية العقار المدعى؛ بحيث يكون متميزاً في ذهن القاضي والخصمين، ويكون معلوماً لمن يعاينه من الأعوان وأهل الخبرة.

٣. يشترط في الدعوى العقارية أن يكون العقار تحت يد المدعى عليه باستثناء دعوى منع التعرض.

٤. لا يشترط في الدعوى العقارية ذكر سبب الاستحقاق إلا عند الارتياب أو الدفع من قبل الخصم بما يستوجب بيان السبب.

٥. يشترط في الدعوى العقارية عدم التقادم المؤدي إلى تكذيب الدعوى.

الشروط النظامية لدعوى العقار هي: ألَّا يكون العقار خارج المملكة، ومراعاة أحكام تملك غير السعوديين للعقار، ووجود صك تملك نظامي للعقار، وألَّا يكون العقار في المواقع الممنوع تملكها نظاماً، وألَّا تستند

الدعوى إلى وضع اليد أو الإحداث بعد الأوامر القاضية بمنع الإحياء، وفي حال كان العقار مسجلاً تسجيلاً عينياً فيشترط: أن ترفع الدعوى قبل اكتساب التسجيل العيني للعقار الحجية المطلقة، وأن يقدم ما يثبت التأشير بالدعوى في السجل العقاري إذا كانت الدعوى تتضمن إجراء تغيير في بيانات السجل، ومن الشروط النظامية كذلك: عدم التقادم وهو مضي عشر سنوات على الاستحقاق في حال الدفع بالتقادم من المدعى عليه أو ذي مصلحة، ما لم يقر المدعى عليه بالحق، أو يوجد عذر للمدعي أو مطالبة قضائية أو إجراء قضائي قبل مضي المدة.

وبالله التوفيق، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

المراجع

١. **القرآن الكريم.**
٢. **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة**، المؤلف: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الشهير بـ(ميارة)، الناشر: دار المعرفة.
٣. **أحكام الدعوى القضائية**، المؤلف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الناشر: الجمعية العلمية القضائية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.
٤. **الأحكام السلطانية**، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الناشر: دار الحديث، القاهرة.
٥. **الأحكام السلطانية**، المؤلف: القاضي أبي يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.
٦. **أحكام دعوى الحيازة في نظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة)**، المؤلف: فهد بن علي الحسون، رسالة ماجستير مقدمة للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود، عام ١٤٢٧هـ.
٧. **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، المؤلف: القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ.
٨. **الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي**، مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، المؤلف: د. ناصر بن محمد الغامدي، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٩. **أدب القاضي**، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، المحقق: محيي هلال السرحان، الناشر: مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١هـ.

١٠. **أدب القضاء = الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات**، المؤلف: القاضي شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم، المحقق: د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.

١١. **أدب القضاء**، المؤلف: أبو العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني السروجي، المحقق: شيخ شمس العارفين صديقي بن محمد ياسين، الناشر: دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

١٢. **أدب القضاء**، المؤلف: شرف الدين عيسى بن عثمان بن عيسى الغزي، المحقق: مركز الدراسات والبحوث بمكتبة مصطفى الباز، الناشر: مكتبة مصطفى الباز مكة المكرمة الرياض، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

١٣. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.

١٤. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، المؤلف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون ذكر الطبعة، وبدون تاريخ النشر.

١٥. **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، المؤلف: علي قراعة، الناشر: لم يذكر، الطبعة الثانية، ١٣٤٤هـ.

١٦. **الأصول من علم الأصول (رسالة مختصرة في أصول الفقه)**، المؤلف: محمد بن صالح العثيمين، الناشر: دار ابن الجوزي، الرياض، طبعة عام ١٤٣٨هـ.

١٧. **الإقناع في مسائل الإجماع**، المؤلف: علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

١٨. **إِكمَالُ المُعْلِمِ بفَوَائِدِ مُسْلِم**، المؤلف: عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، أبو الفضل، المحقق: الدكتور يحْيَى إِسْمَاعِيل، الناشر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

١٩. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)**، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، عام ١٤٣٢هـ بدون ذكر الطبعة.

٢٠. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر.

٢١. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، المؤلف: علاء الدين الكاساني، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، سنة النشر ١٩٨٢م.

٢٢. **البناية شرح الهداية**، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العينى، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.

٢٣. **البهجة في شرح التحفة «شرح تحفة الحكام»**، المؤلف: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، المحقق: محمد عبد القادر شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٢٤. **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، المؤلف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٢٥. **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

٢٦. **تاج العروس من جواهر القاموس**، المؤلف: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.

٢٧. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، المؤلف: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

٢٨. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الناشر دار الكتب الإسلامي، القاهرة، سنة النشر ١٣١٣هـ.

٢٩. **التجريد لنفع العبيد = حاشية البجيرمي على شرح المنهج (منهج الطلاب**، اختصره: زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي، ثم شرحه في شرح منهج الطلاب)، المؤلف: سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، الناشر: مطبعة الحلبي، بدون ذكر الطبعة، تاريخ النشر: ١٣٦٩هـ.

٣٠. **تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب**، المؤلف: سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ.

٣١. **تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي في شرح المنهاج مع حواشي الشرواني والعبادي المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي**، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون ذكر الطبعة، عام النشر: ١٣٥٧هـ.

٣٢. **التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل**، إصدار: وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية.

٣٣. **تنظيم الهيئة العامة للعقار**، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٣٩) في ١٤٣٨/٤/٢٥هـ.

٣٤. **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية**، المؤلف: محمد بن علي بن حسين المكي مفتي المالكية بمكة المكرمة، مطبوع مع كتاب الفروق للقرافي، الناشر: عالم الكتب، بدون طبعة، وبدون تاريخ نشر.

٣٥. **تهذيب اللغة**، المؤلف: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.

٣٦. **جامع الفصولين**، المؤلف: محمود بن إسرائيل بن عبد العزيز، الشهير بابن قاضي سماوة، المكتبة الشاملة.

٣٧. **حاشية البناني على شرح الزرقاني**، المسماة: (الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني)، مطبوعة مع شرح الزرقاني، المؤلف: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٣٨. **حاشية الجمل**، المسماة: (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب)، المؤلف: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، مطبوعة مع شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ نشر.

٣٩. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الناشر: دار الفكر، بدون ذكر الطبعة، وبدون تاريخ النشر.

٤٠. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٤١. **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، المؤلف: علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

٤٢. **الدرر السنية في الأجوبة النجدية**، المؤلف: علماء نجد الأعلام، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السادسة، ١٤١٧هـ.

٤٣. **دعوى الحيازة في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات في المملكة العربية السعودية**، المؤلف: أ. د محمد بن عبد الله المحيميد، الناشر: دار العقيدة الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.

٤٤. **الذخيرة**، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، المحقق: محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٤٥. **رد المحتار على الدر المختار**، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.

٤٦. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

٤٧. **روضة القضاة وطريق النجاة**، المؤلف: علي بن محمد بن أحمد، أبو القاسم الرحبيّ المعروف بـ (ابن السمناني)، المحقق: د. صلاح الدين الناهي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.

٤٨. **سنن الدارقطني**، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، المحقق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرزالله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٤٩. **السنن الكبرى**، (السنن الكبير)، المؤلف: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.

٥٠. **سير الدعوى القضائية**، المؤلف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الناشر: الجمعية العلمية القضائية السعودية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٤٠هـ.

٥١. **شرح أدب القاضي = شرح «أدب القاضي للخصاف»**، المؤلف: حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد، المحقق: محيي هلال السرحان، الناشر: مطبعة الإرشاد بغداد، والدار العربية للطباعة، بغداد، الطبعة الأولى، ١٣٩٧هـ ١٣٩٨هـ.

٥٢. **شرح الزّرقاني على مختصر خليل**، المؤلف: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٥٣. **الشرح الكبير لمختصر خليل**، المؤلف: الشيخ أحمد الدردير العدوي، الناشر: دار الفكر، بدون ذكر الطبعة وبدون، تاريخ النشر.

٥٤. **شرح المجلة**، المؤلف: محمد خالد الأتاسي، عني بإتمامها ونشرها: محمد طاهر الأتاسي، الناشر: مكتبة رشيدية، بدون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع.

٥٥. **شرح عماد الرضا ببيان آداب القضاء**، المؤلف: عبد الرؤوف بن علي بن زين الدين المناوي القاهري، المحقق: عبد الرحمن عبد الله عوض بكير، الناشر: الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

٥٦. **شرح مختصر الروضة**، المؤلف: سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.

٥٧. **شرح مختصر خليل للخرشي**، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، الناشر: دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون ذكر الطبعة، وبدون تاريخ النشر.

٥٨. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، المحقق: نايف بن أحمد الحمد، الناشر: دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

٥٩. **الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية**، المؤلف: سيدي محمد العزيز جعيط، الناشر: مكتبة الاستقامة تونس، الطبعة الثانية.

٦٠. **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، المؤلف: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، المحقق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٦١. **العناية شرح الهداية**، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود البابرتي، الناشر: دار الفكر، بدون ذكر الطبعة، وبدون تاريخ نشر.

٦٢. **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، المؤلف: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٤١١هـ.

٦٣. **فتاوى ورسائل**، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، الناشر: مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.

٦٤. **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

٦٥. **الفواكه البدرية في أطراف القضايا الحكمية**، المؤلف: أبو اليسر بدر الدين محمد بن محمد بن محمد بن خليل القاهري، المشهور بابن الغرس، المحقق: عبد الله بن سعد بن علي الطخيس، الناشر: دار الإداوة للنشر، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.

٦٦. **القاموس المحيط**، المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ.

٦٧. **قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بآخر رد المحتار)**، المؤلف: علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٦٨. **القضاء الشرعي القواعد والضوابط الفقهية**، المؤلف: أ. د. محمد الزحيلي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ.

٦٩. **القواعد الفقهية للدعوى القضائية وتطبيقاتها في النظام القضائي في المملكة العربية السعودية**، المؤلف: د. حسين بن عبد العزيز آل الشيخ، الناشر: دار التوحيد للنشر، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.

٧٠. **القوانين الفقهية**، المؤلف: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، بدون ذكر الطبعة، وبدون تاريخ النشر.

٧١. **الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي**، المؤلف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٣٠هـ.

٧٢. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، المؤلف: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، المحقق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، دار النشر: وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٧٣. **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، المؤلف: علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير بالمتقي الهندي، المحقق: بكري حياني، صفوة السقا، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، ١٤٠١هـ.

٧٤. **الكوكب المنير شرح مختصر التحرير**، المؤلف: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.

٧٥. **لسان العرب**، المؤلف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.

٧٦. **المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا**، إصدار: مركز البحوث بوزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ.

٧٧. **المبدع في شرح المقنع**، المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، سنة النشر ١٤٠٠هـ.

٧٨. **المبسوط**، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، بدون ذكر الطبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ.

٧٩. **مجلة الأحكام الشرعية**، المؤلف: أحمد بن عبد الله القاري، المحقق: د. عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان ود. محمد بن إبراهيم أحمد علي، الناشر: مكتبة تهامة، الطبعة الثالثة، ١٤٢٦هـ.

٨٠. **مجلة الأحكام العدلية**، المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد.

٨١. **مجلة القضائية**، مجلة علمية محكمة تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية.

٨٢. **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية – الإصدار الثاني**، جمعها: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ.

٨٣. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، المؤلف: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٨٤. **مختار الصحاح**، المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ.

٨٥. **المدخل الفقهي العام**، المؤلف: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤٣٣هـ.

٨٦. **المدخل إلى فقه المرافعات**، المؤلف: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الناشر: دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٨٧. **المدخل لدراسة الأنظمة السعودية**، المؤلف: د. أيمن سعد سليم، د. زياد القرشي، د. عبد الله العطاس، د. عبد الهادي الغامدي، د. نايف الشريف، الناشر: دار الحافظ للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الثانية، ١٤٣١هـ.

٨٨. **المدخل لدراسة الأنظمة**، المؤلف: د. عبد الرزاق الفحل، أ. د. محمد عمران، أ. د. أنور الهواري، أ. د. أحمد عشوش، د. محمد عبد الحميد، د. محمود المظفر، الناشر: دار الآفاق جدة، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.

٨٩. **المدونة**، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٩٠. **المذهب الحنفي**، مراحله وطبقاته، ضوابطه ومصطلحاته، خصائصه ومؤلفاته، المؤلف: أحمد بن محمد نصير الدين النقيب، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٩١. **المراسيل**، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي، السِّجِسْتاني، المحقق: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.

٩٢. **مسعفة الحكام على الأحكام**، المؤلف: محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد الخطيب شهاب الدين التمرتاشي، المحقق: د. صالح بن عبد الكريم الزيد، الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

٩٣. **المصباح المنير**، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية.

٩٤. **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**، المؤلف: د. نزيه حماد، الناشر: دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، دار البشير، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.

٩٥. **المعجم الوسيط**، المؤلف: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار النشر: دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية.

٩٦. **معجم لغة الفقهاء**، المؤلف: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

٩٧. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المؤلف: محمد الخطيب الشربيني، الناشر دار الفكر، مكان النشر بيروت.

٩٨. **المغني**، المؤلف: أبو محمد موفق الدين، عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: عالم الكتب، الرياض، السعودية، بدون ذكر الطبعة، العام ١٤٣٩هـ.

٩٩. **مقاييس اللغة**، المؤلف: أبي الحسين أحمد بن فارِس بن زكَرِيّا، المحقق: عبد السَّلام محمد هَارُون، الناشر: اتحاد الكتاب العرب، الطبعة ١٤٢٣هـ.

١٠٠. **المنثور في القواعد الفقهية**، المؤلف: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، الناشر وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.

١٠١. **منح الجليل شرح مختصر خليل**، المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، الناشر: دار الفكر، بيروت، بدون ذكر الطبعة، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ.

١٠٢. **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.

١٠٣. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

١٠٤. **الموسوعة الفقهية الكويتية الموسوعة الفقهية الكويتية**، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعات: الأجزاء ١، ٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، الأجزاء ٢٤-٣٨، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، الأجزاء ٣٩-٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.

١٠٥. **مَوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة**، المؤلف: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

١٠٦. **نظام التسجيل العيني للعقار**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩١) في ١٩/ ٩/ ١٤٤٣هـ.

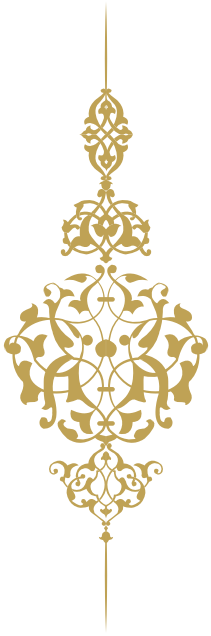
١٠٧. **نظام المرافعات الشرعية**، الصادر بالأمر الملكي رقم (م/ ١) وتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

١٠٨. **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، المؤلف: د. محمد نعيم ياسين، الناشر: دار النفائس، الأردن، الطبعة الثالثة، ١٤٢٥هـ.

١٠٩. **نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون**، رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون عام ١٣٩٦هـ، (غير مطبوعة)، إعداد: حامد محمد عبد الرحمن.

١١٠. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ.

١١١. **نوازل العقار (دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة)**، المؤلف: د. أحمد بن عبد العزيز العميرة، الناشر: بنك البلاد ودار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.



فقه الأوقاف الاستثمارية

دراسةٌ تقويميَّةٌ

د. محمد بن خالد بن محمد النشوان

عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء

يشكر الباحث عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في المملكة العربية السعودية لتمويلها هذا المشروع في عام ١٤٤٣هـ

منحة بحثية ذات الرقم «٢٢١٤٠١٠٠١»

المقدمة

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على أشرف المرسلين، أما بعد:

فالأوقاف إحدى القُرباتِ العِظَام في دين الإسلام، وما زال المسلمون منذ عهد الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ إلى وقتنا الحاضر يتنافسون في تحبيس أموالهم قُربةً لله عَزَّوَجَلَّ. وفي زماننا المعاصر ازداد الاهتمام بالوقف، وأُنشئت لأجل ذلك الوزارات والهيئات والمؤسسات المعنيَّة بالأوقاف؛ إشرافًا وتنظيمًا وتطويرًا، كما توسَّع مفهوم المال الموقوف، وبرزَ مفهوم الأوقاف الاستثمارية في الواقع العملي من خلال كثيرٍ من الصيغ الاستثمارية الوقفية، وظهرتِ العديد من المنتجات الوقفية الحديثة القائمة على الاستثمار وتقليب الأصل الموقوف في عددٍ من الأصول الاستثمارية. ومع كثرةِ الأبحاث والرسائل والموسوعات التي ساهمت -مشكورةً- بتأصيل الجانب الشرعي والنظامي لهذا الموضوع، إلا أنَّ هناك حاجةً ماسةً لإعادة النظر في بعض الاجتهادات المعاصرة وتقويمها ونقدها وَفْق أصول الشريعة ومقاصدها، وربط كثيرٍ من فروع هذا الباب بما قرَّره السادة الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ في مدوناتهم الفقهية، وبيان أهمِّ أوجه القصور المنهجية في الاجتهاد المعاصر في «فقه الأوقاف الاستثمارية» من حيثُ البناء الفقهي، وطريقة الاستدلال إلى ما هنالك من الأصول التي تحتاج إلى تقويمٍ ونقدٍ، سائلًا الله الإعانة والسداد.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

١. منزلة الأوقاف في دين الإسلام، وارتباطها بحياة الناس ومعاشاتهم، فهي إحدى الأدوات المالية الكبرى في النظام المالي الإسلامي.

٢. أنَّ الأوقاف الاستثمارية تعدُّ من أهمِّ القطاعات غير الربحية في الدول، ولا يزال الإطار التنظيمي لها في بداياته، وهذا البحث -مع قصوره- مساهمةٌ في تجويد الرأي الشرعي فيها.

٣. الحاجة الماسة لتقويم بعض الاجتهادات والتطبيقات المعاصرة الخارجة عن «مضمار مسالك السلف في الاستنباط واستفادة الظنون»[(١)]؛ لا سيما وأنَّ بعضها قد يتتابع الباحثون في الأخذ بها والجري وراءها.

مشكلة البحث وأسئلته:

مع توسُّع الأوقاف الاستثمارية المعاصرة من خلال عددٍ من المنتجات الوقفية الاستثمارية، وصدور عددٍ من الأنظمة الوقفية في مختلف البلدان الإسلامية، وتعدُّد الجمعيات والمؤسسات الخيرية الوقفية المعنية بإدارة الأصول الوقفية، وتباين نظرها الاجتهادي في التطبيق العملي، لا سيما مع كثرة الأبحاث والدراسات المعاصرة في مسائل الوقف ونوازله؛ أضحتِ الحاجة داعيةً لتقويم كثيرٍ من الاجتهادات، وبيان أوجه القصور والخلل فيها، والإجابة عن عددٍ من الأسئلة المهمة:

١. ما مفهوم الأوقاف الاستثمارية؟ وما الفرق بينها وبين غيرها من الأوقاف؟

٢. ما ضوابط الاستثمار في الأوقاف الاستثمارية؟

٣. ما المقاصد الشرعية التي ينبغي أن تُتغيَّا في الأوقاف الاستثمارية؟

٤. ما أبرز مثارات الغلط في الاجتهاد الفقهي في الأوقاف الاستثمارية؟

(١) إيضاح المحصول، للمازري (ص٣٨٨).

أهداف البحث:

١. التعريف بالأوقاف الاستثمارية وضوابط الاستثمار فيها.

٢. بيان المقاصد الشرعية في الأوقاف الاستثمارية.

٣. ذكر أبرز مثارات الغلط في الاجتهاد الفقهي في الأوقاف الاستثمارية.

٤. تقويم بعض التطبيقات المعاصرة في الأوقاف الاستثمارية.

الدراسات السابقة:

حسب بحثي في المكتبات العامَّة وقواعد البيانات والمعلومات؛ لم أجد دراسةً كُتبت في الموضوع على هذا النحو المراد، وغالب الدراسات هي في جانب التأصيل الشرعي لاستثمار الأوقاف بشكلٍ عامٍّ، أو التأصيل لإحدى الصيغ الاستثمارية الوقفية بشكل خاصٍّ، أو التنبيه على ضوابط استثمار الأوقاف وأثر الإخلال بها ونحو ذلك، وإن لم تخلُ بعض الدراسات من التنبيه على بعض الأخطاء المنهجية في بعض المسائل سواءٌ أكان الخطأُ في الاستدلال أم في فهم كلام أهل العلم ونحو ذلك -مما هو متعلقٌ بمقصود البحث-، بيد أنها لم تبحث ذلك أصالةً وإنما على وجه التَّبعية.

منهج البحث:

اعتمدتُ في البحث على منهج الاستقراء والتحليل والنقد، وذلك باستقراء أهمِّ الدراسات المتعلِّقة بفقه الأوقاف الاستثمارية -حسب الوسع-، ثم قمتُ بتحليلها ونقد أبرز أوجه القصور المنهجية فيها.

أما الجانب الإجرائي؛ فيمكن إجماله بالآتي:

١. استقراء أهمِّ ما كُتب حول استثمار الوقف بعامَّة، والأبحاث الخاصَّة ببعض الصيغ الاستثمارية الوقفية الحديثة، وبعض التطبيقات في الواقع المعاصر.

٢. عزو الآيات القرآنية بعد إيراد الآية مباشرةً بذكر اسم السورة ورقم الآية بين معقوفتَين.

٣. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية مكتفيًا برقم الحديث، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيتُ بتخريجه منهما، وإن لم يكن في أحدهما؛ فإني أخرِّجه من المصادر الأخرى مع بيان حُكمه.

٤. لم أترجم للأعلام طلبًا للاختصار، مع الالتزام بإتْباع العلَم بسنة وفاته بين قوسين.

٥. توثيق الأقوال والنُّقول والتعريفات من مصادرها الأصلية -قدر الإمكان-.

٦. عند التوثيق والإحالة أذكر اسم الكتاب، وأحيانًا معه اسم المؤلِّف لإزالة اللَّبس، وأما المعلومات المتعلِّقة بالمصادر، فَتُذكر في ثبَت المصادر آخرَ البحث.

تقسيمات البحث:

يتكوَّن البحث من مقدمةٍ، وتمهيدٍ، وأربعة مباحث، وخاتمة، بيانها كالآتي:

المقدمة:

وتشتمل على: أهمية الموضوع وأسباب اختياره، ومشكلة البحث وأسئلته، وأهدافه، والدراسات السابقة، وتقسيمات البحث، ومنهجه.

تمهيد: في التعريف بمفردات البحث:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف فقه الأوقاف الاستثمارية.

المطلب الثاني: الفرق بين الوقف الاستثماري وما يشابهه.

المبحث الأول: ضوابط الاستثمار في الأوقاف الاستثمارية.

المبحث الثاني: المقاصد الشرعية في الأوقاف الاستثمارية.

المبحث الثالث: مثارات الغلط في الاجتهاد الفقهي في الأوقاف الاستثمارية.

المبحث الرابع: المآخذ الواقعة في التطبيق المعاصر في الأوقاف الاستثمارية.

الخاتمة:

وفيها أهمُّ النتائج والتوصيات.

وغني عن البيان أنَّ الكتابة في هذا الموضوع لا تعني عصمةَ الباحث، أو ادعاءَ إصابة الحق في كلِّ مسألة تناولها؛ فإنَّ هذا لا يُدركه إلا مَن عصَمَه الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، كما أنبِّه إلى أنَّ بعض ما أُورِده من نقدٍ وتقويمٍ هو محلُّ بحثٍ ونقاش، وربما كان بعضُه متعلِّقًا بمنهجية التوصُّل إلى الحكم لا على الحكم

نفسه، كما أنه لا يتضمَّن حَطًّا من جهود الباحثين المجتهدين -كتب الله أجر الجميع- راجيًا من القارئ الكريم التصويب والتتميم[1].

والله المسؤول أن ينفع بهذا البحث ويتقبَّله، ويجعله خالصًا لوجهه الكريم، وأن يُبصِّرني بالحق أينما كان، ويرزقني اتِّباعه، ويجنِّبني الخطأ والزَّلَل، ويرزقني اجتنابه، ويجعلني ممن يقول بالحق ويعمل به، ويُؤْثره ويحتمل ما فيه.

وصلَّى الله وسلَّم على نبيِّنا محمد، وعلى آله وصحبه.

وكتب

د. محمد بن خالد النشوان

M.alnshwan@gmail.com

(١) تنبيه: لم أنسب كثيرًا من الآراء أو أسمي بعض الجهات الواردة في البحث لعدَّة اعتبارات، منها: شهرة هذه الآراء وتناقل كثيرٍ من الباحثين لها، فهي لا تختصُّ بباحثٍ معيَّن. ومنها: أنَّ مقصود البحث تقويم القول بغض النظر عن قائله، على أني قد أنسبُ بعض الآراء لقائليها؛ وذلك عندما يكون في الرأي نوع غرابةٍ أو بُعد ونحو ذلك. ومنها: خصوصية تسمية بعض الجهات أو المؤسسات الوقفية؛ نظرًا لسرية القرارات الصادرة عن مجالس النِّظارة التي لا يسمح بنشرها عادةً، فضلًا عن عدم موافقة بعضهم على ذكر اسمه في البحث. وبكلِّ حال؛ فالعبرة بأصل الفكرة محلِّ النقد والتقويم وصلتها بفقه الأوقاف الاستثمارية الذي هو موضوع البحث أصالةً.

تمهيد
في التعريف بمفردات البحث

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف فقه الأوقاف الاستثمارية:

جرت عادة أهل العلم على أن يُعرِّفوا أفراد المركَّب أولًا، ثم يُعرِّفونه باعتبار تركيبه، ولذا؛ فسأشرع أولًا في تعريف مفردات البحث قبل تركيبها وإضافتها.

(فقه) لغةً:

مصدرٌ للفعل الثلاثي المجرَّد (فِقْه)، على وزن: فِعْل، ومادة (الفاء والقاف والهاء) أصلٌ واحدٌ صحيح، يدلُّ على إدراك الشيء والعلم به. تقول: فَقِهتُ الحديث أفقهُه. وكلُّ علمٍ بشيء فهو فِقهٌ. ويقال: (فقِه) بكسر عينه: إذا فهِم، و(فقُه) بضم عينه: إذا صار الفقه له سجيةً[1].

وأما في الاصطلاح:

فقد مرَّ مصطلح (الفقه) بعددٍ من المراحل حتى استقرَّ إلى المعنى الذي يتبادر في أذهان المتأخرين عند إطلاقه[2].

---

(١) انظر: تهذيب اللغة (٥/ ٤٠٤)، الصحاح (٦/ ٢٢٤٣)، معجم مقاييس اللغة (٤/ ٤٤٢). مادة (فقه).

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ١٢)، الصياغة الفقهية في العصر الحديث، د. هيثم الرومي (ص١٧).

وأحسن التعريفات للفقه: هو ما سار عليه أكثرُ المتأخرين، وهو قولهم: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبُ من أدلَّتها التفصيلية»[1].

(الأوقاف) لغةً:

جمع وقف، وهو مصدرٌ للفعل الثلاثيِّ المجرَّد: وقَف، على وزن: فعَل، ويُستعمَل متعديًّا ولازِمًا، وفي المحسوس والمعنويِّ، تقول: وَقفْتُ الدابَّة ووَقفْتُ الكلمة وَقْفًا، فإن كان لازِمًا قلتَ: وقفْتُ وُقُوفًا[2]، وترجع معاني هذه المادة (الواو والقاف والفاء) إلى «أصل واحد يدلُّ على تمكُّثٍ في شيءٍ، ثمَّ يقاسُ عليه»[3].

وهذه المادة «وقَف» تأتي في اللغة لمعانٍ ومدلولاتٍ متعدِّدَةٍ، والذي يناسب المقصود هنا، معنيان[4]:

أحدهما: المنع، يقال: وَقفْتُ الرَّجُل عن الشيء، أي: منعتُه عنه.

وسمِّي الوقف منعًا؛ لأنَّ الواقِف يمنع التصرُّف في الموقوف.

(١) منهاج الوصول، للبيضاويِّ (ص١٧). وانظر: حاشية ابن عابدين (١/ ٣٦)، شرح مختصر خليل، للخَرَشيِّ (١/ ٣١)، النجم الوهاج، للدَّمِيريِّ (١/ ١٩١)، كشاف القناع (١/ ١٧).

(٢) انظر: العين (٥/ ٢٢٣)، الصّحاح (٤/ ١٤٤٠-١٤٤١)، مقاييس اللغة (٦/ ١٣٥)، مادة (وقف).

(٣) مقاييس اللغة (٦/ ١٣٥)، مادة (وقف).

(٤) للتوسُّع في معاني هذه المادة؛ انظر: لسان العرب (٩/ ٣٥٩-٣٦٢)، تاج العروس (٢٤/ ٤٦٧-٤٧٧)، مادة (وقف).

والثاني: الحَبْس، يقال: وَقفْتُ الدار على المساكين وللمساكين، أي: حبَّستُها.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْئُولُونَ﴾ [الصافات: ٢٤].

وسمِّي الوقف حبسًا؛ لأنَّ العين محبوسةٌ عن التصرُّف لغير ما صُرِفَت له.

وأما في الاصطلاح:

فقد جاء الخطاب الشرعيُّ مفسِّرًا لحقيقة الوقف؛ فقد جاء عن عمرَ بنِ الخطاب (ت٢٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: يا رسولَ الله إنَّ المئة سهمٍ التي بخيبرَ، لم أُصِبْ مالًا قطُّ هو أَحَبُّ إليَّ منها، وقد أردتُ أن أتصدَّقَ بها، فقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((احْبِسْ أَصْلَهَا، وَسَبِّلْ ثَمَرَتَهَا))(١). إلا أنَّ فقهاء كلِّ مذهبٍ لا سيما المتأخرين أوردوا في تعريف الوقف الشروط التي يصحُّ بها الوقف عندهم(٢)، والتعبير بالخطاب النبويِّ أكملُ من التعبير بغيره.

ومعنى: (تحبيس الأصل): أي: حبس العين، كالدَّار، أو الشجر، أو الأرض، أو السيارة، أو النقود، وما أشبه ذلك؛ لأنَّ الوقفَ يكون في العقار والمنقول -على الصحيح-.

(١) أخرجه الشافعيُّ في «السنن المأثورة» (٥٣٢)، والحميديُّ في «المسند» (٦٦٧)، والنسائيُّ (٣٦٠٣)، وابن ماجه (٢٣٩٧)، من حديث: سفيان بن عيينة، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ به. وإسناده صحيحٌ، وصحَّحه الألبانيُّ في «الإرواء» (٦/ ٣١). وأصله في «الصحيحين» بلفظ: «إن شئت حَبَّسْت أصلَها، وتصدَّقْت بها».

(٢) جاء في «الإنصاف» (١٦/ ٣٦١): «قال الزركشيُّ: وأرادَ مَن حَدَّ بهذا الحَدِّ، مع شرُوطِه المعتبرة، وأدخلَ غيرُهم الشروطَ في الحَدِّ».

ومعنى: (تسبيل الثمرة): أي: إطلاقها، وأن تكون على مصرف.

والمعنى: أنَّ المُوقِف يحبس الأصل عن كلِّ ما يَنقلُ المِلْك فيه، ويُسبِّل المنفعة أو الثمرة -يعني الغلَّة- كأُجْرة البيت، والثمرة، والزرع، وربح النَّقْد، وما أشبه ذلك[1].

(الاستثمارية) لغةً:

نسبةً لـ«الاستثمار»، وهو مصدر للفعل الثلاثيِّ المزيد: استثمر، على وزن: اسْتَفْعَل، وترجع معاني هذه المادة (الثاء والميم والراء) إلى «أصلٍ واحدٍ، وهو شيء يتولَّدُ عن شيءٍ مُتجمِّعًا، ثمّ يُحمَلُ عليه غيره استعارةً»[2].

ولهذه المادة معانٍ متعدِّدةٍ[3]، إلا أنَّ المعنى الحقيقيَّ مرتبطٌ بحمل الشجر، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثۡمَرَ﴾ [الأنعام: ١٤١]، وتُستعمَلُ مجازًا فيما سوى ذلك: كنماء المال، يقال: ثمَّر الرجلُ مالَه: أي أحسن القيام عليه، وثمَّر الله مالَك: أي كثَّره، وأَثْمر الرجلُ: كثُر مالُه، وهذا المعنى هو المقصود في البحث.

وأما في الاصطلاح:

فمفهوم الاستثمار عند الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ لا يخرجُ عن المعنى اللغويِّ بل جاء متَّفقًا معه، لكن التعبير بلفظ الاستثمار جاء قليلًا عندهم، وغالب كلامهم يأتي

(١) انظر: النهاية في غريب الحديث (٢/ ٣٣٩)، النظم المستعذب (٢/ ٨٦)، الشرح الممتع (١١/ ٥).

(٢) مقاييس اللغة (١/ ٣٨٨)، مادة (ثمر).

(٣) انظر: الصّحاح (٢/ ٦٠٥)، مقاييس اللغة (١/ ٣٨٨)، لسان العرب (٤/ ١٠٦)، مادة (ثمر).

في مصطلحاتٍ مرادفةٍ لمعنى الاستثمار، وذلك: كـ«الاستنماء»، و«التثمير»، و«التنمية»، و«العِمَارة»، و«الاتِّجار» ونحوها. وكذا أصل كلمة الاستثمار في علم الاقتصاد لا تخرج عن المعنى اللغويِّ فهو استنماء الثروات وزياداتها. أو هو: توجيه الأموال نحو استخدامات تؤدِّي إلى إشباع حاجة اقتصادية(١).

وقد عرَّف الباحثون المعاصرون الاستثمار في الاصطلاح، فمن ذلك:

- «تنمية المال من طرقه المباحة شرعًا»(٢).
- «تنمية المال وتكثيره»(٣).
- «تنمية المال بقصد الربح»(٤).

وقبل بيان المراد بـ«فقه الأوقاف الاستثمارية»: تحسن الإشارة إلى المقصود بالوقف الاستثماري. فالوقف الاستثماري: هو الوقف الذي اتَّجهت فيه نيةُ الواقف لجعله أصلًا يُنمَّى بالتقليب والاستغلال بحسب المقتضيات التجارية، لا إلى تحبيسه بعينه، وإنما غرضه استدامة الوقف بتلك الأعيان أو ببدائلها(٥).

(١) انظر: الموسوعة الاقتصادية، د. راشد البراوي (ص٤١)، الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية، د. عبد الستار أبو غدة -ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلاميِّ- العدد ٩، (٢/ ٩٤)، الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. يوسف الشبيلي (١/ ٥٨).
(٢) الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، د. علي السالوس (١/ ٢٨٣).
(٣) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د. نزيه حماد (ص٥١).
(٤) استثمار أموال الوقف، د. عبد الله العمار -ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول بالكويت- (ص٢٠٣).
(٥) انظر: الوقف الإسلاميُّ، د. منذر قحف (ص٣٦-٤١)، الوقف الاستثماريُّ «وقف النقود وأدوات الاستثمار» -ضمن أبحاث في قضايا مالية معاصرة-، د. يوسف الشبيلي (٢/ ٥٠٧)، المعايير الشرعية - معيار الوقف (٦٠) (ص١١١٥-١١١٦).

وعليه؛ فالمراد بـ«فقه الأوقاف الاستثمارية» -باعتبار تركيبه وإضافته-: هو معرفة الأحكام الشرعية المتعلِّقة بالوقف الاستثماري وَفْق الأصول الشرعية المعتبرة عند أهل العلم رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ[1]. وليس الغرض تفصيل أحكام هذا النوع من الأوقاف، وإنما بيان الأحكام والأصول الشرعية العامَّة لها، والإشارة إلى أوجه الخلل في التأصيل والتطبيق المعاصر.

المطلب الثاني: الفرق بين الوقف الاستثماري وما يشابهه:

هناك عددٌ من المصطلحات تشتبه بالوقف الاستثماري الذي تقدَّم بيانه آنفًا، والتفريق بينها ضروريٌّ؛ حتى يعطي الفقيه الحكمَ المناسب لكلِّ صورةٍ منها، وحتى لا يقع الخَلْط والتلفيق في الأحكام، فـ«مسائل الشرع ربما تتشابه صورها وتختلف أحكامها لعللٍ أوجبت اختلاف الأحكام، ولا يستغني أهل التحقيق عن الاطلاع على تلك العِلَل التي أوجبت افتراق ما افترق منها، واجتماع ما اجتمع منها»[2]، ومن أبرز هذه المصطلحات التي تحتاج إلى تفريقٍ لما لها من تأثيرٍ في الأحكام ما يلي:

* الفرق بين الوقف الاستثماري والوقف العيني:

الأوقاف تنقسم بالنظر إلى طبيعة الوقف وقابليَّته للتقليب والاستبدال إلى نوعين[3]:

(١) وليس هذا من قبيل التعريف العلمي، ولكن من باب توضيح مقصود البحث لانكشافه وتمييزه.
(٢) الجمع والفرق، لأبي محمد الجويني (١/ ٣٧).
(٣) انظر: الوقف الإسلاميُّ، د. منذر قحف (ص٣٦-٤١)، الوقف الاستثماريُّ «وقف النقود وأدوات الاستثمار» -ضمن أبحاث في قضايا مالية معاصرة-، د. يوسف الشبيلي (٢/ ٥٠٧)، المعايير الشرعية - معيار الوقف (٦٠) (ص١١١٥-١١١٦).

أحدهما: الوقف العيني: وهو الوقف الذي اتَّجهت فيه نية الواقف إلى تحبيس أصلٍ بعَيْنه، وقد يكون عقارًا أو منقولًا، ومن شرطه أن يمكن الانتفاع بالأصل مع بقاء العين.

والآخر: الوقف الاستثماري: وهو الوقف الذي اتَّجهت فيه نية الواقف لجعله أصلًا يُنمَّى بالتقليب والاستغلال بحسب المقتضيات التجارية، لا إلى تحبيسه بعينه، وإنما غرضه استدامة الوقف بتلك الأعيان أو ببدائلها.

والتفريق بينهما عند النظر الفقهي من الأهمية بمكانٍ، وقد أشار فضيلة شيخنا أ. د. يوسف الشبيلي -حفظه الله- إلى ضرورة مراعاة الاختلاف بين «الأوقاف العينية» و«الأوقاف الاستثمارية»، بقوله: «من الخَلَل إجراء ضوابط بيع الوقف العيني أو استبداله أو رهنه على هذا النوع [يعني: الوقف الاستثماري]؛ إذ تختلف طبيعتهما، ونية الواقِف فيهما، وكيفية الانتفاع بهما»[1].

وعليه؛ فالفرق بين الوقف الاستثماري والوقف العيني: أنَّ الوقف الاستثماريَّ يُستعمل أصله في التنمية والاستغلال وإنتاج الإيرادات، لتنفق على غرض الوقف. فالواقف لم يُرد تحبيس الأصل بعينه، وإنما تحبيس موجودات هذه الأصول بقيمتها الاستبدالية لا بأعيانها، بخلاف الوقف العيني فالواقف أراد تحبيسَ الأصل بعينه بحيث يكون الانتفاع مباشرًا من العين الموقوفة.

(١) الوقف الاستثماريُّ «وقف النقود وأدوات الاستثمار» -ضمن أبحاث في قضايا مالية معاصرة- (٢/ ٥٠٨).

*** الفرق بين الوقف الاستثماري واستثمار الوقف:**

يمكن إجمال الفرق بينهما في أمرين رئيسين:

أحدهما: أنَّ الوقف الاستثماريَّ يعدُّ أحد الصيغ الوقفية ذات الصلة بـ(الوقف النقدي) أو (وقف أدوات الاستثمار) كالصناديق الاستثمارية والأسهم والصكوك ونحوها، وهذا النوع من الموقوفات لا يمكن الانتفاع به إلا باستثماره، أما استثمار الوقف فهو أحدُ وسائل تنمية الأوقاف عن طريق مشاركة الوقف بفاضل رَيْعه أو ما خُصِّص منه للاستثمار(١)، وقد يكون في الأوقاف العينية أو في الأوقاف الاستثمارية.

والآخر: أنَّ الوقف الاستثماريَّ إذا اتَّخذ صيغةً وقفيةً معينة، كالأسهم أو الصكوك أو الوحدات الاستثمارية؛ فتكون موجودات تلك الصيغ موقوفةً، بخلاف استثمار الوقف في إحدى الصيغ السابقة، فلا تكون موقوفةً؛ وإنما الموقوف النقد الذي يُستثمَر فيها، وغالبًا ما تسلك بعض الجهات هذه الطريقة لتنمية مواردها المالية من خلال استثمارها في بعض الأدوات المالية.

وقد نبَّه على هذا الفرق عددٌ من جهات الاجتهاد الجماعي، فقد جاء في «قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ الدوْليِّ» ذي الرقم (١٨١)، (٧/ ١٩): «إذا استُثمر المال النقديُّ الموقوف في شراء أسهمٍ أو صكوك أو غيرها؛ فإنَّ تلك

(١) انظر: استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٢٨٢)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٧٤).

الأسهم والصكوك لا تكون وقفًا بعينها مكان النقد، ما لم ينصَّ الواقِف على ذلك».

ومثله جاء في «المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية»؛ حيث نُصَّ على أنه: «إذا استُثمرت النقود الموقوفة في شراء أصول، فإنَّ تلك الأصولَ لا تكون وقفًا بعينها مكان النقد، ويجوز بيعها للاستثمار الأكثر مصلحةً للوقف، ويكون الأصل الموقوف هو المبلغ النقدي»(١).

وجاء في «قرارات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول بالكويت» في موضوع: (استثمار أموال الوقف): «إذا استُثمر المال النقدي الموقوف في أعيانٍ، كأن يشتري به عقارًا أو يستصنعَ به مصنوعًا؛ فإنَّ تلك الأصول والأعيان لا تكون وقفًا بعينها مكان النقد، بل يجوز بيعُها لاستمرار الاستثمار ويكون الوقف هو أصل المبلغ النقدي»(٢).

(١) المعايير الشرعية – معيار الوقف (٦٠) (ص١١١٩).
(٢) (ص٤١٣).

المبحث الأول
ضوابط الاستثمار في الأوقاف الاستثمارية

يقصد بالضوابط هنا: الأصول والقواعد المنظِّمة للعملية الاستثمارية للوقف، وَفق الأحكام والمقاصد الشرعيَّة، والأعراف الاقتصادية والمهنية[1].

وهذه الضوابط وشائج مترابطة تعود لمعنًى كليٍّ واحدٍ، وهو: تحقُّق المصلحة الشرعيَّة من الاستثمار على الوقف. ومراعاة هذه الضوابط هو من مزيد حفظ الوقف ولحظ خصوصية الطبيعة الوقفية؛ إذ من المعلوم أنَّ الغرض من الاستثمار هو توفير موارد مالية للوقف تمكِّن الناظر من صرفها على مصرفها حسب شرط الواقف، وتكفل نماء واستدامة الوقف، إلا أنه كما هو معلوم أنَّ المال الموقوف يختلف عن غيره من الأموال من جهة طبيعته وحدود التصرُّف فيه ونحو ذلك، ومن ثمّ؛ فمتى ما آل الاستثمار بالوقف إلى الانقطاع أو الزوال؛ كان مخالفًا للمقصَد الشرعي للوقف. فهذه الضوابط أشبه بالميزان الذي يجب مراعاته عند استثمار أموال الوقف بحيث يتحقُّق معها المقصود الشرعي من الاستثمار على الوقف، وليس الشأن في مجرد ذكرها وتَعدادها، وإنما ينبغي على الجهات الوقفية إيجاد إدارةٍ للرقابة الشرعية للتأكُّد من تطبيق المعايير والضوابط الشرعية في أوقافها الاستثمارية مع الرقابة المستمرة لذلك.

(١) انظر: ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٤)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٧٥)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢٠).

ويمكن تقسيم هذه الضوابط إلى قسمين:

القسم الأول: الضوابط الشرعيَّة للأوقاف الاستثمارية:

والضوابط الشرعيَّة التي يجب مراعاتها في الأوقاف الاستثمارية، يمكن إجمالها في الآتي:

أولًا: أن يكون الوقف الاستثماريُّ في إنشائه واستثماره مشروعًا[(١)].

ثانيًا: أن يكون الاستثمار مما يحقِّق مصلحةً راجحةً أو يغلُبُ على الظنِّ تحقيقُه لها، وأما إذا تساوى احتمال الربح والخسارة أو أنَّ احتمالَ الخسارة أرجحُ؛ فلا يجوز ذلك، مع مراعاة كون المشروع الاستثماريِّ على وَفق مقاصد الوقف وغاياته؛ فيقدَّمُ الضروريُّ، ثم الحاجيُّ، ثم التحسينيُّ[(٢)].

ثالثًا: أن لا يكون مجال الاستثمار مما يمكنُ أن يذهبَ بأصل الوقف، أو يُخرِج العينَ عن ملكية الوقف؛ وذلك بعدم المجازفة في مشروعاتٍ ذات

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ رقم (١٤٠) (٦/ ١٥)، قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول (ص٤١٣)، استثمار أموال الوقف، د. حسين شحاتة (ص١٥٩)، استثمار أموال الوقف، د. عبد الله العمار (ص٢٢٣)، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٢٠)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٧٥)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢١).

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ رقم (١٤٠) (٦/ ١٥)، استثمار أموال الوقف، د. عبد الله العمار (ص٢٢٢)، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٢٢)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٧٥-٧٦)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢١).

مخاطرَ عاليةٍ، والأخذ بالضمانات الشرعيَّة -بقدر الإمكان- التي تحافظ على أموال الوقف[١].

رابعًا: أن يتجنَّبَ المستثمرُ للوقف كلَّ ما فيه تهمةٌ من مجالات الاستثمار؛ وذلك بأن يكون تصرُّفه فيما فيه مصلحةٌ وغِبْطةٌ للوقف، والموقوف عليهم[٢].

خامسًا: مراعاة شروط الواقفين في مجال الاستثمار، وللناظر المخالفة إذا كان الشرط مما يُلحِق ضررًا بالوقف، أو يحقِّق مصلحةً شرعيَّةً أعظم، وذلك بعد إذن الجهات الإشرافية والرقابية؛ كالقضاء أو هيئات الأوقاف أو الجمعية العمومية[٣].

سادسًا: أن لا يتعارض استثمار الوقف مع مصلحة الموقوف عليهم، وذلك بأنَّ لا يترتَّب عليه تعطيلٌ أو حدٌّ لحقِّ أحدٍ من الموقوف عليهم، أو

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ رقم (١٤٠) (٦/ ١٥)، قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول (ص٤١٣)، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٢٢)، استثمار أموال الوقف، د. خالد شعيب (ص٢٥٥)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٧٦-٧٨)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢٢).

(٢) انظر: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، د. محمد الكبيسيِّ (٢/ ٢٨)، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٢٢)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٧٦-٧٨).

(٣) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ رقم (١٤٠) (٦/ ١٥)، استثمار أموال الوقف، د. عبد الله العمار (ص٢٢٣)، استثمار أموال الوقف، د. خالد شعيب (ص٢٥٦)، استثمار أموال الوقف، د. العيَّاشي فداد (ص٤٣٥)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٨٤).

توجد وجوه صرفٍ عاجلة ضرورية للموقوف عليهم؛ إذ الإنفاق عليهم أوْلَى من الاستثمار، ما لم يكن الاستثمار شرطًا للواقف[١].

القسم الثاني: الضوابط الاقتصاديَّة والفنيَّة للأوقاف الاستثمارية[٢]:

يمكن إجمال الضوابط الاقتصادية والفنية التي يجب مراعاتها في الأوقاف الاستثمارية في الآتي:

أولًا: الالتزام في إدارة الوقف بأفضل الممارسات الإدارية ومعايير الحوكمة[٣].

ثانيًا: توفير الإدارة الناجحة ذات الكفاءة العالية المتوافقة في اختصاصها مع طبيعة الاستثمار، مع إشراف أهل الأمانة والمعرفة؛ حمايةً للوقف من أيدي المعتدين أو المفرِّطين[٤].

(١) انظر: قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول (ص٤١٣)، المعايير الشرعية – معيار الوقف (٦٠) (ص١١٢٦)، استثمار أموال الوقف، د. عبد الله العمار (ص٢٢٤)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٨٨).

(٢) ونبَّه بعض الباحثين على معنًى مهم؛ بقوله: «علماً بأنَّ الضابط الاقتصاديَّ يكون شرعيًّا إذا توقَّف تحقُّق مصلحة الوقف عليه». استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٧٥).

(٣) انظر: المعايير الشرعية – معيار الوقف (٦٠) (ص١١١٩)، استثمار أموال الوقف، د. عبد الله العمار (ص٢٢٤)، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٢٥)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٨١-٨٢)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢٢).

(٤) انظر: استثمار أموال الوقف، د. عبد الله العمار (ص٢٢٣)، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، د. عبد القادر بن عزوز (ص١٠٣)، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٢٦)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢٤).

ثالثًا: استثمار أموال الوقف في مشروعاتٍ قابلة للتنضيض[١]؛ وذلك لأنَّ الحاجةَ قد تقتضي تسييل الأموال لصرفها للموقوف عليهم؛ ولأنَّ مجال الاستثمار في غير ذلك قد يعود عليهم بالضَّرر والخسارة[٢].

رابعًا: إحكام الرقابة الداخلية على الاستثمارات، والمتابعة لمستجدات الأصول الاستثمارية الوقفية، والتقويم المستمرُّ للأداء؛ للاطمئنان على سيرها وَفق الخطط والسياسات المحدَّدة[٣].

خامسًا: التنويع بين المشاريع الاستثمارية التي تُستثمر فيها أموال الوقف؛ تجنبًا لمضاعفة الخسائر عند تركيز المشاريع في مجالٍ واحدٍ؛ وبذلك نضمنُ معيار المرونة في تغيير مجال وصيغ الاستثمار[٤].

سادسًا: الاحتفاظ برصيد من السيولة بدون استثمار؛ وذلك لمواجهة النفقات العاجلة، ويحدَّد على أساس الخبرة وتوقُّعات المستقبل[٥].

---

(١) التنضيض: تصيير المتاع نقدًا ببيع أو معاوضة. انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د. نزيه حماد (ص١٢٦).

(٢) انظر: استثمار أموال الزكاة، د. صالح الفوزان (ص٣٨٣)، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٢٥)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٨٣).

(٣) انظر: صناديق الوقف الاستثماريِّ، د. أسامة العاني (ص٢٢٧)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢٤).

(٤) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ رقم (١٤٠) (٦/ ١٥)، قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول (ص٤١٣)، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، د. عبد القادر بن عزوز (ص٨٠)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢٤).

(٥) انظر: غمز عيون البصائر، للحمويِّ (٢/ ٢٥٨)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص١٩٤-١٩٨).

سابعًا: توثيق العقود، ويقصد به أن يَعْلَم كلُّ طرفٍ من أطراف العملية الاستثمارية مقدارَ ما سوف يحصل عليه من عائدٍ أو كسبٍ؛ حتى لا يَحْدُثَ جهالةٌ أو غررٌ[1].

ويحسن إيراد ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ الدَّوْلي في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) ١٤-١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، بشأن (الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه)، حيث تضمَّن ما يلي[2]:

أولًا: استثمار أموال الوقف:

١. يقصد باستثمار أموال الوقف تنمية الأموال الوقفية سواء أكانت أصولًا أم ريعًا بوسائل استثمارية مباحة شرعًا.

٢. يتعيَّن المحافظة على الموقوف بما يحقِّق بقاء عينه ودوام نفعه.

٣. يجب استثمار الأصول الوقفية سواءً أكانت عقارات أم منقولات ما لم تكن موقوفة للانتفاع المباشر بأعيانها.

٤. يعمل بشرط الواقف إذا اشترط تنمية أصل الوقف بجزءٍ من ريعه، ولا يعدُّ ذلك منافيًا لمقتضى الوقف، ويعمل بشرطه كذلك إذا اشترط صرف جميع الريع في مصارفه، فلا يؤخذ منه شيء لتنمية الأصل.

٥. الأصل عدم جواز استثمار جزء من الريع إذا أَطلق الواقف ولم يشترط استثماره إلا بموافقة المستحقِّين في الوقف الذُّري. أما في الوقف

(١) انظر: قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول (ص٤١٣)، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلاميِّ، د. حسن خطَّاب (ص٢٦)، صناديق الوقف الاستثماريِّ، د. أسامة العاني (ص٢٢٦).

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ الدوْليِّ رقم (١٤٠) (٦/ ١٥).

الخيريِّ فيجوز استثمار جزءٍ من ريعه في تنمية الأصل للمصلحة الراجحة بالضوابط المنصوص عليها لاحقًا.

٦. يجوز استثمار الفائض من الريع في تنمية الأصل أو في تنمية الريع، وذلك بعد توزيع الريع على المستحقِّين وحسم النفقات والمخصَّصات، كما يجوز استثمار الأموال المتجمِّعة من الريع التي تأخَّر صرفُها.

٧. يجوز استثمار المخصَّصات المتجمِّعة من الريع للصيانة وإعادة الإعمار ولغيرها من الأغراض المشروعة الأخرى.

٨. لا مانع شرعًا من استثمار أموال الأوقاف المختلفة في وعاءٍ استثماريٍّ واحدٍ بما لا يخالف شرط الواقف، على أن يحافظ على الذِّمَم المستحقَّة للأوقاف عليها.

٩. يجب عند استثمار أموال الوقف مراعاة الضوابط الآتية:

أ- أن تكون صيغ الاستثمار مشروعة وفي مجالٍ مشروع.

ب- مراعاة تنوُّع مجالات الاستثمار لتقليل المخاطر وأخذ الضمانات والكفالات، وتوثيق العقود، والقيام بدراسات الجدوى الاقتصادية اللازمة للمشروعات الاستثمارية.

ج- اختيار وسائل الاستثمار الأكثر أمانًا وتجنب الاستثمارات ذات المخاطر العالية بما يقتضيه العرف التجاريُّ والاستثماريُّ.

د- ينبغي استثمار أموال الوقف بالصيغ المشروعة الملائمة لنوع المال الموقوف بما يحقِّق مصلحة الوقف وبما يحافظ على الأصل الموقوف، ومصالح

الموقوف عليهم. وعلى هذا، فإذا كانت الأصول الموقوفة أعيانًا فإن استثمارها يكون بما لا يؤدِّي إلى زوال ملكيتها، وإن كانت نقودًا فيمكن أن تستثمر بجميع وسائل الاستثمار المشروعة؛ كالمضاربة والمرابحة والاستصناع.. إلخ.

هـ- الإفصاح دوريًّا عن عمليات الاستثمار ونشر المعلومات والإعلان عنها حسب الأعراف الجارية في هذا الشأن.

المبحث الثاني
المقاصد الشرعية في الأوقاف الاستثمارية

تبرز أهمية عناية الفقيه بالمقاصد الشرعية وأثرها؛ في مسائلَ شتى ونواحٍ متعدِّدة، وتظهر حاجة الفقيه لها في أمورٍ، منها: فهم النصوص وتفسيرها ومعرفة دلالتها، وتنزيل الأحكام الشرعية حسب مستجدات الواقع المعاصر، والاطراد في القول وعدم الاضطراب، وغيرها الكثير من الفوائد(١). وتتأكَّد هذه العناية والحاجة في نوازل الصناعة المالية الإسلامية لا سيما الأوقاف؛ ذلك أنَّ باب الأوقاف جاءت النصوص فيه قليلةً مقتضبةً، وأنَّ أهلَ العلم على ترادف العصور اجتهدوا في تبيين أكثر مسائله وأحكامه(٢)، متلمِّسين في ذلك العِلَل والمعاني، ومع أنَّ أحكام هذا الباب تدور حول تحقيق المصالح الشرعية إلا أنَّ هناك توسُّعًا ملحوظًا لدى كثيرٍ من الباحثين في بناء كثيرٍ من الأحكام على المقاصد دون التأكُّد من صحة المقصَد الذي فرَّع الفقيه حكمَه عليه، ودون علمٍ بأنه ليس كلُّ مصلحةٍ معتبرة، ودون مراعاةٍ لضوابط إعمال المقاصد الشرعية إجمالًا، وعليه؛ فلا يكفي الفقيهَ إبداءُ أدنى مصلحةٍ ومناسبةٍ للحكم دون نظره في صحة هذا المقصَد في نفسه من خلال استقراء تصرُّفات الشارع واقتفاء آثار أئمة الفقه في مدوناتهم(٣). وسأحرص في هذا

(١) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور (ص١٨٣-١٨٨)، طرف الكشف عن مقاصد الشارع، د. نعمان جغيم (ص٤٣-٥٨).
(٢) انظر: أحكام الأوقاف، للشيخ مصطفى الزرقا (ص١٩).
(٣) انظر ضوابط إعمال المقاصد: قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ ذي الرقم (٢٤٧) (٩/ ٢٥). و«ضوابط إعمال مقاصد الشريعة»، د. محمد اليوبي، بحث منشور في مجلة الأصول والنوازل، العدد الرابع، رجب ١٤٣١ (ص٣٦-٦٢).

المبحث على ذكر المقاصد الجزئية لتنمية الأوقاف واستثمارها، وذلك من خلال إنعام النظر في النصوص الشرعية وما قرَّره أهل العلم رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في هذا الباب، ولا أزعم أنها خلاصاتٌ نهائية قطعية، والله الهادي للصواب، فمن هذه المقاصد[1]:

١. ضمان ديمومة أموال الوقف وبقاء الانتفاع بها جيلًا بعد جيل، فالوقف: تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، ولازم ذلك يقتضي: أنه يجب العمل على أن تظلَّ العينُ بحالتها التي أُنشئ عليها من حيثُ المحافظة على القدرة الإنتاجية، والصرف يكون من الغلَّة لا من العين[2]؛ «لأنَّ مقصودَ الواقِف استدامةُ الوقف، وأن تكون المنفعةُ واصلةً إلى الجهات المذكورة في كلِّ وقتٍ، ولا يحصلُ ذلك إلا برفع هذه المؤن من رأس الغلَّة»[3].

فشأن الوقف تأبيد العين، وذلك ظاهرٌ من تأكيد النصوص الشرعيَّة على هذا المعنى؛ كالذي جاء في شأن أموال اليتامى في قوله الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَٱرۡزُقُوهُمۡ فِيهَا وَٱكۡسُوهُمۡ وَقُولُواْ لَهُمۡ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا ۝٥﴾ [النساء: ٥].

يقول الفخر الرازيُّ (ت٦٠٦): «وإنما قال: (فيها) ولم يقل: (منها) لئلا يكون ذلك أمرًا بأن يجعلوا بعضَ أموالهم رِزْقًا لهم، بل أمرهم أن يجعلوا أموالهم مكانًا لرزقهم بأن يتَّجروا فيها ويثمِّروها؛ فيجعلوا أرزاقَهم من

(١) انظر: الصناديق الاستثمارية الوقفية، للباحث (ص١٠٧-١١٤).
(٢) انظر: الاستثمار في الوقف وغلاَّته وريعه، د. محمد عبد الحليم عمر، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلاميِّ، العدد (١٥) (٣/ ٢٣١).
(٣) المبسوط (١٢/ ٤٣).

الأرباح لا من أصول الأموال»[1]. ومثلُه يقال في أموال الوقف. وفي حديث أبي هريرة (ت٥٧) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إذا ماتَ الإنسانُ انقطع عنه عمله إلا من ثلاثةٍ: إلا من صدقةٍ جاريةٍ... الحديثَ))[2]. «والصدقة الجارية محمولةٌ عند العلماء على الوقف»[3]، ومعنى كونها جاريةً أي: باقيةً مستمرَّة، ولا يتحقَّق هذا الوصف إلا باستثمارها وتنميتها؛ لأنها «لا تجري إلا بهذا الطريق»[4]، وفي الأوقاف الاستثمارية يتحقَّق هذا المقصود بصورة جليَّة؛ إذ الوقف متعلِّقٌ بقيمة هذه الأصول لا بأعيانها وذواتها، فيبقى ريع الوقف جاريًا ولو مع تقليب هذه الأصول؛ لأنَّ البدل يقوم مقام المبدل. كما ينبغي مراعاة تحقُّق تأبيد الأوقاف واستمرارها؛ لأنَّ هذا هو موضوعها الذي جاءت به الشريعة، وهو كونها صدقةً جاريةً.

يقول الجوينيُّ (ت٤٧٨) رَحِمَهُ اللَّهُ: «الوقفُ في الحقيقة قربةٌ يبغي المتقرِّب بها إدامتَها. هذا وضعُها ومبناها، والصدقات المملِّكةُ تقطعُ سلطان المتصدِّق، وتنتهي نهايتَها بالوصول إلى يد المتصدَّق عليه، والوقف هو الصدقة الجارية، فإذا لم يثبت له مصرف متأبَّد، كان مائلاً عن موضوعه»[5].

(١) التفسير الكبير (٩/ ٤٩٦). وسبَقَه إلى هذا المعنى الزمخشريُّ في «الكشاف» (١/ ٤٧٢)، بقوله: «بأن تتَّجروا فيها وتتربَّحوا، حتى تكون نفقتهم من الأرباح لا من صلب المال فلا يأكلها الإنفاق».
(٢) تقدَّم تخريجه.
(٣) مغني المحتاج (٣/ ٥٢٣).
(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٢٢١).
(٥) نهاية المطلب (٨/ ٣٤٨).

وأيضًا، فكلُّ وسيلة تؤدِّي لاستدامة الوقف ونمائه فينبغي مراعاتها والأخذ بها.

يقول السرخسيُّ (ت٤٨٣) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «مقصود الواقف استدامة الوقف وأن تكون المنفعة واصلةً إلى الجهات المذكورة في كلِّ وقتٍ، ولا يحصل ذلك إلا برفع هذه المؤن من رأس الغلَّة»(١).

٢. حفظ أموال الوقف، وهو فرعٌ عن حفظ المال الذي هو أحدُ الضروريات الخمسة التي جاءت الشريعة بمراعاتها(٢)، فاستثمار الوقف وتنميته أحد أهمِّ وسائل تحقيق المحافظة على أصل المال حتى لا يكون عُرضةً للانقطاع بسبب النفقات والمصاريف(٣)، ثم إنَّ مراعاة هذا المقصَد الجزئيَّ يعود على المقاصد الخاصَّة والعامَّة للوقف بالحفظ والتقوية من جهتين(٤):

جهة الوجود: وهو ما يتحقَّق به وجود المال وزيادته، ويدخلُ فيه الاتِّجار والتنمية، وجميع أنواع العقود المالية المشروعة.

ومن جهة العدم: وهو ما يمنع إتلافَه وتعطيلَه، وذلك بترك إضاعته وعدم انقطاعه، ويدخل فيه جميع الوسائل التي يُصان بها المال، وتَدفعُ عنه المفاسد الواقعة أو المتوقَّعة.

(١) المبسوط (١٢/ ٤٦).
(٢) انظر: شفاء الغليل، للغزاليِّ (ص١٦٠)، الموافقات (٢/ ٢٠).
(٣) انظر: أحكام الأوقاف، للشيخ الزرقا (ص١٤٢).
(٤) انظر: الموافقات (٢/ ١٨).

٣. مراعاة المصلحة الراجحة واعتبارها سواء أكانت: للعين الموقوفة، أم الموقوف عليهم، أم شروط الواقِف نفسِه؛ لأنَّ الشرعَ لا يُصحِّحُ «من التصدُّقات إلا المشتملَ على المصالح الخالصة والراجحة»[١]، كما أنَّ «الوقفَ لغير مصلحةٍ عبثٌ»[٢].

وقد بيَّن السرخسيُّ (ت٤٨٣) رَحِمَهُ ٱللَّهُ المعنى في جواز الوقف، بقوله: «وجوازُ الوقف لمعنى المصلحة فيه للناس من حيث المعاشُ والمعادُ»[٣].

وهذا المقصَدُ الجزئيُّ تراه ظاهرًا جليًّا في تعليل بعض الفقهاء واعتبارهم له في عامَّة مسائل الوقوف؛ كقول الإمام ابن تيمية (ت٧٢٨) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فالاعتبار بما هو أنفعُ لأهل الوقف»[٤]، وقوله: «ويجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه»[٥]، وكقوله: «فيجوز تغيير بناء الوقف من صورةٍ إلى صورةٍ؛ لأجل المصلحة الراجحة»[٦]. ومراعاة ذلك منهم حتى لا يعودَ الاستثمارُ والتنميةُ على الوقف بالتأثير أو الإجحاف، أو يعودَ على مقاصد الوقف بالإبطال، وعلى المستحقِّين بالحرمان؛ فهذا المقصد مهمٌّ ويتأكد لَحْظه ودَرْكه والاهتمام به عند استثمار الأوقاف خصِّيصَى، كما أنه ينبغي أن يحرص العاملون في الأوقاف الاستثمارية على السعي إلى الأصلح والأنفع -بحسب

(١) الذخيرة (٦/ ٣٠٢).
(٢) الذخيرة (٦/ ٣٣٠).
(٣) المبسوط (١٢/ ٣٣).
(٤) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٣٨).
(٥) الفتاوى الكبرى (٤/ ٥٠٩).
(٦) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٥٣).

الإمكان-، يقول العزُّ بن عبد السلام (ت٦٦٠) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولا يقتصرُ أحدُهم على الصلاح مع القدرة على الأَصلح»[١].

ويقول الإمام ابن تيمية (ت٧٢٨) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وقد أجمعَ المسلمون على معنى هذا؛ فإنَّ وصيَّ اليتيم وناظِرَ الوقف ووكيلَ الرجل في ماله؛ عليه أن يتصرَّفَ له بالأصلح فالأصلح»[٢].

ومثله يُقال أيضًا في أصحاب الولاية العامَّة؛ كالقضاة والجهات الإشرافية ونحوهم، فلا يتصرَّفون إلا بمقتضى المصلحة الراجحة. جاء في «البحر الرائق»: «تصرُّف القاضي في الأوقاف مقيّدٌ بالمصلحة لا أنه يتصرُّف كيف شاء، فلو فعَل ما يخالف شَرْط الواقف؛ فإنه لا يصحُّ إلا لمصلحةٍ ظاهرةٍ»[٣].

٤. لحظ جانب التعبُّد والتقرُّب إلى الله عَزَّوَجَلَّ في استثمار أموال الوقف ومَصْرفه؛ فالوقف لما اختُصَّ باللُّزوم دون بقية العقود والإنشاءات؛ فإنَّ هذا يُلمِح لمعنى القربة فيه؛ إذ معهود الشريعة أن لا تُلزم بشيءٍ من جهة الشرع إلا ما كان فيه معنى القربة وظهور النفع[٤]. فالشارعُ قد قطَع في الوقف التصرُّف فيه بأسباب التملُّك، وأيضًا المتأمِّل لتصرُّف الشرع في

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٨٩). وانظر: الفروق (٤/ ٣٩).
(٢) مجموع الفتاوى (٢٨/ ٢٥٠).
(٣) (٥/ ٢٤٥).
(٤) انظر: شروط الواقفين منزلتها وأحكامها، للشيخ سليمان الماجد، بحث مقدَّم لندوة الوقف والقضاء في المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥.

العقود التي تكون بإرادةٍ منفردةٍ؛ كالجعالة والوصية نجد أنه قد وسَّع فيها من جهة التعديل عليها والإنهاء ونحوهما خلافًا للوقف فقد جاء مضيَّقًا.

يقول الإمام الشافعيُّ (ت٢٠٤) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فقال: فما الحصة فيه من القياس؟ قلت له: لما «أجاز رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يُحبَسَ الأصلُ -أصلُ المال- وتُسَبَّلَ الثمرةُ»؛ دلَّ ذلكَ على أنه أجاز أن يُخرِجَه مالِكُ المال من مِلْكه بالشرط إلى أن يصير المالُ محبوسًا لا يَكْن لمالكه بيعُه، ولا أن يَرجِعَ إليه بحالٍ كما لا يكونُ لمن سبَّلَ ثمرَه عليه بيعُ الأصل ولا ميراثِه، فكان هذا مالًا مُخالفًا لكلِّ مالٍ سواه؛ لأنَّ كلَّ مالٍ سواه يَخرُجُ من مالكه إلى مالكٍ فالمالكُ يَمْلِكُ بيعَه وهبتَه ويجوزُ للمالك الذي أخرجَه من مِلْكه أن يَمْلِكَه بعد خروجه من يديه ببيعٍ وهبةٍ وميراثٍ وغير ذلك من وجوه المِلك»(١).

ولذا؛ فأخصُّ أحكام الوقف التي اتَّفق عليها الفقهاء؛ هو اشتراط أصل القربة فيه.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية (ت٧٢٨) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «العمل إذا لم يكن قربةً لم يكن الواقِف مثابًا على بذل المال فيه، فيكون قد صرَف المال فيما لا ينفعه؛ لا في حياته ولا في مماته، ثم إذا لم يكن للعامل فيه منفعةٌ في الدنيا؛ كان تعذيبًا

(١) الأم (٤/ ٥٥). وانظر: (٤/ ٥٦-٥٧). ويقول الجوينيُّ في «نهاية المطلب» (٨/ ٣٦٢): «موضوع الوقف الإلزام والإبرام، وقطعُ الخِيَرة، كما أنَّ موضوعه التأبيد».

له بلا فائدةٍ تصِل إليه؛ ولا إلى الواقِف؛ ويشبه ما كانت الجاهلية تفعلُه من الأحباس المنبَّه عليها في سورة الأنعام، والمائدة»[١].

ويؤصِّل الشيخُ بعبارة مكثَّفة بابَ الشروط المعتبرة في الوقف، بقوله: «إن لم يكُنْ فيه [أي الشرط] مقصود شرعيٌّ خالصٌ أو راجحٌ؛ كان باطلًا»[٢]. ويقول الجوينيُّ (ت٤٧٨) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «مبنى الوقف على اتِّباع تحكمات الواقف، إذا لم يخالف موجَب الشرع»[٣].

ويقول الإمام أحمد (ت٢٤١) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «لا أَعرِفُ الوقفَ إلا ما أخرجَه لله أو أوقفَه على المساكين وفي سبيل الله»[٤]. ويقول الموفَّق ابنُ قدامة (ت٦٢٠) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والقصد بالوقف القُرْبة»[٥].

ولا يعني هذا كون الوقف من جنس التعبُّدات المحضة التي لا يُعمل فيها إلا بالنصِّ، بل هو معقول المعنى مصلحيُّ الغرض، يُنظر فيه لما يحقِّق مقاصد الوقف[٦]. وإنما أردتُ الإشارة إلى أنَّ ملاحظة المصلحة الشرعية للوقف؛ لا تعني إغفال معنى القربة عند النظر في أحكام الوقف ومسائله،

(١) مجموع الفتاوى (٣١/ ١٣). وانظر: مختصر الفتاوى المصرية (٢/ ١٤٧-١٤٨)، الفتاوى الكبرى (٤/ ٢٦٦).
(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ١٢). وانظر تفصيل ذلك في كلام أبي عبد الله ابن القيم في «أعلام الموقعين» (٣/ ٥٧٩).
(٣) نهاية المطلب (٨/ ٣٧٠).
(٤) الوقوف، للخلاَّل (ص٢٧).
(٥) الكافي (٢/ ٢٥١). وانظر: مغني المحتاج (٣/ ٥٣٠).
(٦) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ٢٠)، إعمال المصلحة في الوقف، للشيخ عبد الله بن بيَّه (ص١٨).

بَلْه مخالفة مقصود باب الوقف باسم المصلحة! ولذا ما تمارسه بعض الجهات الوقفية من النظر للوقف كأداة تجارية محضة ووسيلة لجمع الأرباح والنهوض بالاقتصاديات دون الالتفات للمعاني الشرعية، ومراعاة حقِّ الموقوف عليهم، وأخذ الضمانات الحافظة للوقف؛ فيه نظرٌ ظاهرٌ ومخالفة للمقصود الشرعي من الوقف! فـ«ليس من مقاصد الوقف -كما لا يخفى- الاستثمار وتنمية الأصول والأرباح إلا من أجل المصارف، وليس مقصَدًا قائمًا بذاته، بل المقصود من الوقف الصرف في مصارف البر، فتدوير المال بالاستثمار أخشى أن يدخل في كنز المال»[1].

يقول هلال بن يحيى (ت٢١٥) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الوقف لا يطلبُ به التجارة ولا تطلب به الأرباح، وإنما سمِّي وقفًا؛ لأنه يَبقى ولا يُباع»[2].

(١) البنك الوقفي، د. فهد اليحيى (ص٨٢).
(٢) أحكام الوقف (ص٩٤).

المبحث الثالث
مثارات الغلط في الاجتهاد الفقهي في الأوقاف الاستثمارية

ثمَّة جملة من أوجه الغلط التي يقع فيها بعضُ الباحثين عند دراسة المسائل الفقهية لا سيما المتعلِّقة بفقه المعاملات المالية، والكلام في أسبابها واسعُ المدى متعدِّد الجوانب، غير أنَّ من أبرزها هو ضعف الصِّلة بآثار الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ والتابعين بعدَهم وما جرى عليه عملهم، وهذا المعنى كان أحد أوجه نقد الإمام مالكٍ (ت١٧٩) على القاضي شريح (ت٧٨) في ردِّه للوقف حين قال: «تكلَّم شريحٌ ببلده، ولم يرِد المدينة فيرى أحباس الصحابة باقية، فينبغي للمرء ألا يتكلَّم إلا فيما أحاط به خُبرًا»[(١)]. ومنها أيضًا شيوع القول أو الدليل أو المأخذ وتتابع الأخذ به عند طائفةٍ من الباحثين المعاصرين دون مزيد نظرٍ وتمحيص، مع قصورٍ ظاهر -عند بعضهم- في فهم كلام أهل العلم ومآخذ أقوالهم ولوازمها، بل بعضهم يُضمِّن كلامه بعضَ الأحرف التي فيها تنقُّصٌ وقدحٌ من جهود الفقهاء السابقين؛ كوصفهم بالجمود والنظرة الضيقة وعدم اعتبار المصلحة الشرعية، وهو في كلِّ ذلك لم يفهم مأخذ قولهم ولوازمه! فضلًا عن كونه عالةً على اجتهاداتهم وفقههم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وسأحاول في هذا المبحث ذكرَ أهم مثارات الغلط المنتشرة سواء من جهة الاستدلال، أو من جهة بناء الحكم الفقهي، أو من جهة عدم تحرير

(١) الجامع لمسائل المدونة، لابن يونس (١٩/ ٥٠٨).

مذاهب الفقهاء ومعرفة مآخذهم إلى أمثال ذلك من مثارات الغلط، على أنَّ ما سأذكره يتفرَّع عنه وجوه كثيرةٌ لا يمكن إحصاؤها، لكن قليل الأمثلة يدلُّ على ما سواها مما هو في معناها، فمن ذلك:

أولًا: الاستدلال بالاستصحاب مع عدم تحقُّق شرطه:

يطلق كثيرٌ من الباحثين -دون توقُّف- أنَّ الأصل في الوقف هو وجوب أو مشروعية الاستثمار، وبعضهم يفرِّق بين الأصل والريع؛ فيوجبه أو يجوِّزه في الأصل دون الريع ونحو ذلك، دون الالتفات للقواعد العامَّة في هذا الباب! على أنَّ بعضهم إذا أتى لبيان صور استثمار الوقف يفرِّق بين نوعٍ وآخر من أنواع الموقوفات، وحالةٍ وأخرى من حالات الوقف، أو يعلِّل سبب كون الأصل هو وجوب الاستثمار؛ بقوله: لأنه يتضمَّن تحقيقَ المصلحة، وهذا كلُّه لا يستقيم معه طرد كون الأصل في الوقف وجوب الاستثمار! ومن ثمّ؛ فهذا الإطلاق فيه نظرٌ، بل الأصل في أموال الأوقاف تحبيسُها، ومراعاة شرط الواقِف ومصلحة الموقوف عليهم، وهذا الدليل (التمسُّك بالأصل) من أخصِّ الأدلة التي يقعُ الوهَمُ في استعماله؛ وذلك لسهولة توظيفه في أفراد المسائل، كما أنه متأخرُ الرُّتبة عن غيره فهو يُرفع بأضعف الأدلة، ولا يجوز القول بموجِبه إلا بعد بذل الوسع عن الأدلة الخاصَّة في المسألة الذي هو شرط الاستدلال به؛ كما قرَّره أهل العلم[1].

(١) منهم: أبو حامدٍ الغزاليُّ في «المستصفى» (١/ ٣٧٧-٣٨٠)، والإمام ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٢٩/ ١٦٥)، والإمام ابن القيم في «أعلام الموقعين» (١/ ٢٠٥)، وابن السبكي في «الإبهاج» (٦/ ٢٦١٠) في آخرين.

ولا يعني هذا الجمود وإهمال المصلحة الراجحة للوقف متى ما ظَهَرت فهذا خارجٌ عن كلامنا، لكن المقصود أنَّ بناءَ الاستدلال الفقهي له أصوله وقواعده، وإطلاق القول: بأنَّ الأصل في استثمار الوقف الوجوبُ أو الإباحةُ فيه نظرٌ؛ لمخالفته وإهماله القواعد العامَّة في باب الوقف. يقول أبو إسحاق الشاطبيُّ (ت٧٩٠) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «إنَّ للخصوصيات خواصُّ يليق بكلِّ محلٍّ منها ما لا يليق بمحلٍّ آخر كما في النكاح مثلًا؛ فإنه لا يسوغ أن يجري مجرى المعاوضات من كلِّ وجه، كما أنه لا يسوغ أن يجري مجرى الهبات والنِّحَل من كلِّ وجه، وكما في مال العبد، وثمرة الشجرة، والقرض، والعرايا، وضرب الدية على العاقلة، والقراض، والمساقاة، بل لكلِّ باب ما يليق به، ولكلِّ خاصٍّ خاصيةٌ تليق به لا تليق بغيره، وكما في الترخصات في العبادات والعادات وسائر الأحكام»[1].

وقد جاء في «قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ»: «الأصل عدم جواز استثمار جزء من الريع إذا أَطلق الواقِف ولم يشترط استثماره إلا بموافقة المستحقِّين في الوقف الذُّري. أما في الوقف الخيري فيجوز استثمار جزء من ريعه في تنمية الأصل للمصلحة الراجحة بالضوابط»[2].

فأنت ترى أنَّ القرار أطلقَ القول: بأنَّ الأصل هو عدم الجواز، ثم استثنى بعد ذلك بعض الصور وَفق ضوابط معيَّنة. وبنحوه جاء في «المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية» حيث نصُّوا على حالاتٍ معيَّنة يجوز

(١) الموافقات (٥/ ٢٢٧-٢٢٨).
(٢) قرار رقم (١٤٠) (٦/ ١٥).

معها الاستثمار، بقولهم: «يجوز استثمار ريع الوقف في الحالات التي لا تؤثِّر على توزيعه على مستحقِّيه؛ وذلك إذا نَصَّ الواقف على استثمار بعضه، أو في حال فترة الانتظار للمستحقِّين»[1].

ثانيًا: الزعم بأنَّ شروط الوقف شروطٌ ظرفية:

يصف بعضُ الفضلاء الشروط والأحكام التي أوردها الفقهاء السالفون رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في مدوناتهم الفقهية أنها أحكامٌ اجتهادية وشروطٌ ظرفية تحتاج لإعادة النظر فيها مراجعةً وتطويرًا وتغييرًا لاختلاف ظروف الزمان[2].

وبنحو هذا الكلام ينطلق كثيرٌ من الباحثين المعاصرين -وفقهم الله- في تقرير آرائهم من أنَّ أحكام الوقف اجتهادية وأنَّ الفقهاء اجتهدوا في تقرير مسائلها، وهذا الإطلاق محلُّ نظر من وجهين:

الوجه الأول: أنَّ هذا التقرير والإطلاق فيه قدرٌ من المبالغة، إذ المطالع لباب الوقف من مختلف كتب المذاهب الفقهية يجد أنَّ أصول هذا الباب -في الجملة- محلُّ اتفاق بينهم، وغالب المسائل الخلافية هي مسائل فرعية، بل بعضها خلاف الأصل حتى عند القائلين بها؛ كالوقف على النفس[3]، والوقف المؤقَّت ونحوهما، وبعضها راجعٌ لتحقيق مناط عامٍّ متفق عليه؛ كاتفاق الفقهاء على عدم جواز وقف ما ليس بقربة مع اختلافهم في اشتراط

(١) المعايير الشرعية - معيار الوقف (٦٠) (ص١١٢٦).
(٢) انظر: وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة، د. قطب سانو -ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث بالكويت- (ص١٣٠).
(٣) لأنه من باب العمل بشرط الواقف، أما حيث أطلق؛ فالأصل أنه لا يصحُّ ذلك.

ظهور القربة ونوعها[1]، وقد جمع بعض الباحثين مسائل الإجماع في «باب الوقف» فبلغَت (٣٨) مسألة عامتُها من أصول مسائل الباب[2]، وهذا عددٌ ليس باليسير.

الوجه الثاني: على التسليم بصحة هذا الكلام من حيث الجملة، بيد أنه يترتَّب على هذه المقدمة -عند بعض الباحثين- جملةٌ من النتائج والتقريرات الخاطئة، أو الاستنباطات البعيدة عن مسمَّى الفقه، أو المخالفة لمقصود الشريعة، فضلًا عن عدم توقير الأئمة وحفظ جنابهم ومكانتهم بوصفهم بالجمود وعدم اعتبار المصلحة وتضييقهم القول في مسائل الوقف، ومما يثير العجب أنَّ بعض الباحثين بعد هذه المقدمة العريضة في نقد وتضعيف آراء الفقهاء السابقين رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ يعود أخيرًا فيرجِّح مذهب المالكية مثلًا على المذاهب الثلاثة في مسألةٍ، ثم بعد ذلك يرجِّح مسألةً أخرى تخالف مذهب المالكية مع أنَّ مأخذ المسألتَين واحدٌ! وهكذا في جملة من التلفيق وضرب الأصول الفقهية عُرْض الحائط، ولنضرب لذلك مثالًا حتى يتَّضح المقصود:

معلومٌ خلاف الفقهاء في مسألة الوقف المؤقَّت، ومعلوم قول السادة المالكية في تصحيحهم للوقف الموقَّت خلافًا لجمهور الفقهاء[3]. والخلاف في

(١) انظر: الهداية في شرح البداية (٣/ ١٧)، حاشية الدسوقيِّ (٤/ ٧٧)، روضة الطالبين (٥/ ٣٢٠)، المغني (٨/ ٢٣٤-٢٣٥).

(٢) انظر: مسائل الإجماع في أبواب التبرعات والفرائض، د. عزيز العنزي (٨/ ١٦٣-٢٤١). وإنَّ كان بعضها متعقَّبًا.

(٣) انظر: أحكام الأوقاف، للخصَّاف (ص١٢٧)، المبسوط (١٢/ ٤١)، الذخيرة (٦/ ٣٢٤)، مواهب الجليل (٦/ ٢٨)، الحاوي الكبير (٧/ ٥٢١-٥٢٢)، روضة

هذه المسألة فرعٌ عن الخلاف في حقيقة الوقف[1]: هل هو من باب الإسقاط أو التمليك؟ وإذا قلنا هو تمليك، فهل هو تمليك للمنفعة أم تمليك للمنفعة والأصل؟ ثم هل هذا التمليك على وجه الهبة أم على وجه القربة؟ «فإذا فهِم الباحث هذه الأصول؛ فهم أكثر مسائل الوقف عند الأئمة رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ اختلافًا ووفاقًا»[2]. وقليلٌ من الباحثين من يلاحظ بناء المسألة على هذا الأصل.

فمثلًا: مَن يرجِّح أنَّ الوقف إسقاطٌ وتمليك للانتفاع مع بقاء العين في ملك الوقف؛ كما هو مشهور مذهب السادة المالكية[3]، ينبني على أصله هذا عددٌ من المسائل: كصحة الوقف الموقَّت، وصحة وقف المنافع، وكون العين في ملكية الواقف، ووجوب الزكاة في المال الموقوف، واشتراط القبض والحيازة لتمام الوقف...، وغيرها من الثمرات والفروع. وكثيرٌ ممن يرجِّح بعض المسائل في باب الوقف لا يلتفت لمثل هذه اللوازم ولا يعبأ بها عند تقريره، فيقول: الصحيح بقاء العين في ملك الواقف، ثم إذا أتى إلى مسألة زكاة العين الموقوفة، يقول: لا تجب فيها الزكاة كون الموقوف عليهم جهةً غير محصورة. ولا يخفى ما في هذا القول من التناقض وعدم الاطراد الفقهي! وعليه؛ فالنظر الجزئي لمسائل باب الوقف بمعزلٍ عن الأصول التي تُبنى عليه هذه المسائل؛ يأتِ بمثل هذه التشوُّهات الفقهية، بل ربما تنقَّص الباحث ممن

الطالبين (٥/ ٣٢٥)، المغني (٦/ ٢٦)، كشاف القناع (٤/ ٢٥٠).

(١) أجاد في تحرير هذه المسألة بما لا مزيد عليه: صاحبي د. عبد الرحمن الدعيلج في رسالته النفيسة للدكتوراه «القسمة في الأوقاف» (ص٦٠-١٠٧)؛ فجزاه الله خيرًا.

(٢) التأمين التكافليُّ من خلال الوقف، د. علي نور (ص٢١١).

(٣) انظر: الذخيرة (٦/ ٣٢٧-٣٢٨)، شرح خليل، للخَرَشيِّ (٧/ ٩٨).

سبَقه أو نسبه إلى الجمود، وهو لم يفهم منشأ قوله وأنه جارٍ على مقتضى أصله الذي قرَّره في حقيقة الوقف. وما أحسن قول الزنجاني (ت٦٥٦) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «فإنَّ المسائل الفرعية على اتساعها وبُعد غاياتها لها أصولٌ معلومة وأوضاع منظومة، ومَن لم يعرف أصولها لم يحط بها علمًا»[(١)].

ومما يحسن إيراده لمناسبته: أنَّ بعض الباحثين يستدلُّ على جواز الوقف المؤقَّت بأنَّ أهل العلم جوَّزوا وقفَ أنواعٍ من المنقولات بطبيعتها تؤول إلى الانقضاء والزوال؛ فيدلُّ ذلك على جواز الوقف المؤقَّت! ولا ريب أنَّ هذا خلطٌ في فهم كلام أهل العلم، منشأه عدم لحظ عبارات الفقهاء، فهم يطلقون لفظ التأبيد في أحكام الوقف على معنيين[(٢)]:

أحدهما: متعلِّقٌ بالموقوف، ويريدون به: صلاحية العين الموقوفة للبقاء والانتفاع بها.

والثاني: متعلِّقٌ بالصيغة، ويريدون به: ما يضاد التأقيت. وهو المقصود في مسألة الوقف المؤقَّت وعليه يجري خلافهم.

ثالثًا: عدم لحظ تغيُّر أوصاف المسألة:

يتأكَّد على الفقيه عند نظره للمسائل الفقهية مراعاة ما جدَّ في أوصافها ومدى تأثير ذلك في الحكم من عدمه، لا سيما في المسائل التي علَّق فيها أهلُ العلم الحكمَ بأوصافٍ معينة، ومن تلك المسائل ذات الصلة بباب الوقف:

(١) تخريج الفروع على الأصول (ص٣٤).
(٢) انظر: أحكام الأوقاف، للشيخ مصطفى الزرقا (ص٥٤)، نوازل المال الموقوف، د. عبد الحكيم بلمهدي (ص٥٦).

١. وقف النقود والأوراق المالية المعاصرة:

مسألة وقف النقود جرى فيها الخلاف قديمًا بين الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في جواز وقفها من عدمه، ومن أظهر أسباب المانعين من وقف النقود[١]: تعليلهم المنع؛ بعدم إمكان بقاء النقود عند الانتفاع بها[٢].

قال الموفَّق ابن قدامة (ت٦٢٠) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالدنانير والدراهم، والمطعوم والمشروب، والشمع، وأشباهه، لا يصحُّ وقفه، في قول عامة الفقهاء وأهل العلم»[٣]، ومعلوم أنَّ الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، فهل يستقيم المنع مع تغيُّر صورة النقد في واقعنا المعاصر عما كان معروفًا عليه عند السادة الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ لا سيما في الأوراق النقدية والمالية المعاصرة؟ الظاهر -والله أعلم- أنَّ ذلك لا يستقيم؛ لعدم ورود

(١) انظر: وقف النقود والأوراق المالية، د. عبد الله العمار -ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني بالكويت- (ص٧٥-٧٦)، أموال الوقف ومصرفه، د. عبد الرحمن العثمان (ص٢٠٠)، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، للشيخ دبيان الدبيان (١٦/ ١٨٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٠)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٦٣-٣٦٥)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٣٢)، مواهب الجليل (٦/ ٢٢)، أسنى المطالب (٢/ ٤٥٨)، مغني المحتاج (٣/ ٤٦٤)، المغني (٦/ ٣٤)، شرح منتهى الإرادات (٤/ ٣٣٥). وإن كان هذا التعليل في المنع أظهر على قول الشافعية والحنابلة، أما الحنفية فعلَّة المنع عندهم كونهم يمنعون وقف المنقول أصلًا إلا في صورٍ معينة. وانظر: موقف العقول في وقف المنقول، لأبي السُّعُود (ص٦٨).

(٣) المغني (٦/ ٣٤).

مآخذ المنع على صورة وقف النقود والأوراق المالية المعاصرة[1]؛ فالنقود في زماننا لا تتعيَّن بالتعيين فهي مجرد أرقام وقيود محاسبية، كما أنها متساوية القيمة، وجرى عرف الناس وعملهم على أنَّ الأوراق النقدية لا تُراد لذاتها، بل قيمتُها تكمن في وظيفتها وهي الثمنية[2]، ومن ثمَّ؛ فلو أوقفها للقرض أو المضاربة صحَّ ذلك، ويكون ردُّ المِثْل عند القرض أو المضاربة قائمٌ مقامَ ردِّ العين المأخوذ، فيكون حبس أمثال النقود بمنزلة حبس أعيانها، وبقاءُ أمثالها في أثناء الاستعمال في حكم بقاء أعيانها[3]. ويشبه ذلك تعليلَ أبي الوفاء ابن عقيل (ت٥١٣) رَحِمَهُ ٱللَّهُ جواز استبدال الوقف، بقوله: «الوقف مؤبَّدٌ، فإذا لم يمكن تأبيده على وجهٍ، يُخصِّصه استبقاء الغرض، وهو الانتفاع على الدوام في عينٍ أخرى، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطُّلها تضييعٌ للغرض»[4]. بل إنَّ المانعين أنفسَهم جوَّزوا بعضَ الصور مما لا ينطبق عليها مأخذ المنع؛ مما يدلُّ على أنَّ الحكم عندهم معلَّقٌ بوصفٍ معين، ولذا يقول الموفَّق ابن قدامة (ت٦٢٠) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «والمراد بالذهب والفضة هاهنا: الدراهم والدنانير، وما ليس بحَلْي؛ لأنَّ ذلك هو

(١) وفي هذا يقول الشاطبيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «كلُّ صورةٍ من صور النازلة نازلةٌ مستأنفةٌ في نفسها لم يتقدَّم لها نظيرٌ، وإن تقدَّم لها في نفس الأمر فلم يتقدَّم لنا فلا بدَّ من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنه تقدَّم لنا مثلُها؛ فلا بدَّ من النظر في كونها مثلَها أولًا». الموافقات (٥/ ١٤).

(٢) انظر: النوازل الوقفية، د. ناصر الميمان (ص٢٨).

(٣) انظر: موقف العقول في وقف المنقول، لأبي السُّعُود (ص٥٨)، شرح مختصر خليل، للخَرَشيِّ (٧/ ٧٨).

(٤) المغني (٦/ ٢٩).

الذي يتلف بالانتفاع به، أما الحلي؛ فيصحُّ وقفه للُّبْس والعاريَّة...، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها، مع بقائها دائمًا، فصحَّ وقفها؛ كالعقار»[(١)].

فإن قيل: لا يستقيم ذلك كون الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ اشترطوا في الموقوف أن يكون معينًا[(٢)]، والقول بعدم التعيين يناقض هذا الشرط!

قيل: التعيين هنا واقع على القيمة الاستبدالية، وهو كافٍ في تعيين الموقوف ورفع الجهالة والإبهام، وأيضًا كما يجوز -على الصحيح- إبدال الوقف عند الحاجة أو المصلحة الراجحة مع أنه قد يترتَّب عليه تغييرٌ لصورة الوقف؛ فلأن يجوز هنا أوْلَى وأظهر؛ لأنَّ النقود مثلية واستبدالها لا يُفوِّت غرض الواقف ولا الموقوف عليه[(٣)].

وعليه؛ فتخريج وقف الأوراق النقدية أو المالية المعاصرة على خلاف الفقهاء في وقف النقود مشكلٌ على ما تقدَّم بيانه، وقد نصَّ أهل العلم على أنَّ «التخريجَ مع قيام الفارق باطلٌ إجماعًا»[(٤)]. وقد صدَر قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ الدوليِّ بجواز ذلك، حيث جاء فيه: «وقف النقود جائزٌ شرعًا؛

(١) المغني (٦/ ٣٤-٣٥) باختصار. وانظر: موقف العقول في وقف المنقول (ص٤٧-٥٣)، روضة الطالبين (٥/ ٥١٣).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/ ٢٠٣)، البهجة في شرح التحفة، للتُّسُولي (٢/ ٣٦٧)، تحفة المحتاج (٦/ ٢٣٧)، كشاف القناع (٤/ ٢٤٣).

(٣) قال ابن عابدين: «إنَّ الدراهم لا تتعينَّ بالتعيين، فهي وإن كانت لا يُنتفع بها مع بقاء عينها، لكن بدلها يقوم مقامها لعدم تعيينها فكأنها باقية». الحاشية (٤/ ٣٦٤). والأوراق النقدية المعاصرة أوْلَى!

(٤) الفروق (٣/ ١١١).

لأنَّ المقصود الشرعيَّ من الوقف وهو حبس الأصل وتسبيل المنفعة متحقِّقٌ فيها؛ ولأنَّ النقود لا تتعيّن بالتعيين، وإنما تقوم أبدالُها مقامَها»[١]. وصدر بجواز ذلك أيضًا: «قرار منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني بالكويت» في موضوع: (وقف النقود والأوراق المالية)[٢]، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)[٣].

ومما يدخل في هذا السبيل أيضًا: تخريج أكثر الباحثين المعاصرين مسألة وقف الأسهم في الشركات التجارية على حكم وقف المشاع[٤]. ومقتضى قول القائلين من الفقهاء بجواز وقف المشاع مطلقًا[٥]؛ جواز وقف الأسهم، وكذا لازم القائلين بجواز وقف المشاع فيما لا يقبل القسمة[٦] يقتضي جواز

(١) قرار مجمع الفقه الإسلاميِّ رقم (١٤٠) (٦/ ١٥).
(٢) (ص٤٠١).
(٣) المعايير الشرعية - معيار الوقف (٦٠) (ص١٣٩٧).
(٤) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم (١٨١) (٧/ ١٩)، المعايير الشرعية - معيار الوقف (٦٠) (ص١١٤٠)، قرار منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني بشأن وقف النقود والأوراق المالية (ص٤٠١)، محاضرات في الوقف، الشيخ أبو زَهرة (ص١٢٤)، استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص٢٧٢)، نوازل المال الموقوف، د. عبد الحكيم بلمهدي (ص٧٤-٧٥)، نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص٤٢٩)، الشركة الوقفية، د. خالد الراجحي (ص١٠٠)، وقف الأسهم في الشركات المساهمة، الشيخ محمد الأحمد (ص١٢١-١٢٢).
(٥) كما هو قول أبي يوسف، وعليه الفتوى عند الحنفية، وقول بعض المالكية، ومذهب الشافعية، والحنابلة. انظر: المبسوط (١٢/ ٣٧)، مواهب الجليل (٨/ ١٨- ١٩)، روضة الطالبين (٥/ ٣١٤)، كشاف القناع (٤/ ٢٤٣).
(٦) كما هو قول محمد بن الحسن من الحنفية، وتخريجٌ عند الحنابلة. انظر: المبسوط (١٢/ ٣٧)، الفروع (٧/ ١٥٠).

وقف الأسهم أيضًا؛ نظرًا لأنَّ الأسهم بطبيعتها النظامية لا تقبل القسمة، فليس لمالك السهم إلا الإبقاء على أسهمه أو بيعها. وأما القائلون بمنع وقف المشاع إذا كان لا يقبل القسمة[1]؛ فلازم قولهم يقتضي منع وقف الأسهم، إلا أنَّ هذا اللازم -في ظني- لا يرِد على وقف الأسهم؛ إذ التطبيقات المعاصرة لوقف المشاع (كالأسهم) يمكن من خلالها معالجة أهمِّ عِلَل المنع (وقوع الضرر على الشريك)، خاصَّة مع تطوُّر النظام المحاسبيِّ، فبالإمكان معرفة إيرادات الحصة المشاعة وما لها وما عليها عن طريق الحسابات والقوائم المالية، مما يَضمنُ حصول الجهة الموقوف عليها على كامل حقوقها، وأيضًا؛ فيمكن في الأسهم قبضُ القسم المشاع عن طريق الصكوك المثبتةِ لحقِّ مالك السهم، وعليه؛ فلا ضررَ من وجود الجزء الوقفيِّ المشاع من الشريك؛ إذ الحكم يدور مع علَّته وجودًا وعدمًا، فكأنَّ وقف الأسهم في هذه الصورة محلُّ اتفاق على جوازه -والله أعلم-[2].

٢. قَبول قول الناظر مطلقًا في دفع الضمان عن نفسه:

الأصل المتقرِّر عند الفقهاء أنَّ الأمناء يُقبَل قولُهم من غير بينة[3]؛ «إذ لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان»[4]، ومن لوازمه قَبول قولهم؛ ذلك أنَّ

(١) وهو قولٌ للمالكية اختاره أبو الحسن اللخميُّ. انظر: التبصرة (٧/ ٣٤٠١-٣٤٠٢).
(٢) انظر: محاضرات في الوقف، الشيخ أبو زَهرة (ص١٢٤)، نوازل المال الموقوف، د. عبد الحكيم بلمهدي (ص٧٥)، وقف الأسهم في الشركات المساهمة، الشيخ محمد الأحمد (ص١٠٣-١٠٤).
(٣) انظر: المنثور في القواعد (١/ ٢٠٨)، المدخل الفقهي العام، للشيخ الزرقا (٢/ ١٠٨٦).
(٤) قواعد ابن رجب (١/ ٢٨٩).

الفقهاء قسَّموا الأيدي من حيث الضمان إلى نوعين: يد ضمان، ويد أمانة[١].

ويد ناظر الوقف على الوقف يد أمانة لا يد ضمان، ولذا؛ فلا يضمن إلا في حالة التعدي أو التفريط[٢]. وعلى هذا؛ فجميع الصور المذكورة في كلام الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في تضمين الناظر من عدمه؛ مرجعُها عندهم هو النظر في تحقُّق وصف التعدي أو التفريط عند تلف المال، هذا من حيث الإجمال، ويبقى أنَّ لكلِّ صورةٍ ذوقًا خاصًّا[٣].

فهل يستقيم هذا الإطلاق في الأوقاف الاستثمارية الكبرى؛ بحيث يُقبل قول مديري الاستثمار في المؤسسات المالية بمجرد ادِّعائهم هلاك المال الموقوف من غير بينة؟ الأظهر -والله أعلم- أنَّ طرد ذلك في الأوقاف الاستثمارية الكبرى فيه نظر؛ لأنَّ الفقهاء اعتنوا كثيرًا بمصالح الوقف وحفظه، وهم متفقون على أصل مشروعية محاسبة الناظر[٤]، وما سوى

(١) انظر: المبسوط (١٧/ ١٠١)، الفروق، للقرافيِّ (٤/ ٢٧)، المنثور في القواعد (٢/ ٣٢٣)، قواعد ابن رجب (١/ ٢٦٦-٢٨٨).

(٢) انظر: البحر الرائق (٥/ ٢٦١)، حاشية الدسوقيِّ (٤/ ٨٩)، تحفة المحتاج (٦/ ١٢٦)، الإنصاف (١٦/ ٤٥٤)، درر الحكَّام في شرح مجلة الأحكام (٤/ ٥٥٣)، محاضرات في الوقف، للشيخ أبي زَهرة (ص٤١٣)، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، د. محمد الكبيسيِّ (٢/ ٢٦٧).

(٣) من ذلك أنَّ الأصل أنه لا يجوز للناظر أن يغيرِّ صورة الوقف، وفي مسألة استبدال الوقف مع أنَّ فيها تغييرًا لصورة الوقف، لكن رجَّح جمعٌ من المحقِّقين ذلك بضوابط شرعيَّة؛ لما يترتَّب من المصالح.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٤٨)، حاشية الدسوقيِّ (٤/ ٨٩)، أسنى المطالب (٢/ ٤٧٦)، الفروع (٧/ ٣٥٦).

ذلك هو محلُّ اجتهادٍ ونظرٍ في تحقيق هذا المعنى ورعايته[١]، والأزمان -كما هو معلوم- تتفاوت فيها أحوال الناس، والناس يُحدِثون فيها أسبابًا يقتضي النظر فيها أمورًا[٢]، وقد تعارض في هذه المسألة عندنا الأصل والظاهر، فالأصل: وهو عدم تضمين الأمين، مع الظاهر: وهو أنَّ عرف المؤسسات المالية جرى على إثبات مثل هذه الخسائر، وعليه؛ فالأشبه تقديم الظاهر؛ لدلالة العرف والعادة المستقرَّة على ذلك، فيقدَّم على الأصل حينئذٍ[٣]. ولذا؛ فالأقرب -والله أعلم- هو اشتراط البينة لقَبول قول الناظر لا سيما في الأوقاف الكبرى، والبيِّنة لا تختصُّ بالشهادة ونحوها؛ بل هي اسم لما يبيِّن الحقَّ ويظهره[٤]، ولذا فتشمل فواتير الصرف، وسندات الإيصال ونحو ذلك من الوثائق المعتبرة قضاءً، وذلك لما يلي:

١. أنَّ في ذلك تحقيقًا لمصلحة الوقف، وضبطًا لنفقاته ومصروفاته.

٢. سدٌّ لذريعة تسلُّط النُّظار الفاسدين على الوقف وظلمهم.

٣. أنَّ مطالبة منكر الصرف البينةَ تحميلٌ للنافي عبء الإثبات، وهو خلاف الأصل القضائيِّ[٥].

(١) انظر: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، د. محمد الكبيسيِّ (٢/ ٢٥٠).
(٢) انظر: البحر المحيط، للزركشيِّ (١/ ٢٢٠)، محاضرات في الوقف، للشيخ أبي زَهرة (ص٤٠٥).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر، لابن السبكي (١/ ١٩)، قواعد ابن رجب (٣/ ١٣١).
(٤) انظر: الجواب الصحيح، لابن تيمية (٤/ ٥٥٧)، الطرق الحكمية (١/ ٢٥)، تبصرة الحكَّام (١/ ٦٣٨).
(٥) انظر: الإشراف القضائيُّ على النُّظار، للشيخ هاني الجبير (ص٢٩).

كما أنَّ ذلك هو أحد متطلَّبات الحوكمة التي تسعى لها كلُّ مؤسسة وقفية، وعليه؛ فنقل عبء الإثبات إلى الناظر؛ هو لما سبق تقريره من اقتضاء المصلحة الراجحة، لا سيما إذا كان الظاهر يخالفُ قولَه، وأيضًا فقد قرَّر الحنابلة أنَّ الناظر الذي يأخذ جُعلًا على عمله لا يقبل قوله إلا ببينة[1].

رابعًا: التوسُّع في الاستدلال بالمصلحة:

من أكثر الأدلة دورانًا على ألسنة الباحثين المعاصرين لا سيما في باب الأوقاف: دليل المصلحة؛ وذلك لسهولة توظيف الباحثين له في أدنى مناسبة، دون مراعاة -بعضهم- الضوابط الشرعية في إعمال دليل المصلحة[2]، فالمصلحة ليست شيئًا واحدًا متفقًا عليه، بل تتفاوت أنظار الباحثين وتتباين فيها، فضلًا عن إضفاء الانطباعات النفسية والاختيارات الشخصية قالب المصلحة الشرعية، ورحم الله الطاهر ابن عاشور (ت١٣٩٣) حين قال: «إنَّ مقصد الشارع لا يجوز أن يكون غير مصلحة، ولكنه ليس يلزم أن يكون مقصودًا منه كلُّ مصلحة. فمن حق العالِم بالتشريع أن يَخْبُرَ أفانين هذه المصالح في ذاتها وفي عوارضها، وأن يَسْبُرَ الحدود والغايات التي لاحظتْها الشريعة في أمثالها وأحوالها إثباتًا ورفعًا، واعتدادًا ورفضًا، لتكون له دستورًا يُقتدَى، وإمامًا يُحتذى»[3]. وسأضرب لذلك مثالين:

(١) انظر: كشاف القناع (٤/ ٢٦٩)، مطالب أولى النهى (٤/ ٣٣٤).
(٢) انظر: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د. محمد البوطي (ص١١٥-٢٧٥).
(٣) مقاصد الشريعة الإسلامية (ص٢٩٩-٣٠٠).

١. الجزم بمعارضة مَن يمنع الوقف المؤقَّت للمصلحة الشرعية:

يستدلُّ كثيرٌ من المجوِّزين لمسألة الوقف المؤقَّت أنَّ ذلك من تيسير أبواب الخير على الناس وحضِّهم على الوقف، وأنَّ المانعين من ذلك يعارضون هذا الأصل[١]، ويلطِّف بعض الباحثين ذلك بقوله: «ونحن في هذا البحث ليس يهمُّنا خلاف الفقهاء، وإنما نهتمُّ بأن لا تغلق أبوابٌ للخير فتحها الشارع بعموم النصوص التي تدعو للبر والإحسان، بسبب الخلاف أو بسبب الأسماء التي وضعها الفقهاء لبعض أبواب الخير»![٢]. وعند التأمُّل نجد أنهم قد وقعوا في ضد ما قصدوا، وذلك حين أغفلوا جانبَ اللُّزوم في الوقف، فاللُّزوم يمنع من التصرُّف في العين فيما لو أراد الواقِف خلافَ ما أراده ابتداءً، بخلاف القول ببطلان الوقف المؤقَّت؛ فإنه يحفظ حقَّه الماليَّ، فلا يُمنَع من التصرُّف فيه إلا بدليلٍ[٣]، والعجب أيضًا ممن يقول بذلك أنهم ضيَّقوا وحصروا أبواب الصدقات في بابٍ واحدٍ من التبرُّعات: وهو باب الوقف، وكأنَّ أبواب الخير مغلقةٌ فيما سواه! مع أنَّ الفقهاء جوَّزوا التصدُّق بالمنفعة لمدَّة معيّنةً من غير تسمية ذلك وقفًا[٤]، كما في العاريَّة وهي

(١) انظر: نظام الأوقاف ومقاصد الشريعة، لمحمد حسن بدر الدين (ص١٣٦-١٣٧).
(٢) الوقف الإسلاميُّ، د. منذر قحف (ص١٣٧).
(٣) انظر: نوازل الوقف، د. سلطان الناصر (ص١١٠-١١١).
(٤) بل قال الجوينيُّ: «الوقف خُصَّ بالتصحيح، ليستمكِن المحبِّس من تأبيد قُرَبِه، فإذا تُرِك الأصل الذي بنى الشرعُ الوقفَ عليه، لم يبقَ فرقٌ بين العاريَّة والوقف» نهاية المطلب (٨/ ٣٥٠).

في حقيقتها تبرُّعٌ بمنفعة أصلٍ على نحوٍ مؤقَّت[1]، وصاحبها مأجورٌ -إن شاء الله-. والمقصود أنه ليس من لازم اشتراط التأبيد التقليل من أبواب الخير كما ترى، فضلًا عن كون أوقاف الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كانت مؤبَّدةً؛ كما قال الإمام أحمد (ت٢٤١): «أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أوقفوا بَتَّةَ بَتْلَةً، والشرطُ فيها أن لا تُباعَ ولا تُوهَبَ فإذا دخلَها بيعٌ فسَد ذلك، ولم يصحَّ الوقفُ»[2]. ثم إنَّ التأبيد جزءٌ من معنى الوقف الشرعي، وكثيرٌ من مسائل الوقف التي قرَّرها الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ مبنيَّةٌ على القول به؛ كعدم جواز بيعه، أو هبته، أو الاستبدال به -عند عدم وجود المصلحة-، وكذا تضييق الاستدانة عليه، كلُّ ذلك ملحوظٌ معنى التأبيد فيه وخشية انقطاعه أو ضياعه.

٢. توسيع مدلول الوقف الشرعي باسم المصلحة:

من اللوازم التي ترِد على المتوسِّعين في أحكام الوقف باسم المصلحة والتيسير على الناس وتسهيل أبواب الخير؛ هو توسيع دلالة الوقف لتشمل غيرها من أبواب الصدقات والتبرُّعات وأوجه البر، بل وحصرها كلُّها في مسمًّى واحدٍ هو الوقف، ولو اختلفت الأصول وتناقضت ما دام أنها تحقِّق المصلحة وتفتح أبواب الخير للناس؛ فيجوز الوقف على النفس، ووقف المنافع، وعدم وجوب الزكاة على الموقوف ولو كان معينًا، والوقف على الأغنياء، وعدم اشتراط القبض لصحة الوقف... إلى أمثال تلك المسائل

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٥٥)، بداية المجتهد (٤/ ٩٧)، نهاية المحتاج (٥/ ١١٧)، المغني (٥/ ١٦٣).
(٢) الوقوف، للخلاَّل (ص٣١).

المختلفة في مآخذها باسم المصلحة والتيسير على الناس. وهذا -مرةً أخرى- بعيدٌ كلَّ البعد عن طريقة أهل العلم والفقه[1].

وليس المقصود من كلامي نفي اعتبار المصلحة وتأثيرها على الأحكام أو عدم الأخذ بالأيسر ورفع الحرج عن العباد -معاذ الله-، لكن هذا شيء والتقرير السابق شيءٌ آخر أقرب إلى عدم الانضباط المنهجي والفوضى العلمية، فاختزال -بعضهم- قواعد الترجيح في مقامٍ واحد، وهو الأيسر والأرفق للناس، بحيث تؤول إلى إلغاء اعتبار غيرها من المرجحات قصورٌ ظاهر. ولهذا السادة المالكية وهم من أوسع المذاهب في باب الوقف -في الجملة-؛ منعوا من وقف الإنسان على نفسه؛ لكونه مخالفًا لمقصود عقد الوقف عندهم[2]، فلم ينظروا لليسر حين صادم الأصل الفقهيَّ المقرَّر عندهم! وعليه؛ فدعوى فتح أبواب الخير والتيسير على الناس لا بدَّ أن تكون وَفق قانون الشريعة، وعلى قاعدة صلبةٍ في الاستدلال وبناء الأحكام الشرعية.

يقول أبو إسحاق الشاطبيُّ (ت٧٩٠) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ومن هذا أيضًا جَعْل بعض الناس الاختلافَ رحمةً للتوسُّع في الأقوال، وعدم التحجير على رأي واحد، ويحتجُّ في ذلك بما رُوي عن القاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز

(١) يقول أبو عبد الله المازريُّ: «لا يُطلِق الفقيه هواجس خواطره يَسرْح فيها كيف شاء، ولكن لابد أن يُجري خواطره على مضمار مسالك السلف في الاستنباط واستفادة الظنون». إيضاح المحصول من برهان الأصول (ص٣٨٨).

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٢٢)، شرح خليل، للخَرَشيِّ (٧/ ٨٤)، محاضرات في الوقف، للشيخ أبي زَهرة (ص٢٠٧).

وغيرهما مما تقدَّم ذكره، ويقول: إنَّ الاختلاف رحمة، وربما صرَّح صاحب هذا القول بالتشنيع على مَن لازم القولَ المشهور، أو الموافقَ للدليل، أو الراجحَ عند أهل النظر والذي عليه أكثر المسلمين، ويقول له: لقد حجَّرت واسعًا، ومِلتَ بالناس إلى الحرج، وما في الدين من حرج، وما أشبه ذلك. وهذا القول خطأٌ كلُّه، وجهلٌ بما وُضعت له الشريعة، والتوفيق بيد الله»[1].

(١) الموافقات (٥/ ٩٤).

المبحث الرابع
المآخذ الواقعة في التطبيق المعاصر في الأوقاف الاستثمارية

أبديتُ آنفًا جملة من مثارات الغلط في «فقه الأوقاف الاستثمارية»، وغالبها ينعكس على التطبيق المعاصر في الأوقاف الاستثمارية، سواءً من خلال الجهات التنظيمية أو الجمعيات والمؤسسات الخيرية، إلا أنَّ هناك بعض المآخذ تقع من بعض العاملين التنفيذيين في الجهات الوقفية، ولها تأثيرٌ ظاهر على الأوقاف الاستثمارية، فمن أبرز هذه المآخذ:

أولًا: النظر للوقف نظرةً تجارية محضة:

الوقف في حقيقته استثمارٌ من حيث إنَّ صاحبَه يريد أن يقفَ مالَه في سبيل أن يحصِدَ ناتجَه يومَ القيامة، ومن حيث الحفاظ على الأصل ويكون الاستهلاك للمنفعة أو الثمرة، ولا يمكن الحصولُ على الغَلَّة إلا باستثمار الوقف لا سيما في الأوقاف الاستثمارية، ولذا يذكر الفقهاءُ أنَّ من أهمِّ وظائف ناظِر الوقف الاجتهادَ في تنميته وزيادته[1]، إلا أنهم يختلفون في تفاصيل هذا المعنى، والسؤال محلُّ البحث: هل يصحُّ النظر للوقف على أنه مؤسسة ربحية؟ ولستُ أقصد هنا الاستفادة من الأعراف التجارية في خدمة الجانب الوقفي فهذا شأنٌ آخر، وإنما النظر للوقف ككيان ربحيٍّ

(١) انظر: أحكام الأوقاف، للخصَّاف (ص٢٧٣) البحر الرائق (٥/ ٢٥٤)، الذخيرة (٦/ ٣٣٠)، التاج والإكليل (٧/ ٦٤٩)، روضة الطالبين (٥/ ٣٤٨)، تيسير الوقوف (١/ ١٣٦)، كشاف القناع (٤/ ٢٦٨)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٢/ ٤١٥).

يسعى لتعظيم العائد بكافَّة الوسائل الممكنة، وتغييب نظرة البر والإحسان والقُربة فيه. الواقع أنَّ المتأمِّل لنظام الوقف في الإسلام؛ يجد أنه لا يلتفت لمبدأ تعظيم الريع في الأوقاف قصدًا وأصالةً، وإنما على جهة القصد الثاني والتَّبع بما يحفظ بقاء الوقف واستدامته[1]؛ لعددٍ من الأوجه:

١. أنَّ هذا ما جرى عليه عمل الناس في الصدر الأول؛ فالمُطالِع لأوقاف الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فمن بعدهم يجد ذلك ظاهرًا جليًا.

٢. أنَّ العائد المتحقِّق من الوقف بالنسبة للواقف هو عائد أخروي (ثواب)، وليس عائدًا دنيويًّا (ربح)[2].

٣. خصوصية أموال الوقف من جهة قطع أسباب التصرُّف فيها بأسباب التملُّك كالبيع والهبة ونحوهما، والشريعة جاءت بحفظ المال بشكل عامٍّ والأموال الوقفية بشكل خاصٍّ، والتوسُّع في التجارة والاستثمار لأموال الوقف قد يعرِّض أموال الوقف للانقطاع أو الهلاك.

٤. أنَّ النظر إلى تعظيم العائد فيه اعتبارٌ لمصلحة واحدةٍ من مصالح الوقف وهي الريع، وإهمالٌ لمصالح شرعية أخرى في الوقف؛ كمراعاة شرط الواقف، وحقِّ الموقوف عليه[3]، وحفظ العين الموقوفة، وغيرها من المصالح

(١) انظر: الوقف الإسلاميُّ، د. منذر قحف (ص٢٢٩-٢٣٤).
(٢) انظر: الملامح الأساسية للعلاقة بين نظام الوقف والاقتصاد، د. أحمد السعد (ص١٦).
(٣) انظر: استثمار أموال الوقف، د. خالد الشعيب -ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول بالكويت- (ص٢٤٢).

المعتبرة، بل قد يغفل العاملون عن جانب البر والإحسان والقربة في الوقف بطرد هذا الاعتبار وحده.

والواقع -مع الأسف- أنه في كثير من الأوقاف الكبرى أضحى هاجس تعظيم الريع وزيادة الاستثمارات يزاحم مصلحة الموقوف عليهم في الاستفادة من الريع، وكلُّ ذلك بحجة المصلحة، والنظر للوقف نظرةً تجارية محضة، ولا يعني هذا إغفال تنمية الأوقاف، لكن الأمور تقدَّر بقدرها! يقول هلال بن يحيى (ت٢١٥) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الوقف لا يطلبُ به التجارة ولا تطلب به الأرباح، وإنما سمِّي وقفًا؛ لأنه يَبقى ولا يُباع»[(١)].

بل ثبت أنَّ الاسترسال مع فكرة تعظيم الريع يعود على المبادئ التي قام عليها الوقف بالإضعاف أو الإبطال، بل بعضهم يُصرِّح بذلك دون حرج، بقوله: «مهما ادعينا الغيرة على شروط الواقف وعلى الإسلام والمسلمين، فلن نكون صادقين إذا لم نوفِّق غيرتنا ونلائم أعمالنا مع أسس الاقتصاد ونواميس العلم والعمران، ولن نصل إلى حكمة الشريعة ونقضي باليُسْر لإزالة العُسْر إذا جارينا من يقول: شرط الواقف كنصِّ الشارع»[(٢)]!

ولا ريب أنَّ مثل هذا الإطلاق أجنبيٌّ عن الفقه وعن مقاصد الشريعة في الوقف، فضلًا عن تقريرات السادة الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، والتي كان لها الأثر البالغ -بعد الله- في فاعلية أحكام الوقف وبقائه في الأمة قرونًا متطاولة.

(١) أحكام الوقف (ص٩٤).
(٢) تنظيم الأوقاف والشؤون الإسلامية، للأستاذ عبد الرحمن الكيالي -ضمن المجلة الزيتونية-، المجلد (٢)، الجزء (١)، شعبان ١٣٥٦، (ص٩١).

يقول الشيخ صالح الحصين (ت١٤٣٤) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «لقد ساعد على فاعلية نظام الوقف في حياة المسلمين المبادئ التي قام عليها، وأهمُّها:

١. امتناع التصرُّف في أصل الوقف، وقد تحقَّق بهذا المبدأ حماية الوقف، وعدم تعريضه لطيش المتولين، أو سوء نيتهم.

٢. ما استقرَّ لدى الفقهاء من أنَّ «شرط الواقف الصحيح مثل حكم الشارع»، فتحقَّقت بذلك حماية الوقف، واطمئنان الواقف إلى استمرار صرف وقفه في الأغراض التي تهمُّه ويُعنى بها.

٣. ولاية القضاء على الأوقاف، فتحقَّقت بذلك حماية الوقف من تدخُّل السلطات الإدارية الحكومية»[١].

ثانيًا: احتجاز الريع دون مسوِّغ مقبول:

من المقرَّر فقهًا أنَّ ريع الوقف ملك الموقوف عليهم[٢]، يقول العِمْراني (ت٥٥٨) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وأما منفعة الوقف: فإنها مِلْكٌ للموقوف عليه بلا خلاف»[٣]. ولا يخفى أنَّ المقصود من الوقف هو دوام الانتفاع بالعين الموقوفة مع بقائها، وهذا لا يتأتَّى عادةً إلا بصيانة العين الموقوفة وعمارتها وإصلاح ما يحتاج لإصلاحٍ منها، ومن ثمَّ؛ فتَلجأ كثيرٌ من الجهات الوقفية

(١) تطبيقات الوقف بين الأمس واليوم -ضمن المجموعة الكاملة لأعمال الشيخ- (٤/ ١٦٠-١٦١).

(٢) انظر: شرح معاني الآثار (٤/ ٩٧)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٧٣)، البيان، للعِمْرانيِّ (٨/ ٧٥)، الشرح الكبير، لابن أبي عمر (١٦/ ٤٢٢).

(٣) البيان (٨/ ٧٥).

لاقتطاع جزءٍ من ريع الوقف من أجل ذلك، وقد أكَّد على ذلك الفقهاء، يقول السرخسيُّ (ت٤٨٣) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «مقصود الواقف استدامة الوقف وأن تكون المنفعة واصلةً إلى الجهات المذكورة في كلِّ وقتٍ، ولا يحصل ذلك إلا برفع هذه المؤن من رأس الغلَّة»[1]. وأيضًا قد يكون احتجاز الريع لمواجهة مخاطر استهلاك رأس المال؛ كوسيلة من وسائل حفظ الوقف وحمايته، وغير ذلك من الأسباب المعتبرة. لكن من الملحوظ أنَّ هناك توسُّعًا من قِبَل بعض الجهات الوقفية أو النُّظار في احتجاز نسبٍ كبيرة جدًّا من الريع كـ(٧٠٪) أو (٨٠٪) بحججٍ واهية وليست حقيقية، وغالبًا ما يكون الدافع لذلك النظرة التجارية المحضة للوقف والحرص على مزيدٍ من الاستثمارات دون اعتبارٍ آخر مقبول، حتى إنَّ ذلك يعود على المستحقِّين بالحرمان، ويؤدِّي إلى مخالفة شرط الواقف في وقفه، وقد نبَّه الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ على هذا المعنى. يقول الكمال ابن الهمام (ت٨٦١) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «وإنما يستحقُّ العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقَفَهُ، وإن خَرِبَ يُبنى على ذلك الوصف؛ لأنها بصفتها صارت غلَّتُها مصروفةً إلى الموقوف عليه. فأما الزيادةُ على ذلك؛ فليست بمستحَقَّةٍ عليه، والغلَّة مستحَقَّةٌ؛ فلا يجوزُ صرفُها إلى شيءٍ آخر إلا برضاه [أي: الواقف]»[2].

(١) المبسوط (١٢/ ٤٦).
(٢) فتح القدير (٦/ ٢٢٢). وانظر: الذخيرة (٦/ ٣٢٩)، مغني المحتاج (٣/ ٤٨٨)، الشرح الكبير، لابن أبي عمر (١٦/ ٤٦٠).

أما إذا كان ذلك لمعنًى صحيحٍ معتبر فلا بأس به، بل قد يتأكَّد ذلك لا سيما في الأوقاف الاستثمارية الكبرى؛ إذ من المعلوم أنَّ الأوقاف ليست على نوعٍ واحد، والأزمان يتجدَّد فيها من تصاريف الحياة ما لم يكن قد تحصَّل لمن مضى، كمتطلَّبات التشغيل والصيانة والإدارة والتحوُّط وغير ذلك، ولذا؛ فحبس الريع أو الفائض منه إذا كان لمصلحةٍ راجحة وسببٍ مشروع؛ فهو متأكِّدٌ ومما ينبغي تحصيلُه، لا سيما في ظلِّ مخاطر الاستثمار وتقلُّبات الأسعار في الأسواق المالية، وتحديد مقدار المبالغ التي تُحتجز من صافي ريع الوقف يرجع في تحديدها لما يقرِّره أهل الخبرة والدراية[1].

يقول الإمام ابن تيمية (ت٧٢٨) رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ما فضَل من الريع عن المصارف المشروطة ومصارف المساجد فيُصرَف في جنس ذلك، مثلَ: عمارة مسجدٍ آخر ومصالحها؛ وإلى جنس المصالح ولا يحبسُ المال أبدًا لغير علَّةٍ محدودةٍ»[2]. فترى أنَّ الشيخ جوَّز الحبس إذا كان لسببٍ مشروع محدَّد، ومنه الاحتياطات التي تجعل وقايةً لرأس المال من الهلاك ونحوها.

(١) انظر: استثمار الأوقاف، د. أحمد الصقيه (ص١٩٤-١٩٨). وقال الحمويُّ في «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٥٨): «قوله: فإنه يجب على الناظر إمساكُ قَدْر ما يَحتاج إليه للعمارة في المستقبل. وقد يُقال قدر ما يُحتاج إليه في المستقبل غيرُ معلومٍ إذ هو غير منضبطٍ فلا يدري القدرَ الذي يُرصَد للعمارة، وهذا أمرٌ جليٌّ لا سترة فيه. وغاية ما يقال: إنَّ الأمر مفوَّضٌ للناظر فيرصدُ القدرَ الذي يغلِبُ على ظنِّه الحاجةُ إليه».
(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢١٠). وانظر: المعيار المُعْرِب (٧/ ١٨٧-١٨٨).

ثالثًا: الاستنساخ الحرفي للنماذج الغربية:

للغرب كغيره من الأمم تجارِب في العمل الخيري، وبعض هذه التجارب متأثرٌ بفكرة الوقف في الفقه الإسلامي، ومن أبرز هذه التجارب ما يسمَّى بالأمانات الخيرية «Charitable Trusts» حيث يقوم هذا النظام على وضع المال بيد شخصٍ معيَّن يسمَّى: الأمين أو الوصيَّ «Trustee»؛ ليستغلَّه لمصلحة شخصٍ آخر يسمَّى: المستفيد أو المستحقَّ، وهذه الأمانات قد تكون على جهاتٍ عامَّة خيرية، وقد تكون فرديةً عائلية، فهي بذلك تقابل أنواع الوقف العام والخاص، كما أنَّ الأمين أو الوصيَّ في هذا النظام يمثِّل الناظِر[1]؛ فهذا النظام «أقرب المعاني إلى الوقف الإسلامي، وأركانُه كأركان الوقف الإسلامي»[2]. على أنَّ فكرة الوقف لا تنتظم في المجتمع الغربي وبخاصَّة الأمريكي في منظومة قانونيةٍ واحدة، بحيث يجدها الباحث في باب أو فصل أو قانون مستقلٍّ، وإنما تتوزَّع الأوقاف في ثلاثة أبواب هي: المؤسسات الوقفية «Foundations»، والمؤسسات غير الربحية «Non Profit Organization -»، والأمانات الوقفية التي هي أنواع من الأمانات «Trusts»[3].

(١) انظر: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، د. محمد الكبيسي (١/ ٢٩)، الوقف الإسلاميُّ، د. منذر قحف (ص٥٩-٦١)، التأمين التكافليُّ من خلال الوقف، د. علي نور (ص٣٦).

(٢) نظام الوقف السعودي دراسة مقارنة بقانون الترست البريطاني، د. عبد العزيز العبد المنعم (ص٦٠).

(٣) انظر: الوقف الإسلاميُّ، د. منذر قحف (ص٢٦)، تطوير المؤسسة الوقفية الإسلامية في ضوء التجربة الخيرية الغربية، د. أسامة الأشقر (ص٢١-٢٤).

وكثيرٌ من هذه المؤسسات الخيرية الغربية لها نجاحاتٌ وامتيازاتٌ حسنة في مجالها وتحسن الاستفادة منها، لا سيما في جانب الإدارة والحوكمة والرقابة، بيد أنَّ المبالغة في الدعوة إلى الاستئناس بما عند الغرب في مجال العمل الخيري، ونقل تجاربهم كما هي دون مراعاة لفوارق القيم والنُّظم والممارسات التي تختلف اختلافًا بيِّنًا، بحيث ينظر للوقف نظرةً ظاهريةً دون اعتبار المعاني والمفاهيم الشرعية التي تنضوي تحت لوائه؛ قصورٌ ظاهر، بل قد يعود بالفشل والمصادمة لفكرة الوقف الشرعية، ثم إنَّ الوقف الإسلامي شديدُ الارتباط بالحالة الاجتماعية للمسلمين فهو عملٌ اجتماعيٌّ[1]، ولذا فاستجلاب نماذج تخالف أعراف المسلمين وعوائدهم ومحاولة إقحامها لهم محلُّ نظر[2].

رابعًا: أخذ نسبة من أموال الوقف لقاء التسويق:

تفرض بعض الجهات أو المعلنين مقابلًا ماليًّا على الجهة المستفيدة لقاء التسويق للبرامج والمشاريع التي تُعلن عنها من المبالغ الوقفية المحصَّلة لهذه البرامج والمشاريع[3]، وقد استشرى هذا الأمر بأخرةٍ وصار هنالك توسعٌ ملحوظٌ، حتى آل الحال لتنافس المعلنين في اشتراط الأجور الكبيرة من

(١) الوقف في الفكر الإسلامي، لمحمد بن عبد الله (٢/ ٢٢٠).

(٢) انظر: نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة في العالم الغربي، د. محمد عبد الحليم عمر -بحث مقدَّم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف- (ص١٤-١٥).

(٣) فمثلاً: بعض الجهات التسويقية تشترط (٣٠٪) من مجموع المبالغ المحصَّلة للوقف؛ فلو افترضنا أنَّ أموال الوقف المحصَّلة مليون ريال، فتذهب لهذه الجهة ثلاث مئة ألف ريال! ومثل هذا الرقم لا يدخل في أجرة المثل لو قيل بجوازه فالله المستعان.

أجل التسويق للمشاريع الوقفية، وكلُّ ذلك بحجة اكتمال المشروع الوقفي والبدء بتشغيله! ومثل هذا الأمر قد يجوز في بعض الأوقاف المتعثِّرة لضرورةٍ أو حاجةٍ خاصة فتكون من باب قضايا الأعيان، أما أنَّ تؤول الحال لما هو شائعٌ اليوم من اعتماد كثيرٍ من الأوقاف لمثل هذه الطريقة، وأضحى الأمر -عند بعضهم- متاجرةً باسم الأوقاف الشرعية؛ فهو محلُّ نظر، خاصةً أنَّ الأموال المجمَّعة أموالٌ وقفية وليست صدقاتٍ عامة، وليست أيضًا من ريع الوقف فيتسامح في دخوله ضمن مشمولات أجرة الناظر مثلًا[1]. والشريعة قصدت حفظ أموال الوقف وضبطت حدود التصرُّف فيها وراعت شروط الواقف، وشدَّد أهل العلم رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ على رعاية هذا الأصل كثيرًا، ثم إنَّ الموقِفين غالبًا لا يعلمون أنَّ جزءًا من هذه الأموال تذهب إلى المعلنين، وبعضهم -لو علِم- قد لا يأذن بذلك أصلًا. والمرجو من الجهات الرسمية ملاحظة مثل هذا الأمر وضبطه ضبطًا شرعيًّا ونظاميًّا، وإيجاد حلول مناسبة لمعالجة أوضاع الأوقاف المتعثرة بدلًا من الطرق غير المناسبة التي قد يعود التوسُّع فيها بالضرر على العمل الخيري[2]، وإنما أُتي هؤلاء باستجلاب

(١) جاء في «قرارات منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول بالكويت» (ص٤١٥) في موضوع: (أجرة الناظِر المعاصرة): «الضابط في وظائف الناظِر هي ما احتيج إليها للمحافظة على مصلحة الوقف عينًا أو ثمرةً ما لم يخالف شرط الواقِف على أن يحقِّق مقصد الواقِف؛ كالحفظ والتنمية والدفاع عن حقوق الوقف، ولناظر الوقف أن يُحمِّل المصروفات الإدارية التي يحتاج إليها لوظيفته على ريع الوقف؛ كمتطلبات التسويق والمنشآت والمصروفات النثرية الأخرى على أن يكن ذلك في الحدود المناسبة».

(٢) نُشر مؤخَّرًا «مشروع لائحة جمع التبرعات لغرض إنشاء الأوقاف أو تمويلها» عبر منصة (استطلاع) التابعة للمركز الوطني للتنافسية، وجاء في المادة (٥) فقرة (٢) من المشروع =

طرائق التسويق التجارية إلى العمل الخيري، وهي هنا لا وجه لها؛ لأنَّ العمل

التجاري مبنيٌّ على الرضا ممن له ذلك، أما العمل الخيري فلا أحدَ ينوب عن

الجهة المستفيدة في الرضا بدفع هذه النسب الكبيرة لهؤلاء المعلنين[1].

= على أنه: «لا يجوز استعمال التبرعات إلا في الغرض الذي جمعت من أجله، وبحسب الشروط والمصارف المنصوص عليها في الترخيص، وللمرخَّص -عند الاقتضاء- أن يتقدم للهيئة بطلبٍ مسبب لتغيير الغرض أو الشروط أو المصارف، ولا يسمح بالتغيير إلا بعد صدور موافقة الهيئة».

ويحسن بيان أنَّ ما صدر مؤخَّرًا من «التعليمات التنفيذية للائحة جمع التبرعات للوجوه الخيرية» الصادرة عن مجلس إدارة المركز الوطني لتنمية القطاع غير الربحي بقرارها ذي الرقم (ق/ ٣/ ٦/ ٢٠٢٣) بتاريخ ٢٤/ ٠٨/ ١٤٤٤، لا تشمل أحكامُها الأوقاف باعتبار أنَّ الأوقاف مشمولة بأحكام «نظام الهيئة العامة للأوقاف»، وعلى كلٍّ حال؛ فقد ضبطت هذه التعليمات كثيرًا من الإشكالات التي تحتاج لضبط لا سيما في مجال التسويق والإعلان للمشاريع الخيرية بيد أنها لم تنصَّ صراحة على حكم أخذ نسبةٍ من الأموال المحصَّلة للتسويق ونحوه، وإن كانت أشارت المادة (١٣) فقرة (٣) من التعليمات على أنه يجب: «أخذ موافقة المتبرع على إعادة توجيه مبلغ التبرع الذي تبرع به لمشروعٍ آخر».

(١) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء، المجموعة الثالثة (١/ ٦٠٨-٦١٠)، فتوى للشيخ سليمان الماجد منشورة على موقعه: https://www.salmajed.com/fatwa/findnum.php?arno=12425.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتمُّ الصالحات، ففي خاتمة هذا البحث؛ ظهر لي عددٌ من النتائج والتوصيات، من أبرزها:

١. الوقف الاستثماري: هو الوقف الذي اتَّجهت فيه نيةُ الواقف لجعله أصلًا يُنمَّى بالتقليب والاستغلال بحسب المقتضيات التجارية، لا إلى تحبيسه بعينه، وإنما غرضه استدامة الوقف بتلك الأعيان أو ببدائلها.

٢. ضرورة مراعاة الفرق بين الوقف الاستثماري وما يشابهه؛ حتى يعطي الفقيه الحكمَ المناسب لكلِّ صورةٍ منها، وحتى لا يقع الخَلْط والتلفيق في الأحكام، وكثيرًا ما يقع الخلط بين مصطلحين يشتبهان بالوقف الاستثماري، هما: الوقف العيني، واستثمار الوقف. وقد بيّنتُ في البحث الفرق بينهما وبين الوقف الاستثماري.

٣. عدَّ البحث طرقًا من ضوابط استثمار الأوقاف، وجملتُها يعود إلى معنًى كليٍّ واحد، وهو: تحقُّق المصلحة الشرعيَّة من الاستثمار على الوقف. مع التنبيه إلى أنَّ الشأن ليس في مجرد ذكرها وتَعدادها، وإنما ينبغي على الجهات الوقفية إيجاد إدارةٍ للرقابة الشرعية للتأكُّد من تطبيق المعايير والضوابط الشرعية في أوقافها الاستثمارية.

٤. من المقاصد الشرعية للأوقاف الاستثمارية:

٤-١. ضمان ديمومة أموال الوقف وبقاء الانتفاع بها جيلًا بعد جيل.

٤-٢. حفظ أموال الوقف.

٤-٣. مراعاة المصلحة الراجحة للوقف.

٤-٤. لحظ جانب التعبُّد والتقرُّب إلى الله عَزَّوَجَلَّ في استثمار أموال الوقف ومَصْرفه.

٥. من أهمِّ أسباب الغلط في الاجتهاد الفقهي المعاصر في الأوقاف الاستثمارية، ما يلي:

٥-١. ضعف الصِّلة بآثار الصحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ والتابعين بعدَهم وما جرى عليه عملهم.

٥-٢. شيوع القول أو الدليل أو المأخذ وتتابع الأخذ به عند طائفةٍ من الباحثين المعاصرين دون مزيد نظرٍ وتمحيص، مع قصورٍ ظاهر -عند بعضهم- في فهم كلام أهل العلم ومآخذ أقوالهم ولوازمها.

٥-٣. الغفلة عن كون أكثر مسائل باب الوقف مبنيَّةٌ على النظر في حقيقة الوقف هل هو من باب الإسقاط أو التمليك؟ وإذا قلنا هو تمليك، فهل هو تمليك للمنفعة أم تمليك للمنفعة والأصل؟ ثم هل هذا التمليك على وجه الهبة أم على وجه القربة؟ وقليلٌ من الباحثين من يلاحظ بناء المسائل على هذا الأصل.

٥-٤. التوسُّع غير المنضبط في الاستدلال بالمصلحة، وعدم مراعاة ضوابط إعمالها.

٥-٥. توسيع مدلول الوقف ليشمل جميع أنواع الصدقات، مع أنَّ الفقهاء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ أعطوا لكلِّ بابٍ أحكامه الخاصةَ به والتي تفارق غيره من أبواب التبرُّعات.

٦. من أبرز المآخذ التي تقع في التطبيق المعاصر في الأوقاف الاستثمارية؛ هو النظر للأوقاف نظرةً تجارية محضة، واستجلاب طرائق التسويق التجارية إلى العمل الخيري، دون مراعاة للفرق بين خصوصية الأموال الوقفية من جهة حدود التصرُّف فيها، واعتبار شرط الواقف وغرضه، وحقِّ المستحقِّين ونحو ذلك من الاعتبارات وبين غيرها من الأموال، وليس المقصود نفي الاستفادة من الأعراف التجارية في خدمة الوقف من كلِّ وجه، وإنما المبالغة في التوسُّع في ذلك دون مراعاة الضوابط الشرعية.

التوصيات:

١. أوصي إخواني الباحثين أن ينظروا لاجتهادات الفقهاء السالفين رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ نظرةَ إجلال وإكبار، وأن يقدروهم قدرَهم، ويحسنوا الظن بهم، وينزلوهم المنزلةَ اللائقة بهم، وألا يكن همُّ أحدنا منصبًّا على نقدهم وتعقُّب كلامهم دون فهمٍ له ولمآخذه؛ فلهم على الأمة مِنَّة وفضل، وبتوقيرهم تحفظ الشريعة وتصان أحكامها، رُوي عن أبي الدرداء (ت٣٢) رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «وما نحن لولا كلمات العلماء؟»[1]. فجزاهم الله عنَّا خيرًا وجمعنا بهم في جنات النعيم.

(١) أخرجه الدارميُّ في «مسنده» (٤٠٤).

٢. العناية بعلم أصول الفقه، ومعرفة مراتب الأدلة وصفة إعمالها، وقواعد التعارض بينها، فكثيرٌ من الخلط الفقهي اليوم ناتجٌ عن قطع الصلة بهذا العلم.

٣. لا تزال الحاجة قائمةً للاهتمام بموضوع الأوقاف الاستثمارية، خصوصًا مع انتشار كثيرٍ من الصيغ الاستثمارية الوقفية وتجدُّدها وتنوِّع مصارفها، وارتباطها بعددٍ من المسائل النِّظامية والمالية والمحاسبية؛ كتغيُّر قيمة الأصل الموقوف، ونسب إهلاكات الأصل السنوية، ونسب التضخُّم، وأثر بعض المعايير المحاسبية على الوقف إلى ما هنالك من المسائل التي تحتاج لمزيد بيان.

٤. أوصي الجهات المعنية بإدارة الأوقاف الاستثمارية بملاحظة خصوصية الأموال الوقفية، والغرض الذي أُنشئت لأجله، وحقوق الموقوف عليهم، وعدم النظر للوقف الاستثماري نظرةً تجاريةً محضة دون اعتبارٍ للفوارق بين المال الوقفي وغيره من الأموال الاستثمارية التي تفارقه، ولا يُقصد بذلك المنع من الاستفادة من الأعراف والأوضاع التجارية والانتفاع بها، لكن شريطة أن تكون وفق الضوابط الشرعية، وتحت إشراف ورقابة لجنةٍ شرعية مختصَّة.

وصلَّى الله وبارك على نبيِّنا محمدٍ، وعلى آله وصحبه وسلَّم تسليمًا كثيرًا.

ثبَت المصادر

١. **أبحاث في قضايا مالية معاصرة**، أ. د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، دار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٤١.

٢. **الإبهاج في شرح المنهاج**، تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت: ٧٥٦)، وأكمله ابنه: تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت: ٧٧١)، تحقيق: د. أحمد جمال الزمزمي، د. نور الدين عبد الجبار صغيري، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، ١٤٢٤.

٣. **أحكام الأوقاف**، أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني (ت: ٢٦١)، ضبطه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠.

٤. **أحكام الأوقاف**، الشيخ مصطفى بن أحمد الزرقا (ت: ١٤٢٠)، دار عمار، الطبعة الأولى، ١٤١٨.

٥. **أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية**، د. محمد بن عبيد الكبيسي، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٣٩٧.

٦. **أحكام الوقف**، هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري (ت٢١٥)، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن، ١٣٥٥.

٧. **الاختيار لتعليل المختار**، أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت: ٦٨٣)، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٣٥٦.

٨. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، الشيخ محمد بن ناصر الدين الألباني (ت: ١٤٢٠)، المكتب الإسلامي.

٩. **استثمار الأوقاف دراسة فقهية تطبيقية**، د. أحمد بن عبد العزيز الصقيه، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٣٤.

١٠. **استثمار أموال الزكاة وما في حكمها من الأموال الواجبة حقًّا لله تعالى**، د. صالح بن محمد الفوزان، دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.

١١. **استثمار أموال الوقف**، د. العياشي فداد، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٥).

١٢. **استثمار أموال الوقف**، د. حسين شحاتة، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول بالكويت، الأمانة العامة للأوقاف، الطبعة الثانية، ١٤٣٣.

١٣. **استثمار أموال الوقف**، د. خالد بن عبد الله الشعيب ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول بالكويت، الأمانة العامة للأوقاف، الطبعة الثانية، ١٤٣٣.

١٤. **استثمار أموال الوقف**، د. عبد الله بن موسى العمار، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول بالكويت، الأمانة العامة للأوقاف، الطبعة الثانية، ١٤٣٣.

١٥. **استثمار أموال الوقف**، د. محمد الزحيلي- بحث مقدَّم إلى مؤتمر الشارقة للوقف الإسلامي والمجتمع الدولي.

١٦. **الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية**، د. عبد الستار أبو غدة (ت: ١٤٤٢)، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٩).

١٧. **الاستثمار في الوقف وغلَّاته وريعه**، د. محمد عبد الحليم عمر (ت: ١٤٤١)، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٥).

١٨. **استثمار موارد الأوقاف**، د. خليفة الحسن، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٢).

١٩. **الإسعاف في أحكام الأوقاف**، إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي (ت: ٩٢٢)، طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٢٠.

٢٠. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (ت: ٩٢٦)، دار الكتاب الإسلامي، دون مزيد بيان عن الطبعة.

٢١. **الأشباه والنظائر**، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: ٧٧١)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١.

٢٢. **الإشراف القضائيُّ على النُّظار**، الشيخ هاني بن عبد الله الجبير، بحث مقدَّم لندوة الوقف والقضاء في المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥.

٢٣. **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١)، تحقيق: مجموعة من المحقِّقين، دار عالم الفوائد الطبعة الأولى، ١٤٣٧.

٢٤. **إعمال المصلحة في الوقف**، د. عبد الله بن بيّه، مؤسسة الريان، الطبعة الأولى، ١٤٢٦.

٢٥. **الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة**، د. علي السالوس، دار الثقافة، ١٤١٨.

٢٦. **الأم**، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤)، دار المعرفة، بيروت.

٢٧. **أموال الوقف ومصرفه**، د. عبد الرحمن بن إبراهيم العثمان، طبعة مؤسسة الأميرة العنود الخيرية، دون مزيد بيان عن الطبعة.

٢٨. **إيضاح المحصول من برهان الأصول**، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري (ت: ٥٣٦)، تحقيق: د. عمار الطالبي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٢١.

٢٩. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.

٣٠. **البحر المحيط في أصول الفقه**، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤)، دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤.

٣١. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (ت: ٥٩٥)، دار الحديث، ١٤٢٥.

٣٢. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦.

٣٣. **البناية شرح الهداية**، بدر الدين محمود بن أحمد العيني الحنفي (ت: ٨٥٥)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠.

٣٤. **البنك الوقفيُّ**، د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى، كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف.

٣٥. **البهجة في شرح التحفة**، أبو الحسن علي بن عبد السلام التُّسُولي (ت: ١٢٥٨)، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨.

٣٦. **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني اليمني الشافعي (ت: ٥٥٨)، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١.

٣٧. **تاج العروس من جواهر القاموس**، محمد بن محمد بن عبد الرزّاق الحسيني الزَّبيدي (ت: ١٢٠٥)، الناشر: دار الهداية، دون مزيد بيان عن الطبعة.

٣٨. **التاج والإكليل لمختصر خليل**، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي (ت: ٨٩٧)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦.

٣٩. **التأمين التكافلي من خلال الوقف**، د. علي بن محمد نور، دار التدمرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٣.

٤٠. **تبصرة الحكَّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون المالكي (ت: ٧٩٩)، تحقيق: د. عثمان بن جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٣٧.

٤١. **التبصرة**، أبو الحسن علي بن محمد الربعي اللخمي (ت: ٤٧٨)، تحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، ١٤٣٢.

٤٢. **تحصين المآخذ**، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي، د. محمد مسفر، أسفار، الطبعة الأولى، ١٤٣٩.

٤٣. **تخريج الفروع على الأصول**، شهاب الدين محمود بن أحمد ب الزَّنْجاني (ت: ٦٥٦)، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٣٩٨.

٤٤. **تطوير المؤسسة الوقفية الإسلامية في ضوء التجربة الخيرية الغربية**، الدكتور أسامة بن عمر الأشقر، الأمانة العامَّة للأوقاف، الكويت، الطبعة الثالثة، ١٤٤١.

٤٥. **التفسير الكبير= مفاتيح الغيب**، أبو عبد الله محمد بن عمر الرازي الملقَّب بفخر الدين (ت: ٦٠٦)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠.

٤٦. **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر (ت: ٤٦٣)، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧.

٤٧. **تهذيب الأسماء واللغات**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦)، دار الكتب العلمية، بيروت.

٤٨. **تهذيب اللغة**، أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهري (ت: ٣٧٠)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.

٤٩. **تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف**، عبد الرؤوف بن تاج الدين المناوي الشافعي (ت: ١٠٣١)، تحقيق: مركز البحوث والدراسات بمكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، ١٤١٨.

٥٠. **الجامع لمسائل المدونة**، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت: ٤٥١)، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، نشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، توزيع: دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٣٤.

٥١. **الجمع والفرق**، أبو محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت: ٤٣٨)، تحقيق ودراسة: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤.

٥٢. **الجواب الصحيح لمن بدَّل دين المسيح**، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨)، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف: د. علي بن محمد العمران، مركز التأصيل، الطبعة الأولى، ١٤٤١.

٥٣. **الحاوي الكبير**، أبو الحسن علي بن محمد الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩.

٥٤. **الخدمات الإسلامية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي**، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢.

٥٥. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو (ت: ٨٨٥)، دار إحياء الكتب العربية.

٥٦. **الذخيرة**، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي المالكي (ت: ٦٨٤)، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٥٧. **ردُّ المحتار على الدر المختار**، ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحنفي (ت: ١٢٥٢)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢.

٥٨. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٢.

٥٩. **سنن ابن ماجه**، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: ٢٧٣)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

٦٠. **السنن الكبرى**، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت: ٤٥٨)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤.

٦١. **السنن المأثورة للشافعي**، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني (ت: ٢٦٤)، تحقيق: د. عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦.

٦٢. **الشرح الكبير على متن المقنع**، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت: ٦٨٢)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٥.

٦٣. **الشرح الكبير على مختصر خليل**، أبو البركات أحمد بن محمد العدوي المعروف بالدردير (ت: ١٢٠١)، دار الفكر.

٦٤. **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، أبو عبد الله محمد بن صالح العثيمين (ت: ١٤٢١)، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٨.

٦٥. **شرح معاني الآثار**، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت: ٣٢١)، حقَّقه وقدَّم له: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤.

٦٦. **شرح منتهى الإرادات**، منصور بن يونس البهوتي (ت: ١٠٥١)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤.

٦٧. **الشركة الوقفية**، د. خالد بن عبد الرحمن الراجحي، دار التحبير، الطبعة الأولى، ١٤٤٠.

٦٨. **شروط الواقفين منزلتها وأحكامها**، للشيخ سليمان بن عبد الله الماجد، بحث مقدَّم لندوة الوقف والقضاء في المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥.

٦٩. **شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل**، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥)، تحقيق: د. حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة الأولى، ١٣٩٠.

٧٠. **الصحاح**، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت: ٣٩٣)، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧.

٧١. **الصناديق الاستثمارية الوقفية**، د. محمد بن خالد النشوان، دار الميمان، الطبعة الأولى، ١٤٤٤.

٧٢. **صناديق الوقف الاستثماري**، د. أسامة بن عبد المجيد العاني، دار البشائر، الطبعة الأولى، ١٤٣١.

٧٣. **الصياغة الفقهية في العصر الحديث**، د. هيثم بن فهد الرومي، دار التدمرية، الطبعة الأولى، ١٤٣٣.

٧٤. **ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلامي**، د. حسن السيد حامد خطَّاب، بحث مقدَّم للمؤتمر الرابع للأوقاف، والذي نظمته الجامعة الإسلامية بالمدينة بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية ، ١٤٣٤.

٧٥. **ضوابط إعمال مقاصد الشريعة**، د. محمد اليوبي، بحث منشور في مجلة الأصول والنوازل، العدد الرابع، رجب ١٤٣١.

٧٦. **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، د. محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة.

٧٧. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١)، تحقيق: د. نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد الطبعة الأولى، ١٤٢٨.

٧٨. **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحموي الحنفي (ت: ١٠٩٨)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥.

٧٩. **الفتاوى الكبرى لابن تيمية**، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨.

٨٠. **الفروع ومعه تصحيح الفروع**، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج شمس الدين المقدسي الحنبلي (ت: ٧٦٣)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤.

٨١. **الفروق**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت: ٦٨٤)، عالم الكتب، دون مزيد بيان عن الطبعة.

٨٢. **فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام**، د. عبد القادر بن عزوز، نشر الأمانة العامَّة للأوقاف بالكويت، الطبعة الأولى، ١٤٢٩.

٨٣. **القسمة في الأوقاف**، د. عبد الرحمن بن علي الدعيلج، دار ساعي، الطبعة الأولى، ١٤٤٣.

٨٤. **قواعد ابن رجب= تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي (ت: ٧٩٥)، تحقيق: د. خالد بن علي المشيقح، د. عبد العزيز العيدان، د. أنس اليتامى، دار ركائز، الطبعة الأولى، ١٤٤٠.

٨٥. **القواعد النورانية في اختصار الدرر المضية المشهور بـ«مختصر الفتاوى المصرية»**، أبو عبد الله محمد بن علي البَعْلي (ت: ٧٧٨)، تحقيق: د. عبد العزيز العيدان، د. أنس اليتامى، دار ركائز، الطبعة الأولى، ١٤٤٠.

٨٦. **القوانين الفقهية**، محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١)، دون مزيد بيان عن الطبعة.

٨٧. **الكافي في فقه الإمام أحمد**، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي (ت: ٦٢٠)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤.

٨٨. **كتاب العين**، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي البصري (ت: ١٧٠)، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دون مزيد بيان عن الطبعة.

٨٩. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، منصور بن يونس البهوتي (ت: ١٠٥١)، دار الكتب العلمية.

٩٠. **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل**، أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخشري (ت: ٥٣٨)، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧.

٩١. **لسان العرب**، محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور الأنصاري (ت: ٧١١)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤.

٩٢. **المبدع في شرح المقنع**، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، (ت: ٨٨٤)، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨.

٩٣. **المبسوط**، محمد بن أحمد السرخسي (ت: ٤٨٣)، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤.

٩٤. **مجموع فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية**، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨)، جمع: الشيخ عبد الرحمن بن قاسم العاصمي النجدي وابنه الشيخ محمد، دار القاسم، الطبعة الثانية.

٩٥. **المجموعة الكاملة لأعمال الشيخ صالح الحصين رحمه الله (ت: ١٤٣٤)**، دار تكوين، الطبعة الأولى، ١٤٤٤.

٩٦. **محاضرات في الوقف**، الشيخ محمد بن أحمد أبو زَهرة (ت: ١٣٩٤)، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٩م.

٩٧. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد ابن مَازَهْ البخاري الحنفي (ت: ٦١٦)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٤.

٩٨. **المدخل الفقهي العام**، الشيخ مصطفى بن أحمد الزرقا (ت: ١٤٢٠)، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥.

٩٩. **مسائل الإجماع في أبواب التبرعات والفرائض**، د. عزيز بن فرحان العنزي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٣.

١٠٠. **مسند الحميدي**، أبو بكر عبد الله بن الزبير بن عيسى القرشي الأسدي الحميدي (ت: ٢١٩)، حقَّق نصوصه وخرج أحاديثه: حسن سليم أسد الدَّارَانيّ، دار السقا، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.

١٠١. **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيبانى الحنبلي (ت: ١٢٤٣)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥.

١٠٢. **المطلع على ألفاظ المقنع**، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البَعْلي (ت: ٧٠٩)، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣.

١٠٣. **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، الشيخ دبيان بن محمد الدبيان، الطبعة الثانية، ١٤٣٤.

١٠٤. **المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية**، التي تمَّ اعتمادها حتى جمادى الآخرة ١٤٤٣، دار الميمان.

١٠٥. **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**، د. نزيه حمَّاد، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤٢٩.

١٠٦. **معيار العلم**، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥)، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٣٧.

١٠٧. **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب**، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (ت٩١٤)، عناية جماعة من أهل العلم

بإشراف د. محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٤٠٤.

١٠٨. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥.

١٠٩. **المغني**، أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠)، الناشر مكتبة القاهرة، ١٣٨٨.

١١٠. **مقاصد الشريعة الإسلامية**، محمد الطاهر ابن عاشور (ت١٣٩٤)، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٤٠.

١١١. **مقاييس اللغة**، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني (ت: ٣٩٥)، دار الفكر، ١٣٩٩.

١١٢. **الملامح الأساسية للعلاقة بين نظام الوقف والاقتصاد**، د. أحمد محمد السعد، بحث منشور على الشبكة.

١١٣. **المنتقى شرح الموطأ**، أبو الوليد سليمان بن خلف القرطبي الباجي الأندلسي (ت: ٤٧٤)، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، ١٣٣٢.

١١٤. **المنثور في القواعد الفقهية**، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤)، طبعة: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥.

١١٥. **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢.

١١٦. **الموافقات**، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت٧٩٠)، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧.

١١٧. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: ٩٥٤)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢.

١١٨. **الموسوعة الاقتصادية**، د. راشد البراوي، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، ١٤٠٧.

١١٩. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، الصادرة عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

١٢٠. **موقف العقول في وقف المنقول**، أبو السُّعود محمد بن محمد العِمَادي الحنفي (ت: ٩٨٢)، وبذيله: السيف الصارم في عدم جواز وقف النقود والدراهم، لمحمد بن بير علي البِرْكوي الحنفي (ت: ٩٨١)، عناية: عبد العظيم بن حسين سلهب، د. رامي بن جبرين سلهب، أروقة، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٤٠.

١٢١. **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، كمال الدين محمد بن موسى الدَّمِيري الشافعي (ت: ٨٠٨)، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥.

١٢٢. **نظام الأوقاف ومقاصد الشريعة**، محمد حسن بدر الدين، مركز نهوض للدراسات والبحوث، الطبعة الأولى، ٢٠٢٢م.

١٢٣. **نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة في العالم الغربي**، د. محمد عبد الحليم عمر (ت: ١٤٤١)، بحث مقدَّم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف، جامعة أم القرى.

١٢٤. **نظام الوقف السعودي دراسة مقارنة بقانون الترست البريطاني نظارة الوقف أنموذجًا**، د. عبد العزيز العبد المنعم، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، ١٤٤٠.

١٢٥. **النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب**، أبو عبد الله محمد بن أحمد ابن بطَّال (ت: ٦٣٣)، تحقيق: د. مصطفى عبد الحفيظ سالم، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

١٢٦. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، محمد بن أبي العباس الرملي (ت: ١٠٠٤)، دار الفكر، ١٤٠٤.

١٢٧. **نهاية المطلب في دراية المذهب**، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت: ٤٧٨)، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨.

١٢٨. **النهاية في غريب الحديث والأثر**، لمجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (ت: ٦٠٦)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩.

١٢٩. **نوازل المال الموقوف**، د. عبد الحكيم بلمهدي، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الطبعة الأولى، ١٤٣٦.

١٣٠. **نوازل الوقف**، د. سلطان بن ناصر الناصر، دار الصميعي، الطبعة الأولى، ١٤٣٩.

١٣١. **النوازل الوقفية**، أ. د. ناصر بن عبد الله الميمان، دار ابن الجوزي، الطبعة الاولى، ١٤٣٠.

١٣٢. **الهداية في شرح بداية المبتدي**، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت: ٥٩٣)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

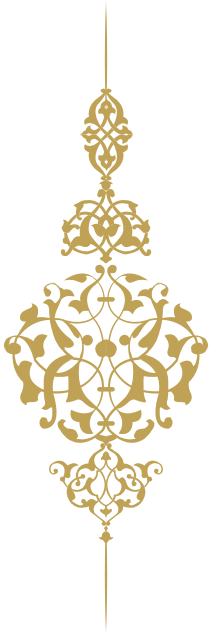
١٣٣. **الوقف الإسلامي «تطوره، إدارته، تنميته»**، د. منذر قحف، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢١.

١٣٤. **وقف الأسهم في الشركات المساهمة**، الشيخ محمد بن فهد الأحمد، دار مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف، الطبعة الأولى، ١٤٣٩.

١٣٥. **وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة**، د. قطب سانو، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث بالكويت، الأمانة العامة للأوقاف، الطبعة الثانية، ١٤٣٠.

١٣٦. **الوقف في الفكر الإسلامي**، لمحمد بن عبد الله، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٤١٦.

١٣٧. **الوقوف من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل**، أبو بكر أحمد بن محمد الخَلَّال (ت: ٣١١)، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥.



التفسير القضائي للعقد

هشام بن حسين بن عبد الرحمن الشدي

مستشار قانوني

المقدمة

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

فإنَّ شريعة الإسلام نزلت خاتمة لجميع الشرائع السماوية، وجعلها الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ كاملة باقية إلى قيام الساعة، وجعل من خصائصها الكمال، والشمول، والمرونة لتلائم كل عصر وزمان، وما يُستجَدُ من أحكام ونوازل. ولا أدلَّ على ذلك مما نقرؤه من ثروة فقهية عظيمة تبين عظم هذه الشريعة، وما تحويه من حلول للمسائل، ومراعاة لأحوال المُكلَّفين في بيان أحكام كل نازلة.

ولذا كان من الفقه ضرورة بحث ما يكون فيه صلاح أمر الناس، وما هو من حاجتهم، ولازمٌ لاستمرار معاشهم، فكان التعاقد بينهم أصلاً في باب المعاملات بين الناس. والفقهاء في القديم والحديث اعتنوا بهذا الباب، وحاز من كتاباتهم الشيء الكثير. ولما بدأ ظهور القوانين المدنية في البلاد العربية كان العقد له النصيب الوافر من الكتابة، وذلك بالاعتناء بأركانه، وأشخاصه، وأسباب انعقاده وانحلاله. ومن المباحث المهمة التي يحويها العقد مبحث: تفسير العقد، وذلك ببيان ما قد يكتنف عبارة العقد من الغموض، أو يكون غير مُؤدٍّ لمقصود المتعاقدين من العقد. وهذا عملٌ يقوم به قاضي الموضوع الذي رُفِعت إليه الواقعة ليبتَّ فيها، ويرفع الخصومة بين أطراف العقد. وحيث إن التفسير القضائي هو الطريق لمعرفة المُراد ورفع الخلاف. وللأهمية البالغة للتفسير القضائي بعد تحقق الخلاف

بين المتعاقدين، ورفع الخصومة إلى القضاء، وما يترتب على الحكم فيه من إلزام ورفع الخلاف؛ كان من المناسب البحث عن تفسير القاضي للعقد، وما يلحق به من مسائل هامة يحسن تناولها في هذا البحث بما يناسب المقام.

أهداف البحث:

١. بيان طبيعة التفسير القضائي للعقد وخصائصه وقواعده وطرائق التفسير والإثبات فقهاً وقضاءً، بعرض الجانب التأصيلي الفقهي والجانب القانوني، وإرفاق تطبيقات قضائية لهذا الموضوع وتحليلها على ضوء ما تضمنه البحث.

٢. إبراز فقه تفسير العقد في أحكام القضاء في المملكة العربية السعودية، لما يتميز به من ثراء الأحكام والمبادئ المستقرة في هذا الباب.

٣. جمع مسائل التفسير القضائي للعقد ووضع إطار له يعتمد جانب التأصيل وجانب التطبيق، ويسعى -بإذن الله- في تقريب هذا الموضوع للباحثين المختصين والمترافعين أمام القضاء الممارسين لمهنة المحاماة.

الدراسات السابقة:

نجد الحديث عن تفسير العقد مبثوثاً في أبواب متفرقة في أبواب المعاملات ونظريات العقد والقواعد الفقهية وغيرها من الأبواب ذات الصلة بالعقد، وفي حدود ما وقفت عليه من إفراد التفسير القضائي للعقد بالتأليف والبحث اطلعت على ما يلي:

١. رسالة لنيل درجة الدكتوراه في كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية وهي مطبوعة بعنوان: «**تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**»، للدكتور: عبد الحكم فودة. والرسالة عبارة عن عرض ومناقشة لنظريات تفسير العقود في القانون المصري، ومقارنته بالقانون بالفرنسي، وبعض القوانين الأخرى، وحين عرض للفقه الإسلامي في هذه الرسالة لم أجده تطرق للفقه الإسلامي بمجموعه إلا في مواضع قليلة جداً.

٢. كتاب: **القواعد الفقهية ودورها في التفسير القضائي للعقد**، للدكتور شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، وهذا الكتاب يركز على القواعد الفقهية وأثرها في تفسير العقود، دون أن يمتد ذلك إلى طبيعة تفسير العقود من الناحية الفقهية والقانونية وخصائصه وآلياته التنفيذية وغيرها.

٣. بحث: **سلطة القاضي في تفسير العقد**، للباحثين: محمد الصمادي وضحى المجالي، منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، ٢٠٢٢م.

٤. بحث: **مناط التفسير القضائي للعقد في القانون المدني الأردني**، للدكتور علاء محمد الفواعير، منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد (٢)، ٢٠١٩م.

٥. بحث: **ضوابط التفسير القضائي للعقد الإداري: دراسة مقارنة**، للباحثين: رفاه كربل وخضير الخالدي، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، ٢٠٢٠م.

٦. بحث: **التفسير القضائي لعبارات العقد كمظهر للإرادة الموضوعية في التعاقد**، للباحثين: موقاف لامية وخليفي مريم، منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية (الجزائر)، العدد (١)، ٢٠٢٣م.

خطة البحث:

ستكون خطة البحث -بإذن الله- كما يلي:

التمهيد:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التفسير.

المطلب الثاني: تعريف التفسير القضائي للعقد:

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف التفسير القضائي.

الفرع الثاني: تعريف العقد.

الفرع الثالث: تعريف تفسير العقد.

الفرع الرابع: الفرق بين تفسير العقد وتعديله.

المبحث الأول: أساس تفسير القاضي للعقد.

المبحث الثاني: طبيعة وخصائص التفسير القضائي:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: طبيعة تفسير العقد.

المطلب الثاني: خصائص التفسير القضائي.

المبحث الثالث: تفسير العقد بإرادة المتعاقدين.

المبحث الرابع: حالات تفسير العقد وإثباته:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: طرق تفسير العقد.

المطلب الثاني: حالات تفسير العقد.

المطلب الثالث: الإثبات في تفسير العقد.

المبحث الخامس: تطبيقات قضائية.

الخاتمة.

التمهيد

المطلب الأول: تعريف التفسير:

وهذا المطلب تضمن ثلاث فقرات أساسية، هي:

أولاً: تعريف التفسير في اللغة:

هو مصدر الفعل (فسَّر) بتشديد السين / مضاعف الفعل الثلاثي (فسَر) بالتخفيف، يقال: «فسرْتُ الشيء فَسْراً من باب ضرب، بيّنته وأوضحته، والتثقيل مبالغة»(١).

يقول ابن فارس: «الفاء والسين والراء، كلمة واحدة تَدلُّ على بيان الشيء وإيضاحه، ومن ذلك الفَسْر، يقال: فَسرْت الشيء، وفسرته»(٢)، ويطلق بمعنى الكشف، يقال: فسرت الغطاء، إذا كشفت المُغطَّى، قال ابن منظور: «الفسر كشف المُغطَّى، والتفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل»(٣).

فيأتي التفسير بمعنى: الإبانة وكشف المراد، والإيضاح، والتبيين، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾(٤) [سورة الفرقان: ٣٣].

---

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، ٢/ ٤٧٢، المكتبة العلمية، بيروت.

(٢) مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، مادة «فسر»، ٤/ ٥٠٤، دار الفكر ١٣٩٩هـ، تحقيق: عبد السلام هارون.

(٣) لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري، مادة «فسر»، ٥/ ٥٥، دار صادر، بيروت الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

(٤) القاموس المحيط، أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مادة: «فسر»، ١/ ٤٥٦، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

وجاء في تهذيب اللُّغة عن ابن الأعرابي قال: «إن التأويل والتفسير بمعنى واحد، وقال بعضهم: التفسير: كشف المراد عن اللفظ المُشْكل. والتأويل: رد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر»[1].

ثانياً: تعريف التفسير في الفقه:

واندرج تحت هذه الفقرة ثلاث فقرات، هي: أولاً: تعريف البيان في اللغة، ثانياً: تعريف البيان في الاصطلاح، ثالثاً: أقسام البيان.

جاء مصطلح التفسير في الفقه الإسلامي في معرض تناول الأصوليين لمصطلح البيان في أصول الفقه، وذلك على أن التفسير أحد الأنواع الخمسة التي تندرج تحت البيان، ولذلك سأتناول تعريف «البيان» هنا في اللغة والاصطلاح، وأذكر أقسامه على سبيل الإجمال، ثم أتناول التعريف الاصطلاحي للتفسير.

تعريف البيان في اللغة:

يأتي معنى البيان في اللغة بعدة معانٍ، فيأتي بمعنى الكشف، والإيضاح، والإظهار:

قال ابن فارس: «الباء والياء والنون أصل واحد، وهو بعد الشيء وانكشافه.. وبان الشيء، وأبان إذا اتضح وانكشف، وفلان أبين من فلان؛ أي أوضح كلاماً منه»[2].

(١) تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، ١٢/ ٢٨٣، دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت، ٢٠٠١م.
(٢) مقاييس اللغة، ابن فارس، ١/ ٣٢٨.

وقال الفيومي في المصباح المنير: «بان الأمر يبين فهو بَيِّن وجاء بائن على الأصل، وأبان إبانة، وبين، وتبين، واستبان كلها بمعنى الوضوح والانكشاف، والاسم البيان، وجميعها يستعمل لازمًا ومتعديًا إلا الثلاثي فلا يكون إلا لازماً»(١).

ومنه قوله تعالى: ﴿عَلَّمَهُ ٱلْبَيَانَ﴾ [سورة الرحمن: ٤]، وقوله تعالى: ﴿هَٰذَا بَيَانٌ لِّلنَّاسِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٨].

تعريف البيان في الاصطلاح:

تعددت تعريفات الأصوليين للبيان، وذلك يرجع إلى اختلافهم على أيِّ شيء يطلق البيان:

فبعض الأصوليين يطلقه على الفعل المبين، وهو التبيين أي: التعريف والإعلام.

ومنهم من يطلقه على مُتعلِّق التبيين، وهو المدلول.

ومنهم من يطلقه على ما يحصل به التبيين، وهو الدليل.

قال الغزالي في المستصفى: «اعلم أن البيان عبارة عن أمر يتعلق بالتعريف والإعلام، وإنما يحصل الإعلام بدليل، والدليل مُحصِّل للعلم. فهاهنا ثلاثة أمور: إعلام، ودليل يحصل به الإعلام، وعلم يحصل من الدليل»(٢).

(١) المصباح المنير، الفيومي، ١/ ٧٠.
(٢) المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ١/ ١٩١، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

وفي أصول السرخسي، البيان: «هو إظهار المعنى وإيضاحه للمخاطب منفصلاً عما تَستَّرَ به»[1].

والذي يترجح من تعريفات الأصوليين للبيان هو ما عرَّفه به الغزالي بأنَّه: «الدليل المُوصل بصحيح النظر فيه إلى العلم بما هو دليل عليه»[2].

قال الطوفي بعد أن ذكر عدة تعريفات للبيان: «والأقوال متقاربة، والمسألة لفظية، أو كاللفظية؛ لأنَّ التعريف من آثار الدليل؛ فاستوت، أو تقاربت الأقوال جداً، ويجمع الكل معنى الظهور، إذ يُقال في اللغة: بأنَّ الشيء يبين بياناً، إذا ظهر واتضح، والدليل يوضح ما دلَّ عليه، ويظهره، ويُعرِّفهُ»[3].

أقسام البيان:

اختلفت تقسيمات البيان عند الحنفية من حيث العدد، فمنهم من قَسَّمهُ إلى أربعة أقسام، ومنهم من قَسَّمهُ إلى خمسة أقسام، وتبعه في ذلك من بعده، وهذه الأقسام هي:

١. بيان التقرير.

(١) أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ٢/ ٢٦، دار المعرفة، بيروت.
(٢) المستصفى، للغزالي، ١/ ١٩١.
(٣) شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي، ٢/ ٦٧٢، ص٦٧٣، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

٢. بيان التفسير.

٣. بيان التغيير.

٤. بيان التبديل.

٥. بيان الضرورة.

والذي سنتناوله بالتعريف هنا من بين هذه الأقسام هو تعريف التفسير -بإذن الله تعالى-.

وقد عَرَّفَ صاحب كشف الأسرار بيان التفسير بأنه: «بيان ما فيه خفاء من المشترك والمجمل ونحوهما»(١).

وعَرَّفهُ د. محمد أديب الصالح بأنه: «بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم منه النص»(٢).

وهذا التعريف الأخير هو الأنسب والأقرب صلةً لما نحن بصدد دراسته في هذا البحث.

ثالثاً: تعريف التفسير في النظام:

حينما ننظر إلى تعريفات الشُرَّاح للتفسير في المصطلح النظامي نجد أن التعريفات اتجهت في منحاها إلى اتجاهات مختلفة، وذلك بطبيعة عمل

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي، ٣/ ١٠٧، دار الكتاب الإسلامي.

(٢) تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، د محمد أديب صالح، ١/ ٥٩، المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة، ١٤١٣هـ.

التفسير والغاية منه، والتي تَنْصبُّ على النص المُفسَّرِ، ويمكن أن نُجمِلها في أربع اتجاهات[1]، هي كالآتي:

الاتجاه الأول: أن التفسير يتجه إلى التشريع، فيكون معناه: «توضيح ما أُبهِمَ من ألفاظ التشريع، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة»[2].

ويُلاحظ على هذا التعريف: أنه حصر التفسير في مجال النصوص التشريعية، وذكر بعض المهام التي يقوم بها التفسير، من دون أن يبين هذا النوع من التفسير ماهية التفسير، أو موضوعه، أو وسائله، ولا حتى الطرق التي يتم بها التفسير.

الاتجاه الثاني: أن التفسير يتجه إلى غير التشريع، فيكون معناه: «تحديد معنى القاعدة القانونية»[3].

ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه لم يتعرض لماهية التفسير، أو موضوعه أو وسائله وطرقه.

(١) تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ص٢١، دار النهضة العربية، ١٩٧٩م.
(٢) علم أصول القانون د. عبد الرزاق السنهوري، ص١١٠، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر، ١٣٥٤هـ-١٩٣٦م.
(٣) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ص٣٩١، الطبعة الثانية، توزيع مكتبة مسكاوي، ١٩٧٥م.

الاتجاه الثالث: البحث عن الغاية من النصِّ النظامي، ويشمل هذا النوع من التعريف بيان ماهية التفسير ووظيفته.

مثال ذلك: أن التفسير هو: «تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها، وهو يشمل جميع العمليات اللازمة لجعل القوانين صالحة للتطبيق على الحالات الخاصة»(١).

وأيضاً تعريفه بأنه: «التعرُّفُ على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية استناداً إلى ألفاظ النَّصِ أو فحواه»(٢)، فواضح هنا أن التفسير لا يرد إلا على مصدر القاعدة القانونية الذي يأتي باللفظ والمعنى معاً.

الاتجاه الرابع: البحث عن المعنى لتطبيق القاعدة: وهذا الاتجاه يُقصِرُ التعريف على وظيفة التفسير لتحقيق الهدف النهائي منه، فيكون معناه: «الاستدلال على الحكم القانوني، وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عَبَّرّ بها المُشَرِّعُ عن ذلك»(٣).

ويتبيَّن مما سبق أنَّ مجموع هذه التعريفات يُظهر المعنى العام للمقصود من التفسير في الاصطلاح النظامي على اختلاف في منطلقات أصحابها في

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية: د. عبد الحي حجازي، ١/ ٥١٠، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة.

(٢) أصول القانون، د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص١٤٨، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بالعراق.

(٣) موجز المدخل للعلوم القانونية، د. سليمان مرقس، ص١٣١، المطبعة العالمية القاهرة، ١٩٥٣م، المدخل إلى القانون، د. محمد حسن قاسم، ص٣١٥، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٩٨م.

التعريف، وتركيز البعض منهم على بعض خصائص التفسير، والغاية منه على اختلافٍ بينهم في ذلك، إلا أنَّ هذا لا يمنع من محاولة بعض من كتب في تعريف التفسير من محاولة الجمع بين هذه الاتجاهات، والخروج بتعريف يجمع بين المعنى العام والخاص للتعريف بالتفسير في المصطلح النظامي، منها: «أنه عملية ذهنية منطقية تؤدى باتِّباع قواعد علمية، إلى تحقيق غرضه الذي يختلف باختلاف حالة النص، وذلك لاستنباط حكمه لتطبيقه على الحالة الواقعية»[1].

المطلب الثاني: تعريف التفسير القضائي للعقد:

في هذا المبحث سوف أتطرَّقُ -بإذن الله تعالى- إلى بيان المقصود من التفسير القضائي للعقد وتعريفه، والفرق بين تفسير العقد وتعديله؛ وذلك لأنه موضوع البحث، وعنوانه الذي يبين محتواه وأساسه، وهو من الأهمية بمكان لأنه يبين المعنى وما يؤدي إليه، وما يمكن أن يتوصل به من غايات يطلبها الخصوم، ويعمل القاضي على الوصول إليها.

وسيكون بيانه في أربعة فروع، حيث إن هذا العنوان يتكون من جزأين منفصلين ابتداءً، ويكملان بعضهما انتهاءً، وسأتناول في الفرع الأول: تعريف التفسير القضائي، وفي الفرع الثاني: تعريف العقد، وفي الفرع الثالث: تعريف تفسير العقد، وفي الفرع الرابع: الفرق بين تفسير العقد وتعديله.

(١) تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ص٢٨.

الفرع الأول: تعريف التفسير القضائي:

التفسير أداة مهمة يستعين بها المُنظِّم وقاضي الموضوع، وشارح الأنظمة، والموظف الإداري لكشف اللبس، والغموض، والإبهام الذي قد يعرض للنص نظامياً كان، أو عقدياً، أو إلى الحكم القضائي، أو القرار الإداري، وبالتالي فإن التفسير ينقسم باعتبار القائم به إلى أربعة أقسام:

الأول: التفسير التشريعي، ويقصد به: قيام المنظم بنفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد في تشريع سابق، إذا ظهر له أن المحاكم لم تهتد إلى المقصود من القاعدة القانونية، أو أنها فهمت منه ما يتنافى معها[1].

مثال ذلك: ما تضمنه المرسوم الملكي رقم (م/ ٨٢) بتاريخ ٤/ ٦/ ١٤٤٤هـ في الفقرة (ثانياً) من أنه: «يُقصد بلفظ «العقد» -الوارد في الفقرة (١) من المادة (الحادية والستين) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٢٨) بتاريخ ١٣/ ١١/ ١٤٤٠هـ- عند استخدام أسلوب الاتفاقية الإطارية، «أمر الشراء» الناتج من الاتفاقية الإطارية»، وما نص عليه قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٣) بتاريخ ٢٩/ ٤/ ١٤٢٩هـ: «إن مجلس الوزراء بعد الاطلاع على المعاملة الواردة بالأمر السامي رقم (٥٨٤٣/ م ب) وتاريخ ٢٧/ ٦/ ١٤٢٨هـ، المشتملة على نسخة برقية صاحب السمو الملكي وزير الداخلية رقم (١٠١/ ٢س/ ٥١٦٧٧) وتاريخ

(١) الموجز في المدخل للقانون، د. حسن كيره، ص٢٠٨، الطبعة الأولى، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٠م. نظرية تفسير النصوص المدنية، د. محمد شريف أحمد، ص١٥، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.

٢٧/ ٥/ ١٤٢٨هـ، في شأن طلب إصدار تفسير تشريعي للفظ (الحيازة)، الوارد في نظام الأسلحة والذخائر، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٥) وتاريخ ٢٥/ ٧/ ١٤٢٦هـ.. يقرر أن «الحيازة» التي يجرمها نظام الأسلحة والذخائر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٤٥) وتاريخ ٢٥/ ٧/ ١٤٢٦هـ، ويعاقب عليها تشمل حالة السيطرة المادية عن علم وإدراك بصرف النظر عن مصدرها أو الباعث عليها».

الثاني: التفسير القضائي، وهو محل البحث هنا.

الثالث: التفسير الفقهي، ويقصد به ذلك التفسير الذي يقوم به الفقهاء القانونيون بصدد دراستهم للقانون[١].

الرابع: التفسير الإداري، ويقصد به: ذلك النوع من التفسير الذي تقوم به السلطة التنفيذية أثناء قيامها بتنفيذ نظام معين من خلال منشورات، أو تعليمات، أو بيانات تصدرها إلى موظفيها في السلك الإداري. ولا يتمتع بأيّ قوة مُلزمة بالنسبة للقضاء[٢].

مثال ذلك: تعميم مدير عام الجمارك رقم (٥١٤/ ١١/ م) وتاريخ ١٧/ ٧/ ١٤٣٤هـ: «إشارة إلى مذكرة سعادة المساعد للشؤون الجمركية رقم (٥٩٥٠٥) وتاريخ ١/ ٧/ ١٤٣٤هـ المرفق بها تقرير اللجنة المشكلة لدراسة التباين في تحصيل رسوم التخزين (الأرضيات) بين جمرك ميناء الملك عبد

(١) الموجز في المدخل للقانون، د. حسن كيره، ص٢٠٩.
(٢) المدخل إلى علم القانون، د. غالب الداودي، ص٢١٧، وائل للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م.

العزيز وجمرك ميناء جدة الإسلامي.. ولأهمية توحيد إجراءات احتساب رسوم التخزين «الأرضيات» في جميع المنافذ الجمركية وإزالة ما قد يحدث من تباين في تفسير القرار الإداري رقم (٣١٨) تاريخ ١٤/ ٢/ ١٤٢٤هـ المتضمن تحديد رسوم التخزين وشروط استيفائها، والمعدل بخطب معالي وزير المالية رقم (١٨٤/ ٧٦٨) في ٢٤/ ١/ ١٤٣٠هـ المتضمن تخفيض مدة إعفاء أجور تخزين البضائع في موانئ المملكة من «١٣» يوم إلى «١٠» أيام تخصص منها «٧» أيام لإنهاء الإجراءات و«٣» أيام لنقل البضاعة من الميناء. نفيدكم بأن الغرض من فترة السماح من رسوم التخزين المحددة بـ«٧» أيام هو إنهاء جميع إجراءات البيان الجمركي بما فيها تسديد الرسوم الجمركية وبعد هذه المدة يتم احتساب عوائد الأرضية، والمدة المحددة بثلاثة أيام هي لنقل البضاعة من الساحات الجمركية بالموانئ. لذا نأمل التأكيد على المختصين في الجمرك طرفكم بالتقيد بذلك».

ويظهر جلياً من هذا التقسيم أن التفسير القضائي محل البحث هنا اكتسب الصفة القضائية باعتبار القائم به وهو القاضي.

والذي يظهر أنه من هذا الاعتبار جاءت تفسيرات الشُّرَّاح موافقةً له من هذا المنطلق، حيث إن أكثر هذه التعريفات جاءت لتُعرِّف التفسير القضائي تعريفاً يجعله بياناً فقط للقائم به، دون أن تبُيِّن طبيعته، والغاية منه، والقيد الذي يجعل هذا التفسير فاعلاً، وسأعرض بعضاً من هذه التعريفات التي ذكرها الشُّرَّاح في معرض تعريفهم للتفسير القضائي، ومنها ما يلي:

١. هو المعنى الذي يعطيه القاضي لنص القانون، الذي يطبقه بصدد واقعة معينة، يستوجب الحكم فيها عرضها عليه، في دعوى يختص بنظرها[١].

٢. هوما يقوم به القضاة من بيان للمراد من النصوص، عندما يراد تطبيقها على ما يثار أمام المحاكم من نزاع[٢].

٣. هو التفسير الذي تقوم به المحاكم عندما تحكم في الدعاوى التي تُرفع إليها، حيثُ يتعين من حكمها المعنى المقصود من نص القانون[٣].

ومع أن القضاة في الفقه الإسلامي مارسوا تفسير أفعال المكلفين، وألفاظهم في الوقائع المعروضة عليهم، وفي المسائل المنثورة في أبواب المعاملات والنكاح، إلا أنه لا نجدهم أفردوا هذا العمل الذي يقوم به القاضي بمصطلحٍ خاص تعارفوا عليه، بل يشيرون إلى العمل به، واللجوء إليه عند حصول الإجمال، والغموض في أفعال المكلفين وأقوالهم.

غير أنه يجدر التنبيه إلى أنَّ تفسير القاضي في الفقه الإسلامي عادةً ما يرتبط بالحديث عن الإرادة وأثرها في الأفعال، سواءً أكانت هذه الإرادة باطنةً أو ظاهرة.

(١) تفسير النصوص الجنائية، محمد سليم العوا، ص٤٤، شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع.
(٢) المدخل إلى القانون، د. محمد حسن قاسم، ص٣١٨.
(٣) أصول القانون، د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص١٤٩.

الفرع الثاني: تعريف العقد:

أولاً: تعريف العقد في اللغة:

قال ابن فارس: «العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شَدٍّ وشدة وثوقٍ، وإليه ترجع فروع الباب كلها»(١). جاء في لسان العرب: «العَقْد نقيض الحَلِّ عَقَدَه يَعْقِدُه عَقْداً»(٢). ويأتي العقد في اللغة بمعنى العهد، والتأكيد، والعزم، يُقال: «وعقَّدتها بالتشديد توكيد، وعاقدته على كذا، وعقدته عليه بمعنى عاهدته»(٣).

ثانياً: تعريف العقد في الفقه:

تعريف العقد عند الفقهاء له ارتباط وثيق بالتعريف اللغوي، ولذلك فقد جاء تعريف العقد عند الفقهاء بتعريف يتناول المعنى العام والمعنى الخاص:

التعريف بالمعنى العام:

عَرَّفَ الجصاص العقد بقوله: «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه»(٤).

(١) مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة «عقد»، ٤/ ٨٦.
(٢) لسان العرب، ابن منظور، مادة «عقد»، ٣/ ٢٩٦.
(٣) المصباح المنير، الفيومي، ٢/ ٤٢١.
(٤) أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، ٢/ ٣٧٠، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

قال الألوسي في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ٤]: «المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات، والمعاملات، ونحوهما مما يجب الوفاء به»(١).

فيظهر من التعريف بالمعنى العام أنَّه لا يلزم من وجود طرفين في العقد، فيصدق على كل ما ألزم به الإنسان نفسه، ولو من غير وجود إرادة أخرى تُؤثِّرُ عليه في العقد.

التعريف بالمعنى الخاص:

وتعريف الفقهاء للمعنى الخاص للعقد يدور حول اتفاق الإرادة بين أطراف العقد على إنشاء الالتزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا بين طرفين، أو أكثر. فقد عَرَّفَ ابن الهمام الحنفي العقد بأنه: «انضمام أحد الفعلين إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي»(٢). وعرَّفته مجلة الأحكام العدلية بأنَّه: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله»(٣).

(١) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، ٣/ ٢٢٣، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
(٢) فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، ٦/ ٢٤٩، دار الفكر.
(٣) مجلة الأحكام العدلية، ص٣٤، المادتان (١٠٣-١٠٤)، طبعت في بيروت بالمطبعة الأدبية ١٣٠٢هـ.

الفرع الثالث: تعريف تفسير العقد:

تنوعت عبارات الشُّرَّاح الاصطلاحية في تعريفهم لتفسير العقد، وذلك يعود لاختلاف اتجاهاتهم في النظر لمعنى تفسير العقد، فذهب بعض الشُّرَّاح إلى أن المقصود بتفسير العقد: «تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه» مستندين في ذلك إلى الهدف من عملية التفسير. بينما ذهب البعض الآخر إلى التعلُّقِ بالأساس الذي يقوم عليه، وهو الإرادة الحقيقية للطرفين، فعرَّفُوه بأنه: «استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي للاتفاق، ومن أجل التعرف على النية الحقيقية للطرفين». وقال آخرون أنَّه يعني: «البحث عن الإرادة الصحيحة للمتعاقدين، والهدف من شروطهم وتعهداتهم». وذهب أحد الشُّرَّاح إلى أن المقصود بالتفسير -في معناه الواسع -: «تحديد آثار التصرف القانوني»[1].

غير أنَّ هذه التعريفات تنصرف في كل واحد منها على حدة إلى طريقة التفسير، أو فائدته، ولا تبين على وجه الحقيقة طبيعة عملية التفسير، وأساسها، والأثر المرجو منها. وقد جاءت بعض الاجتهادات من بعض الشُّرَّاح لتعرِّف تفسير العقد، وتبين من خلاله طبيعته ووسيلته، والأثر المُترَتب عليه. فعَرَّفه بعضهم بأنه: «الوسيلة القضائية لإظهار إرادة الفرقاء في العقد وتحديد مضمونه أي الموجبات التي أثبتها»[2].

(١) ينظر في هذه التعريفات كتاب د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، ص١٠، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥م.

(٢) دروس في القانون المدني العقد، د. هدى عبد الله، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص٣٠٨.

ويظهر من خلال التعريفات السابقة سمات تفسير العقود، والتي تتميز بها عن غيرها من عدة نواحٍ وهي:

١. أن التفسير عملية اجتهادية تقوم على شخص المُفسِّر، وعليه فهي ليست عملية تقوم على فعل مادي منفصل عن شخصية المفسر واجتهاده الشخصي.

٢. أنَّ التفسير أساسه والدافع إليه غموض إرادة أطراف العقد، وعليه فلا يجري التفسير مع وضوح إرادة أطراف العقد لانتفاء الأساس والباعث الذي يقوم عليه، ويلجأ إلى غير التفسير كالتكميل، والتعديل وغيره.

٣. أن المفسر يستند في تفسيره على طبيعة العقد الذي اتُّفق عليه، والعوامل التي ساهمت في تكوينه، سواءً كانت داخل العقد أو خارجه، وعليه فلا يستند على ما هو خارج عن إرادة أطراف العقد ورغبتهم، وذلك لأنه ليس بمُلزِمٍ لهم؛ ولأنه خارج عن مضمون العقد ونطاقه.

وبعرض هذه السمات فإنه يمكن أن نُعرف تفسير العقد بأنه: «اجتهادُ المُفسِّر في كشفِ إرادة المتعاقدينِ بالوسائلِ المشروعة، وتحديد التزامات وحقوق أطراف العقد».

الفرع الرابع: الفرق بين تفسير العقد وتعديله:

يراد بتعديل العقد: تغيير مواد في العقد بإضافة أو نقص من قبل المتعاقدين معاً، أو من قبل القاضي.

ويُعَدُّ تعديل أحد مواد العقد من أهم الأدوار التي يقوم بها القاضي في مجال الرابطة العقدية بين المتعاقدين في شتى المعاملات، لما فيه من خطورة الدخول على التزامات الأطراف التي التزموا بها بمحض إرادتهم تجاه الطرف الآخر من العقد.

ولا شك أنَّ خطورة هذا العمل تنعكس بأثرها على الثقة بين المتعاقدين، وعلى استقرار المعاملات بشكل عام؛ لذلك جاء المنع بشكل قاطع بإجراء أي تعديل من قبل أحد أطراف العقد بشكل يستقل به من دون الطرف الآخر، وكذلك هو الأصل في تدخل القاضي، كل ذلك من باب الحفاظ على القوة المُلزمة للعقد بين أطرافه، تأسيساً لمبادئ شرعية، ونظامية، وأخلاقية، واقتصادية. ويستثنى من ذلك كون العقد من العقود الإدارية التي تستأثر السلطة الإدارية بالتعديل على العقد دون غيرها، «ويكون هذا بالنص عليه صراحةً في العقود الإدارية، وفي دفاتر الشروط، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة، والتي تميز العقود الإدارية عمّا عداها»[1]. وقد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٤٤/١١/١٣هـ في المادة (٦٩) على أنه: «للجهة الحكومية -في حدود احتياجاتها الفعلية- إصدار أوامر تغيير بالزيادة في العقد بما لا يتجاوز (١٠٪) من قيمته، ولها إصدار أوامر تغيير بالتخفيض بما لا يتجاوز (٢٠٪) من قيمته، وفقاً لما توضحه اللائحة».

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-: د. سليمان الطماوي، ص٤٥٢، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥م، دار الفكر العربي.

وسنبين فيما يلي الفرق بين تفسير القاضي للعقد، وتعديله، وذلك من وجهين:

الأول: الفرق بين تعديل العقد وتفسيره باعتبار الأساس:

فالأساس الذي يقوم عليه تفسير القاضي للعقد هو: الكشف عن إرادة المتعاقدين، التي ينتاب إظهارها الغموض في طريقة التعبير.

والأساس الذي يقوم عليه تعديل القاضي للعقد هو إحداث التوازن العقدي بين المتعاقدين، الذي ينشأ عن تجاوز في حق أحد أطراف العقد، والإجحاف بحقه.

فيأتي هذا الدور من القاضي بتعديل العقد ليضمن تحقيق التوازن، ويعطي غطاءً لكفالة حقوق كافة الأطراف، من حيث ضمان الحقوق وأداء الالتزامات، ويمنع الظلم، والجور، والاستغلال الذي يحيق بأحد الطرفين من جراء شروط، أو نصوص يظهر فيها التعسف، مما يخل بتوازن العقد، ويمثل في ذات الوقت خروجاً عن الأصول العامة للشرع، وقواعد العدالة في المعاملات.

الثاني: الفرق بين تعديل العقد، وتفسيره باعتبار طبيعة عمل القاضي:

فالقاضي حين يقوم بعملية التفسير، فإن طبيعة عمله تتجه نحو العبارة التي ينتابها غموض، أو شك، فيستخدم كافة الوسائل التي تكشف له عن الإرادة الحقيقية لأطراف العقد.

بخلاف الحال في عملية تعديل العقد، فالقاضي طبيعة عمله في هذه الحالة تتجه إلى الالتزامات مباشرةً، فيقوم بإجراء التعديل عليها إمَّا من باب التخفيف، كالتعديل على الشروط التي فيها إجحاف بحق أحد المتعاقدين، واستغلال لحاجته، أو من باب الإزالة، كإزالة الشروط التعسفية التي تجعل من التزام أحد المتعاقدين مرهقاً بشكل لا يضمن له حقوقه.

المبحث الأول
أساس تفسير القاضي للعقد

إنَّ العمل الذي يقوم به القاضي في التفسير هو من الخطورة بمكان لا من حيث تقلده للعمل ولا من حيث شرعية العمل به، وإنما بما يخدم الوصول إلى غايته، ولذلك جاءت الشريعة معتنيةً بهذا الجانب من حيث التأصيل الشرعي، والتطبيق العملي. حيث إنَّ من حكمة القضاء وثمرته «رفع التهارج، وردُّ النوائب، وقمع الظالم، ونصر المظلوم، وقطع الخصومات، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، كما قاله ابن رشد وغيره»[1].

وإنَّ تفسير العقد من قبل القاضي يُعَدُّ من أهم الطرق التي يتوصل بها إلى حقيقة القضايا المتنازع فيها، فبه يكشف القاضي عن غموض العبارة، ومكمن الإشكال فيها، ويَردُّ الحقوق، ويثبت الالتزامات على أطراف العقد.

ولذلك فإنَّ أساس تفسير القاضي هو الكشف عن إرادة المتعاقدين، التي بني عليها العقد، وله أن يتخذ في ذلك كل سبيل يمكنه من الوصول إلى بغيته التي توصله إلى الحكم الصحيح. وقد تواردت النصوص من الكتاب والسنة على أن للقاضي الاجتهاد في الوصول إلى الحق، لهذا فإن تفسير العقد داخلٌ في هذا الاجتهاد:

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، ١/ ١٠، طبعة دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

يقول الله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗا﴾ [الأنبياء: ٧٨-٧٩] فدلَّت الآية على أن كلاً منهما اجتهد في الوصول إلى الحكم، وبذل جهده على قدر ما أوتي من العلم، وتفسير القاضي للعقد يدخل في محاولة الاجتهاد والفهم. وعن عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه سمع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((إذا حكم الحاكم فاجتهد، ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد، ثم أخطأ فله أجر))[1].

ووجه الدلالة من الحديث: أنَّ في ذلك دعوة صريحة للاجتهاد في الحكم بالقضية، وبذل الوسع فيها للوصول إلى الحق، وتفسير العقد مما يحتاج إلى اجتهاد، وتدقيق.

(١) رواه البخاري في صحيحه: باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، برقم (٧٣٥٢)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ، ومسلم في صحيحه: باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، أو أخطأ، برقم (١٧١٦)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ولقد جاء عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ما يشير إلى هذا الجانب المُهم في عمل القاضي فيقول في كتابه الذي بعثه إلى أبي موسى الشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فافهم إذا أُدلي إليك»، وقال: «الفهمَ الفهمَ فيما يختلج في صدرك»[1].

ويقول أبو المعالي الجويني: «ولا بد أن يفهم -يعني القاضي- الواقعة المرفوعة إليه على حقيقتها، ويتفطن لموقع الإعضال، وموضع السؤال، ومحل الإشكال منها... فأمَّا إذا لم يفهم الواقعة فكيف يفرض نفوذ حكمه فيها ؟ وليس في عالم الله أخزى من مُتَصَدٍّ للحكم لو أراد أن يصف ما حكم به لم يستطعه!»[2].

ويقول ابن القيم: «ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم، أحدهما: فهم الواقع، والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن، والأمارات، والعلامات حتى يحيط به علماً.

(١) رواه الدارقطني في سننه برقم (٤٤٧١)، سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، والبيهقي في السنن الكبرى برقم (٢٠٣٤٧)، السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

(٢) غياث الأمم في التياث الظلم، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، ص٣٠٠، المحقق: عبد العظيم الديب الناشر: مكتبة إمام الحرمين الطبعة الثانية، ١٤٠١هـ.

والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه، أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر»[1].

ويدل على هذا أنَّ (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)، وهذه قاعدة أصولية، فإذا توقَّفَ إظهار الحقيقة، وقطع الخصومة في المنازعة، ولم يكن سبيل للوصول إليها سوى تفسير العقد وجب ذلك.

يقول ابن فرحون: «ومنها أن القضية إذا كانت مشكلة فيكشف عن حقيقتها في الباطن، ويستعين بذلك على الوصول إلى الحق، وقد أجاب الشيخ أبو عبد الله بن عتاب بعض الحكام في قضية أشكلت بأن قال: ووجه الخلاص في هذا على ما كانت القضاة تفعله في شبه ذلك، أن تكشف في الباطن عن ذلك، فإذا انكشف لك أمر اجتهدت على حسب ما انكشف لك، وفعلت ما يجب في ذلك، فقد كانت القضاة رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ يستعينون بالكشف عن باطن القضية، ولا يخرجون في ذلك عن الواجب»[2].

وعلى ذلك استقر العمل به في القضاء، فقد ورد في أحكام قضائية كثيرة الاستناد على هذا الأساس، حيث أوضحت في أسبابها ومنها هذا الحكم أنه: «من المتعين في تفسير العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، إذ العبرة بالإرادة الحقيقية على أن

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب أبو عبد الله بن القيم الجوزية، ١/ ١٨٩، دار عطاءات العلم (الرياض)، دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة الثانية، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ١/ ٤١.

تكون الإرادة المشتركة للمتعاقدين. لا بالإرادة الفردية لكل منهما؛ لأن هذه الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان»[1].

فيتبين من خلال ما ذكر أن تفسير القاضي للعقد أساسه الاجتهاد في كشف إرادة المتعاقدين التي أُسس عليها العقد، وهذا الاجتهاد مبنيٌّ على فهم القاضي الذي يقوم بالاستنباط، والتحقق من حقيقة الحال على ما ينظر في قرائن، وأمارات الواقعة، ومستند الخصوم، وأقوالهم، وقد كان القضاة يفعلون ذلك كما ذكر ابن فرحون رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(١) حكم لديوان المظالم رقم ٤٠/ ت ١٤٠١هـ.

المبحث الثاني
طبيعة وخصائص التفسير القضائي

تعكس طبيعة التفسير القضائي وخصائصه أهمية خاصة، وذلك يرجع إلى النتائج التي تظهر للقاضي، وعلى إثرها يقوم بإعمالها وتطبيق آثارها على الواقعة وأطرافها، فهذه الطبيعة تبين المستند الذي يقوم عليه القاضي، وبالتالي إعطاء الحكم، والتكييف الصحيح للعملية التي يقوم بها القاضي في التفسير، وأيضاً يظهر بصورة جلية الحجية التي يحوزها تفسير القاضي.

ولبيان ذلك سيكون الحديث -بإذن الله تعالى- عن طبيعة وخصائص التفسير القضائي للعقد متناولاً ما يلي في مطلبين:

المطلب الأول: طبيعة تفسير العقد:

الأصل الذي يُبنى عليه العقد هو توافق إرادة الطرفين لإحداث أثر قانوني كما يذكر ذلك الشراح، وهذا التوافق يقتضي أن تكون الإرادة من الطرفين معبراً عنها، وتكون إحدى الإرادتين مطابقة للأخرى. وهذا ما يحدده مجموع العبارات التي يتألف منها تعبير الإرادتين المتطابقتين، وهي العبارات التي تدل على إرادة العاقدين المشتركة.

لذلك كان لا بد في تحديد مضمون العقد من تفهم مدلول العبارات التي عبر بها الطرفان عن إرادتيهما المتطابقتين وتحصيل معناها[1].

(١) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ١/ ٤٨١، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧م.

والتفسير حين ينصب على العقد فإنه لا يقتصر على تحديد مضمون العقد بعد انعقاده، والتأكد من صحته، بل يُلتجأ إليه عند البحث في تكوين العقد وصحته، فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة الطرفين حتى يتبين ما إذا كان العقد تم تكوينه باتفاق الإرادتين، إذ إنه ما الفائدة من تفسير القاضي إذا لم يكن العقد صحيحاً؟ لأنه سيكون غير قابل للتنفيذ، وبالتالي سيصبح عمل القاضي عبثاً، إذ لا ثمرة متحققة من تفسيره للعقد، وعليه فإن القاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة الطرفين، حتى يتبين ما إذا كان العقد قد نشأ باتفاق هاتين الإرادتين، ويستعين به أيضاً لمعرفة ما إذا كانت الإرادة بحسب ما وضعت له من خلال تفسيره للعقد صحيحة أو معيبة، ويستعين القاضي أيضاً بالتفسير في تحديد مضمون العقد الذي يجب على أطرافه تنفيذه والعمل بموجبه[1].

وبهذا نصل إلى أن طبيعة عمل القاضي حين يمارس تفسير العقد تتجه إلى البحث عن مقصد وإرادة طرفي العقد، وهذا يتجه إلى تعبير كل منهما عن إرادته، سواء كان هذا التعبير قولاً، أو كتابة، أو أي فعل من الأفعال يكشف عن قصد أطراف العقد مما وقع عليه الاتفاق، وانصرفت إليه نياتهما[2].

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية د. عبد المنعم فرج الصده، ص٤٥٤، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٤م. المبسوط في شرح القانون المدني، د. ياسين الجبوري، ١/ ١٩٩، وائل للنشر.

(٢) النظرية العامة للالتزام، د. جميل الشرقاوي، ص٣٦٦، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م، النظرية العامة للالتزام، د. عبد الحي حجازي، ١/ ٥٤٧، الناشر دار نهضة مصر ١٩٥٤م.

والقاضي حين يمارس تفسير العقد فإنه يقوم باجتهاد شخصي منه يحاول من خلاله الوصول إلى الخيط الدقيق الذي يمكِّنه من كشف الحقيقة المتنازع فيها، وهو ما يسمى «بالاجتهاد القضائي»[١].

وهو يتمتع في ذلك بسلطة تقديرية[٢]. يعمل من خلالها للوصول إلى إرادة أطراف العقد مستعملاً في ذلك عدة أدوات تمكِّنه من الوصول لهدفه وفق معايير منصوص عليها، «وقاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي ثبت عنده، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً، غير مناقضة للثابت في الدعوى، وتؤدي عقلاً لاستخلاص الواقعة التي ثبتت عند القاضي، فإذا أثبت القاضي مصدراً للواقعة وهمياً لا وجود له، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة،

(١) عرفه الدكتور عبد المهدي العجلوني «الاجتهاد القضائي» بقوله: «استفراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة في واقعة متنازع عليها؛ وملزم لأطرافها»من بحث مقدم بعنوان: وسائل النهوض بالاجتهاد القضائي الشرعي المعاصر دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بالقانون الأردني إعداد الدكتور محمد خالد منصور لندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر.

(٢) السلطة التقديرية للقاضي هي: «النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة» سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، ص٩١، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م، منشأة المعارف بالإسكندرية، وعرفها معالي د. وليد الصمعاني بأنها: «الالتزام القانوني، الذي يفرض الموازنة بين عدة خيارات ممكنة واقعاً، وصالحة قانوناً، لتطبيق أكثرها ملائمة على الواقعة المعروضة»، السلطة التقديرية للقاضي الإداري دراسة تأصيلية تطبيقية، ١/ ٧١، د. وليد الصمعاني، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.

أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه»[1].

ولعمل القاضي في سلطته التقديرية في تفسير العقد مستند شرعي ونظامي:

المستند الشرعي:

هو تلك النصوص الواردة في عمل القاضي واجتهاده في الواقعة، والتي يتجلى فيها الحث على بذل الجهد، والسعي للوصول إلى الحقيقة بقدر المستطاع، بالوسائل التي يمتلكها القاضي، كقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا اجتهد الحاكم وأصاب فله أجران وإذا اجتهد وأخطأ فله أجر واحد)).

المستند النظامي:

إن الغاية من وضع الأنظمة هو: العدل والوصول إلى المصلحة التي تكفل للأفراد حقوقهم، غير أن هذه الأنظمة لا يمكن أن تحصر جميع الوقائع بداهةً، لما تتصف به من جمود وعُسر في طريقة تغييرها، ولما يَجِدُّ من طرق المعاملات، واختلاف الظروف، والملابسات التي تحيط بتعاملات الأفراد، وتحيط أيضاً بطبيعة تلك الأعمال. لذلك جاء إعطاء صلاحية النظر، والاجتهاد للقاضي في باب تفسير العقود تداركاً لقصور المواد النظامية في الإحاطة بالوقائع، وتلبية لحاجات المتخاصمين[2].

(١) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري، ١/ ٦٦٤، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.
(٢) سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، ص١١٩.

المطلب الثاني: خصائص التفسير القضائي:

التفسير القضائي هو: ذلك التفسير الذي يتولاه القضاة أثناء نظرهم في الدعاوى، وهو بذلك يكتسب هذه الصفة القضائية باعتبار صفة القائم والمختص به، وهو القاضي.

وبحكم طبيعة هذا النوع من التفسير واختلافه عن أنواع التفسير المتبقية -التفسير التشريعي، والتفسير الفقهي، والتفسير الإداري- كان من المناسب أن نبرز خصائص هذا النوع التي تميزه عن غيره، ونبين وجوه ذلك فيما يلي:

١. أن هذا النوع من التفسير لا يقع إلا بمناسبة نزاع قضائي معين معروض على القاضي، ومن هنا فهذا النوع من التفسير ليس تفسيراً يتصف بالنظرية، بل هو تفسير يستند على أساس عملي.

٢. أن هذا النوع من التفسير غير ملزم للمحاكم الأخرى إلا في البلاد التي تأخذ بالسوابق القضائية.

٣. أن هذا النوع من التفسير يتميز بالصيغة العملية التي تلبي حاجات المتخاصمين على الواقع، وبهذا يتأثر التفسير القضائي بالظروف والملابسات التي تحيط بالواقعة المطروحة أمامه؛ لأنَّ القاضي يكون أعرف الناس بالبيئة التي نشأ النزاع فيها، ويكون اجتهاده أقرب من غيره لقربه من هذا المجتمع،

فهو يستجيب إذاً للضرورات العملية ممّا يرفع نسبة إصابة اجتهاد القاضي في عمله بالتفسير[١].

٤. أن التفسير القضائي يتوجه إلى الحالات الجزئية، فتكون كل حالة معروضة عليه على حدة[٢]، فيأتي لإيجاد الحلول لهذه الواقعة التي تضمن وصول الحق لصاحبه، ويأتي ذلك لأجل أنَّ هذا التفسير يشمل بأثره أطرافاً معينين، بخلاف ما لو كان التفسير يشمل قاعدة قانونية مجردة عامة تشمل جميع المخاطبين بهذا التفسير[٣].

وخلاصة القول في ذلك:

أنَّ الخصائص التي يتميز بها التفسير القضائي تجعل منه أكثر استجابة لتجدد الوقائع، واختلاف الظروف، وأكثر ملامسة لحاجات المتخاصمين، ولما تتميز به إجراءات التفسير القضائي من سهولة في الإجراءات وقصر في المدة وهذا ما لا يتوافر في بقية أنواع التفسير.

(١) نظرية تفسير النصوص المدنية، د. محمد شريف أحمد، ص١٨، أصول القانون، د. فرج الصدة، ص٢٧٧، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م، المدخل لدراسة القانون، د. أحمد سلامة، ص١٨٦، المطبعة العالمية بالقاهرة.

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. عبد الحي حجازي، ص٥١٣.

(٣) أصول تفسير النظام، د. معمر بن عبد الرحمن العمري، ص٣٣٥، بحث تكميلي مقدم للمعهد العالي للقضاء بالرياض، ١٤٢٠هـ.

المبحث الثالث

تفسير العقد بإرادة المتعاقدين

إنَّ الأساس الذي يقوم عليه العقد هو توافق الإرادة بين المتعاقدين، ومن هنا جاءت أهمية البحث عن الإرادة، وأثرها في قيام القاضي بعملية تفسير العقد، والاستعانة بما يدل على إنشائها، والقصد من ورائها، ولأجل ذلك فإنه لابد لطرفي العقد من التعبير عن هذه الإرادة، وما ينتج عنها من التزام كل طرف للطرف الآخر، ويكون ذلك باستعمال ما يدل عليها من تعبير باللفظ، ويدل دلالةً على ما تختاره إرادة كلٍ منهما، بحيث يفهم كلٍ منهما مراد الآخر من عبارة نص العقد المتفق عليه، فلا يكون كل طرف منهما في حاجة لأن يتأول نصاً معيناً، أو يصرفه إلى معنى آخر لا يكون مراداً للطرف الآخر.

والإرادة التي يبني عليها المتعاقد تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: إرادة باطنة:

وهي التي تكون في نية العاقد، وما يقصده في داخل نفسه. فهو أمرٌ نفسيٌّ يستقر في قرارة نفس العاقد، وتتجه رغبته نحو تحقيقه وعلى ضوئه أبرم العقد، فيبرز إلى الخارج عن طريق التعبير، والذي يعد بالنسبة له المظهر والأساس المادي الملموس للإرادة، وعليه فالإرادة الباطنة وحدها لا تقوم مقام الأفعال والإنشاءات «ولَكنَّ للنية تأثيراً توجيهياً معتبراً شرعاً

في وصف ما تصاحبه، فإذا صاحبت فعلاً، أو تركاً صبغته بصبغة، وأكسبته صفة يترتب عليها حكم مدني مخصوص في الشريعة»[1].

القسم الثاني: إرادة ظاهرة:

وهي التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام، أو فعل صادر عن المتعاقد المختار. فهي الوسيلة التي يكتفى بها عن معرفة الإرادة الباطنة، لأنه هي الدالة عليه، فتبقى الإرادة الظاهرة هي المنفردة في البيان عن رغبة المتعاقد ونيته[2].

ومن المناسب هنا أن نُحرِّر هذه المسألة ببيان الصور التي تبين توافق نوعي الإرادة واختلافهما، وأثر ذلك في الأحوال التالية:

- أن توجد الإرادة، وتتطابق الإرادة الباطنة مع الإرادة الظاهرة، فإن العقد ينعقد ويصبح منتجاً لأثره.

- أن توجد الإرادة الباطنة فقط بحصول النية، أو الرغبة، ففي هذه الحال فإن التصرف لا ينعقد، كمن ينوي بيعاً أو طلاقاً، ولم يعبر عن ذلك بلفظ، أو إشارة، فإن البيع لا ينعقد، والطلاق لا يقع.

---

(١) المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا، ١/ ٤٣٥، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ، دار القلم دمشق.

(٢) المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا، ١/ ٤٣٧، وانظر: الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة، ص٢٤٣، دار الفكر العربي. ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، د. عبد الحميد محمود البعلي، ص٢٣٨، الطبعة الأولى، الناشر: مكتبة وهبة، القاهرة. الفقه الإسلامي وأدلته، أ. د. وهبة الزحيلي، ٤/ ١٨٩، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤٠٩هـ.

- أن توجد الإرادة الظاهرة فقط كبيع الطفل غير المميز، أو المجنون، أو النائم حقيقةً، أو حكماً، ويتبع ذلك الصورية في العقود، وبيع المكره، والهازل فإنَّه لا يصح التصرف هنا، ولا ينعقد البيع[1].

- أن توجد الإرادة عند المتعاقد لكن يحصل اختلاف بين الإرادتين في جزئيات الفعل، وذلك بأن يريد أحد العاقدين غرضاً غير مشروع من وراء العقد، وهنا وقع الخلاف عند في أي منهما يقدم على الآخر.

وفيما يلي أعرض لهذا الخلاف عند الفقهاء وأبين خلاله أقوال المسألة، وأدلتها، والترجيح، وثمرة الخلاف.

مبدأ الإرادة في الفقه:

اختلف الفقهاء في مبدأ الإرادة في الفقه إلى قولين:

القول الأول: الأخذ بالإرادة الظاهرة، وتغليبها على الإرادة الباطنة، وهو مذهب الحنفية[2]، .....

(١) ينظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فراج حسين، ص١٧١، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية. ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، وموازنة بالقانون الوضعي، وفقهه، د. عبد الحميد البعلي، ص٢٤٢. الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته -دراسة مقارنة -، د. محمد يوسف موسى، ص٢٩٠، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٧٢هـ.

(٢) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس السرخسي، ٢٤/ ٦، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٨/ ٢٣٠، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي الحنفي، ٦/ ٢٨، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية. درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز ابن علي الشهير =

..... والشافعية[1].

وهذا اتجاه تغلب فيه النظرة الموضوعية، حيث إنه يكون مُنصَبّاً على ذات العقد، وما يعبر فيه من ألفاظ، وذلك حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات وعليه فلا تأثير للسبب، أو الباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد، أي تضمنته الإرادة الظاهرة: كالاستئجار لاستعمال المحرمات، كالغناء، والملاهي المحرمة. فإذا لم يصرح به في صيغة العقد بأن كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع، فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل لحكم العقد[2].

القول الثاني: الأخذ بالإرادة الباطنة وتغليبها على الإرادة الظاهرة، وأخذ بذلك المالكية[3]،

= بملا خسرو، ١/ ٣٢٠، دار إحياء الكتب العربية. رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ٦/ ٣٩١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع طبعة خاصة ١٤٢٣هـ. البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى، ٧/ ٣١٠، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.

(١) الأم، محمد بن إدريس الشافعي، ٩/ ٣٥٣، طبعة ناشر: دار المعرفة، بيروت الطبعة: الثانية، ١٣٩٣م، المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ٩/ ٣٥٣، دار الفكر، نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، ٥/ ٢٧٩، حققه وصنع فهارسه: أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

(٢) بتصرف: الفقه الإسلامي وأدلته، أ. د. وهبة الزحيلي، ٤/ ٥٤١.

(٣) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ١٨/ ٦١٤، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م. مواهب الجليل، =

..... والحنابلة[1].

والذين قالوا بهذا القول ينظرون إلى القصد والنية للمتعاقد، والباعث له في إجراء هذا العقد، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع، بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث[2].

أدلة القولين:

دليل القول الأول:

إن استعمال محل العقد فيما هو محرم ليس مجزوماً به، وإنما يحتمل جواز استعماله في المباح كما يحتمل استعماله في المحرم، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات لأنها على أصل الإباحة[3].

= للحطاب، ٥/ ٢٥٤، شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ٥/ ١١، دار الفكر للطباعة، بيروت، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، ٣/ ٢٠، الناشر: دار المعارف.

(١) المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي، ٤/ ١٦٨، مكتبة القاهرة، الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، ٦/ ١٦٩، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، ٣/ ٣٢٧، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، كشاف القناع عن متن الاقناع، للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، ٣/ ١٨١، دار عالم الكتب طبعة خاصة ١٤٢٣، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، أ. د. وهبة الزحيلي، ٤/ ٥٤٤.

(٣) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الشهير بالماوردي، ٥/ ٢٧٠، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

جاء في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: «وجاز بيع العصير من خمَّار؛ لأن المعصية لا تقوم بعينه، بل بعد تغيره؛ بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة، لأن المعصية تقوم بعينه، فيكون إعانة لهم وتسبباً، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية، ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعاً، فيكون الفساد إلى اختياره»(١).

وجاء في المجموع شرح المهذب: «قال أصحابنا: يكره بيع العصير لمن عُرِفَ باتخاذه الخمر، والتمر لمن عُرِفَ باتخاذه النبيذ، والسلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح، فإن تحقق اتخاذه لذلك خمرا، ونبيذاً، وأن يعصى بهذا السلاح ففي تحريمه وجهان»(٢).

قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «أصل ما أذهب إليه أنَّ كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا، ولا أفسد البيع إذا باعه إيَّاه؛ لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن أن لا يجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً، وكما أُفسِدُ نكاح المتعة، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً، وهو

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي، ٦/ ٢٨.
(٢) المجموع شرح المهذب، النووي، ٩/ ٣٥٣.

ينوي أن لا يمسكها إلا يوماً، أو أقل، أو أكثر لم أُفْسِدْ النكاح إنما أُفْسِدهُ أبدا بالعقد الفاسد»[1].

أدلَّة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة هي:

الأول: قول الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ﴾ [المائدة: ٢].

وجه الدلالة: أن في الاعتداد بإرادته التي تخالف الشرع على إتمام العقد عوناً على الإثم، وقد نهى الله عَزَّوَجَلَّ عن التعاون على الإثم والعدوان[2].

الثاني: أن هذا العقد جاء على عين تستعمل فيما هو معصية لله تعالى، وهذا محرم لأن التحريم هنا لحق الله تعالى[3].

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: «وكذا يُمنَعُ بيع كلِّ شيء عُلِمَ أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز. وذكر من ذلك بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، والخشبة لمن يتخذها صليباً، والعنب لمن يعصره خمراً»[4].

وعندما تكلم ابن قدامة رَحِمَهُ ٱللَّهُ على مسألة (بيع العصير ممن يتخذه خمراً وأنه باطل) قال: «إذا ثبت هذا، فإنما يَحرمُ البيع وَيبطلُ، إذا علم البائع قصد

(١) الأم، للشافعي، ٣/ ٧٤.
(٢) البيان والتحصيل، لابن رشد القرطبي، ١٨/ ٦١٤.
(٣) المغني، لابن قدامة، ٤/ ١٦٨.
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ٣/ ٧، دار الفكر.

المشتري ذلك، إما بقوله، وإما بقرائن مختصة به، تدل على ذلك. فأمَّا إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم، أو من يعمل الخل والخمر معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز. وإذا ثبت التحريم، فالبيع باطل»[(١)].

الثالث: أنَّ في الأخذ بهذا القول المنع من الوسيلة التي تتخذ سبيلاً إلى المحرم، وهذا من باب إعمال قاعدة: (سد الذرائع)[(٢)].

جاء في مواهب الجليل في شرح خليل: «وذكر القرطبي والآبي في أوائل شرح مسلم في منع العنب لمن يعصرها خمراً قولين: قال الآبي: والمذهب في هذا سد الذرائع»[(٣)].

(١) المغني، لابن قدامة، ٤/ ١٦٨.

(٢) قال القرافي المالكي: «سد الذرائع: والذريعة الوسيلة للشيء ومعنى ذلك حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل وهو مذهب مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ»، شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ص٤٤٨، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م، وانظر في: إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي، ص٦٩٥، طبعة دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ، وهو مذهب الحنابلة أيضاً، انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي، ٣/ ٢١٤.

(٣) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، ٤/ ٢٥٤، الناشر، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

وقال الزركشي: «هذا هو المذهب بلا ريب، لأنه وسيلة إلى المحرم، والوسيلة إلى المحرم محرمة بلا ريب، وإذاً يبطل البيع لارتكاب المحرم، قال جل وعلا: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]»[(١)].

وقال ابن قدامة: «وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقُطَّاعِ الطريق، أو في الفتنة، وبيع الأَمَةِ للغناء، أو إجارتها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، أو بيت نار، وأشباه ذلك»[(٢)].

ونقل ابن القيم عن شيخه ابن تيمية عن الرجل أنه: «إذا اشترى أو استأجر مُكرهاً لم يصح، وإن كان في الظاهر قد حصل صورة العقد؛ لعدم قصده وإرادته؛ فدل على أن القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ؛ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا أُلغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه، وكيف يقدم اعتبار اللفظ الذي قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه»[(٣)].

(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، ٣/ ٦٥٤، دار العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
(٢) المغني، لابن قدامة، ٤/ ١٦٨.
(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، ٣/ ٥٧٤.

الترجيح:

الذي يترجح -والله أعلم- هو القول الثاني الذي يغلب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة وذلك لما يلي:

أن مقاصد المكلفين التي تتمثل في -الإرادة الباطنة- مُعتبرة، وأنَّ لهذه المقاصد تأثيراً على أفعال المكلفين، وإن كانت في أصلها مبنية على الإباحة، فالقصد والنية تنقلها من تحليل الفعل إلى تحريمه، و«الله تعالى حرَّم أن يدفع الرجل إلى غيره مالاً ربوياً بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا، وجَوَّزَ دفعه بمثله على وجه القرض، وقد اشتركا في أن كلا منهما يدفع ربوياً ويأخذ نظيره، وإنما فَرَّقَ بينهما القصد، فإن مقصود المقرض إرفاق المقترض ونفعه، وليس مقصوده المعاوضة والربح»[1].

يقول ابن القيم: «قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القُصود في العقود معتبَرة، وأنها تؤثِّر في صحة العقد وفساده، وفي حِلِّه وحرمته، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثِّر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلًا وتحريمًا، فيصير حلالاً تارة، وحَرامًا تارة أخرى باختلاف النِّيّة والقصد، كما يصير صحيحًا تارة وفاسدًا تارة أخرى باختلافها»[2].

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، ٣/ ٥٨٢.

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، ٣/ ٥٩٨، وانظر أيضاً: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، د. وحيد الدين سوار، ص٤٦٤، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، ١٩٧٩م.

ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في مسائل منها:

١. مسألة: بيع العينة.

٢. مسألة: بيع العصير لمن يتخذه خمراً.

٣. مسألة: بيع السلاح وقت الفتنة في اقتتال المسلمين، أو بيعه لقطاع الطريق.

٤. مسألة: زواج المحلل.

فمن يُغلِّبُ الأخذ بالإرادة الظاهرة على الأخذ بالإرادة الباطنة يرى صحة هذه العقود، وإن كان البعض منهم يرى كراهتها أو تحريمها(١).

ومن يُغلِّبَ الأخذ بالإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ويعتبرها، فإنه يرى عدم جواز صحة هذه العقود وبطلانها من أساسها، والله أعلم(٢).

(١) الحاوي الكبير، للماوردي، ٥/ ٢٧٠، نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني، ٥/ ٢٧٩، المجموع شرح المهذب، للنووي، ٩/ ٣٥٣.

(٢) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد أبو زهرة، ص٢٤٧، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد يوسف موسى، ص٢٩٩، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فراج حسين، ص١٨٦.

المبحث الرابع
حالات تفسير العقد وإثباته

عملية التفسير من العمليات التي تحتاج إلى قواعد وأسس تبين طريقة النظر فيها، والعمل بمقتضاها، فمعرفة الآلية التي تقوم عليها عملية التفسير من الضروريات، فمع ما فيها من طرق تحجز القائم عليها من الوقوع في الخطأ بقدرٍ كبير إلا أنها كذلك توفر أقصر الطرق، وأسهلها للوصول إلى ثمرة التفسير بأقل مجهود، وأقصر وقت.

ولذلك ناسب في هذا المبحث تناول طرق تفسير العقد وحالاته، وطريقة الإثبات فيه في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: طرق تفسير العقد:

ذكرت فيما سبق طبيعة عمل القاضي، واجتهاده في تفسير نصوص العقد، والأساس الذي يقوم عليه، ولعلَّ من المناسب الحديث عن الطرق التي يسلكها القاضي في سبيل إتمامه عملية تفسير العقد.

وقد ذكر فقهاء القانون لطريقة التفسير نوعين، كل نوعٍ له اعتبار يختص به. فجعلوا النوع الأول مهتماً بما يصدر من أشخاص العقد ويعبر عن إرادتهم، وسُمِّي هذا بالمذهب الشخصي في التفسير. وجعلوا النوع الثاني مهتماً بما صدر من ألفاظ المتعاقدين، واتجه إلى ألفاظ العقد وسُمِّي هذا بالمذهب الموضوعي.

المذهب الشخصي:

ويُسمَّى أيضاً بالتفسير المنطقي، وهذا المذهب في التفسير يقوم على أساس أنه يجب أن يبحث المفسر عن النية المشتركة للعاقدين، دون أن يتوقف عند المعنى الحرفي لألفاظ العبارات الواردة في العقد بل يُعنى بالربط بين اللفظ والفكرة، وهذا أكثر ما يرتبط بمبدأ سلطان الإرادة، وحرية التعاقد، ولا يتجه إلى مبدأ الإرادة الظاهرة.

فالعنصر الجوهري الذي يقوم عليه المذهب الشخصي هو الكشف عن الإرادة المشتركة للعاقدين، لأنَّ العقد ما هو إلا تطابق هاتين الإرادتين، لا الإرادة الفردية لكل منهما[1].

وقد تعرض هذا المذهب إلى عدة انتقادات يمكن إجمالها في أمرين:

الأول: أنَّ البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هو بحث عن إرادة مشكوك في وجودها، فهي إرادة محتملة قد تكون موجودة، وقد تكون غير موجودة.

الثاني: أن إعمال هذا المذهب في مجال تفسير عقود الإذعان غير ممكن، حيث إنه لا مجال للبحث عن الإرادة المشتركة؛ لأن أحد العاقدين قد استقل في وضع الشروط العقدية التي يراها في حين قام العاقد الآخر بقبولها

(١) المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢٠٨.

دون تفاوض أو نقاش، ومن ثم فلا محل هنا للبحث عن الإرادة المشتركة للعاقدين[١].

المذهب الموضوعي:

ويسمى أيضاً بالتفسير اللغوي، وهذا المذهب في التفسير يقوم على أساس أنَّ القاضي حين ينظر في العقد بنية التفسير فإنه ينظر إلى ألفاظ العقد وعباراته بذاتها، «فيجري تحديد الألفاظ وفق ما يجري به تركيبها اللغوي دون التقيد بالفكرة الحقيقية المختفية خلف التعبير، وبالتالي فإن هذا المذهب يعمل باستقلال عن مفهوم المتعاقدين ونيتهما الحقيقية بشأنه»[٢].

وتأخذ الألفاظ قيمتها من حيثُ إنها الأداة التي صيغ بها العقد، وبه عبر عن إرادة المتعاقدين، وبالتالي فإن أهمية ذلك تتمثل في أن إرادة المتعاقدين لا يؤخذ بها إلا في حدود ما تم التعبير عنه من تلك الإرادة في عبارات العقد[٣]. ويقل اللجوء إلى هذه الطريقة في التفسير لضيقها، وقعودها عن تحقيق الغرض الحقيقي من التفسير إلا في حال توافقت إرادتان على لفظ معين بالمفهوم العام، واختلفتا في مفهوم معين، فيثور الخلاف بينهما في تفسيره تفسيراً لغوياً فيتعين على القاضي التدخل، وتفسير النص المُختلَف فيه تفسيراً لغوياً.

(١) المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢٠٨.
(٢) تفسير العقد، د: عبد الحكم فودة، ص١١٠، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، د. عبد الحميد الشواربي، ص٦١، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٨م.
(٣) انظر: المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ص٢٠٩.

وعليه يتضح أن التفسير في المذهب الشخصي يتميز عن التفسير في المذهب الموضوعي بأنه لا حدود له، إذ إن هدفه الكشف عن الإرادة الحقيقية بشتى الوسائل، بخلاف التفسير في المذهب الموضوعي فإنَّه محدود بالألفاظ المستخدمة، ولا يصح حذف بعضها، أو الإضافة إليها[1].

المطلب الثاني: حالات تفسير العقد:

في حال رفع أطراف العقد خصومتهم إلى القاضي لينظر في الدعوى، ويُفَصِّلَ النزاع في بعض النصوص المتنازع عليها فيه، فإنَّ القاضي يمكن أن يُصنِّفَ طبيعة النص المتنازع فيه إلى إحدى حالات ثلاث:

الحالة الأولى: أن تكون عبارة النص واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين.

الحالة الثانية: أن يكون في عبارة النص غموض فيحتاج القاضي هنا أن يجتهد للكشف عن إرادة المتعاقدين.

الحالة الثالثة: أن تكون إرادة المتعاقدين محل شك عند القاضي.

ونوضح ذلك فيما يلي:

الحالة الأولى: وضوح عبارة نص العقد:

يقصد بالعبارة الواضحة: «هي تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، فلا يكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها، طالما أنها عاجزةٌ عن الكشف عن هذه الإرادة؛ ويحدث هذا عندما يستخدم

(١) بتصرف: تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص١٠٣.

المتعاقدان ألفاظاً واضحة، ولكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية»[١].

وقد ذهبت أكثر القوانين العربية إلى أنَّه «إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين»[٢]، وهذا يعطي دلالة واضحة أنَّه متى ما كان النص الخاضع للتفسير واضحاً في الدلالة على المقصود من العقد ولا يشوبه غموض، وكان يدل على تطابق إرادة العاقدين حوله لم يكن للقاضي من صلاحية في تفسير نص العقد والاجتهاد فيه. وعليه فإنه يتعين على القاضي الأخذ بالمعنى الظاهر الذي عبَّر به المتعاقدان في العقد ما لم يخالف في ذلك النظام[٣].

وفي ما إذا انحرف[٤] القاضي عن المعنى الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير كان هذا تحريفاً لما قصده المتعاقدان مما يؤدي لزاماً إلى نقض الحكم.

الحالة الثانية: غموض عبارة نص العقد:

يقصد بغموض عبارة النص: «حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، لتردد العقد بين

(١) تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٢٥١.
(٢) القانون المدني المصري (١٥٠)، القانون المدني السوداني (١٤٠)، القانون المدني الأردني (١/ ٢٣٩).
(٣) سلطة القاضي هنا تنقلب إلى سلطة رقابة وليس سلطة تفسير، فهو في هذه الحالة يتدخل ولو كانت إرادة المتعاقدين واضحة لا غموض فيها.
(٤) الانحراف: حمل عبارات العقد على معنى يخالف ظاهرها، الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ١/ ٤٨٥.

عدة وجوه للتفسير، كل منها محتمل، ويتعذر ترجيح وجه على آخر، الأمر الذي يبعث على الشك المبرر للتفسير... فمبعث الغموض هو التناقض بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، ولا يَهمُّ من أين أتى هذا التناقض، سواء أكان راجعاً إلى الألفاظ في ذاتها، أم في اتصالها بالإرادة الحقيقية، أو بالتضارب فيما بينها، إذ كل ذلك محصلته النهائية هي الشك»[(١)].

وبعبارة أخرى يمكن أن يُعرَّفَ الغموض بأنه: «النص غير واضح الدلالة، فهو لا يدل على ما فيه بصيغتها ذاتها، بل يتوقف فهم هذه المواد على أمر خارجي، أي أمر خارج عن عبارته»[(٢)].

وتتعدد أسباب غموض التعبير فمنها: ما يرجع إلى المتعاقدين، ويتمثل ذلك في إساءة استخدامهما للألفاظ المعبرة عن إرادتيهما الحقيقيتين، وقد يرجع الغموض أيضاً إلى الإيجاز الشديد الذي تتعرض له شروط العقد، فيأتي مخلاً بسلامة مضمونه، وقد يأتي بسبب الإفراط اللفظي الشديد بإدخال شروط تقليدية مألوفة، لا تتعلق بها إرادة المتعاقدين، فتؤدي إلى الخلل والارتباك، ومن الأسباب أيضاً أن يشتمل العقد على حالة معينة لا يعرف ما إذا كانت قد وردت على سبيل المثال، فيمكن إدخال حالات أخرى معها، أم أنها وردت على سبيل الحصر فلا يصح الإضافة إليها، وكذلك يأتي

(١) تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٢٦١.

(٢) فن الصياغة القانونية، د. عبد القادر الشيخلي، ص٤٢، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٥م، أصول الصياغة القانونية، د. حيدر أدهم عبد الهادي، ص٩٩، دار الحامد للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

الغموض من جهة ما يقع فيه المتعاقدان من خطأ مادي أثناء صياغة العقود، فينعكس على ما اتفق عليه المتعاقدان[١]. وقد يكون سبب غموض عبارة العقد بالرغم من وضوح العبارة التي يتكون منها العقد هو عدم تطابق اللفظ مع حقيقة إرادة المتعاقدين[٢].

فإذا كانت عبارة العقد غير واضحة، وتتصف بالغموض بحيث تخفى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فإنها تصبح بحاجة لتفسير القاضي، بحيث تكشف هذا الغموض، ويتبين من خلال هذا التفسير الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. ويلاحظ أنَّ عبارة العقد تكون غامضة إذا كانت تعطي أكثر من معنى في مجموع العقد ككل، بحيث إنه لا يمكن أن يفسر موضع في العقد موضعاً آخر.

والقاضي حين يَعرِضُ لتفسير نص عقد اكتنفه الغموض، فإنه يستهدي في سبيل القيام بعمله هذا بِعدَّةِ عوامل يطمئن بها القاضي في قيامه بهذا العمل التماساً لاستقرار التعامل؛ إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين، وهي مسألة نفسية خفية بعوامل مادية ظاهرة. ويمكن أن نُقَسِّمَ هذه العوامل من حيث الاستهداء بطبيعتها إلى: عوامل داخلية من ذات العقد، وعوامل خارجية تكون من خارج العقد، ونذكر فيما يلي هذه العوامل:

(١) بتصرف: تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٢٦٢.
(٢) انظر: المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢٠٦.

العوامل الداخلية:

١. الاستهداء بطبيعة التعامل:

يقصد بطبيعة التعامل: الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه[١].

فالعقد يفسر بحسب طبيعة العقد وموضوعه، فإذا احتملت العبارة معانيَ مختلفةً، اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد. فالأصل أن يكون المتعاقدان قد تركا العقد محكوماً بالقواعد التي تقتضيها طبيعته ما لم يصرح بخلاف ذلك في العقد[٢]. فالقاعدة الأساسية للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، من خلال العقد تتمثل في ألا يقف القاضي عند المعنى الحرفيِّ لألفاظ العقد، لأنَّ العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني[٣].

ومما يعين القاضي على التفسير باستخدام هذه الوسيلة هو: أن يكون المتعاقدان من مجال أو مهنة واحدة، فيعتدَّ القاضي بما تم استخدامه من مصطلحات في عبارات العقد، فيُغلِّب القاضي هنا المعنى الاصطلاحي للمهنة على المعنى اللغوي أو المستعمل.

٢. الأمانة والثقة بين المتعاقدين:

ويقصد بذلك: أن يتفهَّمَ كل متعاقد التعبير عن الإرادة الصادرة عن الطرف الآخر. فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه

(١) تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٢٨٠.
(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري، ١/ ٦٧٩.
(٣) المبسوط في شرح القانون المدني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢١١.

الأمانة في التعامل، فإذا كان هناك خطأ في التعبير، أو اللبس، واستطاع أن يتبين ذلك فالأمانة تقتضي ألا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه[1].

ويقابل هذا الواجب حق، فلمن وجه عليه الإيجاب أن يطمئنَّ إلى العبارة بحسب ظاهرها، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذي قصد إليه الموجب. وهذه هي الثقة المشروعة، وتنطوي على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد. وإذا كان الأصل أنَّ الإنسان يلتزم بالصواب والاعتدال، فإن النية المشتركة للمتعاقدين يجب أن تكون وفق مبدأ حسن النية، وإذا لاحظ القاضي من أحد الطرفين ميولاً وحياداً عن هذا المبدأ، فإن عليه أن يقوم برد هذا الطرف إلى صوابه بناءً على هذا المبدأ، ليستخلص بذلك النية المشتركة لهما، ضماناً لاستقرار المعاملات[2].

٣. القاعدة الأصولية: (إعمال الكلام خير من إهماله):

ومعنى هذه القاعدة: أن الكلام الذي يصدر من المتعاقد وكان يحتمل معنيين فأكثر، ويترتب على أحدهما أثر شرعي أو نظامي، والمعنى الآخر لا يترتب عليه شيء، فإن اللفظ الذي صدر منه يُحمَلُ على المعنى الذي يترتب عليه الأثر الشرعي والنظامي؛ لأنَّ كلام المكلف يُحمَل على الإفادة، وأمَّا

(١) المبسوط في شرح القانون المدني، د. ياسينالجبوري، ١/ ٢١٤.
(٢) تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٢٨٣.

إذا تعذَّر حَمْلُه على غير ذلك فإنه يتعرض للإهمال، ولا يلتفت إليه لانتفاء الفائدة منه[1].

ويُشترَطُ لذلك عدة شروط:

١. أن يكون اللفظ مجملاً، مشتركاً بين معنيين فأكثر، ولم يتضح المراد منهما، ولم يحتفّ بهذا اللفظ دليل يبين المراد من قرينة أو عرف يفسره، وعليه فإذا كان مما يتعذر تفسيره فيُهمَل.

٢. ألا يتعذر إعمال الكلام عرفاً، أو عقلاً، أو شرعاً، فإذا تعذر أُهمل.

٣. أن يكون المتكلم، بالغاً، عاقلاً، مختاراً، فإذا كان المتكلم صغيراً، أو مجنوناً، أو مُكرهاً لم يُعتد بكلامه، بل يُهمل.

٤. أن يكون المتكلم قاصداً، عالماً بما يتكلم به، فمن تكلم بما لا يقصده، كالنائم والسكران لم يؤاخذ بما يقوله، لعدم قصده ذلك[2].

(١) الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ١/ ١٧١، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، ١٤١١هـ. الأشباه والنظائر، السيوطي، ١/ ١٢٨، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ١٤١١هـ. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ص١١٤، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى. شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، ١/ ٣١٥، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

(٢) توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، للشيخ: عبد الله بن خنين، ٢/ ١٦٠، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٤. القاعدة الأصولية: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني):

ويراد بهذه القاعدة: أن العبرة في تكييف العقود وتفسيرها يرجع إلى مقاصد المتعاقدين، والمعاني التي طلبوها من إجراء هذا العقد، وعليه فلا يُعَوَّلُ على الألفاظ التي تلفَّظَ بها المتعاقدان، وكانت تخالف ما تذهب إليه مقاصدهم «التي تُعيِّنُها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر.. كانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة، إذا اشترط فيها براءة المديون عن المطالبة، أو عدم براءته»[(١)].

٥. مراعاة العقد في مجموعه:

إن اطِّلاع القاضي على مجموع نصوص العقد مما يعينه على استخلاص النية المشتركة لطرفي العقد، فالعقد كلٌ لا يتجزأ، فنصوص العقد مما يُكَمِّلُ

(١) شرح القواعد الفقهية، للزرقا، ١/ ٥٥، وقد حصل خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة في صياغة هذه القاعدة، ويرجع هذا الاختلاف لاختلافهم في الأحكام المترتبة عليها، تبعاً للاتفاق، أو للاختلاف على مضمونها، فجاءت صيغة القاعدة عند الحنفية والمالكية: «العبرة في العقود بالمقاصد، والمعاني، لا بالألفاظ والمباني»، وعند الشافعية: «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟»، وعند الحنابلة: «إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها، فهل يفسد العقد بذلك، أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟». انظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ١٦٦. القواعد، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي الدمشقي، ١/ ٤٨، دار الكتب العلمية. الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١/ ١٧٤، شرح القواعد الفقهية، للزرقا، ١/ ٥٥، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، البورنو، ص١٤٧، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ.

بعضها البعض، فعند تعارض شرط مع شرط آخر، فيُقدم الشرط الخاص على الشرط العام، ويكون فهم الشروط الثانوية للعقد وفق الفهم الذي يكون للشروط الأساسية التي تعطي المعنى العام للعقد، ويتضح من خلالها النية المشتركة للمتعاقدين[١].

العوامل الخارجية:

١. العُرف:

فالعُرفُ الجاري في المعاملات وسيلة يستهدي بها القاضي للكشف عن إرادة المتعاقدين الحقيقية، إذ من المعقول أنه في المسائل التي تتوطد فيها الأعراف يفترض أن المتعاقدين عالمان بها، ودخولها في العقد محل موافقة من قبلهما وإلا نص المتعاقدان على استبعاد ما لا يريدانه في العقد. فإذا أُبهمت العبارة وجب تفسيرها على ضوء العُرف. ولجوء القاضي إلى العُرف له ما يؤيده في الفقه، فجاءت القاعدة الكبرى: (العادة مُحكمة)، وما يندرج تحتها من قواعد تبين ذلك، كالقاعدة الفقهية: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)[٢]، «فما تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مَرْعيٌّ ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح»[٣]. قال صاحب معين الحُكَّام: «قاعدة: كُلُّ من لهُ عُرفٌ يُحملُ كلامه على عُرفهِ»[٤]، وفي حال لم يسعف

(١) تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٢٨٦.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ١/ ٨٤، شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، ١/ ٢٣٧.
(٣) شرح القواعد الفقهية، للزرقا، ١/ ٢٣٧.
(٤) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، ص١٢٩، دار الفكر.

القاضي العُرف في تفسيره، فإنَّه يفسر العقد بما تمليه روح العدالة، وما تقتضيه طبيعة التعامل من شرف ونزاهة. والقاضي حين يلجأ إلى ذلك فإنه يلجأ إلى طبيعة العدالة الشخصية، أو التقديرية، بما تقتضيه أحوال الناس، وما تراعيه قواعد التجربة في مثل هذه العقود(١).

٢. سلوك المتعاقدين في التنفيذ:

يستطيع القاضي أن يستدل من سلوك المتعاقدين في طريقة تنفيذ العقد على مقاصدهما، وذلك بأن يتوصل عن طريقها إلى تفسير العقد تفسيراً صحيحاً.

وحتى تحقق هذه الوسيلة الغاية منها فإنه يتعين أن يكون التنفيذ لاحقاً على إبرامه، أمَّا التنفيذ السابق فلن يؤثر في عملية التفسير إلا في حال استمر ذلك عقب انعقاد العقد. وأن يكون أحد المتعاقدين مما سبق له العلم بطريقة المتعاقد الآخر بطريقة التنفيذ، حيث إن جهله بها يعني أن إرادته لم تتقابل مع إرادة الطرف الآخر، فيعطي بذلك سلوكاً متبايناً بينهما(٢). ومثال ذلك: إذا أغفل المتعاقدان في العقد ذكر مكان تسليم الأجرة، فإن القواعد العامة تلزم بأن يدفع المتعاقد الأجرة في محل المستأجر، لكن إذا كان من عادة المستأجر مُدَّة من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر، فإن هذا دليل على أن المتعاقدين أرادا دفع الأجرة في محل المؤجر(٣).

(١) النظرية العامة للالتزام، د. عبد الحي حجازي، ١/ ٥٧٣.
(٢) تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٢٩٨.
(٣) المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢١٨.

٣. الخبرة:

وهذه وسيلة من الوسائل المشروعة التي يجوز الاستعانة بها، وذلك أن القاضي يستعين بأهل الخبرة في مجال معين ليستفيد منهم في بيان حقيقة اللفظ المستعمل من قبل المتعاقدين في عبارة العقد، ويكثر هذا في العقود التي تتميز بتخصص معين كالعقود الهندسية وعقود المقاولات.

وجاءت الأحكام القضائية بالتأكيد على العمل بهذه العوامل والقواعد، والاسترشاد بها في الوصول إلى تفسير قضائي سليم للوقائع المعروضة أمام القضاء، حيث نصت على أن: «من العوامل التي يستهدي بها القضاء للكشف عن هذه النية المشتركة ما يرجع إلى طبيعة التعامل حيث يختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، ومن العوامل الموضوعة التي يسترشد بها القاضي أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً، بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل وهو العقد. فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحدها عبارة سابقة أو لاحقة. كذلك فإن من العوامل الخارجية في تفسير العقد الطريقة التي ينفذ بها، وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود، وما يعني أن يتوافر من أمانة، وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام»[1].

(١) قرار ديوان المظالم رقم (٤٠/ت) ١٤٠١هـ.

ومن ذلك ما ورد في حكم للمحكمة التجارية[1] من أنه: «لما كان وكيل المدعية يطلب إلزام المدعى عليه بمبلغ قدره (٤٠٠,٠٠٠) يمثل مؤخر الأتعاب بحسب دعواه وكان وكيل المدعى عليه ينكر وجود مؤخر للأتعاب كما يدفع بأن عقد موكله مع المدعية كان عقد للخدمات القانونية بقيمة: (١٢٠,٠٠٠) ريال سنوياً مع المدعى عليه بما لا يتعدى ١٧٢ ساعة سنوياً، ولما كان من المقرر قضاء بأن الأصل استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين في التعاقد وإذا كان نص العقد واضحاً فلا مجال للحديث عن تفسيره وبيانه، ويلتزم القاضي بتطبيق نصوص العقد وشروطه وأحكامه كما يجب تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ وفي حال تعارض الإرادة الحقيقية مع المعنى الحرفي للألفاظ فتقدم الإرادة الحقيقية وفقاً للعرف الجاري في المعاملات وفي حل تعذر ذلك فللقاضي الاستعانة بمواد العقد الأخرى التي تفسر وتوضح الإرادة التي تمت بين المتعاقدين كما يتم اللجوء إلى قواعد التفسير الموضوعي والتي تهدف إلى تحقيق أغراض موضوعية كمرجح ومفسر لبنود العقد، وبفحص الدائرة للنزاع القائم بين الطرفين وحيث تمسك وكيل المدعية بالبند الخامس في العقد المبرم بين الطرفين والذي جاء فيه: «لا تشمل أتعاب استيفاء خدمات المستشار القانوني في هذه الاتفاقية الدعاوى القضائية ومسائل التحكيم والإجراءات النظامية والاستشارات من مكاتب

(١) القضية رقم (١٠١٢٥/ ق) وتاريخ ١٦/ ٧/ ١٤٣٩هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف برقم (١٦٦١) وتاريخ ١٩/ ٦/ ١٤٤٠هـ.

أجنبية أو مهنية متخصصة بصفة عامة أو الاستعانة بأي موظف أجنبي يتم تعاملنا معه كمستشار متعاون وكذلك إجراءات وعقود التأسيس وتسجيل الشركات وقرارات الشركاء والوكالات والعلامات التجارية ونحوها، حيث يتم الاتفاق على أتعاب منفصلة وتقاضيها في مقابل كل قضية أو عمل من تلك الأعمال» فحجة المدعية هي أن دعواها بالمطالبة بالأتعاب المنفصلة قائمة على البند «خامساً» من الاتفاقية ولما كان الأصل في العقد المبرم بين الطرفين هو عقد للخدمات القانونية بقيمة: (١٢٠,٠٠٠) ريال سنوياً مقابل: (١٧٢) ساعة عمل سنوياً وكانت المدعية تستلم حقوقها مع كل فاتورة ترفعها وتذكر فيها جميع القضايا بما في ذلك الجلسات وغيرها وبالتالي فتكون مشمولة بالمادة ٦-٢ من العقد والتي جاء فيها: «يستحق الطرف الأول الأتعاب المتفق عليها في الفقرات (٤-٢) و(٤-٣) عند تقديم بيانات تفصيلية عن الخدمات المُقَدَّمَة وبيان أتعابها وتكاليفها للطرف الثاني»، وأما بخصوص المادة الخامسة فهي متعلقة بالدعاوى القضائية والاستشارات المتعلقة بمكاتب أجنبية أو الاستعانة بموظف أجنبي بدليل أن البيان (تقرير بالخدمات القانونية) المُقَدَّم من قبل المدعية تضمن حضور جلسات في المحكمة للمرافعة وإعداد مذكرات في القضايا وتم احتسابها من ضمن ساعات العمل واستلمت المدعية مستحقاتها فيها مما يعد مرجحاً لما انتهت إليه الدائرة ومفسراً لإرادة الطرفين لا سيما وأنه لا يجوز أن يستوفى ذات العمل مرتين مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض دعوى المدعية».

الحالة الثالثة: حالة الشك في معنى العبارة الغامضة:

وفي حال واجه القاضي في عبارة العقد المراد تفسيرها نصاً يتصف بالغموض، فيحتمل أكثر من معنى، ولا يستطيع بالرغم من استعانته بوسائل التفسير المختلفة أن يهتدي في شأنها إلى معنى يُرجِحه على غيره من المعاني. فهي حالة يخرج عن نطاقها أن يكون في وسع القاضي أن يزيل الغموض بوسائل التفسير، وأن ينتهي إلى معنى يُفضِّلهُ على غيره من المعاني، وأن يأخذ به بصرف النظر عن الطرف الذي يستفيد منه. فالفرض في الحالة التي يعالجها القاضي في هذه الحالة أن تحتمل العبارة الغامضة أكثر من معنى، ويظل القاضي في شك من حقيقة المعنى المقصود، لأنَّ لكل معنى وجهاً ينهض به، ولأنَّه لا وجه لترجيح معنى على آخر[1]، «أما إذا استحال التفسير، ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجهاً واحداً لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه، فهذه قرينة على أنَّهُ ليس هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر، فلم ينعقد العقد»[2]، والقاعدة المقررة في هذه الحالة: أن يفسر الشك في مصلحة المدين[3]. ويبرر هذه القاعدة عدة اعتبارات:

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د. عبد المنعم الصدة، ص٤٦٤.
(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق السنهوري، ١/ ٦٨٨.
(٣) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د. فرج الصدة، ص٤٦٤، قرر ذلك القضاء في أحكامه، ومن ذلك حكم ديوان المظالم في القضية رقم (٤٥/ ١/ ق) لعام ١٤٠٤هـ رقم حكم هيئة التدقيق (٧٣/ ت/ ١) لعام ١٤٠٨هـ.

١. أن الأصل هو براءة الذمة، والاستثناء أن يكون الشخص ملتزماً، والاستثناء يجب ألا يتَوَسعُ فيه، ولهذا يجب حصره - عند الشك- في أضيق الحدود، إذ إنَّ هذا هو القدر الذي يفترض أن إرادة المدين قد ارتضته.

٢. أن الدائن هو المُكلَّفُ بإثبات الالتزام، فإذا كان هناك شك في مدى الالتزام، وأراد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فيه، ولم يتمكن من الإثبات، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيِّق في الالتزام؛ لأن الدليل قد قام عليه[١].

٣. أن المدين يُعتَبرُ الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ولذلك جاء هذا لأجل حمايته.

ومن ناحية أخرى ينبغي أن يُراعى أنه إذا بقي هناك شك لم يوفق الدائن إلى إزالته، عن طريق إقامة الدليل على وجود التزام في ذمة المدين، فإن من حق المدين أن يستفيد من هذا الشك[٢]. والمقصود بالمدين هنا: الشخص الذي يُضَارُ من الشرط الذي يجري تفسيره[٣]. وأما في حال كانت العبارة الغامضة تعفي الشخص من التزام يقع عليه طبقاً للقواعد العامة، فإنَّ

(١) نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري، ص٩٤٦، النظرية العامة للالتزامات القسم الأول، د: محمد صبري السعدي، ص٣٠١، دار الكتاب الحديث، طبعة ١٤٢٣هـ.
(٢) النظرية العامة للالتزام، د. توفيق فرج، ص٢٢٧.
(٣) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د. فرج الصدة، ص٤٦٤، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢٢٢.

الشك حينئذٍ يُفَسَّرُ في مصلحة الطرف الذي يُضار من الشرط، وهو الدائن في الالتزام[١].

وحيث إنَّ هذه القاعدة لا تستند فيما تمليه من أحكام إلى نية الطرفين المشتركة، فإنه يتعين التحرز في تطبيقها، وتقييد العمل بها وفق الشروط الآتية:

١. وجود المبرر للتفسير، وعليه فإنه لا محل للعمل بهذه القاعدة فيما إذا كانت عبارة العقد واضحة، وتكشف عن إرادة المتعاقدين، ويجب تطبيق أحكام العقد لانتفاء مبرر التفسير وهو الغموض.

٢. أنه لا يلجأ إلى إعمال هذه القاعدة إلا بعد استنفاد كافة وسائل التفسير بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين.

٣. استمرار قيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة رغم استخدام وسائل التفسير.

٤. انتفاء سوء النية، أو الإهمال من جانب المدين، فوجود أي منهما يتنافى مع الأساس الذي قامت عليه القاعدة إذ لا حماية للمدين سيِّئ النية، أو المهمل بل الحماية للمدين حسن النية الذي لا يتحمل الغموض الذي كان على صاحب المصلحة أن يزيله[٢].

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د. فرج الصدة، ص٢٦٥، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢٢٢.
(٢) تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٣٠٧.

إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة وهو: أنَّه متى ما كانت العبارة الغامضة في العقد محل تفسير القاضي في عقد الإذعان، فإن التفسير يكون في مصلحة الطرف المُذعن دائناً كان أو مديناً[١].

وأساس هذا الاستثناء: «أنَّ الطرف المُذعن هو الطرف الضعيف اقتصادياً، في العقد، أما الطرف الآخر فهو محتكر قانوني، أو فعلي، وهو الأقوى اقتصادياً، مما يجعله في وضع يُمكِّنه من فرض شروطه على الطرف الآخر. ثم إنَّ رضا الطرف المذعن بالعقد هو أقرب ما يكون إلى التسليم منه إلى معنى القبول، كما أنَّ الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير شروط العقد وبنوده، فإذا شابه غموض، أو إبهام فيجب أن لا يفيد هو من هذا الغموض وإنما يجب عليه تحمل تبعة غموض تلك العبارة في العقد»[٢].

ولأنَّ الطرف الضعيف ينبغي حمايته؛ تحقيقاً لإقامة التوازن بين المتعاقدين في العلاقات التعاقدية[٣]. وقد جاء في الفقه الإسلامي ما يؤسس القول بوجود أساس شرعي لهذا الاستثناء، فمن هذا: قاعدة (الأصل براءة الذمة)[٤]، ووجه الاستدلال بها: أن ذمة الإنسان لا تكون مشغولة بدين،

(١) عرَّف د. عبد الرزاق السنهوري عقد الإذعان بأنه: «العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب» نظرية العقد، ص٢٧٩. انظر بحثاً بعنوان: «عقود الإذعان في الفقه الإسلامي»، د. نزيه حماد، ص٥٢، منشور في مجلة العدل، العدد (٢٤) شوال ١٤٢٥هـ.

(٢) المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢٢٣، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د. فرج الصدة، ص٤٦٦.

(٣) النظرية العامة للالتزام، د. توفيق الفرج، ص٢٢٨.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١/ ٥٠، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٥٣.

أو التزام لأحد غيره ما دام أنه لم يضع شيئاً في ذمته لغيره من دين أو التزام أو أقام أحد دليلاً على ذلك بالقدر الذي يثبت به الدليل؛ لأنَّ الأصل (بقاء ما كان على ما كان)، وفي عقد الإذعان لم يأتِ تصريح في العبارة الغامضة بشغل ذمة الطرف المذعن، فجاء هذا الاستثناء في مصلحة التفسير لصالح الطرف المذعن[١]. ومن المهم ملاحظة أنَّ القاضي حين يعمل هذا الاستثناء فإنه لا يكون إلا في حالة عدم إمكان الكشف عن إرادة المتعاقدين من خلال قواعد التفسير، لعدم توافر شرط ذلك، وهو تعذر تبديد الشك[٢]، ففي حال عجزه عن ذلك صار إلى إعمال هذا الاستثناء[٣].

المطلب الثالث: الإثبات في تفسير العقد:

تُعَدُّ مشكلة الإثبات[٤] في تفسير العقد بين أطراف النزاع من المسائل الهامة، والتي يتوقف عليها حكم القاضي في تفسيره لنص العقد، وذلك أنَّ دعوى المُدَّعِي بشأن طلبه تفسير النص بناءً على مخالفة ما هو مكتوب لما عليه إرادته الشخصية لا يكفي، حيث إنَّ دعواه تخالف الظاهر المكتوب، ومن يَدَّعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات، وإلا أدَّى ذلك لتعطُّلِ

(١) المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، د. ياسين الجبوري، ١/ ٢٢٤.
(٢) الوافي في شرح القانون المدني، د. سليمان مرقس، ١/ ٤٩٥.
(٣) النظرية العامة للالتزام، د. توفيق الفرج، ص٢٢٨.
(٤) الإثبات في اللغة: ثبت الشيء يثبت ثبوتا دام واستقر، فهو ثابت، وبه سمي. المصباح المنير، الفيومي، ١/ ٨٠، وفي الاصطلاح هو: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها الشرع على حقٍّ، أو واقعةٍ مُعينة تترتب عليها آثار، موسوعة الفقه الإسلامي، مصطلح: «إثبات»، ٢/ ١٣٦، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بمصر.

المعاملات بين الناس، والتعدي على حقوقهم، ولأدى ذلك لأن يفقد المحرر -الذي تضمنه العقد- أهميته في الإثبات، والحماية النظامية من جهة حفظ الحقوق.

ولأجل أن نتكلم عن الإثبات في تفسير العقد بوضوح سنعرض لاتجاهين يتناولان مبدأ الإثبات في تفسير نصوص العقد، مع ذكر مستند كل منهما، وترجيح أحدهما، والجواب عمَّا يخالفه.

وسيلة الإثبات في تفسير العقد:

إنَّ رفع دعوى تفسير العقد أمام القضاء لا تختلف عن بقية الدعاوى من حيث إنها ناتجة عن خصومة، وهي مثار خلاف بين أطراف الدعوى، وحلها ورفع النزاع حولها مَرَدُّه إلى القضاء، ولذا فإنها تشترك مع بقية الدعاوى في مبدأ حرية الإثبات، وذلك أنه مبدأ مشروع لكلا المتخاصمين من باب جواز استعمال أطراف الدعوى أي وسيلة يمكن من خلالها التوصل إلى الحق الذي يدعيه كل من طرفي الدعوى، ويمتد هذا أيضاً إلى القاضي، حيث يستعين بكل ما من شأنه أن يساعد في تكوين عقيدته القضائية في الحكم الذي يراه عادلاً في شأن البَتِّ في القضية المعروضة أمامه.

غير أنَّه ظهر رأي يذهب إلى خلاف ذلك، وينادي بأن يكون مجال الإثبات في تفسير العقد على العمل بالقواعد العامة للتفسير دون فتح مجال الحرية في الاستعانة بكافة الطرق في هذا المقام.

ويستند القائلون بهذا الاتجاه إلى أنَّ اللجوء إلى حرية الإثبات في تفسير العقد بالبينات والقرائن لاستجلاء غموض النص وقطع النزاع حوله أمر فيه خطورة. وبيان ذلك: «أن وضوح العبارة في العقد يعني وضوح الإرادة، وإذا كانت الإرادة واضحة، فلا يجوز البحث عن أية ظروف خارجية من شأنها تحريف المعنى الواضح»[1]. وبالتالي ضرورة الالتزام بالقواعد العامة للإثبات. ويجاب عن ذلك: بأنَّ المقدمة التي تم الاستناد عليها محل نظر، ولا يمكن التسليم بها وذلك: أن وضوح العبارة الواردة في العقد لا يعني دائماً وضوح الإرادة، وإن كان الارتباط بينهما وثيقاً بحيث إن كلاً منهما يعبر عن الآخر في الغالب، إلا أن ذلك يمكن أن يكون قابلاً للإثبات بقرينة بسيطة قابلة للإثبات بالعكس، ويؤخذ من الظروف المحيطة بالطرفين كما سبق أنْ بيّنا أسباب هذا الغموض من سوء في الصياغة، أو عجلة في كتابة العقد، أو إيجاز مخلٍّ إلى غير ذلك من الأسباب. والاستعانة بالظروف المحيطة بكتابة العقد من شأنه أن يكشف عن إرادة المتعاقدين أكثر من أن يُحرِّف في معنى نص العقد.

ويتضح من خلال ما سبق أن الأولى بالقول به، والعمل على منواله هو الاتجاه الأول، الذي يتجه إلى القول بحرية الإثبات في مجال تفسير العقد بكافة طرق الإثبات، وذلك أنَّ الأصل هو حرية الإثبات بكافة الوسائل الممكنة والمشروعة لاستيفاء الحق، وكشف الإرادة الحقيقية للمتعاقد، ولم يرد ما يمنع من هذا، أو الحد من استعماله أو تقييد العمل به، وعليه

(١) تفسير العقد، د. عبد الحكم فودة، ص٣٢٢.

فيبقى أصل العمل به على الجواز، يقول ابن القيم: «فإنَّ الله سبحانه أرسل رسله، وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم، وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل، وأماراته، وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له»[1].

وقد تناول حكم صادر من المحكمة التجارية[2] مناقشة البينات التي يدعيها أحد أطراف الدعوى في سبيل إثبات حقه في تفسيره لأحد مواد العقد، حيث تضمن الحكم: «وأما ما يخص موضوع الدعوى فإن وكيل المدعي قد أسس مطالبة موكله للمدعى عليها على العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ في ١١/ ٠٣/ ٢٠١٥م والذي ينص في المادة الأولى منه على قيام المدعى عليها بتوريد وتركيب عدد (٧٤) عامود إنارة (١٢م) وتسليمهم بعد الإضاءة كاملة على أن يكون سعر العامود الواحد (٦,٠٠٠) ريال بإجمالي قيمة (٤,٤٤٠,٠٠٠) ريال شاملة غرف التفتيش ولوحات التوزيع وكل

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين بن قيم الجوزية، ص١٤، تحقيق: محمد حامد الفقي، طبعة دار الكتب العلمية.

(٢) رقم القضية (١٥٣٦/ ٨/ ق) وتاريخ ٢٣/ ٥/ ١٤٣٨هـ، المؤيد من الاستئناف برقم (٤٤٨٨) وتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٩هـ.

ما يلزم لتنفيذ الأعمال كاملة حتى تشغيل الإنارة، حيث استلمت المدعى عليها الدفعة الأولى بمبلغ (١٣٣,٢٠٠) ريال ولكنها لم تنفذ مقتضى العقد وانتهى إلى طلب إلزامها بإعادة الدفعة، ولما كانت المدعى عليه تدفع بأنها نفذت أعمال القواعد الخرسانية والتمديدات الخاصة لأعمدة الإنارة وقدمت ما تراه مستنداً لذلك من فواتير جرى تصديقها بأصولها، وبما أن وكيل المدعي قد أقر ببعض تلك الأعمال التي قامت بها المدعى عليها ولكنه يدفع بأنها ليست من صميم عملها وأنها موجودة بموقع المشروع وقد نفذها موكله وذلك في جلسة ٢٤/ ٠٨/ ١٤٣٧هـ، كما أنه امتنع عن الجواب عن سؤال الدائرة له بطلب الإجابة على الفواتير المقدمة من المدعى عليها والتي قدمتها بيِّنة على تنفيذها للأعمال كما في جلسة ٢٠/ ٠٧/ ١٤٣٧هـ وجلسة ١٤/ ٠٣/ ١٤٣٨هـ وجلسة ٢٠/ ٠٤/ ١٤٣٨هـ، وبما أن الدائرة طلبت منه البيِّنة على كون تلك القواعد والتمديدات موجودة في الموقع قبل التعاقد مع المدعى عليها وأن موكله هو من قام بتركيبها وأمهلته الدائرة ما يُقارب ست جلسات ابتداءً من جلسة ١٤/ ١٠/ ١٤٣٧هـ حتى جلسة ٢٠/ ٠٤/ ١٤٣٨هـ والتي قرر فيها وكيل المدعي عجز موكله عن إحضار البيِّنة على وجود القواعد والتمديدات قبل التعاقد وكون موكله من قام بتنفيذها، وبما أن النزاع الحاصل بين طرفي الدعوى يكمن في حقيقته حول بيان الأعمال التي تشملها المادة الأولى من العقد، حيث يتمسك المدعي بأن أعمال القواعد الخرسانية والتمديدات خارجة عن مضمون العقد وأنه قد نفذها على أرض الواقع قبل التعاقد، كما أن المدعى عليها تتمسك

بخلاف ذلك باعتبار تلك الأعمال من مضمون العقد وقد قامت بتنفيذها، وحيث قامت الدائرة بمخاطبة الغرفة التجارية بحائل للاستفسار عن مضمون الأعمال التي تجب على المدعى عليها وفقاً للمادة الأولى منه وقد ضمنت كتباها نص المادة، حيث ورد الخطاب الأول إلى الدائرة بتاريخ ٠٩/ ٠٥/ ١٤٣٨هـ والذي نص على أنه بالنسبة «عن الإفادة عن الأعمال التي تشملها الفقرة المذكورة بخطابكم (...) وبعرض سؤالكم على سعادة رئيس لجنة المقاولات عن الأعمال التي تشملها عرفاً أفاد بأنها تشمل الآتي: ١- حفر وتوريد وتركيب قواعد الأعمدة الخرسانية. ٢- توريد وتركيب أعمدة الإنارة والفوانيس. ٣- حفر وتركيب مواسير البلاستيك اللازمة لتمديد الكيابل حسب المواصفات. ٤- توريد وتركيب غرف التفتيش حسب المواصفات. ٥- توريد وتركيب شريط تحذيري فوق مواسير ودفنها. ٦- توريد وتركيب كيابل الكهرباء حسب الواصفات المحددة. ٧- توريد وتركيب لوحات التوزيع حسب المخططات والمواصفات المحددة. ٨- دفع الرسوم وإيصال التيار الكهربائي...»، فإن الدائرة وهي بصدد تفسير مواد العقد ومضمونها لما لها من سلطة تقديرية في تفسير العقود لمعرفة التزامات كل طرف من خلال الاستعانة بالوسائل الموضوعية الداخلية من خلال مجمل نصوص العقد وتفسير بعضها بعضاً، وكذلك التصرفات الصادرة من المتعاقدين وبالاستهداء بما يقتضيه العرف الجاري في التعامل بالنسبة للعقود المماثلة، حيث إنه بالنظر إلى التصرفات من طرفي العقد نجد أن المدعي الذي يتمسك بأن أعمال القواعد والتمديدات ليست من التزامات المدعى

عليها وأنه هو من قام بتركيبها وتمديد الحفريات، وحيث أُتيحت له الفرصة لجلب البيِّنة على النحو المبيَّن آنفاً وانتهى إلى تقرير عجزه عن إحضارها، وفي المقابل تُقدِّم المدعى عليها مجموعة من الفواتير التي تفيد قيامها بتنفيذ أعمال القواعد وقد بيّنا موقف وكيل المدعى منها بالإقرار بها تارة وبالامتناع عن الإجابة عليها تارة أخرى، وبالنظر إلى مجمل نصوص العقد نجد أنه قد نص على أن المدعى عليها تلتزم بـ «كل ما يلزم لتنفيذ الأعمال كاملة حتى الإنارة» وبالنظر كذلك إلى القاعدة الشرعية التي تنص على أن (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) نجد أن المدعى عليها مُلزمة بتنفيذ أي عمل يكون من خلاله تشغيل الإنارة، وحيث أن الواجب عليها تركيب أعمدة الإنارة وتشغيلها ولا يمكن تنفيذه إلا بوجود القواعد والتمديدات التي يجب توافرها في الموقع، وهو ما قامت به المدعى عليها لإتمام واجبها في تشغيل الإنارة من خلال تنفيذها لأعمال القواعد والتمديدات، كما أن الأصوليين قد نصوا على أن (كل) والجمع المحلى بـ (أل) هي من صيغ العموم والاستغراق حيث أن عبارة (كل) و(الإنارة) قد وردت في المادة آنفة الذكر فتكون عامة مستغرقة لكل الأعمال اللازمة لتشغيل الإنارة ومنها القواعد والتمديدات، مما يترتب عليه صحة تصرف المدعى عليها واعتبار ذلك من أوائل التزاماتها، وأما ما يتعلق بخطابات الغرفة التجارية فإن الخطاب الأول هو ما تطمئن له الدائرة حيث جاء موافقاً لاجتهادها باعتبارها الخبير الأول والأعلى في القضية، وأما الخطاب الثاني فلا وجاهة في قبوله حيث أن خطاب الدائرة المرسل إلى الغرفة التجارية بتاريخ ٢١/ ٠٤/ ١٤٣٨هـ

ورقم (٣٢٥٠٧/ ١/ ٩/ ٨٣) قد تضمن نص المادة الأولى كاملاً وقد جاء الخطاب الأول للغرفة التجارية مصدراً فيه رقم خطاب الدائرة وتاريخه وأنه مبني على استشارة رئيس لجنة المقاولات، أما الخطاب الثاني والذي نُص على أنه جاء بعد الإطلاع على المادة الأولى من العقد فإن الدائرة ترى عدم وجود مسوغ لتغيير مضمونه لكون المادة الأولى قد تضمنها خطاب الدائرة كما سبق توضحيه، وإعمالاً لهذه الأدلة والقرائن المجتمعة فإن الدائرة تنتهي إلى تقرير كون أعمال القواعد وتمديدات الحفريات من صميم أعمال المدعى عليها وأنها قد نفذتها بناءً على الفواتير المقدمة منها وإقرار وكيل المدعي بتنفيذ جزء منها وامتناعه بعد ذلك عن الإجابة على الفواتير المقدمة من المدعى عليها، وتعتبر ما ذكره وكيل المدعي من دعوى تركيب القواعد والتمديدات من موكله كلام مرسل، وقد خلت دعواه عما يؤيدها، مما تنتهي معه الدائرة والحال كذلك إلى رفض دعوى المدعي بطلب إلزام المدعى عليها بإعادة كامل الدفعة الأولى».

المبحث الخامس
تطبيقات قضائية

التطبيق الأول:

تتلخص وقائع القضية[1] فيما يلي: كتبت المدعى عليها خطاباً إلى المدعية تطلب فيه الحصول على تسعيرة لعدد (٨٨) سيارة سلة مزدوجة، و(٧٧) سيارة متعددة الأغراض، وأرفقت الشروط والمواصفات الفنية وبيان البنود ونموذج لتعبئته. وردت المدعية بخطاب ضمنته عطاءها لـ (٨٨) سيارة مشيرة فيه إلى أن القيمة التقريبية للسيارة الواحدة (١٧٨,٠٧٢ريالاً) بنسبة ربح (٩,٥٪) من البطاقة الجمركية مع إضافة (١٧٥٠ريالاً) أجور نقل ومصاريف للسيارات التي تسلم خارج الرياض والخرج، وأن القيمة الإجمالية التقريبية (١٥,٦٧٠,٢٣٦ريالاً)، وذكرت أن القيمة تقريبية والقيمة الفعلية التي يجب أن تحاسب بموجبها هي حسب البطاقة الجمركية قابلة للزيادة أو النقص. وقد قبلت المدعى عليها هذا العرض ونصت فيه على «أن تتم المحاسبة النهائية على أساس البطاقة الجمركية بنسبة ربح (٩,٥٪) أو القيمة التقريبية أيهما أقل»، وتمت المحاسبة على ضوء ذلك بين الطرفين وفقاً لما جاء في هذه المادة. إلا أن ديوان المراقبة العامة بعد تدقيقه لمستندات المدعى عليها اعترض على هذا الإجراء ورأى أنه يتعين أن تتم المحاسبة على ضوء ما ورد بخطاب الترسية باعتبار هذا الخطاب جزءاً لا

(١) رقم القضية (١٠٨٣/ ١/ ق) لعام ١٤٠٤هـ، رقم الحكم الابتدائي (١٠/ د/ إ/ ٤) لعام ١٤٠٦هـ، رقم حكم هيئة التدقيق (٥٩/ ت/ ١) لعام ١٤٠٨هـ.

يتجزأ من هذا العقد وطلب استعادة المبلغ المصروف للشركة بالزيادة عما تضمنه خطاب الترسية من أن المحاسبة تتم وفقاً للقيمة التقريبية إذا كانت هي الأقل.

حيثيات الحكم:

«وحيث إنه بالنظر إلى ما تضمنته المادة (الأولى) من العقد سالفة الذكر بنصها على أن كلاً من عرض الشركة وخطاب الترسية يعتبران جزءاً لا يتجزأ من العقد، وقد ورد في خطاب الترسية عبارة تتغاير في مدلولها ومعناها مع ما جاء بعرض الشركة المدعية فيما يختص بطريقة محاسبتها الأمر الذي أدى إلى ظهور خلاف في وجهة نظر المتنازعين حيث إن هذه المادة أعطت لكل من عرض الشركة وخطاب الترسية مكانة متساوية في الحجية بالنص على أن كلاً منهما يعد جزءاً لا يتجزأ من العقد رغم الاختلاف الحاصل في عبارتيهما، فبينما يحدد عرض الشركة على أن المحاسبة تتم وفقاً لما يرد بالبطاقة الجمركية يأتي خطاب الترسية ويجعل للمدعى عليها فرصة أخرى هي أنه إذا كان ما ورد بالبطاقة الجمركية أكبر من السعر التقريبي المقدم من المدعية فإن المحاسبة في هذه الحالة تكون وفقاً للسعر التقريبي وليس على غرار ما جاء بالبطاقة الجمركية. وإزاء هذا الاختلاف بين عبارتي المتعاقدين المتساويتين في الحجية وفقاً لنص المادة (الأولى) من العقد فإنه يتعين وفقاً للقواعد العامة في تفسير العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ إذ العبرة في التفسير هي بالإرادة الحقيقية على أن تكون هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا بالإرادة الفردية

لكل منهما، على اعتبار أن العقد هو توافق إرادتين تقوم على التراضي بإيجاب وقبول بين طرفيه وليس عملاً فردياً من جانب واحد. ومن هنا كانت العبرة في تفسير العقد بالإرادة المشتركة بينهما فتلك الإرادة هي التي التقى عندها المتعاقدان وهي التي يؤخذ بها دون اعتداد بما لأي متعاقد منها من إرادة فردية مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرض الجاري في المعاملات. والثابت أن المتعاقدين التقت إرادتهما وقت إبرام العقد فحددا الطريقة التي يصار إليها عند محاسبة المدعية بحيث لم يتركا مجالاً للخلاف أو الشك في معرفة هذه الطريقة، وذلك بالنص عليها في المادة (الثانية) من العقد، والتي نصت بعد عرضها لأوصاف السيارات محل الالتزام بقولها (بسعر إفرادي للسيارة (١٧٨,٠٧٢) مئة وثمانية وسبعون ألفاً واثنان وسبعون ريالاً للسيارات التي تسلم خارج منطقة الرياض والخرج، فتصبح القيمة التقريبية الإجمالية مع مصاريف النقل (١٥,٨٠١,٥٨٦) خمسة عشر مليوناً وثمانمئة وألفاً وخمس مئة وستة وثمانين ريالاً على أن تتم المحاسبة النهائية للطرف الثاني على أساس البطاقة الجمركية بنسبة ربح (٩,٥٪) وعلى أن يبدأ التسليم بعد ثمانية أشهر من تاريخ التعميد وينتهي خلال اثني عشر شهراً من ذلك التاريخ) فالنص سالف الذكر جاء موضحاً طريقة المحاسبة بين الطرفين بشكل محدد وواضح وقاطع لأي لبس أو خلاف يمكن أن يثار حول هذه المسألة وكيفية المحاسبة، وهي أن تتم المحاسبة على أساس السعر المبين بالبطاقة الجمركية مع إضافة ربح (٩,٥٪) ولم يترك المتعاقدان لأي منهما

على ضوء نص المادة المذكورة أي فرصة لاتباع طريقة أخرى في المحاسبة بما يقطع وبلا أدنى شك أن إرادة المتعاقدين التقت عند هذا الحد، وهو ما أسفرت عنه العملية الحسابية عند صرف قيمة السيارات، فقد صنفت المدعى عليها حساب المدعية على هذا الأساس ودون أي اعتراض منها على ذلك. وبالنظر لما نصت عليه المادة (الثانية) من خصوصية معينة ومحددة فإنه عندئذ يعتبر نصاً خاصاً، والقاعدة العامة في التفسير أن النص العام -وهو هنا ما جاء في المادة (الأولى)- لا يلغي النص الخاص بل يظل هذا الأخير على خاصيته ومقيد للنص العام فيما قضى به. والدائرة ترى أن ما ورد في المادة (الأولى) من جعل مقدمة العقد وعرض المدعية وخطاب الترسية جزءاً لا يتجزأ من العقد هو من قبيل النصوص العامة يمكن الرجوع إلى المستندات المبينة فيها فيما لم يرد بشأنه تنظيم خاص في العقد. أما وقد أفصح المتعاقدان عن تنظيم العلاقة بينهما بعقد حددا فيه التفصيلات الجزئية لهذا الالتزام وبينا فيه حقوق كل من طرفيه تجاه الآخر وأوضحا الطريقة التي يرجع إليها عند عملية المحاسبة بينهما ومدة التوريد وفترة الضمان والجزاءات الموقعة على الشركة المدعية في حالة تأخرها عن تسليم السيارات في المواعيد المحددة ولم يكتفيا بالأحكام المنصوص عليها في المادة (الأولى) فلا محل للاحتجاج بما ورد في هذه المادة من عموميات وإهدار قيمة النص الخاص الوارد في القيمة (الثانية) من العقد واستناداً إلى ذلك، فإن حكم هذه المادة (الثانية) هو الواجب التطبيق على الخلاف المطروح أمام الدائرة ويتعين بناء عليه إعمال أحكامه واستحقاق الشركة المدعية للمبالغ المصروفة إليها تطبيقاً له».

التعليق على الحكم:

بالتأمل في الحكم نجد أن النزاع وقع مع وضوح نصوص العقد، وأن ما ورد في خطاب الترسية من عبارة تغاير في مدلولها ومعناها مع ما جاء بعرض الشركة المدعية فيما يتعلق بطريقة محاسبتها، الأمر الذي أدى إلى ظهور خلاف في وجهة نظر المتنازعين، ويتضح من حيثيات الحكم أن الدائرة استندت على وضوح إرادة المتعاقدين في العق،د وكيف أنها اتخذت في سبيل ذلك الرجوع إلى مجموع مواد العقد وطبيعة التعامل القائمة وطريقة تنفيذ جزئياته، وأن المحاسبة بين الطرفين كانت على أساس السعر المبين بالبطاقة الجمركية مع إضافة ربح (٥ ,٩٪) ولم يترك المتعاقدان لأي منهما على ضوء ما ورد في العقد أي فرصة لاتباع طريقة أخرى في المحاسبة. وعليه استندت الدائرة في حكمها على أن ما ورد في المادة (الأولى) من العقد من جعل مقدمة العقد وعرض المدعية وخطاب الترسية جزءاً لا يتجزأ من العقد هو من قبيل النصوص العامة التي لا تلغي النص الخاص في مواد أخرى بل يظل هذا الخاص على خاصيته ومقيد للنص العام فيما قضى به.

التطبيق الثاني:

تتلخص وقائع القضية[1] فيما يلي: تقدمت المدعية بدعوى على المدعى عليها تطلب فيه إلزام المدعى عليها التعويض بما يوازي كامل الأجرة لعقد

(١) رقم القضية (٢٦٩٠/ ١/ ق) لعام ١٤٢٨هـ، رقم الحكم الابتدائي (٢١٣/ د/ إ/ ١) لعام ١٤٣٣هـ رقم القضية في الاستئناف (١٢٣٤/ ق) لعام ١٤٣٤هـ رقم حكم الاستئناف (١٢/ ٤) لعام ١٤٣٥هـ.

استئجار مجمع سكني موقع بين الطرفين، وذلك لإنهاء المدعى عليها العقد بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته، حيث أوضحت المدعية أنها وقعت مع المدعى عليها عقد إجارة لمجمع سكني، وقد تضمن العقد في المادة الرابعة منه أن مدة العقد ثمانية عشر عاماً على الأقل موزعة على مدد معلومة وهي ثلاث سنوات ميلادية، ويجدد لمدة ثلاث سنوات أخرى تلقائياً، ويجدد لأربع مدد أخرى على الأقل، واستندت المدعية على الفقرة (ب) من المادة (٤) من العقد المذكور صراحة على أنه: «لا يجوز للمؤجر كما لا يجوز للمستأجر بأي شكل من الأشكال وبأي حال من الأحوال الإخلال «بالسمة التعاقدية ذات الصفة الاستمرارية» المنصوص عليها بالأمر السامي الكريم المشار إليه «أساس العقد» ويجدد لأربعة مدد أخرى على الأقل» وكذلك المادة العاشرة والتي نصت على أن: «يتعهد المؤجر بتجديد هذا العقد لأربع مدد مماثلة على الأقل وبصورة مباشرة ودون الحاجة لتوقيعه مرة أخرى أو الحصول على موافقة المستأجر..»، وقد أوضحت المدعى عليها أن إنهاء العقد جاء بناء على أمرٍ سامٍ مرعياً فيه استلام المدعية كافة حقوقها المالية عن هذا العقد.

حيثيات الحكم:

«أما عن موضوع الدعوى: فلما كان أي عقد ينتج التزامات متبادلة بين عاقديه، سواء أكانت هذه الالتزامات من موجباته بالنظر إلى طبيعة العقد، أم كانت وفق الشروط الخاصة لتحديد التزامات عاقديه قضاءً، وحيث إن العقد -محل الدعوى- عقد استئجار المدعى عليها لمجمع (.....) في الظهران والذي تملكه المدعية فإن العقد عقد إيجار عين لازم أهم موجباته

أن يُمَكِّن المؤجرُ المستأجرَ من تمام الانتفاع في المحل المعقود عليه في المدة المتفق عليها مقابل أن يدفع المستأجر الأجرة المسماة في العقد. وبشأن طلب المدعية الأول: تعويضها عن إنهاء المدعى عليها للعقد قبل انتهاء مدته، وحيث إن من شروط عقد الإجارة أن تكون مدة الإجارة معلومة؛ لأن المعقود عليه (المنفعة) لا يصير معلوم القدر بدونها، فترك بيانها يفضي إلى المنازعة والخلاف؛ وترتيباً على لزوم عقد الإجارة فإنه يتعين وجوباً احترام مدة العقد التي توافقت عليها إرادة العاقدين والالتزام بها أو التعويض عنها بحسب المقتضى والحال وفق أصول القضاء. وتسفر نصوص العقد -محل الدعوى- أن مدة العقد كانت محلاً لاهتمام العاقدين جعلهما يوردانها بشكل مبالغ فيه وبطريقة غير فاصلة أو حكيمة في أصول الصياغة؛ إذ المقرر في الصياغة أن تكون واضحة وصريحة مفصحة بشكل قاطع عن إرادة المتعاقدين في هذا الأمر الجلي الهام عند الإجارة، وقد أدى هذا الإفراط اللفظي في صياغة مدة العقد إلى عدم الدقة في التعبير نتاج انعدام الكفاية اللفظية ممن صاغ العقد؛ فالمعتبر في الصياغة الفنية المحكمة للعقود أن تكون واضحة العبارات دقيقة اللفظ كافية المعنى بذاتها، ووضوح العبارة متوقف على عنصرين هامين: الأول: المادة اللغوية، الثاني: القصد من استعمالها. وبقدر ما يكون التوافق بينهما بقدر ما يكون الوضوح والجلاء، فيما الفصل بينهما يعني الإيهام والالتباس والغموض.

.. وفصلاً من الدائرة في تحديد مدة العقد فإن الظاهر البيِّن أن مدة العقد كانت ثلاث سنوات نصّ بعدها وجوباً على تجديده لأربع مدد أخرى مماثلة

دون الحاجة لتوقيع عقد جديد، ومقتضى ذلك أن مدة العقد بالسنوات هي خمس عشرة سنة بحيث يبدأ العقد في ١/ ٤/ ١٩٩٩م وينتهي نهاية طبيعية بانتهاء مدته بتاريخ ٣١/ ٣/ ٢٠١٤م.. وخلاصة القول أن العقد ينتهي بتاريخ ٣١/ ٣/ ٢٠١٤م وقد أنهته المدعى عليها قبل تمام مدته بتاريخ ٣١/ ٣/ ٢٠١١م تنفيذاً للأمر السامي.. وبشأن طلب المدعية التعويض عن إنهاء العقد قبل تمام مدته فإن المدعية وقد تسلمت عقارها لتحوزه عيناً ومنفعة قد بادرت توقياً للأضرار ببيع العقار على المؤسسة العامة للتقاعد كما قرر ذلك طرفا الدعوى ولم تقدم المدعية في سبيل تحقيق طلبها التعويض بياناً بالأضرار التي أصابتها غير فقدها منفعة الأجرة، ومع تسلم المدعية عقارها وما تلحظه الدائرة بوصفها الخبير الأول في الدعوى وإحاطة منها بواقعة النزاع من ارتفاع قيمة الأجرة بشكل مبالغ فيه وتصاعدها خلافاً للمعهود في عقود الإيجار فإن ذلك يكون ضميمة مؤيدة لعدم تحقق ضرر المدعية الموجب لتعويضها ومن ثم يكون هذا الطلب مرفوضاً.. لذلك حكمت الدائرة برفض الدعوى لما هو موضح بالأسباب».

التعليق على الحكم:

يتضح في هذا الحكم أن نشوء النزاع كان بسبب غموض النص الذي يحدد مدة عقد الإجارة بشكل دقيق، وكيف أن سبب ذلك يرجع إلى صياغة العقد، فجاءت حيثيات الحكم تعالج هذا الخلل وفق النظر القضائي، وأن الدائرة نبهت إلى أن سبب النزاع في تنفيذ هذا العقد هو الإفراط اللفظي في صياغة مدة العقد، وأن عدم الدقة في التعبير أدى إلى انعدام الكفاية اللفظية

له، وبسطاً لرقابة الدائرة القضائية وسلطانها في التكييف المادي والشرعي والنظامي لهذه الواقعة فقد قامت بالبحث في نصوص العقد ومستنداته مستهدية في ذلك بطبيعة التعامل والإجراءات التمهيدية للتعاقد، ومناقشة آثار هذه النصوص على التزامات الطرفين، ومدى تحقق أثرها على الوجه الشرعي الصحيح.

التطبيق الثالث:

تتلخص وقائع القضية[1] فيما يلي: طلبت المدعية إلزام الجهة المدعى عليها بدفع المبلغ المتبقي من العقد المبرم بين الطرفين، حيث إن أساس النزاع هو الاختلاف في فهم القيمة الإجمالية للعقد، إذ إن المدعية ترى استحقاقها للقيمة المذكورة في العقد كاملة إزاء تنفيذ التزاماتها التعاقدية باعتبار ورود إرادة الطرفين على تأجير الحافلات المبينة في العقد، بينما ترى المدعى عليها أن العقد في صورته الحقيقية هو عقد نقل وتشغيل للحافلات الوارد عليها التعاقد، وأن المقابل المادي الذي تستحقه عن ذلك ينبغي حسابه على أساس الأعداد الفعلية للحافلات التي تم تشغيلها وليس للقيمة الإجمالية للعقد.

حيثيات الحكم:

«والدائرة بدراستها تلك النصوص -الواردة في العقد- تلحظ أنها وردت على الأصل العام من أن جهة الإدارة إنما تتعاقد في حدود احتياجاتها

(١) رقم القضية (٤٧٦٨/ ٢/ ق) لعام ١٤٢٦هـ، رقم الحكم الابتدائي (٥٤/ د/ إ/ ١٠) لعام ١٤٢٨هـ، رقم حكم التدقيق (٥٣٤/ ت/ ١) لعام ١٤٢٨هـ.

الفعلية المبنية على دراسة واقعية وموضوعية تعدها الإدارة الراغبة في العقد ويلحقها إعداد المواصفات الفنية وكراسة الشروط والمواصفات اللازمة، وهي في الوقت نفسه تبني قيمة عقودها على الحد الأعلى من تلك الاحتياجات رغبة منها في توفير كامل الاعتماد للعقد في حال وصل تنفيذ العقد لذروة الاحتياج حتى لا تتفاجأ بعدم قدرتها المالية على الوفاء بالتزامها المادي إزاء المتعاقد معها. وبناءً على ما سبق واستهداءً بالطريقة التي اتبعتها المدعية في تنفيذ التزامها وطريقة رفعها لمستحقاتها عن ذلك من خلال الفواتير رقم ١ لشهر ذي الحجة ١٤٢٤هـ، ورقم ٤ لشهر ربيع أول ١٤٢٥هـ، ورقم ٧ لشهر جمادى الثانية ١٤٢٥هـ، ورقم ٨ لشهر رجب ١٤٢٥هـ، ورقم ٩ لشهر شعبان ١٤٢٥هـ؛ والتي صدر عنها محاضر تقويم أداء وبيان يومي وشهري للتشغيل وأظهرت جميعها أن عدد الحافلات كان مكتملاً في بعض الأشهر ونقص ذلك العدد في أشهر أخرى في حين كانت المدعية ترفع استحقاقها في تلك الفواتير عن الأعداد الفعلية التي قامت بتشغيلها في عدد أيام التشغيل في سعر الحافلة لليوم الواحد، في حين أظهرت البيانات اليومية للتشغيل المعدة من قبل المدعى عليها ومنها البيان المقدم عن شهر جمادى الثانية لعام ١٤٢٥هـ أن نقصان العدد ليس لتقصير من المدعية لما أثبتته من عدم وجود غياب مما يقطع بأن التعامل بين الطرفين بذلك العدد من الحافلات إنما كان وفق احتياج الجامعة لذلك الشهر. وقد درجت المدعية في طلب مستحقاتها على ذلك المسلك باحتساب الأعداد الفعلية التي تم تشغيلها حتى انتهاء عقدها في ٢٠/ ١٢/ ١٤٢٥هـ في حين أنها لم تطالب بالمبلغ المعني

في هذه الدعوى وقدره (٤٤٥,٥٥٠) ريال إلا بعد انتهاء العقد بشهرين.. ويستبين للدائرة مما سبق أن مناط استحقاق المدعية هو التشغيل الفعلي والذي صرحت به نصوص العقد وعبرت عنه شروطه ومواصفاته بعبارة (احتياجات الجامعة) وجاء إعماله وفق المادة الرابعة من العقد أساساً في تسوية حقوق المتعاقد بحسبان أن القيمة الإجمالية التي جاءت المحاجة بها من قبل المدعية إنما وردت بحساب قيمة تشغيل كامل الحافلات وهي (٢٦) حافلة في كامل أيام العقد، وبذلك فإنه لا تناقض بين صدر النص وعجزه، فضلاً عما هو مستقر قضاءً من أن الطريقة التي اتبعت فعلاً في تنفيذ التزامات العقد وطريقة صرف مستحقاته تفسر ما قصرت عن بيانه العبارات المقررة لهذا الالتزام في العقد مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض الدعوى».

التعليق على الحكم:

بالتأمل في الحكم نجد أن النزاع وقع بسبب غموض النص الخاص بتحديد القيمة الإجمالية للعقد، وكيف أن أثر ذلك انعكس على الخلاف في تكييف العقد من قبل طرفي النزاع هل هو عقد تأجير للحافلات كما تذكر المدعية، أو أنه عقد نقل وتشغيل كما تذكر المدعى عليها، وبالنظر في حيثيات الحكم نجد الدائرة اتجهت في تناولها لهذه القضية إلى الأصل الذي تم عليه العقد وما يلتحق به من شروط فنية ومواصفات لازمة تتضمنها كراسة الشروط والمواصفات، إضافة إلى الاستهداء بالطريقة التي تم تنفيذ العقد بها وصرف المستخلصات بناء على تنفيذ التزامات المدعية، والتي تبين من خلالها أن المدعية ترفع استحقاقها في تلك الفواتير عن الأعداد الفعلية التي

قامت بتشغيلها في عدد أيام التشغيل في سعر الحافلة لليوم الواحد، وأن قيمة هذه المستخلصات تتفاوت في بعض الأشهر بناء على التشغيل الفعلي لكل حافلة. وعليه حكمت الدائرة بأن إرادة المتعاقدين في العقد كانت متجهة فعلاً إلى الحاجة الفعلية للمدعى عليها.

الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث أوضح أبرز ما ورد به من نتائج، أوجزها فيما يلي:

١. أن الأساس الذي يقوم عليه تفسير القاضي هو الكشف عن إرادة المتعاقدين، التي بني عليها العقد، ويتخذ في ذلك كل سبيل يمكنه من الوصول إلى بغيته التي توصله إلى الحكم الصحيح، والقوانين لا تختلف عن الفقه الإسلامي في هذا الاتجاه، حيث إنَّ الدافع إلى تفسير العقد هو ما يعتري عبارة العقد من غموض.

٢. أنَّ طبيعة عمل القاضي حين يمارس تفسير العقد تتجه إلى البحث عن مقصد وإرادة كل من طرفي العقد، وهذا يتجه إلى تعبير كل منهما عن إرادته، ولذلك فإنه يقوم باجتهاد شخصي منه يحاول من خلاله الوصول إلى الخيط الدقيق الذي يمكِّنه من كشف الحقيقة المتنازع فيها، وهو ما يسمى بالاجتهاد القضائي.

٣. أنَّ القاضي يتمتع في عملية تفسيره للعقد بسلطة تقديرية يعمل من خلالها للوصول إلى إرادة أطراف العقد مستعملاً في ذلك عدة أدوات تُمكِّنهُ من الوصول لهدفه وفق معايير منصوص عليها.

٤. التفسير القضائي يتصف بخصائص تميزه عن باقي أنواع التفسير منها: أن هذا النوع من التفسير لا يقع إلا بمناسبة نزاع قضائي معين معروض على القاضي، وأن هذا النوع من التفسير غير مُلزم للمحاكم الأخرى إلا في

البلاد التي تأخذ بالسوابق القضائية، كما أن هذا النوع من التفسير يتميز بالصيغة العملية التي تلبي حاجات المتخاصمين على الواقع.

٥. يمكن أن تصنف طبيعة النص المتنازع في تفسيره إلى إحدى حالات ثلاث: الحالة الأولى: أن تكون عبارة النص واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين، والحالة الثانية: أن يكون في عبارة النص غموض فيحتاج القاضي إلى أن يجتهد للكشف عن إرادة المتعاقدين، والحالة الثالثة: أن تكون إرادة المتعاقدين محل شك عند القاضي.

٦. يستهدي القاضي في سبيل الكشف عن إرادة المتعاقدين بعوامل داخلية يستخرجها من العقد وهي: الاستهداء بطبيعة التعامل، والأمانة والثقة بين المتعاقدين، والقاعدة الأصولية: إعمال الكلام خير من إهماله، والقاعدة الأصولية: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ومراعاة العقد في مجموعه. وعوامل خارجية يستهدي بها القاضي أيضاً للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهي: العُرْفُ، وسلوك المتعاقدين في التنفيذ، والخبرة.

٧. الذي يترجح في طريقة الإثبات في تفسير العقد هو القول بحرية الإثبات في مجال تفسير العقد بكافة طرق الإثبات، وذلك لأنَّ الأصل هو حرية الإثبات بكافة الوسائل الممكنة والمشروعة لاستيفاء الحق، وكشف الإرادة الحقيقية للمتعاقد.

والله أعلم وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المصادر والمراجع

١. **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، أبو الوليد الباجي، طبعة دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.

٢. **أحكام القرآن**، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٣. **الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-: د. سليمان الطماوي**، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥م.

٤. **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.

٥. **الأشباه والنظائر**، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

٦. **الأشباه والنظائر**، للسيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

٧. **أصول السرخسي**، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

٨. **أصول الصياغة القانونية**، د. حيدر أدهم عبد الهادي، دار الحامد للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

٩. **أصول القانون**، د. سعيد عبد الكريم مبارك، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بالعراق.

١٠. **أصول القانون**، د. فرج الصدة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م.

١١. **أصول تفسير النظام**، د. معمر بن عبد الرحمن العمري، بحث تكميلي مقدم للمعهد العالي للقضاء بالرياض، ١٤٢٠هـ.

١٢. **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، محمد بن أبي بكر بن أيوب أبو عبد الله بن القيم الجوزية، دار عطاءات العلم (الرياض)، دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة الثانية، ١٤٤٠هـ-٢٠١٩م.

١٣. **الأم**، محمد بن إدريس الشافعي، طبعة ناشر: دار المعرفة، بيروت الطبعة الثانية، ١٣٩٣م.

١٤. **الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته -دراسة مقارنة-**، د. محمد يوسف موسى، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٧٢هـ.

١٥. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.

١٦. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

١٧. **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، لأبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، الناشر: دار المعارف.

١٨. **البناية شرح الهداية**، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.

١٩. **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٢٠. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

٢١. **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي**، د. وحيد الدين سوار، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثانية، ١٩٧٩م.

٢٢. **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، د. عبد الحكم فودة، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥م.

٢٣. **تفسير النصوص الجنائية**، محمد سليم العوا، شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع.

٢٤. **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي**، د. محمد أديب صالح، المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة، ١٤١٣هـ.

٢٥. **تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية**، د. محمد صبري السعدي، دار النهضة العربية ١٩٧٩م.

٢٦. **تهذيب اللغة**، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري: دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت، ٢٠٠١م.

٢٧. **توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية**، للشيخ: عبد الله بن خنين، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.

٢٨. **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **وسننه وأيامه = صحيح البخاري**، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٢٩. **حاشية ابن عابدين**، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

٣٠. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر.

٣١. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الشهير بالماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٣٢. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، محمد بن فرامرز ابن علي الشهير بملا خسرو، دار إحياء الكتب العربية.

٣٣. **دروس في القانون المدني العقد**، د. هدى عبد الله، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

٣٤. **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

٣٥. **السلطة التقديرية للقاضي الإداري دراسة تأصيلية تطبيقية**، د. وليد الصمعاني، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.

٣٦. **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، د. نبيل إسماعيل عمر، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م.

٣٧. **سنن الدارقطني**، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

٣٨. **السنن الكبرى**، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٣٩. **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، دار العبيكان الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

٤٠. **شرح القواعد الفقهية**، أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٤١. **شرح تنقيح الفصول**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي: ٤٤٨، طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى.

٤٢. **شرح مختصر الروضة**، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.

٤٣. **ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه**، د. عبد الحميد محمود البعلي، الناشر مكتبة وهبة القاهرة، الطبعة الأولى.

٤٤. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين بن قيم الجوزية، تحقيق: محمد حامد الفقي، طبعة دار الكتب العلمية.

٤٥. **عقود الإذعان في الفقه الإسلامي**، د. نزيه حماد، منشور في مجلة العدل عدد: (٢٤) شوال ١٤٢٥هـ.

٤٦. **علم أصول القانون**، د. عبد الرزاق السنهوري، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر، ١٣٥٤هـ-١٩٣٦م.

٤٧. **غياث الأمم في التياث الظلم**، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، المحقق: عبد العظيم الديب الناشر: مكتبة إمام الحرمين، الطبعة الثانية، ١٤٠١هـ.

٤٨. **فتح القدير**، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر.

٤٩. **الفروع**، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

٥٠. **الفقه الاسلامي وأدلته**، أ. د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤٠٩هـ.

٥١. **فن الصياغة القانونية**، د. عبد القادر الشيخلي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٥م.

٥٢. **القاموس المحيط**، أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

٥٣. **القواعد**، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي الدمشقي، دار الكتب العلمية.

٥٤. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

٥٥. **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي، دار الكتاب الإسلامي.

٥٦. **لسان العرب**، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

٥٧. **المبسوط في شرح القانون المدني**، د. ياسين الجبوري، وائل للنشر.

٥٨. **المبسوط**، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.

٥٩. **مجلة الأحكام العدلية**، طبعت في بيروت بالمطبعة الأدبية، ١٣٠٢هـ.

٦٠. **المجموع شرح المهذب**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.

٦١. **المدخل الفقهي العام**، د. مصطفى الزرقا، دار القلم دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ.

٦٢. **المدخل إلى القانون**، د. محمد حسن قاسم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٩٨م.

٦٣. **المدخل إلى علم القانون**، د. غالب الداودي، وائل للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م.

٦٤. **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، د. عبد الحي حجازي، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة.

٦٥. **المدخل لدراسة القانون**، د. أحمد سلامة، المطبعة العالمية بالقاهرة.

٦٦. **المدخل للعلوم القانونية**، د. توفيق حسن فرج، الطبعة الثانية، توزيع مكتبة مسكاوي، ١٩٧٥م.

٦٧. **المستصفى**، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

٦٨. **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٦٩. **المشكلات العملية في تنفيذ العقد**، د. عبد الحميد الشواربي، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٨م.

٧٠. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.

٧١. **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، دار الفكر.

٧٢. **المغني**، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي، مكتبة القاهرة.

٧٣. **مقاييس اللغة**، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

٧٤. **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، د. أحمد فراج حسين، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الأولى.

٧٥. **الملكية ونظرية العقد**، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.

٧٦. **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، الناشر، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ.

٧٧. **موجز المدخل للعلوم القانونية**، د. سليمان مرقس، المطبعة العالمية القاهرة، ١٩٥٣م.

٧٨. **الموجز في المدخل للقانون**، د. حسن كيره، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٦٠م.

٧٩. **موسوعة الفقه الإسلامي**، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بمصر.

٨٠. **النظرية العامة للالتزام**، د. عبد الحي حجازي، الناشر دار نهضة مصر، ١٩٥٤م.

٨١. **النظرية العامة للالتزام**، د. جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م.

٨٢. **النظرية العامة للالتزامات القسم الأول**، د: محمد صبري السعدي، دار الكتاب الحديث، طبعة ١٤٢٣هـ.

٨٣. **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية د. عبد المنعم فرج الصده**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٧٤م.

٨٤. **نظرية تفسير النصوص المدنية**، د. محمد شريف أحمد، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.

٨٥. **نهاية المطلب في دراية المذهب**، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، حققه وصنع فهارسه: أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

٨٦. **الوافي في شرح القانون المدني**، د. سليمان مرقس، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧م.

٨٧. **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ.

٨٨. **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، د. عبد الرزاق السنهوري، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.

التطور التنظيمي للقضاء التجاري في المملكة العربية السعودية (جهات التقاضي وأنظمته الإجرائية)

د. أحمد بن عبد الله الجعفري

رئيس المحكمة التجارية بالدمام

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد،

فنظراً لما تتسم به المعاملات التجارية من طبيعة خاصة، فقد أولت قيادة هذه البلاد هذا الموضوع عناية واهتماماً منذ وقت مبكر، تمثل في إصدار عدد من الأنظمة الموضوعية والإجرائية المنظمة للنشاط التجاري، ولإجراءات الفصل في المنازعات التجارية بما في ذلك استحداث جهات للفصل في هذا النوع من النزاعات، والمتتبع لهذه الأنظمة يجد أن تنظيم إجراءات نظر القضايا التجارية أمام جهات التقاضي في المملكة له امتداد تاريخي يتواكب مع بدايات تأسيس هذه البلاد المباركة، إلا أنه مر بعدة مراحل تعددت فيها جهات التقاضي لعدة مبررات، كما تنوعت الأنظمة الإجرائية المنظمة لإجراءات التقاضي، إلا أنه ومع افتتاح المحاكم التجارية مطلع عام ١٤٣٩هـ وما أعقب ذلك من صدور نظام المحاكم التجارية بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/ ٩٣) بتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ، ثارت تساؤلات حول حداثة القضاء التجاري في المملكة، فكان من أهداف هذا البحث تسليط الضوء على المراحل التي مر بها القضاء التجاري في المملكة، كما تتجلى أهمية موضوع البحث في أنه يتتبع مسيرة القضاء التجاري في المملكة، والمراحل التي مر بها منذ تأسيس المملكة وحتى الوقت الحاضر، خاصة فيما يتصل بالجهات المعنية بنظر المنازعات التجارية، والأنظمة الإجرائية التي كانت

تنظم إجراءات نظر القضايا التجارية في هذه الجهات، ومما حداني للكتابة في هذا الموضوع أنني لم أقف على دراسة علمية مستوفية لجوانب الموضوع.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة علمية منهجية تناولت هذا الموضوع، إلا أنني وقفت على ثلاث دراسات قيمة في الموضوع وهي:

الدراسة الأولى بعنوان: محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية، أعدها د. محمد ليبيا وآخرون، وهو بحث منشور في العدد الخامس والثلاثين- الجزء الأول من مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ومع جودة البحث إلا أنه لم يستوف كافة جهات التقاضي المعنية بنظر المنازعات التجارية، ولا الأنظمة الإجرائية ذات الصلة، كما لم يتناول التطورات الأخيرة المتمثلة في صدور نظام المحاكم التجارية وإنشاء المحاكم التجارية.

الدراسة الثانية بعنوان: القضاء التجاري بين الماضي والحاضر والمستقبل، لمعالي الشيخ محمد بن فهد الدوسري، وهي دراسة موجزة مؤرخة في ١/ ١/ ١٤٣٦هـ، منشورة على شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، وقد يكون أصلها محاضرة ألقاها معاليه.

الدراسة الثالثة بعنوان: القضاء التجاري بين الولاية والاختصاص، لفضيلة القاضي د. عمر بن عبد الله بن طالب، وهي دراسة موجزة في خمس عشرة صفحة مؤرخ في ١٣/ ١/ ١٤٣٩هـ، منشورة على شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت).

والدراستان الأخيرتان مع أهميتهما وسبقهما إلا أنهما موجزتان فلم تستوفيا كافة جهات التقاضي المختصة بالنزاعات التجارية، ولا الأنظمة الإجرائية ذات الصلة، كما لم تتطرقا للتطورات الأخيرة المتمثلة في صدور نظام المحاكم التجارية وإنشاء المحاكم التجارية، كما لم يتبع في إعدادهما المنهج العلمي في إعداد البحوث، كما وقفت على إشارات مقتضبة عن موضوع البحث في بعض الكتب التي تناولت التنظيم القضائي في المملكة أو القانون التجاري السعودي، ولكنها أيضًا لم تستوف كافة جهات التقاضي المختصة بنظر المنازعات التجارية، ولا الأنظمة الإجرائية ذات الصلة، كما لم تتطرق للتطورات الأخيرة.

منهج البحث:

سلكت في إعداد هذا البحث المنهج التحليلي الاستقرائي بالرجوع للأنظمة، والأوامر الملكية والقرارات الوزارية، المنظمة لجهات الفصل في المنازعات التجارية، ولإجراءات نظر هذه الجهات للمنازعات الداخلة ضمن اختصاصاتها، كما اتبعت المنهج التاريخي الوصفي في تتبع المراحل التاريخية التي مرَّ بها القضاء التجاري في المملكة منذ توحيدها على يد المؤسس الملك عبد العزيز بن عبد الرحمن رَحِمَهُ ٱللَّهُ وحتى الآن.

تقسيمات البحث:

حرصت على الإيجاز والتركيز فقسَّمت البحث إلى مقدمة أوجزت فيها أهمية الموضوع وأهداف البحث، وتمهيد عرَّفت فيه أهم مصطلحات البحث، وعرضت نبذة تاريخية عن بدايات تنظيم القضاء التجاري في المملكة، وخمسة مطالب يمثل كل مطلب مرحلة من مراحل التطور التاريخي لنظر المنازعات التجارية في المملكة، ثم خاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات.

تمهيد

من المهم قبل عرض مراحل التطور التاريخي للقضاء التجاري في المملكة، أن نبين المقصود بالقضاء التجاري، وماذا نعني بجهات التقاضي والأنظمة الإجرائية، وأن نعطي لمحة تاريخية عن بدايات تنظيم القضاء التجاري في المملكة.

المقصود بالقضاء التجاري:

قد يكون من الصعب صياغة تعريف منضبط للقضاء التجاري لأن مفهوم الأعمال التجارية بحد ذاته مر بمراحل من التطور، لكن حسبنا أن نعطي تعريفاً مقاربًا للقضاء التجاري يميزه عن غيره من الأقضية، فنعني بالقضاء التجاري، القضاء المختص بالفصل في المنازعات التجارية أيًّا كان مسمى الجهة المناط بها الفصل في هذه المنازعات، أما المنازعات التجارية فيمكن أن نعرفها بشكل عام بأنها المنازعات الناشئة بسبب أعمال تجارية، سواء كان طرفا النزاع تجارًا، أم كان أحدهما تاجرًا والآخر غير تاجر، ويدخل ضمن مفهوم المنازعات التجارية المنازعات التي تنشأ عن تطبيق نظام يصنف ضمن الأنظمة التجارية كنظام الشركات، ونظام الأوراق التجارية، ونحوها، وعليه فنعني بالقضاء التجاري في هذا البحث القضاء المختص بالفصل في المنازعات الناشئة بسبب أعمال تجارية وفقًا للأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، أيًّا كان مسمى الجهة المناط بها الفصل في هذه المنازعات.

المقصود بجهات التقاضي:

المقصود بجهات التقاضي الجهات المناط بها نظامًا الفصل في المنازعات، والنظام القضائي في المملكة أخذ بالنظام القضائي المزدوج المتمثل في الفصل بين الجهات التي تنظر في المنازعات الإدارية عن القضاء العام، إضافة لاستحداث لجان ذات اختصاصات قضائية، وعليه فإن جهات التقاضي في المملكة تتمثل في الآتي:

أولاً: القضاء العام:

الذي يتألف حاليًّا من المحكمة العليا، ومحاكم الاستئناف، ومحاكم الدرجة الأولى وهي المحاكم العامة والمحاكم المتخصصة التالية: المحاكم الجزائية، والمحاكم التجارية، والمحاكم العمالية، ومحاكم الأحوال الشخصية، إضافة لمحاكم التنفيذ، والمحكمة الجزائية المتخصصة.

ثانيًا: القضاء الإداري:

ممثلًا في ديوان المظالم[1] الذي يتألف حاليًّا من الآتي: المحكمة الإدارية العليا، ومحاكم الاستئناف الإدارية، والمحاكم الإدارية.

(١) استحدث ديوان المظالم في شهر رجب عام ١٣٧٣هـ كجزء من هيكل ديوان مجلس الوزراء، بناء على ما تضمنه الباب الرابع من نظام مجلس الوزراء باستحداث شعبة خاصة في ديوان مجلس الوزراء تدعى شعبة المظالم، تختص بتلقي جميع الشكاوى التي تقدم لمجلس الوزراء والتحقيق فيها وإعداد تقرير عنها متضمناً الجزاء الذي تقترحه، وظل كذلك حتى صدور نظام ديوان المظالم بالمرسوم الملكي رقم (٢/ ١٣/ ٨٧٥٩) بتاريخ ١٧/ ٩/ ١٣٧٤هـ الذي أصبح بموجبه الديوان هيئة مستقلة، ثم صدر نظام ديوان المظالم بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) بتاريخ ١٧/ ٧/ ١٤٠٢هـ، الذي تضمن =

ثالثًا: اللجان شبه القضائية[1]:

وهي لجان تختص بالفصل في دعاوى مدنية أو جزائية أو كليهما بموجب نظام يمنحها هذا الاختصاص وتصدر أحكامًا نهائية -التقاضي فيها على درجتين- لا تخضع للاعتراض أمام جهة قضائية أخرى، ولا يجوز إثارة

= أن الديوان هيئة قضاء إداري مستقلة، وأخيراً صدر نظام ديوان المظالم بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ، والذي لا يزال سارياً حتى تاريخه.

(١) إنشاء اللجان شبه القضائية في المملكة ليس حديثاً، فقد ذهب بعض الباحثين إلى أنه يعود لعام ١٣٥٠هـ حين أنشئت المحكمة التجارية، إلا أنني أميل إلى أن المحكمة التجارية لا تعد لجنة شبه قضائية، بل هي أقرب لأن تكون محكمة متخصصة ضمن الجهاز القضائي الذي كان في بداياته ولم تتشكل معالمه وهيئاته الإدارية وآلية اختيار القضاة فيه حينها؛ ومما يرجح هذا الرأي تسمية المحكمة، وصلاحياتها، ودرجات التقاضي فيها، واستقلالها عن الجهات التنفيذية وآلية تسمية أعضائها، والنظام الإجرائي المنظم لأعمالها كل ذلك على خلاف اللجان شبه القضائية المستحدثة بعدها، ويميل الباحث إلى أن أول اللجان شبه القضائية هي هيئة فض المنازعات التجارية التي أنشئت بتاريخ ٢٥/ ١/ ١٣٨٢هـ ثم توالى بعد ذلك استحداث عدد من اللجان شبه القضائية بموجب أنظمة خاصة ويمكن أن نرجع إنشاء مثل هذه اللجان إلى ثلاثة أسباب رئيسة: أولها: أن بعض هذه اللجان تختص بالفصل في منازعات ذات طبيعة فنية خاصة، تتطلب إلمامًا ببعض الأنظمة، وخبرة عملية متخصصة في مجال اختصاص اللجنة، وهذا ما لم يكن متحققًا أو سهل التحقق في العاملين أو المرشحين للعمل في السلك القضائي في ذلك الوقت، والثاني: تحرج غالب قضاة القضاء العام في ذلك الوقت من تطبيق بعض الأنظمة الموضوعية؛ جراء الصورة النمطية لدى كثير منهم عن الأنظمة باعتبارها قوانين وضعية لا تتفق مع تطبيق الشريعة الإسلامية، أو لاشتمالها على أحكام محل نظر من الناحية الشرعية. الثالث: باعتبارها الحل العملي لإشكالية طول أمد التقاضي الذي كان موجودًا في بعض محاكم القضاء العام في حينه.

النزاع الذي تختص به أمام جهة قضائية أخرى[1]. وأعضاء هذه اللجان ليسوا من ضمن أعضاء السلك القضائي، فلا يُختارون من قبل المجالس القضائية، ولا يخضعون لإشرافها، ولا يتمتعون بالضمانات التي يتمتع بها القضاة.

مثل: لجنة المنازعات المصرفية، ولجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية، ولجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية، ولجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، ولجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية، ولجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الجمركية.

المقصود بالأنظمة الإجرائية:

نقصد بالأنظمة الإجرائية هنا، الأنظمة أو اللوائح أو القواعد الإجرائية -باختلاف مسمياتها وبغض النظر عن الجهة التي أصدرتها، والأداة النظامية الصادرة بها- التي تنظم إجراءات التقاضي أمام جهات التقاضي- على اختلاف مسمياتها واختصاصاتها- بشأن الحقوق التي تقررها أحكام الشريعة الإسلامية، والأنظمة الموضوعية المنظمة للأعمال التجارية.

نبذة تاريخية:

لعل أولى خطوات تنظيم القضاء التجاري في المملكة كانت الهيئة التجارية التي تألفت بأمر جلالة الملك عبد العزيز يَرَحَمُهُ ٱللَّهُ وسميت (مجلس

(١) يخرج عن هذا التصنيف اللجان التي تفصل في منازعات أو توقع جزاءات ويمكن التظلم من قراراتها أما القضاء الإداري، فهي بهذا الاعتبار تعد لجان إدارية ذات اختصاص قضائي وعددها كبير.

التجار) لتتولى النظر في الخلافات التي تقع بين التجار في المسائل التجارية مما يعود أمره للعرف التجاري، وقد صدر الأمر الملكي بتسمية هيئة المجلس الذي كان مؤلفاً من رئيس وسبعة أعضاء، وشكلت هيئة خاصة لسن النظام الذي تسير عليه هذه الهيئة، على أن يعمل به بعد تصديقه من مراجعه، ونشر خبر تأليف المجلس وأسماء رئيس وأعضاء الهيئة في جريدة أم القرى بعددها رقم (١٠٢) في ٢١/ ٥/ ١٣٤٥هـ، وقد أُعد مشروع النظام في ذات العام وسمي (نظام المجلس التجاري)، وكان مقتبساً من القوانين العثمانية المأخوذة بدورها من القانون التجاري الفرنسي[١]، وأحيل المشروع آنذاك لمجلس الشورى لدراسته، ووافق عليه المجلس بعد إجراء تعديلات عليه بتاريخ ١٣/ ١١/ ١٣٤٥هـ وكان مؤلفاً من أربعة أبواب الباب الأول خصص لنظام المجلس التجاري، والثاني لنظام التجارة البرية والبحرية، والثالث لأصول المحاكمات التجارية، والرابع لتعرفة الخرج، وبلغ مجموع مواده (١٩١) مادة، وأحيل لمقام النائب العام لجلالة الملك بتاريخ ١٧/ ١١/ ١٣٤٥هـ، وقد وقع خلاف في نفاذ هذا النظام من عدمه، فذهب بعضهم إلى أنه لم يجد ما يدل على اعتماد جلالة الملك للنظام[٢]، بينما يتحدث آخرون عن النظام وكأنه أصبح نافذاً في حينه[٣].

(١) ينظر: القانون التجاري السعودي، د. محمد الجبر، ص١٨، القانون التجاري السعودي، حمزة المدني، ص٢٠.
(٢) ينظر: القانون التجاري السعودي، للجبر، ص٢٠.
(٣) ينظر: محمد عبد الجواد محمد في كتابه التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية، دار المعارف، الإسكندرية، ١٣٩٧هـ، ص ١٧٩.

والذي يميل إليه الباحث أن هذا النظام لم يبلغ مرحلة النفاذ إذ لم يثبت أنه توج بتصديق جلالة الملك، ومع ذلك فإنه نواة لنظام المحكمة التجارية الذي صدر لاحقاً بعد إعادة دراسة مشروع نظام المجلس التجاري وتطويره، وذلك للآتي: أولاً: عدم الوقوف على ما يفيد اعتماد هذا النظام من جلالة الملك، ثانياً: عدم الوقوف على ما يشير لكونه نظاماً نافذاً في الأوامر والمراسيم الملكية، والأنظمة ذات الصلة اللاحقة لهذا النظام، ثالثاً: مشابهة نظام المحكمة التجارية لهذا النظام في عدد الأبواب وطريقة تقسيم النظام، وبعض المصطلحات مع توسع وتفصيل مما يوحي بأنه نسخة محدثة عنه.

وعلى كل حال فقد ارتأيت تقسيم مراحل التطور التنظيمي للقضاء التجاري في المملكة، إلى خمس مراحل تبدأ بصدور نظام المحكمة التجارية[1]، ولم أجعل من إنشاء (مجلس التجار) وإعداد مشروع (نظام المجلس التجاري) مرحلة مستقلة، لعدم ثبوت نفاذ هذا النظام من جهة، ولأن هذه الفترة سابقة لتوحيد المملكة تحت اسم (المملكة العربية السعودية)، إذ صدر الأمر بإعلان توحيد المملكة تحت اسم (المملكة العربية السعودية)، واختيار يوم الخميس الواقع في ٢١ جمادى الأولى سنة ١٣٥١هـ

(١) وهو المتفق مع ما ذهب إليه بعض الباحثين قبلي مثل معالي الشيخ محمد بن فهد الدوسري في ورقته المنشورة على الشبكة العالمية بعنوان (القضاء التجاري بين الماضي والحاضر والمستقبل)، ود. عمر بن عبد الله بن طالب في ورقته المنشورة على الشبكة العالمية بعنوان (القضاء التجاري بين الولاية والاختصاص)، ود. محمد ليبيا وآخرون في بحثهم (محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية) المنشور في العدد الخامس والثلاثين- الجزء الأول من مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا.

يوماً لإعلان توحيد المملكة العربية، بموجب الأمر الملكي رقم (٢٧١٦) بتاريخ ١٧/ ٥/ ١٣٥١هـ.

المطلب الأول: جهات التقاضي وأنظمته الإجرائية للمدة من ١٣٥٠/١/١٥هـ إلى ١٣٧٤/١٠/٢٧هـ (المحكمة التجارية):

هذه المرحلة تبدأ بصدور نظام المحكمة التجارية، ويسمى أيضاً النظام التجاري[1] الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) بتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ،

(١) وردت التسميتان في صدر وثيقة النظام المنشورة في الموقع الإلكتروني الرسمي للمركز الوطني للوثائق والمحفوظات بالمملكة، وفي الموقع الإلكتروني الرسمي لهيئة الخبراء بمجلس الوزراء السعودي، وكذلك تعددت تسمية النظام في المراسيم الملكية اللاحقة ذات العلاقة المتضمنة تعديلاً أو إلغاء لمواد النظام، فتارة يُتسمى (النظام التجاري) كما في المرسوم الملكي رقم (م/ ٢) وتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٩٠هـ، وتارة يُسمى (نظام المحكمة التجارية) كما في المرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، ولم أقف بعد البحث على نص أداة إصدار النظام للتحقق من تسميته -علماً أن الاختلاف امتد إلى نصوص المراسيم الملكية والقرارات الوزارية في الإشارة لأداة إصدار النظام فتارة يعبر بالمرسوم الملكي وتارة بالأمر الملكي- ولعل ذلك أحد أسباب هذا الاختلاف في اسم النظام، إضافة لعدم ورود تعريفات في صدر النظام تسمي النظام، وكذلك ورود ما يفيد كلا التسميتين في ثنايا مواد النظام، فقد ورد في المادة (التاسعة والخمسين بعد الخمسمائة) من النظام: «لمجلس إدارة ينبع المؤلف من قاضي البلدة وأمين المالية وأعضاء منتخبين تحت رآسة الأمير صلاحية النظر في القضايا التجارية على مقتضى النظام التجاري ومتى أراد المحكوم عليه استثناء الحكم -هكذا وردت في النظام ولعل المراد استئناف الحكم- فيكون ذلك بجدة لدى المحكمة التجارية»، بينما ورد في المادة (الستين بعد الخمسمائة) من ذات النظام: «الصكوك التي تصدر من مجلس إدارة ينبع بصفته محكمة تجارية يكون تمييزها عائداً للمحكمة التجارية بجدة وهي التي تصدر حكمها فيها بالتصديق أو النقض حسب مواد التمييز بنظام المحكمة التجارية». وإن كنت أرى التسمية الثانية (النظام التجاري) أقرب لمضامين النظام الذي جاء لتنظيم =

المشتمل على أربعة أبواب: الأول عن التجارة البرية، والثاني عن التجارة البحرية، والثالث في أصول المحاكمات التجارية، أما الرابع ففي تعرفة الخروج[1].

وقد كان المعني بتطبيق هذا النظام هي المحكمة التجارية في مدينة جدة، إضافة لمجلس إدارة ينبع بصفته محكمة تجارية[2].

وكانت المحكمة التجارية تتألف من رئيس وعضو شرعي وستة أعضاء ثلاثة فخريين وثلاثة دائمين برواتب، ينتخبون من الأشخاص الذين لهم خبرة بالشؤون التجارية، ممن اشتهروا بالديانة والشرف والاستقامة[3].

كما كانت المحكمة تختص نوعياً بالآتي:

= الأعمال التجارية بدءاً ببيان من هو التاجر وما هي الأعمال التجارية ثم تنظيم جملة من الأعمال التجارية على وجه التفصيل، واستغرقت القواعد الموضوعية أغلب مواد النظام، إلا أن التسمية الأولى (نظام المحكمة التجارية) هي الأشهر، وهي ما استقرت عليه المراسيم والأنظمة المتأخرة، وبهذه التسمية طبع النظام بمطابع الحكومة بمكة عام ١٣٦٩هـ كما جاء في فتاوى ورسائل سماحة مفتي المملكة في وقته الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (١٢/ ٢٥١)، كما أنها المستعملة في الإشارة للنظام في ثنايا الأنظمة الأخرى كما في المادة الرابعة عشرة من نظام الدفاتر التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦١) بتاريخ ١٧/ ١٢/ ١٤٠٩هـ، والمادة الحادية والتسعين بعد الثلاثمائة من النظام البحري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٣) بتاريخ ٥/ ٤/ ١٤٤٠هـ.

(١) المقصود بتعرفة الخروج: أي مقدار الرسوم (التكاليف القضائية) المتعلقة بإجراءات المحكمة.

(٢) ينظر: المادة (التاسعة والخمسون بعد الخمسمائة)، والمادة (الستون بعد الخمسمائة) من النظام.

(٣) ينظر: المادة (الثانية والثلاثون بعد الأربعمائة) من النظام.

أ. كل ما يحدث بين التجار ومن لهم بهم علاقة تجارية من صرافة ودلالين ومقدمي المخازن والحيشان من مشاكل ومنازعات من أمور تجارية محضة سواء كانت برية أو بحرية.

ب. القضايا المنبعثة عن الصرافة وبالأخص صرف النقدية والأقيام والأوراق المالية وما يتعلق بالحوائل العادية والحوائل التجارية المعبر عنها - بالجيرو- والسندات التجارية المعبر عنها بالسفاتج المتداولة بين التجار سواء كانت بين البنوك وفيما بينهم وبين سائر الأصناف المذكورة أسماؤهم في الفقرة (أ).

ج. المشاكل التي تحدث بين أرباب السفن الشراعية بخصوص التلفيات والاصطدامات والتعديات على الإطلاق وكذا أجور النقل.

د. القضايا الناشئة عن اختلاف التعهدات والمقاولات سواء كانت بين أرباب السفائن أو بين هؤلاء والتجار وكذا الكفالات المالية المختصة بالأمور التجارية.

هـ. القضايا التي تقع بين الشركاء المرتبطة شراكتهم بالأصول التجارية أو بين الشركاء على اختلاف أنواعها الجاري تأسيسها وتسجيلها وفق نظاميها المخصوصين وكذا بين سائر التجار والصيارف والدلالين ومقدمي الحيشان والأمناء والوكلاء بالعمولة وكتبتهم وخدم محلاتهم فيما إذا كان لهم علاقة تجارية[1].

(١) ينظر: المادة (الثالثة والأربعون بعد الأربعمائة) من النظام.

أما بشأن الاختصاص المكاني للمحكمة، فالذي يغلب على الظن أن ولاية المحكمة لم تكن لكافة القضايا التجارية في عموم المملكة، بل كانت تختص فعليا بالقضايا التجارية في إقليم الحجاز فقط، بحكم كونها مركز العمل التجاري وخاصة ما يتعلق بالتجارة البحرية في ذلك الوقت، ومما يؤكد ذلك أن بدايات التنظيم الإداري للمحاكم في عهد الملك عبد العزيز رَحِمَهُ ٱللَّهُ كان تنظيم رئاسة القضاء في الحجاز، وسمي (تشكيلات القضاء) نشر في العدد (٦٤) من صحيفة أم القرى بتاريخ ٥/ ٩/ ١٣٤٤هـ[١]، كما أن أول تنظيم إجرائي لعمل المحاكم هو التنظيم المؤقت المسمى (مواد إصلاحية مؤقتة للمحاكم الشرعية)[٢]، المنشور في العدد (٦٤) من صحيفة أم القرى بتاريخ ٥/ ٩/ ١٣٤٤هـ[٣]، وكان يتألف من خمسة عشر مادة، ثم أعقب ذلك نظام تشكيل الدوائر الشرعية في الحجاز[٤] المسمى (تشكيلات المحاكم الشرعية) الصادر بالأمر الملكي بتاريخ ٦/ ٢/ ١٣٤٦هـ، ونشر في العدد (١٤٠) من صحيفة أم القرى بتاريخ ٢٨/ ٢/ ١٣٤٦هـ لتكون المحاكم على النحو الآتي: محكمة الأمور المستعجلة، ومحكمة الأمور

(١) ينظر: القضاء في المملكة العربية السعودية، من إصدار وزارة العدل، ص٧٠.
(٢) المرجع السابق، ص٧٧.
(٣) وهو أول نظام ينشر في جريدة أم القرى. ينظر: الجريدة الرسمية (أم القرى) اللسان الدستوري للملكة العربية السعودية، د. إبراهيم بن محمد الحديثي، منشور في مجلة العلوم الشرعية جامعة القصيم المجلد (١٢) العدد (٥)ـ شعبان ١٤٤٠هـ، ص٤٢٤٥.
(٤) شمل تنظيم المحاكم في مكة والمدينة وجدة والطائف وينبع والوجه وأملج والليث وسائر الملحقات حسب اصطلاح النظام، وكتابة العدل، وبيت المال.

المستعجلة الثانية، والمحكمة الشرعية الكبرى، وهيئة المراقبة القضائية[١]، وهذا التشكيل خاص أيضاً بمنطقة الحجاز[٢]، كما كانت توجد رئاستان للقضاء واحدة في المنطقة الغربية، وأخرى في نجد والمنطقة الشرقية ولكل منهما اختصاصها المكاني، حتى توحيد رئاسة القضاء برئاسة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ في رمضان من عام ١٣٧٩هـ[٣].

كل ذلك يؤكد أن اختصاص المحكمة التجارية كان خاصاً بإقليم الحجاز -الذي يشمل في حينه مكة المكرمة والمدينة المنورة وجدة والطائف وينبع والوجه وأملج والليث وما ألحق بها[٤]- وأن القضايا التجارية في بقية مناطق المملكة كانت تنظر من قبل المحاكم القائمة في حينه والتي كانت تنظر كافة أنواع القضايا.

(١) تختص الهيئة بالإشراف على المحاكم، ومتابعة سير القضايا، وتدقيق الأحكام، وتتألف من رئيس ومعاون وثلاثة أعضاء ينتخبهم جلالة الملك من كبار العلماء ويكون مركزها في عاصمة المملكة الحجازية وفقاً للمادة السادسة من النظام.

(٢) وقد شمل فيما بعد جميع مناطق المملكة بما في ذلك الأحساء، ما عدا المنطقة الوسطى نجد وملحقاتها فقد بقي القضاء على ما كان عليه يقوم به قضاة منفردون دون وجود تشكيل ينظم، حتى وقت متأخر، إذ أن أول قضاء متخصص في منطقة نجد وملحقاتها كانت المحكمة المستعجلة في الرياض التي أنشئت عام ١٣٦٩هـ، ينظر: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د. سعود آل دريب، ص٢٩١، ٣٠٨.

(٣) ينظر: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د. سعود آل دريب، ص٣١٢.

(٤) ينظر: نظام تشكيلات المحاكم الشرعية.

النظام الإجرائي لنظر القضايا التجارية في هذه المرحلة:

كان نظام المحكمة التجارية مشتملاً على القواعد الإجرائية لنظر المنازعات الداخلة في اختصاص المحكمة، فقد خصص الباب الثالث من النظام لأصول المحاكمات التجارية[١]، واشتمل على عدة فصول، الأول: في تشكيلات المحكمة التجارية، والفصل الثاني: في صلاحية المحكمة (اختصاصاتها)[٢]، أما الفصل الثالث فعن التشكيل الإداري للمحكمة، والفصل الرابع: في مبادئ الدعوى وما يتعلق بالعرائض والدعوى (صحيفة الدعوى وإجراءات القيد والإحالة)، والفصل الخامس في أوراق الجلب (التبليغ)، والفصل السادس في كيفية المحاكمة، والفصل السابع في الحكم الغيابي، والفصل الثامن في الاعتراض على الحكم الغيابي، أما الفصل التاسع ففي بيان شروط اعتراض الغير، والفصل العاشر في تمييز الصكوك التجارية[٣]، والفصل الحادي عشر في كيفية تضمين مصاريف المحاكمة،

(١) ألغي هذا الباب والباب الرابع من النظام بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ الصادر به نظام المرافعات الشرعية.

(٢) ما بين القوسين إضافة من الباحث.

(٣) يكون تمييز أحكام المحكمة أمام هيئة التمييز، وقد تضمنت المادة (٥٥٧) من النظام أن يحل مجلس الشورى بمكة المكرمة محل هيئة التمييز. كما أن المحكمة التجارية بجدة تكون لها صفة محكمة التمييز في بعض الحالات، فقد تضمنت المادة (٥٦٠) من النظام أن الصكوك التي تصدر من مجلس إدارة ينبع بصفته محكمة تجارية يكون تمييزها عائداً إلى المحكمة التجارية بجدة وهي التي تصدر حكمها فيها بالتصديق أو النقض حسب مواد التمييز المدونة بنظام المحاكم التجارية.

والفصل الثاني عشر في الحجز الاحتياطي ومنع المدعى عليه والمدين من السفر.

أما الباب الرابع فقد جاء في سبعة عشر فصلاً، اشتمل كل واحد منها على بيان التكاليف المالية للطلبات والإجراءات كالقيد، والتبليغ، والتوكيل، وتعيين المُميزين والخبراء، وطلب الحجز الاحتياطي، وتصديق الصلح، والإعلامات (الصكوك)، والاعتراض على الأحكام، واستخراج نسخ الأوراق والصكوك، والأمانات.

وقد استمر القضاء التجاري -في الحجاز- في ولاية المحكمة التجارية قرابة خمسة وعشرين عاماً حتى صدور قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) بتاريخ ٢٧/ ١٠/ ١٣٧٤هـ بإلغاء المحكمة التجارية.

المطلب الثاني: جهات التقاضي وأنظمته الإجرائية للمدة من ١٣٧٤/١٠/٢٧هـ إلى ١٣٨٠/٦/٢هـ (القضاء العام):

تبدأ هذه المرحلة بصدور قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) بتاريخ ٢٧/ ١٠/ ١٣٧٤هـ بإلغاء المحكمة التجارية[1]، وبما أنه لا يوجد في ذلك الوقت جهة تقاضٍ مختصة بنظر النزاعات التجارية، فإن القضاء العام في

(١) سبب الإلغاء يعود غالباً للموقف الرافض للنظام والمحكمة من قبل عدد من العلماء المؤثرين في ذلك الوقت؛ باعتبارها -في نظرهم- نُظماً وضعية قانونية فيها مخالفة للشريعة، ينظر على سبيل المثال موقف سماحة مفتي المملكة في وقته الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ من المحكمة والنظام في فتاوى ورسائل سماحته (١٢/ ٢٥١، ٢٥٥، ٢٥٤).

حينه -ممثلاً في المحاكم الكبرى والمحاكم المستعجلة[1]- هو المختص بنظر كافة الدعاوى المالية -بما في ذلك الدعاوى التجارية- بحسب الاختصاص الوارد في نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي[2]، وقد استمر القضاء التجاري في ولاية القضاء العام قرابة ستة أعوام.

النظام الإجرائي لنظر القضايا التجارية في هذه المرحلة:

كان تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية[3]، هو النظام الإجرائي المعمول به في حينه في تنظيم إجراءات نظر الدعاوى أمام المحاكم -وذلك يشمل القضايا التجارية- وهو عبارة عن تعليمات تبلغ (٩٦) فقرة، تناولت باختصار إجراءات نظر الدعاوى من القيد حتى صدور الحكم،

(١) كانت المحاكم المستعجلة في ذلك الوقت تختص بالدعاوى المالية التي لا تزيد عن ثلاثة آلاف وثلاثمائة قرش سعودي، إضافة لاختصاصها بنظر قضايا الجنح والتعزيرات الشرعية والحدود التي لا قطع فيها، وكانت المحاكم الكبرى تختص بالنظر في جميع القضايا والمخاصمات مما هو خارج عن اختصاص المحاكم المستعجلة، إضافة لإثبات الأهلة وكل ما نصت الأوامر والتعليمات الصادرة من جلالة الملك أو نائبه باختصاصها به. ينظر المواد (٥٢، ٨٢) من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي، وقد توالى تعديل هذه الاختصاصات.

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٠٩) بتاريخ ٢٤/ ١/ ١٣٧٢هـ، وقد أُلغي هذا النظام بصدور نظام المرافعات الشرعية بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ على أن يستمر العمل بالأحكام المتعلقة بتوثيق الإقرارات والعقود والأحكام المتعلقة بالضبوط والسجلات واختصاصات وصلاحيات كتاب الضبط وغيرهم من أعوان القضاء، وذلك إلى حين صدور التنظيمات الخاصة بذلك. وقد توالى صدور الأنظمة واللوائح ذات الصلة مما يتحقق معه إلغاء كافة مواد النظام.

(٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٠٩) بتاريخ ٢٤/ ١/ ١٣٧٢هـ، وقد ألغي بصدور نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢١) بتاريخ ٢٠/ ٥/ ١٤٢١هـ.

وإجراءات تمييز الأحكام[1]، إضافة لتعليمات تتعلق بالتوكيل، والأوقاف، وحجج الاستحكام. ولم يتضمن أي تعليمات خاصة بإجراءات نظر القضايا التجارية.

المطلب الثالث: جهات التقاضي وأنظمته الإجرائية للمدة من ١٣٨٠/٦/٢هـ إلى ١٤٠٧/١٢/٣٠هـ (لجان شبه قضائية تابعة لوزارة التجارة):

تبدأ هذه المرحلة بصدور قرار مجلس الوزراء ذي الرقم (٢٢٨) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٣٨٠هـ بأن يعهد باختصاصات المجلس التجاري الأعلى[2] لوزارة التجارة، وتطبيق العقوبات المنصوص عليها في نظام المحكمة التجارية والأنظمة التجارية الأخرى[3]، على إثر ذلك صدر قرار معالي وزير التجارة والصناعة رقم (٢٧٧) بتاريخ ٢٥/ ١/ ١٣٨٢هـ بإنشاء (هيئة فض المنازعات التجارية) تتكون من رئيس وعضوين أحدهما مستشار قانوني والثاني تاجر ترشحه الغرفة التجارية، وتشكيل هيئة استئنافية لها، ونظراً

(١) الاعتراض بطريق التمييز، فقد تضمن التنظيم أن الأحكام الصادرة في قضايا الحدود والجنح والتعزيرات، لا تنفذ إلا بعد تصديقها من رئيس القضاة ومن هيئة التمييز.

(٢) يقصد به الهيئة القضائية للمحكمة التجارية كما يستفاد من عدة مواد وردت في الباب الثالث من نظام المحكمة التجارية.

(٣) وقد يكون مرد ذلك عدم جاهزية القضاء العام في حينه لتولي الفصل في المنازعات التجارية، وعدم وجود بديل قضائي آخر لتولي هذه المهمة مع أهميتها، مما أدى لصعوبات في محاكمة المخالفين لبعض الأنظمة التجارية، وما طَلَب وزارة التجارة من مجلس الوزراء النظر في شكوى تتعلق بتقليد علامة فارقة (علامة تجارية) والمطالبة بمحاكمة المخالفين من قبلها إلا باعثاً رسمياً لإصدار هذا القرار.

لصدور بعض الأنظمة التجارية[1]، أصدر وزير التجارة والصناعة لاحقاً القرار رقم (٢٦٢) بتاريخ ٢٦/ ١١/ ١٣٨٤هـ بإعادة تشكيل (هيئة فض المنازعات التجارية) لتشكل الهيئة في كل من الرياض وجدة والدمام من رئيس وعضوين، ويكون أحدهما مستشاراً نظامياً والثاني تاجر ترشحه الغرفة التجارية التي يقع النزاع في دائرتها.

وتختص الهيئة بالفصل في المنازعات التجارية، والفصل في القضايا التي تعهد إليها بالنظر فيها الأنظمة والقرارات أو الأوامر، كما تختص بفرض العقوبات المنصوص عليها في نظامي تسجيل العلامات الفارقة، والأوراق التجارية، كانت الهيئة – فضلاً عن ذلك– تختص بنظر المنازعات الناشئة بين شركات الكهرباء والمستهلكين، بموجب قرار نائب رئيس مجلس الوزراء رقم (٢١٧٧٦) بتاريخ ٢٤/ ٣/ ١٣٨٣هـ، كما عهد إليها بنظر قضايا الدخان والراديوهات والمسجلات والأسطوانات وآلات الطرب وما أشبه ذلك بموجب الأمر السامي رقم (١٦٤٥٨) بتاريخ ١٥/ ٧/ ١٣٨٦هـ[2].

وبعد صدور نظام الشركات بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦) بتاريخ ٢٢/ ٣/ ١٣٨٥هـ الذي نص في المادة (الثانية والثلاثين بعد المائتين) على إنشاء هيئة تسمى (هيئة حسم منازعات الشركات التجارية) تختص بحسم المنازعات المتفرعة عن تطبيق النظام وتوقيع العقوبات المنصوص عليها فيه،

(١) كنظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) بتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ.

(٢) ينظر: القانون التجاري السعودي، د. الجبر، ص٣٥.

اقترحت وزارة التجارة والصناعة دمج الهيئتين في هيئة واحدة[1]، فصدر قرار مجلس الوزراء رقم (١٨٦) بتاريخ ٥/ ٢/ ١٣٨٧هـ بالموافقة على طلب وزارة التجارة والصناعة دمج هيئة فض المنازعات التجارية، وهيئة حسم منازعات الشركات التجارية في هيئة واحدة تسمى (هيئة حسم المنازعات التجارية) ويكون تشكيلها وفق نص المادة (٢٣٢) من نظام الشركات في كل من الرياض وجدة والدمام، وتشكيل هيئة تمييز تجارية برئاسة وكيل وزارة التجارة أو من ينوب عنه، وعضوية مستشارين قانونيين، تختص بالتصديق على القرارات الابتدائية إذا كان متفقة مع الشريعة والأنظمة السارية والعدالة أو إعادة نظر الموضوع إذا وجدت أن التظلم له اعتباره. ثم توالت التعديلات على تشكيل هذه الهيئة فقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٢١) بتاريخ ٧-٨/ ٩/ ١٣٨٨هـ المتضمن إعادة تشكيل هيئة حسم المنازعات التجارية لتكون من عضوين شرعيين وآخرين من وزارة التجارة والصناعة واعتبار قراراتها نهائية[2]، ثم أعيد النظر في هذا التشكيل

(١) هيئة فض المنازعات التجارية وهيئة حسم المنازعات التجارية؛ خشية من تداخل الاختصاص لهيئتين تابعتين لمرجع واحد.

(٢) كما صدر الخطاب السامي رقم (١٠١٨) في ١٩/ ١٠/ ١٣٩٠هـ بأن القرارات التي تصدر عن هيئات حسم المنازعات التجارية تعتبر نهائية، وجاء هذا الإجراء وفقًا للدكتور الدريب منعاً لازدواجية الإحكام، جراء لجوء بعض المحكوم عليهم إلى المحاكم الشرعية بعد صدور قرارات هيئات حسم المنازعات بالحكم، ينظر: التنظيم القضائي في المملكة، ص٤٥٣.

فأصبحت تُشَكل من عضوين شرعيين وعضو احتياطي شرعي[1]، وأخيراً استقر الأمر على تشكيل كل هيئة من عضوين شرعيين يرشحهما وزير العدل ومستشار قانوني يرشحه وزير التجارة[2].

وكانت هيئة حسم المنازعات التجارية تختص بالآتي:

أولاً: الدعاوى الناشئة بين التجار بسبب الأعمال التجارية الأصلية، المنصوص عليها في المادة الثالثة والأربعين بعد الأربعمائة من نظام المحكمة التجارية.

ثانياً: الدعاوى الناشئة عن تطبيق نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦) بتاريخ ٢٢/ ٣/ ١٣٨٥هـ.

ثالثاً: المنازعات الناشئة عن تطبيق نظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) بتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ[3].

علماً بأن هذه المنازعات الواردة في الفقرة (ثالثاً) خرجت لاحقاً عن اختصاص الهيئة بموجب قرارات وزير التجارة رقم (٣٥٣) ورقم (٣٥٤) بتاريخ ١١/ ٥/ ١٣٨٨هـ، ورقم (٣٥٨) بتاريخ ١٦/ ٥/ ١٣٨٨هـ، بإنشاء

(١) ينظر: كتاب وزير التجارة والصناعة الموجه إلى وزير العدل برقم (١٠١٢) بتاريخ ٢٣/ ١١/ ١٣٩٠هـ، نقلاً عن القانون التجاري السعودي، د. الجبر، ص٣٧.

(٢) وفقاً لكتاب رئيس مجلس الوزراء الموجه إلى وزير التجارة والصناعة برقم (٢٤٧٥٣) بتاريخ ١٨/ ١٢/ ١٣٩٢هـ، نقلاً عن القانون التجاري السعودي، د. الجبر، ص٣٧.

(٣) صدر قرار وزير التجارة والصناعة رقم (١٣٧) بتاريخ ٢٠/ ٢/ ١٣٨٧هـ بأن تكون هيئات حسم المنازعات التجارية هي المختصة بمباشرة المنازعات الناشئة عن تطبيق نظام الأوراق التجارية.

(لجان الأوراق التجارية) و(اللجنة القانونية-الاستئنافية) للنظر في القضايا الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الأوراق التجارية[1]، وكانت كل لجنة من اللجان آنفة الذكر تُشَكَّل من ثلاثة مستشارين قانونيين، ثم أنشئت في عام ١٤٠٣هـ مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية.

النظام الإجرائي لنظر القضايا التجارية في هذه المرحلة:

كان النظام الإجرائي المنظم لنظر هيئات حسم المنازعات التجارية هو ما تضمنه الباب الثالث من نظام المحكمة التجارية، فقد تضمن قرار وزير التجارة والصناعة رقم (٢٧٧) بتاريخ ٢٥/ ١/ ١٣٨٢هـ بشأن تشكيل هيئة فض المنازعات التجارية، أن تتبع الهيئة الإجراءات المنصوص عليها في النظام التجاري رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ (نظام المحكمة التجارية)، كما تضمن قراره رقم (٤٣٥) بتاريخ ١/ ٦/ ١٣٨٧هـ، بشأن إعادة تشكيل هيئة حسم المنازعات التجارية أن تتبع الهيئة الإجراءات المنصوص عليها في نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر السامي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ وذلك إلى حين صدور نظام إجراءات العمل في هيئات حسم المنازعات التجارية.

(١) كما عهد لهذه اللجان ببعض الاختصاصات الجزائية كتطبيق العقوبات الواردة في نظامي الوكالات التجارية، والمعايرة والمقاييس، وذلك بموجب قرار وزير التجارة رقم (١٢٨٥) بتاريخ ٢٨/ ٦/ ١٣٨٩هـ، نقلاً عن القانون التجاري السعودي، د. الجبر، ص٣٧.

كما كانت تصدر عند الحاجة تعليمات إجرائية، وذلك بقرارات وزارية لتنظيم إجراءات نظر هذه الهيئات أو اللجان المعنية بفض المنازعات الجارية، كما في قرار وزير التجارة رقم (٢٧٧) بتاريخ ٢٥/ ١/ ١٣٨٢هـ بشأن تشكيل هيئة فض المنازعات التجارية.

أما بخصوص لجان الفصل في منازعات الأوراق التجارية، فقد أصدر وزير التجارة قراره رقم (٧٢٩) بتاريخ ٧/ ١١/ ١٣٨٨هـ المتضمن أن تطبق لجان الأوراق التجارية في أعمالها الإجراءات والأصول المنصوص عليها في الفصل السادس حتى الفصل التاسع، وكذلك الفصل الثاني عشر من الباب الثالث من نظام المحكمة التجارية، ويجوز التظلم من قرارات هذه اللجان أمام وزير التجارة شريطة أن يقدم التظلم خلال ثلاثين يوماً التالية لتبليغه بالقرار، ثم أصدر وزير التجارة والصناعة تنظيماً إجرائياً لعمل هذه اللجان سمي (إجراءات الفصل في منازعات الأوراق التجارية)، وذلك بالقرار رقم (٢٠٩٣) بتاريخ ١٨/ ٦/ ١٤٠١هـ، ثم ألغي وحدث التنظيم بالقرار رقم (٨٥٩) بتاريخ ١٣/ ٣/ ١٤٠٣هـ، وقد تضمنت المادة الأولى من القرار: «فيما لم يرد فيه نص في هذا القرار تطبق الجهة المختصة بالفصل في منازعات الأوراق التجارية في أعمالها الأحكام المنصوص عليها في الفصل الخامس حتى الفصل التاسع وكذلك الفصل الثاني عشر من الباب الثالث من نظام المحكمة التجارية».

ونخلص مما سبق إلى أن الاختصاص بنظر المنازعات التجارية في هذه المرحلة تقاسمته لجنتان شبه قضائيتين تتبعان لوزارة التجارة هما هيئة حسم المنازعات التجارية، ولجان الأوراق التجارية، وأنه صحبه عدد من التغيرات

في الاختصاص، وفي تشكيل هذه اللجان، وفي حجية ما يصدر عنها من قرارات، وفي القواعد الإجرائية المنظمة لنظر هذه المنازعات، وقد استمر القضاء التجاري في ولاية اللجان شبه القضائية قرابة ثمانية وعشرين عاماً.

المطلب الرابع: جهات التقاضي وأنظمته الإجرائية للمدة من ١٤٠٨/١/١هـ إلى ١٤٣٨/١٢/٢٩هـ (ديوان المظالم ولجان شبه قضائية):

تبدأ هذه المرحلة بنفاذ قرار مجلس الوزراء رقم (٢٤١) بتاريخ ٢٦/ ١٠/ ١٤٠٧هـ المتضمن نقل اختصاصات هيئات حسم المنازعات التجارية بما فيها المنازعات المتفرعة عن تطبيق نظام الشركات، إلى ديوان المظالم اعتباراً من بداية السنة المالية ١٤٠٨هـ، وذلك إلى أن يتم تنفيذ أحكام قرار مجلس الوزراء رقم (١٦٧) في ١٤/ ٩/ ١٤٠١هـ[١]، ثم صدور المرسوم الملكي رقم (م/ ٦٣) بتاريخ ٢٦/ ١١/ ١٤٠٧هـ المتضمن إلغاء المادة الثانية والثلاثين بعد المائتين من نظام الشركات[٢] الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦) بتاريخ ٢٢/ ٥/ ١٣٨٨هـ.

(١) المتضمن: إنشاء محاكم متخصصة تفصل في المنازعات التجارية والعمالية والمرورية طبقاً للأنظمة والتعليمات التي أصدرها ولي الأمر، وبما لا يتعارض مع نص من الكتاب أو السنة أو الإجماع، وأن يخصص في محكمتي التمييز بالرياض ومكة المكرمة دائرتان لتمييز الأحكام الصادرة من المحاكم التجارية والعمالية والمرورية، وأن تُدرس الأنظمة السعودية في المعهد العالي للقضاء وفي كليات الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود وجامعة الملك عبد العزيز.

(٢) التي تقضي بإنشاء هيئة لحسم المنازعات الناشئة عن تطبيق النظام وتطبيق العقوبات المنصوص عليها فيه.

ولئن كان نقل هذا الاختصاص التجاري للقضاء الإداري ممثلاً في ديوان المظالم يعد نقلة إيجابية في مسار نظر القضايا التجارية من قبل قضاة مؤهلين وتحت مظلة جهة قضائية، إلا أنه كان مقرراً أن يكون إجراءً وقتياً، ومع ذلك فقد امتد لقرابة الثلاثين عاماً[١]، بل أضيفت دعاوى تجارية أخرى لاختصاص الديوان -إضافة لاختصاصات هيئة حسم المنازعات التجارية المشار لها آنفاً[٢]- ومن ذلك:

أولاً: الدعاوى الناشئة بين التجار عن الأعمال التجارية بالتبعية[٣]، وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٦١) بتاريخ ١٧/ ١١/ ١٤٢٣هـ[٤].

---

(١) يرى بعض الباحثين أن قرار نقل اختصاصات هيئات حسم المنازعات التجارية إلى ديوان المظالم جاء متمشياً مع اختصاصات ديوان المظالم الواردة في الفقرة (ح) من المادة الثامنة من نظام الديوان الصادر عام ١٤٠٢هـ التي كانت تقضي باختصاص ديوان المظالم بنظر الدعاوى التي من اختصاصه بموجب نصوص نظامية خاصة، وفي تقديري أن ذلك لا ينفي أن نظر الديوان لهذه القضايا التجارية، كان من المقرر أن يكون إجراءً وقتياً -كما تشير لذلك قرارات مجلس الوزراء رقم(٢٤١) بتاريخ ٢٦/ ١٠/ ١٤٠٧هـ ورقم (٢٦١) بتاريخ ١٧/ ١١/ ١٤٢٣هـ- له مبرراته؛ لأنها خارج الاختصاص الأصيل للديوان بصفته هيئة قضاء إداري كما هو نص المادة الأولى من النظام.

(٢) سبق وبينا انتقال الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق نظام الأوراق التجارية من هيئة حسم المنازعات التجارية، إلى لجان الأوراق التجارية بموجب قرارات وزير التجارة بتاريخ ١١/ ٥/ ١٣٨٨هـ، ثم إلى مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية، التي استمرت في مباشرة اختصاصها حتى سريان نظام التنفيذ عام ١٤٣٤هـ.

(٣) الأعمال التجارية بالتبعية هي الأعمال المدنية الأصل، التي تكتسب الصفة التجارية بسبب ممارستها من تاجر لمصلحة عمله التجاري، كشراء التاجر أجهزة حاسب آلي لإدارة عمله التجاري، أو سيارات لنقل ما ينتج من بضائع.

(٤) المتضمن أن يتولى ديوان المظالم النظر في القضايا الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية إلى حين إنشاء المحاكم التجارية. وكان المستقر في قضاء الديوان قبل صدور هذا القرار-تبعاً لاختصاص هيئة فض المنازعات التجارية- عدم اختصاص الديوان بنظر القضايا التجارية بالتبعية.

ثانياً: الدعاوى الناشئة عن تطبيق عدد من الأنظمة التجارية أو ذات الصلة بالعمل التجاري، كنظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥) بتاريخ ٤/ ٥/ ١٤٠٤هـ[١]، ثم بموجب نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢١) بتاريخ ٢٨/ ٥/ ١٤٢٣هـ[٢]، ونظام التسوية الواقية من الإفلاس الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٦) بتاريخ ٤/ ٩/ ١٤١٦هـ[٣]، ونظام الأسماء التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥) بتاريخ ١٢/ ٨/ ١٤٢٠هـ[٤]، ونظام البيانات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥) بتاريخ ١٤/ ٤/ ١٤٢٣هـ[٥]، ونظام الرهن التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٥) بتاريخ ٢١/ ١١/ ١٤٢٤هـ[٦]، ونظام مراقبة شركات التأمين

(١) وذلك بموجب قرار معالي رئيس الديوان رقم (١٥) لعام ١٤١١هـ. نقلًا عن القضاء التجاري بين الماضي والحاضر والمستقبل للدوسري، ص٩.

(٢) فقد تضمنت المادة (الثالثة والخمسون) من النظام: (يختص ديوان المظالم بالفصل في جميع الدعاوى المدنية والجنائية والمنازعات الناشئة عن تطبيق هذا النظام، وتوقيع الجزاءات المقررة لمخالفة أحكامه).

(٣) فقد تضمنت المادة (الثانية) أن التقدم بطلب التسوية الواقية من الإفلاس يكون إلى ديوان المظالم.

(٤) تضمنت المادة (الثامنة عشرة) من النظام: «يختص ديوان المظالم بالفصل في جميع الدعاوى والمنازعات الناشئة عن تطبيق هذا النظام».

(٥) تضمنت المادة (العاشرة) من النظام: «يختص ديوان المظالم بالفصل في المخالفات والمنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا النظام».

(٦) تضمنت المادة (الخامسة والعشرون) من النظام: «يختص ديوان المظالم بالفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا النظام»، ثم صدر المرسوم الملكي رقم (م/ ٢) بتاريخ ٥/ ١/ ١٤٣٣هـ المتضمن في فقرته الثانية: إحلال اسم (المحكمة المختصة) محل اسم (ديوان المظالم) أينما ورد في النظام.

التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٢) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ[١]، ونظام الغش التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩) بتاريخ ٢٣/ ٤/ ١٤٢٩هـ، وغيرها.

وأياً يكن فقد شهدت هذه المرحلة نقلة كبيرة في نظر القضايا التجارية وعودة كثير منها إلى كنف سلطة قضائية، حيث أنشئت في الديوان دوائر تجارية موزعة على فروع الديوان، كما أنشئت دوائر تدقيق الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر التجارية[٢]، التي كانت تختص بالاختصاصات التي كانت مناطة بهيئة حسم المنازعات التجارية، بما فيها المنازعات المتفرعة عن تطبيق نظام الشركات، إضافة للمنازعات

(١) تضمنت الفقرة (١) من المادة (الثانية والعشرين) من النظام: «دون إخلال باختصاصات اللجنة المنصوص عليها في المادة (العشرين) من هذا النظام يختص ديوان المظالم فيما يأتي: أ- الفصل في جميع المنازعات التي تقع بين شركات التأمين وشركات إعادة التأمين أو فيما بين كل منها»، ثم ألغي هذا الاختصاص بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٠) بتاريخ ٢٧/ ٥/ ١٤٣٤هـ المتضمن الموافقة على تعديل المادتين (العشرين) و(الثانية والعشرين) من النظام المتضمنة بعد التعديل تشكيل لجنة ابتدائية أو أكثر تتولى الفصل في جميع المنازعات الناشئة عن عقود التأمين، بما فيها التي تقع بين شركات التأمين وعملائها والمستفيدين من التغطية التأمينية، أو بين هذه الشركات وغيرها في حالة حلولها محل المؤمن له، والمنازعات التي تقع بين شركات التأمين وشركات إعادة التأمين أو فيما بين كل منها، أو المنازعات التي تقع بين تلك الشركات ومزاولي المهن الحرة المتعلقة بنشاط التأمين، إلى غير ذلك من الاختصاصات الواردة في المادة (العشرين) المعدلة، كما تضمنت المادة (الثانية والعشرون) معدلة: تشكيل لجنة استئنافية للنظر في التظلمات التي يقدمها ذوو الشأن على قرارات اللجان المنصوص عليها في المادة (العشرين) من هذا النظام، وتكون قراراتها نهائية غير قابلة للتظلم.

(٢) أنشئت بعد ذلك دوائر استئناف تجارية بعد استحداث محاكم الاستئناف الإدارية.

المتفرعة عن تطبيق نظام العلامات التجارية، أما بخصوص نظر الديوان للدعاوى الناشئة عن تطبيق عدد من الأنظمة التجارية أو ذات الصلة بالعمل التجاري -سوى ما ذكر آنفاً-، بما فيها الدعاوى الإدارية والجزائية، فقد كان نظر القضايا والمنازعات المتفرعة عن تطبيق هذه الأنظمة كانت تنظر من قبل الدوائر الإدارية في غالب الأحيان[1].

ومع ذلك فقد شهدت هذه المرحلة أيضاً تشكيل لجان ذات اختصاص قضائي لنظر بعض أنواع المنازعات التجارية ومن ذلك:

أولاً: مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية:

وهي امتداد (للجان الأوراق التجارية) التي كانت قائمة والمشار لها في المرحلة الثالثة، حيث أنشئت في عام ١٤٠٣هـ (مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية) بدلاً عن (لجان الأوراق التجارية) ليتولى الفصل في القضية عضو واحد بدل اللجنة، وقد استمرت هذه المكاتب في أداء عملها حتى ١٨/ ٤/ ١٤٣٤هـ، وهو تاريخ نفاذ نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٣) بتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ، الذي عد هذه الأوراق سندات تنفيذية[2].

---

(١) ينظر: القضاء التجاري بين الماضي والحاضر والمستقبل، محمد بن فهد الدوسري، ص١٨.

(٢) استمرت مكاتب الفصل في تلقي القضايا الجديدة في دعوى الحق العام من النيابة العامة في قضايا الشيكات والفصل فيها، إلى حين صدور تعميم رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٩٨/ت) (بتاريخ ١٦/ ٠٣/ ١٤٣٩هـ، المتضمن تحديد تاريخ ٠١/ ٠٦/ ١٤٣٩هـ موعدًا لنقل اختصاص مكاتب الفصل في منازعات =

ثانياً: لجنة تسوية المنازعات المصرفية:

أنشئت اللجنة بموجب الأمر السامي رقم (٨/٧٢٩) وتاريخ ١٠/ ٧/ ١٤٠٧هـ المتضمن في مادته الثانية تشكيل لجنة في مؤسسة النقد العربي السعودي من ثلاثة أشخاص من ذوي التخصص لدراسة القضايا بين البنوك وعملائها من أجل تسوية الخلافات وإيجاد الحلول المناسبة بين الطرفين طبقاً للاتفاقيات الموقعة بينهما. ثم تلى ذلك صدور الأمر الملكي رقم (٣٧٤٤١) وتاريخ ١١/ ٨/ ١٤٣٣هـ المتضمن في بنده الأول تعديل اسم (لجنة تسوية المنازعات المصرفية) ليصبح (لجنة المنازعات المصرفية) وتكون مختصة بالفصل في المنازعات المصرفية الأصلية والمنازعات المصرفية بالتبعية، كما نص البند الثاني من الأمر الملكي المشار إليه على أن تؤلف اللجنة من دائرة أو أكثر من ثلاثة أعضاء وعضو احتياطي، ويعين رئيس كل دائرة وأعضاؤها بأمر ملكي لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد، ونص البند الثالث على أن تصدر قرارات اللجنة بالأغلبية وتكون تلك القرارات قابلة للطعن أمام اللجنة الاستئنافية خلال ثلاثين يوماً من التاريخ المحدد لتسلم نسخة القرار، وإلا أصبح القرار غير قابل للطعن أمام أي جهة أخرى.

= الأوراق التجارية في الدعاوى العامة إلى القضاء العام (المحاكم الجزائية)، وبتاريخ ٢١/ ٠٢/ ١٤٤٢هـ صدر تعميم رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم (١٦٢٧/ ت) بنقل الاختصاص في قضايا الحق الخاص المنظورة لدى مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية إلى المحاكم والدوائر التجارية المختصة، ونقل الاختصاص في قضايا الحق العام إلى المحاكم والدوائر الجزائية اعتباراً من ٠١/ ٠٣/ ١٤٤٢هـ.

ثالثاً: لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية:

أنشئت لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية بموجب نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٢) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ، الذي تضمنت المادة (العشرون) منه أن تشكل لجنة أو أكثر من مجلس الوزراء بناء على توصية من وزير المالية تتولى الفصل في المنازعات التي تقع بين شركات التأمين وعملائها، أو بين هذه الشركات وغيرها في حالة حلولها محل المؤمن له، إلى غير ذلك من الاختصاصات الجزائية الواردة في المادة، ثم صدر المرسوم الملكي رقم (م/ ٣٠) وتاريخ ٢٧/ ٥/ ١٤٣٤هـ المتضمن تعديل المادتين (العشرين) و(الثانية والعشرين) وذلك بتشكيل لجنة ابتدائية أو أكثر تتولى الفصل في جميع المنازعات الناشئة عن عقود التأمين، بما فيها التي تقع بين شركات التأمين وعملائها والمستفيدين من التغطية التأمينية، أو بين هذه الشركات وغيرها في حالة حلولها محل المؤمن له، والمنازعات التي تقع بين شركات التأمين وشركات إعادة التأمين أو فيما بين كل منها، أو المنازعات التي تقع بين تلك الشركات ومزاولي المهن الحرة المتعلقة بنشاط التأمين، إلى غير ذلك من الاختصاصات الجزائية الواردة في المادة (العشرين) المعدلة، كما تضمنت المادة (الثانية والعشرون-معدلة) تشكيل لجنة استئنافية-يصدر أمر ملكي بتسمية رئيسها وأعضائها- للنظر في التظلمات التي يقدمها ذوو الشأن على قرارات اللجان المنصوص عليها في المادة (العشرين) من هذا النظام، وتكون قراراتها نهائية غير قابلة للتظلم.

رابعاً: لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية:

أُنشئت بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) وتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ المتضمن في بنده الثالث تشكيل لجنة باسم (لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية)، على أن تتكون اللجنة من دائرة أو أكثر، وتصدر قرارات اللجنة بالأغلبية ويجوز الاعتراض على قراراتها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار، وإلا يصبح القرار نهائياً غير قابل للطعن أمام أي جهة أخرى، وتختص اللجنة بالآتي:

١. الفصل في المخالفات والمنازعات ودعاوى الحق العام والخاص الناشئة من تطبيق أحكام نظام مراقبة شركات التمويل وأحكام نظام الإيجار التمويلي ولائحتيهما والقواعد والتعليمات الخاصة بهما.

٢. الفصل في تظلمات ذوي المصلحة من قرارات مؤسسة النقد العربي السعودي ذات الصلة، على أن يكون التظلم منها خلال ستين يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار[١].

خامساً: لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية:

أنشئت اللجنة بموجب المادة (الخامسة والعشرين) من نظام السوق المالية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٠) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ

(١) حدد المرسوم الملكي الحالات التي لا تدخل ضمن اختصاص اللجنة، وهي كالآتي:
الفصل في المنازعات الناشئة من عقود التمويل العقاري المبرمة بين المستفيدين والممولين العقاريين، وعقود الإيجار التمويلي إذا كان محل المنازعة حقاً عينياً على عقار.
الفصل في منازعات الأوراق المالية الناشئة من نشاط التمويل.

وتختص بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام نظام السوق المالية ولوائحه التنفيذية ولوائح الهيئة والسوق وقواعدهما وتعليماتهما في الحق العام والخاص، والنظر في التظلم من القرارات والإجراءات الصادرة عن الهيئة أو السوق، فللجنة عدد من الاختصاصات الجزائية والإدارية والمدنية ومنها التجاري المتمثل في منازعات الحق الخاص التي تقام بين المتعاملين في الأوراق المالية، إضافة لكونها الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام نظام الشركات فيما يتعلق بالشركات المساهمة المدرجة في السوق المالية، وفقاً للتفسير الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٩٥) بتاريخ ١٤٤٢/٨/٢٤هـ، للمقصود بالجهة القضائية المختصة المنصوص عليها في المادة (الثالثة والعشرين بعد المائتين) من نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) بتاريخ ١٤٣٧/١/٢٨هـ.

النظام الإجرائي لنظر القضايا التجارية في هذه المرحلة:

أما بخصوص إجراءات نظر القضايا التجارية في ديوان المظالم فقد كانت تنظر القضايا التجارية من قبل دوائر تجارية مشكلة في محاكم الديوان المتعددة، وقد أصدر رئيس الديوان القرار رقم (١٢) بتاريخ ١٤٠٨/٦/١٩هـ، المتضمن إجراءات نظر القضايا التجارية في الدوائر التجارية بالديوان، إضافة لذلك فإن القواعد الإجرائية الواردة في الباب الثالث من نظام المحكمة التجارية كانت نافذة في حينه.

أما بخصوص اللجان شبه القضائية المختصة بنظر المنازعات التجارية، فلكل لجنة قواعد إجرائية داخلية تسير عليها، ويلاحظ أن العمل الإجرائي

في هذه اللجان لم يكن على درجة واحدة من حيث تنظيم إجراءات نظرها للقضايا، فقد كانت لبعضها قواعد إجرائية واضحة ومكتوبة من حين إنشائها كما في مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية، إذ كانت تستند في إجراءات نظر المنازعات الداخلة في اختصاصها إلى (إجراءات الفصل في منازعات الأوراق التجارية)، الصادرة بقرار وزير التجارة رقم (٨٥٩) بتاريخ ١٣/ ٣/ ١٤٠٣هـ، وقد تضمنت المادة الأولى من القرار: «فيما لم يرد فيه نص في هذا القرار تطبق الجهة المختصة بالفصل في منازعات الأوراق التجارية في أعمالها الأحكام المنصوص عليها في الفصل الخامس حتى الفصل التاسع وكذلك الفصل الثاني عشر من الباب الثالث من نظام المحكمة التجارية».

والبعض الآخر لم تكن في بدايات عملها أنظمة أو قواعد إجرائية مكتملة وصادرة وفقاً للآلية المتبعة في صدور التنظيمات الإجرائية، فكانت اللجنة تجتهد في إجراءات نظرها وفقاً لما جرى عليه العمل في نظام المرافعات الشرعية الساري في حينه، أو استئناساً بما تضمنته الأنظمة الإجرائية المقارنة -قبل صدور نظام المرافعات الشرعية-، أو لمقتضيات المصلحة وما يقتضيه طبيعة النزاع، وكانت الأداة النظامية التي أنشئت بموجبها بعض هذه اللجان تعطي اللجنة هذه الصلاحية[1]، إلا أنه لاحقاً صدرت عدد من التنظيمات

(١) على سبيل المثال تضمنت المادة الثالثة من الأمر السامي رقم (٨/٧٢٩) وتاريخ ١٠/ ٧/ ١٤٠٧هـ -الذي بموجبه أنشئت لجنة تسوية المنازعات المصرفية- أن تقرر اللجنة الإجراءات التي يمكن اتخاذها لضمان تسوية القضايا، كما تضمنت الفقرة الثالثة من المرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) بتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ الذي بموجبه شكلت لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية أن لها جميع الصلاحيات =

الإجرائية على هيئة قواعد إجرائية تنظم إجراءات نظر هذه اللجان للدعاوى الداخلة ضمن اختصاصها، بعضها صادر عن الجهة الإدارية ذات الصلة بعمل اللجنة، والبعض الآخر صادر بقرار من مجلس الوزراء، ومن ذلك:

- لائحة إجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية، الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (١-٤-٢٠١١) بتاريخ ١٩/ ٢/ ١٤٣٢هـ[1].

- قواعد وإجراءات عمل لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) بتاريخ ٩/ ٥/ ١٤٣٥هـ.

- قواعد عمل لجنة المنازعات المصرفية واللجنة الاستئنافية للمخالفات والمنازعات المصرفية، الصادرة بالأمر الملكي رقم (٧١٣) بتاريخ ٤/ ١/ ١٤٣٨هـ.

- قواعد عمل لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية واللجان الاستئنافية للفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية، الصادرة بالأمر الملكي رقم (٧١٣) بتاريخ ٤/ ١/ ١٤٣٨هـ.

= الضرورية للتحقيق والفصل في الدعاوى -الداخلة في اختصاصها- بما في ذلك سلطة استدعاء الشهود وإصدار القرارات وفرض العقوبات والأمر بتقديم الأدلة والوثائق، وتضمنت الفقرة الثامنة أن تعد اللجنة الاستئنافية قواعد عمل اللجنتين (الابتدائية والاستئنافية) وبرفعها وزير المالية وتصدر بأمر ملكي خلال مدة لا تتجاوز ستين يوما من تاريخ تسمية أعضائها.

(١) عدلت هذه اللائحة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (١-١٠٤-٢٠١٧) بتاريخ ٢/ ٣/ ١٤٣٩هـ، وقد أصدر مجلس هيئة السوق المالية لائحة جديدة بالقرار رقم (١-١٥-٢٠٢٢) بتاريخ ١/ ٧/ ١٤٤٣هـ.

ولأن بعض هذه القواعد يتصف بالإيجاز، ولتلافي أي فراغ تنظيمي، تضمنت هذه القواعد ما يفيد بتطبيق أحكام نظام المرافعات الشرعية، ونظام الإجراءات الجزائية -بحسب الأحوال- على كل ما لم يرد فيه نص خاص في هذه القواعد، وذلك بالقدر الذي يتفق وطبيعة الدعاوى المعروضة[1].

المطلب الخامس: جهات التقاضي وأنظمته الإجرائية للمدة من ١٤٣٩/١/١هـ إلى الآن (المحاكم التجارية في القضاء العام، واللجان شبه القضائية):

تبدأ هذه المرحلة على إثر صدور قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٣٨/٤/١٤٩) بتاريخ ١٤٣٨/١١/١٨هـ المتضمن سلخ الدوائر التجارية ودوائر الاستئناف التجاري التابعة لديوان المظالم إلى المحاكم والدوائر التجارية بالقضاء العام ومباشرتها اختصاصاتها المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية اعتباراً من تاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، وذلك إنفاذًا لما تضمنته الفقرات (٦) و(٨) من البند الثامن من آلية العمل التنفيذية لنظام

(١) ينظر على سبيل المثال: المادة (الثالثة والسبعون) من لائحة إجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية، الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (١-٤-٢٠١١) بتاريخ ١٩/ ٢/ ١٤٣٢هـ، المادة (الثانية عشرة) من قواعد وإجراءات عمل لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية، المادة (الرابعة) من قواعد عمل لجنة المنازعات المصرفية واللجنة الاستئنافية للمخالفات والمنازعات المصرفية، والمادة (الرابعة) من قواعد عمل لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية واللجان الاستئنافية للفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية.

القضاء الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ[١]، ويأتي ذلك إعمالاً لنظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ المتضمن استحداث محاكم تجارية ضمن محاكم الدرجة الأولى.

وأهم ما يميز هذه المرحلة عودة الاختصاص القضائي بنظر القضايا التجارية -التي كانت ضمن اختصاص ديوان المظالم- إلى مرجعها الطبيعي وهو القضاء العام، وإنشاء محاكم تجارية متخصصة، إضافة إلى صدور نظام إجرائي ينظم تشكيل المحاكم التجارية واختصاصاتها، وإجراءات نظرها للقضايا والطلبات.

وقد مرت المحاكم التجارية في هذه المرحلة بطورين: الأول: ما قبل نفاذ نظام المحاكم التجارية[٢]، والثاني: ما بعد نفاذ نظام المحاكم التجارية وذلك على النحو الآتي:

(١) تضمنت الفقرة (٦) أن تسلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم إلى المحاكم التجارية، وكذلك سلخ دوائر التدقيق التجاري من ديوان المظالم إلى محاكم الاستئناف، كما تضمنت الفقرة (٨) أن يحدد المجلس الأعلى للقضاء فترة انتقالية -بعد تعديل نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية- لتباشر بعدها المحاكم التجارية اختصاصها.

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣) بتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ، وقد تضمنت المادة (السادسة والتسعون) منه: أن يعمل بالنظام بعد ستين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وقد نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٤/ ٨/ ١٤٤١هـ، وأصبح نافذاً بتاريخ ٢٥/ ١٠/ ١٤٤١هـ.

أولاً: من ١/ ١/ ١٤٣٩هـ إلى ٢٤/ ١٠/ ١٤٤١هـ (ما قبل نفاذ نظام المحاكم التجارية):

وفي هذا الطَّور أنشئت المحاكم التجارية وباشرت اختصاصاتها ضمن المحاكم المتخصصة في الدرجة الابتدائية، وشكلت هذه المحاكم من الدوائر التجارية التي سلخت من ديوان المظالم، كما استحدثت دوائر استئناف تجارية بمحاكم الاستئناف متمثلة في دوائر التدقيق التجاري التي سلخت من ديوان المظالم.

وكان اختصاص المحاكم التجارية -وفقاً لما تضمنته المادة (الخامسة والثلاثون) من نظام المرافعات الشرعية- يتمثل في الآتي:

١. جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار.

٢. الدعاوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية.

٣. المنازعات التي تحدث بين الشركاء في الشركات.

٤. جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية، وذلك دون إخلال باختصاص ديوان المظالم.

٥. دعاوى الإفلاس والحجر على المفلسين ورفعه عنهم.

٦. المنازعات التجارية الأخرى.

ومن الجدير بالذكر هنا أن هذا الطور تضمن توسعاً في اختصاص المحاكم التجارية عمَّا كان الحال عليه في الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم[1].

(١) من ذلك ما تضمنته الفقرة (ب) من المادة (الخامسة والثلاثين) من اختصاص المحاكم التجارية بالدعاوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية، =

ثانياً: من ٢٥/ ١٠/ ١٤٤١هـ إلى الآن (ما بعد نفاذ نظام المحاكم التجارية):

وفي هذا الطَّور أعيد تشكيل المحاكم التجارية وفقاً لما تضمنه نظام المحاكم التجارية ومن ذلك أن تُكَوّن المحاكم التجارية من دوائر استئناف ودوائر ابتدائية، وأصبح اختصاص المحاكم التجارية -وفقاً لما تضمنته المادة (السادسة عشرة) من نظام المحاكم التجارية- يتمثل في الآتي:

١. المنازعات التي تنشأ بين التجار بسبب أعمالهم التجارية.

٢. الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على مائة ألف ريال، وللمجلس عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة.

= في حين كان قضاء الديوان مستقراً -وفقاً لنظام المحكمة التجارية- على اشتراط أن يكون طرفا الدعوى تاجرين لينعقد الاختصاص للديوان، كما أن الفقرة (و) تضمنت اختصاص المحاكم التجارية بالمنازعات التجارية الأخرى، وهو نص عام، كما تضمن المرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ -الصادر به نظام المرافعات الشرعية- عدداً من النصوص التي يترتب عليها توسع اختصاص المحاكم التجارية في القضاء العام عما كان عليه العمل في ديوان المظالم ومن ذلك: ١- إلغاء العبارة الواردة في الفقرة (د) من المادة (الثانية) من نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) بتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ التي جاء فيها: «... متى كان المقاول متعهداً بتوريد المؤن والأدوات اللازمة لها». ٢- إلغاء العبارة الواردة في عجز المادة (الثالثة) من نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) بتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ التي جاء فيها «... كما وأن دعاوى العقارات وإيجاراتها لا تعد من الأعمال التجارية» وجميع ذلك اعتباراً من إنشاء المحاكم التجارية ومباشرتها اختصاصاتها.

٣. منازعات الشركاء في شركات المضاربة[١].

٤. الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الشركات.

٥. الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الإفلاس.

٦. الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام أنظمة الملكية الفكرية.

٧. الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام الأنظمة التجارية الأخرى.

٨. الدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخبير المعينين ونحوهم؛ متى كان النزاع متعلقاً بدعوى تختص بنظرها المحكمة.

٩. دعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن دعوى سبق نظرها من المحكمة.

ومن الجدير بالذكر هنا أن هذا الطور وإن تضمن توسعاً في اختصاصات المحاكم التجارية عما كان الحال عليه في الطور الأول، وذلك باختصاص المحاكم التجارية بنظر الدعاوى الإدارية[٢] الناشئة عن تطبيق نظام

(١) ثم عدلت هذه الفقرة على إثر صدور نظام المعاملات المدنية وذلك بموجب ديباجة المرسوم الملكي رقم (م/ ٩١) بتاريخ ١٤٤٤/١١/٢٩هـ لتكون بالنص الآتي: «المنازعات التي تنشأ عن عقود المشاركة المنصوص عليها في نظام المعاملات المدنية».

(٢) يستفاد ذلك من عدم اشتمال المادة (السادسة عشرة) من نظام المحاكم التجارية على عبارة (دون إخلال باختصاص ديوان المظالم) التي كانت موجودة في الفقرة (د) من المادة (الخامسة والثلاثين) من نظام المرافعات الشرعية.

الشركات ونظام الإفلاس وأنظمة الملكية الفكرية، والأنظمة التجارية الأخرى، إضافة لاختصاص المحكمة بنظر الدعاوى والمخالفات الناشئة عن تطبيق أحكام أنظمة الملكية الفكرية، والدعاوى والطلبات المتعلقة بالحارس القضائي والأمين والمصفي والخبير المعينين ونحوهم؛ متى كان النزاع متعلقاً بدعوى تختص بنظرها المحكمة، ودعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن دعوى سبق نظرها من المحكمة، إلا أن نظام المحاكم التجارية أضاف حدّاً قيمياً لما تختص المحكمة بنظره في الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، وذلك بأن تكون قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على مائة ألف ريال، وللمجلس عند الاقتضاء زيادة هذه القيمة، وقد تضمنت اللائحة التنفيذية للنظام[1] -المقرة من المجلس الأعلى للقضاء- زيادة هذه القيمة إلى خمسمائة ألف ريال.

أما بخصوص اللجان شبه القضائية التي تنظر منازعات تجارية وفقاً لاختصاصاتها المنصوص عليها في الأنظمة والأوامر ذات الصلة، فلم تشهد هذه المرحلة -حتى الآن- استحداث لجان شبه قضائية جديدة تنظر منازعات التجارية، بل شهدت هذه المرحلة إنهاء عمل مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بشكل نهائي، وذلك بنقل اختصاص المكاتب في قضايا الحق الخاص المنظورة لدى مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية[2]

(١) تضمنت المادة (الحادية والثلاثون) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية: «تختص المحاكم التجارية في الدعاوى المقامة على التاجر في منازعات العقود التجارية، متى كانت قيمة المطالبة الأصلية في الدعوى تزيد على خمسمائة ألف ريال».

(٢) المقصود القضايا المنظورة لدى مكاتب الفصل قبل نفاذ نظام التنفيذ ولم يفصل فيها حتى تاريخ القرار.

إلى المحاكم والدوائر التجارية المختصة، ونقل الاختصاص في قضايا الحق العام إلى المحاكم والدوائر الجزائية اعتباراً من ٠١/ ٠٣/ ١٤٤٢هـ، وذلك بموجب قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩/ ٢١/ ٤٢) بتاريخ ١٣/ ٢/ ١٤٤٢هـ[١]، في حين استمرت غالب اللجان شبه القضائية الأخرى التي كانت موجودة في المرحلة السابقة في ممارسة اختصاصاتها، كلجنة المنازعات المصرفية، ولجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية، ولجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية، ولجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية.

النظام الإجرائي لنظر القضايا التجارية في هذه المرحلة:

أما بخصوص إجراءات نظر القضايا التجارية في المحاكم التجارية فقد مرت كذلك بطورين:

الأول قبل نفاذ نظام المحاكم التجارية: وكان نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، ولوائحه التنفيذية الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٣٩٩٣٣) بتاريخ ١٩/ ٥/ ١٤٣٥هـ، ثم اللائحة التنفيذية لإجراءات الاستئناف الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٥١٣٤) بتاريخ ١٢/ ٩/ ١٤٤٠هـ، هي القواعد الإجرائية المنظمة لإجراءات نظر القضايا التجارية في المحاكم التجارية بمختلف درجاتها[٢]، وعلى إثر ذلك أصدر معالي وزير

(١) بناء على المحضر المعد من ممثلي المجلس الأعلى للقضاء، ووزارة العدل، ووزارة التجارة، وأبلغ القرار للمحاكم بالتعميم رقم (١٦٢٧/ ت) بتاريخ ٢١/ ٠٢/ ١٤٤٢هـ.

(٢) إضافة لما يصدر من المجلس الأعلى للقضاء -وفقاً لاختصاصه- من تعليمات ذات صلة، كضوابط نظر الدعاوى من قبل الدائرة الابتدائية التجارية المؤلفة من ثلاثة

العدل القرار رقم (١٩٦٨) بتاريخ ٩/ ٦/ ١٤٣٩هـ، المتضمن عدداً من التعديلات على اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ذات الصلة بنظر القضايا التجارية[١].

الثاني بعد صدور نظام المحاكم التجارية: أصبح فيه نظام المحاكم التجارية ولائحته التنفيذية هما النظام الإجرائي المنظم لإجراءات نظر القضايا التجارية، مع بقاء مرجعية نظام المرافعات الشرعية في التطبيق فيما يحيل عليه نظام المحاكم التجارية[٢]، أو فيما لم يرد فيه نص خاص في نظام المحاكم التجارية، وبما لا يخالف طبيعة الدعوى التجارية، وفقاً لما تضمنته المادة (الثالثة والتسعون) من نظام المحاكم التجارية. ويرى الباحث أن ذلك

قضاة، أو المؤلفة من قاض فرد، الصادرة بقرار المجلس رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) وتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ المبلغة بتعميم رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٦٧/ ت) بتاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، وضوابط ما تنظره دوائر الاستئناف التجارية في محاكم الاستئناف من الاعتراضات على الأحكام والقرارات الصادرة عن الدوائر التجارية بطريق الاستئناف أو التدقيق، الصادرة بقرار المجلس رقم (٤٠٧/ ١٠/ ٤٠) بتاريخ ١٥/ ٢/ ١٤٤٠هـ، المبلغة بتعميم رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم (١١٧٢/ ت) بتاريخ ١٩/ ٢/ ١٤٤٠هـ، وتاريخ سريان مباشرة المحكمة العليا لاختصاصاتها في نظر الاعتراضات على الحكام والقرارات الصادرة في القضايا التجارية، الصادرة بقرار المجلس رقم (٤٠٨/ ١٠/ ٤٠) وتاريخ ١٥/ ٢/ ١٤٤٠هـ، المبلغة بتعميم رئيس المجلس الأعلى للقضاء رقم (١١٧٠/ ت) بتاريخ ١٩/ ٢/ ١٤٤٠هـ.

(١) وعددها أحد عشر ما بين إضافة وحذف تتعلق بموعد الجلسة الأولى، والتحقق من المسائل الأولية فيها، وتبادل المذكرات، والحد الأقصى للجلسات في الدعاوى التجارية، واستجواب الخصم ومناقشة الشاهد، وميعاد إيداع تقرير الخبرة، وطلب الاطلاع على المستندات.

(٢) كما في المادة (السادسة والثمانون) بشأن التماس إعادة النظر.

أحدث شيئًا من الارتباك في النظر الإجرائي؛ نظرًا لتعدد الأنظمة الإجرائية المنظمة لنظر القضايا التي تختص بها المحاكم التجارية من جهة[1]، إضافة لما يتسم به نظام المحاكم التجارية من إيجاز من جهة أخرى، مما يستلزم المواءمة بين النظامين وحسن التقدير بشأن ما تقتضيه طبيعة الدعوى التجارية.

أما بخصوص اللجان شبه القضائية التي تنظر منازعات تجارية، كلجنة المنازعات المصرفية، ولجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية، ولجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية، ولجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، فقد كانت تمارس اختصاصاتها وفقاً للقواعد الإجرائية المنظمة لإجراءات نظر هذه اللجان، والتي سبق الإشارة لها في المرحلة الرابعة، ولم يطرأ حتى تاريخه كبير تحديث على القواعد الإجرائية المنظمة لعملها سوى اللائحة الجديدة لإجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية، الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (١-١٥-٢٠٢٢) بتاريخ ١/ ٧/ ١٤٤٣هـ.

(١) فنظام المحاكم التجارية هو الأصل، إضافة لنظام المرافعات الشرعية، ولكل واحد من النظامين لائحة تنفيذية، إضافة لضرورة الإلمام بنظام الإجراءات الجزائية ولائحته التنفيذية باعتباره المنظم لنظر الدعاوى الجزائية التي تختص بنظرها المحاكم التجارية وفقًا للفقرات: (د، هـ، و، ي) من المادة السادسة عشرة من نظام المحاكم التجارية، إضافة إلى مراعاة المدد المنصوص عليها في الأنظمة الخاصة، وقواعد الإثبات في القضاء الإداري عند نظر المنازعات الإدارية التي تختص بنظرها المحاكم التجارية.

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي عرضت فيه مراحل التطور التنظيمي للقضاء التجاري في المملكة العربية السعودية، فيما يتعلق بجهات التقاضي وأنظمته الإجرائية، فإني أقدم ملخصًا لما خلصت إليه من نتائج، وتوصيات:

النتائج:

١. المقصود بالقضاء التجاري، القضاء المختص بالفصل في المنازعات الناشئة بسبب أعمال تجارية وفقًا للأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، أيًّا كان مسمى الجهة المناط بها الفصل في هذه المنازعات.

٢. النظام القضائي في المملكة أخذ بالنظام القضائي المزدوج المتمثل في الفصل بين الجهات التي تنظر في المنازعات الإدارية عن القضاء العام، إضافة لاستحداث لجان ذات اختصاصات قضائية (لجان شبه قضائية).

٣. اللجان شبه القضائية هي لجان تختص بالفصل في دعاوى مدنية أو جزائية أو كليهما بموجب نظام يمنحها هذا الاختصاص وتصدر أحكامًا نهائية -التقاضي فيها على درجتين- لا تخضع للاعتراض أمام جهة قضائية أخرى، ولا يجوز إثارة النزاع الذي تختص به أمام جهة قضائية أخرى.

٤. أولى خطوات تنظيم القضاء التجاري في المملكة كانت الهيئة التجارية التي تألفت بأمر جلالة الملك عبد العزيز يَرَحَمُهُ ٱللَّهُ وسميت (مجلس التجار) لتتولى النظر في الخلافات التي تقع بين التجار في المسائل التجارية مما يعود

أمره للعرف التجاري، ولم تباشر عملها لعدم نفاذ نظام المجلس التجاري المنظم لعملها.

٥. أولى المراحل العملية لتنظيم القضاء التجاري في المملكة تتمثل في صدور نظام المحكمة التجارية بتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ، ومن ثم إنشاء المحكمة التجارية في مدينة جدة، التي كانت تختص فعليا بالقضايا التجارية في إقليم الحجاز فقط، وقد استمر القضاء التجاري في ولاية المحكمة التجارية قرابة خمسة وعشرين عاماً.

٦. انتقل اختصاص نظر القضايا التجارية للقضاء العام على إثر إلغاء المحكمة التجارية بتاريخ ٢٧/ ١٠/ ١٣٧٤هـ، وكان تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية، هو النظام الإجرائي المعمول به في حينه في تنظيم إجراءات نظر الدعاوى أمام المحاكم، وقد استمر القضاء التجاري في ولاية القضاء العام قرابة ستة أعوام.

٧. انتقل اختصاص نظر المنازعات التجارية إلى لجان شبه قضائية، وذلك على إثر صدور قرار مجلس الوزراء بتاريخ ٢/ ٦/ ١٣٨٠هـ، وفي هذه المرحلة تقاسمته لجنتان شبه قضائيتين تتبعان لوزارة التجارة هما هيئة حسم المنازعات التجارية، ولجان الأوراق التجارية، وصحب هذه المرحلة عدد من التغيرات في الاختصاص، وفي تشكيل هذه اللجان، وفي حجية ما يصدر عنها من قرارات، وفي القواعد الإجرائية المنظمة لنظر هذه المنازعات، وقد استمر القضاء التجاري في ولاية اللجان شبه القضائية قرابة ثمانية وعشرين عاماً.

٨. انتقلت اختصاصات هيئات حسم المنازعات التجارية بما فيها المنازعات المتفرعة عن تطبيق نظام الشركات إلى ديوان المظالم اعتباراً من بداية عام ١٤٠٨هـ، وذلك على إثر نفاذ قرار مجلس الوزراء رقم (٢٤١) بتاريخ ٢٦/ ١٠/ ١٤٠٧هـ، كما أضيفت دعاوى تجارية أخرى لاختصاص الديوان، كما شهدت هذه المرحلة الممتدة من بداية عام ١٤٠٨هـ إلى نهاية عام ١٤٣٨هـ إنشاء عدة لجان شبه قضائية لنظر بعض أنواع المنازعات التجارية، وكان نظر القضايا التجارية في الدوائر التجارية بالديوان وفقاً لقواعد داخلية صادرة عن رئيس الديون، إضافة للقواعد الإجرائية الواردة في الباب الثالث من نظام المحكمة التجارية، ويلاحظ أن العمل الإجرائي في اللجان شبه القضائية لم يكن على درجة واحدة من حيث تنظيم إجراءات نظرها للقضايا، وفي مرحلة متأخرة صدرت عدد من التنظيمات الإجرائية على هيئة قواعد إجرائية تنظم إجراءات نظر هذه اللجان للدعاوى الداخلة ضمن اختصاصها.

٩. بنفاذ قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (١٤٩/ ٤/ ٣٨) بتاريخ ١٨/ ١١/ ١٤٣٨هـ، سلخت الدوائر التجارية ودوائر الاستئناف التجاري التابعة لديوان المظالم إلى المحاكم والدوائر التجارية بالقضاء العام وباشرت اختصاصاتها المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية اعتباراً من تاريخ ١/ ١/ ١٤٣٩هـ، إعمالا لنظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ، فأنشأت محاكم تجارية متخصصة، أعقب ذلك صدور نظام المحاكم التجارية، كنظام إجرائي ينظم تشكيل المحاكم التجارية

واختصاصاتها، وإجراءات نظرها للقضايا والطلبات، ولم تشهد هذه المرحلة -حتى الآن- استحداث لجان شبه قضائية جديدة تنظر منازعات التجارية، بل شهدت إنهاء عمل مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بشكل نهائي، في حين استمرت غالب اللجان شبه القضائية التي كانت موجودة في المرحلة السابقة في ممارسة اختصاصاتها وفقًا للقواعد الإجرائية المنظمة لإجراءات نظر هذه اللجان، والتي سبق الإشارة لها في المرحلة السابقة، ولم يطرأ حتى تاريخه كبير تحديث على القواعد الإجرائية المنظمة لعملها سوى اللائحة الجديدة لإجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية.

التوصيات:

يوصي الباحث بما يأتي:

١. أهمية الاستعجال في معالجة وضع اللجان شبه القضائية التي تنظر قضايا تجارية، ونقل اختصاصات هذه اللجان إلى القضاء العام ممثلًا في المحاكم التجارية، إعمالًا لقرار مجلس الوزراء رقم (١٦٧) في ١٤/ ٩/ ١٤٠١هـ، ولما تضمنته أحكام آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء ونظام ديوان المظالم.

٢. تطوير قواعد اختيار القضاة، وتحديد ما يتعلق بالأعمال القضائية النظيرة المطلوبة لشغل الدرجات القضائية، وكذلك تحديث برامج تدريب القضاة بما يسهم في استقطاب كفاءات قضائية جديدة، وتطوير الكفاءات الموجودة بما يضمن نجاح نقل اختصاصات اللجان شبه القضائية إلى القضاء العام.

٣. الاكتفاء بنظام إجرائي واحد للمرافعات المدنية والتجارية أمام محاكم القضاء العام، وذلك بتحديث نظام المرافعات الشرعية، وإضافة مواد خاصة ببعض أنواع القضاء المتخصص -كالمحاكم التجارية- عند الاقتضاء.

المراجع

١. **التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية**، محمد عبد الجواد محمد، دار المعارف، الإسكندرية، ١٣٩٧هـ.

٢. **التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية**، د. سعود بن سعد آل دريب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٩هـ.

٣. **الجريدة الرسمية (أم القرى) اللسان الدستوري للملكة العربية السعودية**، د. إبراهيم بن محمد الحديثي، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية جامعة القصيم المجلد (١٢) العدد (٥)، شعبان ١٤٤٠هـ.

٤. **فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ**، جمع محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، ط١، ١٣٩٩هـ.

٥. **القانون التجاري السعودي**، حمزة المدني، دار المدني، جدة، ط١، ١٤٠٦هـ.

٦. **القانون التجاري السعودي**، د. محمد بن حسن الجبر، دار الإجادة، الرياض، ط٦، ١٤٤٣هـ.

٧. **القضاء التجاري بين الماضي والحاضر والمستقبل**، معالي الشيخ محمد بن فهد الدوسري، بحث منشور على الشبكة العالمية.

٨. **القضاء التجاري بين الولاية والاختصاص**، د. عمر بن عبد الله بن طالب، بحث منشور على الشبكة العالمية.

٩. **محاكم القضاء التجاري في المملكة العربية السعودية**، د. محمد ليبيا، د. محمد نقاسي، محمد بن حريز، ماهر عبد الله، بحث منشور في العدد الخامس والثلاثين- الجزء الأول من مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا.

١٠. **النظام القضائي في المملكة العربية السعودية: نشأته وتطوره**، عبد الرزاق خلف الطائي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١١) العدد (٤٢)، السنة (٢٠٠٩م).

الأنظمة واللوائح:

١١. **آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء**، الصادرة بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

١٢. **تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٠٩) بتاريخ ٢٤/ ١/ ١٣٧٢هـ.

١٣. **لائحة إجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية**، الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (١-٤-٢٠١١) بتاريخ ١٩/ ٢/ ١٤٣٢هـ.

١٤. **لائحة إجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية**، الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (١-١٥-٢٠٢٢) بتاريخ ١/ ٧/ ١٤٤٣هـ.

١٥. **اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية**، الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٣٩٩٣٣) بتاريخ ١٩/ ٥/ ١٤٣٥هـ.

١٦. **اللائحة التنفيذية لإجراءات الاستئناف**، الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٥١٣٤) بتاريخ ١٢/ ٩/ ١٤٤٠هـ.

١٧. **قواعد عمل لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية واللجان الاستئنافية للفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية**، الصادرة بالأمر الملكي رقم (٧١٣) بتاريخ ٤/ ١/ ١٤٣٨هـ.

١٨. **قواعد وإجراءات عمل لجان الفصل في المنازعات والمخالفات التأمينية**، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) بتاريخ ٩/ ٥/ ١٤٣٥هـ.

١٩. **قواعد عمل لجنة المنازعات المصرفية واللجنة الاستئنافية للمخالفات والمنازعات المصرفية**، الصادرة بالأمر الملكي رقم (٧١٣) بتاريخ ٤/ ١/ ١٤٣٨هـ.

٢٠. **نظام الأسماء التجارية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥) بتاريخ ١٢/ ٨/ ١٤٢٠هـ.

٢١. **نظام الأوراق التجارية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) بتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ.

٢٢. **النظام البحري**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٣) بتاريخ ٥/ ٤/ ١٤٤٠هـ.

٢٣. **نظام البيانات التجارية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٥) بتاريخ ١٤/ ٤/ ١٤٢٣هـ.

٢٤. **نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١٠٩) بتاريخ ٢٤/ ١/ ١٣٧٢هـ.

٢٥. **نظام التسوية الواقية من الإفلاس**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٦) بتاريخ ٤/ ٩/ ١٤١٦هـ.

٢٦. **نظام التنفيذ**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٣) بتاريخ ١٣/ ٨/ ١٤٣٣هـ.

٢٧. **نظام الدفاتر التجارية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦١) بتاريخ ١٧/ ١٢/ ١٤٠٩هـ.

٢٨. **نظام ديوان المظالم**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢/ ١٣/ ٨٧٥٩) بتاريخ ١٧/ ٩/ ١٣٧٤هـ.

٢٩. **نظام ديوان المظالم**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥١) بتاريخ ١٧/ ٧/ ١٤٠٢هـ.

٣٠. **نظام ديوان المظالم**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

٣١. **نظام الرهن التجاري**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٥) بتاريخ ٢١/ ١١/ ١٤٢٤هـ.

٣٢. **نظام السوق المالية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٠) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ.

٣٣. **نظام الشركات**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٦) بتاريخ ٢٢/ ٣/ ١٣٨٥هـ.

٣٤. **نظام الشركات**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣) بتاريخ ٢٨/ ١/ ١٤٣٧هـ.

٣٥. **نظام العلامات التجارية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥) بتاريخ ٤/ ٥/ ١٤٠٤هـ.

٣٦. **نظام العلامات التجارية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٢١) بتاريخ ٢٨/ ٥/ ١٤٢٣هـ.

٣٧. **نظام الغش التجاري**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٩) بتاريخ ٢٣/ ٤/ ١٤٢٩هـ.

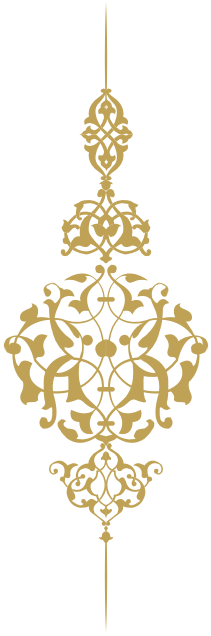
٣٨. **نظام المحاكم التجارية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٩٣) بتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤١هـ.

٣٩. **نظام المحكمة التجارية**، ويسمى أيضاً النظام التجاري، الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) بتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ.

٤٠. **نظام المرافعات الشرعية**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

٤١. **نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٢) بتاريخ ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ.

٤٢. **نظام القضاء**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.



أحكام الفاتورة الضريبية الإلكترونية في النظام السعودي

دراسةٌ تأصيليةٌ مقارنةٌ

د. محمد بن رزق الله محمد السُّلمي

الأستاذ المشارك بقسم الأنظمة - كلية الدراسات القضائية والأنظمة

بجامعة أم القرى

mrsolamy@uqu.edu.sa

مقدمة

تُعدُّ الرقابةُ من أهم الأساليب الإدارية المستخدمة في متابعةِ تنفيذ القوانين وضمانِ امتثال المخاطبين بها، فهي عنصرٌ يلازم كل تنظيمٍ إداري، كما تُعدُّ وسيلةً ناجعةً للإدارات الرسمية في الوصول إلى المؤشرات العامة عن القضايا والممارسات والأعمال داخل الدولة في شتى المجالات، وتأتي الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة ضمن أهم أدوات هذه الرقابة، إضافةً إلى اتصالها المباشر بضبط التعاملات المالية وإثباتها وحسم المنازعات حولها، ولا يخفى أن المال هو إحدى الضروريات الخمس التي أولتها الشريعةُ الإسلاميةُ السمحةُ عنايةً خاصةً، قال تعالى: ﴿يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[النساء: ٢٩]، وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[البقرة: ٢٨٢]، فالتوثيق مطلبٌ شرعيٌّ مهمٌّ في الحياة.

وقد بدأت الدول في السنوات الأخيرة -ومنها المملكة العربية السعودية- في استخدام هذه الأداة، والاستفادة من مزاياها من نواحٍ: مالية واقتصادية وتجارية واجتماعية، وسنّت من أجل ذلك أحكامًا تنظيميةً وفنيةً وعقابيةً تكفل تطبيقها والامتثال لأحكامها، ولهذا أصدرت المملكة العربية السعودية -رعاها الله- عدةَ أنظمةٍ ولوائحَ تناولت تنظيم الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، فجاء النصُّ عليها في نظام ضريبة القيمة المضافة ولائحته التنفيذية، ولائحة الفاتورة الإلكترونيَّة، وبعض القرارات الأخرى وَفق ما سيأتي تفصيله في موضعه من البحث.

أولاً: موضوع البحث وأهميته:

تناول هذا البحثُ (أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة في النظام السعودي: دراسة تأصيلية مقارنة)، ويستمد البحث أهميته من أهمية المحل الذي تسعى الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة إلى حمايته، فالفاتورة الإلكترونيَّة باتت وسيلةً ناجعةً في حماية الإيرادات الضريبيَّة من التهرب عن تأديتها من خلال الحوكمة الضريبيَّة، وما تكشف عنه الفاتورة الإلكترونيَّة من عمليات بيع وشراء كمًّا ونوعًا، وكذلك تؤدي الفاتورة الإلكترونيَّة دورًا مهمًّا في توفير المعلومات والبيانات عن مجالات وحجم الأنشطة التجارية القائمة؛ مما يفيد الدولة في توجيه دفة اقتصادها صوبَ المجالات التي تحقق لها القدرَ الأكبرَ من المصالح، وتبرز أهمية الموضوع أكثر عندما نجد أن الفاتورة الإلكترونيَّة تسهم في محاصرة الأنشطة التجارية غير الرسمية، أو ما يسمى بالاقتصاد الخفي، وهي الأنشطة التي تُمارس بطريقة غير رسمية ودون تراخيص، ومن ثمَّ لا تخضع لرقابة الجهات الرسمية المختصة، ولا يمكن تحصيل الضريبة عنها، إضافةً إلى الدور الفاعل للفوترة الضريبيَّة الإلكترونيَّة في كشف التستر التجاري والقضاء عليه، من خلال ما تؤديه من ضبط الحركات المالية بين الدائن والمدين وحوكمة التعاملات بيعًا وشراءً بشكل رقمي لا يقبل التعديل اللاحق على صدور الفاتورة.

ثانيًا: مشكلة البحث:

لا شكَّ أن الفردَ مجبولٌ على حب المال والاستزادةِ منه والهروبِ من الالتزامات التي تنتقص من ماله، إضافةً إلى عدم رغبته في الكشف عن أي

معلوماتٍ خاصةٍ به أو بياناتٍ شخصيةٍ عنه، قد تُستخدم لاحقًا في إلزامه أو تقييده بشيء ما، ولا سيما إذا تعلقت هذه المعلومات أو البيانات بأنشطته التجارية وحجم ما يحققه من أرباحٍ، وهذا هو الأصلُ في الإنسان، فهو ينحاز غالبًا لمصلحته الخاصة، وعلى الرغم من أن هذا الأمر من جانب الأفراد يُعدُّ مشروعًا من حيث الابتداء، فإنه يتعارض مع مصالح عامة عدة تتصل: إما بالخزانة العامة، أو بالاقتصاد الوطني، أو ببعض الأوضاع الاجتماعية داخل الدولة، وقد جاءت الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة لأغراضٍ عدةٍ منها: تعقب حالات التهرب الضريبي، ومحاصرة الاقتصاد غير الرسمي، إضافةً إلى ما تقدمه الفاتورة من الإسهام في كشف حالات التستر التجاري؛ الأمر الذي يراه بعض المكلفين خرقًا لخصوصيتهم وأسرارهم المهنية والتجارية، لا يكونون معه ملزمين بالامتثال لأحكام الفاتورة، وغير مستحقين للجزاء عن عدم الامتثال، وهذا ما دعاني إلى تناول الأحكام الموضوعية للفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة والجزاءات المقرَّرة على مخالفيها؛ وذلك من الناحية النظامية مع بيان موقف الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية من ذلك.

ثالثًا: أهداف البحث:

١. بيان ماهية الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

٢. إبراز أهداف الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

٣. معرفة أنواع الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

٤. توضيح نطاق تطبيق أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

٥. الكشف عن أركان المسؤولية الجزائية عن مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

٦. معرفة العقوبات النظامية المقرَّرة على مخالفي أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

٧. بيان موقف الفقه الإسلامي من أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة ودور السياسة الشرعية في ذلك.

رابعًا: حدود البحث:

- الحد الموضوعي:

في هذا البحث تناولت الأحكام الموضوعية المتعلقة بالفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، وعليه؛ يخرج عن النطاق الموضوعي للبحث: الأحكام الموضوعية المتعلقة بالفاتورة الضريبيَّة التقليدية التي لا تتم بطريقة إلكترونيَّة.

- الحد الزمني:

تناولت الموضوع وَفق الأنظمة واللوائح السعودية، النافذة في وقتنا الحالي، وهي: نظام ضريبة القيمة المضافة، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١١٣) وتاريخ ٢/ ١١/ ١٤٣٨هـ، المعدل بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٢) وتاريخ ٢٨/ ٤/ ١٤٤١هـ، والأمر الملكي رقم (أ/ ٦٣٨) وتاريخ ١٥/ ١٠/ ١٤٤١هـ، واللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، الصادرة بقرار مجلس إدارة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٣٤٣٩) وتاريخ ١٤/ ١٢/ ١٤٣٨هـ، المعدلة بعدة قرارات آخرها قرار مجلس إدارة

هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٧-٢-٢١) وتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٤٣هـ، ولائحة الفوترة الإلكترونيَّة، الصادرة بقرار مجلس إدارة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٢-٦-٢٠) وتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٤٢هـ، وما ينبثق عن هذه التنظيمات من قراراتٍ وضوابط.

- **الحد المكاني:**

تناولت الموضوع وَفق ما هو مطبق في إقليم المملكة العربية السعودية من نصوص نظامية ولائحية[1]، مع بيان موقف الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية من هذه النصوص.

خامسًا: الدراسات السابقة:

بعد البحث في المكتبات الجامعية والعامة والإلكترونيَّة، وبعد مطالعة بعض البحوث والدراسات؛ لم أجد بحثًا تناول الموضوع بدراسةٍ علميةٍ في النظام السعودي والفقه الإسلامي، وما وقفتُ عليه إنما هو بحوثٌ أو دراساتٌ مجانبةٌ للموضوع وليست فيه، ولم تحقق أهدافه، ولم تعالج مشكلته، وغير داخلة في حدوده، ومن هذه البحوث أو الدراسات ما يلي:

الدراسة الأولى: بعنوان (أثر الرقابة الإدارية على تطبيق نظام الفاتورة الضريبيَّة بالسودان من ١٩٨٨ إلى ١٩٩٥م)، وهي دراسةٌ مقدمةٌ من الباحث بشير محمد البشير إلى كلية الاقتصاد والعلوم الاجتماعية بجامعة أم درمان بالسودان، استكمالًا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الإدارة العامة عام ١٩٩٦م.

(١) انتهت كتابة هذا البحث بتاريخ ٢٥/ ٨/ ١٤٤٤هـ.

وجاءت الدِّراسةُ: في ستة فصولٍ وخاتمةٍ، أما في الفصل الأول: فتناولت الدراسة ماهية العملية الرقابية في مبحثٍ أول، والرقابة في الإسلام في مبحثٍ ثانٍ، وتخطيط الرقابة في مبحثٍ ثالثٍ، وفي الفصل الثاني: تناولت الدراسة الرقابة الداخلية في السودان في مبحثٍ أول، والرقابة الخارجية في السودان في مبحثٍ ثانٍ، أما الفصل الثالث: فقد تناولت فيه الدراسة نظام الفاتورة الضريبيَّة في مبحثٍ أول، ونظام المعلومات الضريبيَّة في مبحثٍ ثانٍ، وكيفية التهرب الضريبي في مبحثٍ ثالثٍ، وفي الفصل الرابع: تناولت الدراسة الأساليب المتبَعَة في التهرب من استخدام نظام الفاتورة الضريبيَّة في مبحثٍ أول، وتناولت أسباب ودوافع التهرب من استخدام نظام الفاتورة الضريبيَّة بالسودان في مبحثٍ ثانٍ، وفي الفصل الخامس: تناولت الدراسة الرقابة الآلية على فاتورة القطاع الخدمي بالسودان في مبحثٍ أول، والرقابة الآلية على فاتورة القطاع التجاري بالسودان في مبحثٍ ثانٍ، والرقابة الآلية على فاتورة القطاع الصناعي بالسودان في مبحثٍ ثالثٍ، وفي الفصل السادس: تناولت الدراسة رقابة الأجهزة الداخلية على الفاتورة الضريبيَّة بالسودان في مبحثٍ أول، ورقابة الأجهزة الخارجية على الفاتورة الضريبيَّة بالسودان في مبحثٍ ثانٍ، ثم اختتم الباحثُ دراسته بالنتائج والتوصيات، وجاءت هذه الدراسةُ في مئةٍ وثمانٍ وثلاثين ورقةً.

وبِالنَّظرِ في هذه الدِّراسة وما جاء سابقًا في حدود بحثي تبيَّن لي أنها تختلفُ عنه من عدةِ جوانبَ كالآتي:

١. أن الدراسة السابقة انطلقت في موضوعها من علم (الإدارة العامة) فقط، بينما انطلق بحثي في موضوعه من علم (القانون) والفقه الإسلامي.

٢. أن الدراسة السابقة، وإن تناولت في بعض أجزائها موضوع الفاتورة الضريبيَّة فإنها تناولته في نطاق ما هو مطبَّقٌ في دولة السودان، بينما تناول بحثي الموضوع وَفق ما يطبق في المملكة العربية السعودية.

الدراسة الثانية: بعنوان (الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة)، وهي بحث من إعداد محمود خليل، منشورٌ في مجلة المال والتجارة في العدد ٦٣١ نوفمبر ٢٠٢١م.

وجاءت الدِّراسة: في عدة عناصر، الأول في: تعريف الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، والثاني في: إجراءات التسجيل على منظومة الفاتورة الإلكترونيَّة، والثالث في: التكامل بين نظام تخطيط موارد المؤسسات المستخدم بالشركات ومنظومة الفاتورة الضريبيَّة، والرابع في: التوقيع الإلكتروني، والخامس في: تكويد السلع والخدمات على المنظومة، والسادس في: البَدء في تنفيذ اختبارات التكامل مع منظومة الفاتورة الإلكترونيَّة، والسابع في: تشجيع التعامل بالفواتير الضريبيَّة، والثامن في: عقوبة مخالفة التسجيل على منظومة الفاتورة الإلكترونيَّة.

وبِالنَّظرِ في هذه الدِّراسة وما جاء سابقًا في حدود بحثي تبيَّن لي أنها تختلفُ عنه من عدةِ جوانبَ كالآتي:

١. أن الدراسة السابقة انطلقت في موضوعها من ناحية مختلطة: قانونية وتجارية، بينما بحثي انطلق في موضوعه من علم (القانون) والفقه الإسلامي.

٢. أن الدراسة السابقة وإن تناولت موضوع الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، فإنها تناولته في نطاق ما هو مطبَّقٌ في جمهورية مصر، بينما بحثي تناول الموضوع وَفق ما يطبق في المملكة العربية السعودية.

ولهذا لا تشابه بين الدراسات السابقة وبحثي من حيث: أهداف البحث، ومشكلته، وحدوده، ونتائجه، وتوصياته.

سادسًا: منهج كتابة البحث:

اعتمدتُ في البحث على المنهج التأصيلي المبني على تحليل النصوص النظامية المتعلقة بالموضوع، بالإضافة إلى المنهج المقارن من خلال بيان موقف الفقه الإسلامي من النصوص النظامية، ودور السياسة الشرعية في ذلك.

سابعًا: تقسيمات البحث:

المقدمة: وفيها موضوع البحث وأهميته، ومشكلته، وأهدافه، وحدوده، والدِّراسات السَّابقة، ومنهج كتابته، ثم حوت هذهِ المقدِّمة تقسيماتِ البحث، وهي ثلاثة مباحث جاءت على النَّحو الآتي:

التمهيد: ماهية الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المطلب الثاني: أهداف الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المطلب الثالث: أنواع الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المبحث الأول: نطاق تطبيق أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الأشخاص الخاضعون لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المطلب الثاني: الأنشطة الخاضعة لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المطلب الثالث: المتطلبات الفنية للفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المبحث الثاني: مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الركن الشرعي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المطلب الثاني: الركن المادي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المطلب الثالث: الركن المعنوي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

المبحث الثالث: عقوبة مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

وفيه مطلَبان:

المطلب الأول: عقوبة مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة في النِّظام السَّعودي.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من العقوبة النظامية.

ثمَّ كانت الخاتمة التي فيها أهم النتائج وأبرز التوصيات.

❊ ❊ ❊

التمهيد
ماهية الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة

في بداية البحث يلزم أولًا بيان ماهية الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، ولتوضيح ذلك سأتناول الفاتورة من حيث مفهومها وأهدافها وأنواعها، وذلك في ثلاثة مطالب متتابعة:

المطلب الأول: مفهوم الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

يُقصد بالفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة: المستند الصادر بصيغة إلكترونيَّة، بواسطة برنامج أو وسيلة إلكترونيَّة، بشأن توريداتٍ من سلعٍ أو خدماتٍ خاضعةٍ لضريبة القيمة المضافة، ولا تُعدُّ الفاتورة الورقية التي يتم تحويلها إلى صيغة إلكترونيَّة من خلال نسخها أو مسحها ضوئيًّا؛ فاتورة إلكترونيَّة[1].

وعلى ذلك فالفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة: وثيقة قانونية إلزامية تصدر عن البائع بشكل رقمي إلى المشتري، تثبت نوع السلعة أو الخدمة المقدمة، وسعرَ البيع، والكميةَ المبيعة، وتبين مقدار الضريبة على ما تضمنته الفاتورة من مبيعاتٍ، على أن تقبل الفاتورة المشاركة والتبادل إلكترونيًّا بشكل لحظي في أي وقت مع الإدارة الضريبيَّة أو مع متلقي السلعة أو الخدمة، وذلك

(١) ينظر: الفقرة (١)، المادة (١)، نظام ضريبة القيمة المضافة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١١٣) وتاريخ ٢/ ١١/ ١٤٣٨هـ والتعديلات اللاحقة عليه؛ الفقرة (أ)، المادة (١)، لائحة الفوترة الإلكترونيَّة الصادرة بقرار مجلس إدارة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٢-٦-٢٠) وتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٤٢هـ.

بإحدى الوسائل الإلكترونيَّة كالبريد الإلكتروني أو رسائل الهاتف أو الموقع الإلكتروني، وغير ذلك من الوسائل الإلكترونيَّة[1].

المطلب الثاني: أهداف الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

تسعى الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة إلى تحقيق عدة أهدافٍ متنوعةٍ: مالية، وضريبية، واقتصادية، وتجارية، ومن أهم هذه الأهداف ما يلي:

١. تهدف الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة إلى تعقب حالات التهرب من أداء ضريبة القيمة المضافة عن عمليات بيع السلع أو الخدمات الخاضعة للضريبة، من خلال ما تؤديه الفاتورة من حوكمة لهذه العمليات ورصد رقمي لها؛ الأمر الذي يعزز ملاءة الخزانة العامة من المال لتغطية مختلف أوجه الإنفاق العام، وبذلك تسهم الفاتورة بشكل غير مباشر في رفع مستوى الامتثال الذاتي لدى المكلفين بالضريبة، ومن ثمَّ تسود العدالة الضريبيَّة بين المكلفين بسبب قلة أو انعدام فُرص التهرب الضريبي للجميع على حدٍّ سواء، كما تؤدِّي الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة دورًا مهمًّا في مجال المحاسبة الضريبيَّة، وتُعدُّ مستندًا مهمًّا في إعداد الإقرارات الضريبيَّة لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك، وكذلك في قبولها[2].

---

(١) ينظر: هند محمد الزبن، «أحكام الفوترة في النظام القانوني الأردني». (رسالة ماجستير في تخصص القانون مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة آل البيت عام (٢٠٢١م)، ص١٥.

(٢) ينظر: حسين سيد حسن، «أثر التحول الرقمي على الامتثال الضريبي في ظل أزمة كورونا العالمية: دراسة ميدانية». مجلة التجارة والتمويل بكلية التجارة بجامعة طنطا

٢. تسهم الفاتورة في جمع البيانات والمعلومات عن مختلف الأنشطة التجارية، ومجالاتها، وحجمها، فهي تقدم إحصاءات دقيقة عن ذلك، تُعين الجهات الرسمية المختصة في معرفة السلع أو الخدمات الأكثر طلبًا على سبيل المثال، أو الأكثر أهمية، أو تُعينها على معرفة حجم رؤوس الأموال في المجال الواحد، والاطلاع على حجم الناتج المحلي الإجمالي، ومن ثمَّ تستطيع هذه الجهات رسمَ السياسات العامة والتوجهات الحكومية في عموم الجوانب الاقتصادية والتجارية والاجتماعية[١].

٣. القضاء على الاقتصاد غير الرسمي -أو ما يسمى بالسوق الموازي أو السوق الخفي-، فلا يخلو الأمر من أن بعض الأنشطة التجارية يمارسها الأفراد دون توفير المتطلبات النظامية لمباشرتها أو دون استصدار التراخيص الرسمية اللازمة لمزاولتها، ومن ثمَّ لا تخضع هذه الأنشطة لرقابة الجهات المختصة بتنظيمها والإشراف عليها، كما لا تظهر في حجم الناتج الوطني الإجمالي، ولا تدخل في حسبان المؤشرات العامة: الاقتصادية والتجارية والمالية، فيأتي الإلزام بالفاتورة الإلكترونيَّة ليكشف عن هذه الأنشطة وعن مجالاتها وعن حجمها، من أجل الدفع بهذه الأنشطة غير النظامية إلى الدخول في الاقتصاد الرسمي.

مجلد١ عدد خاص، (مايو٢٠٢٢م): ص١٤٦.

(١) ينظر: بشير محمد البشير، «أثر الرقابة الإدارية على تطبيق نظام الفاتورة الضريبية بالسودان». (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاقتصاد والعلوم الاجتماعية بجامعة أم درمان عام ١٩٩٦م)، ص٤٤.

٤. تسعى الفاتورة الإلكترونيَّة إلى حماية المنافسة التجارية وتعزيز الشفافية وحفظ حقوق المستهلكين، من خلال حوكمة وضبط عملية توريد السلع من حيث كمية التوريد وقيمته، وتتبع حركته، ومصدر السلع وتحديد مساراتها من مرحلة الإنتاج إلى مرحلة التوزيع، ومراقبة الأسعار، إضافةً إلى إعلام المستهلك إلكترونيًّا بكافة عمليات التحصيل من مبالغ سُلمت، وأخرى متبقية، وعليه تشكل الفاتورة حجة في يد طرفي التعامل ووسيلة إثبات، وفضلًا عن ذلك فهي وسيلة محاسبية، أيضًا تُمكن التجار من الوقوف على المركز المالي لأنشطتهم لمعرفة ما إذا كانوا يحققون أرباحًا أم خسائر(١).

المطلب الثالث: أنواع الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

حتى تتضح ماهية الموضوع أكثر؛ فسأبين أنواع الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، وما يتميز به كل نوع من سمات وبيانات، فبعد استقراء النصوص النظامية نجد أن الفاتورة تتنوع إلى أربعة أشكال: فاتورة أساسية، ومبسطة، والإشعارات الدائنة والمدينة، وفاتورة ملخصة، وعليه؛ فقد تناولتُ هذه الأنواع في أربعةِ فروعٍ متتابعة، وَفق الآتي:

الفرع الأول: الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة (الأساسية):

من أنواع الفواتير الضريبيَّة الإلكترونيَّة؛ الفاتورة الأساسية، وقد أوجب المنظم السعودي على المورِّد (البائع) الخاضع لضريبة القيمة المضافة إصدار

(١) ينظر: سلمى بقار، «الالتزام بالفوترة كمبدأ لشفافية الممارسات التجارية». مجلة الدراسات الحقوقية بجامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر ٢ مجلد٧، (٢٠٢٠م): ص١٠.

مثل هذه الفاتورة في حالاتٍ معينة ستأتي لاحقًا في موضعها من البحث[١]، وغالبًا ما تستخدم الفاتورة الأساسية بين منشآت وليس مع أفرادٍ، كإصدار الفاتورة من منشأة إلى أخرى من القطاع الخاص، أو إصدارها من منشأة إلى منشأة حكومية، ومن استخداماتها المطالبة بخصم ضريبة القيمة المضافة من قبل المشترين المسجلين لأغراض ضريبة القيمة المضافة[٢].

ويجب إصدار الفاتورة الأساسية في موعدٍ أقصاه خمسة عشر يومًا من الشهر التالي للشهر الذي حدث فيه توريد السلعة أو الخدمة[٣]، كما أجاز المنظم للخاضع للضريبة الاستعانة بطرفٍ ثالثٍ لإصدار الفواتير الضريبيَّة نيابةً عنه وَفق الشروط والمتطلبات النظامية على أن يكون هو المسؤول عن دقة بيانات الفاتورة وليس نائبه[٤].

وقد أوجب المنظم تضمين الفاتورة الأساسية البيانات الآتية:

---

(١) ينظر: الفقرة (أ/ ١)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة الصادرة بقرار مجلس إدارة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٣٨٣٩) وتاريخ ١٤/ ١٢/ ١٤٣٨هـ، المعدلة بقرار المجلس رقم (٧-٢-٢١) وتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٤٣هـ.

(٢) ينظر: الدليل الإرشادي التفصيلي للفوترة الإلكترونيَّة الصادر عن هيئة الزكاة والضريبة والجمارك النسخة الأولى، ص٢٦: استرجعت بتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤٤هـ من موقع: https://zatca.gov.sa/ar/Pages/default.aspx.

(٣) ينظر: الفقرة (ب/ ١)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

(٤) ينظر: الفقرة (٣)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

١. تاريخ إصدار الفاتورة، وقد ترك المنظم للمكلف الخيار في استخدام إما التاريخ الهجري أو الميلادي.

٢. الرقم التسلسلي الذي يميز الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة عن غيرها من الفواتير.

٣. رقم التعريف الضريبي الخاص بالمورد، الذي تُصدره له هيئة الزكاة والضريبة والجمارك.

٤. رقم التعريف الضريبي للعميل في حالة كان هو المسؤولَ عن احتساب الضريبة مع توضيح ذلك في الفاتورة.

٥. اسم المورِّد (البائع)، وكذلك العميل (المشتري)، وعنوان كل منهما.

٦. بيان بالسلع أو الخدمات محل التوريد من حيث: طبيعتها وكمياتها ومسمياتها ونحو ذلك؛ مما يوضح عناصر التوريد.

٧. تاريخ حدوث التوريد إذا كان مختلِفًا عن تاريخ إصدار الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة.

٨. المبالغ الخاضعة للضريبة، وسعر كل وحدة غير شامل الضريبة، وأي خصومات إذا لم تكن مشمولة في سعر الوحدة.

٩. معدل الضريبة المطبق على ما تضمنته الفاتورة من سلعٍ أو خدماتٍ.

١٠. المبلغ المستحق كضريبة قيمة مضافة، ويبين بالريال السعودي دونما سواه.

١١. بيان المعاملة الضريبيَّة المنطبقة على التوريد، إذا لم تكن الضريبة مفروضة بالسعر الأساسي[١].

(١) ينظر: الفقرة (٥)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

كما ألزم المنظم إصدار الفاتورة الأساسية باللغة العربية، ومع ذلك لا مانع نظامًا من استخدام لغةٍ أخرى إضافية بجانب اللغة العربية، على أن تُحفَظ لمدة ست سنوات على الأقل، اعتبارًا من نهاية الفترة الضريبيَّة المتعلقة بها[١]، إضافةً إلى أن المكلف يلزمه إصدار الفاتورة الأساسية بصيغةٍ إلكترونيَّةٍ تقبل المشاركة مع العميل، أو مع هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقميًّا وَفق لائحة الفوترة الإلكترونيَّة[٢]، وهذا الحكم المتعلق باللغة ومدة الحفظ وبالصيغة يشمل أيضًا جميع أنواع الفواتير الإلكترونيَّة مما سيأتي.

الفرع الثاني: الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة (المبسطة):

من أنواع الفواتير التي تطرقت النصوص النظامية إليها: (الفاتورة المبسطة)[٣]، وسميت بذلك؛ لأن البيانات اللازم توافرها فيها مختصرة مقارنةً بالفاتورة الأساسية السابقة، وغالبًا ما تستخدم الفاتورة المبسطة في المعاملات الفورية، وتصدر من منشأة إلى فرد (مشترٍ) غير خاضع للضريبة؛ حيث لا يحتاج المشتري عادةً إلى استخدام الفاتورة لخصم أو استرداد ضريبة القيمة المضافة المتكبدة على التوريد المتعلق بالفاتورة، ولا بد من

(١) ينظر: الفقرة (١) و(٢)، المادة (٦٦)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

(٢) ينظر: الفقرة (٦)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

(٣) ينظر: الفقرة (أ)، المادة (٤)، لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

عنونة هذا النوع بـ (فاتورة ضريبية مبسطة)[١]، وقد أجاز المنظم السعودي للمنشأة التجارية الخاضعة لضريبة القيمة المضافة استخدام هذا النوع من الفاتورة بدلًا عن الفاتورة الأساسية عندما تكون قيمتها أقل من ألف ريال سعودي[٢].

ويجب أن تتضمن الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة (المبسطة) بياناتٍ عدة وهي: تاريخ إصدارها، واسم وعنوان المورد، ورقمه الضريبي الذي تمنحه له الهيئة، وبيان بالسلع أو الخدمات المورَّدة، وقيمة التوريد، وقيمة الضريبة واجبة السداد، مبيَّنة بالريال السعودي[٣].

كما يلزم إصدار الفاتورة المبسطة في تاريخ توريد السلعة أو الخدمة، أو في تاريخ استلام المقابل جزئيًّا أو كليًّا، واستثناءً من هذا الحكم يجوز إصدارها في موعد أقصاه خمسة عشر يومًا من الشهر التالي للشهر الذي حدث فيه التوريد؛ وذلك فقط عن التوريدات المتعلقة بالخدمات المالية التي تقوم بها المصارف أو المؤسسات المالية أو شركات التأمين المرخصة في المملكة العربية

(١) ينظر: الدليل الإرشادي التفصيلي للفوترة الإلكترونيَّة الصادر عن هيئة الزكاة والضريبة والجمارك النسخة الأولى، ص٢٧: استرجعت بتاريخ ١٥/ ٨/ ١٤٤٤هـ من موقع: https://zatca.gov.sa/ar/Pages/default.aspx.

(٢) ينظر: الفقرة (ج/ ١)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

(٣) ينظر: الفقرة (٨)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

السعودية، شريطة أن تتضمن الفاتورة المبسطة في هذه الحالة بياناتٍ إضافية وهي: اسم وعنوان العميل وتاريخ التوريد[١].

الفرع الثالث: الإشعارات الدائنة والمدينة:

في بعض حالات التوريد قد يضطر البائع والمشتري إلى تغيير جوهري في التعامل الذي قد جرى بينهما بعد إصدار فاتورة ضريبية إلكترونيَّة بشأن التعامل، كأن تُلغَى المبايعة كليًّا لأي سبب، فيقوم المشتري بإعادة السلع إلى البائع إذا قَبِل الأخير بذلك، أو أحيانًا تُمضى المبايعة ولكن بتعديلٍ في السعر من شأنه أن يُحدث تغييرًا في قيمة الضريبة المستحقة أو قيمة السلع بالزيادة أو النقص، وهذا التعديل قد يكون بسبب إما الوقوع في خطأ أو تطبيق عرض تخفيض إضافي على القيمة الإجمالية بعد إتمام البيع ونحو ذلك[٢].

ففي هذه الحالات لا يجوز إجراء تعديل على الفاتورة التي كانت قد صدرت، وإنما يجب لعكس التغييرات الطارئة على المبايعة؛ أن يُصدر البائع للمشتري إشعاراتٍ دائنةٍ أو مدينةٍ بحسب الأحوال، فمثلًا إن كان المبلغ المذكور كضريبة في الفاتورة الصادرة يتجاوز المستحق، فعلى البائع أن يزود

---

(١) ينظر: الفقرة (٧)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

(٢) ينظر: الفقرة (١)، المادة (٤٠)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق؛ الدليل الإرشادي الخاص بالفواتير الضريبية وحفظ السجلات، ص٢٩: استرجعت بتاريخ ١٧/٨/١٤٤٤هـ من موقع: https://zatca.gov.sa/ar/Pages/default.aspx.

العميل بإشعار دائن[١]، أما إن كان يقل عن المستحق فيلزم البائع تزويد المشتري بإشعار مدين، وكذا أيضًا بالنسبة لثمن السلعة أو الخدمة إذا طرأ عليها تعديل بالزيادة أو النقص[٢].

كما يجب على البائع الخاضع للضريبة عندما يُصدر الإشعارات الدائنة أو المدينة على النحو السابق أن يُضمنها البيانات السابق ذكرها بحسب ما إذا كان الإشعار مرتبطًا بفاتورة أساسية أم مبسطة، إضافةً إلى تدوين نوع الإشعار بحسب ما إذا كان إشعار دائن أم إشعار مدين، وأن يدوِّن سبب إصداره[٣]، كما يلزم الإشارة في الإشعار بشكل واضح إلى الفاتورة التي يتعلق بها الإشعار[٤].

الفرع الرابع: الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة (الملخصة):

من أنواع الفواتير الضريبيَّة الإلكترونيَّة؛ ما أسماه المنظم السعودي بـ (الفاتورة الملخصة)، وهي فاتورة أجاز المنظم للمورِّد استخدامها عندما

---

(١) ينظر: الفقرة (١)، المادة (٥٤)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

(٢) ينظر: الفقرة (٢)، المادة (٥٤)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

(٣) ينظر: الملحق (٢)، ص٥٥، الضوابط والمتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ أحكام لائحة الفوترة الإلكترونيَّة الصادرة بقرار محافظ هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٦٢٧٣٨) وتاريخ ٢٣/ ١١/ ١٤٤٣هـ.

(٤) ينظر: الفقرة (٤)، المادة (٥٤)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

يقوم بعدة توريدات -للسلع أو الخدمات- منفصلة، وفي أوقات مختلفة، لصالح عميل واحد، خلال مدة زمنية لا تتجاوز شهرًا واحدًا، وقد أوجب المنظم على المورِّد عندما يختار استخدام هذا النوع من الفاتورة بدلًا عن الفاتورة الأساسية أن يضمنها البيانات الواجب توافرها في الفاتورة الأساسية السابق ذكرها، وأن يقوم المورِّد بإصدارها خلال مدة زمنية لا تتجاوز خمسة عشر يومًا من الشهر التالي للشهر المتعلق بها[1].

وعلى ذلك فإن استخدام (الفاتورة الملخصة) من قِبل المورِّد يعد جوازيًّا لا وجوبيًّا، بخلاف أنواع الفواتير السابقة، ولعل من أبرز فوائد استخدام هذا النوع من الفواتير التقليل من عدد الفواتير الصادرة للشخص الواحد، ومن ثمَّ تيسير المحاسبة الداخلية للموردين واختصارًا للجهد والوقت.

(١) ينظر: الفقرة (٤)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

المبحث الأول
نطاق تطبيق أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة

هناك أشخاص معينون يخضعون لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، ولا يخضعون لها إلا عند مزاولتهم لأنشطة محددة، وعند امتثالهم بإصدار الفاتورة الإلكترونيَّة لا يقبل منهم ذلك إلا وَفق متطلبات فنية نصَّ عليها النظام، ولهذا تناولت ذلك وَفق الآتي:

المطلب الأول: الأشخاص الخاضعون لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

ألزم المنظم السعودي أشخاصًا محددين للخضوع لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، وهؤلاء هم: الشخص الخاضع لضريبة القيمة المضافة المقيم في المملكة العربية السعودية، وكذلك العميل أو أي طرف ثالث يقوم بإصدار فاتورة ضريبية نيابةً عن الشخص الخاضع لضريبة القيمة المضافة المقيم في المملكة[1]، وعلى ذلك فهؤلاء ملزمون بإصدار فواتيرهم الضريبيَّة بصيغة إلكترونيَّة وَفق المتطلبات الفنية التي سيأتي الكلام عنها، ولا يقبل منهم إصدارها بشكل ورقي أو بشكل إلكتروني مخالف للمتطلبات الفنية.

ويجب على هؤلاء الأشخاص الخاضعين لأحكام الفوترة الإلكترونيَّة مشاركة ما أصدروه من فواتير إلكترونيَّة مع العملاء بطريقة آلية، مثل: المشاركة من خلال الرسائل النصية أو تطبيق الواتس آب أو البريد الإلكتروني ونحوه، بالإضافة إلى وجوب تزويد العميل بنسخة مطبوعة من الفاتورة

(١) ينظر: الفقرة (أ)، المادة (٣)، لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

الإلكترونيَّة أو الإشعار الإلكتروني سواء أكان (دائنًا) أم (مدينًا) بحسب الأحوال عند طلبه ذلك[١]، كما أنهم ملزمون أيضًا بربط أنظمة الفوترة الإلكترونيَّة الخاصة بهم وإرسال الفواتير الإلكترونيَّة والإشعارات الدائنة والمدينة ومشاركة بياناتها مع أنظمة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك[٢].

كما يلزم هؤلاء الأشخاص إبلاغ هيئة الزكاة والضريبة والجمارك من خلال الوسائل المحددة من قِبلها عن أي أعطال فنية أو حوادث خارجة عن إرادتهم تعوقهم عن إصدار الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة، من أجل مراعاة عدم معاقبتهم إن لم يظهر من جهتهم تقصير، وللهيئة حينئذ اتخاذ الإجراء المناسب بعد التأكد من حيثيات البلاغ وصحته، على أن يقوم المُبلغ بإخطار الهيئة فور زوال العطل أو الحادثة، وأن يستأنف إصدار الفواتير عن الأنشطة التي تمت خلال فترة التوقف ومشاركتها مع الهيئة بطريقة إلكترونيَّة[٣].

وبناءً على ما سبق لا يجب نظامًا على الأشخاص غير المقيمين في المملكة إصدار فواتير إلكترونيَّة بجميع أنواعها، ولو كانت عن توريدات أو مبالغ مستلمة خاضعة لضريبة القيمة المضافة في المملكة العربية السعودية[٤].

---

(١) ينظر: البند (ثالثًا)، ص٤و٥، الضوابط والمتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ أحكام لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

(٢) ينظر: البند (سادسًا)، ص٩، الضوابط والمتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ أحكام لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

(٣) ينظر: البند (سابعًا)، الفقرة (٥)، ص١٠، الضوابط والمتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ أحكام لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

(٤) ينظر: الفقرة (ج)، المادة (٣)، لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

وعلى الأشخاص الخاضعين لأحكام الفوترة الإلكترونيَّة استخدام اللغة العربية في جميع فواتيرهم الإلكترونيَّة، ولا مانع نظامًا من استخدام لغة أخرى إضافية بجانب اللغة العربية، بالإضافة إلى وجوب حفظها لمدة ست سنوات على الأقل اعتبارًا من نهاية الفترة الضريبيَّة المتعلقة بها[1].

وإلزام هؤلاء الأشخاص بإصدار فواتيرهم بصيغة إلكترونيَّة يكون بحسب نوع الفاتورة الملائم للمعاملة المالية التي جرت بينهم وبين المورَّد له السلعة أو الخدمة (المشتري)، فقد تكون فاتورةً أساسيةً أو مبسطةً أو نوعًا آخر مما سبق الإشارة إليه، ولكن إصدار هؤلاء الأشخاص فواتيرهم بصيغة إلكترونيَّة لا يجب إلا إذا كانت الفواتير عن أنشطةٍ خاضعةٍ لأحكام الفاتورة الإلكترونيَّة دونما سواها، وهذا ما تناولته في المطلب الآتي:

المطلب الثاني: الأنشطة الخاضعة لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

عندما ألزم المنظم السعودي الأشخاص المشار إليهم في المطلب السابق؛ استخدام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، فقد جعل هذا الإلزام عند ممارستهم لأنشطة معينة، وهذه الأنشطة هي:

١. توريدات السلع أو الخدمات الخاضعة لضريبة القيمة المضافة التي أُجريت إلى شخص آخر خاضع للضريبة، أو إلى شخص اعتباري غير

(١) ينظر: الفقرتان (١) و(٢)، المادة (٦٦)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق؛ ينظر: البند (خامسًا)، ص٨، الضوابط والمتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ أحكام لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

خاضع للضريبة، أو إلى مؤسسة فردية، أو إلى أي كيان آخر مؤسس في المملكة العربية السعودية وَفقًا للأنظمة النافذة فيها.

٢. استلام أي مقابل يتعلق بتوريدات -السلع أو الخدمات الخاضعة لضريبة القيمة المضافة- إلى شخص آخر خاضع للضريبة، أو إلى شخص اعتباري غير خاضع للضريبة، أو إلى مؤسسة فردية، أو إلى أي كيان آخر مؤسس في المملكة العربية السعودية وَفقًا للأنظمة النافذة فيها قبل حدوث تلك التوريدات.

٣. التوريدات أو تصدير السلع بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

٤. توريد الخدمات الخاضعة لنسبة الصفر[١] إلى عميل غير مقيم في أيٍّ من دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية[٢].

ومن ثمَّ لا يجب على الخاضعين لأحكام الفوترة الإلكترونيَّة إصدار فواتير إلكترونيَّة عن أنشطةٍ غير ما ذُكر سابقاً.

إلا أن المنظم استثنى بعض الأنشطة من الإلزام بإصدار الفاتورة الإلكترونيَّة، حتى وإن مارسها أشخاص خاضعون لأحكام ضريبة القيمة

(١) التوريد الخاضع لنسبة الصفر هو: التوريد الذي يُحتسب عليه ضريبة القيمة المضافة بنسبة صفر بالمائة لاعتبارات يقدرها النظام. ينظر: معجم مصطلحات الزكاة والضريبة والجمارك، ص١١٢: استرجعت بتاريخ ٢٢/ ٨/ ١٤٤٤هـ من موقع: https://zatca.gov.sa/ar/Pages/default.aspx.

(٢) ينظر: الفقرة (١)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق؛ الفقرة (ب)، المادة (٣)، لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

المضافة وخاضعون كذلك للائحة الفوترة الإلكترونيَّة، وتنتظم هذه الأنشطة في الآتي:

١. التوريدات المعفاة من ضريبة القيمة المضافة، سواء أكانت توريدات لسلعٍ أو لخدمات.

٢. أي دفعات مالية تسلَّمها شخصٌ خاضعٌ لضريبة القيمة المضافة تتعلق بتوريداتٍ معفاة كليًّا من الضريبة قبل حدوث ذلك التوريد.

٣. توريدات السلع أو الخدمات الخاضعة للضريبة وَفقًا لآلية الاحتساب العكسي[١].

٤. استيراد السلع إلى المملكة العربية السعودية[٢].

فهذه الحالات لا يجب فيها على الخاضعين للائحة الفوترة الإلكترونيَّة؛ إصدار فاتورة إلكترونيَّة، رغم أن الأفضل هو التوسع في الإلزام بالفوترة الإلكترونيَّة عن جميع الأنشطة دونما استثناء؛ لأن مزايا استخدام الفاتورة الإلكترونيَّة والإلزام بها -كما مرَّ معنا- ليس محصورًا في رفع مستوى الامتثال الضريبي وحسب، بل لتحقيق مزايا ومصالح عامة عدة، تتعلق

(١) الاحتساب العكسي هو: الآلية التي يكون بموجبها العميل (المشتري) الخاضع لضريبة القيمة المضافة ملزمًا بدفع الضريبة نيابةً عن المورِّد (البائع). ينظر: معجم مصطلحات الزكاة والضريبة والجمارك، ص٦٤: استرجعت بتاريخ ٢٤/ ٨/ ١٤٤٤هـ من موقع: https://zatca.gov.sa/ar/Pages/default.aspx.

(٢) ينظر: البند (أولاً)، الفقرة (٧)، ص٢، الضوابط والمتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ أحكام لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

بتعزيز الاقتصاد ورسم السياسات العامة وحماية حقوق المستهلك ومكافحة التستر التجاري وتحجيم الاقتصاد الخفي.

المطلب الثالث: المتطلبات الفنية للفوترة الضريبيَّة:

يجب أن تصدر الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة وَفق متطلبات فنية وخصائص تقنية معينة(١)، من شأنها تحقيق الغاية التي من أجلها سُنَّت أحكام الفاتورة الإلكترونيَّة، وإلا كانت الفاتورة الإلكترونيَّة عديمة الأثر وغير مقبولة نظامًا وإخلالًا يستوجب المساءلة الجزائية، وتأتي المتطلبات الفنية على النحو الآتي:

١. أن يكون البرنامج التقني المستخدم في إصدار الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة قادرًا على الاتصال بالشبكة العنكبوتية (الإنترنت).

٢. أن يكون البرنامج التقني المستخدم في إصدار الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة قادرًا على الربط مع أنظمة وبرامج خارجية، حتى يتسنى ربطه مع أنظمة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك لمشاركة الفاتورة معها، ولمشاركتها كذلك مع العميل بإحدى الوسائل الإلكترونيَّة كالبريد الإلكتروني أو الواتس آب.

٣. أن يكون البرنامج التقني المستخدم في إصدار الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة غير قابل للتلاعب، أو تعديل الفواتير أو حذفها بعد إصدارها،

(١) ينظر: الفقرة (٦)، المادة (٥٣)، اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

وأن يُتيح تقنيًّا تعقب المتلاعبين، سواء أكان التلاعب من المستخدِم المصرح له باستعمال البرنامج، أو من طرف آخر أجنبي.

٤. أن يُراعى في البرنامج التقني المستخدم في إصدار الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة كافة الاشتراطات والضوابط النافذة في المملكة العربية السعودية المتعلقة بأمن البيانات أو المعلومات أو الأمن السيبراني[١].

٥. أن يكون البرنامج التقني المستخدم في إصدار الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة قادرًا على إنشاء ختم تشفير لكل فاتورة أو إشعار، وأن يكون لهذا الختم رمز تعريفي محدد.

٦. أن يكون البرنامج التقني المستخدم في إصدار الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة قادرًا على إنشاء دالة تشفير (Hash) لكل فاتورة أو إشعار، لوصل الفواتير أو الإشعارات اللاحقة ضمن سلسلة واحدة، ودالة التشفير هي: نص يتم تحويله إلى شفرة من خلال تطبيق خوارزمية أحادية الاتجاه على بيانات الفاتورة أو الإشعار الإلكتروني بحيث يمنع العودة إلى البيانات الأصلية أو تعديلها أو العبث بها.

٧. أن يكون البرنامج التقني المستخدم في إصدار الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة قادرًا على إنشاء باركود على شكل مصفوفة تتكون من مربعات سوداء وبيضاء يمكن قراءتها آليًّا بواسطة ماسح رمز الاستجابة السريعة

(١) ينظر: الفقرة (أ)، المادة (٥)، لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

أو كاميرا الأجهزة الذكية لضمان التأكد من صحة الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة.

٨. أن يحتوي البرنامج التقني على عدَّاد للفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة لا يتكرر في أكثر من فاتورة أو إشعار واحد، وغير قابل للتلاعب أو لإعادة ضبطه أو تعيينه، ويجب أن تزداد قراءة هذا العدّاد مع كل فاتورة أو إشعار صادر[١].

(١) ينظر: البند (ثالثًا)، الفقرة (ج)، ص٦، الضوابط والمتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ أحكام لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، مرجع سابق.

المبحث الثاني
مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة

لا شكَّ أن الأصل هو امتثال الأفراد لما تسنه الدولةُ من أحكامٍ لتنظيم مجالٍ معينٍ تحقيقًا لمصالح عليا للبلاد ولرعاياها، إلا أن الأمر لا يخلو أحيانًا من وقوع بعض المخاطبين بنصوص التنظيم في مخالفاتٍ من شأنها الإخلال بالمصلحة العامة التي هَدَفَ إليها التنظيم؛ ولذلك لا بد أن تقترن دائمًا أحكام التنظيم بأخرى جزائية تدفع المخاطبين بها إلى الامتثال لمقتضاها، وفي هذا السياق فإن مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة التي سبق الحديث عنها تُرتب مسؤوليةً جزائيةً على المخالف، إلا أن المخالف لا يُسألُ عن سلوكه ما لم يقم في حقه ثلاثة أركان: الشرعي، والمادي، والمعنوي، وهذا ما تناولتُه فيما يأتي:

المطلب الأول: الركن الشرعي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

لا يُسأل المخالفُ لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة إلا إذا توافر في سلوكه عدةُ أركان منها: الركن الشرعي، ويُقصد بالركن الشرعي في عموم المخالفات أو الجرائم: النصُّ من الشرع أو القانون الذي ينهى عن الإقدام على بعض التصرفات أو يعاقب على ارتكابها، ويُشترط في هذا النصِّ أن يكون نافذًا في الوقت والمكان الذي مارس المخالف فيهما السلوك، وساريًا

في حقه[1]، وحتى تتضح أحكام الركن الشرعي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة؛ تناولته من الناحية النظامية أولًا، ثم من الناحية الفقهية، من أجل بيان موقف الفقه الإسلامي من شرعية النصوص النظامية، وإبراز دور السياسة الشرعية في ذلك.

الفرع الأول: الركن الشرعي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة في النظام السعودي:

كما تقدم فَإِنَّهُ لا يمكن مساءلة الأفراد جزائيًّا عن تصرفاتهم ما لم يرد بشأنها نصٌّ نظاميٌّ يجيز ذلك، فقد نصَّ النظام الأساسي للحكم على أن: «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نصٍّ شرعي أو نصٍّ نظامي...»[2]، وعند تأمل النصوص النظامية التي أشرت إليها سابقًا؛ نجد أنها ألزمت عند إصدار الفاتورة الإلكترونيَّة بأن يُذكر فيها بيانات معينة، وقضت بخضوع بعض الأشخاص والأنشطة لأحكامها، وحددت المتطلبات الفنية الواجبة فيها، فهذه النصوص من النظام أو اللائحة أو القرارات مما سبق بيانه تمثل بمجموعها (الركن الشرعي) في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، والأساس النظامي لوجودها؛ لأنها نصوص انطوت على أمر وإلزام.

(١) ينظر: كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط٣، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٣٢هـ، ص٥٤.

(٢) المادة رقم (٣٨)، النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/ ٩٠) وتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ.

وعلى ذلك فإن الخاضعين لأحكام الفوترة الإلكترونيَّة إذا لم يمتثلوا بإصدار الفاتورة الإلكترونيَّة عن الأنشطة الخاضعة لأحكامها وَفق المتطلبات الفنية فإن ذلك يُعدُّ من جانبهم عصيانًا -لما ألزمت به الأنظمة- معاقبًا عليه.

كما نلحظ أن النصوص النظامية السابقة التي تمثل الركن الشرعي لهذه المخالفة لم تُفرِّق بين من يحمل الجنسية السعودية وغيره في الخضوع لأحكام الفاتورة، ومن ثمَّ يستوي السعودي مع غيره أمام العقوبة النظامية المقررة على مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة التي سيأتي الحديث عنها.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الركن الشرعي في النظام السعودي:

إذا نظرنا إلى أهداف الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة التي سبق الحديث عنها؛ نجد أنها تحقق مزايا عدة، تعود بالنفع على المصلحة العامة، فالفاتورة الإلكترونيَّة وسيلة فاعلة في رفع مستوى الامتثال الضريبي؛ مما يعزز ملاءة الخزانة العامة التي يصرف منها على مختلف أوجه النفع العام، كما نجد أن الفاتورة الإلكترونيَّة تسهم في مكافحة التستر التجاري والقضاء على الاقتصاد غير الرسمي، وتحمي حقوق المستهلك، وتساعد في معرفة المؤشرات العامة للاقتصاد والتجارة والإنتاج والاستهلاك والأسعار، فكل ذلك مصالح عامة، تسعى الفاتورة الإلكترونيَّة إلى تحقيقها، ومن هذا المنطلق سنَّت الدولة الأحكام النظامية للفوترة الإلكترونيَّة.

ومن المقرر شرعًا أن من مهام ولي الأمر رعاية المصالح العامة للبلاد والعباد؛ ولذلك منحته الشريعة الإسلامية سلطة التنظيم والإلزام، وأمرت

الأفراد بطاعته، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾[النساء: ٥٩].

وعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: ((من أطاعني فقد أطاع الله ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني ومن عصى أميري فقد عصاني))[(١)]، فالحديث دليلٌ صريحٌ على وجوب طاعة ولاة الأمر، بل قرن طاعتهم بطاعة الله، وذلك من أجل تحقيق المصالح العامة، التي يعد منها؛ المصالح آنفة الذكر.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ: «فطاعة الله ورسوله واجبة على كل أحد، وطاعة ولاة الأمور واجبة لأمر الله بطاعتهم، فمن أطاع الله ورسوله بطاعة ولاة الأمر؛ فأجره على الله»[(٢)].

ويقول الكاساني: «ولو أمرهم بشيء لا يدرون أينتفعون به أم لا، فينبغي لهم أن يطيعوه فيه إذا لم يعلموا كونه معصيةً؛ لأن اتباع الإمام في محل الاجتهاد واجبٌ، كاتباع القضاة في مواضع الاجتهاد»[(٣)]، وحيث إن تصرفات الإمام

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب قوله تعالى: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾، (٩/ ٦١)، حديث رقم (٧١٣٧)، ينظر: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، «الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه». تحقيق محمد زهير ناصر الناصر، (ط١، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ).

(٢) تقي الدين أبو العباس بن تيمية، «مجموع الفتاوى». تحقيق عبد الرحمن بن محمد، (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ)، ١٦:٣٥.

(٣) علاء الدين الكاساني، «بدائع الصنائع». (ط٢، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ)، ٧/ ١٠٠.

على الرعية منوطةٌ بالمصلحة، وهذه قاعدة شرعية مستقرة[1]، كما أن فرض استخدام الفواتير الإلكترونيَّة بأنواعها فيه مصلحةٌ ظاهرةٌ، سبق الحديث عنها.

ولما تقدم؛ يتضح مشروعية سنِّ الأحكام النظامية المتعلقة بالفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، ومشروعية الإلزام بها، ومعاقبة غير الممتثلين بمقتضاها، وأن ذلك قرارٌ مصلحيٌّ، ومن أعمال السياسة الشرعية التي ينبغي لولي الأمر ممارستها تحقيقًا لمصالح الدولة ومصالح رعاياها.

وكما قلت آنفًا؛ فإن الركن الشرعي هو أحد أركان المسؤولية الجزائية الثلاث، واكتماله لا يُعدُّ كافيًا لمساءلة المخالف، بل يلزم بجانبه قيام الركنين: المادي والمعنوي، وهذا ما تناولته وَفق الآتي:

المطلب الثاني: الركن المادي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

لا يمكن مساءلة المخالف جزائيًّا حتى يصح إسناد فعل المخالفة إليه ماديًّا، ولهذا يجب توافر الركن المادي في المخالفات والجرائم حتى يتسنى معاقبة مرتكبيها، والركن المادي في المخالفة أو الجريمة هو: مادياتها، أي ما يدخل في كيانها، وتكون له طبيعة مادية تلمسها الحواس؛ إذ بغير ماديات ملموسة لا ينال المجتمع اضطراب، ولا يُصيب الحقوق المحمية عدوان،

(١) ينظر: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، «الأشباه والنظائر». (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ)، ص١٢١.

وعناصر الركن المادي ثلاثة: الفعل المحظور، والنتيجة المحظورة، والعلاقة السببية بينهما[1]، ومن دون هذه العناصر لا يكتمل الركن المادي.

أما عنصر (الفعل) في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة فهو: يُمارس أحيانًا بصورة إيجابية تتمثل في الفعل الحركي الإيجابي المحسوس، ومن صور ذلك: أن يقوم الخاضع للائحة الفوترة الإلكترونيَّة بإصدار الفاتورة الإلكترونيَّة، ولكن بنقص في البيانات التي أوجبها النظام فيها، أو أن يقوم بإصدار الفاتورة، ولكن بذكر مبلغ يقل عن المبلغ الحقيقي ليتخلص من بعض قيمة الضريبة، أو أن يقوم الخاضع للائحة الفوترة الإلكترونيَّة بإصدار الفاتورة من دون مراعاة ما ألزم به المنظم من خصائص تقنية سبق الحديث عنها.

وأحيانًا أخرى يتسم الفعل في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة بطبيعةٍ سلبية تتمثل في الامتناع عن القيام بالفعل المأمور به، ومن صور ذلك: أن يمتنع المورِّد (البائع) عن إصدار الفاتورة الإلكترونيَّة حتى لا تظهر العملية التجارية بالكامل في السجلات المحاسبية، ومن ثمَّ لا تعلم عنها الجهات المعنية كهيئة الزكاة والضريبة والجمارك.

وأما عنصر (النتيجة) فهو لا يقل أهميةً عن العنصر السابق كأحد مكونات الركن المادي، ويقصد بالنتيجة: الأثر المادي المترتب على ممارسة الفعل المحظور المعاقب عليه، فالوفاة مثلًا هي النتيجة في جريمة القتل،

(١) ينظر: محمود نجيب حسني، «شرح قانون العقوبات، القسم العام». (ط٨، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٨م)، ص٣٠٣.

وإخراج المنقول من حيازة المالك خفية هي النتيجة في جريمة السرقة[١]، وكذا بالنسبة للمخالفات والجرائم الأخرى، وعلى ذلك فالنتيجة في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة تتمثل في الوقوع الفعلي لما نهى عنه النظام، كصدور الفاتورة بالطريقة التي لا تُقبل بها نظامًا، سواء أكان ذلك بسبب نقص البيانات الواجبة فيها، أو بسبب عدم مراعاة الخصائص التقنية، أو نحو ذلك.

والعنصر الأخير في الركن المادي لهذه المخالفة هو: العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، ويقصد بالعلاقة هنا: الرابطة التي تصل بين الفعل والنتيجة، بمعنى أن يكون وقوع النتيجة لا سبب له سِوى مقارفة الفعل من قِبل المخالف، وأنه لولا مقارفة الفعل من قِبل المخالف لما وقعت النتيجة، ومن ثمَّ لا يكفي لقيام الركن المادي ممارسة السلوك المحظور ووقوع النتيجة المحظورة دون قيام الرابطة بينهما، بل لا بد من أن يثبت أن الفعل هو سبب النتيجة، وأن النتيجة هي المحصلة النهائية للفعل[٢]، وعلى ذلك تنقطع الرابطة السببية بين السلوك والنتيجة، ومن ثمَّ لا تصح مساءلة المكلف جزائيًّا عن مخالفة أحكام الفاتورة الإلكترونيَّة؛ إذا لم يُصدر المكلف الفاتورة الإلكترونيَّة في إحدى حالاتها النظامية بسبب تعطل البرنامج التقني الخاص

(١) ينظر: طه السيد الرشيدي، «النظام الجزائي السعودي القسم العام». (ط١، الطائف: مطابع المشهوري، ١٤٣٨هـ)، ص١٧٧.

(٢) ينظر: كامل السعيد، «شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات». (ط٣، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٣٢هـ)، ص١٩١.

بإصدار الفواتير، ولم يكن في ذات الوقت للمكلف دور في تعطله، كما تنقطع الرابطة السببية أيضًا، ومن ثمَّ لا تصح مساءلة المكلف إذا لم يُصدر الفاتورة بسبب انقطاع عام للتيار الكهربائي، مع وجوب تبليغ المكلف لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك فورًا عن هذه العوارض كما تقدم.

وبعد اكتمال بنيان الركن المادي بعناصره الثلاثة يمكن حينئذ إسناد المخالفة إلى المكلف ماديًّا، ولكن لا يغني ذلك عن مساءلته جزائيًّا عن تحقق الإسناد المعنوي أيضًا، وهذا ما تناولته وَفق الآتي:

المطلب الثالث: الركن المعنوي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة:

حتى يثبت إسناد الفعل المحظور إلى المخالف معنويًّا، ومن ثمَّ تصح مساءلته جزائيًّا؛ لا بد من قيام الركن المعنوي للمخالفة، ويقصد بقيام الركن المعنوي أن يتوافر في المخالف القصد الجنائي، وقد عرفه البعض بأنه: «القوة النفسية التي تقف وراء النشاط المُجرم الذي استهدف به الفاعل إراديًّا الاعتداء على مصلحة من المصالح المحمية من طرف المشرع الجنائي؛ وذلك أن الجريمة التي تتحقق في الواقع -أي العالم الخارجي- بسبب النشاط ما هي إلا محصلة لما خالج نفسه»[1].

(١) عبد الواحد العلمي، «شرح القانون الجنائي القسم العام». (ط٧، الدار البيضاء: الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، ١٤٣٧هـ)، ص٢٢٢.

والقصد الجنائي هو الركن المعنوي في المخالفات النظامية أو الجرائم، وله مسميات عدة منها: الركن الأدبي، والخطيئة، والإذناب، والعصيان، والإرادة الخاطئة، والخطأ بمعناه الواسع، وجميعها يُستخدم في التعبير عن الحالِ النفسية للجاني أو المخالف بشأن ما ارتكبه من سلوك محظور، كما تتفق معاني هذه المسميات في أن انعدام هذه الحال يجعل الجريمة بلا وجود، ولا تقوم بحق الجاني، لانعدام القيمة النظامية للسلوك ولنتيجته، ومن ثمَّ لا عقوبة على الفاعل(١).

وقيام الركن المعنوي في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة يتطلب القصد الجنائي العام، أما القصد الجنائي الخاص فهو غير مطلوب؛ لأن هذه المخالفة لا تقع إلا بطريق العمد؛ ولأن النصوص النظامية المتعلقة بالفوترة الضريبيَّة الإلكترونيَّة لم تتطلب نيةً خاصةً في المخالف عند إخلاله بأحكام الفوترة الإلكترونيَّة حتى يُسأل جزائيًّا عن إخلاله، وبناءً على ذلك يتوافر القصد الجنائي العام في هذه المخالفة إذا أخل المكلف بأحكام الفوترة الإلكترونيَّة عن: علم أولًا، وعن إرادة ثانيًا:

١. العلم:

يُعدُّ العلم عنصرًا لازمًا لقيام القصد الجنائي العام في مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، ويقصد به: أن يكون المخالف عالمًا عارفًا بصدور لائحة الفوترة الإلكترونيَّة سابقة الذكر، وأنه من المخاطبين

(١) ينظر: عبد الفتاح مصطفى الصيفي، «الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون». (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠م)، ص٢٨٤.

بأحكامها، وأن يعلم كذلك بأحكامها التي توجب عليه إصدار الفاتورة بالصيغة الإلكترونيَّة وَفق الخصائص التقنية المطلوبة، وعالمًا بالأنشطة التجارية الخاضعة لأحكام الفوترة الإلكترونيَّة[1]، فالعلم شرط في التكليف لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [سبأ: ٢٨].

وقال بعض فقهاء الشريعة الإسلامية في لزوم العلم لدى المخالف: «والثالث: أن يكون عالمًا بالتَّحريم، ولاحدَّ على من جهلَهُ لما روي عن عمرَ، وعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنهما قالا: لا حدَّ إلا على من علمه[2]. وروى سعيد بن المسيب: ذُكر الزنا بالشام فقال رجل: زنيت البارحة، قالوا: ما تقول؟ فقال: أو حرَّمه الله؟ ما علمت أن الله حرمه، فكتب إلى عمر، فكتب: إن كان يعلم أن الله حرمه فحدُّوه، وإن لم يكن يعلم فعلِّموه، فإن عاد فحدُّوه»[3].

(١) ينظر: علي محمود حمودة، «قانون العقوبات: النظرية العامة للجريمة». (ط٢، دبي: أكاديمية شرطة دبي، ١٤٢٩هـ)، ص٤٣٨.

(٢) محمد ناصر الدين الألباني، «إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل». حديث رقم (٢٣١٤)، قال الألباني: حديث ضعيف، (ط٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ)، ٣٤٢:٧.

(٣) إسماعيل بن عمر الدمشقي، «مسند الفاروق أمير المؤمنين عمر». تحقيق: عبد المعطي قلعجي، قال ابن كثير: إسناده صحيح، (ط١، المنصورة: دار الوفاء، ١٤١١هـ)، ٥٠٦/٢.

إلا أن اشتراط العلم يكفي لتوافره في المخالف لأحكام الفوترة الإلكترونيَّة؛ إمكان الوصول إليه، لا أن يتحقق فيه فعليًّا، ما دامت سُبل المعرفة بأحكام الفوترة الإلكترونيَّة متاحةً للمكلفين، يقول فقهاء الشريعة: «ومن ادَّعى الجهل بتحريم الزنا، ممن نشأ بين المسلمين، لم يُصدق؛ لأننا نعلم كذبه. وإن كان حديث عهد بالإسلام، أو بإفاقة من جنون، أو ناشئاً ببادية بعيدة عن المسلمين، صُدق؛ لأنه يحتمل الصدق»(١).

وإذا نظرنا إلى النصوص المنظمة لأحكام الفوترة الإلكترونيَّة نجد أنها منشورة لعموم الأفراد على الموقع الإلكتروني لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك، بالإضافة إلى نشر أدلة إرشادية وتثقيفية تشرح للمكلفين مضامين النصوص النظامية المتعلقة بالفوترة الإلكترونيَّة، والوصول إلى ذلك كله متاح إلكترونيًّا بيسرٍ وسهولة، وعليه؛ لا يُقبل من المخالف لأحكام الفوترة الإلكترونيَّة دفع المسؤولية الجزائية عنه بعدم العلم بصدور لائحة الفوترة الإلكترونيَّة، أو الجهل بالتزاماته فيها.

٢. الإرادة:

إضافةً إلى ضرورة توافر عنصر العلم في المخالف بالكيفية السابقة؛ يلزم أن تتوافر فيه الإرادة كذلك، ويقصد بالإرادة: «النَّشاط النَّفسي الذي يهدف إلى تحقيق السلوك الإجرامي، والنَّتيجة الإجرامية، باختيارٍ حرٍّ، وعلى ذلك لا يكفي القول: إنَّ المقصود هو إرادة النشاط أو السلوك فقط، وإنما لا بد

(١) محمد عبد الله بن قدامة، «الكافي في فقه الإمام أحمد». (ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ)، ٤/ ٨٧.

أن تكون الإرادة متجهةً إلى النَّشاط المتمثِّل في السلوك، وإلى تحقيق النتيجة كذلك»[1].

وعليه، لا يُعتد بالإرادة عند مساءلة المخالف لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة إلا إذا اتجهت إلى إتيان السلوك الذي تتشكل منه المخالفة الذي سبق توضيحه في الركن المادي، كما لا يُعتد بها إلا إذا كانت تتمتع بالإدراك والاختيار، وألا تُصاب بأحد موانع المسؤولية الجزائية.

وعلى ذلك لا يُسأل المخالف جزائيًّا إذا اعتراه إكراه؛ لأن الإكراه مما يُعيب الإرادة ويجعلها غير معتبرة نظامًا وَفقهًا، لقوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل: ١٠٦]، كما قال جل في علاه: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[البقرة: ١٧٣]، وجاء عن أبي ذر الغفاري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن الله قد تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[2].

---

(١) عبد الفتاح خضر، «الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي». (الرياض: معهد الإدارة العامة)، ص٢٨٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، (١/ ٦٥٩)، حديث رقم (٢٠٤٣)، قال الألباني: حديث صحيح. ينظر: محمد بن يزيد ابن ماجة، «سنن ابن ماجه». تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، حكم على أحاديثه وآثاره محمد ناصر الدين الألباني، (دار إحياء الكتب العربية-فيصل الحلبي، د. ط، د. ت)؛ ينظر: محمد

كما لا يُعتدُّ بالإرادةِ نظامًا وَفقهًا إذا كان المخالف لأحكام الفاتورة الإلكترونيَّة صغيرًا في سنه، سواء أكان مميزًا أم غير مميز، لقولِهِ تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[النور: ٥٩]، ولِما جاء عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّ رسول الله صلوات الله عليه قال: ((رُفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل))[(١)]، يقول الآمدي: «اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون بالغًا عاقلًا فاهمًا للتَّكليف؛ لأنَّ التَّكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال»، كما قال أيضًا: «وأما الصبي المميز وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز، غير أنه أيضًا غير فاهمٍ على الكمال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى، وكونه متكلمًا مخاطبًا مكلفًا بالعبادة، ومن وجود الرسول الصادق المبلغ عن الله تعالى، وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف»[(٢)].

ناصر الدين الألباني، «صحيح الجامع الصغير وزيادته». حديث رقم (١٧٣١)، (بيروت: المكتب الإسلامي، د ط)، ١: ٣٥٨.

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًا، (٤/ ١٤١)، حديث رقم (٤٤٠٣)، قال الألباني: حديث صحيح؛ ينظر: سليمان الأشعث السجستاني، «سنن أبي داود». تحقيق محمد محيي الدين، (بيروت: المكتبة العصرية، د. ط، د. ت).

(٢) علي محمد الآمدي، «الإحكام في أصول الأحكام». تحقيق عبد الرزاق عفيفي، (بيروت: المكتب الإسلامي، د ط)، ١/ ١٥٠ وما بعدها.

كما لا تتوافر في المجنون والمعتوه الإرادة المعتبرة، لأن إرادتيهما معيبتان بسبب آفةٍ سماوية ينعدم معها الإدراك والاختيار؛ لِما يقومان به من تصرفات، ومن ثمَّ لا يقوم بحقهما القصد الجنائي اللازم لصحة المساءلة الجزائية، لما سبق الاستدلال به من أنَّ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((رُفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل))[1]، فالحديث نصٌّ صريحٌ في عدم مسؤولية المجنون والمعتوه عن فعليهما، بخلاف من فقد إدراكه واختياره برغبة منه مثل: السكران الذي تناول المسكر عمدًا بغير ضرورة، فهذا يسأل جزائيًّا عن سكره وعن مخالفته كذلك[2].

ولِما تقدم؛ تكون إرادة المخالف لأحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة معتبرةً شرعًا ونظامًا إذا كان بالغًا عاقلًا عالمًا مختارًا، ومن ثمَّ يُسأل جزائيًّا لاكتمال بنيان الركن المعنوي في حقه، بعد التأكد من قيام ركني المخالفة: الشرعي والمادي اللذين سبق الحديث عنهما.

ومتى اكتملت أركان مخالفة أحكام الفاتورة الإلكترونيَّة الثَّلاثة على نحو ما سبق، جاز حينئذ معاقبة المخالف عما نُسب إليه، إلا أن ذلك لا يصح إلا وَفق أحكام نظامية مرسومة لهذا الغرض، وهذا ما تناولته في المبحث الآتي:

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر: علاء الدين البخاري الحنفي، «كشف الأسرار شرح أصول البزدوي». تحقيق عبد الله محمود، (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ)، ٢/ ٦٥٨.

المبحث الثالث
عقوبة مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة

بعد اكتمال أركان المخالفة وَفق ما بيَّنته في المبحث السابق؛ ينشأ للدولة الحق في معاقبة المخالف للأحكام النظامية، ولتوضيح هذه العقوبة سأتكلم عنها وَفق النظام السعودي أولًا، ثم أبين موقف الفقه الإسلامي منها ثانيًا، وذلك وَفق الآتي:

المطلب الأول: عقوبة مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة في النِّظام السَّعودي:

عُرِّفت العقوبة بأنها: «جزاء جنائي مؤلم، بحق مرتكب الجريمة أو من يساهم فيها، يقرره القانون وتفرضه المحكمة على الجاني، بسبب جريمة ارتكبها خلافًا لنهي القانون»(١)، وإذا نظرنا إلى العقوبة المقررة على مخالفي أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة نجد أنها تتمثل في الغرامة المالية، وقد قيل في تعريف الغرامة المالية أنها: «إلزام المحكوم عليه، بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقرر في الحكم»(٢)، وقد جاءت الغرامة بقدرٍ يتفاوت بحسب مرات العود إلى ارتكاب المخالفة، إضافةً إلى أن توقيع العقوبة يجب أن يكون من الجهة المخولة بذلك نظامًا.

وقد نصَّ النظام على اختصاص هيئة الزكاة والضريبة والجمارك بإيقاع العقوبات على مخالفي أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة، وذلك بقرار

(١) كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص٥٢٩.
(٢) المرجع السابق، ص٥٤٤.

يصدر عن محافظ الهيئة أو عمن يفوضه مجلس إدارة الهيئة بذلك، إلا أن ذلك لا يكون إلا وَفق تصنيف للمخالفات والعقوبات يصدر به قرار من مجلس إدارة الهيئة، يراعي التناسب بين جسامة المخالفة والعقوبة المقررة لها[1].

وقد أصدر بالفعل مجلس إدارة الهيئة تصنيفًا للمخالفات والعقوبات، ولم يتضمن سوى عقوبة الغرامة المالية فقط، وبقدرٍ متفاوت بحسب ما يتلاءم مع عدد مرات العود إلى ارتكاب المخالفة، فنصَّ التصنيف على تنبيه المخالف لأحكام الفاتورة الإلكترونيَّة بمعالجة محل المخالفة في المرة الأولى مع منحه ثلاثة أشهر لذلك، وعند معاودة ارتكاب المخالفة للمرة الثانية يعاقب المخالف بغرامةٍ ماليةٍ مقدارها ألف ريال، وفي الثالثة بخمسة آلاف ريال، وفي الرابعة بعشرة آلاف ريال، وعند معاودة ارتكاب المخالفة لأكثر من أربع مرات يعاقب المخالف بغرامة مالية مقدارها أربعين ألف ريال، والمدة اللازمة لاعتبار المخالفة غير متكررة هي مضي اثني عشرة شهرًا دون معاودة ارتكاب المخالفة، فإن عاد المخالف إلى ارتكابها في أقل من هذه المدة عُدَّ عنصر التكرار متوافرًا بحقه، كما تضمن التصنيف تعدادًا للسلوكيات التي تُعدُّ مخالِفةً لأحكام الفاتورة الإلكترونيَّة، وهي: عدم إصدار أو حفظ الفواتير والإشعارات طوال المدة الموضحة سابقًا بشكل إلكتروني، وعدم إبلاغ الهيئة عن أية أعطال تعوق عملية إصدار الفواتير والإشعارات الإلكترونيَّة، وعدم تضمين الفاتورة الإلكترونيَّة رمز الاستجابة السريعة (الباركود)، وحذف الفواتير أو الإشعارات الإلكترونيَّة أو القيام بتعديلاتٍ عليها بعد إصدارها، ويأتي تعداد هذه السلوكيات على سبيل المثال وليس

(١) ينظر: المادة (٤٨)، نظام ضريبة القيمة المضافة، مرجع سابق.

الحصر؛ لأن التصنيف نصَّ بعد تعداد ما سبق على: مخالفة أي حكم من أحكام الفوترة الإلكترونيَّة[1].

وعليه؛ نجد أن عقوبة مخالفة أحكام الفوترة الإلكترونيَّة تتدرج ابتداءً من التنبيه فقط إلى أن تصل إلى الغرامة بمبلغ يسير، ويتصاعد هذا المبلغ كلما تكررت المخالفة، ويشير ذلك إلى أن أحكام الفوترة الإلكترونيَّة لا تسعى إلى جباية الغرامات المالية من المكلفين، بل تسعى إلى دفعهم إلى الالتزام بواجبهم النظامي.

ويعدُّ ما تُصدره الهيئة من عقوبات بشأن مخالفي أحكام الفاتورة الإلكترونيَّة؛ قرارات إدارية في حقيقتها، ولذلك فهي قابلة للاعتراض والتظلم، فيحق لمن صدر بشأنه قرار يقضي بمعاقبته بالغرامة المالية أن يتظلم منه بدعوى يقيمها أمام لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبيَّة؛ وذلك خلال ثلاثين يومًا من تاريخ تبليغه بالقرار[2]، وإلا عُدَّ قرار الهيئة في حقه نهائيًّا واجب التنفيذ، وهذه اللجنة هي لجنة ابتدائية.

كما يحق لمن تظلم أمام لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبيَّة وصدر قرارها لغير صالحه أن يعترض على هذا القرار أمام اللجنة الاستئنافية للمخالفات والمنازعات الضريبيَّة، وهي لجنة عليا تلي اللجنة الابتدائية

---

(١) ينظر: الدليل الإرشادي المبسط لقرار إعادة تصنيف المخالفات الميدانية لضريبة القيمة المضافة، ص٥: استرجعت بتاريخ ٢٥/ ٨/ ١٤٤٤هـ من الموقع الرسمي لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك: https://zatca.gov.sa/ar/Pages/default.aspx.

(٢) ينظر: المادة (٢)، قواعد عمل لجان الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية الصادرة بالأمر الملكي رقم (٢٦٠٤٠) وتاريخ ٢١/ ٤/ ١٤٤١هـ.

السابقة، وذلك خلال ثلاثين يومًا من اليوم التالي للتاريخ المحدد لاستلام قرار لجنة الفصل (الابتدائية)، وإلا سقط حقه في طلب الاستئناف[١]، وما يصدر عن هذه اللجنة يعد نهائيًّا وغير قابل للاعتراض أمام أي جهة قضائية أخرى[٢].

وهذه اللجان سواء أكانت ابتدائية أم استئنافًا؛ تُعدُّ بطبيعتها لجانًا قضائية، وتمثل القضاء الضريبي في المملكة العربية السعودية، ولقراراتها من الحجية والقوة التنفيذية ما للأحكام والقرارات التي تُصدرها عموم المحاكم[٣].

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من العقوبة النظامية:

إذا كانت الغرامة المالية هي العقوبة النظامية المقررة على مخالفي أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة فهي إذن في حقيقتها تعزير بالمال عن طريق الأخذ؛ لأن هناك أساليب أخرى للتعزير بالمال مثل: الإتلاف والمصادرة، وبتأمل ذلك نجد أن هذه العقوبة مما جاءت به الشريعة الإسلامية السمحة وعمل بها ولاة أمر الدولة الإسلامية؛ وذلك بنصوصٍ وتطبيقاتٍ كثيرة.

---

(١) ينظر: المادة (٤٠)، قواعد عمل لجان الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية، مرجع سابق.

(٢) ينظر: المادة (٤٧)، قواعد عمل لجان الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية، مرجع سابق.

(٣) ينظر: خالد عبدالعزيز الرويس، «الخضوع للضريبة والاختصاص بنظر المنازعات الضريبية في المملكة العربية السعودية». مجلة الحقوق بجامعة الكويت، مجلد٢٩ العدد٢، (٢٠٠٥م)، ص٢٢٣.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَى وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ ﴿١٠٧﴾ لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا لَمَسْجِدٌ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَّهِّرِينَ ﴿١٠٨﴾ أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى تَقْوَى مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانٍ خَيْرٌ أَمْ مَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى شَفَا جُرُفٍ هَارٍ فَانْهَارَ بِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿١٠٩﴾ لَا يَزَالُ بُنْيَانُهُمُ الَّذِي بَنَوْا رِيبَةً فِي قُلُوبِهِمْ إِلَّا أَنْ تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[التوبة: ١٠٧-١١٠].

فقد قضى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بهدم المسجد المذكور في الآية الكريمة، وقضى بحرقه كذلك، وذلك لما رأى أن بناءه ابتداءً لم يكن برًا وقُربةً لله تعالى، بل لتفريق جماعة المسلمين والإضرار بهم ومحاربة الله ورسوله(١).

يقول ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ عندما أراد استخراج بعض الفوائد: «ومنها: تحريق أمكنة المعصية التي يُعصى الله ورسوله فيها وهدمها، كما حرق رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مسجد الضِرار، وأمر بهدمه، وهو مسجد يُصلى فيه ويُذكر اسم الله فيه؛ لما كان بناؤه ضِرارًا وتفريقًا بين المؤمنين ومأوى للمنافقين، وكل ما كان هذا شأنه فواجب على الإمام تعطيله، إما بهدم وتحريق، وإما بتغيير صورته وإخراجه عما وضع له»(٢)، والهدم والحرق في

(١) ينظر: محمد أحمد القرطبي، «الجامع لأحكام القرآن». تحقيق: أحمد البردوني وآخرون، (ط٢، القاهرة: دار الكتب المصرية، ١٣٨٤هـ، ٨/ ٢٥٣.

(٢) محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، «زاد المعاد في هدي خير العباد». (ط٢٧، بيروت: مؤسسة الرسالة - الكويت: مكتبة المنار الإسلامية ١٤١٥هـ)، ٣/ ٥٠٠.

حقيقتها تعزير بالمال إتلافًا، وإذا ثبتت مشروعة الإتلاف بفعل رسول الله صلوات الله عليه، فمشروعية التعزير بالمال أخذًا تثبت من باب أولى؛ لأن التعزير بالأخذ كما هو في الغرامة المالية فيه حفظ للأموال من الهدر الموجود في التعزير بالإتلاف، فضلًا عما في ذلك من تعزيز لملاءة الدولة بالغرامات التي تودع في خزينتها وتُصرف على المصالح العامة.

وقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عندما سُئل عن الثمر المعلق: ((من أصاب بفيه من ذي حاجةٍ غير متخذ خُبنة فلا شيء عليه، ومن خرج منه بشيء فعليه غرامة مثليْهِ والعقوبة، ومن سرق منه شيئًا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجنِّ فعليه القطع))[1].

فهذا الحديث نصٌّ صريحٌ في الدلالة على مشروعية استخدام الغرامة المالية في الردع والزجر.

كما جاء عن عبد الله بن عمرو أنه قال: رأى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عليَّ ثوبين معصفرين، فقال: ((أأمك أمرتك بهذا؟)) قلت: أغسلهما؟ قال: ((بل احرقهما))[2]، فأمره صلوات الله عليه بحرق الثوبين وهما مال متقوم محترم

(١) الحديثُ أخرجه أبو داود، كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة، (٢/ ١٣٦)، بِرقم (١٧١٠)، قال الألباني: حديث حسن، ينظر: سنن أبي داود، مرجع سابق.

(٢) الحديث صحيح أخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب النهي عن لبس الرجل الثوب المعصفر، (٣/ ١٦٤٧)، حديث رقم (٢٠٧٧). ينظر: مسلم بن الحجاج النيسابوري، «المسند الصحيح المختصر». تحقيق محمد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

يدل على مشروعية التعزير بالمال إتلافًا، وكما ذكرت سابقًا أن مشروعية الإتلاف دليل على مشروعية الأخذ من باب أولى في باب التعزير.

ولما تقدم يتضح مشروعية العقوبة النظامية المقررة على مخالفي أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة وهي: الغرامة المالية، وأن تطبيق هذه العقوبة يُعدُّ من أعمال السياسة الشرعية المخولة لولي أمر البلاد، تحقيقًا لمزايا وفوائد الفوترة الإلكترونيَّة على الدولة ورعاياها مما سبق إيراده.

الخاتمة

في نهاية البحث أوجز في خاتمته أهم النتائج وأبرز التوصيات.

أولاً: أهم النتائج:

١. الفوترة الإلكترونيَّة لها أدوار فاعلة مهمة، منها: مكافحة الاقتصاد غير الرسمي، والحصول على المعلومات الإحصائية المتعلقة بالإنتاج أو الاستهلاك أو الأسعار، اللازمة في رسم السياسات والتوجهات العامة لاتخاذ القرار، وتعزيز الامتثال الضريبي، ومن ثمَّ رفد الخزانة العامة التي يصرف منها على مختلف أوجه النفع العام.

٢. الإلزام بالفوترة الإلكترونيَّة ومعاقبة غير الممتثلين لأحكامها من أعمال السياسة الشرعية المخولة لولي الأمر، تحقيقًا لمصالح عامة عليا، تعود بالنفع على الدولة ورعاياها.

٣. لا تصحُّ الفواتير الضريبيَّة الإلكترونيَّة نظامًا إلا بتوافر البيانات والخصائص التقنية المطلوبة.

٤. تُعدُّ مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة من أساليب التهرب الضريبي.

٥. يُسأل المكلف جزائيًّا عن مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة إذا توافر بحقه أركان ثلاثة: الشرعي، والمادي، والمعنوي.

٦. عقوبة مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة تتمثل في: الغرامة المالية بعد التنبيه للمرة الأولى.

٧. تُوقع عقوبة مخالفة أحكام الفاتورة الضريبيَّة الإلكترونيَّة بقرار يصدر عن محافظ هيئة الزكاة والضريبة والجمارك أو من يفوضه مجلس إدارة الهيئة.

٨. تختص لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبيَّة بنظر دعوى التظلم من قرار العقوبة.

٩. تختص اللجنة الاستئنافية للمخالفات والمنازعات الضريبيَّة بنظر الطعن في قرارات لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبيَّة، ويعدُّ قرارها في ذلك نهائيًّا غير قابل للاعتراض أمام أي جهة أخرى.

ثانيًا: أهم التوصيات:

١. تعديل لائحة الفوترة الإلكترونيَّة بما يتضمن: إلزام جميع موردي السلع أو الخدمات بإصدار فاتورة إلكترونيَّة عن جميع أنشطتهم، سواء أكانوا خاضعين للضريبة أم ليسوا بخاضعين؛ لأن الفوترة الإلكترونيَّة لا تنحصر مزاياها في تعزيز الامتثال الضريبي وتحصيل وخصم الضريبة ونحوه، بل تهدف إلى أبعد من ذلك: كالقضاء على الاقتصاد غير الرسمي وحماية حقوق المستهلك، وجمع الإحصاءات اللازمة لرسم التوجهات العامة وصنع القرار الحكومي.

٢. إضافة عقوبة الحبس إذا اقترنت مخالفة أحكام الفاتورة الإلكترونيَّة بتلاعب في الكميات أو المبالغ المدونة في الفاتورة.

٣. التوسع في تطبيق الدفع الإلكتروني الإلزامي لسداد ثمن السلع والخدمات؛ لأن من شأن ذلك تعقب التلاعب في بيانات الفاتورة

الإلكترونيَّة، ولا سيما ما يتعلق بصحة المبالغ المالية المدونة فيها، وكذلك لتحقيق أكبر قدر ممكن من مزايا الفوترة الإلكترونيَّة مثل: مكافحة التستر التجاري، والقضاء على الاقتصاد غير الرسمي، وتعقب التهرب الضريبي ونحوه.

٤. توجيه الجامعات باستحداث برامج أكاديمية متخصصة في القانون الضريبي؛ وذلك لمسايرة التطور التشريعي الضريبي في المملكة العربية السعودية.

٥. إصدار مجلة علمية سعودية محكَّمة تُعنى بتحكيم ونشر البحوث العلمية المتعلقة بالزكاة والضريبة والجمارك.

قائمة المصادر والمراجع

١. **القرآن الكريم**.

٢. **ابن تيمية**، تقي الدين أبو العباس، «مجموع الفتاوى». تحقيق: عبد الرحمن بن محمد، (المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤١٦هـ).

٣. **ابن قدامة**، محمد بن عبد الله، «الكافي في فقه الإمام أحمد». (ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ).

٤. **ابن ماجة**، محمد بن يزيد، «سنن ابن ماجه». تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، حكم على أحاديثه وآثاره محمد ناصر الدين الألباني، (دار إحياء الكتب العربية-فيصل الحلبي، د. ط، د. ت).

٥. **الألباني**، محمد ناصر الدين، «إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل». (ط٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ).

٦. **الألباني**، محمد ناصر الدين، «صحيح الجامع الصغير وزيادته». (بيروت: المكتب الإسلامي، د ط).

٧. **الآمدي**، علي محمد، «الإحكام في أصول الأحكام». تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، (بيروت: المكتب الإسلامي، د ط).

٨. **البخاري**، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، «الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه». تحقيق: محمد زهير ناصر الناصر، (ط١، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ).

٩. **البشير**، بشير محمد، «أثر الرقابة الإدارية على تطبيق نظام الفاتورة الضريبية بالسودان». (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاقتصاد والعلوم الاجتماعية بجامعة أم درمان عام ١٩٩٦م).

١٠. **بقار**، سلمى، «الالتزام بالفوترة كمبدأ لشفافية الممارسات التجارية». مجلة الدراسات الحقوقية بجامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر ٢مجلد٧، (٢٠٢٠م).

١١. **ابن قيم الجوزية**، محمد بن أبي بكر، «زاد المعاد في هدي خير العباد». (ط٢٧، بيروت: مؤسسة الرسالة – الكويت: مكتبة المنار الإسلامية ١٤١٥هـ).

١٢. **حسن**، حسين سيد، «أثر التحول الرقمي على الامتثال الضريبي في ظل أزمة كورونا العالمية: دراسة ميدانية». مجلة التجارة والتمويل بكلية التجارة بجامعة طنطا مجلد١ عدد خاص، (مايو٢٠٢٢م).

١٣. **حسني**، محمود نجيب، «شرح قانون العقوبات، القسم العام». (ط٨، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٨م).

١٤. **حمودة**، علي محمود، «قانون العقوبات: النظرية العامة للجريمة». (ط٢، دبي: أكاديمية شرطة دبي، ١٤٢٩هـ).

١٥. **الحنفي**، علاء الدين البخاري، «كشف الأسرار شرح أصول البزدوي». تحقيق عبد الله محمود، (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ).

١٦. **الحنفي**، علاء الدين الكاساني، «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع». (ط٢، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ).

١٧. **خضر**، عبد الفتاح، «الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي». (الرياض: معهد الإدارة العامة).

١٨. **الدمشقي**، إسماعيل بن عمر، «مسند الفاروق أمير المؤمنين عمر». تحقيق: عبد المعطي قلعجي، (ط١، المنصورة: دار الوفاء، ١٤١١هـ).

١٩. **الرشيدي**، طه السيد، «النظام الجزائي السعودي القسم العام». (ط١، الطائف: مطابع المشهوري، ١٤٣٨هـ).

٢٠. **الرويس**، خالد بن عبد العزيز، «الخضوع للضريبة والاختصاص بنظر المنازعات الضريبية في المملكة العربية السعودية». مجلة الحقوق بجامعة الكويت، مجلد٢٩ العدد٢، (٢٠٠٥م).

٢١. **الزبن**، هند محمد، «أحكام الفوترة في النظام القانوني الأردني». (رسالة ماجستير في تخصص القانون مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة آل البيت عام (٢٠٢١م).

٢٢. **أبو داود**، سليمان الأشعث السجستاني، «سنن أبي داود». تحقيق: محمد محيي الدين، (بيروت: المكتبة العصرية، د. ط، د. ت).

٢٣. **السعيد**، كامل، «شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات». (ط٣، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٣٢هـ).

٢٤. **السيوطي**، عبد الرحمن بن أبي بكر، «الأشباه والنظائر». (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ).

٢٥. **الصيفي**، عبد الفتاح مصطفى، «الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون». (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠م).

٢٦. **العلمي**، عبد الواحد، «شرح القانون الجنائي القسم العام». (ط٧، الدار البيضاء: الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، ١٤٣٧هـ).

٢٧. **القرطبي**، محمد بن أحمد، «الجامع لأحكام القرآن». تحقيق: أحمد البردوني وآخرون، (ط٢، القاهرة: دار الكتب المصرية، ١٣٨٤هـ).

٢٨. **الإمام مسلم بن الحجاج**، «المسند الصحيح المختصر». تحقيق: محمد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

قائمة المصادر النظامية:

١. **نظام ضريبة القيمة المضافة**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١١٣) وتاريخ ٢/ ١١/ ١٤٣٨هـ، والتعديلات اللاحقة عليه.

٢. **الموقع الإلكتروني الرسمي لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك.**

٣. **معجم مصطلحات الزكاة والضريبة والجمارك**، المنشور على الموقع الإلكتروني لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك.

٤. **لائحة الفوترة الإلكترونيَّة**، الصادرة بقرار مجلس إدارة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٢-٦-٢٠) وتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٤٢هـ.

٥. **اللائحة التنفيذية لنظام ضريبة القيمة المضافة**، الصادرة بقرار مجلس إدارة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٣٨٣٩) وتاريخ ١٤/ ١٢/ ١٤٣٨هـ، المعدلة بقرار المجلس رقم (٧-٢-٢١) وتاريخ ٤/ ٤/ ١٤٤٣هـ.

٦. **قواعد عمل لجان الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية**، الصادرة بالأمر الملكي رقم (٢٦٠٤٠) وتاريخ ٢١/ ٤/ ١٤٤١هـ.

٧. **الضوابط والمتطلبات الفنية اللازمة لتنفيذ أحكام لائحة الفوترة الإلكترونيَّة الصادرة**، بقرار محافظ هيئة الزكاة والضريبة والجمارك رقم (٦٢٧٣٨) وتاريخ ٢٣/ ١١/ ١٤٤٣هـ.

٨. **الدليل الإرشادي المبسط لقرار إعادة تصنيف المخالفات الميدانية لضريبة القيمة المضافة**، المنشور على الموقع الإلكتروني لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك.

٩. **الدليل الإرشادي الخاص بالفواتير الضريبية وحفظ السجلات**، المنشور على الموقع الإلكتروني لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك.

١٠. **الدليل الإرشادي التفصيلي للفوترة الإلكترونيَّة**، النسخة الأولى، المنشور على الموقع الإلكتروني لهيئة الزكاة والضريبة والجمارك.

١١. **النظام الأساسي للحكم**، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/ ٩٠) وتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ.